

Finalmente debemos mencionar que, con ocasión de los ochenta años y del centenario del nacimiento de Hans Kelsen, la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, le rindió homenaje con la publicación de una separata en 1961⁸⁹ y una edición completa de la revista Estudios de Derecho en 1981⁹⁰.

En 1983, con ocasión de los diez años de la muerte de Hans Kelsen, el Colegio Mayor del Rosario, Facultad de Filosofía, organizó un curso especial bajo el título "Hans Kelsen y su Influencia en Colombia"⁹¹.

décadas del treinta y del cuarenta; en el mismo sentido deben mencionarse las Conferencias de Derecho Internacional y Derecho Administrativo de Hermann Meyer-Lindenberg, profesor alemán refugiado, en la Universidad Nacional, en los años 40; Copete Lizarralde Alvaro, Lecciones de Derecho Constitucional, Ed. Lerner, Bogotá, 1960; Vidal Perdomo Jaime, Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, 1976; Uprimny Leopoldo, Conferencias de Derecho Constitucional, Universidad Javeriana, 1949; Valencia Zea Arturo, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Ed. Temis, 1976, Bogotá; Villar Borda Luis, Ciencia del Derecho, Universidad del Cauca, Popayán, 1960; Palacios Hugo, Introducción a la Teoría del Estado, Ed. Temis, Bogotá, 1982; Romero Soto Julio, "Delitos contra la existencia y seguridad del Estado" y "Delitos contra el régimen constitucional", cap. 25, 26, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1983; Monroy Cabra Marco G., Manual de Derecho Internacional Público, Ed. Temis, 1982.

89 Contribuciones: Recasens Siches Luis: Balance de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen; Betancour Cayetano: Imperativo y Norma en el Derecho; Mantilla Pineda B.: "El principio de retribución y la ley de causalidad"; Carlos Gaviria Díaz, Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen; Fernando Mesa, Teoría Comunista del Derecho; Luis Alfonso García, Teoría Comunista del Estado.

90 Contribuciones: Gaviria Díaz Carlos, Kelsen, Wittgenstein y las formas del lenguaje; Naranjo Villegas Abel, La concepción social de la teoría de Kelsen; Alberto Wara, La norma fundamental kelseniana como criterio de significación; Squella Agustín, La Teoría Pura del Derecho y los juicios de valor; Mantilla Pineda B. La Paz y la Justicia en el pensamiento de Kelsen; Vallejo Mejía Jesús, Estado y Derecho en el pensamiento de Kelsen, Betancour Cayetano, Hans Kelsen; García Isaza Alfonso, Anotaciones sobre Kelsen; Saldanha Nelson, Sobre la obra de Kelsen: breves anotaciones críticas; Tamayo Jaramillo Javier, El imperativo jurídico; Fernández Carrasquilla Juan, Retroactividad de una ley favorable declarada inexecutable.

91 Participaron los profesores Jaime Vélez Sáenz y Luis Villar Borda, con la coordinación de la doctora Guillermina Garmendia de Camusso.

POSITIVISMO JURIDICO Y DEMOCRACIA*

Agustín Squella**

1. Ante todo, deseo expresar mi honda satisfacción y complacencia por haber sido invitado, como lo fui en los dos congresos anteriores, a este Tercer Congreso Brasileiro de Filosofía Jurídica y Social.

Valoro esta invitación, en primer lugar, porque me permite volver a instalarme, por algunos días, en el centro de la cultura jurídica brasileña, a la que tantas y tan importantes aportaciones debe hoy el pensamiento jurídico de América del Sur.

Valoro también esta ocasión, desde luego, porque ella da lugar al encuentro -que es casi siempre un reencuentro- con profesores, investigadores y amigos

* Ponencia del autor, leída en el III Congreso Brasileiro de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en João Pessoa, Paraíba, en el mes de Julio de 1988. Del autor, y sobre el mismo tema, puede consultarse la obra "Positivism jurídico y democracia", Publicaciones de la Academia de Ciencias Sociales del Instituto de Chile, Editorial Universitaria, Santiago (Chile), 1989.

