

LA DEMOCRACIA NEGATIVA ¹

Manuel ESCAMILLA CASTILLO
Universidad de Granada (España).

RESUMEN

La función creadora del juez, especialmente la del juez constitucional, plantea el problema de su legitimidad en el presente contexto de hegemonía indiscutida de la legitimación democrática del derecho. El examen de la última formulación de este democraticismo, la de J. Habermas, manifiesta que la democracia, como toda forma de gobierno, tiene que ser limitada si no quiere ser despótica. En realidad, el contenido de la democracia en nuestro tiempo es fundamentalmente limitativo, por lo que se propone la denominación de “democracia negativa” como expresiva de esa circunstancia. Pero el concepto de “imperio de la ley” es, entonces, una fuente mejor de limitación para la judicatura, y para el Estado en su conjunto, si lo que se pretende es la libertad.

SUMMARY

The creative function of the judge, specially the constitutional one, raises the question of its legitimacy in the present context of an undisputed dominance of democratic legitimacy of law. The examination of the latest formulation of this democraticism, that of J. Habermas, shows how democracy, like every other form of government, has to be limited so as not to be despotic. Actually, the meaning of democracy nowadays is basically a constraining one; for this reason, the name of “negative democracy” is proposed, being expressive of that circumstance. But, then, the concept of “rule of law” is a better source of limits for the judiciary, and for the State altogether, if freedom is what is aimed at.

El derecho es un hecho, algo que se da en la vida en sociedad. Pero esa facticidad no agota su naturaleza; pertenece igualmente a la esencia del derecho, o a su concepto —por no parecer más metafísico de lo imprescindible—, su pretensión de validez, de no ser un hecho azaroso. Esta dualidad óptico-deóntica del derecho es una fuente inmemorial y caudalosa de problemas teóricos. Por ejemplo,

1. El presente artículo fue escrito como una réplica al del profesor J. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La legitimidad del juez constitucional”, que se publica en este mismo número de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. “La democracia negativa” se preparó como una ponencia para el III Congreso Internacional de la Sociedad Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, que se celebró en la Universidad de Barcelona en octubre del 2001, donde se expuso una primera versión. El trabajo ha sido financiado por el Proyecto de Investigación BFF2000-0508-C05-05, del Programa Nacional de Promoción General del Conocimiento, del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

el tener que ser el derecho como debe ser hace que, a su propósito, haya que abordar su justificación, sin que nos valga limitarnos a constatar su existencia y diseccionar su anatomía.

La legitimidad, entonces (o la justificación del derecho, en términos generales), no es un mero accesorio útil del derecho, sino muy al contrario, algo que lo caracteriza de un modo *sine qua non*. Un planteamiento clásico de esta cuestión es el que hizo Hans Kelsen el siglo pasado. Retomaba Kelsen un planteamiento hecho mucho antes por San Agustín: ¿Qué diferencia hay entre la norma jurídica y la orden de un ladrón de caminos?² Podemos decir: ¿Qué diferencia hay entre un funcionario de prisiones y un terrorista que comete un secuestro? La diferencia, para San Agustín estaba clara; el derecho es justo, mientras que las órdenes de los bandoleros no lo son. Para él, la justicia estaba conectada, a su vez, con cuestiones teológicas. Kelsen rechazó ese planteamiento por vacío; hay tantas concepciones distintas (y opuestas entre sí) que con decir que el derecho debe ser justo, para distinguirse de la orden del bandolero, no hemos avanzado nada. Para Kelsen, la diferencia está en que la norma jurídica establece un deber, mientras que la mera orden sólo obliga fácticamente: alcanza sólo hasta allí donde alcanza la navaja que el salteador esgrime en respaldo de su exigencia. El comportamiento del carcelero es ajustado a derecho, es legal, porque actúa en cumplimiento de un deber jurídico, mientras que el terrorista no tiene ningún deber jurídico de anular la libertad de una persona; muy al contrario, tiene el deber de no anular esa libertad en modo alguno.

Al derecho le restituye Kelsen, de este modo, su dimensión deóntica de la que había sido privado por el positivismo jurídico naturalista, heredero de la crítica anti-metafísica, anti-iusnaturalista y anti-contractualista, de David Hume; positivismo cuyo primero y más genial expositor fue Jeremy Bentham. Como buen kantiano, Kelsen intenta sobrepasar la crítica de ese primer positivismo reintroduciendo una dimensión deóntica que no pudiera ser tachada de metafísica; al menos, de metafísica al viejo estilo. La teoría del derecho puede ya dar cuenta, a partir de Kelsen, de esa dualidad existencial —esencial— del derecho, que lo hace ser, a la vez, ser y deber, hecho y norma. El último examen solvente de esa dualidad lo ha hecho Jürgen Habermas en un libro —*Facticidad y Validez*— que da cuenta de ella desde el propio título.

El derecho, entonces, para ser, necesita deberse y ser debido. Sólo es derecho aquel que es como debe ser. Ahora bien, cómo deba ser el derecho es algo que admite muchas respuestas. Kelsen desestimó, como hemos visto, una respuesta a partir de la justicia, para ceñirse a una respuesta en cierto modo genealógica, de legitimidad. El derecho es como debe ser si tiene un cierto origen. La genealogía del derecho puede ser establecida científico-normativamente (y entonces tiene que

2. H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. VERNENGO, México, 1991 (1960), pp. 57 y ss. En los textos que se citan en el presente artículo, la traducción es mía cuando no se indica otra cosa.

limitarse a ser formal) o políticamente, y entonces podemos enfangarnos concienzudamente. Enfanguémonos pues.

En nuestro tiempo y lugar, la única genealogía admitida para considerar legítimo al derecho es la democrática. La clásica pregunta sobre por qué debo obedecer a otro que es mi igual sólo admite aquí y ahora una respuesta que, con la voluntad general rousseauiana como basamento, remita a la auto-obediencia del ciudadano en la democracia. El democratismo es, en nuestros días, tan radical que ha sobrepasado las exigencias de Bentham, el gran demócrata radical.

La indiscutida legitimación democrática del derecho presenta, sin embargo, un grave inconveniente, y es que, por la técnica peculiar del derecho, son necesarios para su existencia dos tipos de autoridades, que deben intervenir en dos momentos distintos: el legislador y el intérprete. Pues bien, la legitimación democrática sólo cubre de una manera directa al legislador, mientras que el intérprete sólo queda cubierto de un modo indirecto, derivado. Mientras que aquél viene caracterizado siempre como un político (y se le exige una fuerte legitimación democrática, de la que sale beneficiado), el intérprete suele aparecer como un mero técnico que se limita a cumplir órdenes y para quien la legitimación democrática es suficiente con que le llegue de un modo derivado de la que alcanza al legislador, como actor principal a cuyo servicio se encuentra.

Este planteamiento dualista del proceso de conformación del derecho y de las autoridades envueltas en él proviene de muy antiguo, verosímelmente de la primera complejización de las sociedades políticas primitivas, cuando la persona de los primeros caudillos empezó a no ser suficiente para atender a todas las resoluciones que, en número creciente, empezaron a esperarse de ellos y los cortesanos fueron tomando decisiones obligatorias, pero no ya en nombre propio (o con base en el propio poder), sino vicariamente, en nombre y por el poder que el caudillo les confería.

