

LA TEORÍA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE HANS Kelsen COMO UNA ALTERNATIVA ANTIAUTORITARIA: ALGUNAS CUESTIONES Y CONTROVERSIAS*

Sara LAGI**

SUMARIO: I. *Fijación de los problemas.* II. *Los “primeros dos Kelsen” en medio de una tormenta política (1919-1920).* III. *La justicia constitucional como un baluarte contra las mayorías liberticidas.* IV. *Examen de la justicia constitucional de Kelsen: algunas cuestiones y controversias a la luz de su teoría democrática.*

I. FIJACIÓN DE LOS PROBLEMAS

¿Qué sentido tiene, o puede tener, examinar la teoría constitucional de Hans Kelsen? Esta pregunta es todo, menos ingenua u obvia, principalmente porque el trabajo del jurista sobre la justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) ha sido analizado y estudiado profundamente por eminentes académicos. El tema ha sido abordado desde el normativismo jurídico, por no mencionar, también, en relación con su famosa *querelle* entre él y Carl Schmitt: desde el punto de vista de los estudios jurídicos académicos internacionales se ha escrito mucho de gran importancia. Sin embargo, si bien es cierto que —para aludir al punto de vista neokantiano de Kelsen— nuestro objeto de estudio se encuentra “determinado” por la forma en que lo conocemos, también es

* Traducción al castellano de un manuscrito inédito en inglés, cuyo título es “Hans Kelsen’s Theory of Constitutional Justice as an Anti-Authoritarian Choice: some Issues and Controversies”, por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: augustoc@ucm.es. ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>. El traductor agradece a la profesora Sara Lagi por permitirle traducir su artículo. También agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para realizar la traducción de este documento.

** Profesora asociada de Historia de las Doctrinas Políticas en la Universidad de Turín, Italia. Contacto: sara.lagi@unito.it.

verdad que escapar del punto de vista científico y metodológico sobre la teoría de la justicia constitucional de Kelsen podría revelar aspectos interesantes de su reflexión, que ameritan nuestra atención. Al asumir, como lo hago, la perspectiva del pensamiento histórico-político, la interrogante principal para mí corresponde a la interacción entre su teoría sobre la justicia constitucional y su obra sobre la teoría democrática, tal como fueron elaboradas y desarrolladas durante el periodo de la primera posguerra en Europa.

A primera vista, tal interacción podría parecer casi autoevidente. Kelsen desarrolló un sistema de justicia constitucional relacionado con la construcción de la primera República democrática austriaca y su Constitución. Sin embargo, las cosas son mucho más complejas. Durante el proceso constituyente austriaco (1919-1920), mientras eran redactados los borradores de la futura nueva Constitución austriaca, Kelsen observó la justicia constitucional más como un instrumento para preservar la unidad del Estado austriaco, el cual emergió tras el colapso del Imperio austrohúngaro, que como una herramienta para proteger la democracia, en tanto forma de gobierno, a pesar de que su postura en favor de esta última era inflexible.

De hecho, si abordamos la contribución de Kelsen a la justicia constitucional desde una perspectiva a largo plazo, podemos ver, entonces, que su primer intento serio por identificar el así llamado “contenido político” dentro de su teoría sobre la justicia constitucional, aparece, únicamente, hacia finales de 1920 a través de, por ejemplo, un ensayo titulado “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution” [1928-1929]). Existe, sin embargo, un tercer elemento de complejidad por destacar. En tanto pensador político, entre 1920 y 1950, Kelsen desarrolló una teoría y defensa sobre la democracia parlamentaria y representativa, a través de la cual no aparecía una referencia abierta y directa hacia la justicia constitucional. Mientras examino cada uno de estos tres puntos, sostendré que:

1. Al examinar la justicia constitucional de Kelsen, hay que tomar en consideración *tres* Hans Kelsen.
2. Su teoría sobre la justicia constitucional posee una implicación política antiautoritaria.
3. Aunque no de manera explícita, su teoría sobre la justicia constitucional, precisamente por su fuerte connotación antiautoritaria, es perfectamente funcional con su visión democrática y política.
4. Al reflexionar sobre este último aspecto, discutiré lo que considero son algunas cuestiones y controversias que el pensamiento constitucional y democrático de Kelsen nos plantea *hoy*.

II. LOS “PRIMEROS DOS KELSEN” EN MEDIO DE UNA TORMENTA POLÍTICA (1919-1920)

El colapso de la monarquía de los Habsburgo significó una transición hacia una república democrática que fue proclamada oficialmente en 1919, y, de manera más precisa, el establecimiento de una Asamblea Nacional Provisional, que albergó tres fuerzas políticas principales: el Partido Socialcristiano, los nacionalistas, así como los socialdemócratas. Los dos primeros eran de orientación conservadora y antisocialista; sin embargo, mientras el Partido Socialcristiano estuvo fundamentalmente en favor de la monarquía y de los Habsburgo, el grupo nacionalista siempre promovió ideales republicanos, así como los socialdemócratas.