** Doctor en Derecho de la Universidad Complutense, Madrid; Profesor de Introducción al derecho y Filosofía del derecho, Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales, Chile; Miembro Correspondiente de la Academia de Ciencias Sociales del Instituto de Chile; Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social y Miembro del Comité Directivo de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR).

que provienen de distintos países, lo cual permite reanudar un diálogo científico y humano que resulta siempre estimulante y fecundo.

Y aprecio, por último, la posibilidad de estar en este Congreso, porque puedo así someter a vuestra consideración unas breves reflexiones sobre un tema que viene interesándome últimamente, a saber, el de la existencia de una posible relación entre positivismo jurídico y democracia.

El título de mi comunicación, por lo mismo, es "Positivismo jurídico y democracia".

2. Este selecto auditorio sabe muy bien que la expresión "positivismo jurídico" tiene distintos significados en la literatura jurídica, lo cual quiere decir que hay varias maneras de entender el positivismo jurídico en nuestros días. Dicho de otra manera: son varias las tesis o doctrinas consideradas como propias o prototípicas del positivismo jurídico, lo cual constituye una verdadera dificultad para cualquier intento de una caracterización general del positivismo jurídico. Esta dificultad se vuelve todavía mayor si se comprueba que esas varias tesis o doctrinas no se implican unas a otras, de modo que un autor considerado positivista puede en el hecho aceptar una o más de esas doctrinas y, a la vez, rechazar las demás.

En atención a lo anterior, cuando se dice que un determinado autor es positivista, resulta necesario, para evitar malentendidos, especificar en qué sentido o sentidos se afirma que lo es, o -dicho de otro modo- a cuál o a cuáles de las tesis o doctrinas habitualmente consideradas como propias del positivismo jurídico adhiere ese mismo autor.

En verdad, creo que es más útil presentar de este modo al positivismo jurídico, aunque, al hacerlo de esta manera se lo "despedace" en tres, cuatro o más significados. Me parece, por el contrario, que el intento de una definición unitaria del positivismo jurídico no conduce a resultados satisfactorios, no obstante el inteligente esfuerzo que en esa dirección llevó a cabo, hace ya algunos años, Uberto Scarpelli en su libro "Cos'è il positivismo giuridico", publicado en 1965.

Para precisar esos distintos significados de la expresión "positivismo jurídico", o bien, para establecer cuáles son las doctrinas centrales del positivismo, esto es, las que han recibido mayor adhesión de parte de autores calificados normalmente de "positivistas", nada mejor, tal vez, que recurrir a algunos de estos mismos autores, tales como Kelsen, Ross, Bobbio y Hart.

3. En opinión de Kelsen, por ejemplo, el positivismo jurídico debe ser distinguido del positivismo filosófico, aunque -en opinión del jurista austriaco- aquél se relaciona con éste en cuanto toma como punto de partida del conocimiento lo positivo, lo dado. Así, el conocimiento y la descripción de lo dado, de lo que es, constituye para Kelsen el único objetivo de la investigación científica.

En consecuencia, Kelsen dice que 'positivismo jurídico' es el nombre que damos a la teoría jurídica que concibe o reconoce como derecho únicamente al derecho positivo, esto es, al derecho producido por actos de voluntad del hombre.

Para Kelsen, dos son las consecuencias del positivismo jurídico así entendido:

- a) la distinción entre el derecho y la moral como dos órdenes sociales diferentes, y la distinción consiguiente entre derecho y justicia; y
- b) la idea de que todo derecho establecido por quienes se encuentran autorizados para producir normas jurídicas, debe corresponder a la exigencia política y jurídica de la previsibilidad de la decisión jurídica y a la exigencia de la seguridad jurídica.

