

SCHMITT, KELSEN Y EL LIBERALISMO^{*, **}

Carlos Miguel Herrera
Universidad de Cergy-Pontoise (Francia)

A la memoria de Gustavo Herrera

La teoría política de Kelsen es considerada, según una arraigada tradición, como una expresión del liberalismo político. Más aún, se puede decir que el liberalismo forma parte de la «concepción aceptada» de la *reine Rechtslehre*, punto de vista compartido tanto por sus adeptos como por sus críticos. Este liberalismo resulta a tal punto evidente que, más allá de numerosas alusiones, no existen estudios precisos y detallados sobre las relaciones entre Kelsen y el liberalismo.

Ahora bien, contrariamente a lo que este amplio consenso daría a entender, los lazos de Kelsen con el liberalismo presentan a mi entender un carácter complejo: si bien existen, de manera clara, componentes liberales en su pensamiento, no pueden sin embargo ignorarse ciertas incompatibilidades entre algunas de las proposiciones de la doctrina kelseniana y un liberalismo *stricto sensu*. Por cierto, muchos de estos problemas tienen su origen en la ambigüedad del término «liberalismo». No obstante, una lectura de este tipo se mostraría particularmente unilateral si ese liberalismo caracterizase a la teoría de Kelsen como apolítica, irrealista, e incluso moralista.

En realidad, considerar liberal a la teoría jurídica y política de Kelsen fue casi un lugar común en los años 20, en especial durante los debates políticos y jurídicos que se desarrollaban en la República de Weimar. En este trabajo, tomaremos como eje de esta caracterización la crítica de aquel que fuera presentado como un teórico realista por excelencia y antiliberal por vocación: Carl Schmitt. Pero no debe olvidarse que Kelsen era definido como liberal por un arco ideológico que desbordaba un marco político conservador (donde pueden situarse las críticas de E. Kaufmann, R. Smend, H.

* Traducción de Fabiana Sabsay.

** Este trabajo retorna algunas ideas desarrolladas en mi ensayo «Kelsen et le libéralisme», en C. M. Herrera (ed.) *Le droit, le politique. Autour de Max weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, Paris: L'Harmattan, 1995, p. 37-68 y en mi libro *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris: Kimé, 1997.

Triepel); recordemos en ese sentido el juicio de un socialdemócrata no marxista, H. Heller, para quien la teoría kelseniana representaba «la absolutización metódica del liberalismo y de su “libertad del Estado”». Sin embargo abordar la relación de Kelsen con el liberalismo a través de las consideraciones de Schmitt permite también estudiar, desde otro ángulo, la confrontación de estos dos grandes juristas¹.

Para Schmitt -de quien nos interesa aquí más la crítica que la teoría- la característica principal del liberalismo se hallaba en su apoliticidad. En efecto, «la teoría sistemática del liberalismo se interesa sólo por la lucha contra el poder del Estado en el terreno de la política interior, ésta existe en un conjunto de métodos aptos para frenar y controlar el poder del Estado a favor de la libertad individual y de la propiedad privada, en hacer del Estado un compromiso, en transformar las instituciones en sopapas de seguridad» [1932, p. 69]. Según Schmitt, los dos principios del liberalismo, «la libertad individual y la separación de poderes, son ajenos a lo político (*un-politisch*): estos principios no implican ninguna forma de Estado, sólo son una forma de organización de *frenos* al Estado» [1928a, p. 46].

La teoría kelseniana según Schmitt había perdido el sentido político de la democracia, la substancia de la igualdad democrática. En particular, al considerar que la esencia del parlamentarismo se situaba en el compromiso, Kelsen confundía democracia con liberalismo, construyendo así «una definición liberal de la democracia». Dicha definición, siempre según el jurista alemán, llevaba a Kelsen a realizar «la vieja negación liberal del Estado frente al derecho y a la ignorancia del problema autónomo de la realización del derecho» [1922, p. 22]. Schmitt señalaba empero que ese liberalismo había perdido «la vieja fe en la soberanía de la razón» [1928b, p. 75].

Sin embargo, lo esencial de este bosquejo de un Kelsen liberal, esbozado en su mayor parte por alusiones sucesivas, corresponde más a un liberalismo decimonónico (Constant, Guizot, Tocqueville) que a las ideas del jurista austríaco. Pero Schmitt parece pensar que el núcleo del liberalismo detiene su desarrollo en 1848, y de hecho no hará nunca, más allá de algunos comentarios que no profundizará, diferencias en su seno. En todo caso, consideraba a «la “teoría normativa del Estado” de Kelsen» como la heredera del liberalismo doctrinario luego de las transformaciones de 1918 en Alemania. Para Schmitt, incluso la Constitución de Weimar, una de las primeras expresiones del constitucionalismo social con la Mejicana de 1917, era «una constitución póstuma», que realizaba los ideales del Estado de derecho burgués del siglo XIX.

Un antiguo alumno de Kelsen en la Universidad de Viena, Friedrich Hayek, no compartía la apreciación schmittiana; por el contrario, calificaba al

¹ El aspecto más conocido de la polémica entre ambos teóricos es aquel que se refiere a la defensa de la constitución. Sobre este tema, Herrera [1994].

autor de la *Reine Rechtslehre* de socialista y a su positivismo jurídico como antiliberal. La referencia a Hayek, cuyos análisis puntuarán nuestro estudio, presenta para el tema que nos ocupa un doble interés: no sólo porque puede ser considerado como uno de los principales teóricos del liberalismo de nuestro siglo, sino también porque éste consideraba a Schmitt como un extraordinario estudioso de la política.

En las páginas que siguen pretendo mostrar que si bien existen lazos entre la teoría política de Kelsen y el liberalismo, éstos son en numerosos aspectos problemáticos, e incluso contradictorios. La teoría política kelseniana es menos unívoca de lo que se piensa a menudo.

