

EL RIESGO DE LA DEMOCRACIA KELSENIANA

José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La respuesta de Fukuyama al relativismo de Kelsen*. III. *El problema de Hans Kelsen*. IV. *Conclusión*.

Cuando el uno o la minoría o la mayoría gobiernan atendiendo al interés común, esos regímenes serán necesariamente rectos; pero los que ejercen el mando atendiendo al interés particular del uno o de la minoría o de la masa son desviaciones.

ARISTÓTELES,
*Política*¹

Incluso en el supuesto de una expansión ilimitada del poder del Estado sobre el individuo, de la completa aniquilación de la “libertad” individual y de la negación del ideal liberal sería posible la democracia siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos.

Hans KELSEN,
*De la esencia y valor de la democracia*²

La democracia desconectada del liberalismo no protege la diversidad, porque las ma-

* Profesor titular del Departamento de Filosofía del Derecho en la Universidad de Granada. Contacto: jimenezs@ugr.es.

¹ Aristóteles, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Madrid, Gredos, 1988, p. 1279a2.

² Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia* (1929), trad. de Juan Luis Requejo Pagés Oviedo, KRK, 2006, p. 54.

yorías utilizan su poder para reprimir a las minorías.

Francis FUKUYAMA,
“El liberalismo y sus descontentos”³

I. INTRODUCCIÓN

No deja de mostrar cierto humor la refutación que hace Demetrio Rich, uno de los personajes de la novela de Fernández Flórez, *Una isla en el Mar Rojo*, de la razón en la que apoyaba su discurso otro de los protagonistas, consistente en sostener que lo que defiende la mayoría es lo correcto por la única razón de ser la mayoría quien así lo quiere: “y son —se reafirmaba Irene— también más numerosos”.⁴ Frente a esta tesis, Demetrio replicó que si el número constituyera un argumento, entonces, y dado que “más numerosos que la especie humana son las moscas, las hormigas, las pulgas”, deberíamos cederles el mundo, y de ningún modo lo hacemos, tampoco lo pensamos.

Desde sus inicios, la civilización occidental ha tratado de vislumbrar dónde comienza la barbarie; por eso se ha planteado la cuestión del límite. ¿Hasta dónde podemos llegar? ¿Cómo podemos diferenciar las conductas adecuadas de las inapropiadas? Este asunto constituyó el propósito central en torno al que se ciñó la reflexión política en el mundo griego. De ahí la necesidad de construir una ciencia de la política que estableciera como incuestionable que lo que ha de orientar la práctica política no es un beneficio particular u otro, sea el de la minoría, incluso la de uno, sea el de la mayoría, sino que la política ha de venir determinada por el fin de la ciudad, que no consiste sino en el interés común. Además, la ética griega fue también capaz de definir el bien absoluto. Al fin y al cabo, todo ello era posible porque se conocía una ley, la ley común establecida por la naturaleza, como indiscutible.

Aristóteles la define como aquella que es conforme a la naturaleza, “porque existe —dirá—, algo comúnmente como justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres”.⁵ En esto, Aristóteles no es original, pues recoge lo afirmado por Antígona

³ Fukuyama, Francis, “El liberalismo y sus descontentos. Los desafíos desde la izquierda y la derecha”, *La Maleta de Portbou*, núm. 44, enero-febrero de 2021, p. 31.

⁴ Fernández Flórez, Wenceslao, *Una isla en el mar rojo* (1939), Madrid, Aguilar, Obras completas, t. IV, 1956, p. 576.

⁵ Aristóteles, *Retórica*, trad. de Quintín Racionero, Madrid, Gredos, 1990, p. 1373b9.

cuando frente a Creonte, su soberano, sostiene que aunque su conducta esté prohibida por la ley dictada por éste —no está permitido enterrar a quien no se comportó valerosamente en la batalla—, ella dará sepultura a su hermano, Polinices, porque no transgredirá “las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses [...], que] no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron”.⁶

El mundo griego se construyó sobre una certeza, la ley natural. El mismo Creonte lo reconocerá finalmente, cuando admita que la ley de los hombres tiene límites, aquellos que vienen impuestos por la naturaleza. Siglos después lo resume muy bien el joven Hegel al decir que en el mundo antiguo algo “es derecho porque es lo justo”.⁷ Sin embargo, para nosotros esa certidumbre ha desaparecido. Sabemos lo que sea derecho —creación indirecta de la mayoría de los ciudadanos—, pero no podemos llegar a determinar con claridad que también sea justo. Tampoco poseemos la seguridad de que si nuestro comportamiento se adecúa a las exigencias de la ley, estemos actuando justamente. De ahí que tengamos que atenernos a lo que nosotros mismos decidamos. Ya no cabe la política al modo aristotélico, sino sólo la retórica, en la que todo es discutible, pues no poseemos ningún criterio que nos sirva con seguridad como elemento de orientación tanto en nuestra práctica como en la discusión con los demás. No poseemos parámetros que puedan sustentar nuestras acciones de manera indubitada. Antígona nunca dudó, tenía un deber de piedad con su hermano, y no sería ella, pese a la ley de Creonte, la que impidiera su descanso eterno, lo que para los griegos sólo se alcanzaba si el cuerpo yacente, sin vida, era sepultado.