La primera de estas dos consecuencias, o sea, la distinción entre derecho y moral y la consiguiente diferenciación entre derecho y justicia, no significa, sin embargo, negar que exista la moral ni negar tampoco la exigencia de que el derecho deba ser justo. Pero -añade Kelsen- tenemos que ser conscientes de que existen diferentes sistemas morales y diversos ideales de justicia, a menudo en conflicto unos con otros. Así, la calificación de un derecho como moralmente correcto, o como derecho justo, dependerá del sistema moral o del ideal de justicia que escojamos, y tal calificación será entonces relativa. Por lo mismo, para un autor como Kelsen es tan posible la existencia de un derecho moralmente correcto, o justo, como la de un derecho moralmente incorrecto, o injusto.

Por último, cree Kelsen que no es posible demostrar por métodos racionales que un determinado sistema moral, o un determinado ideal de justicia, es el verdadero o el mejor. Esto último, según me parece, es fundamental para comprender la preferencia de Kelsen por la democracia: como ninguna doctrina moral sobre la justicia puede ser presentada ni presentarse, legítimamente, como la única o la verdadera, todas las doctrinas tienen derecho a concurrir y a competir entre sí, pacíficamente, para obtener el apoyo o las preferencias de la gente.

El relativismo (no es posible probar racionalmente el mayor valor de verdad de un determinado ideal de justicia) conduce así a la tolerancia (todos los ideales

de justicia deben coexistir y ninguno de ellos puede ser excluido en nombre de la verdad), y la tolerancia, a su turno, conduce a la democracia: debe operar la regla de la mayoría para decidir, periódicamente, quién debe gobernar y cómo debe gobernar.

Por su parte, Bobbio, como es sabido, distingue tres aspectos del positivismo jurídico.

En primer lugar, hay, según Bobbio, un positivismo jurídico entendido como modo de llevar a cabo la identificación y el estudio del derecho. En este aspecto, el positivismo jurídico se caracteriza por una clara distinción entre el derecho real y el derecho ideal, entre el derecho que es y el derecho que debe ser, entre el derecho como hecho y el derecho como valor, y por la convicción de que los juristas se ocupan, ante todo, del derecho que es y no del derecho que debe ser. A este primer aspecto del positivismo jurídico, Bobbio lo llama "positivismo jurídico metodológico", porque consiste tan sólo en un método de identificación y descripción de lo que se encuentre establecido como derecho. Lo llama también "positivismo jurídico en sentido amplio".

En segundo lugar, Bobbio distingue un positivismo jurídico como teoría del derecho positivo, que vincula la existencia del derecho a la formación del Estado y que entiende que todo derecho es producto de la actividad del Estado. En este segundo aspecto, el positivismo jurídico es algo más que un método y se caracteriza por la idea de la supremacía del derecho producido por el Estado y por la idea de que las leyes tienen mayor valor o jerarquía como fuentes del derecho.

Por último, para Bobbio existe también un positivismo jurídico como ideología de la justicia, que se caracteriza porque suscribe una o ambas de las afirmaciones siguientes, a saber (a) que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, y (b) que el derecho positivo, al margen de su contenido, constituye un instrumento idóneo para obtener ciertos fines como el orden y la seguridad jurídica.

Según Bobbio, estos tres aspectos del positivismo jurídico no se implican entre sí, o sea, no existe una relación forzosa entre ellos. Así, se puede ser positivista en el primer aspecto y no serlo en ninguno de los otros dos, como es el caso del propio Bobbio.

En cuanto al pensamiento de Alf Ross sobre el particular, éste distingue seis tesis principales del positivismo jurídico:

a) la distinción entre derecho y moral, o sea, la distinción entre dos distintos modos de hablar acerca del derecho: el derecho que es y el derecho que debe ser.