En febrero de 1919, el Congreso Constituyente fue electo a través del sufragio universal de hombres y mujeres. El jefe del Congreso fue el socialdemócrata Karl Renner, jurista, uno de los principales representantes del así llamado “austromarxismo”, y amigo de Kelsen. Todo el proceso constituyente estuvo profundamente marcado por la lucha directa entre los socialdemócratas y socialcristianos, para determinar el sistema institucional de la república austriaca. Por una parte, las fuerzas católicas conservadoras pugnaban por una solución federal, principalmente porque su presencia era especialmente fuerte entre los estados federados (*Länder*), esto es, entre las macrorregiones de la recién nacida república. Por otra parte, los socialdemócratas estaban a favor de una solución centralizada y unitaria, porque, a diferencia de sus adversarios, la “Viena roja” era su baluarte. Los socialcristianos, de hecho, afirmaban que la nueva república había sido establecida con base en un “contrato” entre la Asamblea Nacional Provisional y los estados federados (*Länder*). La naturaleza contractual del Estado fue rechazada terminantemente por su contraparte. Federalismo contra centralismo fue, en mi opinión, el tema más candente para la confrontación política al interior del Congreso Constituyente.¹ Uno de los aspectos más interesantes a destacar fue que el debate sobre el futuro institucional del país estuvo también relacionado con la creación de una corte constitucional que habría sido la versión republicana del antiguo *Reichsgerichtshof* (Tribunal Imperial) habsbúrgico.²

¹ *Die stenographischen Protokollen der Konstituierenden Nationalversammlung (1919-1920)*.

² Sobre el *Reichsgerichtshof* habsbúrgico y sus facultades, entre las cuales se encontraban salvaguardar los derechos de los ciudadanos, me he tomado la libertad de citar, Lagi, Sara, “Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)”, *Co-herencia*, núm. 16, 2012, pp. 273-295.

En un discurso pronunciado ante la Asamblea Nacional Provisional (invierno de 1918), Renner estuvo a favor de una corte constitucional que pudiera “ocuparse no solo de la protección de los ciudadanos, sino también de las disposiciones estatales, el derecho a votar, y nuestro derecho público”.³ Tras la elección del Congreso Constituyente, Renner confió a Kelsen la tarea de redactar seis borradores de Constitución. Éste es el primero de los tres Kelsen que conocemos que aborda la justicia constitucional. El llamado “primer Kelsen”, quien redactó seis borradores de Constitución a petición de Karl Renner, tuvo que incluir las consideraciones de este último, quien estimó necesario imaginar la manera en que funcionaría la corte constitucional si Austria se convirtiera en una república federal o un Estado unitario y centralizado. A estas alturas, durante el verano de 1919, Renner estuvo lo suficientemente consciente para darse cuenta de que, durante el “juego” de compromisos recíprocos entre su partido y el Partido Socialcristiano, para definir el futuro político de la nación, la opción federalista parecía ganar más consenso. A Kelsen se le pidió, por lo tanto, imaginar una Constitución federal, así como el papel que interpretaría una corte constitucional en ella. En ambos casos, la solución federalista fue —podríamos decir— “atenuada” por dos principios, que mostraron una actitud claramente a favor de las instituciones centrales. En primer lugar, la relación entre la futura cámara federal y la cámara de los estados federados (*Länder*) fue pensada por Kelsen en términos de una subordinación evidente de la última frente a la primera, de acuerdo con el principio de que *El derecho federal infringe el derecho de los estados federados* (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), quien había bosquejado una *corte constitucional federal* (*Bundesverfassungsgerichtshof*), cuya tarea sería atender el llamado del gobierno federal (*Bund*) contra cualquier norma inconstitucional de los *estados federados* (*Länder*).⁴

Como asesor en temas constitucionales, el “primer Kelsen” incorporó las consideraciones políticas recibidas por Renner en los borradores; sin embargo, sería un error pensar que su participación fue de simple aceptación, porque él, personal y fundamentalmente, estuvo de acuerdo con la actitud de Renner y los socialdemócratas a favor del centralismo, tal como podemos leer en su “Posición de los estados federados en la futura Austria-Alemania” (“*Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich*”), escrito originalmente en 1919 y publicado más tarde. Aquí, el “segundo Kelsen” aparece

³ *Die stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung (1918-1919)*, p. 33. Las microfichas se encuentran disponibles en la *Nationalbibliothek* de Viena.

⁴ Schmitz, Gerhard, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Viena, Manz, 1991, pp. 49 y 50.

en escena: se trataba del teórico del derecho que hizo frente al debate en curso sobre el futuro institucional austriaco. Tras identificar tres posibles escenarios para la nueva Austria, esto es, Austria como Estado centralizado, Austria como Estado unitario con un sistema administrativo descentralizado basado en la autonomía regional, y Austria como un Estado federal, Kelsen adoptó una clara posición en contra de los reclamos de los estados federados (*Länder*) sobre un origen contractual de la República austriaca, al tiempo que argumentó que el nuevo Estado fue establecido siguiendo la presunción de la soberanía por la Asamblea Nacional Provisional. En consecuencia, también afirmó que el gobierno central podría apelar a la Corte Constitucional contra las normas inconstitucionales promulgadas por los parlamentos locales (*Landtage*), pero no a la inversa.⁵

Tal corte podría representar un baluarte contra los estados federados (*Länder*) y sus reclamos federalistas, que le parecieron a Kelsen fuerzas peligrosas, capaces de poner en riesgo la unidad intrínseca del nuevo Estado. Kelsen permaneció leal a esta interpretación en ensayos posteriores como “Anteproyecto para una Constitución austriaca” (“Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung”), el cual fue publicado en 1920, y donde reafirmó su posición en contra de la naturaleza contractual del Estado austriaco. Al reflexionar sobre la corte constitucional, el enfoque de los “dos Kelsen” se centró, por lo tanto, en el problema de la unidad del Estado y su preservación, más que en cuestiones relacionadas con la democracia y su defensa. Lo más importante es que la contribución de Kelsen a la redacción de la Constitución austriaca no puede desvincularse del debate político concreto, entre los dos partidos principales de aquella época, sobre la cuestión del federalismo.