II. LA RESPUESTA DE FUKUYAMA AL RELATIVISMO DE KELSEN

Quizá la mejor expresión del tiempo en que vivimos siga siendo el trasfondo relativista de la teoría jurídico-política de Kelsen, su teoría de la democracia, asentada sobre la regla de la mayoría. Siempre trató de sostener ese principio, aunque introduciendo ciertas correcciones que evitaran sus excesos, que al fin no pudieron impedir, como de hecho sucedió, que ese principio mayoritario degenerara en su imperio, el imperio de la mayoría. Nosotros hemos intentado salir de esa situación mediante la construcción de lo que llamamos

⁶ Sófocles, *Antígona*, trad. de A. Alamillo, Madrid, Gredos, 2010, p. 455.

⁷ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Fenomenología del espíritu*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 255. La traducción es mía.

el Estado democrático de derecho. En realidad, vivimos en uno, aunque a pesar de ello nos encontramos recurrentemente frente a problemas que son difícilmente resolubles. Pareciera que en nuestra navegación nos enfrentáramos una y otra vez con graves dificultades, siempre entre Escila y Caribdis, entre lo que dispone la ley y lo que plantea su crítica racional, sin saber muy bien qué rumbo tomar.

En nuestros días, Fukuyama trata de alcanzar un rumbo cierto a pesar de la mala mar, cuando defiende la necesidad de construir un régimen político asentado sobre la interdependencia entre liberalismo y democracia, lo que se alcanza mediante la insuflación de la democracia con los principios liberales, la igual dignidad humana y la autonomía normativa. No piensa que liberalismo y democracia sean una misma cosa, por lo que es posible que haya regímenes liberales que no sean democráticos —algo difícilmente concebible—, lo mismo que puede haber democracias que no sean liberales, de lo que alguna experiencia poseemos. Sin embargo, el mismo Fukuyama reconoce que el “liberalismo se alía con la democracia a través de la autonomía individual”,⁸ lo que implica que la democracia exige para constituirse como legítima el mismo liberalismo; esto es, la justificación de la democracia no es posible sin el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, de manera que permitan ejercer la autonomía pública, lo que se logra mediante los derechos que aseguran el ejercicio de las libertades políticas, imprescindibles para aseverar nuestra autonomía normativa. Esos derechos son fundamentalmente dos: el derecho de participación y la libertad de expresión. Pero también han de consolidar la autonomía privada, esto es, las libertades subjetivas de acción, que han de entenderse como el reconocimiento de los derechos de propiedad o autonomía privada. Esto es lo que al fin y al cabo constituye la esencia del reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos.

Llama la atención que el primer texto renombrado de Fukuyama abordara el mismo tema, si bien entonces resumaba optimismo, la navegación discurría con buena mar. Hoy, su pensamiento destila pesimismo, tal como se desprende de uno de sus últimos artículos, en el que advierte sobre el acoso que sufren las democracias liberales, tanto desde fuera por parte de los regímenes autoritarios, como desde dentro de ellas mismas dado el auge del populismo, tanto de derechas como de izquierdas, en la medida en que ambos se apoyan en unas políticas identitarias que ponen en cuestión la construcción racional de una nación de ciudadanos libres e iguales capaz de “componer un país comprometido con todas las culturas, colores, caracte-

⁸ Fukuyama, Francis, “El liberalismo y sus descontentos. Los...”, *cit.*, p. 26.

res y condiciones del hombre” (*compose a country committed to all cultures, colours, characters, and conditions of man*).⁹

En ese primer texto,¹⁰ Fukuyama decía que habíamos llegado al final de la historia, en la que “el Estado que surge... es... liberal, puesto que reconoce y protege el derecho universal del hombre a la libertad mediante un sistema de leyes, y es democrático en la medida en que solo existe con el consentimiento de los gobernados”.¹¹ Con ello se había alcanzado “una inquebrantable victoria del liberalismo económico y político”,¹² sin que admitiera que la misma supusiera una victoria segura. No se trataba tanto de que los sistemas liberal-democráticos se hubieran impuesto efectivamente, como de que se hubiera dado “el último paso de la evolución ideológica de la humanidad y de la universalización de la democracia liberal occidental como forma final de gobierno humano”,¹³ esto es, la generalización del libre mercado y la expansión de los sistemas liberal-democráticos. Así, el Estado del fin de la historia es liberal y democrático. Aunque pareciera que fuera imposible pensar un modelo distinto al liberal-democrático, lo cierto es que no es esa la situación en la que hoy nos encontramos, donde las críticas a la democracia liberal arrecian sostenidas por la defensa de esas políticas de identidad que se asientan en la inmediatez de la etnia, lengua, cultura, pero también de la raza y el sexo.