Según Ross, no existe conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Esto quiere decir que afirmar que algún derecho *es* no significa sostener que ese mismo derecho *deba ser*, y que postular que un derecho *debe ser* no significa afirmar que lo *sea* realmente;

b) la concepción imperativista de las normas jurídicas, o sea, la convicción de que las normas jurídicas consisten en órdenes impartidas por unos seres humanos (legisladores) a otros seres humanos (súbditos);

c) la idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza;

d) la concepción mecanicista de la función judicial y la idea consiguiente de que los jueces aplican derecho, pero no crean derecho;

e) la idea de que todo orden jurídico debe ser obedecido; y

f) la negación de la existencia del derecho natural como un derecho anterior y superior al derecho positivo.

Cree Ross también que estas tesis son las que han recibido mayor adhesión o respaldo de parte de los autores considerados como positivistas, aunque esto no significa que todas estas doctrinas sean apoyadas por todos los positivistas. Sin ir más lejos, el propio Ross rechaza cuatro de esas seis doctrinas y adhiere únicamente a la primera y a la última de ellas.

Por último, Herbert Hart sostiene que es útil identificar cinco significados diferentes de "positivismo jurídico":

a) la idea de que las normas jurídicas son órdenes o mandatos;

b) la idea de que no existe conexión necesaria entre derecho y moral, o sea, entre el derecho que es y el derecho que debe ser;

c) la idea de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena y que este análisis no debe ser confundido con las investigaciones históricas acerca del origen de las normas, con las investigaciones sociológicas sobre

la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, ni con las investigaciones estimativas que llevan a cabo la evaluación y crítica del derecho;

d) la idea de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas por medios lógicos a partir de normas generales; y

e) la idea de que los juicios morales, o juicios de valor, no pueden ser demostrados racionalmente.

Desde luego, Hart sostiene que no todos los positivistas adhieren a estas cinco ideas o puntos de vista sobre el derecho. El mismo Hart, por ejemplo, está de acuerdo únicamente -según creo- con la segunda y la tercera de tales ideas.

De acuerdo a lo que hemos expresado anteriormente en esta ponencia, y sin pretender ofrecer una definición unitaria del positivismo jurídico, podríamos afirmar que parece ser una constante en esta corriente de pensamiento (a) la idea de que es posible, como también necesario para evitar confusiones, distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser; (b) la idea de que el derecho que es no siempre se corresponde con el derecho que, desde una determinada perspectiva de la justicia, se cree que debe ser, así como la idea de que el derecho que debe ser no siempre llega a ser realmente derecho; y (c) la convicción acerca de que lo que deba ser derecho puede ser determinada, en el hecho, a partir de muy distintos y contrapuestos puntos de vista sobre la justicia, tal como lo demuestra la historia de las ideas políticas y morales de la humanidad.

La última de estas afirmaciones me parece importante de ser tenida en cuenta para trazar una posible relación entre positivismo jurídico y democracia.

4. Con la palabra "democracia", ahora, podemos señalar, como ustedes también saben, algo parecido, a saber, que es utilizada igualmente en distintos sentidos.

Sin embargo, para dar una definición *mínima* pero *suficiente* de democracia -como diría Bobbio-, que esté además de acuerdo con el uso más decantado y común de esta palabra, puede recurrirse, según me parece, a lo que se llama una concepción *procedimental* de democracia.

Siguiendo a Kelsen, a Ross y a Bobbio, quienes están en lo fundamental de acuerdo en este punto, democracia es la forma de gobierno en la que el poder político, esto es, la soberanía, o sea, el poder de adoptar decisiones colectivas, pertenece a toda la población, o a un número muy importante de ésta, y

no a una persona singular o a un grupo específico y limitado de gente. De esto se sigue que la democracia establece ciertas reglas que permiten a toda la población adulta del pueblo intervenir, directa o indirectamente, en la adopción de las decisiones colectivas, esto es, en aquellas decisiones que se dirigen a todos los miembros de la comunidad y que, además, son vinculantes para todos ellos.