Ciertamente, la teorización de este dualismo que quedará como canónica es la que hizo Montesquieu, al tratar de la división de poderes. Para él, ese dualismo es garantía de libertad, en efecto, porque elimina la arbitrariedad que existiría de coincidir juicio y legislación, además de evitar la concentración de poder opresora que se daría de estar unidos el ejecutivo y el judicial³. La característica fundamental del poder judicial en Montesquieu es la genial paradoja (una más de las que nos descubre el autor francés) de que es un poder nulo, la antítesis de un poder⁴.

Pero me parece que se ve más claramente la razón de esta dualidad de momentos y de autoridades implicados y exigidos por la técnica de ejercicio del poder político que es el derecho en un autor algo anterior a Montesquieu y que ejerció

3. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Madrid, 1985 (1748), p. 107.

4. Me ocupo con más amplitud de este tema crucial en M. ESCAMILLA, "¿Deben pensar los juristas?", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, 4, 2001, pp. 401-5.

una influencia tan importante como él. Me refiero a John Locke. Es bien sabido que Locke no hace una defensa de la división de poderes tan clara como Montesquieu (vista con nuestro punto de vista, con el punto de vista de quienes vivimos en sistemas políticos contruidos siguiendo sus planteamientos). Locke habla sólo del poder legislativo y del ejecutivo, además del poder “federativo”, que no importa a nuestra argumentación. Pues bien, a pesar de no referirse a la judicatura como un poder del mismo rango que los otros dos, en las veces en que aparece mencionada en su obra importante sobre este tema, el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*⁵, queda manifiesta su importancia lógica, a pesar de su intrascendencia aparente. Es imprescindible una judicatura independiente si se quiere estar gobernado por la ley y no por los hombres:

“(…) El *Legislativo*, o Autoridad Suprema, no puede asumir para sí mismo el poder de Gobernar mediante Decretos Arbitrarios y extemporáneos, sino que *está obligado a dispensar Justicia* y a decidir los Derechos de los Súbditos *mediante Leyes permanentes y promulgadas, y Jueces Autorizados y conocidos*”⁶.

“(…) *Leyes permanentes* y establecidas, promulgadas y conocidas por la Gente, y no mediante Decretos Extemporáneos; mediante *Jueces rectos e indiferentes* que tengan que decidir las Controversias mediante aquellas Leyes (...)”⁷.

“El Poder Legislativo es aquel que tiene derecho a indicar cómo ha de emplearse la Fuerza de la República para preservar la Comunidad y sus Miembros. (...). Y como puede ser una tentación demasiado grande para la flaqueza humana, propensa a agarrarse al Poder, que las mismas Personas que tienen el Poder de hacer Leyes tengan también el poder de ejecutarlas (...) el Poder Legislativo se pone en manos de diversas Personas (...) que, cuando las han hecho (las leyes), (...) quedan ellas mismas sujetas a las Leyes que han hecho”⁸.

En realidad, es tan importante para Locke la existencia de un juez imparcial que en esa circunstancia cifra la propia diferencia entre el estado de civilidad y el de naturaleza, entre el imperio de ley y el despotismo de la voluntad del más fuerte⁹. A esto hay que añadir que cuando estamos ante una de las Monarquías Absolutas, ante un déspota que hace las leyes, las ejecuta y juzga los pleitos que surjan a su propósito, no piensa Locke que nos encontremos en una situación preferible a la del estado de naturaleza; más bien todo lo contrario:

5. J. LOCKE, *Two Treatises of Government: In the Former, the False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and his Followers, are detected and overthrown. The Latter is an Essay concerning the True Original, Extent and End of Civil Government*, London, 1690. Manejo la edición de Peter LASLETT, Cambridge U.P., 1991 (1960).

6. J. LOCKE, *Two Treatises*, II, 136 (p. 358).

7. J. LOCKE, *Two Treatises*, II, 131 (p. 353).

8. J. LOCKE, *Two Treatises*, II, 143 (p. 364).

9. J. LOCKE, *Two Treatises*, II, 89 (p. 325).

“Como si los Hombres, cuando, abandonando el Estado de Naturaleza, entraran en Sociedad, acordaran que todos ellos menos uno, habrían de quedar bajo la constricción de las Leyes, pero que éste debería conservar toda la Libertad del Estado de Naturaleza, incrementada con el Poder y convertida en licenciosa por la Impunidad. Esto sería como para pensar que los Hombres son tan atolondrados como para cuidarse de evitar los perjuicios que pudieran ocasionarles las *Mofetas*, o los *Zorros*, pero estuvieran contentos, si no es que lo consideran una Garantía, de ser devorados por los *Leones*”¹⁰.

En nuestros días, cuando ya conocemos la historia completa cuyos grandes hilos argumentales estaban diseñando Locke, Montesquieu o los fisiócratas, podemos resumir esta historia de la civilidad que ellos se esforzaron por esclarecer (y orientar): En el principio fueron los derechos. No es que defienda la existencia histórica de un estado de naturaleza con derechos pero, si nos planteamos la cuestión de la legitimidad del derecho, del fundamento de la obediencia que le debemos (en la medida en que se la debemos), pensar en unos derechos individuales como si fueran previos a la existencia del derecho y el estado tiene mucho sentido. Si el derecho vale por los derechos de la gente, sólo merece la pena hablar de aquél cuando lo hagamos cabalmente. Debe estar formado por normas permanentes y fijas y, para que esto ocurra, el juicio casuístico debe estar encomendado a autoridades distintas a aquellas que tienen la misión de promulgar las normas generales. Sólo merece la pena hablar de derecho (de derechos) en un régimen político de división de poderes. Allí donde no hay división de poderes (o cuando todavía no la hubo) sólo puede hablarse de derecho como de un fenómeno incompleto o por aparecer.

A su vez, sólo merece la pena hablar de división de poderes allí donde el poder político casuístico sigue una lógica distinta al poder político general, donde la judicatura obedece a una lógica distinta a la de la legislatura. En lo que tienen que distinguirse ambas lógicas es en su discreción para decidir. La misión de la legislatura es ponderar y seleccionar intereses y fines, y arbitrar medios para satisfacerlos, lo que se traduce en derechos y sus garantías. En cambio, la judicatura tiene que limitarse a establecer el significado de la voluntad legislativa para un caso particular; no tiene que hacer prevalecer su propia voluntad, sino una voluntad ajena, la del legislador. Para eso, está obligada a convertirse en un autómata silogístico, en un servidor y no en un amo. La misión de la judicatura se dice, entonces, que es meramente técnica, en contraposición a la misión abiertamente política de la legislatura. Y esto sigue siendo el caso cuando la judicatura es una judicatura constitucional que debe hacer prevalecer la voluntad del legislador constitucional cuando se discute que haya sido respetada por el legislador ordinario.

La legislatura, por su parte, cuando ve que su voluntad tiene que ser declarada por otros en los casos particulares controvertidos, si no quiere ser despótica y no ser una alternativa preferible al estado de naturaleza, encuentra que su voluntad se

10. J. LOCKE, *Two Treatises*, II, 93 (p. 328).

objetiva, es un monstruo de Frankenstein que cobra vida propia. Ya no es la voluntad de la legislatura, del legislador, sino la voluntad de la ley o, vale decir, la voluntad de un legislador abstracto, impersonal; de alguien de quien sólo se puede hablar personificándolo, si se hace de un modo alegórico.

