

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

José J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ
Universidad de Granada (España).

RESUMEN

Aunque se ha caracterizado el pensamiento liberal-democrático como la última ideología, propia del fin de la historia, en este texto se considera que tal apreciación no es correcta, pues ese pensamiento se apoya fundamentalmente en dos pilares, la democracia y la defensa de unos derechos humanos, que se encuentran en una tensión, que lejos de mostrar signos de agotamiento ideológico, constituye el núcleo teórico de la reflexión jurídico-política a lo largo del siglo veinte. La prueba más evidente de tal afirmación la constituye el pensamiento de autores como Kelsen, Hart y Habermas, desde el que se ha intentado lograr la armonización entre el principio de la soberanía popular y el reconocimiento de una serie de límites al ejercicio del principio de las mayorías.

SUMMARY

Although liberal democratic thought has been characterized as the final ideology, suitable for the end of history, this work considers that that view is wrong, since that thought is fundamentally supported by two pillars —democracy and the defense of certain human rights, which find themselves in tension. Far from showing signs of ideological exhaustion, it constitutes the theoretical core of legal political reflection throughout the twentieth century. The most evident proof of this statement is found in the thinking of authors such as Kelsen, Hart and Habermas, in which they have tried to harmonize the principle of popular sovereignty with the recognition of a series of limitations to the exercise of the principle of majorities.

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años que F. Fukuyama¹ escribió un artículo muy renombrado sobre el fin de la historia. En el texto se decía que habíamos llegado al final de la historia, una vez que se había alcanzado “una inquebrantable victoria del liberalismo económico y político”², sin que la misma supusiera una victoria efectiva. No se trataba tanto de que los sistemas liberal-democráticos se hubieran impuesto efectivamente, como de que se hubiera dado “el último paso de la evolución ideológica

-
1. Francis FUKUYAMA, “¿El fin de la historia?”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 1, 1990, pp. 85-96.
 2. *Íd.*, p. 85.

de la humanidad y de la universalización de la democracia liberal occidental como forma final de gobierno humano”³. En definitiva, la tesis de Fukuyama se asentaba sobre la preeminencia de las ideas sobre la realidad material, y consistía en defender el agotamiento de la ideología, así como su envés, su culminación en el sistema liberal-democrático. Es verdad que a estas ideas le acompañaban la crisis del resto de los sistemas ideológicos y, consecuentemente, la generalización del libre mercado y la expansión de los sistemas democráticos. Aunque mucho más importante que este hecho evidente de la generalización de la democracia en el mundo, es el de la imposibilidad de pensar un sistema distinto, una forma de organización diferente, una manera mejor de legitimar nuestras decisiones políticas, lo que mostraba que no tenía sentido preguntarse por cuál debía ser la manera adecuada de organización social, pues ya la teníamos lograda, al menos desde un punto de vista teórico. No cabe sino mirar a nuestro alrededor para constatar una opinión mayoritaria, cuando no unánime: la mayor parte de los ideólogos piensan que el sistema liberal-democrático reúne sobre sí todas las virtudes, no hay otro sistema que proporcione mayores dosis de legitimación ni que ofrezca mejores resultados, no hay tampoco ningún otro sistema que se extienda frente a los demás con mayor profusión.

Sin embargo, es claro que la propuesta de Fukuyama muestra ciertas debilidades si nos acercamos a ella desde un punto de vista fáctico, pues la mayor parte de la humanidad no vive bajo sistemas democráticos, y la que vive en ellos, lo hace bajo sistemas ciertamente dispares, alejados en gran medida del ideal que se defiende: el gobierno bajo las leyes que se fundan sobre el consentimiento de los gobernados, esto es, el gobierno asentado sobre la autonomía normativa de los gobernados o, dicho de manera más clara, un gobierno al que entrego mi libertad y, sin embargo, la recupero por entero en él⁴. Aunque ni aquellas primeras ni las segundas críticas abordan la tesis central de su propuesta: no se trata tanto de que la democracia liberal se haya extendido o de que se haya incumplido ese ideal, como de que no tenemos otro ideal. De ahí que la tesis de Fukuyama se sostenga si la abordamos desde un punto de vista teórico, más allá del hecho de la expansión de los sistemas democráticos y de cómo sean de diferentes los distintos regímenes políticos democráticos. En mi opinión, la tesis de Fukuyama es relevante porque llega a la conclusión de que no hay otro sistema político que merezca extenderse. Es decir, la democracia liberal es el sistema político que alcanza una mayor dosis de legitimación, o, dicho de otra manera, que no hay otro sistema político mejor que la democracia liberal, con lo que se pone de manifiesto que nuestra capacidad de generar nuevas ideas se ha agotado. Desde este punto de vista resulta difícil rebatir la argumentación de Fukuyama, no parece que después de lo vivido en este siglo, el fracaso del fascismo y el comunismo, nos reste capacidad para idear un

3. Íd., p. 85.

