

CUARTA PARTE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

DEMOCRACIA, PRINCIPIO DE LA MAYORÍA Y SU LÍMITE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Julio César MUÑOZ MENDIOLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Democracia y principio parlamentario en Kelsen*. III. *El principio de la mayoría en Kelsen*. IV. *Paralelismos con la actualidad*. V. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de Hans Kelsen —Praga, 1881; California, 1973—¹ es referirse a uno de los juristas más influyentes del siglo XX,² no sólo por sus diversos escritos,³ sino también por la trascendencia de su pensamiento.⁴ Sin lugar a duda, su

* Estudiante del doctorado en derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y abogado postulante constitucionalista. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>. Contacto: julioderecho@comunidad.unam.mx.

Agradezco a las y los autores de los distintos países por su participación en esta obra colectiva; de forma especial, a los profesores Francisco Ibarra Palafox, Javier Hernández Manríquez y Augusto Fernando Carrillo Salgado, por su confianza, dedicación y realización del proyecto, así como a Oscar Uribe, ayudante de investigador, por su involucramiento en la parte final del proyecto. Agradezco también al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el patrocinio y el financiamiento para realizar este trabajo.

¹ Para una autobiografía de Kelsen, Jestaedt, Matthias (ed.), *Hans Kelsen. Autobiografía*, trad. de Luis Villar Borda, Bogotá, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen-Universidad de Externado, 2008.

² El pensamiento *kelseniano* representó una constante, aunque en sus últimos escritos no publicados en vida hubo algunos cambios de ideas y posturas; de hecho, algunos autores afirman que sus últimos escritos se contrapondrían con el *Kelsen de los primeros años*. Paulson, Stanley L., “Kelsen’s Legal Theory: The Final Round”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, núm. 2, 1992, pp. 265-274.

³ A lo largo de su vida, Kelsen escribió aproximadamente 18 libros y 187 artículos en diferentes idiomas, lo cual habla de la diversidad de temas que el autor austriaco trató y de su alcance en el pensamiento jurídico, político y filosófico. Schmill Ordóñez, Ulises, “Hans Kelsen aportaciones teóricas de la teoría pura del derecho”, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 17-36.

⁴ En ese sentido, existen propuestas *de fases de desarrollo* de su pensamiento teórico y filosófico jurídico —las cuales incluirían sus otras facetas de pensamiento—. Paulson, Stan-

pensamiento jurídico representó su principal objeto de estudio,⁵ el cual basó en una premisa simple, pero sustancial: hacer del derecho una ciencia pura —la tesis de la pureza—.⁶ Aquí, sin olvidar que los primeros trabajos de Kelsen se refirieron a la teoría del Estado, esto es, en 1905 a su obra *La teoría del Estado en Dante Alighieri*, y en 1911 a su trabajo de habilitación *Problemas capitales de la teoría del Estado* —en su primera edición—,⁷ uno analiza su contribución sobre la esencia y el valor de la democracia, y se desvela un Kelsen como un original pensador político.⁸ Por lo tanto, se puede hablar de una teoría política kelseniana que retomó y criticó varios aspectos del liberalismo político, como la libertad, la limitación de intervención del Estado, el parlamentarismo y la democracia.⁹

Bajo ese contexto, la democracia fue importante para Kelsen como método para la creación del orden social,¹⁰ pero también representó un punto de inflexión entre su pensamiento jurídico y político, el cual se puede ver, por un lado, en cómo Kelsen concebía la noción de Constitución; es decir, como un principio donde se expresaba jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, independientemente de considerar a la misma como la norma fundante del sistema jurídico,¹¹ y, por otro lado, en cómo basaba al orden social-estatal bajo una vinculación entre *ética y política*.¹² En ambos casos, él sostendría su relativismo ético¹³ y su faceta *cientificista* sobre el análisis del Estado, pues refirió que no era tarea

ley L., “Four phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a periodization, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, núm. 1, 1998, pp. 153-166.

⁵ Aunque existen temas que Kelsen no abordó de manera primordial, pero sí de manera rigurosa, como el psicoanálisis. Kelsen, Hans, *Amor platónico*, trad. de Augusto Fernando, Carrillo Salgado, México, Ediciones Coyoacán, 2022.

⁶ Paulson, Stanley, “The purity thesis”, *Ratio Juris*, vol. 31, núm. 3, 2018, pp. 276-306.