I. Kelsen y la crítica del liberalismo

Si bien Kelsen no escribirá un estudio específico sobre el liberalismo, es interesante recordar algunas de las caracterizaciones que se encuentran en su obra. Globalmente se puede decir que el liberalismo era para él un «contenido específico» del orden estatal.

Los análisis kelsenianos sobre el liberalismo aparecen muy temprano y de manera crítica. En un ensayo de 1913, Kelsen considera que el siglo XIX, dominado por las ciencias naturales, había sido una era apolítica (*un-politisch*). El liberalismo, negando al Estado, niega toda política: en otros términos, es la liberación de toda política [1913, p. 1506]. Para el jurista austríaco, existe una sintonía entre la visión del mundo y la estructura psicológica individualistas y el liberalismo. El liberalismo expresa la particularidad de un carácter: el individualista niega al Estado pues no lo entiende; y el individualismo lleva a la anarquía política y al nihilismo ético. Kelsen traza también un paralelo entre Nietzsche (filósofo del apolítico siglo XIX) y el liberalismo: la idea del superhombre está en relación con la negación del Estado; la moral nietzscheniana de los señores y el ideal político-económico del liberalismo son el producto del mismo derecho del más fuerte sobre el más débil. En cambio, para él, el sentido de autoridad sólo pertenece a un modo de consideración específicamente normativo. La educación política (que el individualismo liberal y su naturalismo científico son incapaces de promover) debe despertar el querer consciente del Estado (*der bewußte Wille zum Staate*), no solamente el amor por el Estado [p. 1512]. El jurista austríaco señala también que pretender que el Estado sea el representante del interés general, cuando sólo es la organización de una clase dominante, es una ficción política [p. 1515]².

² Si bien cronológicamente se trata de un texto «de juventud», encontramos sin embargo temas habituales que Kelsen desarrollará a lo largo de su obra política; asimismo hará referencia a este ensayo por lo menos hasta 1929.

En el conjunto de sus escritos políticos, Kelsen distinguirá el concepto de democracia de los de liberalismo y de capitalismo, así como también lo hará con aquellos de «libertad política» y «libertad económica». Es por esto que señala, en su último ensayo sobre el tema, que la democracia liberal sólo es un tipo de democracia y subraya que el principio de la democracia y el principio del liberalismo no se identifican, existiendo incluso cierto antagonismo, ya que el liberalismo implica la limitación del poder para cualquier forma de gobierno y «significa también la limitación de los poderes democráticos».

Con respecto al ideal de paz -que para Kelsen es el que realiza la democracia en la práctica social-, el jurista austríaco se preguntaba en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* si la filosofía de la vida del liberalismo, de acuerdo con la cual la competencia, la lucha concurrencial aparecen como garantía del mejor estado posible de la sociedad, era compatible con ella.

Pero sus críticas al liberalismo son aún más claras cuando se trata del problema del Estado. Para Kelsen, el liberalismo, que se desarrolla bajo la monarquía absoluta, declara al Estado como un mal, y se podría resumir la esencia de su doctrina en «declaraciones de los derechos del hombre contra el Estado». Según el jurista austríaco, si el liberalismo tolera al Estado, es porque la burguesía ve en él un instrumento eficaz para la defensa de la propiedad privada. Contra la idea de que el Estado sería el representante del interés general, escribe: «si el liberalismo no niega completamente al Estado, sino que lo tolera, se debe al hecho de que sigue reconociendo en él una defensa de su sagrada propiedad privada, al hecho de que la clase, cuya expresión intelectual es el liberalismo, encuentra en el Estado su ventaja, no ciertamente desde el punto de vista económico aunque sí desde el punto de vista político». Kelsen señala en particular que el Estado era para Adam Smith un «aparato para la opresión del proletariado» sin derechos económicos [1924, p. 138 sq.]. En este sentido, la teoría liberal se acerca a la teoría anarquista, incluso si la primera tiene un criterio más realista en lo que se refiere a la naturaleza humana, que le hace considerar al Estado como un mal necesario, cuya acción debe ser reducida al mínimo: «defensa de la seguridad exterior, protección de la vida y la propiedad de los miembros del Estado en el interior; pero nada de fomentar el bienestar de los ciudadanos y, especialmente, nada de intervención estatal en la vida económica» [1925, p. 31, trad. esp. p. 41]³.

³ En su crítica de la teoría política del marxismo de los años 20, Kelsen considera que Marx y Engels han heredado esta concepción liberal del Estado, propia del siglo XIX. Por lo tanto, la teoría política del marxismo reduce el Estado a un instrumento de la clase económica dominante, quedando prisionera del dualismo «liberal-burgués», y esto se expresa sobre todo en el ideal de una sociedad apolítica, sin Estado, que, según Kelsen, sólo es una utopía anarquista, en contradicción con la teoría económica de la socialización de los medios de producción.

Con estas críticas, Kelsen se ubica muy lejos de la concepción del Estado del liberalismo, en la que, según Schmitt, «el Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad» [1928b, p. 137]; más aún sabiendo que Kelsen define como estatismo o politismo (*Politismus*) la dirección de aquellas teorías políticas que afirman fundamentalmente al Estado como orden coactivo.

Frente a los ataques de que era objeto su teoría a finales de los años 20 nuestro autor afirmaba «nadie como yo ha puesto en claro hasta qué punto el concepto de Estado de derecho del liberalismo es la absolutización de una posición unilateral». Sin embargo, no agotamos el tema que nos ocupa aquí si sólo nos conformamos con recordar estos juicios, que han sido considerados por varios comentaristas de la teoría pura, como E. Pasukanis, como la crítica de un neoliberal a una forma superada de liberalismo. Conviene entonces examinar ciertas proposiciones de la teoría pura a la luz de algunos rasgos teórico-políticos constitutivos de la doctrina liberal.