4. Vid. J. J. ROUSSEAU, *Del contrato social*, trad. M. Armiño, Alianza Editorial, Madrid, 1986 (1762), libro I, cap. VI.

sistema de organización social que pudiera pensarse como mejor que el propio sistema de la democracia formal.

Fukuyama describe perfectamente las características de la era poshistórica. En su opinión nos enfrentamos a una época gris, presidida por el agotamiento de la ideología y, por tanto, de la misma lucha ideológica, así como por el imperio de la razón instrumental, un uso de la razón preocupado por el cálculo y la resolución de problemas técnicos, pero que desatiende lo que en el fondo nos preocupa, lo que el arte y la filosofía nos mostraban en aquella época en la que existía la historia, donde cabía el riesgo, la osadía, el atrevimiento, la imaginación y con todo ello, el idealismo, la capacidad de luchar por un mundo mejor, la capacidad de defender nuestras ideas frente a otras. Por eso, esta época poshistórica es, en su opinión, una época aburrida y presidida por la nostalgia del pasado.

No obstante, mi preocupación en relación con la tesis de Fukuyama se refiere fundamentalmente a otra cuestión que es la que nos permitirá salir de la situación de parálisis a la que nos lleva su defensa del agotamiento de la ideología. Un problema que él mismo apuntó en su renombrado artículo, pero en el que no ahondó. Me refiero a lo siguiente. Cuando Fukuyama dice:

El Estado que surge al final de la historia es hasta ahora liberal, puesto que reconoce y protege el derecho universal del hombre a la libertad mediante un sistema de leyes, y es democrático en la medida en que sólo existe con el consentimiento de los gobernados⁵.

Con esto no entraré en el trasfondo de su tesis, la preeminencia de las ideas sobre la realidad material, sino que sólo me ceñiré a las consecuencias a las que llega desde ella: el agotamiento de la ideología que se muestra en la superioridad del sistema liberal-democrático, que es lo mismo que ha defendido en la cita que acabamos de hacer. El Estado del fin de la historia es liberal y democrático. Esto es verdad. No parece que sea posible pensar un modelo distinto del liberal-democrático, pero que no seamos capaces de pensar un modelo diferente, no quiere decir que entremos en una fase de cansancio, meramente técnica y agostada por la tristeza, una época atrapada por el pasado, sin ideas y, en consecuencia, final. La razón se halla en que ese modelo con el que nos encontramos a finales del siglo XX es uno que viene depurándose desde hace mucho tiempo a través de enfrentamientos con modelos diferentes, como fueron los casos del marxismo y fascismo, y por medio de la autorreflexión sobre los problemas que el mismo presenta. A este respecto, la misma formulación del modelo por parte de Fukuyama encierra una contradicción que asume como resuelta, entre la posición liberal, asentada sobre el reconocimiento de una serie de derechos a los individuos —“el derecho universal del hombre a la libertad”, dice Fukuyama—, y la posición republicana, articulada sobre el principio de la soberanía popular, previo a cualquier otro principio —“sólo existe con el consentimiento de los gobernados”—. Esta contradicción lejos de

5. Íd., p. 86.

mostrar signos de agotamiento ideológico, constituye el núcleo teórico de la reflexión jurídico-política de nuestros días que, como veremos más adelante, está completamente alejada del aburrimiento, pues plantea problemas muy difíciles que nos llevan a pensar que no estamos muy cerca de lo que nuestro autor temía.

Por eso habría que entender, aunque forzásemos sus propias ideas, su afirmación sobre el final de *la* historia, no tanto en el sentido de que con el sistema liberal-democrático se ha acabado la historia, como que con el triunfo, al menos desde un punto de vista teórico, de ese sistema se ha acabado *una* historia. De esta manera más que de un final de la historia, habría que hablar de un nuevo comienzo. La historia se inicia de nuevo, en la medida en que la hermenéutica nos permitiera hablar así, a partir de un momento concreto y se acaba otra historia. Comienza una nueva historia sobre el presupuesto de que no hay un sistema de organización social que sea más perfecto que el liberal-democrático. Ninguna otra forma de organizar nuestra convivencia parece que pueda proveer de mayor legitimidad. Así es como puede entenderse que finalizó una historia, la del surgimiento y afianzamiento de tal sistema y, por tanto, que comienza otra, que todavía no sabemos bien como afrontar, y que consiste en la resolución de los problemas y contradicciones que se encierran en tal modelo. En definitiva, más que de un fin, entendido como final, habría que hablar de un fin como propósito, un nuevo fin de nuestra historia, un fin presidido por la necesidad de resolver los problemas de un modelo que no da muestras de agotamiento, más bien todo lo contrario.

II. LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

Ahora bien, mi interés no se centra fundamentalmente en el pensamiento de Fukuyama, sino en tratar de mostrar que algo similar ha ocurrido en el campo de la Filosofía del Derecho, algo que viene tramándose desde hace tiempo y que ha surgido a la luz hace relativamente muy poco. A fin de exponer lo que trato de decir, haré un breve recorrido histórico con el fin de subrayar que algunas maneras de practicar la reflexión jurídico-política han terminado, lo que no podemos entender como que ha acabado la necesidad de esa reflexión, sino todo lo contrario. De esa manera se inicia una forma distinta de pensamiento jurídico-político que se asienta sobre bases diferentes y más firmes.

El derecho moderno es un sistema complejo que mira más allá de sí mismo, más allá de sus propiedades formales, la coerción y la positividad, en tanto que pretende ser legítimo. La “expectativa de legitimidad se entrelaza —dirá Habermas— con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho”⁶. De ahí que pueda afirmarse que el derecho vive en una tensión

6. J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, “Introducción” y traducción M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998 (1992 y 1994), pp. 645-646.

permanente entre la forma en como se produce, su creación formal o positividad, la manera en que se impone, la coacción estatal o efectividad, y su necesidad de justificación, su pretensión de validez. El problema consiste en saber cómo se articulan el juego entre facticidad y validez, pues no siempre se ha dado la misma respuesta. Desde el iusnaturalismo más tradicional al positivismo más radical de índole democrática, se han producido muchas variantes. No obstante, nos encontramos en estos momentos en una situación en la que cabe pensar que hay ciertas posibilidades de solución de estos enfrentamientos. La revitalización de los derechos humanos dentro de sistemas jurídico-políticos asentados sobre el principio de soberanía popular es un claro ejemplo. Indudablemente, la dificultad radica en cómo hacer posible esa articulación sin caer en los excesos de uno u otro principio.

Este nuevo planteamiento nos exigiría entender, tal y como lo hemos apuntado hace un momento, el derecho de una manera más compleja que aquella que lo comprendía simplemente como la forma jurídica, esto es, como conjunto de normas jurídicas entendidas como estructuras de deber ser o, mejor, como estructuras de deber ser que nos indican, bajo la amenaza del ejercicio de la fuerza, cómo debemos comportarnos. En este sentido, Kelsen definió el derecho como “la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario”⁷. El derecho se entiende, por tanto, como tal porque se cumple y porque sobre quien lo incumple, se descarga toda su fuerza con la finalidad de que el orden social, establecido y regulado por el derecho que se ha alterado por ese incumplimiento, quede restablecido. Así pues, la forma jurídica queda reducida, desde esa perspectiva, a legalidad sustentada en la fuerza en tanto que la ley es tal en la medida en que se cumple de una manera generalizada. La legalidad mira, necesariamente, a la efectividad. De esta manera es como hay que entender la facticidad del derecho, como legalidad apoyada en la coacción con la finalidad de lograr su implantación. Por eso, por definir de esta manera el derecho, se lo ha identificado, algunas veces, con la fuerza, lo que no deja de ser verdad, aunque sólo de manera parcial.

El derecho va más allá de lo que nos muestra esta perspectiva, pues es verdad que conlleva fuerza, ya que por su necesidad de efectividad requiere de la misma, pero el derecho la excede, pues la fuerza no es su único ni principal componente. El derecho no puede quedar reducido, en principio, a simple legalidad ni entender que esa legalidad sea tal porque de manera generalizada se cumpla, es decir, sea efectiva. No podemos acercarnos a él sólo y exclusivamente desde el punto de vista de la positividad, desde las formalidades de la creación legislativa, ni de la efectividad de esa positividad, asentada sobre la imposición coactiva de los deberes jurídicos, pues el derecho por su complejidad ha de tener presente las cuestiones

7. H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, México, UNAM, 1995 (1944), p. 22. Más adelante, en la p. 142, lo dice, aún si cabe, mejor: “el derecho es un orden u organización específicos del poder”.

que provienen del modo en como se produce, así como las que proceden de su cumplimiento, esto es, de su efectividad, pero también ha de tener en cuenta que ambas cuestiones se entrecruzan con las que derivan propiamente de su pretensión de validez. Dicho con otras palabras, el derecho consiste en la legalidad y su efectividad bajo la amenaza de la fuerza, pero no sólo en esto, es también legitimidad, no es posible la legalidad al margen de la legitimidad, la legalidad requiere legitimidad.