Sólo después de dos conferencias de los estados federados (*Länder*), que tuvieron lugar en Salzburgo y Linz (1920), y sólo después de una confrontación larga y compleja entre los conservadores y socialistas, no sólo prevaleció la solución federal, sino también, junto a ella, el principio de una reciprocidad total entre el gobierno central y los estados federados (*Länder*) al apelar a la corte constitucional. Kelsen agradeció dicho principio agregando el “proceso *ex officio*” en el texto final de la Constitución que constituyó el “núcleo” de su justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Con esto, Kelsen inventó, literalmente, un modelo concentrado de justicia constitucional a través de una corte *ad hoc*, al margen del “Poder Judicial regular”, que ha influenciado la manera europea, y otras más, de considerar el con-

⁵ Kelsen, Hans, “Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich”, *Zeitschrift für Österreichisches Recht*, núm. 1, 1919-1920, pp. 98-112.

trol de constitucionalidad de las normas, en oposición al sistema americano de revisión judicial.

En otras palabras, Kelsen aceptó el principio de total reciprocidad entre el centro y los estados federados (*Länder*) al recurrir a la corte (y no podría ser de otra forma), pero hizo algo más: el “proceso *ex officio*” estableció la primacía del derecho constitucional sobre las normas del gobierno federal, así como las de los estados federados (*Länder*). Esto significó —como el propio Kelsen argumentó— que

...al solicitar el examen y nulidad de un derecho por inconstitucional, el gobierno federal, y los gobiernos de los estados federados (*Länder*) no están obligados a demostrar que la norma impugnada ha transgredido alguno de sus particulares intereses. Lo que la Federación y los *Länder* hacen valer —a través del control recíproco— es el interés de la constitucionalidad de la norma.⁶

El “proceso *ex officio*” puede ser fácilmente relacionado con su teoría jurídica, que había comenzado a desarrollar en su imponente estudio monográfico sobre los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* [1911]), el cual continuó en “El problema de la soberanía” (“Das Problem der Souveränität” [1920]). El alcance revolucionario de dichas obras es ampliamente conocido: la ruptura con el discurso jurídico-científico alemán tradicional de finales del siglo XIX; *purificó* al Estado al identificarlo con un “orden jurídico” consistente en normas positivas, jerárquicamente ordenadas, que eran jurídicas porque imponían una sanción. Sobre la base de tal jerarquía, la validez de una norma jurídica era puramente “normativa”; esto es, dependía de una norma previa, superior, hasta alcanzar la norma fundamental (*Grundnorm*). En consecuencia, concebir al Estado en términos de un orden jurídico, en el que cada norma jurídica depende de otra superior, implicó que todas las actividades estatales —incluyendo el proceso legislativo central y regional— podría estar sujeto al control jurídico, es decir, al control de la Corte Constitucional en tanto “guardián objetivo de la Constitución”.⁷

Al observar el proceso constituyente austriaco, la contribución de Kelsen en la construcción de la justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)

⁶ Kelsen, Hans, “Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920”, *Zeitschrift für Schweiz Recht*, núm. 52, 1923, pp. 185 y 186.

⁷ Es importante recordar, sin embargo, que el origen de la validez de todo el sistema jurídico consiste en una presuposición, denominada por Kelsen *Grundnorm*. Este principio le permitió evitar fundamentar la última validez del sistema jurídico en el principio de eficacia.

debería ser interpretada bajo la luz de dos elementos clave que he tratado de subrayar. Por una parte, la cuestión del conflicto entre federalismo y centralismo por los partidarios; por otra parte, el desarrollo de su teoría jurídica, que, al teorizar que cada norma jurídica debe estar respaldada por una norma superior, implicó que las normas creadas por el parlamento podrían estar sujetas al control de constitucionalidad para comprobar su constitucionalidad con la Constitución. En ninguno de ambos casos estuvo la justicia constitucional directamente relacionada con la protección del gobierno democrático. Fue, solamente, hacia finales de 1920, hasta que la democracia austriaca estuvo visiblemente bajo presión, cuando Hans Kelsen hizo frente sistemáticamente a la justicia constitucional desde una perspectiva política. Aquí nosotros podemos encontrar al “tercer” Kelsen.