⁷ Walter, Robert, “Hans Kelsen vida y obra. Una introducción”, trad. de Carlos E. Pettoruti, *Anales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*, núm. 41, 2011, p. 337.

⁸ Lagi, Sara, “Hans Kelsen: pensador político”, trad. de Leonardo García Jaramillo, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 25, 2011, p. 3.

⁹ Herrera, Carlos, “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, p. 205.

¹⁰ Kelsen, Hans, *The essence and value of democracy*, trad. de Brian Graf, United Kingdom, R&L Publishers, 2013, p. 101.

¹¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 21.

¹² Sobre esa relación entre ética y política en Kelsen, Kelsen, Hans, “The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy”, *The International Journal of Ethics. The University of Chicago Press*, vol. XLVIII, núm. 1, octubre de 1937.

¹³ Pintore, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 120-127.

de la teoría científica del Estado determinar qué forma estatal o sus finalidades son buenas o malas, sino sólo analizarlas, comprenderlas y explicarlas.¹⁴ No obstante, no es mi pretensión abordar todas estas problemáticas, sino centrarme en un tema principal del pensamiento político del profesor austriaco. Me refiero *al principio de la mayoría*; concretamente, me interesa responder a las siguientes preguntas: ¿el principio mayoritario en Kelsen tiene un carácter sustantivo o procedimental?, ¿qué papel tuvo el compromiso político para este principio y para la democracia en Kelsen?, y ¿cuál fue el límite que señaló Kelsen desde su pensamiento político para los excesos de las mayorías del proceso democrático? De esta forma, en primer lugar, describiré algunos conceptos claves para entender la democracia en Kelsen; en segundo lugar, revisaré la estructura y el funcionamiento del principio mayoritario kelseniano; finalmente, compararé las circunstancias que señaló Kelsen sobre el principio mayoritario con sus caracterizaciones actuales.

II. DEMOCRACIA Y PRINCIPIO PARLAMENTARIO EN KELSEN

Kelsen fue uno de los pocos intelectuales que defendió la democracia y la importancia de la libertad, ya desde las dramáticas repercusiones de la Primera Guerra Mundial,¹⁵ pues él fue un demócrata liberal que respaldó a la democracia como la mejor forma de Estado frente a la otra que reconocía también, la autocracia. En este punto hay que recordar que Kelsen reconoció tanto la democracia como la autocracia, pero defendió a la primera con el argumento de que la participación de las personas sujetas al orden jurídico bajo la función legislativa era característica de la democracia, a diferencia de la autocracia, en donde las personas quedaban excluidas de la legislación y no tenían derechos políticos.¹⁶ En efecto, Kelsen parte del hecho de que las personas eran iguales; por lo tanto, ninguna tendría el derecho de gobernar a otras, debido a que una ciencia del derecho —sociológica— no podría establecer a qué condiciones está obligada o tiene derecho una persona o grupo de personas;¹⁷ sin embargo, para que las personas permanecieran iguales

¹⁴ Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero *et al.*, España, Debate, 1988, pp. 162 y ss.

¹⁵ Lagi, Sara, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1958, pp. 102 y 103.

¹⁷ Kelsen, Hans, “Una fundamentación de la sociología del derecho”, trad. de Adolfo Barbera, *Doxa*, núm. 12, 1992, p. 216.

en la realidad inevitablemente tendrían que permitir gobernarse por otras personas.¹⁸

En ese sentido, la síntesis entre los principios de igualdad y libertad sería central para la democracia kelseniana,¹⁹ pero Kelsen señalaría que sólo podría ser viable —en sociedad— a través de la voluntad general.²⁰ Aquí, a él podría situársele como un partidario del individualismo metodológico —o el contractualismo—,²¹ incluso, porque refirió que, teóricamente, la democracia era una forma política o social en la cual la voluntad de la sociedad y el orden social se constituían por sus integrantes —el pueblo—;²² pero fiel a su posición relativista, no dejó de señalar lo problemático que sería referirse al concepto de *pueblo*, ya que éste no representaba un conjunto homogéneo, sino una mezcla de diversos grupos.²³