Así, lo decisivo en nuestras democracias representativas es que quienes establezcan el contenido de las decisiones colectivas puedan ser considerados como representantes del pueblo, lo cual supone, como es obvio, la representación en base a elecciones periódicas, libres e informadas.

Esta definición formal de democracia se contrapone a la definición sustancial de democracia, la cual define la democracia por referencia al contenido de las decisiones que deberían adoptarse desde el gobierno.

Esta distinción entre concepción formal y concepción sustancial de democracia -dice Bobbio- "corresponde a la misma distinción que efectuaban los escritores franceses del siglo pasado entre 'democracie par le peuple' y 'democracie pour le peuple'. La definición procedimental es la primera: 'par le peuple'. La definición sustancial es la segunda: 'pour le peuple'.

Pienso que Bobbio, como también Kelsen y Ross, tienen razón cuando insisten en la necesidad de distinguir ambos conceptos de democracia. Continuando con el lenguaje de Bobbio, ambas definiciones de democracia pueden no coincidir en la realidad. Puede existir una democracia formal 'par le peuple' que no sea del todo 'pour le peuple', que es lo que sucede cuando adquiere preeminencia un partido conservador, por ejemplo. Pero puede haber también una democracia 'pour le peuple' que no sea 'par le peuple', como es esa pretendida democracia que se realiza actualmente en los países del este europeo y que sus partidarios llaman "democracia popular".

En consecuencia, si la democracia responde a las preguntas de *quién* y *cómo* debe gobernar, lo es tan sólo de una manera procedimental. Debe gobernar no alguien determinado de antemano, sino cualquiera que obtenga para sí la mayoría. Y en cuanto a cómo debe gobernarse, la democracia determina únicamente las reglas y los procedimientos que deben observarse en la adopción de las decisiones colectivas, aunque no establece el contenido de estas mismas decisiones. El contenido, con el límite, obviamente, de los derechos o garantías individuales, será el que corresponda en cada caso al programa de gobierno que cuente con el apoyo de la mayoría.

En tal sentido, ser demócrata no es otra cosa que estar dispuesto a entrar periódicamente en lucha de ideas con los demás acerca del mejor o más conveniente orden social y económico y estar dispuesto también a entregar el poder, por un tiempo determinado, a quien obtenga para sí la mayoría.

En una democracia, entonces, el poder no es *ejercido* directamente por el pueblo, aunque sí puede decirse que en una democracia el poder *proviene* o *deriva* del pueblo, en el sentido de que es éste al que corresponde, por medio de acuerdos o de determinaciones de mayoría, designar a quienes tendrán a su cargo la tarea de tomar las decisiones colectivas. A su vez, los elegidos para esta función, especialmente en el caso del órgano o poder legislativo, y una vez agotados los mecanismos de discusión y de transacción que puedan conducir a la unanimidad o a consensos amplios, resolverán finalmente sobre el contenido de sus propias decisiones aplicando también la regla de la mayoría. Así, sólo en una democracia directa puede afirmarse que el pueblo *decide* o *gobierna*; en cambio, en nuestras democracias representativas -cuando las hay- lo único que puede decirse es que el pueblo *elige* a quién decide o gobierna.

5. Trataré ahora, para concluir esta ponencia, la relación que veo entre positivismo jurídico y democracia.

Creo firmemente que no es una casualidad que los más típicos y caracterizados representantes del positivismo jurídico de nuestro siglo hayan sido, a la vez, demócratas convencidos, y que hayan propuesto buenas razones para preferir la democracia como forma de gobierno.

Pienso que tiene razón Kelsen cuando afirma que una doctrina positivista no pretende desempeñar ninguna función reformadora ni conservadora en la sociedad. Tiene razón, digo, si con ello quiere decir que el positivismo jurídico, entendido como una determinada actitud científica ante el problema de la identificación y conocimiento del derecho, no es un instrumento de la política, esto es, no tiene una respuesta a la pregunta acerca de cuál pueda ser el mejor contenido del orden social y económico a ser instaurado desde el gobierno, aunque todos -incluidos por cierto los positivistas- tengamos opiniones a este respecto.