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO UN BALUARTE CONTRA LAS MAYORÍAS LIBERTICIDAS

Desde la promulgación de la primera Constitución democrática austriaca hasta la publicación de “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution” [1928]), Kelsen destacó como pensador político y partidario de la democracia parlamentaria: las dos ediciones de su obra política más icónica, “Esencia y valor de la democracia” (“Vom Wesen und Wert der Demokratie”), datan de 1920 y 1929. Aunque, como se mencionó con anterioridad, en ninguna de sus obras sobre teoría democrática existe una referencia directa y explícita hacia la justicia constitucional, pienso que estos trabajos deberían examinarse en relación con su ensayo de 1928, en el que aborda la justicia constitucional desde la peculiar perspectiva de la “política constitucional”. En algunos aspectos cruciales, los cuales consideraré, las dos ediciones de “Esencia y valor de la democracia” (“Vom Wesen und Wert der Demokratie”) podrían ofrecer una clave interesante para interpretar “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution”) y, por lo tanto, su concepción respecto de la justicia constitucional. Aquí podemos “conocer” al tercer Kelsen. En su ensayo de 1928, afirmó que “...el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría...”⁸

⁸ Kelsen, Hans, “La garantie jurisdictionelle de la Constitution”, *Annuaire de l'Institut de droit publique*, 1928, pp. 136 y 137.

Para comprender a cabalidad las implicaciones de tal afirmación, deberíamos centrar nuestra atención hacia sus trabajos sobre teoría de la democracia. La referencia de Kelsen a la necesidad de proteger a la minoría contra la potencial tiranía de la mayoría representa uno de los conceptos principales en los que se basa su teoría política. Con las dos ediciones de “Esencia y valor de la democracia” (“Vom Wesen und Wert der Demokratie”), Kelsen pretendía identificar la esencia de la democracia como una forma de gobierno y coexistencia social en oposición a los sistemas políticos (“autocracias”) teorizados y promovidos por la extrema derecha y extrema izquierda, encarnados respectivamente, durante la primera mitad del siglo XX, por el fascismo y comunismo. Lo que unía a ambas posturas extremas, de acuerdo con Kelsen, era el mismo desprecio profundo por la dialéctica entre mayoría y minoría que, en cambio, caracterizaba a la democracia parlamentaria. Kelsen defendió la centralidad y corrección de tal dialéctica para la salud y vitalidad de la democracia, a través de una argumentación doble, que se remonta tanto al pensamiento liberal europeo como al democrático. Al mostrar una actitud realista, Kelsen comenzó a reconocer una brecha entre la democracia ideal y real. De acuerdo con aquella —teorizada de manera excelente, en su opinión, por Jean Jacques Rousseau—, ser libre e igual implica obedecer normas que el pueblo se da a sí mismo, lo que corresponde a una forma particular de democracia: la directa. Sin embargo, inspirado por las enseñanzas de Max Weber, Kelsen argumentó que la complejidad de la sociedad moderna era tal, que la coincidencia perfecta entre gobernados y gobernantes era inviable y, con ello, la propia democracia directa. Bajo las consideraciones anteriores, para Kelsen, la clave se hallaba en comprender de qué manera el pueblo puede permanecer libre e igual dentro de un sistema político, basado en la indefectible dicotomía entre gobernantes y gobernados, entre aquellos que redactan las normas y aquellos que las obedecen. La solución esbozada por Kelsen, en franca controversia con los movimientos de extrema derecha y extrema izquierda, fue la democracia indirecta y representativa; considerada como un compromiso entre el principio de libertad e igualdad, por una parte, y el contenido heterónomo de las normas, por la otra.

Al observar a la sociedad como el reino del pluralismo social, ideal y político, Kelsen identificó el camino por el cual tal pluralismo podría ser integrado exitosamente en forma de normas que vinculan a todo el cuerpo social. Provisto con todos los derechos de libertad, el pueblo fue subdividido entre aquellos ciudadanos que se limitan a votar, y aquellos que participan activamente en la política, agrupándose en partidos políticos que representaban a los verdaderos actores políticos de la vida parlamentaria. Encami-

nando sus pasos hacia una dirección que era completamente diferente a la de muchos de sus contemporáneos que criticaron el pluralismo de los partidos políticos en tanto violación a la (supuesta) voluntad unitaria del Estado,⁹ Kelsen consideró dichas asociaciones políticas como una poderosa herramienta de integración, porque creía que hacían que el pueblo se uniera en torno a una opinión y proyectos comunes, lo que le permitía participar, aunque fuera indirectamente, en el proceso legislativo. El siguiente paso para la integración, en opinión de Kelsen, era la formación de una mayoría y una minoría dentro del cuerpo legislativo. Por lo tanto, argumentó que uno de los aspectos más importantes para situar a la democracia en oposición a las autocracias, tanto de extrema derecha como de extrema izquierda, fue la peculiar relación entre la mayoría y la minoría, que era fluida y dinámica, no sólo porque a esta última se le había reconocido el pleno derecho a existir y expresarse políticamente, sino que, también, gracias al proceso electoral, que supone la concesión de derechos políticos, la minoría de hoy podría convertirse en la mayoría de mañana. Es exactamente aquí donde los argumentos de Kelsen a favor de la protección de las minorías revelan su doble naturaleza: liberal y democrática. Por liberalismo me refiero a la tradición europea de pensamiento, de un siglo de duración, que teoriza la centralidad y primacía de la libertad individual, y, con base en ello, la necesidad de establecer mecanismos para crear una forma de gobierno con límites bien definidos. En el contexto de dicha reflexión, el peligro de una mayoría excesivamente fuerte le produjo una preocupación especial: tanto el liberalismo de ayer como el de hoy han visto a la mayoría con sospecha, como una amenaza potencial a la minoría y, por lo tanto, al respeto de los derechos fundamentales. En su obra de 1928, Kelsen parece retomar dicha tradición de pensamiento al identificar a la justicia constitucional como un baluarte contra la “tiranía de la mayoría”. Sin embargo, al tomar en consideración la siguiente cita textual, sus argumentos en favor de la justicia constitucional prueban poseer un matiz más complejo: “Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y, por tanto, en la paz social, la justicia constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea”.¹⁰

Una vez más, en mi opinión, la clave para interpretar correctamente este pasaje se encuentra en su teoría democrática. En todos sus trabajos dedicados al significado y valor de la democracia, las normas, en tanto

⁹ Me refiero a figuras destacadas de la República de Weimar, como Carl Schmitt y Heinrich Triepel.