Tampoco es que Kelsen negara tajantemente la posibilidad de una individualidad mediante la colectividad, pues el hilo conductor que encontró era la afirmación de la libertad individual a través de una autonomía vinculada a la igualdad esencial de todas las personas;²⁴ no obstante, sí dudaría sobre las formas de operar y hacer posible una voluntad general. En este punto, habría un reduccionismo de la idea de la democracia,²⁵ ya que la forma más cercana para crear un orden social sería, en un primer momento, una democracia directa —un ideal—; pero en las sociedades modernas ésta no podría ser realizada; por tanto, la democracia moderna debería ser indirecta y representativa a través de un parlamentarismo, entendido este último desde su lógica funcional y el contexto kelseniano; es decir, como la evolución de una asamblea popular a un parlamento elegido mediante la mayoría de las personas poseyendo sus derechos políticos,²⁶ y en donde se da un proceso dialéctico.²⁷

En este punto es en donde Kelsen estaría trasladando la problematización de su teoría del conocimiento a la teoría de la democracia —absolutismo *vs.* relativismo—, ya que donde hubiera pluralismo y diversidad sería

¹⁸ Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, p. 27.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Aquí, refiriéndose a Rousseau, véase, *ibidem*, p. 33.

²¹ Herrera, Carlos, “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *cit.*, pp. 205-208.

²² Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, p. 35.

²³ *Ibidem*, p. 36.

²⁴ Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989, p. 148.

²⁵ Me refiero a que Kelsen terminaría reduciendo tanto a la libertad como a los derechos políticos a un *derecho al voto*. Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, p. 42.

²⁶ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

²⁷ *Ibidem*, p. 103.

difícil lograr una esfera pública y política con valores y consensos absolutos, pues no se podía pensar en un orden social, estatal o jurídico de *justicia* como tal, debido a que en aquel tiempo ningún autor, incluido él, desarrolló o propuso teorías que se basaran en una idea racional de justicia. Por lo tanto, para una exigencia ética tan alta de democracia tendría que ofrecerse una explicación realista, la cual representó la esencia de la democracia en Kelsen, o sea, un parlamentarismo representativo. Máxime que mediante el parlamento se haría posible el valor de la democracia; en otras palabras, la consecución de la libertad y la igualdad que, para el profesor austriaco, se lograría sólo a través de la igualdad de voto y ante la ley.

Por lo anterior, Kelsen no buscó una democracia puramente procedimental o idílica, aunque para algunos autores existiría un fuerte idealismo en él,²⁸ porque sus proposiciones describieron cómo funcionaba la democracia, al mismo tiempo que consideraba conexiones con el relativismo filosófico. De ahí que el profesor austriaco no fuera claro en torno a la necesidad de valores para la democracia, pues en ocasiones sostendría una necesidad de los mismos, mientras que otras veces, incluso, llegaría a sostener que sin libertad individual podría hablarse de democracia.²⁹ Basta señalar que refirió que el dilema de la existencia de las democracias modernas dependería, en gran medida, de si el parlamento podría ser considerado como un medio idóneo y legítimo, tanto para resolver los problemas sociales como para preservar la idea de libertad.³⁰ Incluso, se cuestionó sobre si la eliminación del parlamento sería políticamente factible en el Estado moderno,³¹ ya que si se quería resguardar la democracia, en lugar de suprimirlo tendría que reformularse,³² pero mostrando también la ficción de la representación popular que lo sustentaba.³³

²⁸ Ruiz Manero, Juan, “Presentación. Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen”, en Ruiz Manero, Juan (ed.), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, pp. 33 y ss.

²⁹ Pintore, Anna, “Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 127-134.

³⁰ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 48-50. En paralelo, Kelsen consideró que la ficción de la representación históricamente legítima al parlamento —la soberanía popular—, pues se basaba en la lógica de que éste es el representante del pueblo, y que el pueblo sólo puede manifestar su voluntad por medio de él; no obstante, señaló contradicciones en esa lógica, por ejemplo, que los integrantes del parlamento eran jurídicamente independientes del pueblo. Kelsen, Hans, *Teoría generale...*, cit., pp. 294-297.

³¹ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 51 y 53.

³² Kelsen se referiría a reforzar el parlamento mediante el *referéndum* y el *derecho de petición*, pero también a controlarlo mediante una rendición de cuentas ante la sociedad y las entidades estatales —incluso por los jueces—, como se verá más adelante. *Ibidem*, pp. 57-59.

³³ Sanz Moreno, José, “El parlamentarismo en su encrucijada, Schmitt *versus* Kelsen, o la reivindicación de la democracia”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 162, 2013, p. 117.