Quizá el primer autor que así lo viera, fuese A. Ross. Mediante la construcción de un concepto como el de derecho vigente Ross⁸ trata de evitar los problemas que conllevaba el planteamiento de Kelsen. Éste diseñó la cuestión de la validez del derecho de manera que ésta se encontrara en el mismo derecho, con lo que impediría los problemas propios de los planteamientos iusnaturalistas. Así identificó los problemas de legitimidad con los de legalidad, aunque no pudo evitar, por no mirar hacia la legitimidad, caer en las cuestiones de mera efectividad.

Kelsen identificó los problemas de la justicia con los del entrecruzamiento entre legalidad y efectividad. Sólo así sería posible hablar de la justicia, si se la entiende como legalidad efectiva, legalidad que se aplica cuando debe aplicarse. Por eso afirmará que lo “‘justo’ es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse”⁹. La legalidad remite, por tanto a la eficacia y la justicia se disuelve en ésta, en la aplicación, es decir, la efectividad, de la legalidad. La razón de este planteamiento se encuentra en que Kelsen había partido como buen relativista de la consideración de que los problemas de justicia se asientan sobre la formulación de juicios subjetivos de valor. Así cuando se pregunta por “¿qué necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y, sobre todo, cuál es el orden jerárquico que les corresponde?”¹⁰, considerará que no se puede hablar de necesidades en un sentido objetivo, sino de intereses y conflicto de intereses, pues tales problemas no pueden resolverse por medio de un conocimiento racional, ya que la “solución de los mismos implica un juicio de valor determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga y, por tanto, relativo sólo a él”¹¹. Esto no le impide reconocer que tales conflictos de intereses han de resolverse si es que queremos vivir en paz, aunque la construcción de ese orden social no pueda asentarse nunca en un ideal de justicia, en tanto que el mismo es un “ideal irracional...(que) no es accesible al conocimiento”¹². Por el contrario, ese orden social sólo puede construirse si “satisface uno de los intereses,

8. Vid., al respecto, A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997 (1958), especialmente el capítulo II.

9. KELSEN, *op. cit.*, p. 16.

10. Íd., p. 7.

11. Íd.

12. Íd., p. 15.

en perjuicio del otro”, o se establece “una transacción entre los opuestos”¹³. Parece claro que en el primer caso abocaríamos a un enfrentamiento de tipo schmittiano al propiciar la lucha de los amigos contra los enemigos. Sólo en el segundo caso sería factible pensar en una convivencia pacífica. Por tanto, Kelsen aborda los problemas de justicia desde una posición meramente instrumental. Su manera de acercarse a esta cuestión recuerda los pasos que dio Hobbes para fundamentar el orden social a partir de la figura del contrato privado, que las partes utilizan para lograr su interés pactando y transigiendo con los intereses de los otros¹⁴.

De esta manera, Kelsen disuelve los problemas de la justicia en los del juego entre legalidad y efectividad. Por eficacia del derecho entenderá que “los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas”¹⁵. Y definirá la validez como “la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene ‘fuerza obligatoria’ frente a aquellos cuya conducta regula”¹⁶. Por lo tanto, una norma válida es aquella que es obligatoria, porque se ha dictado de acuerdo con lo establecido en la norma superior. “La razón o fundamento de validez de una norma está —dirá Kelsen— siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede”¹⁷. Kelsen remitirá finalmente la validez de todas las normas de un determinado sistema normativo a una

13. Íd. Un poco más adelante dirá: “únicamente un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los otros, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga”, *íd.*, p. 16.

14. Vid., al respecto, las apreciaciones de Habermas sobre el modelo hobbesiano y su reivindicación del kantiano, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pp. 155 y ss. Una gran parte de las teorías contractualistas parten del concepto de contrato del derecho privado y como bien sabemos nadie firma un contrato si no es en su propio interés, por lo que el contrato social se basaría en el interés egoísta de todos y cada uno de los asociados. Sin embargo, la construcción del contrato social sobre el modelo de la contratación privada conlleva dos problemas: “(e)n primer lugar, hacer equivalentes las cuestiones morales y las cuestiones de justicia política de una asociación jurídica de individuos tiene la desventaja de que sobre esta base no se puede fundamentar un respeto equitativo a todos, es decir, una moral universalista. Aceptar obligaciones recíprocas resulta racional sólo para aquellos que tienen interés en una interacción recíproca sometida a reglas. Así puede extenderse el círculo de contratantes sólo a aquellas personas de quienes cabe esperar contraprestaciones porque quieren o tienen que cooperar. En segundo lugar, el hobbesianismo lucha en vano con el conocido problema del *free rider*, aprovechado o gorrón que acepta la práctica común sólo con la reserva de poder saltarse las normas acordadas en las ocasiones favorables. En la figura del *free rider* se evidencia que un acuerdo entre interesados *per se* no puede fundamentar *deberes*”, en J. HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. J. C. Velasco Arroyo y G. Vilar ROCA, Piados, Barcelona, 1999 (1996), p. 43.