¹⁰ Kelsen, Hans, “La garantie jurisdictionelle de la constitution...”, *cit.*, pp. 137 y 138.

resultado de un compromiso entre la mayoría y la minoría, fueron identificadas por Kelsen como parte de la esencia de la democracia, no sólo en términos de prevenir la tiranía de la mayoría, sino también en términos de aproximarse, lo más posible, al significado original e ideal de la democracia. Si la brecha entre gobernantes y gobernados jamás podría ser eliminada por completo, podría ser matizada al reducir la carga heterónoma de las normas tanto como fuera posible, de acuerdo con Kelsen, al fortalecer la influencia de la minoría durante la creación del derecho. Bajo la luz de las ideas anteriores, propuso la adopción de un sistema proporcional, el cual podría garantizar ampliamente y articular la representación política, así como permitir a la minoría realmente participar durante el proceso legislativo.¹¹ Aquí, no deseo examinar la plausibilidad o no de estos argumentos en favor de la proporcionalidad; lo que deseo subrayar es que una minoría fuerte, en su opinión, garantiza una aproximación más adecuada al ideal de la democracia.

Por lo tanto, en este caso, Kelsen nos provee con una defensa de la minoría —no de acuerdo con argumentos liberales, sino más bien, con democráticos—. En “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie juridictionnelle de la Constitution”), la justicia constitucional fue representada como extremadamente relevante para preservar el compromiso entre la mayoría y la minoría como parte esencial de la propia democracia. Desde una perspectiva liberal, la justicia constitucional sirve para impedir la tiranía de la mayoría y, desde un punto de vista democrático, impedir la tiranía de la mayoría era esencial para prevenir que las normas fueran un simple dictado de la mayoría y, en consecuencia, para matizar la carga de la heteronomía. En mi opinión, a menos que consideremos seriamente su obra sobre teoría democrática y política, su concepto de justicia constitucional, en términos de “política constitucional”, podría pasar por alto uno de sus aspectos más profundos.

El hecho de que Hans Kelsen haya examinado las así llamadas implicaciones de la justicia constitucional en las postrimerías de 1920 no es un aspecto secundario. Se trató de un periodo caracterizado por la inestabilidad política en Austria y Europa, debido al crecimiento gradual de posturas extremistas y, en general, por una pérdida de confianza hacia la democracia parlamentaria. “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie juridictionnelle de la Constitution”), con la defensa de la justicia constitucional en tanto instrumento para proteger a la minoría y, por lo tanto,

¹¹ Kelsen, Hans, “Vom Wesen und Wert der Demokratie“, en Jestaedt, Matthias & Lepsius, Oliver (eds.), *Verteidigung der Demokratie*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2006, pp. 1-33 y 149-228.

garantizar el funcionamiento de la democracia, podría ser explicada, en parte, como la respuesta de Kelsen a un periodo histórico y político lleno de malos presagios. En mi opinión, fue su ensayo de 1928 el que demostró, cómo para él, en aquella época, posicionarse a favor de la justicia constitucional implicó adoptar una clara postura antiautoritaria. De igual forma, este aspecto reapareció poderosamente, inclusive con mayor resonancia, entre 1930 y 1931, cuando la cuestión sobre “¿quién debería ser el defensor de la Constitución?” se convirtió en el tema central de la popular *querelle* entre Hans Kelsen y Carl Schmitt.

Para Schmitt, la elección democrática del presidente —como se contempló en la Constitución de Weimar de 1919— hizo a esta figura la única capaz de garantizar la unidad política, la cual, para el jurista alemán, estaba completamente encarnada por el mismo pueblo. El problema central era salvaguardar la unidad política al proteger la Constitución. La obra de Schmitt estaba, de hecho, sustentada por una dura crítica hacia el pluralismo, hacia el pluralismo partidista y parlamentarista, no sólo como una fuente de inestabilidad y caos en el contexto de la República de Weimar, sino también como una peligrosa brecha para la unidad política en general. Partiendo de esta premisa, Schmitt arguyó que un grupo de “jueces profesionales e inamovibles” como los de una corte constitucional, diseñada para examinar cuestiones constitucionales, se convertiría inevitablemente en una segunda cámara. Aunque ellos carecían de una legitimación democrática, devenirían en un cuerpo con una “connotación altamente política”; con “funciones de legisladores constitucionales”.¹² Especialmente en contra de esta última acusación, Kelsen efectuó una distinción entre el “legislador negativo y positivo”. Como ya había sido explicado en “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution”), Kelsen reafirmó contra Schmitt que sólo el parlamento podría ser considerado el “legislador positivo”, mientras que la tarea principal de la corte constitucional era controlar la constitucionalidad de una norma tras ser promulgada; además, no le estaba permitido sugerir cambios en términos de contenido. Esto último era una prerrogativa específica del parlamento: ésta fue la razón por la cual Kelsen insistió en la importancia de evitar la inclusión de valores generales y principios como la justicia, la paz, etcétera, en el texto constitucional, porque, de otra forma, los jueces constitucionales podrían realmente convertirse en legisladores enmascarados.¹³

¹² Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1931, pp. 156-158.