Ahora bien, la formulación del modelo democrático-liberal encierra una posible contradicción, que Fukuyama asumió como zanjada, entre la posición liberal, asentada sobre el reconocimiento de una serie de derechos a los individuos —“el derecho universal del hombre a la libertad”—, y la posición republicana, ahora la llama democrática, construida sobre el principio de la soberanía popular —“solo existe con el consentimiento de los gobernados”—, lo que se articula por medio de la regla de la mayoría. La posibilidad de esa contradicción se mantiene treinta años después al defender la interdependencia entre liberalismo y democracia. La razón de tal insuficiencia se encuentra en que Fukuyama la creyó resuelta con insuflar los principios de uno en la otra, lo que haría factible la articulación entre ambas concepciones. De ahí que sostenga la necesidad de que la democracia esté presidida por los presupuestos del liberalismo cuando sostiene el reconoci-

⁹ Gorman, A., *Inauguration Day 2021 Poem*.

¹⁰ Fukuyama, Francis, “¿El fin de la historia?”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 1, 1990, pp. 85-96.

¹¹ *Ibidem*, p. 86.

¹² *Ibidem*, p. 85.

¹³ *Idem*.

miento de la igual dignidad humana, así como la autonomía normativa. Sin embargo, esos presupuestos liberales adolecen de las insuficiencias propias de un universalismo y formalismo vacíos, que no se evitan simplemente con el reconocimiento de los derechos y libertades individuales, si es que el mismo se hace depender para su realización del consentimiento mayoritario de aquellos a quienes se dirigen. La regla de la mayoría no puede impedir por sí misma la deriva hacia su imperio. En el fondo, esta contradicción arranca de las dificultades con las que se enfrentó Kelsen a la hora de abordar la construcción de un orden social, problemas que todavía perviven, como acabamos de ver, en uno de los más conspicuos defensores de las democracias liberales. La razón se encuentra en que lo que podríamos denominar el problema de Kelsen, sigue irresuelto.

III. EL PROBLEMA DE HANS KELSEN

Kelsen trató de conjugar la libertad del individuo con la voluntad estatal, de manera que se preserve la primera, sin que se disuelva la segunda. Rousseau había manejado dos conceptos de voluntad: la general y la voluntad de todos. Con este último, un concepto distinto del anterior, trataba de salir de las dificultades que planteaba el primero, y que él mismo no pudo resolver. Kelsen seguirá sus pasos y entenderá la voluntad estatal como voluntad de todos, como suma de las diferentes voluntades individuales. De esta manera, establece la trama desde la que es posible construir un orden social coherente con su propio planteamiento, fruto de la transacción que se haga entre los diferentes intereses particulares.

La democracia tiene que resolver, según Kelsen, nuestra oposición a que se nos gobierne, a que una voluntad extraña se imponga sobre la propia, a la heteronomía frente a la autonomía. “En la aspiración a la libertad es la propia naturaleza la que se rebela contra la sociedad”.¹⁴ Esta idea negativa de libertad se alimenta también de la idea de igualdad radicada en el reconocimiento de la igual dignidad de todo ser humano, esto es, en la afirmación de la autonomía individual, que es lo que constituye, de acuerdo con Fukuyama, la esencia del liberalismo. De lo anterior se deduce que no habría razón, si todos somos iguales, que pudiera justificar que alguien mandara sobre mí, por lo que no cabe que la heteronomía se imponga sobre la autonomía.

Kelsen parte de la dificultad con la que se enfrenta Rousseau cuando en su obra intenta articular dos cuestiones íntimamente relacionadas: el con-

¹⁴ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 39.

cepto de libertad, anterior a todo orden social, y el mismo concepto de un orden social, en el que sea posible que pueda pervivir la libertad anterior. Esta es la propuesta de Rousseau: “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”.¹⁵ Además, Kelsen se apoya en la crítica que hace Rousseau a los regímenes parlamentarios, cuando señala que aunque “el pueblo inglés se piensa libre; se equivoca mucho; solo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto han sido elegido, es esclavo, no es nada”.¹⁶ De esta manera, Kelsen se sitúa, al mismo tiempo, en los dos frentes que abre la obra de Rousseau. Primero, el problema de la voluntad general. Segundo, la cuestión de la voluntad de todos y sus problemas correlativos, la regla de la mayoría y los límites a que tiene que atenerse el juego entre mayorías y minorías de manera que “se reduzca a un mínimo la posibilidad de la imposición por mayoría”.¹⁷