De ahí que el parlamento fuera fundamental para Kelsen, por ser el lugar en donde se daban consensos mediante decisiones mayoritarias —compromisos políticos—,³⁴ al mismo tiempo que se afirmaba la necesidad de un Estado de partidos, pues las modernas democracias descansarían en partidos políticos constitucionalizados.³⁵ Y es que Kelsen vio, por ejemplo, a los partidos políticos como medios para lograr una voluntad unida de manera práctica, además de que éstos reflejarían las divisiones y diferencias de una sociedad civilizada.³⁶

III. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA EN KELSEN

En el apartado anterior concluí señalando la importancia que tenía el parlamento para el pensamiento democrático kelseniano, asimismo, se comenzó a esbozar uno de los puntos centrales para el funcionamiento del parlamento, pues más allá de su conformación, idoneidad y legitimidad,³⁷ la toma de decisiones mediante el principio de la mayoría sería central, por lo cual me enfocaré a la cuestión principal de cómo Kelsen describió o, en su caso, propuso ese principio, es decir, si de manera procedimental o sustantiva.

Para comenzar, hay que señalar que el Kelsen democrático pensó, tal vez desde su faceta decisionista, que se encuentra en su teoría pura del derecho, donde señala que las normas son actos de voluntad —no de una psíquica, sino la del legislador—,³⁸ que la decisión mayoritaria representaba, primero, un medio lógico para llegar a acuerdos en una discusión fundamental y, segundo, una institución que sintetizaría, de alguna manera, la idea de libertad e igualdad.³⁹ Sobre el primer punto, él consideraría, desde una visión realista, que era idealista y disfuncional un principio de unanimidad en sociedad; esto es, creer que un orden social puede crearse

³⁴ De hecho, en la actualidad *el consenso político* —entiéndase el compromiso— sigue siendo una parte fundamental de la deliberación parlamentaria. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

³⁵ Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, pp. 38-41.

³⁶ Stanton, Timothy, “Popular sovereignty in an age of mass democracy: politics, parliament, and parties in Weber, Kelsen, Schmitt, and beyond”, en Skinner, Quentin y Bourke, Richard (eds.), *Popular Sovereignty in historical perspective*, Cambridge, Cambridge Press, 2016, p. 349.

³⁷ Cuestiones que hoy en día son importantes para asignar un valor político sustantivo a los parlamentos, debido a que sustenta su legitimidad democrática. Waldron, Jeremy, *Derecho y...*, *cit.*, pp. 62-66.

³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 38.

³⁹ Kelsen, Hans, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 195.

y funcionar por la decisión unánime de todos sus integrantes.⁴⁰ En tal sentido, lo más cercano a un principio de unanimidad sería que una mayoría superara a los que están en desacuerdo con un determinado orden social.⁴¹ Aquí, Kelsen sería cauteloso y enfático en señalar que la existencia de una mayoría no implicaba una depreciación de la minoría, ya que tenía que reconocerse, incluso de manera lógica, su existencia y protección.⁴² Sobre el segundo punto, el principio de la mayoría sería una institución que haría posible gobernar sobre la base de una gran posibilidad de acuerdo entre la voluntad de la mayoría y la voluntad individual de las personas, pues cuando la voluntad de la sociedad está de acuerdo con la voluntad de más personas, el potencial para la libertad —como autodeterminación— se maximizaría.⁴³

En ambos casos, Kelsen no dejaría de mostrar la constante tensión entre mayoría y minoría —una antítesis—, lo que podría situar a la regla de la mayoría en un ámbito puramente procedimental o numérico o, si se prefiere, en una tiranía de la mayoría. Por lo tanto, para Kelsen, la síntesis a esa tensión sería mediante el compromiso, pues en una democracia en donde el contenido del orden jurídico no estuviera determinado exclusivamente por el interés de la mayoría, sino que representara el resultado de un compromiso entre mayoría y minoría, la sujeción voluntaria de todos sus integrantes al orden jurídico resultaría más fácil que en cualquier otra organización política.⁴⁴

IV. PARALELISMOS CON LA ACTUALIDAD

Son varias las circunstancias que dificultarían un principio mayoritario de forma sustantiva, pero me centraré en tres de ellas, que me parecen principales y características de la fluctuación política actual; me refiero: 1) a quiénes participan en la toma de decisiones; 2) al pluralismo político; 3) al límite del principio mayoritario. Ahora, cabe mencionar que por fluctuación política no me refiero precisamente a una connotación negativa del funcionamiento del sistema político, sino más bien a la inestabilidad y a la dinámica propias de la política, a sus procesos y al gobierno, lo cual es una consecuencia lógica del pluralismo político y de los cambios de poder.