¹³ Kelsen, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1931, pp. 36-52.

En mi opinión, el verdadero punto de ruptura entre Schmitt y Kelsen no fue tanto aceptar o rechazar la justicia constitucional, sino la forma definitiva de concebir al pueblo. Para Schmitt, el pueblo era intrínsecamente una unidad, y, como tal, el presidente, esto es, un sujeto igualmente unitario, encarnaba un guardián de la Constitución, que expresaba la voluntad unitaria del pueblo, mientras que para Kelsen, el pueblo era una entidad plural, la cual, por medio de un mecanismo de integración, participaba en el proceso político. De acuerdo con Kelsen, la Constitución, la cual, a diferencia de Schmitt, concebía como el resultado de un compromiso entre las diversas fuerzas políticas, incluía las principales reglas y procesos que permitían que el proceso de integración política tomara forma, permitiendo funcionar, por lo tanto, el diálogo entre la mayoría y la minoría.

Para Kelsen, no había una unidad preexistente que preservar, sino un proceso de integración —a través del mecanismo parlamentario y partidista— que debía llevarse a cabo, y jamás implicó la eliminación del pluralismo social, político e ideal. La querrela entre Kelsen y Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución aparecería, así, como una disputa sobre la forma de concebir el sentido final (y función) de la democracia. En línea con lo que podemos leer en “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (“La garantie jurisdictionelle de la Constitution”), Kelsen consideró a la justicia constitucional como una elección a favor de una democracia liberal y pluralista, basada en la integración social y política.

IV. EXAMEN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE KELSEN: ALGUNAS CUESTIONES Y CONTROVERSIAS A LA LUZ DE SU TEORÍA DEMOCRÁTICA

Hasta aquí, he discutido la justicia constitucional de Kelsen siguiendo, principalmente, dos caminos: por una parte, la he contextualizado y, por la otra, he subrayado la manera en que, sólo hacia las postrimerías de los años veinte, Kelsen trabajó seriamente en el contenido político de la justicia constitucional al identificarla como un instrumento contra la tiranía de la mayoría. Sobre el particular, he argumentado que el alcance político de tal interpretación sobre la justicia constitucional podría ser mejor comprendido al tomar en consideración su teoría democrática. Llegado este punto, en la última sección de mi ensayo desearía tratar de identificar algunas cuestiones y controversias clave que emanan de la teoría sobre la justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) y democracia de Kelsen.

La teoría sobre la justicia constitucional de Kelsen fue un verdadero punto de inflexión en la historia del pensamiento jurídico y político europeo, porque, con ella, el jurista de Austria rompió con el principio jurídico y político, que era la base misma del sistema del Estado de derecho europeo-continental del siglo XIX, de acuerdo con el cual el Estado —asumido como el único sujeto soberano— actuaba con ciertos límites establecidos y garantizados por el derecho. Sin embargo, puesto que el derecho tuvo que ser considerado como la expresión de la soberanía del Estado, éste podía infringir siempre sus límites. El normativismo jurídico de Kelsen, tal como empezó a tomar forma alrededor de los albores del siglo XX, puede ser interpretado, en muchos sentidos, como su intento personal por solucionar la tensión entre poder y derecho, la cual representa el corazón de la tradición europea del Estado de derecho.¹⁴ Tal como se precisó con anterioridad, puesto que cada norma jurídica tiene que ser observada como derivada de otra norma superior, las normas creadas por el parlamento podrían estar sujetas al control de constitucionalidad para comprobar su conformidad con la carta magna. Con su justicia constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) planteó un problema —el de examinar la constitucionalidad de las normas— que devendría crucial en la Europa de la segunda posguerra, así como en otras latitudes.

Sin embargo, su idea sobre la justicia constitucional no era coincidente por completo con la que prevalecería en Europa continental tras la Segunda Guerra Mundial. Tal como se mencionó con anterioridad, Kelsen estuvo siempre, y firmemente, en contra de añadir valores generales, así como principios, al texto constitucional, mientras que una de las tendencias principales de las Constituciones europeas de la posguerra —particularmente la italiana de 1948— fue, precisamente, este llamado a los valores generales, identificados como “restricciones sustanciales” a la actividad del legislador.¹⁵

En este punto de mi razonamiento, tomar en consideración la postura de Kelsen sobre la cuestión de los valores es esencial para comprender mejor la complejidad, así como algunos aspectos controvertidos, de su teoría constitucional y democrática. La teoría jurídica y política de Kelsen estaba, de hecho, basada en el rechazo, claro y total, de la existencia de valores y verdades absolutas. Comenzando por una separación rigurosa entre normas y hechos, cualquier intento —como creía que era típico de las doctrinas sobre el derecho natural— de derivar la validez del derecho positivo de una

¹⁴ Gozzi, Gustavo, “Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History”, en Costa, Pietro & Zolo, Danilo (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Berlín, Springer, 2007, pp. 237-240.