Esta manera mecanicista de concebir el trabajo del juez no es propia únicamente de los sistemas jurídicos continentales, sino también del *common law*¹¹, ya que, como hemos visto, obedece a exigencias de lo que podríamos llamar el concepto de derecho; o a exigencias del derecho en general y no de este o aquel derecho en particular.

Precisamente, en la decisión por equidad del sistema del *common law* tenemos la base del caos judicial que exasperó a Jeremy Bentham cuando, siendo un joven estudiante de derecho en el Queen's College de Oxford, se enfrentó a la obra de su máximo expositor del momento, William Blackstone. El caos se debía más que probablemente a la muy deficiente publicidad de los procedimientos judiciales de la época¹², y que no encontraba en el caso del *common law* el lenitivo que suponía, a efectos de certeza, la centralización legislativa inherente a los sistemas continentales. Esa exasperación que sintió Bentham lo condujo a formular la versión más depurada y minuciosa que se ha conocido del cientificismo naturalista en el terreno político-jurídico. En su teoría, el sometimiento del intérprete, la anulación del juez, necesaria para que quien impere sea la ley (ley y voluntad del legislador son la misma cosa para el fundador del utilitarismo jurídico) se intenta conseguir mediante la cientifización del proceso legislativo, mediante la conversión del legislador en científico. Ese legislador habría de desarrollar su legislación toda con perfecta coherencia a partir de una única meta, de un único objetivo político (la mayor felicidad del mayor número), que tendría que perseguir con una constancia inmovible; además, todo su programa legislativo tendría que ser desenvuelto como

11. Véase el agudo análisis que ofrece de esto ADAM SMITH en sus *Lecciones de Jurisprudencia* (Curso 1762-3, trad. de M. ESCAMILLA y J. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Granada, 1995, pp. 321 y ss.).

12. "En la Judicatura, donde no hay publicidad, no hay justicia: ninguna garantía tolerablemente adecuada para dar la ejecución y el efecto debidos a las leyes, cualesquiera que puedan ser. Que la justicia haya sido el objeto, allí donde las puertas de un Judicatorio se hayan mantenido cerradas regularmente, no es posible. El objeto de ese arreglo ha sido el sacrificio del interés universal de todos los hombres, en su carácter de justiciables, al interés particular y siniestro, bien del juez, bien del déspota cuyo instrumento es, o de ambos a la vez. La Judicatura tiene como únicos fines propios y correctos estos: fin principal y positivo, dar ejecución y efecto a las leyes, cualesquiera que éstas puedan ser; fines colaterales y negativos, la evitación de todo retraso y de todo gasto innecesarios, y de cualquier otra forma de vejación: todo retraso innecesario es una injusticia mientras dura." (J. BENTHAM: *Observations by an Englishman on a Passage in Raffanel's Histoire des Evénements de la Grèce*, Paris, 1822: Chez Dondey-Dupré Imp. Lib., Éditeurs, P. 429 etc., en *Securities against Misrule and other Constitutional Writings for Tripoli and Greece, Collected Works*, ed. P. SCHOFIELD, Oxford, 1990 (1823), p. 252).

Con independencia de la evolución que hayan tenido las cosas en el Reino Unido, la observación me parece que sigue siendo válida para España, entre otros países, donde el secretismo judicial sigue alcanzando niveles graves en nuestros días.

expresión de una lógica deductiva, a partir de aquel primer principio, tan rigurosamente aplicada que no permitiera detectar ninguna contradicción o salto argumentativo:

“El legislador, quizás un soldado iletrado, quizás un sacerdote de mentalidad cerrada, quizás una multitud fragmentada, inmanejable, heterogénea, inconexa; la judicatura, un cuerpo permanente, compacto, experimentado, compuesto por individuos conectados, que participan de los mismos afectos y persiguen los mismos objetivos. Y, de este modo, surgió gradualmente otra rama del derecho consuetudinario que, echando raíces en la substancia del derecho legislado, la infectó con su propia y característica obscuridad, incerteza y confusión.”

“Para los desórdenes que proceden de la falta de un plan, un plan regular puede acabar, es de esperar, por proveer, por lo menos, un paliativo poderoso y con el tiempo, es de esperar, un remedio completo y efectivo. (...) puede que un día llegue a darse a las metas del legislador un grado tal de exhaustividad y regularidad que haga innecesaria la licencia de una interpretación liberal o discrecional por parte del juez”¹³.

En la medida en que se tratara de un legislador capaz de prever todas las exigencias de la vida social presente y futura, la necesidad de esa licencia judicial se extinguiría. Este legislador científico tendría que complementarse por un intérprete-aplicador del derecho también científico. En la teoría de Bentham, eso significa ceñirse a una lógica deductiva, puramente mecánica, que permita concretar el significado para el caso real, complejo, de la abstracción contenida en la ley:

“En un sistema construido de este modo sobre este plan, uno no necesita más que abrir el libro para quedar informado de qué aspecto contenido en la ley conduce a cualquier acto imaginable que pueda ocurrir dentro de la esfera posible de la acción humana; qué acto es su deber realizar en pro de uno mismo, de su vecino o del público; qué actos tiene derecho a hacer, qué otros actos tiene derecho a que otros los realicen en provecho de él mismo; cualquier cosa que deba, bien que temer, bien que esperar de la ley. (...) diseñado bien en acto, mediante las órdenes dictadas que contiene, bien en potencia, mediante los poderes que confiere (...)”

“En un mapa de la ley ejecutado sobre este plan no hay *terrae incognitae*, no hay espacios vacíos; ni lo más mínimo se omite, nada queda sin proveerse; la vasta y, hasta el presente, informe extensión de la jurisprudencia queda coleccionada y condensada en una esfera compacta que la vista puede atravesar en un momento en todas las direcciones imaginables.”

“Tales son los frutos de un método planeado bajo los auspicios del principio de utilidad”¹⁴.

* * *

13. J. BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. H. L. A. HART, *Collected Works*, London, 1970 (1782), XIX, 6, p. 240.

14. J. BENTHAM, *Of Laws in General*, XIX, 11, p. 246.

Montesquieu había esbozado un programa de cientificación del derecho que culmina, del modo que acabamos de ver, con la propuesta benthamiana, y que supone la distinción en la vida del derecho de un momento político y otro momento técnico¹⁵. El momento político queda en las manos exclusivas del legislador, cuya actividad recibe la plena legitimación democrática si se siguen las propuestas del radicalismo benthamiano (que incluye la plena vigencia del principio democrático junto con la institucionalización plenamente articulada del Tribunal de la Opinión Pública). El momento técnico, a diferencia del anterior, es el de la actuación del intérprete científico al que, al haberse anulado a sí mismo, convirtiéndose en máquina del derecho (un derecho que es sinónimo a la ley) le basta una legitimidad también técnica, sin que, en consecuencia, haya que plantearse su posible legitimación democrática, o más ampliamente política, más que en un sentido derivado.

