

NOTA SOBRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN EN LA OBRA DE HANS Kelsen*

Pedro Salazar Ugarte**

I

Como es ampliamente conocido, en la historia de las ideas jurídicas, sólo en el siglo XX apareció un verdadero esquema de control de constitucionalidad de leyes europeo: el Tribunal Constitucional ideado por Hans Kelsen. A diferencia del diseño americano que había comenzado a moldearse desde el siglo precedente, Kelsen, propuso que el control de constitucionalidad quedara concentrado en las manos de un órgano creado específicamente para “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”¹. Es decir: para garantizar que la creación y aplicación de las normas jurídicas se ajustara a lo establecido por la constitución. El razonamiento de Kelsen era, en términos muy generales, el siguiente: a) la creación (legislación) y la aplicación (ejecución) no son funciones estatales coordinadas sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho ya que la constitución establece las reglas que deben observarse durante la producción normativa; b) esta producción también representa un acto de aplicación de la constitución; c) por lo mismo, debemos garantizar la constitucionalidad de las leyes para proteger a la constitución; e) de lo contrario, el legislador, usando sus facultades, podría rebasar persistentemente los límites constitucionales. No obstante, según Kelsen, la libertad del legislador

* Este texto, apenas modificado, forma parte del tercer capítulo de mi libro “La democracia constitucional. Una radiografía teórica” (FCE-UNAM, México, 2006). Debo y agradezco a Rodolfo Vázquez la iniciativa y la generosidad para su publicación en este espacio.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ H. Kelsen, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, (cito de la edición contenida en *Escritos sobre Democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988), p. 109.

“no (estaría) sometida más que a limitaciones relativamente débiles, (porque) su poder de creación es relativamente grande”².

Según Kelsen la constitución debía ser objeto de protecciones porque representaba la estabilidad del estado pero no porque tuviera un contenido normativo particular. De hecho, en principio, la propuesta kelseniana no estaba dirigida a la protección de los derechos fundamentales: la constitución podía perfectamente no contemplar estos derechos y seguir siendo la norma suprema del ordenamiento. El verdadero valor que debía protegerse era la estabilidad constitucional. Kelsen no desconocía (ni objetaba) que algunas constituciones modernas “contienen no solamente reglas sobre los órganos y procedimientos de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales”³ y aceptaba que, en esos casos, la constitución trazaba “límites de contenido a las leyes futuras”⁴, por lo que la inconstitucionalidad podía declararse por razones de contenido. Pero esto no significaba que Kelsen promoviera un control de constitucionalidad ‘material’ como el que se había impuesto en los Estados Unidos. Para Kelsen, toda ‘inconstitucionalidad material’ se reducía a una ‘inconstitucionalidad formal’ porque la constitución podía ser reformada con la finalidad de incorporar el contenido de la ley (que hasta ese momento era inconstitucional) o con la intención de abrogar la norma constitucional en la que se fundaba la inconstitucionalidad. Por este camino cualquier ley (con cualquier contenido) podía ajustarse a la constitución⁵. Como podemos ver, en la teoría kelseniana, la constitucionalidad ‘material’ de una norma depende del contenido contingente de la constitución y no de la existencia de algunos bienes constitucionalmente protegidos por su importancia particular. Los derechos fundamentales existen, si y sólo si, la constitución los establece como tales. Lo mismo vale para los principios constitucionales como la justicia, la libertad, la igualdad, etc.: sólo adquieren significado cuando la constitución los contempla pero, incluso en este caso, “no añaden nada a la realidad efectiva del derecho”⁶. Kelsen no defiende una concepción ‘axiológica de la constitución’ que supondría, entre otras cosas, li-

² Ivi., p. 111.

³ Ivi., p. 115.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. Ivi., p. 116.

⁶ Ivi., p. 142.

mitaciones materiales al poder de reforma constitucional⁷. Ciertamente el Tribunal Constitucional es una autoridad suprema, facultada para anular las normas que entran en contradicción (formal y/o material) con la constitución, pero los contenidos constitucionales no son inmodificables. El Tribunal es necesario porque de otra forma sería imposible garantizar la supremacía de la constitución: “sería una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional”⁸. Sólo el Tribunal puede garantizar la vigencia de la constitución independientemente de la voluntad y de las características del órgano que produce las leyes.