Veamos el primer problema, el de la voluntad general, pues si se pudiera resolver, no necesitaríamos entrar en el segundo. Sin embargo, Kelsen no lo solventa, lo abandona inmediatamente al reconducirlo hacia el principio de la unanimidad. En su opinión, la voluntad general de Rousseau “es completamente incompatible con la teoría del contrato del Estado que es una función de la *volonté de tous* subjetiva”.¹⁸ La razón de tal afirmación se encuentra en el hecho de que cuando Rousseau se pregunta por la voluntad general, lo que hace es plantear un

...conflicto irresoluble que enfrenta a la idea de la libertad individual con la idea de un orden social que, en su esencia más íntima, solo es posible en términos de una validez objetiva, esto es, independiente en último término de la voluntad de los sometidos a las normas. Para un conocimiento centrado en lo específicamente social, esta validez objetiva del orden social se mantiene incluso cuando el contenido de ese orden viene determinado de algún modo por la voluntad de los sometidos a las normas.¹⁹

De esta manera, Kelsen deja de lado los problemas que derivan de la voluntad general y se centra en los que plantea la regla de la mayoría, que

¹⁵ Rousseau, Jean Jacques, *Del contrato social* (1762), trad. de M. Armiño, Madrid, Alianza, 1986, p. 22.

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 46.

¹⁸ *Ibidem*, p. 57, n. 7.

¹⁹ *Ibidem*, p. 47.

tratará de solucionar por medio de la siguiente estrategia. Aparentemente, las dificultades que pudieran derivarse del juego entre mayorías y minorías cabría evitarlas si las decisiones se adoptaran por unanimidad; esto es, que todos los individuos estuvieran de acuerdo con las distintas medidas; pero entender el contrato social en términos de unanimidad no es hacerlo ya en los términos exigidos por la voluntad general, que excede por definición la particularidad de los intereses individuales, así como la contingencia de los mismos. Además, si se tratara de unanimidad no sería entonces posible que se pudiera obligar a alguien a ser libre, tal como defiende Rousseau al plantear el debate en los términos de la voluntad general.

A pesar de todo esto, Kelsen entiende la constitución del Estado como un pacto en términos de unanimidad, por lo que la voluntad general queda desplazada, centrándose en la voluntad de todos. No obstante, Kelsen no limita el uso del principio de unanimidad al momento de la constitución del Estado, sino que también lo extiende, al modo de Locke, a su mantenimiento; es decir, que cualquiera puede en todo momento romper esa unanimidad y separarse de esa comunidad, lo que de nuevo sería imposible desde el punto de vista de la voluntad general, tal como la diseñó Rousseau. En verdad tampoco lo es en los términos en los que lo pensó Locke. Hay dos momentos en la obra de Kelsen en los que se pone de manifiesto que ha abandonado los presupuestos desde los que Rousseau abordó la cuestión. Primero, cuando dice que las mayorías cualificadas son una manera de acercarse a resolver los problemas, pues se aproximan en la medida de lo posible a la unanimidad:

...[E]l principio de mayoría cualificada, bajo ciertas condiciones, puede suponer una aproximación aún mayor a la idea de la libertad, en la medida en que puede implicar una cierta tendencia a la unanimidad en el proceso de formación de la voluntad de la comunidad,²⁰ lo que exigiría precisar las condiciones en las que habría de llevarse a cabo tal procedimiento y que no pueden ser otras que la afirmación de la igual dignidad de todas las personas, es decir, que todo el mundo merece “igual respeto y consideración”.²¹

Esto desembocaría en el reconocimiento de una universalidad meramente formal, que es la propia del liberalismo. Y segundo, cuando abandona el problema de la voluntad general y lo sustituye por el de nación al defender que

²⁰ *Ibidem*, p. 142.

²¹ Véase, al respecto, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (1977), trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 274.

...mayoría y minoría tienen que ser capaces de entenderse si han de convivir. Es preciso, por tanto, que se den las condiciones efectivas para el entendimiento recíproco de quienes participan en la formación de la voluntad social, a saber: una sociedad relativamente homogénea desde el punto de vista cultural y, en particular, una misma lengua.²²

Lo que no parece que sea una solución adecuada para los problemas que había planteado Rousseau.