Por lo mismo, un autor positivista, y demócrata, puede en el hecho tener diversas ideas acerca de cuál pueda ser el mejor orden social y económico. Puede ser entonces, por ejemplo, un liberal firmemente convencido de las bondades del sistema de propiedad privada y del libre mercado, como también puede ser

un socialista que considere más conveniente la propiedad colectiva de ciertos bienes y la intervención del Estado en la dirección de la economía.

Sin embargo, nos parece más probable que un autor positivista, en cuanto admita la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y en cuanto reconozca asimismo que hay múltiples y contrapuestos ideales de justicia que permiten establecer, con diferentes criterios, qué es lo que deba ser derecho, sea también un demócrata, en el sentido formal o procedimental del término.

En otras palabras: pienso que es más fácil ser demócrata para alguien que, junto con comprobar la existencia de múltiples y contrapuestos ideales de justicia, considera que no disponemos de medios racionales para atribuir con certeza un mayor valor de verdad a uno determinado de esos ideales y excluir en consecuencia a los restantes como erróneos.

Por el contrario, quien crea haber resuelto de una vez para siempre el problema de la justicia, propenderá, posiblemente, a actitudes no democráticas, puesto que no hallará mayor sentido en considerar a los otros ideales de justicia como colocados en igualdad de condiciones que el suyo, y tampoco encontrará mucho sentido a entrar en lucha periódica, a través de campañas y de elecciones, para disputar las preferencias y los votos de la gente. Quien piense o se sienta en una situación semejante, dirá probablemente: el error no tiene derechos. Y, en consecuencia, despreciará seguramente el valor de las discusiones morales y políticas, preferirá la imposición a la persuasión, no aceptará fácilmente transacciones ni compromisos y recelará, por último de la regla de la mayoría como mecanismo para adoptar decisiones de interés común.

Por todo ello es que Kelsen, al admitir su impotencia para establecer qué es la justicia, "la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad", sólo pudo decir qué era *para él* la justicia. Y si identificó su ideal de justicia con valores tales como la libertad, la paz, la tolerancia y la democracia, fue porque entendió que únicamente allí donde estos valores existan realmente será posible que coexistan, sin exclusiones ni persecuciones, los distintos ideales que el hombre ha elaborado acerca de la justicia.

Sería sin duda deseable que tuviéramos una base segura para resolver los problemas de valores, en especial el problema de la justicia, pero ustedes y yo sabemos que estamos actualmente muy lejos de esa situación. Por lo mismo, los hombres continuarán dividiéndose entre quienes creen que sólo debe haber una

ideología política -la propia- y que todas las demás deben ser rechazadas, y quienes consideran que, de hecho, hay una multiplicidad de ideologías políticas, todas dignas de existir, y que la única ideología que debe ser rechazada es la que niega la existencia o la libertad de acción de las otras.

Kelsen, Ross, Bobbio, Hart y el propio Radbruch, vieron las cosas de este segundo modo. Cada uno de ellos no carece de una ideología, esta ideología no es exactamente la misma en todos ellos, pero están sin embargo todos de acuerdo a lo menos en un punto: que no es legítimo imponer una ideología, cualquiera que ésta sea, en nombre de la verdad. La misma democracia y sus procedimientos de discusión, no es tampoco propiamente un camino hacia la verdad. Es más bien un camino hacia la transacción, la compensación y el pacto entre grupos políticos opuestos. Y cuando se agota la discusión y este pacto no resulta posible, la democracia es también un modo de adoptar decisiones, en aplicación de la regla de la mayoría, porque una sociedad no puede permanecer inerte o paralizada indefinidamente y porque -como dice Bobbio- "siempre es mejor cortar las cabezas que cortarlas".