II. Teoría pura y liberalismo

Para tratar este punto es preferible, antes que arriesgar una definición formal, distinguir ciertos caracteres que conforman al liberalismo como doctrina. Éstos son:

- La libertad como punto de partida teórico, en el que el individualismo aparece como *pendant*.
- La limitación de la esfera de intervención del Estado.
- El parlamentarismo, aun formado por sufragio censitario, como el mejor garante político de la libertad.
- La creencia en una armonía social, cuya importancia varía de acuerdo a las diversas tradiciones.
- Los lazos consustanciales con la economía de mercado regida por la propiedad privada.

Libertad e individualismo

Es en este punto que quizás el pensamiento de Kelsen se aproxime más al liberalismo, ya que la libertad es definida como «el centro eterno y fundamental de toda especulación política».

Para Kelsen la libertad es la «esencia» de la idea de democracia. Pero según él, se trata de una libertad natural, pre-social: en su sentido negativo originario, el hombre es libre solamente fuera del Estado y de la sociedad; pero esta concepción, común a las teorías del derecho natural del siglo XVIII, lleva a la anarquía. El concepto de libertad debe transformarse en autonomía política, para dejar de este modo de ser una libertad negativa (la libertad del liberalismo). Con esta transformación, «el lugar de la libertad del

individuo es ocupado por la soberanía del pueblo, o, en otros términos, el Estado libre como supuesto fundamental». Según el jurista austríaco, «el Estado libre (*freie Staat*) es aquel cuya forma es la democracia, porque la voluntad estatal u orden jurídico es producida por los mismos que a ella están sometidos» [1925, p. 326]. Esta transformación marca así la separación de la democracia del liberalismo [1929, p. 10].

No obstante, Kelsen escribirá en la *General Theory of Law and State* que la democracia coincide con el liberalismo político (aunque no necesariamente con el liberalismo económico), en la medida en que la opinión pública, esencial para la democracia, exige las libertades intelectuales (de prensa, de religión, de palabra). En el mismo período, sostiene que la democracia moderna no puede separarse del liberalismo político en lo que se refiere a la protección de las minorías, la restricción del poder del gobierno o la libertad de la ciencia [1955a, p. 27 sq.]⁴. Así, el concepto de democracia ha sufrido la influencia del liberalismo político y «su tendencia a reducir el poder del gobierno en pos del interés de la libertad de los individuos», a través de la introducción de las garantías de libertad intelectual.

Sin embargo, otras ideas del jurista austríaco toman estas afirmaciones más complejas: en el mismo texto sostiene, en efecto, que esta libertad es también posible en un sistema económico socialista, la nacionalización de los medios de producción no excluye la existencia de instituciones que garanticen la libertad intelectual [1955a, p. 83-84]. En este sentido, ya había defendido la idea según la cual el principio vital de la democracia no era la libertad económica sino la libertad intelectual (*geistige Freiheit*), que podía existir tanto en una democracia liberal como en una democracia socialista. En efecto, el principio de la libertad económica del liberalismo no puede incluirse en la definición de democracia, sólo la libertad intelectual es esencial en la concepción kelseniana.

En cambio, la teoría pura, según su autor, elimina de la teoría del derecho «la libertad o la autonomía de la persona física, la forma jurídica del dogma ético de la libre voluntad» que el jurista austríaco considera como una ilusión. Ya en sus primeros escritos sobre la democracia Kelsen escribía que «la democracia -siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él-, es compatible aún con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la «libertad» individual y con la negación del ideal del liberalismo».

⁴ En un ensayo publicado en la época del fascismo, ya había escrito que la libertad política y personal protege al individuo contra los actos arbitrarios de los órganos del Estado e incluso de los partidos.

Es así que para Hayek, Kelsen reduce la «libertad individual» a «la independencia colectiva de la comunidad, es decir la democracia», y en esta concepción, la libertad «se convierte en una noción “irremediablemente condenada”» [1976, p. 53].

Sin embargo, no es menos cierto que el punto de partida de Kelsen es el individuo: ¿se lo puede considerar por ello como un partidario del individualismo metodológico? Ahora bien este individualismo debe entenderse a partir de su funcionalismo epistemológico -y de su crítica radical a los conceptos-substancia que interpretan como cosas estables relaciones que sólo son determinables por el conocimiento. Es también en ese sentido que Kelsen situaba el gran mérito de la teoría freudiana, que había «aportado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus elementos psicológico-individuales las hipóstasis revestidas de toda la magia de las antiguas palabras: Dios, la sociedad y el Estado». Así, en los análisis kelsenianos, la psicología humana se antepone a las estructuras histórico-sociales.

En particular sobre este tema, hay que tener en cuenta que con Kelsen no estamos de ninguna manera en presencia de un individualismo de elecciones racionales; por el contrario, para el jurista austríaco «la naturaleza del hombre es en el fondo, irracional e ilógica». Por otra parte, su individualismo puede ser matizado en la medida en que no existe para él, individuo (ni social), fuera del Estado. En este sentido, señala que «el individuo en conflicto permanente con la comunidad sólo es una ideología en la lucha de intereses determinados contra su limitación a través de un orden colectivo». Contra los argumentos de Hayek, a los que considera inadmisibles, Kelsen escribirá que el individualismo no se opone al colectivismo, ya que éste existe en grados diferentes en la realidad social, comenzando por el Estado, sin por ello identificarse con el totalitarismo [1955a, p. 81]⁵.