⁴⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho e dello stato*, Milán, Etas, 1974, p. 290.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 291 y 292.

⁴² Kelsen, Hans, *The essence...*, *cit.*, pp. 67 y 68.

⁴³ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *cit.*, p. 293.

Sobre quiénes toman las decisiones en el parlamento de forma mayoritaria, Kelsen señaló que la ficción que personificaba la representatividad se podía ver en la desvinculación entre representantes populares y representados, es decir, los representantes tenían un mandato libre para no estar sujetos a las instrucciones de los representados. Asimismo, remarcó que desde un análisis objetivo de la elección no se podía dejar de lado la ideología subjetiva que representaba cada uno de los elegidos a formar parte del parlamento. Finalmente, advirtió que un sistema electoral podría propiciar la llegada de líderes carismáticos, los cuales podrían explotar los peores instintos de las masas y, por lo tanto, deformar el valor que representaba el principio mayoritario.⁴⁵

En la actualidad, la crisis de la representatividad es una cuestión que no sólo persiste,⁴⁶ sino que se ha tornado aún más problemática, porque además de la desvinculación con los representados, los representantes populares también han llevado a los parlamentos, ideologías y posturas radicales que aun estarían en contra tanto de las libertades como de los derechos fundamentales y de la propia democracia; para el caso, estas ideologías y posturas abusan de su posición mayoritaria. Asimismo, están los peligros que representan los gobiernos populistas que se han venido gestando y proliferando en diversas latitudes,⁴⁷ y que no son un momento de transición hacia una madurez política, sino una permanente acción de la dimensión política que se manifiesta en contra del orden establecido, del discurso institucional y, en general, a través de un antagonismo irreductible.⁴⁸ Por ejemplo, en el contexto latinoamericano se dan condiciones aún más prolíferas para desarrollar el fenómeno,⁴⁹ debido a que los actores políticos que lo enarbolan lo logran a base de las mayorías —demo-

⁴⁵ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 71, 72 y 93-95.

⁴⁶ Deschouwer, Kris, “New parties and the crisis of representation: between indicators and solution”, en Harfst, Philipp et al. (eds.), *Parties, Governments and Elites. The Comparative Study of Democracy*, Fachmedien Wiesbaden, Springer, 2017, pp. 73-85.

⁴⁷ En ese sentido, un eje central del populismo estaría presente o, más bien, no sería exclusivo de una política de izquierda o derecha, sino que, en ambos casos, representan un desafío para las sociedades democráticas. Gratius, Susanne y Rivero, Ángel, “Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina”, *Revista CIDOB d’Afers Internationals*, núm. 119, 2018, pp. 35-62.

⁴⁸ Riveros Claudio y Pelfini Alejandro, “Sobre grietas y rupturas: el populismo visto como un proceso. Un análisis socio-histórico a partir de la teoría populista de Ernesto Laclau”, *Revista Stultifera*, vol. 5, núm. 1, 2022, pp. 73 y ss.

⁴⁹ Por ejemplo, la idea de un cambio social que incluiría lo político y lo económico, procesos atípicos o alternativos del normal desarrollo político y social de occidente, movilizaciones de masas de diversos estratos sociales y políticas económicas intervencionistas y

cráticas— que acogen esta forma de hacer política, pues ya en el poder buscan anteponer a la racionalidad política sobre la jurídica,⁵⁰ máxime que uno de los primeros objetivos de estos gobiernos es minar la fuerza normativa de los textos fundamentales y anteponer sus visiones políticas sobre un proyecto constitucional;⁵¹ lo paradójico es que lo hacen a través de la regla de la mayoría.