De este modo, reconocer y aceptar el pluralismo de concepciones acerca de la justicia conduce más fácilmente a la tolerancia y a la democracia; el absolutismo y el dogmatismo en punto a valores, en cambio, favorece la intolerancia y la autocracia.

Radbruch, en un discurso publicado en 1934, advirtió acerca de que una actitud relativista no se corresponde, en modo alguno, con una posición escéptica y ni siquiera indiferente ante los contenidos del derecho positivo; por el contrario -sostuvo- "el relativismo proporciona una medida crítica con la cual medir el derecho positivo, y exigencias a las cuales el derecho positivo se halla obligado a adaptarse". Y agregó en la misma oportunidad: "las decisiones por medio del legislador -o sea, lo que en esta ponencia hemos llamado 'decisiones colectivas'- no son actos de verdad, sino de voluntad y de autoridad. El legislador puede atribuir a una opinión determinada la fuerza obligatoria, pero jamás el poder de convencer; puede poner fin entre las partes a la lucha de poder en curso, pero no a la lucha de las convicciones", porque "la decisión sobre la lucha de las convicciones excedería la competencia del legislador", desde el momento en que "el derecho a legislar le es confiado bajo la condición de dejar intactas las distintas convicciones".

Y concluyó entonces Radbruch: "el relativismo, en cuanto confía al Estado el derecho a legislar, lo limita al mismo tiempo en cuanto lo obliga a respetar determinadas libertades de los sometidos al derecho: la libertad de pensamiento,

la libertad de ciencia, la libertad de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de prensa".

Y Kelsen, por último, en las páginas finales de su "Teoría General del Estado", pudo escribir, con elocuencia, lo siguiente: "a la concepción metafísico-absolutista del mundo se ordena una actitud autocrática; por el contrario, el relativismo crítico se corresponde con el ideario democrático. Quien sabe con certeza absoluta cuál es el orden social mejor y más justo, rechazará enérgicamente la exigencia insoportable de hacer depender la realización de este orden del hecho de que, por lo menos la mayoría de aquellos sobre los que ha de valer, se convenzan de que, en efecto, es el mejor y el que más le conviene".

"Mas quien estima que el conocimiento humano no puede alcanzar verdades y valores absolutos, no sólo ha de estimar posible, cuando menos, la propia opinión, sino también la ajena y aun la opuesta. Por eso el relativismo es la concepción del mundo que presupone la idea democrática. La democracia concede igual valor a la voluntad política de cada cual, respetando por igual toda creencia. Por eso -concluye Kelsen- toda convicción política tiene la misma posibilidad de manifestarse y de luchar en la libre concurrencia por la conquista de las inteligencias y de los corazones".

Cabría agregar, por otra parte, que es cierto que en su obra posterior al desastre de la Segunda Guerra Mundial, Radbruch intentó una superación del positivismo, a lo menos en la tesis o doctrina de éste que equipara el derecho al poder, y postuló, en consecuencia, la existencia de principios jurídicos que "son más fuertes que toda disposición jurídica, de tal modo que una ley que los contradiga carece totalmente de validez". Sin embargo, Radbruch convino en que tales principios se hallan "rodeados de ciertas dudas", entendiéndolo que si hay algunos "elementos permanentes y firmes" a este respecto, ellos se encuentran "coleccionados en las llamadas declaraciones del hombre y del ciudadano", o sea, en lo que hoy podríamos llamar el "derecho positivo" de los derechos humanos.