Pero incluso si se da por sentado el punto de partida individualista de la teoría política de Kelsen, es interesante notar que en ciertas ocasiones éste hace del concepto de «clase» una categoría central de su análisis. Es así que el jurista austríaco critica la noción de *totaler Staat* en Schmitt, pues, en la medida en que dicho «Estado total» sigue siendo «un Estado que garantiza la propiedad privada de los medios de producción», sólo es «una ideología burguesa» que quiere ocultar la violenta contradicción que se expresa en la lucha entre una clase fuera del Estado, el proletariado, contra otra, la bur-

⁵ Queda pendiente otra cuestión: ¿los vínculos entre esta corriente epistemológica y el liberalismo son inteligibles? El paso de la epistemología (individualista) a la política (liberal) no parece ser una conexión obligada, como lo prueba la existencia de una corriente que reivindica el individualismo metodológico en el seno del marxismo.

guesía, que es el Estado, pues este orden le garantiza sus intereses [1931b, p. 33-34]. Asimismo, su análisis de los Estados fascistas está también construido en términos de clase: los «llamados a la unidad» del pueblo en las teorías y prácticas de estos Estados expresan para Kelsen «esta voluntad de sobrepasar, de ignorar o de negar las oposiciones de clase -que no son menos reales y activas».

Limitación del Estado

Para Schmitt, la limitación (o negación) del Estado por medio de la libertad individual era la piedra angular del liberalismo. Podríamos pensar tal vez que Kelsen se inscribe en esta concepción cuando, justamente en su polémica con Schmitt, comienza con la afirmación del principio liberal según el cual «la función política de la constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder» [1931b, p. 6], o aun cuando considera, algunos años más tarde, que la democracia es el gobierno que garantiza la mayor libertad individual posible [1955a, p. 32]. Pero un estudio de las principales proposiciones kelsenianas nos muestra que las cosas son mucho más complejas. Abordaremos esta problemática distinguiendo tres puntos que se presentan a menudo como constitutivos de la limitación de la esfera estatal en la tradición jurídico-liberal. Primero, la existencia de los derechos subjetivos, anteriores al Estado como expresión de la libertad individual ilimitada. En segundo lugar, la teoría de la separación de poderes en tanto principio liberal contra la concentración del poder. Finalmente, la doctrina del Estado de derecho, punto de llegada de alguna manera de esta concepción negativa que entiende limitar al Estado por medio del derecho.

Una de las nociones consideradas centrales para una teoría que busca limitar el poder estatal por medio del derecho es aquella de los derechos subjetivos anteriores al Estado. Pero, para Kelsen, el derecho subjetivo sólo es una norma de derecho objetivo con un contenido individual; este «poder jurídico conferido al individuo» existe si ha sido prescripto por el Estado, no antes. Tal como lo entiende la teoría tradicional, esta es una noción ficticia y de carácter ideológico: su fin es imponer límites al contenido del orden jurídico, en particular un orden que no reconoce el derecho subjetivo de propiedad, no puede ser considerado como un verdadero orden jurídico [1960, p. 175-176, trad. esp. p. 182]. Para la teoría kelseniana, por el contrario, no hay ninguna esfera «no política», menos aún la del derecho privado. La idea de que existiría un límite absoluto al Estado en la libertad innata e inviolable del individuo es sólo un postulado de derecho natural: «ni siquiera desde un punto de vista puramente técnico es posible reconocer límites absolutos o, como se dice corrientemente, límites “naturales” del poder del Estado (*Staatsgewalt*)» [1925, p. 41, trad. esp. 54]. Según Kelsen, la técnica

de los derechos subjetivos es propia de los sistemas capitalistas, pues ella está forjada sobre el derecho de propiedad privada. En particular, aparece como barrera contra una abolición de la propiedad por un cambio del orden jurídico y para impedir la expropiación sin indemnización, argumentando que dicha reforma sería contraria a la naturaleza del derecho [1955b, p. 98].

La acusación de Schmitt, en su polémica sobre el «guardián de la constitución», en el sentido de que la introducción de un tribunal para la protección de la constitución implicaría la introducción de derechos subjetivos «contra» el Estado, es aún más errónea cuando se trata de la concepción kelseniana. El jurista austríaco habla en efecto de la garantía de la constitución como «elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por finalidad asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales». Y en el sistema que él había concebido en la Constitución austríaca de 1920, los particulares no estaban legitimados para interponer un recurso constitucional.

Kelsen será también un crítico de la teoría de separación de poderes, concebida como una balanza destinada a impedir los abusos del poder, que juzga como un dogma no democrático. Incluso si actúa, a veces, en un sentido democrático (impidiendo la concentración del poder, y reservando la creación de la ley a la pluralidad de los sujetos), no se puede justificar por razones democráticas. Si una constitución democrática establece tal división, es por razones históricas [1945, p. 282, trad. esp. p. 296 sq.]. De hecho, no hay separación posible sino una dicotomía, relativa, entre creación y aplicación del derecho. Ahora bien, este principio, entendido e interpretado como separación de poderes, no es, según Kelsen, esencialmente democrático, pues el principio democrático supone, contrariamente a la separación, la concentración del poder en el pueblo. En cambio, en Montesquieu adquiere el carácter de un dogma que busca conservar al menos una parte de la función legislativa del monarca, por intermedio de la ejecución, impidiendo que el órgano de origen popular establezca su supremacía.