A partir de aquí tratará de los problemas propios de una democracia asentada sobre el juego de las mayorías. Desde el comienzo, Kelsen sabe muy bien cuáles son los inconvenientes de la regla de la mayoría y advierte que “el principio democrático de la libertad exige que se reduzca a un mínimo la posibilidad de la imposición por mayoría, viéndose en la mayoría cualificada y, en la medida de lo posible, en la unanimidad, una garantía para la libertad individual”.²³

Con esto podemos apreciar con claridad que el planteamiento de Kelsen consiste en una defensa de la posición contractualista que no excede la de Hobbes, tratando de solventar los problemas que se derivan de la falta de unanimidad por medio de la institucionalización de las mayorías cualificadas. Además, Kelsen es consciente de que el principio de unanimidad es difícilmente sostenible más allá del momento fundacional, aunque ni siquiera, tal como vio Hobbes, entonces. De ahí que defienda que la democracia “desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad”,²⁴ con lo que no queda más remedio que reconocer que la idea de libertad como autodeterminación sufre una metamorfosis en tanto que se ha de interpretar el gobierno de sí mismo, la idea de autonomía, como sometimiento a la voluntad de la mayoría. Así ha jibarizado los problemas de fondo de los que partía, transformándolos en un juego de sumas y restas. Esto le obliga a forzar su argumentación y apoyar la regla de la mayoría no en ese simple juego, sino en un fundamento arraigado en el concepto de libertad del que había partido —la transformación de la libertad en libertad política—, aunque al hacerlo así termine por dinamitar ese mismo concepto de libertad. Eso es lo que hará cuando defienda que, si no puede lograrse la libertad de todos, al menos se consiga la del mayor número. Así, dirá:

²² Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., pp. 162 y 163.

²³ *Ibidem*, p. 46.

²⁴ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (1934), trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Guadarrama, 1977, p. 21.

Únicamente la idea de que deben ser libres, si no todos, sí al menos tantos hombres como sea posible —es decir, que tan pocos hombres como sea posible deben verse en la situación de que su voluntad esté en contradicción con la voluntad general del orden social—, lleva de una manera razonable al principio de la mayoría. Que la igualdad se presupone así claramente como una hipótesis fundamental de la democracia se demuestra en el hecho de que estos o aquellos no deben ser libres porque nadie valga más que otro, sino porque deben ser libres tantos como sea posible.²⁵

Como puede apreciarse, Kelsen es consciente de los problemas a que puede conducir la práctica de la regla de la mayoría, y es por eso por lo que tratará de compensarlo mediante el ejercicio de la transacción, ya que ésta “es la verdadera aproximación a la unanimidad exigida por la idea de la libertad en la creación del orden social por los sujetos al mismo [ajustándose], el principio de mayoría en este sentido a la idea de la libertad política”.²⁶ La conclusión será clara: “la voluntad colectiva formada con arreglo al llamado principio de mayoría no nace como un dictado de la mayoría contra la minoría, sino como el producto de la influencia recíproca entre ambos grupos”.²⁷ Ahora bien, ¿cómo se lleva a cabo esa influencia recíproca? A través de la transacción, que “consiste en posponer lo que estorba a la unión, a favor de lo que contribuye a ella. Todo cambio, todo contrato, es una transacción... se trataría, en fin, de fijar una línea media entre los intereses opuestos como resultante de la pugna sostenida por las fuerzas sociales”.²⁸ Anteriormente lo había dicho con claridad al sostener que la voluntad común, “si no ha de ser la expresión unilateral del interés de un grupo, solo puede consistir en la resultante o transacción de intereses divergentes”,²⁹ pues

²⁵ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 52. Definitivamente, la voluntad general se ha perdido, aunque, como puede observarse, Kelsen sigue sin resolver con claridad el problema, pues sigue presente el de los límites de las mayorías y, lo que es más importante, su justificación. Un ejemplo de lo que quiero decir lo ofrece el propio Kelsen cuando afirma en la p. 54 que “incluso en el supuesto de una expansión ilimitada del poder del Estado sobre el individuo, de la completa aniquilación de la «libertad» individual y de la negación del ideal liberal sería posible la democracia siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos”. Parece que con esto cabe reafirmar que el problema está en los límites de la mayoría, que es donde reaparecerá el problema de la voluntad general. De ahí que se pueda avanzar que la regla de la mayoría no resuelve el problema de la formación de la voluntad colectiva, pues el problema reside en encontrar el fundamento y justificación de los límites de esa regla.

²⁶ Kelsen, Hans, *Esencia...*, cit., p. 97.

²⁷ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 145.

²⁸ Kelsen, Hans, *Esencia...*, cit., p. 86.

²⁹ *Ibidem*, p. 43.