Sobre el pluralismo político, Kelsen lo concibió de una manera positiva; primero, porque veía con buenos ojos que existieran distintas fuerzas políticas, pues esto dificultaría que una fuerza política tuviera una mayoría desproporcionada en relación con las minorías. Segundo, porque para él una heterogeneidad social no ponía en peligro la democracia representativa, sino que, por el contrario, servía como un instrumento para asegurar la paz social. De hecho, para el acuerdo político era necesario que existiera la heterogeneidad, pues existía una garantía que aseguraba una cierta unidad social, la cual estaba representada en la comunidad cultural y lingüística.⁵² Por cierto, esto de la comunidad cultural y lingüística le viene a Kelsen de una influencia kantiana.

Ahora, sobre el pluralismo político en la actualidad, éste representa una problemática muy compleja, ya que las sociedades se han tornado aún más diversas, y aunque el Estado constitucional se base, paradójicamente, en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo,⁵³ no se puede obviar que los grupos sociales son más contrapuestos y conflictivos, por la razón lógica de que existen más posiciones e ideologías que dificultan los consensos; por lo tanto, la unidad a través de la comunidad cultural y lingüística no serviría como tal para cohesionar a las personas, sobre todo porque los nacionalismos han dado paso a lo más que se puede aspirar, es decir, a una cultura nacional mínima que se nutra de las variadas perspectivas de los diferentes grupos.⁵⁴ Por ejemplo, actualmente existen fenómenos que trascienden al ámbito interno de los Estados, como el feminismo, la

distributivas. Salmorán Villar, María de Guadalupe, *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, pp. 45 y 46.

⁵⁰ Rivas, Pedro, *En los márgenes del derecho y el poder. Crisis de la representación, clientelismo, populismo*, España, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 73 y ss.

⁵¹ “Los movimientos populistas en América Latina han llegado al poder a costa de la Constitución: Allan Brewer-Carías”, *BBC News, Mundo*, febrero de 2020, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51275180> (consultado el 28 de febrero de 2022).

⁵² Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., p. 75.

⁵³ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 2.

⁵⁴ Oquendo, Ángel, *Democracia y pluralismo*, México, Fontamara, 2004, p. 164.

diversidad sexual, el ambientalismo o, incluso, los movimientos migratorios, los cuales no presentan uniformidad cultural o lingüística, sino que se presentan como movimientos de carácter mundial.

Por supuesto que esta diversidad por sí misma no representa un mal social o algo parecido, sino que, por el contrario, son expresiones sociales sobre problemas reales y apremiantes; sin embargo, no se puede dejar de lado su heterogeneidad y su carácter complejo. Aunado a que estos fenómenos, trasladados a una asamblea representativa, son usados por las fuerzas políticas con fines estratégicos o electorales, lo que genera más desacuerdos que dificultan el compromiso político.

Finalmente, sobre el límite al principio mayoritario, Kelsen se refirió a la posibilidad de que el límite político que representaba este principio por sí mismo fallara en conseguir el compromiso político, lo que, al mismo tiempo, reflejaría que él construyó un concepto del principio sobre una base idealista, es decir, sobre la precondition de un sistema político funcionando más o menos bien en la realidad social. Sobre esa cuestión, me parece que colocó al principio en una visión más filosófico-política que en una visión institucional-funcional. En este punto, Kelsen se refirió a un principio de tolerancia necesario para la democracia —y en general para las sociedades—,⁵⁵ lo cual lo situaría, también, en un ámbito valorativo.

Actualmente esa visión filosófico-política —y valorativa— es sostenida por el pensamiento de algunos teóricos del pensamiento político; por ejemplo, el mayoritarismo de Jeremy Waldron es muy similar a la concepción del principio sustantivo en Kelsen, pues afirma que una discusión sobre cuestiones fundamentales, que además se base en un contexto de acuerdos y desacuerdos para llegar a una decisión por mayoría, representará la forma más robusta y legítima que se tiene para decidir en una comunidad política.⁵⁶ Por supuesto, el profesor neozelandés, a diferencia de Kelsen, señala condiciones sociales muy exigentes, como: 1) instituciones democráticas robustas funcionando razonablemente bien, incluida una asamblea representativa elegida sobre un sufragio maduro; 2) instituciones judiciales que no estén establecidas de forma representativa, y que funcionen razonablemente bien al defender la concepción del Estado de derecho; 3) un compromiso de parte de la mayoría de los miembros de la comunidad política y de sus funcionarios públicos, tanto con la idea de los derechos como con el respeto a las minorías; 4) desacuerdos persistentes,

⁵⁵ Kelsen, Hans, “Foundations of democracy”, *Ethics*, vol. 66, núm. 1, part. 2, 1955, pp. 27-29.