Por último es sobre todo en relación al concepto de «Estado de derecho» que la concepción kelseniana se encuentra en las antípodas de la idea de limitación del Estado. Si el concepto de «Estado de derecho» ha sido interpretado en el sentido de un límite que el derecho impone al Estado, Kelsen denuncia allí un dualismo ideológico propio de la teoría tradicional, que serviría o bien a legitimar un Estado en función de un «derecho» superior o bien a restringir el contenido del orden estatal, y a no reconocer en consecuencia como «derecho» a los órdenes estatales que no tienen un contenido determinado, en particular liberal-capitalista. Según Kelsen, la teoría de la autolimitación del Estado, que sostiene que el Estado debe someterse al derecho que él ha creado, no puede escapar de sus contradicciones lógico-sistemáticas. El Estado es como una suerte de rey Midas, convierte en derecho

todo lo que toca; para la teoría pura «todo derecho es derecho del Estado, pues todo Estado es un Estado de Derecho», incluso un Estado policial. «El ilimitado poder del autócrata para conceder exenciones a las normas generales, la arbitrariedad del gobierno autocrático (...) no es razón suficiente para negar el carácter jurídico de un ordenamiento social que, políticamente, tenga el carácter autocrático». En la 2ª edición de su *Reine Rechtslehre* hablará de la expresión *Rechtsstaat* como de un pleonasma. Para Kelsen, la disolución de este dualismo metodológico implicaba también la destrucción de la ideología burguesa más eficaz, lo que según él explicaba la violenta resistencia que la teoría jurídica burguesa oponía a la teoría pura.

Por su lado, Schmitt afirmaba que la noción de ley debía tener «ciertas cualidades» en relación con los principios del Estado de derecho y de la libertad burguesa: «si ley es todo lo que manda determinado hombre o asamblea, sin distingos, una monarquía absoluta será también un Estado de derecho; pues en ella impera la «ley», en este caso, igual a la voluntad del rey» [1928b, p. 149]. Este juicio contaba con la aprobación explícita de Hayek, para quien la ley ha sido siempre considerada como «inseparable de la propiedad privada» y al mismo tiempo como «la condición indispensable de la libertad individual». Según el pensador liberal, la teoría kelseniana, en cambio, «da a cualquier orden la dignidad de un orden de derecho», y considera como la ley «toda “técnica social” que emplea la fuerza»; esta noción debería ser reservada, siempre según Hayek, a cierto orden apreciado por la libertad individual que procura, lo que implica cierta restricción al empleo de la fuerza [1976, p. 53]⁶. Pero no sólo los neoliberales criticaban a Kelsen en este punto, un «solidarista» como L. Duguit podía escribir que «si se identifica al Estado y al derecho como lo hace Kelsen, resulta harto difícil establecer una limitación del Estado por el derecho»⁷.

Parlamentarismo

Para Schmitt existía un lazo genético entre «mercado» y «parlamentarismo». Este vínculo es según el autor de la *Teología política* el producto de una idéntica metafísica (liberal) de la discusión considerada como intercambio (de bienes o de opiniones, en el caso del parlamento). En sus observaciones sobre la situación histórico-intelectual del parlamentarismo, Schmitt escribe (citando una crítica de Gentz) que para el liberalismo las leyes provienen siempre de una lucha de opiniones, y no de intereses [1926,

⁶ Kelsen había criticado la supuesta conexión entre *Rule of Law* y capitalismo, juzgada indispensable por Hayek en *The Road to Serfdom*.

⁷ Duguit [1928, p. 64 sq]. Para Kelsen, la teoría de Duguit buscaba proteger la propiedad privada caracterizándola como función social [1931a, p. 113]. Sobre la relación Duguit-Kelsen, ver Herrera [1997a].

p. 45-46, p. 9]. Aunque en uno de sus trabajos Kelsen señalará que el paralelo schmittiano entre intercambio de mercaderías y de opiniones es tal vez correcto si se precisa que su sentido consiste en realizar una transacción (económica) o un compromiso (político), un análisis más preciso permite sostener que el autor de la *Teoría pura del derecho* defiende ante todo al parlamentarismo como principio técnico. En este sentido, Kelsen admite que este sistema es una limitación de la democracia, pero lo considera necesario y única forma real por la que el ideal democrático puede realizarse frente a la imposibilidad material de la democracia directa. Se trata de un compromiso entre autodeterminación política y división técnica del trabajo, en el cual la libertad se amalgama con elementos extraños: el principio de mayoría, la formación indirecta de la voluntad, la división diferencial del trabajo.

En particular, contra cierta tradición liberal-democrática, Kelsen considera que la legitimación del parlamento por medio de la soberanía popular juega el rol de «una máscara totémica». El dogma de la representación popular sólo es una ficción que es usada para fundar su esencia en la libertad, queriendo enmascarar la limitación que significa para el pueblo el no-ejercicio directo de su voluntad. El parlamento, si bien ha sido elegido por el pueblo, no lo representa: es un órgano del Estado. Por otra parte, el jurista austríaco propone una serie de reformas destinadas a reforzar el elemento democrático de los parlamentos: el referéndum, la iniciativa popular, la revocación de mandato, la responsabilidad de los diputados, etc.

Contra la crítica schmittiana, Kelsen rechaza que la «armonía preestablecida», es decir un principio metafísico, sea el fundamento del parlamentarismo. Su justificación «en tanto medio específico de carácter técnico-social para la producción del orden social» hace que acuerde la calidad de parlamento al sistema consejista, lo que en la Alemania de los años 20 no parece tener un significado político liberal. Esta dimensión de técnica social aparece también en la idea de que el parlamento «saca a la luz la verdadera situación de los intereses». Se debe destacar sobre todo que Kelsen se une a los teóricos del socialismo reformista en la creencia de que el parlamento abre al proletariado el camino al poder⁸. En efecto, el parlamentarismo, en tanto forma política desarrollada durante los siglos XVIII y XIX, había permitido la emancipación de la burguesía a través de la supresión de los privilegios de la aristocracia, y en forma más contemporánea el reconocimiento de la igualdad política del proletariado, «que tuvo por consecuencia el comienzo de la emancipación económica respecto de la clase capitalista» [1929, p. 26, trad. esp. p. 48-49]. Es por ello que Kelsen interpreta los ataques antiparlamenta-

⁸ Sobre este punto, Herrera [1997b].

rios de los años 20 como expresión de la reacción de la burguesía con el fin único de impedir la llegada al poder del proletariado. Efectivamente, sostendrá que el ataque a la democracia parlamentaria por parte de los fascistas se explica en la medida en que «pone en peligro la dominación de la burguesía por el hecho de dar a las masas cierto poder de acción».