...el ideal de un interés común, situado por encima y más allá de los intereses de grupo... es una ilusión metafísica o, mejor, metapolítica que suele expresarse mediante la extraordinariamente vaga terminología de una comunidad “orgánica” o de una articulación “orgánica” de la misma, y contraponerse al llamado “Estado de partidos”, esto es, a la democracia mecánica.³⁰

Sin embargo, no parece que con ese concepto de transacción podamos ir mucho más allá de los problemas que ya teníamos planteados cuando hablamos de los inconvenientes que conlleva el principio de las mayorías, en tanto que las dificultades con las que nos enfrentamos ahora son muy similares, ya que consisten en determinar cuáles son los límites de la propia transacción, sobre qué se puede y sobre qué no se puede transigir. Dworkin vio muy bien las dificultades que podían derivarse de un planteamiento como el kelseniano. Esta es la razón por la que diferenció claramente entre lo que puede ser objeto de acuerdo y, por lo tanto, de transacción, y lo que sólo puede ser objeto de compromiso.³¹ Mientras que sobre los intereses se puede transigir, no sucede así con los principios, que sólo pueden ser objeto de compromiso, y no de acuerdo. Precisamente, las dificultades del planteamiento kelseniano derivan de no haber tenido en cuenta esta diferencia y haber pensado que todo puede ser objeto de transacción. Sin embargo, para que la transacción pueda persistir, necesariamente ha de tener un límite, en tanto que la transacción no puede ser objeto de sí misma, sino que se tiene a sí misma como límite. En definitiva, no es sino el viejo problema del relativismo, todo es relativo menos la afirmación de que todo es relativo; esto es, menos el propio relativismo, con lo que caemos en un nuevo absolutismo, que puede ser peor que el viejo, en la medida en que parece justificado, cuando no lo está.³²

De ahí su intento de salir de estas dificultades mediante la defensa de un gobierno de las mayorías que contara con el apoyo de las minorías. Con este fin, reformulará la regla de la mayoría como “principio de mayoría-minoría”, puesto que “como quiera que el conjunto de los sometidos a las normas se organiza esencialmente en dos grupos, la mayoría y la mino-

³⁰ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la...*, cit., p. 80.

³¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, cap. 6.

³² Lo curioso es que su intento de corrección de los excesos de la regla de la mayoría mediante la transacción lo llevan al punto de partida. La razón de todas estas vueltas y revueltas siempre se encuentra en el mismo lugar: no haber abordado bien el problema central en el que todo esto se origina; es decir, pensar que dejando de lado el problema de la voluntad general, los problemas que la misma conllevaba se solucionaban. Como podemos apreciar, no es eso lo que sucede.

ría, se crea la posibilidad de la transacción en la formación de la voluntad colectiva”,³³ lo que se acentúa, en su opinión, con el sistema de representación proporcional, pues implica “la necesidad de superar las pequeñas diferencias existentes entre los grupos de partidos y de alcanzar acuerdos en torno a los intereses comunes más relevantes”,³⁴ con lo que de nuevo recae en el terreno del que continuamente trata de huir, pues no hay manera de obviar la cuestión de la fundamentación del orden social sobre la voluntad general, lo que reaparece cuando tratamos de saber qué sea lo que pueda entenderse por interés común, que excede a lo que podemos considerar el interés de cada uno, e incluso la suma y resta de esos intereses individuales. Este problema se agrava cuando Kelsen trata de asegurar que la voluntad del Estado no sea la de un solo sector de la sociedad, la voluntad de un único partido o de una coalición de partidos. Para evitarlo, incide con otras palabras en la idea de los límites, aunque ahora se refiera a la misma con otros términos: “se precisan garantías de que todos los demás puedan manifestarse y entrar en concurrencia, sin lo que no podrían llegar a la transacción”.³⁵ Kelsen formula estas ideas concordantes, la de los límites y garantías, cuando afirma que

El principio de mayoría es apropiado para impedir el dominio de una clase. Ya es significativo el hecho de que la experiencia demuestre que se trata de un principio compatible con la protección de la minoría. Y ello porque la mayoría presupone, por definición, la existencia de una minoría y, por tanto, el derecho de la mayoría implica el derecho a la existencia de una minoría. De ello no resulta la necesidad, pero sí la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría. Esta protección de la minoría constituye la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales.³⁶

Kelsen no llega a desarrollar una concepción de la democracia constitucional, sino que defiende una concepción de la democracia mayoritaria que podríamos considerar como razonable, aunque, como veremos a continuación, esa concepción no puede evitar que se deslice hacia su perversión en el imperio de la mayoría. Kelsen construye, como acabamos de ver, un silogismo, en el que la premisa mayor dice que la regla de la mayoría “presupone por definición, la existencia de una minoría”, la premisa menor establece que “el derecho de la mayoría implica el derecho a la

³³ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la... cit.*, pp. 146 y 147.

³⁴ *Ibidem*, pp. 155 y 156.

³⁵ Kelsen, Hans, *Esencia... cit.*, p. 92.

³⁶ Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la... cit.*, p. 139.

existencia de una minoría” y extrae la conclusión de que de ello “no resulta la necesidad, pero sí la posibilidad de la protección de la minoría frente a la mayoría [...lo que] constituye la función esencial de los llamados derechos y libertades fundamentales o derechos humanos y civiles”.