Se ha señalado que esta división del trabajo jurídico y su exigencia paralela de certeza jurídica son requerimientos del sistema capitalista¹⁶. Y algunos elementos implícitos en esta idea serán importantes para la tesis que luego defenderé, por lo que conviene que los destaque ahora. Lo principal es que lo que hay en juego es ni más ni menos que el capitalismo; es decir, la libertad y la democracia. Un elemento importante del régimen de libertad fue la división del trabajo, ya que fue uno de los factores que permitieron el aumento de producción con el que se pudo escapar del agobio de la lucha por la subsistencia. Esa división del trabajo, que en el terreno de la producción de bienes económicos permitió ahorrar y que se pudieran adelantar salarios, trabajar para el futuro, en lugar de estar pendientes exclusivamente de la atención de las necesidades perentoriamente despóticas del presente, cuando lo trasladamos al terreno político sigue siendo también un elemento emancipador. En segundo lugar, el automatismo a que queda reducido en el régimen liberal el intérprete del derecho, como consecuencia de la asunción en el terreno político del principio de la división del trabajo, es germen y abono de libertad porque produce

15. “Hay o, más bien, debería haber una *lógica* de la *voluntad*, al igual que la del *conocimiento*; las operaciones de la primera de estas facultades no son, ni menos susceptibles de ser diseñadas mediante reglas, ni menos merecedoras de serlo que las de la última. De estas dos ramas de ese arte recóndito, Aristóteles sólo vio la última (...). Y, sin embargo, en la medida en que se pueda asignar una diferencia entre ramas tan íntimamente conectadas (...) en punto a su importancia, es a favor de la *lógica* de la *voluntad*. (...).”

De esta *lógica* de la *voluntad*, la ciencia del *derecho*, considerada con respecto a su *forma*, es la rama más considerable (...).”

(J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J. H. BURNS y H. L. A. HART, *Collected Works*, University of London, 1970 (1789), p. 8).

16. Una interesante discusión sobre si esto es así o no puede encontrarse en M. WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*, ed. J. WINCKELMANN, trad. de MEDINA ECHAVARRÍA, ROURA PARELLA, GARCÍA MÁYNEZ, IMAZ y FERRATER MORA, F.C.E., México, 1964 (1922), I, pp. 648 ss. En realidad, no acaba de quedar claro si, para Weber, lo requerido por el capitalismo es la certeza inmovible del juez-máquina o la visión del proceso interpretativo de la Escuela del Derecho Libre, que defiende exactamente lo opuesto.

funcionamientos calculables, algo que es imprescindible para la implantación de la racionalidad económica.

Trataremos de todo esto más adelante. Ahora tenemos que ocuparnos de un incidente importante surgido en esta historia del automatismo judicial que venimos considerando. Y es que enseguida se cayó en la cuenta de que este automatismo era imposible. La propuesta benthamiana era impracticable. Las formas y problemas de la vida social presentan innúmeras facetas y variaciones que nadie puede tener en mente cumplida y acabadamente; y, por otro lado, un despliegue con el rigor lógico requerido por aquel legislador omnisciente que es necesario para que pueda darse el juez-máquina (teniendo en cuenta, además, que tiene que operar a partir de un solo principio) exigiría, no ya una mente omnipotente (imaginable si pensamos un legislador con un gran número de ayudantes o con un buen dispositivo informático que lo refuerce), sino una mente única y con una meta social incommovible. Requiere un dictador autosuficiente e inmutable o, lo que es mucho más improbable, una sociedad unánime, estática y lógico-racionalmente coherente. Pero todos esos no son atributos de lo humano, sino de lo divino y, aunque la cuestión ha sido ampliamente debatida por los teólogos durante mucho tiempo, no parece que la divinidad necesite auto-regularse jurídicamente:

“Originalmente, es innegable que Federico II tuvo el propósito de que el Código fuera sumamente sencillo, popular y al mismo tiempo materialmente completo, de manera que el cometido del juez pudiera consistir en una especie de aplicación mecánica. De acuerdo con esto, prohibió sin más toda interpretación, y quería que, cuando las leyes fueran insuficientes o inciertas, se consultara en cada caso al poder legislativo. Todavía en el proyecto del Código está propiamente prohibida la interpretación del juez, y todo es remitido a la comisión legislativa, incluyendo los casos singulares. En el Código es ya completamente distinto, pues éste quiere que el juez tenga en cuenta el fundamento de la ley, pero sobre todo que, en cada caso para el cual no encuentre ninguna ley, decida con arreglo a los principios generales del Código y según las leyes para casos análogos. (...). Como consecuencia de esto, la situación del juez es evidentemente distinta de cómo pareció imaginarla Federico II, reconociéndose al magistrado un carácter más científico y menos mecánico”¹⁷.

El legislador no es, ni puede ser, Dios. Por consiguiente, la ley, en su formulación general, no puede tener respuesta acabada a todos los conflictos sociales. De todos modos, tampoco sería bueno que tuviera esa respuesta omnimoda, caso de que fuera posible: en una sociedad gobernada por Dios no puede haber lugar para la iniciativa de los humanos, que tendríamos que limitarnos a estar todo el día sobre una nube tocando una lira, con independencia de que nos guste su sonido, de

17. F. C. VON SAVIGNY, *De la Vocación de nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho*, en THIBAUT Y SAVIGNY, *La Codificación. Una Controversia Programática basada en sus Obras*, ed. J. STERN, trad. J. DÍAZ, Madrid, 1970 (1814), pp. 113-4.

nuestro propio virtuosismo o de que pudiéramos preferir, como es un buen aviso para el caso de los vinos blancos y para la amistad, un ambiente más seco.

El carácter científico del derecho, en esta versión empírico-logicista tan propia del primer positivismo, no puede quedar confinado al momento de su creación, sino que debe ampliarse al de la aplicación. El juez es también un científico del derecho, y no un mero practicante del “arte del derecho”, como lo había conceptualizado Bentham. Pero las mismas razones que hicieron imposible el sueño del juez-automata, harían poco verosímil esta científicidad ampliada, tomada con todo su rigor.

Éste es, justamente, el planteamiento del que partió Hans Kelsen, a quien tenemos que volver una y otra vez. Los jueces, los intérpretes del derecho no son ni meros técnicos que descubren mecánicamente la voluntad del legislador en la ley, ni científicos logicistas que desvelan todas las implicaciones de la ley como dato empírico del derecho. En la ley sólo podemos encontrar una voluntad formulada genéricamente y que no ofrece a los jueces más que un marco, dentro del cual cabe una pluralidad de decisiones. El juez, al aplicar el derecho, selecciona una de las posibilidades normativas que había dejado abiertas el legislador, realiza un acto de voluntad, no un acto de conocimiento, un acto político de la misma naturaleza que el que realiza el legislador cuando decide sancionar una de las infinitas leyes posibles (como el escritor de la biblioteca borgiana decide, de entre todas las obras literarias posibles, escribir *El Quijote*). Se cierra así el ciclo del científicismo naturalista en la teoría del derecho y se abre el del científicismo normativista, como manera de salvar la posibilidad de una aproximación científica a un derecho que se entiende, a la vez, como ser y deber.

Ahora bien, considerada la cuestión desde el punto de vista de este normativismo, la separación de poderes se difumina notablemente. Kelsen llega, de hecho, a negar su existencia aún en los regímenes políticos que afirman tenerla como principio fundamental. En efecto, dado que, normativamente, no se puede distinguir entre pura creación y pura aplicación, en todos los poderes de los estados modernos encontramos que se dan ambos fenómenos; el ejecutivo aplica las normas del parlamento, pero también crea normas generales (decretos, reglamentos, decretos-leyes) y juzga (potestad sancionadora de la administración, revisión jurisdiccional de actos administrativos a cargo de tribunales administrativos); el legislativo, aunque menos típicamente, también realiza funciones ejecutivas y judiciales (nombra-mientos de autoridades, comisiones de investigación); el judicial, finalmente, legisla cuando establece precedentes vinculantes y cuando, que es lo que constituye el objeto central de la presente intervención, tiene atribuido el control de la legislación, sobre todo en el nivel constitucional. Los jueces son también legisladores, aunque sean sólo legisladores negativos:

“La anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo.”