¹⁵ Fioravanti, Maurizio, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 146-148.

norma fundamental, totalmente válida, considerada como “natural”, para él, no era más que un ejercicio “metafísico”. Al rechazar al iusnaturalismo, en nombre de un positivismo jurídico estricto, Kelsen estaba, de hecho, apelando a la esencia “inmanente” del derecho positivo, cuya validez dependía de la forma en que era producido, más que a su correspondencia con algún tipo de principio o valor estimado como inmutable, eterno, universal o absoluto, que al ser considerado como tal era, para Kelsen, “trascendental”.¹⁶

Mutatis mutandis, en mi opinión, Kelsen desarrolló un tipo de razonamiento similar al examinar la política y, de manera más precisa, la democracia. En tanto pensador político, Kelsen creyó que los valores tenían que ser vistos como inmanentes, un producto humano y, como tal, plurales, mutantes, cambiantes. De manera más precisa, la democracia —afirmó Kelsen— era aquella forma particular de gobierno que —a diferencia de la autocracia— reconocía la inmanencia y mutabilidad de los valores y, por lo tanto, su relatividad. En todas sus obras dedicadas a la teoría democrática definió el relativismo como la perspectiva (*Weltanschauung*) propia de la democracia, que parecía ser la más adecuada para soportar filosóficamente los derechos de libertad y, particularmente, la libertad de expresión y prensa, precisamente porque, para él, tal visión coincidió con el rechazo de valores y principios absolutos.

Para Kelsen, aceptar la perspectiva relativista hizo la práctica parlamentaria, caracterizada por la dialéctica entre la mayoría y la minoría, concebible y factible; más aún, la ausencia de valores generales y principios en el texto constitucional evitó que los jueces constitucionales se transformaran en legisladores enmascarados y, por lo tanto, contribuyó a salvaguardar su verdadera tarea, aquella de controlar la observancia de los procesos sustentados en la constitucionalidad, los cuales permiten que el diálogo parlamentario funcione y, por lo tanto, también la democracia. Por su parte, como Kelsen destaca, tanto la autocracia de extrema derecha como de extrema izquierda asumían el absolutismo —esto es, la idea sobre la existencia de valores, principios y verdades absolutas— como su propia visión filosófica que las nutría, inevitablemente, de intolerancia y opresión.

Kelsen relacionó el relativismo a una serie de cualidades y comportamientos positivos, como el respeto por los otros, la tendencia a escuchar las opiniones de los demás y la tolerancia, los cuales son, por lo general, elogiados por la tradición liberal, y que pueden, en su opinión, ser considerados como el “valor” de la democracia. ¿Podríamos, por lo tanto, concluir que

¹⁶ Kelsen, Hans, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Heise, 1928, pp. 40-60.

Hans Kelsen estuvo impulsado por una especie de confianza ingenua en la capacidad del ser humano para conciliar sus propios valores, principios y proyectos? Kelsen era todo, menos un optimista ingenuo. Era, antropológicamente, pesimista respecto a la naturaleza humana; consideró todos aquellos proyectos encaminados hacia la eliminación de toda forma de conflicto, prevaricación y heteronomía, como una mera utopía.¹⁷

La manera en la que políticamente justificó la creación de un mecanismo de justicia constitucional, de hecho, no sólo asumía el ideal liberal de proteger a la minoría, sino también, en mi opinión, la conciencia *realista* de que, dada la complejidad de la política, era necesario proveer a la minoría de un instrumento para protegerse a sí misma. Sin embargo, considero que su posición política y relativista también comprendía una confianza fundamental en la capacidad de las personas para celebrar, racionalmente, compromisos, aperturar el diálogo y comprender el uno al otro. Los actores políticos imaginados por Kelsen eran, fundamentalmente, personas que podrían promover diversos proyectos y valores, que podrían, inclusive, chocar dentro y fuera del cuerpo legislativo, que podrían estar en desacuerdo entre sí, pero que, sin embargo, serían racionalmente capaces de hallar un punto de encuentro. Desde mi punto de vista, su confianza en tal capacidad era la base de su confianza en el relativismo como la mejor perspectiva filosófica para la democracia.

Puedo ver su noble intención por identificar el respeto hacia los demás, así como la tolerancia, en tanto elementos constitutivos de una verdadera democracia; sin embargo, los argumentos en favor del relativismo, para sostenerlos, plantean algunos problemas, que ameritan nuestra atención. En primer lugar, la interrelación que estableció entre el relativismo y la tolerancia, por una parte, y el absolutismo e intolerancia, por la otra, se encuentra lejos de ser autoevidente. Estar convencido de la rectitud de las propias creencias, por ejemplo, las religiosas, no implica necesariamente no respetar las creencias u opiniones de los demás. Por el contrario, una actitud relativista podría potencialmente producir un comportamiento intolerante hacia aquellos que *no* sean relativistas, porque —paradójicamente— la idea de que no existe un principio o verdad absoluta podría convertirse en un “dogma” *per se*. Además, su confianza, precisamente, en la racionalidad humana y relativismo, podrían haberlo conducido a infravalorar una serie de interrogantes cruciales: ¿qué sucede si los valores y principios promovidos dentro y fuera del cuerpo legislativo son demasiado diferentes?, ¿qué sucede

¹⁷ Kelsen, Hans, “The Law as Specific Social Technique”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, núm. 1, 1941, pp. 75-97. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/1597151?seq=1#metadata_info_tab_contents.

si el pluralismo —tan coherentemente defendido por Kelsen como proyecto de toda democracia moderna— se convierte en un rompecabezas de grupos con orientaciones y aspiraciones diferentes, centrados, exclusivamente, en sus propias especificidades e identidades, y que están solamente interesados en reclamar derechos especiales, inclusive en detrimento de otros grupos? ¿Qué sucede si unas minorías, bien organizadas, tratan de atentar contra la mayoría, dentro y fuera del parlamento?