En cambio, Schmitt consideraba -y es aquí, sin duda, que reside todo el fundamento de su polémica antiparlamentaria- que el parlamento no podía «integrar en una unidad política al proletariado, masa no poseedora y no educada», a diferencia de la burguesía en el Estado monárquico. Ahí estaba el error de apreciación de «los padres de la Constitución de Weimar» Weber, Naumann y Preuß. Para Schmitt, sólo se «podrá dominar políticamente la nueva situación creada por la emergencia del proletariado y recrear la unidad política del pueblo-Estado alemán» excluyendo «su factor liberal» [1928a, p. 47].

Armonía social

Según Hayek, la sociedad ha adquirido, tras una larga evolución, la capacidad de autorregularse de manera armónica; el liberalismo como doctrina se deriva del descubrimiento de ese orden espontáneo [1966, p. 162]. Kelsen consideraba también que, para el liberalismo, la vida económica y la cultura espiritual prosperan cuando son abandonadas al libre juego de las fuerzas sociales [1925, p. 31]. En cambio no existe para el jurista austríaco armonía natural de intereses, no hay tampoco forma alguna de unidad de intereses *a priori*. En particular, y ya desde los *Hauptprobleme*, la noción de «interés general» era para el jurista austríaco: «falsa y peligrosa: sólo existe un grupo de gobernantes que presenta sus intereses particulares como el interés general». Para Kelsen, incluso «el llamado interés colectivo» es una ficción cada vez que es entendido como algo más que un compromiso entre intereses opuestos o una decisión en favor de uno de ellos. El compromiso kelseniano implica siempre la solución del conflicto por medio de una norma [1945, p. 288].

Es por ello que la temática del «compromiso» -central en la concepción kelseniana de la democracia- no debe confundirse con la creencia en una armonía social. En cambio, el compromiso aparece como la expresión de las relaciones de fuerza de los grupos sociales, la resultante de los intereses de las fuerzas sociales opuestas. Y en ese sentido, sólo se pueden establecer compromisos «durables y siempre renovables», pero esto no significa el logro de una verdad más elevada, con valor absoluto superior a los intereses de los grupos [1929, p. 58, trad. esp. p. 86].

Incluso si Kelsen afirma a veces que «democracia es discusión», la temática kelseniana no es tampoco aquella del «compromiso metafísico» del

liberalismo que Schmitt definía como «la negociación, los términos medios dilatorios, con la esperanza de que la confrontación definitiva, el combate sangriento que llevará a la decisión (*blutige Entscheidungsschlacht*), pueda transformarse en un debate parlamentario y sea eternamente suspendido gracias a una eterna discusión» [1922, p. 54]. Para Kelsen, en cambio «no existen más que intereses humanos y, por lo tanto, conflictos de intereses. La solución a estos últimos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento de otro, o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. No es posible probar que una u otra solución sea justa» [1953, p. 21-22].

Esta concepción será atacada por un liberal como Hayek, ya que no toma en cuenta los ideales superiores como la justicia o la verdad. Para el premio Nobel, la concepción de Kelsen podía aparecer como «el principal apoyo ideológico de los poderes ilimitados de una democracia» [1976, p. 53]. En efecto, la temática del compromiso en Kelsen se inscribía más bien en la estrategia socialdemócrata: el compromiso en el marco del Estado democrático parlamentario se presenta como una vía para resolver el conflicto de clases a través de una reforma pacífica y gradual (y como alternativa a un cambio violento y revolucionario de las estructuras); lo que se halla lejos de una búsqueda de «la verdad razonable y la norma justa» por medio de una discusión pública, como lo creía erróneamente Schmitt [1928b, p. 303].

Propiedad privada

Según Ludwig Mises, «el capitalismo, o sea la propiedad privada de los medios de producción, constituye el único sistema de cooperación humana viable» [1927, p. 36]⁹. No muy lejos de esta concepción Hayek sostiene que la propiedad privada de los medios de producción es la mejor garantía de la libertad, o, como lo afirmará más tarde, «derecho, libertad y propiedad forman una trinidad inseparable».

Kelsen pensaba también que la propiedad privada y la libertad contractual eran las bases del liberalismo del siglo XIX y el Estado sólo debía intervenir para protegerlas. Según el jurista austríaco, si la acción del Estado en el capitalismo actual se había acrecentado, la libertad económica seguía siendo en la tradición liberal un elemento constitutivo de la definición de democracia. En cambio, en la concepción kelseniana, la libertad económica no es esencial para la democracia, sólo cuentan, como ya hemos visto, la libertad como autodeterminación política y la libertad intelectual.

⁹ Mises sostiene también que «la propiedad privada no precisa de defensa, justificación, apoyo o explicación. La propiedad es consustancial a la pervivencia de la sociedad, no tienen más remedio los humanos que agarrarse firmemente a la institución para evitar perjudicarse a sí mismos y dañar a todos los demás» [1927, p. 113-114].