15. KELSEN, *op. cit.*, p. 46.

16. Íd., p. 35.

17. Íd., p. 130.

norma fundamental que ha de suponer como válida¹⁸. Este es el camino que sigue Kelsen para diferenciar entre las cuestiones de legalidad y las de efectividad, pues mientras que las primeras se resuelven en un terreno normativo, el propio de la validez, las segundas lo hacen en el terreno de los hechos. Sin embargo, esta diferenciación sólo opera desde un punto de vista analítico, pues como hemos podido apreciar desde el principio, Kelsen no separa, aunque tampoco confunde, ambas cuestiones. Lo dirá de una manera clara cuando afirme que la eficacia es condición de validez:

“La afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia”¹⁹.

Los problemas que plantea el juego kelseniano entre validez y eficacia, derivan directamente de la consideración de que la eficacia sea condición de la validez, con lo que se termina por defender que las propiedades formales del derecho bastan para legitimar el ejercicio de la dominación. De esta manera se olvida de que “el derecho sólo mantiene fuerza legitimante mientras pueda actuar como fuente de justicia”²⁰. Aunque este olvido permanezca, también, en la obra de Ross, este autor tratará de evitar algunos de los problemas presentes en el planteamiento de Kelsen mediante su concepto de derecho vigente, sobre el que dice que es

“el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias”²¹.

En esta definición, Ross dice que el derecho vigente es el que de hecho se cumple y se cumple, porque se vive como obligatorio. De esta manera, Ross comienza a diferenciarse de la posición de Kelsen. Para éste, el derecho válido se tenía que cumplir, tenía que ser efectivo, si es que queríamos hablar de la obligación de obedecerlo, es decir, de acuerdo con Kelsen tenía sentido plantearse esta obligación en la medida en que de hecho lo obedecemos. Eso es lo que significa que consideremos la eficacia como condición necesaria, y no razón, de la validez.

18. Vid. *id.*, pp. 136 y 137.

19. *Id.*, p. 49.

20. HABERMAS, *Facticidad y validez*, *op. cit.*, p. 212.

21. ROSS, *op. cit.*, p. 41.

Pero Ross no se queda en eso, sino que aborda la cuestión de una manera distinta. Para él la efectividad no es condición de la obligatoriedad, sino que va más allá, pues porque el derecho se vive como obligatorio es por lo que se cumple, es por lo que es efectivo. Es decir, la vivencia de esa obligatoriedad es la que se constituye en la razón de su cumplimiento. Así pues, Ross contempla el derecho desde una nueva perspectiva pues lo ha arraigado en nuestras vivencias de una manera que Kelsen había cercenado al considerar que nuestros juicios de valor están determinados por factores emocionales y, en consecuencia, conducen a un conocimiento de carácter irracional, cuando su propuesta era la de alcanzar un conocimiento científico del derecho. Sin embargo, Ross defiende una posición contraria a la de Kelsen sin necesidad de abandonar esos presupuestos, pues sigue arraigado en ellos, ya que interpreta esa vivencia en términos irracionales, y no piensa que sobre las orientaciones valorativas de nuestras vivencias, pueda hablarse en términos racionales. De ahí que escriba:

“Desde un punto de vista cognoscitivo-descriptivo, y tal tiene que ser el punto de vista de la filosofía del derecho como actividad teórica, es imposible, sin embargo, distinguir entre un ‘orden jurídico’ y un ‘régimen de violencia’, por cuanto la cualidad de validez que serviría para caracterizar el derecho no es una cualidad objetiva del orden mismo, sino sólo una expresión de la manera en la que éste es vivido por un individuo”²².