En otras palabras, Kelsen, en tanto pensador político, fue un partidario convencido del diálogo y compromiso en la política, pero lo que parecía infravalorar era que un diálogo respetuoso y fructífero entre diversas ideas y proyectos implica que tal diversidad no sea demasiado extrema. De lo contrario, se corre el riesgo de tener una pluralidad de actores simplemente incapaces de dialogar los unos con los otros y, quizá, inclusive, que no estén interesados en construir cualquier forma de diálogo, simplemente porque, por ejemplo, algunos de ellos podrían interpretar sus propios valores u opiniones como intrínsecamente superiores a las de los otros.

Considero que Hans Kelsen no examinó estas interrogantes como problemas clave quizá porque su principal objetivo político era delinear el significado de la democracia *en contraste* con su opuesto; esto es, con la autocracia, tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda; quizá porque durante los turbulentos años veinte en Europa, su mayor preocupación, en tanto pensador político y demócrata convencido, era argumentar lo que la democracia era y *no podría ser*, sin perder su esencia y valor. Sólo por esta razón, podría particularmente inclinarse a enfatizar las implicaciones positivistas del relativismo y la imposibilidad de ponderar dicha perspectiva filosófica con la absolutista que, para él, por el contrario, encarnaba la autocracia, y nutría aquellas ideologías extremistas, tanto de izquierda como de derecha.

Sin embargo, sería bastante reduccionista deducir que la relevancia de la obra constitucional y democrática de Kelsen yace únicamente en haber sido —y este es, seguramente, un aspecto admirable—, una de las pocas, de los raros ejemplos de las teorías democráticas a favor de la libertad en una época, la de la primera posguerra de Europa, que estuvo, por el contrario, caracterizada por el crecimiento de extremismos antisistema. Si bien es cierto mi aproximación metodológica es la de una historiadora y, como tal, mi principal interés es comprender la contribución de Kelsen a la historia del pensamiento político, considero que hay mucho en su teoría constitucional y democrática que puede ser particularmente interesante para nosotros hoy en día. Por tal motivo, me gustaría centrar mi atención, brevemente, sobre un aspecto de su reflexión, que hoy amerita nuestra atención, en relación

con algunos desafíos actuales que afectan a muchas democracias contemporáneas. Hemos visto cómo Kelsen creía, firmemente, en los méritos del relativismo, y cómo lo identificó con una perspectiva que podría promover el diálogo y el respeto. Más allá de las controversias que dicha idea produce, el diálogo y el respeto fueron considerados por Kelsen como una parte integrante de un proceso articulado que, lejos de destruir al pluralismo, lo completaba e integraba social y políticamente. Si hay una palabra clave que caracteriza la obra de Kelsen, la integración es una de ellas. Para Kelsen, la integración significa la capacidad de encontrar un compromiso entre el pluralismo y la unidad política que supone el proceso legislativo en un verdadero sistema democrático.

Si miramos nuestra realidad actual, estamos experimentando una *Identity of Politics*¹⁸ —particularmente en Europa y Estados Unidos— que en su forma más extrema parece, en muchos sentidos, dividir en lugar de equilibrar e integrar. Bajo esta mirada, el llamado de Kelsen hacia la relevancia de encontrar una verdadera integración social y política podría representar un punto interesante de referencia para responder al esencialismo de la política de identidad con todas sus peligrosas implicaciones, en términos de divisiones y contraposiciones que indefectiblemente implica. Sin embargo, sería igualmente útil examinar, críticamente, su actitud en favor del relativismo, no para reemplazar su creencia en la inmanencia y mutabilidad de los valores con una creencia exactamente opuesta, sino para considerar que, quizá, aun reconociendo la mutabilidad e inmanencia de los valores, el desafío consiste en reflejar la importancia de identificar —usando una expresión de Isaiah Berlin— un “horizonte común”, más allá del cual la mutabilidad de ciertos valores deviene inaceptable si queremos vivir una coexistencia civilizada. En conclusión, en mi opinión, una de las contribuciones más interesantes que la teoría política de Kelsen puede ofrecernos hoy en día es, precisamente, el principio de integración, aunque bajo la mirada de una reorientación crítica de su perspectiva relativista.

¹⁸ *Identity politics*, también llamada comúnmente como la política de la identidad o política basada en la identidad, es una frase que se utiliza ampliamente en las ciencias sociales y humanidades para describir el despliegue de la categoría de la identidad como una herramienta para enmarcar las reivindicaciones políticas, promover ideologías políticas o estimular y orientar la acción política y social.