Para el autor de la *Teoría pura del derecho*, la democracia es un sistema político que no está necesariamente ligado a un sistema económico definido. Si ella ha sido desarrollada hasta ahora por sistemas capitalistas, y si la experiencia soviética no fue finalmente democrática, eso «no prueba nada», y nada impide entrever en el futuro una combinación entre democracia y colectivización [1955a, p. 77, p. 84]. Por cierto, concede Kelsen, la colectivización de los medios de producción puede llevar a una limitación de la libertad intelectual del hombre que las constituciones de los sistemas capitalistas, por su parte, prohíben; pero en los hechos, el capitalismo restringe también la libertad del individuo, sometiéndolo a las leyes económicas. Lo mismo ocurre con la tolerancia (uno de los principales valores de la democracia en la concepción kelseniana) que las democracias capitalistas abandonan cuando la propiedad y la libertad de empresa son amenazadas (el jurista austríaco piensa aquí en los fascismos). Incluso en el período que algunos comentaristas han calificado de «maccartysta», Kelsen no deja de destacar que la explotación económica del capitalismo es un hecho que debe admitirse [1948, p. 47].

Según Kelsen, para probar que existiría una conexión esencial entre capitalismo y democracia, habría que mostrar que la propiedad y la libertad están inseparablemente unidas. Ahora bien, el jurista austríaco considera que los intentos por probar dicha conexión esencial entre libertad y propiedad han fracasado¹⁰.

En particular, el jurista austríaco sostiene que es un dogma político jusnaturalista de la clase dominante para conservar su poder el considerar que el Estado debe respetar los derechos bienes adquiridos. Para Kelsen, estos derechos adquiridos pueden ser limitados o suprimidos por normas jurídicas. Y la indemnización en caso de expropiación no se deduce de la naturaleza del derecho adquirido, sino de una eventual norma jurídica positiva [1925, p. 156].

Como podemos ver, en la concepción de Kelsen no es necesario que el Estado tome primero una decisión en el sentido de la libertad burguesa (libertad personal, propiedad privada, etc.), como Schmitt lo pensaba con respecto a las constituciones del Estado burgués de derecho, del que consideraba a Kelsen como uno de sus teóricos.

* * *

Recordando algunas de estas particularidades, nuestro autor ha sido caracterizado como un *Linksliberaler*. Esta lectura presenta, empero, un lími-

¹⁰ [1955a, p. 94]. En la historia de la filosofía política, los dos ensayos más importantes al respecto son los de Locke y Hegel, que Kelsen juzga insuficientes, incluso ideológicos [*ibid.*, p. 86 sq., 90 sq.].

te importante: sin ignorar los elementos críticos hacia la doctrina liberal que existen en la concepción kelseniana, se sitúa como núcleo de su teoría política el liberalismo, sin problematizar su consistencia, sumando a éste los lazos y la simpatía de Kelsen por la socialdemocracia austríaca. La concepción política de Kelsen sería entonces liberal en lo teórico y cercana a la socialdemocracia desde un punto de vista histórico.

Sin embargo, luego de nuestro análisis, la correspondencia de la teoría política de Kelsen con un liberalismo *stricto sensu* nos resulta problemática. Ciertamente, se puede descubrir una tonalidad liberal en ciertas ideas del jurista austríaco, como su racionalismo, su relativismo ético o su individualismo. Pero estos temas, próximos de la tradición liberal, no sirven para definir rigurosamente al liberalismo, y sobre todo, Kelsen no los utilizará para oponerse al socialismo, sino a los regímenes autocráticos.

En realidad, los tonos más liberales de su teoría política resaltan con mayor nitidez en coyunturas históricas bien precisas: la crisis de la República de Weimar, donde la distinción entre «liberalismo» y «democracia» de sus críticos no es siempre clara, y en su contacto con la cultura norteamericana. En cambio, no aparece en los años 20, donde Kelsen subraya la inspiración democrática de muchas medidas de los bolcheviques en Rusia, e incluso en su polémica con Schmitt la crítica de los presupuestos del liberalismo permanece sólida¹¹. Y cuando en los años 50 señala que la democracia no puede separarse del liberalismo, agrega enseguida la distinción entre liberalismo político y capitalismo. Se puede pensar que en realidad el liberalismo de Kelsen es de tipo cultural, heredero de la tradición democrática del liberalismo, que el jurista austríaco pone en estrecho contacto con el pensamiento de J.J. Rousseau (a quien considera el más importante teórico de la democracia) y la Revolución francesa. Nos parece por lo tanto que los componentes liberales de la teoría kelseniana no deben ser absolutizados, y que, en particular, no son suficientes para caracterizar a su teoría política de liberal en sentido estricto, menos aún si ese liberalismo es sinónimo de teoría negativa del Estado o de apolitismo.

De hecho, muchas de las características de la teoría política kelseniana que se consideran habitualmente como definitorias de su carácter liberal eran compartidas de manera general por sectores importantes de la socialdemocracia germana de aquellos años¹². Kelsen podía afirmar entonces que el socialismo y la libertad no eran incompatibles, como así también pensar en la

¹¹ Cf. Herrera [1994].

¹² G. Radbruch, un socialdemócrata no marxista podía así escribir que «en el socialismo sobrevive lo mejor del liberalismo: el socialismo supone en verdad organización económica pero también libertad de espíritu, y hablamos desde el alma cuando nos unimos bajo el grito de lucha ¡Libertad!» [cit. in Herrera, 1997b].

emergencia de un régimen que realizase la autodeterminación política y la libertad intelectual al mismo tiempo que una economía planificada. En ese sentido, el jurista austriaco sostenía, aún en los años 50, que el experimento soviético no probaba nada en contra de un modelo socialista democrático.

Por cierto, Schmitt hablaba de la «social-liberal-democracia» y del «*Sozial-liberalismus*» de la II Internacional. Pero esto sólo denota la amplitud que el jurista alemán daba a este concepto. Una amplitud que oculta, sin embargo, un componente primordial de la concepción liberal: la propiedad privada de los medios de producción; es por ello que, como lo señalaran en su momento K. Korsch y sobre todo H. Marcuse, no se encuentra una crítica de los fundamentos económicos y sociales del capitalismo en sus «virulentos» ataques al liberalismo.