Con esto sólo nos interesa señalar cómo Ross fuerza la posición de Kelsen y va más allá, hasta el extremo de no considerar la validez como una cualidad objetiva del orden mismo y arraigarla en nuestras vivencias. En el fondo lo que Ross nos está diciendo es que la fuerza no es suficiente, ni siquiera detenernos en el hecho de que el derecho se cumpla, ya que éste sólo puede entenderse, aunque sólo sea con un punto de vista descriptivo, si lo hacemos mediante su vivencia como socialmente obligatorio. No obstante, la posición de Ross impide que podamos acercarnos a la cuestión de la validez en términos racionales. Esto plantea problemas de difícil solución, pues condena a que el conocimiento del derecho se limite a la mera descripción de lo que acontece, sin que podamos entrar en las cuestiones que más nos importan, que son aquellas que conciernen a lo que consideramos como socialmente obligatorio, es decir, las cuestiones que legitiman nuestro comportamiento ante los demás o se constituyen en parámetros con los que enjuiciar el comportamiento de los otros. En definitiva, los problemas relativos a la validez del derecho que no puede vaciarse en la formalidad de la adecuación a los requisitos de la producción legislativa, es decir la identificación entre legalidad y legitimidad que es lo que hace Kelsen, ni desplazarse, como nos dice Ross, al terreno de la irracionalidad de la vivencia.

22. *Íd.*, p. 83.

En cierta medida, estas son las cuestiones sobre las que Hart reflexionará. Su concepto de regla como justificación de nuestra propia conducta y crítica de la conducta que se separa de lo establecido por la misma, plantea problemas similares a los que acabamos de ver. “El juez —dirá Hart—, al castigar toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón y justificación* del castigo al transgresor”²³. De acuerdo con Hart, el concepto de regla se caracteriza porque los comportamientos que se desvían de lo prescrito en ella, suscitan críticas; además, se piensa esa crítica como legítima, y “por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo”²⁴. Es decir, la aceptación de la primera regla supone que al menos algunos la aprueben y, por tanto, que la admitan como guía, de manera que puedan rechazar de manera justificada las prácticas contrarias a la misma.

“[D]onde se acepte tal regla, Rex no sólo especificará de hecho lo que debe hacerse, sino que tendrá el derecho o facultad de hacerlo; y no sólo habrá obediencia general a sus órdenes sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo. Rex será en efecto un legislador con autoridad para legislar, es decir, para introducir nuevas pautas o criterios de conducta en la vida del grupo”²⁵.

En estas afirmaciones de Hart se plantean varios problemas, que proceden de dos cuestiones previas que se encuentran entrelazadas: en primer lugar, qué quiere decir con aceptación y, en segundo lugar, quiénes aceptan. Empezaré por esta última, puesto que la posición de Hart no es clara en la medida en que, como hemos visto, dice que esa aceptación es general y antes había dicho que, al menos, tenía que ser la de algunos. El problema se arrastra a lo largo de su obra y se hace especialmente difícil cuando diferencia entre la aceptación por parte de ciertas élites, constituidas por juristas, funcionarios, etc., y la aquiescencia de la mayor parte de la población, cuya función primordial es la de cumplir de manera generalizada las normas²⁶. Las consecuencias de esta indeterminación son importantes, especialmente por su intento de diferenciación entre el hábito y la regla. Hart dice que la semejanza entre uno y otra es que la conducta de que se trate tiene que ser general, aunque se diferencian por la distinta actitud que se tiene ante ellos. Así, mientras que el hábito no supone sino una conducta mecánica, irreflexiva, la actitud ante la regla ha de ser necesariamente una actitud crítico-racional. ¿Cómo entonces se puede sostener que esa actitud racional puede ser la de unos pocos, cuando si se trata de una regla, que por definición es general, esa actitud crítico-racional tendría que serlo también? Además, si la actitud crítico-racional de los que

23. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió, Editora nacional, México, 1980 (1961), p. 13.

24. *Íd.*, p. 71.

25. *Íd.*, pp. 72-73.

26. *Vid. id.*, pp. 75 y ss.

aceptan es con la que se tiene que establecer los acuerdos generales, en los que consisten las reglas, ¿cómo puede llegarse a este tipo de acuerdos, si quienes los establecen son sólo una minoría? La única manera de salir de estos problemas es necesariamente la de ahondar en el planteamiento de Hart y pensar esa actitud crítico-racional de manera algo diferente a como él lo hace, pues sólo así sería posible que la actitud crítico-racional de los que aceptan pueda ser la actitud de quienes aceptan en nombre de otros. Esto exige necesariamente que la cuestión de la aceptación no se agote ni en el campo de la legalidad, Kelsen, ni tampoco en el de la vivencia, Ross, sino que apunta a algo diferente, a algo que está más allá de ambas, la fuente de justicia de la que necesariamente ha de alimentarse el derecho. Hart no lo planteó así, pero deviene necesariamente de sus propios presupuestos. En otro caso habría quedado encerrado en la misma teoría de Austin, pues no habría podido romper con su concepción del hábito de obediencia, al menos en lo que respecta a los aquiescentes. La única manera en la que es posible hacerlo, es la de desarrollar sus ideas en la dirección en que hemos apuntado.