“(…) La posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por otro órgano, constituye una notable restricción al poder del primero. Esta

posibilidad significa que, al lado del positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del parlamento por el pueblo. En esta hipótesis, casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo. La pugna puede aminorarse, si se establece que los miembros del tribunal constitucional deberán ser electos por el parlamento”¹⁸.

Esta caracterización del juez como legislador negativo, cuando realiza su función de control de la legalidad de las leyes (o de existencia de ellas, de validez, en la terminología kelseniana) coincide llamativamente con la que hizo Bentham, lo que pone de manifiesto, bien que Kelsen leyó a fondo a Bentham, bien, lo que es más probable, que las conclusiones a que conducía el común enfoque rigurosamente analítico prevalecieron en ambos sobre las diferencias en sus diferentes raíces metodológicas humeano-kantianas:

“33. En el calor del debate, quizás algunos llegarían a decir de esta disposición que suponía transferir de golpe la autoridad suprema del poder legislativo al judicial. Pero esto sería llegar demasiado lejos en la dirección opuesta. Hay una gran diferencia entre una parte *positiva* y otra *negativa* en la legislación. Hay una gran diferencia, a su vez, entre una negativa sobre la base de *razones* que se aducen, y una negativa sin ninguna razón. El poder de *revocar* una ley, incluso por razones que se aducen, es un gran poder; demasiado grande para los jueces ciertamente; pero, aún así, sigue siendo distinguible, y muy inferior, del de *hacer una*”¹⁹.

* * *

Volvamos al *Facticidad y Validez* de Habermas. Nos vamos a centrar en su análisis de la actuación del Tribunal Constitucional. Nos ocupamos, con eso, de una cuestión que había venido atareando a la teoría jurídica desde el inicio de la democracia en Estados Unidos, la primera democracia moderna en establecerse. Por las peculiaridades de la Constitución de los Estados Unidos, se plantea la cuestión de la legitimación del Tribunal Supremo, como intérprete de la Constitución (el Tribunal Supremo de los Estados Unidos cumple, entre otras, las funciones de lo que nosotros llamamos un tribunal constitucional). ¿En virtud de qué poder, con qué legitimidad un tribunal, compuesto por magistrados nombrados, no elegidos por procedimientos democráticos directos, puede enmendar la plana a los legis-

18. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y el Estado*, trad. E. GARCÍA MÁYNEZ, México, 1979 (1944), p. 318.

19. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, en *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, *Collected Works*, ed. J. H. BURNS y H. L. A. HART, University of London, 1977 (1776), p. 488.

ladores o al ejecutivo, que sí tienen ese origen democrático directo, y que lo tienen en un grado sumo, como se corresponde con el país que probablemente tiene el sistema político más democrático de cuantos han existido?²⁰

Las discusiones teóricas sobre esta cuestión han sido numerosas en los Estados Unidos y en el resto del mundo occidental, a medida que otros países han ido adoptando sistemas democráticos inspirados más o menos directamente en el modelo norteamericano. No puedo ocuparme aquí de la historia de esos debates que es muy compleja (recuérdese tan sólo la polémica mantenida entre el propio Hans Kelsen y Carl Schmitt), así que me voy a referir sólo a la posición de Habermas, como la última y más depurada respuesta a la pregunta que acabo de plantear.

Para Habermas, el problema de la legitimación democrática del Tribunal Constitucional se incardina en una visión de la Constitución como destinada a garantizar los presupuestos y los procedimientos que permiten la vigencia de la soberanía popular en la sociedad. El control judicial de constitucionalidad —o, en general, el control judicial de legalidad, puesto que las consideraciones de Habermas a este respecto son extrapolables al problema más general que nos viene ocupando de la legitimación de la intervención judicial—, ese control está justificado (debe justificarse) si hay razones que lo vinculen a la plena vigencia del principio democrático; si es un instrumento para hacer valer la voluntad del pueblo en el modelo ideal habermasiano de democracia deliberativa:

“(...) el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una *política deliberativa*, que son las que fundan legitimidad. Esta política deliberativa está ligada a su vez a los exigentes presupuestos comunicativos que han de caracterizar a espacios de discusión política que no tienen por qué

20. “Puede ser algo sin importancia decir que los tribunales, con el pretexto de que les repugna, pueden substituir las intenciones constitucionales de la legislatura por su propio gusto. Esto es algo que puede ocurrir también en el caso de dos leyes contradictorias; o puede ocurrir también en cualquier fallo a propósito de cualquier ley singular. Los tribunales deben declarar el sentido del derecho; y si se sintieran dispuestos a ejercer la VOLUNTAD en lugar del JUICIO, la consecuencia sería igualmente la sustitución del gusto del cuerpo legislativo por el suyo propio.”

(Publius —A. HAMILTON—, “Number LXXVIII”, en Publius —J. MADISON, A. HAMILTON y J. JAY—, *The Federalist Papers*, London, 1987 (1788), p. 440).

No es poco curiosa la interpretación que llega a hacer Habermas de esta postura de los primeros republicanos: “El Tribunal no puede atribuirse frente al legislador el papel de un crítico ideológico; pues está expuesto a la misma sospecha de ideología y no puede pretender estar ocupando un lugar neutral fuera del proceso político. Pero no deja de ser interesante que el republicanism, como quizá hubiese cabido esperar de su inspiración demócrata radical, no se convierta en abogado del *judicial self-restraint*. Antes aboga por un activismo del Tribunal Constitucional porque la jurisdicción constitucional tendría por fin compensar el gradiente que se produce entre el ideal republicano y la realidad constitucional.”

(J. HABERMAS, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. JIMÉNEZ REDONDO, Valladolid, 1998 (1992 y 1994), p. 351).

coincidir con (...) los órganos parlamentarios, sino que abarcan también tanto el espacio de la opinión pública política, como el contexto cultural de éste y su base social”²¹.

El principal problema al que se enfrenta Habermas es el de conjugar su planteamiento fuertemente democrático (de un modelo representativo de democracia) con la tendencia a la hipertrofia estatal de la Alemania contemporánea, fruto del secular estatismo germánico o, mejor, de su corporativismo estatista y de las orientaciones socializantes que han dominado, en sus diferentes versiones, el siglo XX europeo. ¿Qué significado puede tener el gobierno por y para el pueblo en un contexto de tan numerosas y tan corpulentas mediaciones institucionales, en un medio tan escasamente liberal?

“En los escritos políticos de Hannah Arendt puede verse muy bien esta dirección de choque de la argumentación republicana: contra el privatismo ciudadano de una población despolitizada y contra el autosuministro de legitimación por parte de partidos políticos estatalizados, el espacio de la opinión pública habría de ser revitalizado hasta el punto de que una ciudadanía regenerada pudiese volver a hacer suyo, en las formas de una autoadministración descentralizada, el poder estatal burocráticamente autonomizado. Sólo así se convertirá la sociedad en totalidad política”²².