Por el contrario, en su *Verfassungslehre*, Schmitt considera que la propiedad privada es un verdadero derecho fundamental, que preexiste a la ley. Así interpretada, no sería lícito delimitar legalmente el contenido de la propiedad privada en su discrecionalidad de dominio [1928b, p. 176-177]. Y en sus sucesivas reelaboraciones teórico-constitucionales de aquellos años sobre los derechos fundamentales, encontramos siempre la salvaguarda del derecho de propiedad contra los ataques del legislador, y en particular, la expropiación¹³.

Pero para comprender la relación de Schmitt con el liberalismo es particularmente interesante un texto de 1932, «*Starker Staat und gesunde Wirtschaft*», donde afirmando la idea de un «Estado fuerte» defiende también una liberalización de la economía. En dicho texto, Schmitt distingue dos aserciones del concepto de Estado total. El Estado puede ser total desde un punto de vista cualitativo, un Estado fuerte desde el punto de vista de la intensidad y de la energía política, pero el Estado puede ser total también en un sentido puramente cuantitativo, del mero volumen ocupado. Sin dejar de criticar las concepciones del liberalismo decimonónico, el jurista alemán sostiene que sólo un Estado fuerte puede garantizar la esfera de la libre economía (basada en la iniciativa y la propiedad privada) [1933 p. 84 sq., p. 90]¹⁴. H. Heller podía ver en este ensayo, originalmente una conferencia ante una sociedad de grandes industriales alemanes, los signos de un liberalismo autoritario, cuyo contenido resumía en «retiro del Estado “autoritario” de la política social, desnacionalización de la economía y estatización (*Verstaatlichung*) dictatorial de las funciones político-intelectuales» [1932, p. 652-653].

¹³ Sobre este tema, ver O. Beaud [1997, en particular, p. 94-95].

¹⁴ En dicha conferencia, Schmitt desarrolla también un concepto de «autoadministración económica».

Para Hayek era también posible que un gobierno democrático fuese totalitario y que un gobierno totalitario se dejase guiar por principios liberales [1958, p. 101; 1966, p. 161]. En verdad, ya el propio Kelsen había llamado la atención sobre el hecho de que la oposición entre teoría liberal y conservadora se iba borrando en la medida en que la burguesía se convertía en la clase dominante y entraba en contradicción con el proletariado; en particular, sostenía que el fascismo representaba una dictadura de la burguesía, cuya base era la supresión del socialismo y de las exigencias del proletariado.

Según Ludwig Mises, la propiedad privada de los medios de producción es el elemento esencial del liberalismo, a tal punto que «todos los demás postulados del liberalismo son la consecuencia de este postulado fundamental» [1927, p. 37]¹⁵. No tendría nada de paradójico, entonces, concluir que el «antiliberal» Schmitt está más cerca de lo esencial del liberalismo que el «liberal» Kelsen.

Referencias bibliográficas

- Beaud, Oliver [1997]: *Les derniers jours de Weimar*, Paris, 1997.
- Duguit, Léon [1928]: *Traité de droit constitutionnel*, 3 ed., T. I, Paris.
- Hayek, Friedrich [1958]: *The Constitution of Liberty*, trad. franc., Paris, 1994.
- [1966]: «The Principles of a Liberal Social Order», en *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres, 1967.
 - [1976]: *Law, Legislation and Liberty*, T. 2: The Mirage of Social Justice, Londres, 1993 (reprint.)
- Hermann Heller [1932]: «Autoritärer Liberalismus?» en *Gesammelte Schriften*, T. 2, Leiden, 1971.
- Herrera, Carlos Miguel [1994]: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, nº 86.
- [1997a]: «Duguit et Kelsen: la théorie juridique, de l'épistémologie au politique», in O. Beaud - P. Wachsmann (eds.) *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Estrasburgo.
 - [1997b]: «Kelsen y el socialismo reformista», *Revista de Estudios Políticos*, nº 96.
- Kelsen, Hans [1913]: «Politische Erziehung und Weltanschauung» in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Viena, 1968.
- [1924]: Marx oder Lassalle, en *Demokratie und Sozialismus*, Viena, 1967.
 - [1925]: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin [trad. esp., México, 1973 (reprint)].
 - [1929]: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2 ed., Aalen 1981 (reprint) [trad. esp., Barcelona, 1977 (reprint)].
 - [1931a]: Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischen Geschichtsauffassung, en *Demokratie und Sozialismus*, Viena, 1967.
 - [1931b]: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, *Die Justiz*, 6 (Separata).

¹⁵ Como lo recuerda Marcuse [1934], Mises escribía en 1926 que el fascismo había salvado la cultura occidental del bolchevismo.

- [1945]: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), 1949.
 - [1948]: *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, Berkeley y Los Angeles.
 - [1953]: What is Justice?, en *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley y Los Angeles, 1971.
 - [1955a]: «Foundations of Democracy», *Ethics*, 66.
 - [1955b]: *The Communist Theory of Law*, Londres.
 - [1960]: *Reine Rechtslehre*, 2 ed., Vienne, 1992 (reprint) [trad. esp., México, 1981]
- Marcuse, Herbert [1934]: La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado, trad. esp., en *Cultura y Sociedad*, Buenos Aires, 1967.
- Mises, Ludwig von [1927]: *Liberalismus*, trad. esp., Barcelona 1994.
- Schmitt, Carl [1922]: *Politische Theologie*, München y Leipzig.
- [1926]: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2 ed., Munich y Leipzig.
 - [1928a]: Der bürgerliche Rechtsstaat, ahora en *Staat, Großraum, Nomos*, Berlin, 1995.
 - [1928b]: *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Madrid, 1982.
 - [1932]: *Der Begriff des Politischen*, 2 ed., Berlin, 1991.
 - [1933]: «Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern», *Volk und Reich*, 9 Jahrgang.