En el fondo, lo que nos importa del planteamiento de Hart no es tanto lo que él mismo podría haber entendido por aceptación, como lo que nosotros hemos de pensar a partir de sus ideas. No obstante, al definir la aceptación como una actitud crítico-racional, la sitúa más allá de donde nos había colocado Ross con su concepción irracional de la vivencia. Ross consiguió salir del formalismo kelseniano, pero nos dejó sin posibilidad de respuesta racional sobre la manera en que debíamos organizarnos. Después de Hart, ya no es posible decir que se “vive” de una determinada manera, sino que además hay que dar “razones” de por qué se aceptan una u otra serie de criterios de validez, a los que han de responder las reglas de una determinada sociedad, si es que las hemos de considerar como legítimas. Con esto, la cuestión de la legitimidad excede a la de la legalidad, pues a aquélla remite necesariamente la aceptación que va más allá del mero hecho, de la vivencia desnuda. Es verdad que unos pueden dar unas razones y otros otras, pero no es en esa dirección adonde quiero, ahora encaminarme, sino sólo a mostrar que con independencia de los problemas que puedan suscitarse al plantear las cosas en el terreno de la razón, lo importante es que nos hemos situado en ese terreno, en el de la razón.

III. OTRA VEZ KELSEN

Tal y como hemos visto, Kelsen diluye los problemas relacionados con la justicia en el juego que establece entre la validez y la eficacia del derecho, lo que le permitirá finalmente identificar legalidad y legitimidad. De esta manera trata de obviar la necesidad de adentrarse en un terreno resbaladizo por irracional como es el de nuestros juicios relativos a cuestiones de justicia, en tanto que no pueden ir más allá de constituir juicios subjetivos de valor. Sin embargo, este planteamiento resultó insuficiente. Las críticas de Ross y, especialmente, las reflexiones de Hart, apuntaron las dificultades de las ideas de Kelsen, al poner de manifiesto la imposibilidad de reducir las cuestiones de validez —la legitimidad— a las derivadas de

las propiedades formales del derecho, es decir, las relacionadas con las exigencias de la producción jurídica —la legalidad—, y las propias del cumplimiento del derecho —la efectividad—.

Kelsen sabía de esa complejidad por tener conciencia del conflicto trágico en el que se debatía su propia teoría. Lo había dicho en el “Prólogo” de la *Teoría General del Derecho y del Estado*:

“Precisamente en virtud de su carácter anti-ideológico, la teoría pura del derecho se revela como una verdadera ciencia jurídica. La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente a poner su objeto al descubierto. Pero la ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento; en el elemento emocional de nuestra conciencia, no en el elemento racional. Brota de ciertos intereses o, más bien, de intereses distintos del interés por la verdad. Naturalmente que esta observación no implica un juicio de valor acerca de los intereses. No existe la posibilidad de adoptar una decisión racional relativamente a valores opuestos. Es precisamente de esta situación de donde surge un conflicto realmente trágico: el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desiderátum de la política”²⁷.

Aunque Kelsen parte de la oposición tajante entre conocimiento y voluntad, entre razón y emoción, entre ciencia e ideología política, en definitiva, entre verdad y justicia, su propia obra no quedará al margen de tal conflicto, especialmente cuando aborde las dificultades propias de la construcción de un orden social. Cuando lo haga, Kelsen tratará de conjugar la libertad del individuo con la voluntad estatal, de manera que se preserve la primera, sin que se disuelva la segunda. Rousseau había manejado dos conceptos de voluntad, la general y la voluntad de todos, un concepto distinto del anterior, con el que trata de salir de las insuficiencias que planteaba el primero. Kelsen seguirá sus pasos y entenderá la voluntad estatal como voluntad de todos, como suma de las diferentes voluntades individuales. De esta manera establece la trama con la que es posible construir un orden social coherente con su propio planteamiento, pues el mismo tiene que ser fruto de la transacción que se haga entre los diferentes intereses.