La propia teoría de Habermas, su propuesta “descriptivo-normativa” viene presentada abiertamente como anti-liberal, para lo que reformula en términos procedimentales del discurso político democrático las más importantes conclusiones de la “lectura comunitarista del republicanismo”.

“La justificación de la existencia del Estado no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la garantía que ofrece de un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad, en el que sujetos iguales y libres se entienden acerca de qué objetivos y normas son en interés común de todos. Con ello al ciudadano republicano se le exige más que la orientación por su propio interés. (...) el republicanismo (...) concede a la integridad del individuo y de sus libertades subjetivas el mismo peso que a la integridad de

21. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 348. Aclarando este último concepto de “base social”, añade Habermas que “Los impulsos, los temas y contribuciones, los problemas y propuestas relevantes provienen más bien de los márgenes que del centro establecido del espectro de la opinión.” Pero no mucho más lejos muestra una preocupación por el alcance de otras minorías que hace pensar que tiene una actitud bifronte ante la influencia de las minorías; las minorías marginales son vanguardias que impulsan el avance de la opinión pública, mientras que las minorías “centrales” son rémoras insolidarias: “Pero en EEUU, desde la famosa discusión entre federalistas y antifederalistas, el problema propiamente dicho se considera ser el influjo que ejercen grupos de intereses que logran imponer sus objetivos privados sobre el aparato estatal a costa de los intereses generales.” (*Ibidem*, p. 349).

22. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 373.

la comunidad (...) liga la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y protege así la conexión interna que se da entre la práctica de autodeterminación del pueblo y la dominación impersonal de las leyes. (...) El derecho a voto (...) se convierte en paradigma de los derechos en general”²³.

El republicanismo, tal como lo presenta Habermas, es una apelación a la “libertad de los antiguos”²⁴ frente a la libertad liberal, a la libertad moderna. Asume, entonces, la autonomía colectivista de la polis, el sentido pre-moderno, no individualista (no empírico) de la libertad. Se alinea así con el aspecto más colectivista de Rousseau (quizás más aceptable hoy día que el Marx que es una de sus posibles conclusiones) y con una interpretación reduccionista de Kant. Reduccionista porque el sentido del derecho en Kant, como medio insustituible e imprescindible para cohesionar las libertades individuales, la posibilidad de hacer, queda elevado casi a la categoría de fin en sí mismo por la afirmación habermasiana de la preeminencia de las libertades “públicas” sobre las “privadas” y por la insistencia, a estas alturas, en el planteamiento de la oposición entre libertad-igualdad real y libertad-igualdad formal. La autonomía kantiana queda reducida entonces a autonomía política, cuando ésta no era más que la manifestación jurídicamente relevante de la auténtica meta kantiana, la autonomía a secas, la libertad sin estancos (pública, privada), a cuyo servicio estaría la república kantiana, como forma de gobierno auto-restringida, y no la democracia que, para Kant, era, por definición, despótica, antirrepublicana:

“(...) la constitución es o *republicana* o *despótica*. El *republicanismo* es el principio político de la separación del poder ejecutivo (gobierno) del legislativo; el despotismo es el principio de la ejecución arbitraria por el Estado de leyes que él mismo se ha dado, con lo que la voluntad pública es manejada por el gobernante como su voluntad particular.— De las tres formas de Estado, la democracia es, en el sentido propio de la palabra, necesariamente un *despotismo*, porque funda un poder ejecutivo donde todos deciden sobre y, en todo caso, también contra *uno* (quien, por tanto, no da su consentimiento), con lo que todos, sin ser todos, deciden; esto es una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad”²⁵.

La argumentación de Habermas parece corresponder a una posición innovadora en la construcción de modelos de comprensión del estado y el derecho pero, si se la examina con un poco de cuidado, se puede comprobar que obedece a planteamientos que han alcanzado ya una cierta solera. Lo que está diciendo Habermas es, en realidad, que la igualdad formal no ya es que sea insuficiente, es que es

23. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pp. 344-5.

24. La inspiración alegada es Aristóteles y no Platón. Platón tardará en poder volver a ser presentado en sociedad tras la crítica de Karl Popper, además de que la teleología aristotélica es más apta como base de iusnaturalismos débiles. *Vid.* J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 160.

25. I. KANT, *La paz perpetua*, trad. J. ABELLÁN, Madrid, 1985 (1795), pp. 18-19.

enmascaradora de la realidad de opresión y, como tal, impide su cambio y ayuda a su consolidación y reproducción. En la teoría de Habermas, lo que tenemos es un planteamiento intervencionista; algo que ya no es nuevo, sino bien conocido. El detalle de su propuesta nos lleva, de la presunta insuficiencia de los derechos liberales, a los derechos sociales y, de éstos, a su mediación por la democraticidad del discurso, que requiere, con un efecto de retroalimentación, de una intervención estatal que haga real la formalidad de la libertad-igualdad comunicativa:

“El sustrato social para la realización del sistema de los derechos no lo constituye ni las fuerzas de una sociedad de mercado que opere de forma espontánea, ni tampoco las medidas de un Estado social que opere de forma intencional, sino las corrientes de comunicación y los influjos de tipo publicístico que surgen de la sociedad civil y del espacio público-político y que a través de procedimientos democráticos se transforman en poder comunicativo. El esmerado cultivo y ciudadosa protección de espacios públicos autónomos, una ampliada participación de los ciudadanos, la domesticación del poder de los medios de comunicación y la función de mediación de partidos políticos no estatalizados habrán de desempeñar en esa transformación un papel central”²⁶.

Es decir, si se dejara libre a la gente, sólo con una ley con la única preocupación de velar por esa libertad, sin establecer discriminaciones perjudiciales (lo que se ha llamado siempre igualdad formal, o igualdad ante la ley), no habría verdadera democracia porque no todos tendrían la oportunidad de hacerse oír al existir una desigualdad material, real. Lo que deberían hacer los tribunales, entonces, es coger el serrucho y el bisturí, las lañas, las agujas y el hilo, y cortar a éste, añadir a aquél; un peroné más corto aquí, una tibia más larga allá; un poco menos de grasa en la sotabarba de éste, un poco más de fluido acelerador de conexiones neuronales en el hemisferio izquierdo de ése... Los jueces lograrían ser los prácticos, los artesanos que, guiados por el saber de los científicos del derecho y la política, enmiendan la plana moral a la tiranía conjunta de la naturaleza y el azar.

Superada de este modo la falaz igualdad, estaremos en condiciones de instaurar la auténtica democracia de los iguales remendados, de los realmente iguales. Pero, como ya advirtiera el clásico, esa suprema igualdad sólo es posible mediante el supremo despotismo de quien enmiende la plana a la naturaleza y al azar; quien anule al esfuerzo y al ingenio sólo puede hacerlo colocándose a sí mismo —y a los muy numerosos ayudantes que le impone la complejidad social— muy por encima de los demás. Sólo es posible instaurar la igualdad real instaurando una nueva desigualdad, más injusta y onerosa que la anterior por deliberada: la desigualdad entre la élite, la vanguardia igualadora, y la masa por ahorrar. Todos habrán sido hechos iguales, pero habrán resultado unos más iguales que otros.