El propio Kelsen se da cuenta de que sus argumentos se topan con las objeciones que, en su momento, enfrentó la lógica del juez americano Marshall: a) los peligros que el control de constitucionalidad podría suponer para la división de poderes; b) una preocupación democrática que impugnaba la legitimidad de los límites impuestos por la constitución (y por los intérpretes) a la voluntad del legislador democrático. Para sortear la primera objeción, Kelsen argumentó que el Tribunal Constitucional no pertenece al poder judicial por lo que, al menos en su teoría, se trataba de un esquema sustancialmente distinto del americano. Según su razonamiento, el órgano de control constitucional realiza una función legislativa en sentido negativo: “anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por lo tanto, una función legislativa”⁹. De esta forma, al ejercer una función legislativa, el Tribunal Constitucional es un órgano del Poder Legislativo que no contradice la separación de poderes. Además los poderes de este ‘legislador negativo’ se encuentran estrictamente limitados por la propia constitución. No olvidemos que para Kelsen la constitución es solamente un instrumento técnico. Para responder a la segunda objeción, Kelsen ar-

⁷ La concepción axiológica de la ‘constitución’ parte de la premisa de que el documento constitucional tiene, en sí mismo, un “valor positivo y normativo”. Se trata de una concepción fuertemente vinculada con el ideal del constitucionalismo en su versión contemporánea: el valor obligatorio de la constitución reposa en la convicción del predominio axiológico de los derechos individuales sobre el estado. Cfr. P. Comanducci, *Assaggi di metaética due*, Giappichelli, Torino, 1986.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ivi.*, p. 130.

gumenta que el control de constitucionalidad no afecta a la democracia porque, en realidad, es una condición para el desarrollo de la misma. Su tesis es que la constitución constituye un instrumento para proteger a las minorías políticas: éstas cuentan con la facultad de impugnar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por la mayoría. Por lo mismo, con sus propias palabras: “la justicia constitucional se presenta –en última instancia– como una garantía de paz política en el interior del estado”¹⁰.

Pero ¿en dónde queda el principio democrático de autonomía política que se expresa en las decisiones de la mayoría parlamentaria?; ¿qué sucede en los casos en los que una ley (posteriormente declarada) inconstitucional haya sido aprobada por una amplísima mayoría de los representantes populares?; ¿acaso –como nos diría Thomas Hobbes– el órgano que tiene la última palabra no es el verdadero ‘soberano’? Estas y muchas otras preguntas quedan fundamentalmente sin respuesta en la teoría kelseniana. Aunque ello no implica que, al menos en el fondo, dichas preocupaciones no estuvieran presentes en sus reflexiones: los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad –nos advierte– “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”¹¹ ¿Por qué motivo? La respuesta la ofrece el propio Kelsen: porque “podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios) como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”¹². Por este camino la postura de la mayoría de los jueces podría contradecir a la de la mayoría de los representantes y el Tribunal Constitucional se convertiría en el legislador positivo. Por ello, Kelsen recomienda categóricamente “abstenerse de todo este tipo de fraseología”¹³ controvertida en las constituciones. De lo contrario está en peligro la certeza del derecho y también la democracia.

¹⁰ *Ivi.*, p. 155.

¹¹ *Ivi.*, p. 142.

¹² *Ivi.*, p. 142-143.