Por lo mismo, el cambio experimentado por Radbruch después de la Segunda Guerra, que algunos se apresuran a calificar de "ruptura" y otros, quizá con más tino, de "simple evolución", no llevó nunca a este autor a abdicar de su relativismo en un sentido específicamente jurídico, ni, tampoco, de sus convicciones democráticas. Estas últimas, por ejemplo son valerosamente reafirmadas a la conclusión de dos de sus artículos de la posguerra, a saber, "Primera toma de posición luego del desastre de 1945" y "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal": "que el derecho del Estado del futuro sólo puede ser democrático, no nece-

sita mayores consideraciones”, escribió en el primero de tales artículos; mientras que en el segundo de ellos pudo decir que “la democracia es ciertamente un bien digno de ser elogiado. El Estado de Derecho, sin embargo, es como el pan de cada día, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor en la democracia es, precisamente, que sólo ella es apropiada para asegurar el Estado de Derecho”.

Es por todo eso, tal vez, que una definición actual de democracia, como la que propone finalmente Bobbio, tiene que articular esta forma de gobierno tanto con los derechos fundamentales como con el estado de derecho. De este modo, y siguiendo siempre a Bobbio, podemos “definir la democracia como aquel régimen que permite tomar decisiones con el máximo de consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes, y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio del estado de derecho, que es lo que obliga a los gobernantes a no exorbitar su poder y a ejercerlo en el ámbito de un sistema de normas escritas”.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BOBBIO, Norberto: “Liberalismo e Democrazia”, Franco Angeli, Milano, 1985; “Fundamento y futuro de la democracia”, Edeval, Valparaíso, 1986, traducción de Gabriel Del Favero.
- HART, H. L. A.: “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, en “Derecho y moral. Contribuciones a su análisis”, Depalma, Buenos Aires, 1962, traducción de Genaro R. Carrió.
- KELSEN, Hans: “¿Qué es el positivismo jurídico?”, en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XVI, Enero-Marzo de 1966, No. 61, traducción de Mario De La Cueva;
- “Esencia y valor de la democracia”, Punto Omega, Madrid, 1977, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- “Teoría General del Estado”, Editorial Nacional, México, 1965, traducción de Luis Legaz Lacambra.
- RADBRUCH, Gustav: “El relativismo en la filosofía del derecho”, “Primera toma de posición luego del desastre de 1945” y “Arbitrariedad legal y dere-

cho supralegal”, en “El hombre en el derecho”, Depalma, Buenos Aires, 1980, traducción de Aníbal Del Campo.

RODRIGUEZ-PANIAGUA, José M.: “El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política (la democracia pluralista)”, en “Derecho y ética”, Tecnos, Madrid, 1977; también en Revista de Ciencias Sociales No. 20, “El neokantismo en la filosofía del derecho”, Edeval, Valparaíso, 1982.

ROSS, Alf: “Why democracy?”, Harvard University Press, Massachusetts, 1952.

En primer lugar voy a tratar de ser muy breve, muy concreto y, en la medida de lo posible, muy claro. Me voy a referir a algo que es casi un tópico, casi un lugar común. Voy a ilustrar ese tópico o ese lugar común con un episodio de nuestro derecho constitucional, concretamente la reforma o la nueva constitución colombiana de 1886, pero, naturalmente, como un episodio puramente paradigmático, o sea que en él se dan con toda claridad, me parece, los rasgos de lo que quiero demostrar, pero sería perfectamente posible encontrar a través de nuestra historia o a través de la historia de los países latinoamericanos, episodios bien parecidos a éste al que me voy a referir.

Voy a partir de una observación: la idea en sí misma nunca tiene virtualidad suficiente para convocar, para incitar a la acción. La idea siempre requiere de la pasión o de la emoción que le sirvan de mediadoras; eso explica que las grandes construcciones racionales en el campo de la política requieran de su correspondiente versión emocional para convertirse en realidades pragmáticas. Me parece

* Transcripción de la grabación del Foro Revolución Francesa celebrado en el Instituto de Integración Cultural del Quindío.

** Doctor en Derecho de la U. de A.; Director de la Facultad de Derecho de la U. de A.; Profesor Titular de Filosofía del Derecho, U. de A.; Director del Instituto de Ciencia Política de la U. de A.