Naturalmente, la propuesta de Habermas no se presenta con la misma crudeza de un intervencionista en sentido fuerte. Para nuestro autor, “Mientras que el legis-

26. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 528.

lador, en la persecución de sus políticas, interpreta y desarrolla derechos, la *Justicia* sólo puede movilizar las razones que le vienen previamente dadas con el “derecho y la ley”, con el fin de llegar a decisiones coherentes en los casos particulares”²⁷. Ésta es la razón por la que establece cautelas adicionales en la zona de acción de los tribunales en la que inevitablemente roza el papel del legislador:

“En la medida que las leyes han menester de una concretización (sic) por la que quedan desarrolladas, y ello en un grado tal que la Justicia pese a todas las cautelas ha de tomar decisiones en esa zona gris entre la producción legislativa y la aplicación del derecho, los discursos jurídicos de aplicación han de complementarse de forma clara y reconocible con elementos tomados de los discursos de fundamentación. Estos elementos de una formación cuasi legisladora de la opinión y de la voluntad necesitan, empero, de una legitimación distinta. Esa carga legitimatoria adicional podría quedar satisfecha obligando institucionalmente a la Justicia a dar justificaciones ante un foro ampliado de críticos de ella”²⁸.

Resumamos las tesis habermasianas: Primero, una legitimación de las verdaderas, una legitimación democrática; el único que tiene una de este tipo es el poder legislativo y sólo a él corresponde la fijación del contenido de las normas jurídicas. Segundo, la democracia requiere, para ser efectiva, de unos presupuestos procesales, los más importantes de los cuales se refieren a las condiciones de formación de la opinión pública como base de la formación democrática de la voluntad política. Tercero, el Tribunal Constitucional y, por extensión la judicatura, los intérpretes de la voluntad de aquel legislador legitimado democráticamente, tienen que circunscribirse a velar por el cumplimiento de esta voluntad ajena y sólo pueden contrariarla aparentemente, para obligarla a ser ella misma y no otra, para obligar al respeto de los procedimientos que hacen que la soberanía popular impere realmente (no como mera formalidad), aunque esto último, si se lleva a sus plenas consecuencias, exija un considerable campo para la acción. Cuarto, la judicatura tiene estas limitaciones porque no es depositaria ella misma de la soberanía popular, porque sólo está legitimada democráticamente de un modo indirecto, justo hasta el punto en que se circunscriba a su papel técnico, de realizadora de actos de conocimiento, no de voluntad, de ejecutora de una voluntad política ajena.

* * *

Estamos otra vez en el punto de partida, dos siglos y medio después de Montesquieu. Parece que fuera prudente intentar un camino distinto, a ver si por ahí se encontrara una salida. Habrá que comenzar por aquel mismo punto de parti-

27. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 525.

28. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 525.

da, por la democracia como forma de legitimación del derecho. Montesquieu no estaba particularmente entusiasmado con ella. Su forma de gobierno preferida era, en realidad la monarquía moderada, conforme con el modelo idealizado de la monarquía inglesa de su tiempo del que partió, ya que le parecía el mejor servidor de la libertad. Porque era la libertad la que preocupaba por encima de todo a Montesquieu, no la democracia. En realidad, él no tenía ni mayor ni menor interés en que el pueblo, el monarca o una aristocracia de sangre, de partidos políticos o de cualquier otro tipo gobernara. Le daba igual quién gobernara; lo que a él le interesaba era bajo qué forma de gobierno se podía ser más libre. Probablemente hemos errado el camino porque en la reflexión jurídico-política de los últimos siglos hemos estado más preocupados con establecer quién debía gobernar que en establecer cómo se debía gobernar.

Y, además, si nos tomamos en serio los conceptos, no tenemos, ni siquiera en este rincón más humano del mundo al que hemos dado en llamar Occidente, democracia. Quiero decir que en nuestros países no es el pueblo quien gobierna realmente. El pueblo, como actor político, no pasa de ser una alegoría. A poco que seamos nominalistas, se nos difuminan enormemente los perfiles de ese pueblo que tan nítido aparece a ojos universalistas. Pero es que, además, las mediaciones presentes en nuestras democracias representativas, en las que las burocracias de los partidos políticos muestran rasgos tan acusados de aristocracias burocráticas y en las que los acusados presidencialismos, con sus poderes ejecutivos tan distanciados de los parlamentos, evidencian unos rasgos tan monárquicos; estas mediaciones de la actual democracia representativa hacen que tengamos que pensar la democracia más bien como un concepto negativo que como uno positivo, que tengamos que hablar, más que de la democracia a secas, de una democracia negativa.

Las insoslayables exigencias democráticas de nuestras sociedades no son, en realidad exigencias de que efectivamente gobierne el pueblo, sino más bien prohibiciones de que gobiernen otros que no sean el pueblo. Prohibiciones de que el gobierno sea un asunto de un círculo de sabios o de sacerdotes, prohibiciones de que un grupo reducido de militares de mayor o menor graduación gobiernen con la punta de la espada, prohibiciones de que el gobernante sea un iluminado, ya sea que enarbole los Evangelios, el Libro Rojo o las Obras Completas de Sabino Arana en verso; prohibiciones de que una familia sea la gobernadora de un país, aunque en sus armarios almacene más esqueletos y en sus arcas más caudales rapiñados que el resto de la nación.

Naturalmente, vivir en un país democrático con este alcance negativo de la democracia no es algo que sea rechazable. A mí no me gustaría vivir en un país que no fuera democrático en este sentido negativo del término. Sin dudar, lo preferiría a vivir en una democracia verdadera, en una democracia positiva. Una democracia verdadera sólo puede existir en un régimen político totalitario, en el reino del horror. También prefiero vivir en una democracia negativa a vivir en un régimen no democrático. En realidad es que la democracia me importa mucho, pero no por ella misma, sino por la libertad, porque ella es el único régimen que puede garantizarla. Me importa quién gobierne porque de quien gobierne, y del modo en que lo haga,

depende mi libertad, depende que mis conciudadanos y yo mismo podamos desarrollar nuestros proyectos vitales, podamos hacer lo que queramos. La democracia negativa es hoy ese tipo de gobierno mixto que Montesquieu pensaba que era la monarquía inglesa y que era la garantía de libertad.

El mismo significado que hay en esa democracia negativa es, además, el que existe en el concepto montesquieuano de la división de poderes. La finalidad de esa división no es, en efecto, la de establecer y preservar un ámbito de actuación exento para cada uno de los poderes, sino que se contrarresten los unos a los otros, de modo que se hagan inocuas para el régimen de libertad sus respectivas actuaciones. Veamos el funcionamiento del mecanismo de inocuidad:

“Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente”.

“Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”²⁹.

Especifica enseguida Montesquieu por qué sería tiránica esa unión de poderes:

“(…) (cuando) el mismo cuerpo de magistratura tiene, como ejecutor de las leyes, todo el poder que se ha ejecutado como legislador; puede asolar al Estado por sus voluntades generales, y como tiene además el poder de juzgar, puede destruir a cada ciudadano por sus voluntades particulares”³⁰.

El gobierno de una sociedad se hace siempre imponiéndose alguien sobre el resto. Consiste siempre en la imposición de un acto de voluntad. Este acto de voluntad en que consiste la decisión política está tanto en el momento legislativo, cuanto en el judicial. En ambos momentos hay también, naturalmente (o debe haberlo, si se quiere ser civilizado o, por lo menos, eficaz), un acto de conocimiento; pero éste no es lo decisivo, sino que queda con un carácter auxiliar. Tanto la legislación como la aplicación del derecho son actos creadores de derecho; en esto tenía razón Kelsen. En eso ambos son iguales. Pero no son iguales en todo; son diferentes en lo que acabamos de ver que destaca Montesquieu, en que en la legislación se trata de imponer una voluntad general y, en el poder de juzgar, lo que tenemos es una voluntad particular. Y ésta no es una diferencia meramente cuantitativa, como pretendía Kelsen, sino que es tan esencial como lo era la coincidencia en su carácter creativo. En realidad, es tan importante esa diferencia que en ella

29. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, p. 107.

30. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, p. 108.

podemos considerar que radica la posibilidad de distinguir entre el legislador y el capitán de bandoleros, entre el gobernante (o el juez) legítimo y el déspota.

La autoridad despótica, si no es un contrasentido esta expresión, es perentoria, literal y momentánea. Quiere que se la obedezca inmediatamente, en sus propios términos y sin posibilidad de reconsideración. A medida que se van produciendo los infinitos cambios que tienen lugar en la mente humana, cambia la conducta que se exige, con el resultado de que el sujeto a esa voluntad imperiosa no sabe nunca a qué atenerse. El súbdito no puede hacer planes fiables; no caben, no ya proyectos vitales, sino ni siquiera proyectos a corto plazo o inmediatos porque es imprevisible el humor del déspota, del que se depende.

La autoridad legítima, o autoridad en sentido propio, en cambio, es constante, duradera y, como perdura en unas circunstancias sociales cambiantes, debe ser interpretada, se debe aclarar su significado para el caso concreto, para la conducta individual. Con una voluntad política constante, el individuo al que se le exige un comportamiento dado (al que ya vale la pena llamar “ciudadano”, en lugar de “súbdito”) tiene la posibilidad de conocer de antemano la respuesta del que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, puede prever la reacción de la autoridad a su propia conducta e incluir esa previsión en el cálculo de ventajas e inconvenientes que necesita para escoger racionalmente su propia línea de conducta en un caso concreto, o su plan de vida, en términos generales.

Para que la autoridad política tenga una voluntad constante, no despótica, es necesario que alguien la obligue. Como decía Herbert Hart, reformulando una expresión de David Hume, el ser humano tiene un conocimiento y una fuerza de voluntad limitados, lo que lo llevan a que no siempre haga lo que debe. Esto rige también para los gobernantes (recordemos que son mortales también), que pueden ceder a una debilidad o cegarse por una insuficiencia de conocimientos. Por eso es necesaria que la voluntad política se encuentre dividida, como decía Montesquieu, entre una voluntad general y otra particular. La consecución de esto es algo que no resulta estorbado por el hecho innegable de que los jueces, al determinar la voluntad particular, partan de unas concepciones generales propias, ya que aquella división no es una realidad inmovible, sino un modelo ideal que debe servir de contraste para la valoración de la práctica, teniendo en cuenta el fin a perseguir, la libertad de los humanos, en lo que consiste propiamente su autonomía; una libertad que se revela enseguida como seguridad. Nada más esclavizador, más despótico que la incertidumbre:

“Difícilmente puede exagerarse la importancia que la certeza de la ley tiene para el funcionamiento suave y eficiente de la sociedad libre. Probablemente, no existe otro factor que haya contribuido más a la prosperidad de Occidente que el prevalecimiento de la certeza de la ley. Nada altera el que la completa certeza de la ley sea un ideal al que tratemos de acercarnos aunque nunca lo logremos perfectamente (...). Ahora bien, el grado de certeza de la ley debe ser enjuiciado tomando en consideración las disputas que no acaban en litigios (...). Son los casos que nunca se ventilan ante los tribunales, y no lo que éstos últimos resuelven, los que dan la medida de la certeza de la ley. La tendencia

moderna a exagerar la falta de certeza forma parte de la campaña contra el imperio de la ley (...).”

“El punto esencial es la posibilidad de predecir las decisiones de los tribunales y no que todas las reglas que las determinan se puedan manifestar mediante palabras”³¹.

Tenemos, entonces, atado al legislador, que tiene que limitarse a formular genéricamente su voluntad. Cuando ésta aparece en términos generales, no puede contener acepción de personas concretas; lo que valga para uno, valdrá para todos los ciudadanos de la misma clase. El legislador tiene así atada su voluntad. Y cuando el gobernante tiene atada su voluntad, en la misma medida la tienen desatada los ciudadanos.

Respecto del caso particular, cuando se acuse a un ciudadano de haber faltado con su comportamiento a esa voluntad política del legislador, o de haber realizado un comportamiento merecedor de una recompensa formulada genéricamente, será necesaria una decisión sobre la concordancia o no de ese comportamiento con el previsto y sancionado favorable o desfavorablemente por el legislador, y la imposición de una pena o la concesión de una recompensa. Lo que es imprescindible, para que podamos hablar de la existencia de un régimen político libre, es que esta decisión particular esté tomada por una persona distinta a la de quien expresó la voluntad general. Pero esta otra persona no puede actuar discrecionalmente, porque entonces se estaría comportando como un bandolero, como un déspota. Tiene que tener, también ella, un comportamiento previsible, calculable. Como la toma de una decisión implica la posibilidad de seleccionar una de entre varias posibilidades, la decisión judicial no puede estar totalmente prevista, pero sí puede estarlo genéricamente; es a lo más a que lo que se puede llegar: no se puede eliminar el margen de acción del juez, pero sí se puede circunscribir. El juez tendrá así la posibilidad de elegir su decisión, sin lo que no sería ésta, y esa elección no se convierte en discrecional, en arbitraria.

La decisión política jurídicamente basada es, entonces, siempre una decisión en dos fases: una general y otra particular. La general está limitada, incapacitada para la arbitrariedad, porque es irrevocable en su generalidad (sólo puede cambiarse por otra decisión genérica). La decisión particular está protegida de la arbitrariedad porque está circunscrita, tiene que adoptarse en el marco preestablecido por una ley general. Legislador y juez, además, tienen que seguir una lógica distinta en sus decisiones, para que no correspondan a una misma intención. Tienen que llevar lógicas opuestas para que se contrarresten. El legislador tiene que tener la intención de tomar una decisión políticamente correcta, basada en un adecuado balance de ventajas e inconvenientes, sobre la base de una concreta opción de justicia, de elección entre valores. El juez, a su vez, debe estar preocupado por que su decisión

31. F. A. HAYEK, *Los Fundamentos de la Libertad*, trad. de J. V. TORRENTE, Madrid, 1978 (1959), pp. 290-1.

aparezca como la propia de un mero técnico, no la de alguien que toma una decisión política, sino la de quien aclara cuál es el sentido para el caso concreto de la decisión genérica del legislador, obligando a éste, de esta manera a ser congruente consigo mismo, a ser un legislador íntegro y no un sátrapa despótico.

Si tenemos una situación así, estaremos en un Estado de Derecho o, por usar la expresión más antigua y más clara, viviremos bajo el imperio de la ley. Y ya decía Montesquieu (hay que volver a él para finalizar la argumentación) que la libertad consistía en vivir bajo el gobierno de la ley y no bajo el gobierno de ningún hombre. Y esto sigue siendo válido por muy democráticamente legitimado que consideremos que está. El derecho es legítimo no por el problemático respaldo que pueda prestarle la democracia, sino porque es derecho y no la voluntad de un bandolero, y porque, al ser derecho, es garantía de nuestra libertad.