¹³ *Ibidem.*

II

Estas premisas sobre la justicia constitucional sirven para explicar algunas tensiones y aporías en la teoría de Hans Kelsen cuando observamos su obra desde el mirador de sus escritos sobre la democracia. Así como la Constitución de la República de Weimar puede ser considerada el primer ejemplo histórico de una democracia constitucional, la obra de Kelsen puede asumirse como la primera teoría que se ocupó de los dos sistemas que integran al modelo, el constitucionalismo y la democracia, en su versión contemporánea. Sin embargo, Kelsen, estudió al estado constitucional y a la democracia política por separado y, en un cierto sentido, de forma independiente. De hecho, mientras la teoría general del derecho kelseniana es netamente descriptiva y pretende valer para cualquier ordenamiento; la teoría de la democracia resulta ser prescriptiva y sumamente exigente. Kelsen, no escribió una teoría de la democracia constitucional sino dos teorías paralelas que, al ponerse en contacto, evidencian muchos de los problemas teóricos que aquejan a esta complicada forma de gobierno. En las palabras de Anna Pintore, el jurista austriaco no “afrontó expresa y sistemáticamente el problema de conciliar los dos polos en perenne tensión al interior de este modelo: la soberanía popular y la constitución, la democracia y los derechos, la autonomía pública y la autonomía privada”¹⁴. Para comprobar esta afirmación procederé a recuperar algunas tesis generales de su teoría constitucional y democrática y, en último apartado, a ponerlas en contraste.

La “teoría pura del derecho” kelseniana –caracterizada, entre otras ideas, por su concepción del estado como ordenamiento jurídico, por la representación del mismo como una estructura de normas jerárquicamente organizada, por su distinción entre ordenamientos dinámicos y nomodinámicos, por la idea del poder estatal como poder jurídico– marcó un parteaguas en la historia del pensamiento jurídico del siglo XX. Me limito a recuperar algunas tesis estrictamente necesarias para evidenciar las tensiones entre esta concepción del ordenamiento constitucional y la teoría kelseniana de la democracia¹⁵. Como ya hemos

¹⁴ A. Pintore, “Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico” en *Sociologia del Diritto*, 2, 1999. Cfr. También de esta misma autora A. Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

¹⁵ Cfr., principalmente, H. Kelsen, *Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945; H. Kelsen, *Il problema della Sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989; H. Kelsen, *Pure Theory of Law*,

advertido, para Kelsen, los procedimientos de creación normativa son fundamentales: la validez de las normas jurídicas depende de la forma en la que fueron creadas y no de su contenido. Kelsen concibe al estado como un ordenamiento jurídico centralizado (el derecho es el fundamento del poder y no viceversa) que tienen su última fuente de validez en una norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) que no es una norma ‘puesta’ sino ‘presupuesta’. Más allá de los múltiples debates académicos que ha generado esta idea kelseniana, lo cierto es que la *Grundnorm* otorga validez a la constitución que, a su vez, contiene las normas que regulan la producción jurídica. Por lo mismo, la constitución es la norma positiva suprema del ordenamiento, cuya validez no depende (al menos no necesariamente) de un poder constituyente (más o menos democrático) sino de una norma ‘hipotética’ y cuya función esencial es autorizar a los órganos estatales para producir las demás normas del ordenamiento. Conviene, de nueva cuenta, subrayarlo: la función primordial de la constitución kelseniana no es la protección de los derechos fundamentales sino regular la creación de normas jurídicas (que pueden tener cualquier contenido) y que son necesarias para garantizar el orden y la paz sociales. En una frase: el ‘estado de derecho’ kelseniano es un estado regulado por el derecho y no un estado vinculado por los derechos. En este contexto, la función de los órganos legislativos, judiciales (e, incluso, ejecutivos) facultados para producir e interpretar las normas jurídicas es total: son ellos quienes determinan el contenido de las normas.

Todas estas tesis que recogen el núcleo de la teoría jurídica kelseniana no son fácilmente compatibles con su concepción democrática. También en este caso me limito a recoger algunas ideas elementales. El punto de partida de las reflexiones kelsenianas sobre la democracia es el relativismo filosófico: en el plano del conocimiento las verdades éticas y científicas siempre serán relativas. Con sus palabras: “El antagonismo entre absolutismo y relativismo filosófico (...) es análogo al antagonismo entre autocracia y democracia que representan respectiva-

Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1978; H. Kelsen, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 1997; H. Kelsen, “What is Justice?: justice, law and politics in the mirror of science”, en *Collected essays by H. Kelsen*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1957. Sobre la obra jurídica de Kelsen se sugiere consultar, L. Gianformaggio (editor), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Torino, 1990.