⁵⁶ Waldron, Jeremy, *Derecho y...*, *cit.*, pp. 140-142.

sustanciales y de buena fe acerca del significado e implicaciones de los derechos.⁵⁷

Sin embargo, la diferencia más sustancial, que a la vez me parece es un aporte kelseniano muy importante que persiste hasta la fecha, es el de considerar un límite realista —desde el derecho— a la decisión mayoritaria, pues tanto en *Esencia y valor de la democracia* como más tarde en *Fundamentos de la democracia*, Kelsen señaló que la función de un tribunal constitucional era también la de proteger a las minorías frente a la arbitrariedad de las mayorías, lo que en la actualidad es una expresión de la racionalidad jurídica del Estado constitucional.

En efecto, Kelsen vaticinó, desde mi perspectiva, la tensión entre las mayorías del proceso democrático y la justicia constitucional —si se prefiere, el control constitucional—, debido a que más allá de señalar la difícil relación entre la política y el derecho, la cual excluyó de su *teoría pura*, desde su pensamiento político y democrático señaló la importancia de un tribunal constitucional para racionalizar los excesos de las mayorías y, de algún modo, ceñir a la política al derecho. De ahí que, ante la dificultad del compromiso político, la justicia constitucional aun con sus limitantes de aquella época fue para él la mejor opción de protección de las minorías.

V. REFLEXIONES FINALES

Kelsen no dejó de mostrar la constante tensión entre mayoría y minoría; incluso podría pensarse que describió un principio mayoritario en clave estrictamente procedimental o, si se prefiere, favoreciendo a la tiranía de la mayoría, lo cual se desmiente si se toma en cuenta el significado que tuvo el compromiso político para su concepción del principio mayoritario. Primero, por su estructura, al considerar los bemoles en torno a los sistemas electorales y su incidencia con el propio principio,⁵⁸ así como por la forma de lograr el compromiso político mediante procesos parlamentarios dialécticos, o sea, a través de argumentos y contraargumentos para la consecución de compromisos —una técnica dialéctica—,⁵⁹ pues si no existiera discusión o compromiso, entonces se estaría en presencia de una autocracia.⁶⁰ Segundo, por su exigencia sustantiva, ya que la condición del

⁵⁷ Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1360.

⁵⁸ Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., pp. 70-74.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁶⁰ Kelsen, Hans, *La democrazia...*, cit., pp. 238 y 239.

compromiso político, como validación y buen funcionamiento del propio principio, implicaría la concurrencia de valores como un respeto igualitario de la diversidad de posiciones, la solidaridad, la tolerancia y el interés público, es decir, el compromiso político establecería una exigencia ética o moral de parte de los integrantes del parlamento.

Por otra parte, el compromiso político también sería parte de la naturaleza de la democracia kelseniana,⁶¹ pues la integración de una mayoría y una minoría requeriría de éste para lograr una democracia real;⁶² de otra forma, si las divergencias entre mayoría y minoría no logran dicho compromiso, la democracia tampoco podría funcionar.⁶³

Finalmente, las circunstancias relacionadas con la fluctuación política que interfieren con una concepción sustantiva del principio mayoritario, Kelsen las consideró desde un ámbito filosófico-político, más que en un ámbito institucional-funcional. No obstante, lo valioso radica en que él vio la limitación última de este principio en la justicia constitucional; en otras palabras, en que ninguna mayoría podría funcionar fuera de los límites constitucionales. Se trata de una cuestión relevante para este trabajo, pues se puede vincular su noción democrática con su pensamiento constitucional, sobre todo porque señaló la necesidad de otro tipo de controles institucionales para poder hablar de una verdadera democracia; para el caso, basta recordar que Kelsen decía que la garantía jurisdiccional de la Constitución sería un recurso básico del Estado democrático. Y esta idea acercaría al modelo de democracia constitucional que tenemos en la actualidad con el modelo de democracia kelseniano; de hecho, me atrevería a decir que Kelsen estableció un modelo precario de democracia constitucional, por supuesto, con las limitaciones de su tiempo.

⁶¹ Kelsen, Hans, *Teoría generale...*, cit., p. 293.

⁶² Kelsen, Hans, *The essence...*, cit., p. 70.

⁶³ Kelsen, Hans, *La democrazia...*, cit., p. 363.