Si lo leemos al revés, veremos que hay dos incongruencias. Primero, en la conclusión se diluye lo que ya se afirma en la segunda premisa, pues de ésta obtiene menos de lo que la misma implica, y segundo, la segunda premisa supone un salto de terreno, pues se abandona el lugar en el que está formulada la primera, la pura lógica, para pasar al derecho. Esta segunda incongruencia tiene menor relevancia en relación con lo que aquí tratamos de demostrar: que su concepción de la democracia mayoritaria no puede evitar su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Mayor enjundia tiene la primera incongruencia, pues si en la segunda premisa sitúa la reflexión en el terreno del derecho y admito que el derecho de uno, la mayoría, *implica* el derecho de otro, la minoría, no puedo obtener menos en la conclusión de aquello que estaba ya en la premisa, y esto es lo que hace Kelsen al hablar de *posibilidad* y no de *necesidad*. Si el derecho de uno *implica* el de otro, entonces no es una cuestión de *posibilidad*, sino de *necesidad*. Admitir esto le habría llevado a Kelsen a tener que desprenderse de su relativismo axiológico, y coherentemente con ello, su concepción de la transacción entre diferentes posiciones que defienden valores e intereses contrapuestos, sin que ninguno de ellos pueda considerarse mejor que los otros, pues todos ellos son relativos, lo que evidentemente no puede hacer. No obstante, no es este el camino que quiero seguir, sino el que recorre el propio Kelsen. El problema está mal planteado desde el principio, y, por eso, su construcción muestra enormes debilidades. Veámoslas.

La primera es su concepción del límite como autolimitación, es decir, Kelsen diseña el límite como “principio de legalidad”.³⁷ A partir de aquí establece una serie de medidas de carácter constitucional que sirven para asegurar una democracia controlada, limitada. A fin de evitar que la mayoría se deslice hacia su imperio, y dado que no tenemos ningún mecanismo que someta necesariamente a la mayoría, sólo es posible entender la renuncia de la mayoría “a la imposición de su voluntad frente a una minoría cualificada” como una “autolimitación”,³⁸ lo que ha de plasmarse constitucionalmente en el reconocimiento no sólo de la mayoría absoluta —la autoridad legislativa—, sino también del “principio de la mayoría cualificada” —la autoridad constituyente—, que ha de funcionar en relación con “las medi-

³⁷ *Ibidem*, p. 181.

³⁸ *Ibidem*, p. 141.

das que afectan a una determinada esfera de intereses nacionales, religiosos, económicos o, en general, inmateriales [que] sólo son posibles con el acuerdo de una minoría —cualificada—, no contra su voluntad, es decir, sólo en virtud de un acuerdo entre mayoría y minoría”,³⁹ que asegure un nivel de protección mayor que la mera legalidad, al tratar de que haya cuestiones que exigen mayores grados de consenso, que es similar a las mayorías exigidas para reformar las normas básicas de un sistema; esto es, las normas de reforma constitucional.

Sin embargo, esto no evitaría, como el propio Kelsen reconoce, “una expansión ilimitada del Estado sobre el individuo... siempre que aquel poder fuera obra únicamente de los que le están sometidos”,⁴⁰ lo que podríamos traducir en el juego entre mayoría y minoría diciendo que cabría someter a la minoría, siempre que fuera con su consentimiento, lo que parece estar alejado de toda razonabilidad, pues los límites de la voluntad política tienen que estar contruidos de manera que no puedan ensancharse o constreñirse en función de esa misma voluntad particular. En mi opinión, creo que ésta es la razón por la que Kelsen termina reconociendo la existencia de “ciertos límites naturales” a “la aplicación del principio de mayoría”,⁴¹ refiriéndose con ello a la necesidad de una cierta homogeneidad cultural y lingüística, pues “[s]i la nación es ante todo una comunidad de cultura y de lengua, el principio de mayoría sólo tiene pleno sentido en el interior de un cuerpo nacional uniforme”,⁴² en definitiva, la defensa del principio de identidad como fundamento de la democracia, que acabará necesariamente en la defensa de una democracia iliberal, tal como sostiene en nuestros días Fukuyama.

En segundo lugar, Kelsen introduce la jurisdicción constitucional con la intención de evitar los excesos de la mayoría, lo que se alcanza mediante la protección de esos procedimientos legislativos que exigen mayorías cualificadas, ya que “la garantía de la Constitución en el procedimiento legislativo representa un interés trascendental de la minoría”,⁴³ esto es, la protección de sus derechos. En relación con esta limitación, el control de constitucionalidad por medio de la jurisdicción constitucional, hay que recordar que se asienta sobre presupuestos distintos a los de la primera limitación, pues mientras que ésta responde a los mismos principios que los de la democracia mayoritaria cuyos excesos trata de corregir, los fundamen-

³⁹ *Ibidem*, p. 142.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁴¹ *Ibidem*, p. 162.