mente al absolutismo y al relativismo políticos”¹⁶. La dicotomía democracia/autocracia es una clave para entender la teoría kelseniana: la democracia es el mecanismo para adoptar decisiones de una colectividad que reconoce a la laicidad –entendida como el diálogo entre individuos y grupos recíprocamente tolerantes– como el valor supremo, mientras que la autocracia es la forma de gobierno que corresponde a una colectividad que se reconoce en un conjunto de principios dogmáticamente aceptados; la democracia se basa en la participación de los individuos en el procedimiento de producción legislativa, la autocracia, en cambio, se funda en su exclusión; la democracia se funde con el principio de autonomía y la autocracia con el principio de heteronomía. De hecho, me atrevo a sostener que, cuando nos habla de la democracia, Kelsen es un autor ‘rousseauiano’. Por ejemplo, ante el enfrentamiento entre la libertad negativa y la libertad positiva no duda en inclinarse por la segunda: “la “libertad del individuo (...) se revela irrealizable y termina en un segundo plano; mientras que la libertad de la colectividad la remplacea en el primero”¹⁷. Kelsen no desconoce que la democracia moderna necesita del liberalismo político pero, en el plano teórico, reconoce que “incluso si la extensión de poder del estado sobre el individuo fuera ilimitada y con ello la libertad individual completamente aniquilada (...) la democracia seguiría siendo posible (siempre que dicho poder fuera creado por lo individuos que se someten al mismo)”¹⁸.

Como podemos observar la concepción de la democracia kelseniana reivindica el valor de la autonomía política hasta su máxima extensión posible. Sin embargo, él mismo reconoce que la autodeterminación extrema es incompatible con el ordenamiento social: si todos nos gobernamos a capricho el destino del grupo social sería la anarquía. Por ello acepta que la libertad política se limite mediante la regla de mayoría y el principio de representación. El principio mayoritario permite una empresa difícil: limitar la autodeterminación individual pero asegurando el mayor grado de libertad política posible. Pero, como ha advertido Norberto Bobbio¹⁹, para Kelsen, la regla de mayoría no es un simple instrumento técnico: “es una síntesis de las ideas de libertad y de

¹⁶ H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 195.

¹⁷ *Ivi.*, p. 53.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ N. Bobbio, “La regla de mayoría: límites y aporías” en Fernández Santillán (comp) *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 254-277.

igualdad”²⁰. La dialéctica mayoría/minoría es fundamental en la teoría de la democracia kelseniana y debe superarse mediante un ‘compromiso’ que permita “colocar en un segundo plano lo que (separa ambos grupos) en favor de lo que los une”²¹. También la representación política es inevitable y constituye una limitación de la autodeterminación política de los ciudadanos. Para atenuar este mal necesario e inevitable, Kelsen, se inclina abiertamente por un modelo de democracia parlamentario y proporcional que permite la máxima expresión posible de la autonomía política de los ciudadanos. El reto está en aumentar las condiciones para que el peso de cada votante sea el mismo: a cada cabeza un voto y a cada voto un peso igual²². Tanto el principio de mayoría como la representación política se fundan en reglas jurídicas pero esto no es suficiente para acomodar satisfactoriamente las piezas de su concepción del ordenamiento jurídico con su teoría de la democracia. Veamos.

En la teoría del derecho kelseniana, la constitución democrática solo es una de las constituciones posibles. Y está lejos de ser la menos problemática. La teoría del ordenamiento jurídico no presupone ni favorece una idea política en particular, ni un determinado conjunto de valores: el estado jurídico en cuanto tal no es ni un estado liberal ni un estado democrático. De hecho, como he adelantado, siguiendo las tesis de la teoría pura del derecho, la constitución puede recoger legítimamente cualquier contenido y los mecanismos destinados a protegerla (particularmente el Tribunal Constitucional) buscan proteger el orden y la paz social pero no (salvo cuando la constitución lo establece expresamente) garantizar ciertas libertades individuales. No sólo. En el caso de las constituciones que incorporan derechos fundamentales sabemos que éstos constituyen una condición de legitimidad constitucional pero no implican limitaciones sustanciales a la facultad del poder de reforma constitucional: los derechos no son un “núcleo inmodificable”. Hasta este punto el relativismo axiológico de Kelsen concuerda perfectamente con su concepción del ordenamiento jurídico ya que su

²⁰ Cfr. H. Kelsen, *La democrazia*, cit., p. 101.