⁴² *Ibidem*, p. 163.

⁴³ *Ibidem*, p. 180.

tos sobre los que se asienta esta jurisdicción constitucional son distintos, pues no responden a la democracia mayoritaria, sino que se encuentran en sintonía con una concepción de la democracia diferente, la democracia constitucional,⁴⁴ en la que las limitaciones no dependen de ninguna voluntad mayoritaria absoluta o cualificada, sino que tales limitaciones se piensan como inherentes o constitutivas de la propia democracia; es decir, como las condiciones formales que hacen posible la misma democracia.

IV. CONCLUSIÓN

En definitiva, el modelo de democracia mayoritaria se asienta sobre la regla de la mayoría, tal y como hemos visto con anterioridad, aunque los límites a los que ha de someterse —especialmente el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, negativas y positivas, que exige el respeto de los procedimientos establecidos—, en tanto en cuanto se conciben como autolimitaciones de la misma voluntad mayoritaria, no pueden evitar conceptualmente su deslizamiento hacia el imperio de la mayoría. Cuando esto sucede, la política se sitúa por encima del derecho, transformándose en una táctica maniobrera cuyo fin único consiste en alcanzar y mantener el poder por encima de cualquier otra cosa y, en consecuencia, sin ningún tipo de relación con el plano normativo, que es desde el que cabría o no legitimar tales prácticas.

De esta manera se cierra el círculo. Kelsen piensa que el problema de la voluntad general es insoluble, por lo que sólo es posible resolver el problema de cómo fundamentar el orden social por medio del otro instrumento que había diseñado Rousseau, la voluntad de todos. Esto lo conduce a reconocer que no hay manera de establecer un orden social si no es por medio del juego entre mayorías y minorías. Así pues, un orden social sólo puede establecerse apoyado en la mayoría, sobre lo que la mayoría decida. Sin embargo, las decisiones mayoritarias se encuentran frente al argumento de la *reductio ad hitlerum*, un argumento que, nos guste o no, es muy consistente, pues plantea que la corrección o incorrección de una decisión no puede depender del número de personas que la apoyen, sino de la rectitud del argumento que la sustente. Esto no quiere decir que el número sea irrelevante, el número es una condición necesaria, pero no suficiente. Sin un número mayoritario de personas que apoyen una medida, no hay nada que hacer, pero sólo con el número tampoco. Así pues, la regla de la mayoría por sí sola no puede evitar

⁴⁴ Sobre ella, véase, Dworkin, Ronald, *Is Democracy possible here?*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 131 y ss.

que se instale un sistema político contrario a su propio juego, impidiendo la mayoría que se pudiera formar otra de signo distinto.

Así pues, Kelsen diseña un soberano democrático sobre el ejercicio de la regla de la mayoría, al mismo tiempo que trata de limitarlo por medio de las exigencias que conlleva el respeto a una serie de derechos público-subjetivos, a los que hoy denominaríamos derechos y libertades individuales. En este sentido, su propuesta resume en una la que hicieron Hobbes y Locke; el primero construye un soberano; el segundo, lo limita. Sin embargo, Kelsen se encuentra con una dificultad irresoluble cuando construye en términos fácticos un soberano sobre el ejercicio de la voluntad de todos, pues no puede justificar los límites que ha diseñado, ya que los hace depender de la misma voluntad mayoritaria a la que han de limitar. La paradoja en la que cae es similar a la del primer Hobbes. Si quien decide es la voluntad mayoritaria, ¿cómo puedo limitarla por una serie de derechos público-subjetivos?, pues si así lo hiciera, entonces el poder de la voluntad de la mayoría ya no sería tal, ya que estaría limitado por esa serie de derechos, cuyo creador sería el auténtico soberano; si la voluntad mayoritaria decide, por otra parte, limitarse por medio de la creación de una serie de derechos, es claro que en la medida en que ella los ha creado, también puede derogarlos, con lo que entonces esos derechos no constituirían ningún límite de la voluntad mayoritaria, pues siempre estarían a su albur. Planteado en estos términos, el problema no tiene salida, y sólo cabría apelar, como hizo Kelsen, a la necesidad de limitar el poder, aunque la dificultad que nos importa, no radica en esa apelación, sino en la justificación de tales límites. Tampoco parece que el intento de Fukuyama de lograrlo insuflando los principios liberales en la democracia o creando derechos y libertades lo consiga. El vacío formal, propio de su universalismo, del que esos principios adolecen, así como la dependencia del consentimiento mayoritario del reconocimiento de una autonomía pública y privada, los incapacita para corregir las insuficiencias que el sistema de Kelsen ha mostrado. Parece, pues, que tendremos que buscar en otra dirección a fin de lograr una fundamentación poderosa de nuestras democracias, capaz de hacer frente a los ataques externos e internos que hoy día padecen.