²¹ Ivi. pp. 104-105. Kelsen es explícito al sostener que el compromiso es inevitable porque, de lo contrario, tarde o temprano la minoría se rebelaría contra la dictadura de la mayoría.

²² Cfr. *Theory of Law and State* (en la versión italiana, *Teoria generale dello stato e del diritto*, pp. 209-302), cit.

idea de constitución no representa un mecanismo orientado (al menos no necesariamente) hacia la garantía de los derechos fundamentales.

Pero los problemas aparecen cuando invertimos la perspectiva y observamos el ordenamiento desde la lupa de la democracia. Ciertamente para Kelsen la democracia está estrechamente emparentada con el relativismo axiológico pero él mismo nos dice que “si la democracia es sobre todo una *forma* de estado o de gobierno, debemos tener presente que el antagonismo entre forma y sustancia o entre forma y contenido es solamente relativo y que una misma cosa puede parecer forma desde un punto de vista y contenido o sustancia desde otro”²³. Kelsen parece referirse únicamente al ‘contenido’ de las reglas de procedimiento y no al ‘contenido sustancial’ de las normas que son producidas a través de las mismas: a los principios que permiten que la democracia sea posible. Pero estos principios, según su propia teoría, no son meros procedimientos sino valores con un contenido preciso: las libertades naturales, la tolerancia, los derechos de las minorías, etc. Como lo advierte Garzón Valdés: “el punto de partida de la defensa que Kelsen hace del parlamentarismo es la aceptación de dos valores fundamentales: la libertad y la igualdad”²⁴. Valores que, como hemos visto, también reposan detrás de su concepción de la regla de mayoría. Por este camino el relativismo axiológico se topa con sus propias limitaciones: “el relativismo filosófico exige una restricción de la libertad a través de una ley bajo la cual todos los sujetos sean iguales”²⁵.

Son muchos los autores, como Mauro Barberis, Albert Calsamiglia, Elías Díaz y el propio Garzón Valdés, que coinciden en que el relativismo ético de Kelsen no es absoluto sino relativo²⁶. La democracia kelseniana es posible cuando el relativismo ético es relativo porque debe existir “una base de valores comunes o, al menos un *overlapping consensus*, para que la discusión y la votación tengan sentido”²⁷. De hecho, si observamos con atención tenemos que la inclinación hacia la democracia –aunque sea ‘formal’– como la forma de gobierno más deseable, pone en crisis la actitud relativista y axiológicamente neutral

²³ H. Kelsen, *La democracia*, cit., p. 198.

²⁴ E. Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 636.

²⁵ H. Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, cit., p. 117.

²⁶ Cfr. Ivi., p. 13; E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1980 y, sobre todo, la “Introducción” de Mauro Barberis al volumen de Kelsen, *La democracia*, que hemos citado y que me sirvió de pauta para esta reflexión.

²⁷ M. Barberis, “Introducción”, cit., p. 33.

que el propio Kelsen presumía abrazar. Se trata de una elección ideológica que está necesariamente ligada a un conjunto de valores civiles y políticos que corresponde al núcleo de derechos fundamentales que hacen posible a la democracia. El problema es que, regresando a su teoría pura del derecho, tenemos que Kelsen no nos ofrece mecanismos para garantizar estos contenidos mínimos que ‘relativizan’ su ‘relativismo’ y que permiten el desarrollo de los procedimientos democráticos. Si la constitución puede reformarse sin limitaciones materiales y el propio Kelsen sugiere que no debemos no constitucionalizar principios morales ‘ambiguos’: ¿Cómo podemos garantizar la vigencia permanente de las libertades naturales, de la tolerancia, de los derechos de las minorías, etcétera?

Conviene insistir: la constitución kelseniana (independientemente de si es o no una constitución democrática) carece de un ‘núcleo inmodificable’. Siguiendo los procedimientos de creación normativa constitucionales sería perfectamente legítimo crear normas que nieguen los principios que dan sustento a la democracia formal. En breve: Kelsen, no puede ‘blindar’ las libertades y los derechos que constituyen las precondiciones de la democracia. Para colmo, tampoco la democracia es una garantía frente a sí misma. El propio Kelsen nos dice que los principios –de mayoría y de representación– que limitan a la democracia son meramente formales y, aunque sostuvo que la democracia no puede separarse del liberalismo, también afirmó que se podría seguir hablando de democracia incluso cuando las libertades individuales fueran completamente aniquiladas²⁸. La contradicción es notable y no encuentra respuesta en la obra kelseniana. Esto (al menos en parte) puede explicarse porque el autor no analizó con detenimiento la tensión que atraviesa a los tipos de libertad (negativa y positiva) y debe superarse para que la democracia constitucional sea posible. Al presuponer que la autodeterminación es la mejor garantía de las libertades, Kelsen pasa por alto un problema relevante: la tensión que existe entre los derechos fundamentales (entendidos como límites a las decisiones colectivas) y el principio de autogobierno que él mismo reconoce como fundamento de la democracia. ¿Si los dos únicos límites al principio de autogobierno –la representación y la regla de mayoría– son formales, cómo podemos proteger a los derechos fundamentales? Lo que sucede es que, como bien ha advertido Pintore, Kelsen, descuida el polo de la tensión

²⁸ Cfr. A. Pintore, “Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico”, cit.

que inclina el modelo democrático constitucional hacia los derechos fundamentales. Su problema radica en que, por un lado no está dispuesto a reconocer límites materiales a las decisiones legalmente adoptadas pero, por el otro, incluso en los márgenes de su teoría, la democracia constitucional no es posible sin garantizar (algunos) derechos fundamentales. Kelsen recurre a una puerta falsa: apostar por la práctica del ‘compromiso político’ que, aunque nos pueda parecer deseable, sólo desde la ingenuidad constituye una garantía efectiva de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional tampoco nos resuelve el problema. De hecho, Kelsen sólo analiza superficialmente dos problemas fundamentales: a) la garantía de los derechos a cargo de este tribunal; b) las dificultades que esta garantía acarrearía para la teoría democrática. La ausencia de una reflexión a fondo del segundo problema es consecuencia de las deficiencias con las que aborda el primero: si los derechos no constituyen un ‘núcleo inmodificable’ que debe ser garantizado por el Tribunal Constitucional, no emerge el peligro de un enfrentamiento directo entre el legislador positivo y el tribunal. Además, según su teoría, se supone que la actuación de este último está rigurosamente limitada por la constitución. Pero el problema existe e implícitamente Kelsen lo reconoce cuando advierte el peligro que puede conllevar la constitucionalización de principios abstractos referidos a valores. Su temor ya ha sido destacado: la ambigüedad y vaguedad de las normas de principio puede degenerar en un poder excesivo en manos de los jueces y por ello es deseable una constitución de ‘detalle’. De ahí que la respuesta que da Kelsen a la objeción democrática que cuestiona la legitimidad de la justicia constitucional sea insatisfactoria: su idea del legislador negativo no soluciona el problema real de la transferencia de poder desde las manos de los legisladores democráticos hasta los jueces constitucionales. La sola propuesta de que las minorías recurran a la justicia constitucional para impugnar las decisiones mayoritarias acarrea un enorme poder en las manos de los jueces: no sólo son los custodios de la constitución sino también los árbitros del proceso político. Ello a pesar de su dudosa legitimidad democrática²⁹.

Recepción: 17/08/2006

Aceptación: 7/02/2008

²⁹ El propio Kelsen enfrentó este problema y propuso mecanismos especiales para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional en los que el Parlamento tendría una participación activa.