La democracia tiene que resolver, según Kelsen, nuestra oposición a que se nos gobierne, a que una voluntad extraña se imponga sobre la propia, a la heteronomía frente a la autonomía. “Es la misma Naturaleza la que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad”²⁸. Esta idea negativa de libertad se alimenta también de la idea de igualdad: si todos somos iguales, por qué otro ha de mandar sobre mí. Sin embargo, no parece posible ni que una, la libertad negativa, ni la otra, la

27. KELSEN, *op. cit.*, p. IX.

28. H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1977 (1929), p. 15.

igualdad, puedan sobrevivir al margen de su transformación en libertad política, la primera, e igualdad abstracta, la segunda. Como no podía ser de otro modo, Kelsen parte de Rousseau, de la dificultad que este último plantea en *El Contrato Social*, a través de la que trata de solucionar dos cuestiones íntimamente relacionadas, el concepto de libertad, que es anterior a todo orden social, y el concepto de orden social en el que puede pervivir esa libertad anterior: “(e)ncontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes”²⁹. Además, Kelsen se apoya en la crítica que hace Rousseau de los regímenes parlamentarios, esto es, del sistema inglés: “(e)l pueblo inglés se piensa libre; se equivoca mucho; sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada”³⁰. De esta manera Kelsen se sitúa, al mismo tiempo, en los dos frentes que abre la obra de Rousseau. Primero, el problema de la voluntad general. Segundo, el problema de la voluntad de todos y sus problemas correlativos, el principio de las mayorías y los límites a que tiene que atenerse el juego entre mayorías y minorías de manera que “se reduzcan al mínimo los casos de aplastamiento de las minorías”³¹.

Veamos el primer problema, el de la voluntad general, pues si pudiéramos resolverlo ahora, no necesitaríamos entrar en el segundo. Sin embargo, Kelsen lo abandona inmediatamente al reconducirla hacia el principio de unanimidad. En su opinión, la voluntad general de Rousseau “es completamente incompatible con la teoría del contrato social del Estado, que es una función de la subjetiva *volonté de tous*”³². La razón de tal afirmación se encuentra en que cuando Rousseau se pregunta por la voluntad general, lo que hace es plantear un “conflicto insoluble entre la idea de la libertad individual y la de un orden social, el cual en su esencia íntima sólo es posible en un régimen que, al fin y al cabo, no depende de la voluntad de los sujetos a él. Esta validez objetiva del orden colectivo permanece intacta ante un criterio específicamente social, aun cuando el contenido de este orden sea determinado de algún modo por la voluntad de los sujetos a él”³³. De esta manera, Kelsen deja de lado los problemas que derivan de la voluntad general y se centra en los que plantea el principio de las mayorías, que tratará de solucionar por medio de la siguiente estrategia. Los problemas que pudieran derivar del juego entre mayorías y minorías podrían evitarse en la medida en que las decisiones se adoptaran por unanimidad, esto es, que todos los individuos estuvieran de acuerdo con las distintas medidas, pero entender que el contrato social en términos de unanimidad no es hacerlo ya en los términos exigidos por la voluntad general. Me explico; si se

29. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 22.

30. *Íd.*, p. 98.

31. KELSEN, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 19.

32. *Íd.*, p. 27, n. 1.

33. *Íd.*, p. 20.

tratara de unanimidad no sería posible hablar entonces de que alguien pudiera ser obligado a ser libre, tal y como dice Rousseau, al plantear el debate en los términos de la voluntad general.

Además, Kelsen no limita el uso del principio de unanimidad al momento de la constitución del Estado, sino que lo extiende, al modo de Locke, también a su mantenimiento, esto es, cualquiera puede en todo momento romper esa unanimidad y separarse de esa comunidad³⁴, lo que de nuevo sería imposible desde el punto de vista de la voluntad general tal y como la había diseñado Rousseau. Precisamente, al desplazar de la constitución del Estado la voluntad general, se centrará en la voluntad de todos y entenderá ese pacto de constitución en términos de unanimidad. Hay otros dos momentos en la obra de Kelsen que ponen de manifiesto que ha abandonado los términos en que Rousseau abordó el problema. Primero cuando dice que las mayorías cualificadas son una manera de acercarse a resolver los problemas aproximándose en la medida de lo posible a la unanimidad, “el principio de la mayoría cualificada puede constituir un camino más derecho para la idea de la libertad, porque puede significar cierta tendencia a la unanimidad en la formación de la voluntad colectiva”³⁵, pero como ya se ha dicho muchas veces, este planteamiento se enfrenta a la objeción de que todo el mundo merece “igual consideración y respeto”³⁶. También cuando abandona el problema de la voluntad general y lo sustituye por el de la nación al defender que “(l)a mayoría y la minoría deben ser capaces de entenderse mutuamente si quieren vivir en armonía. Los supuestos efectivos para la mutua comprensión de los partícipes en la formación de la voluntad del Estado son: en primer lugar, una sociedad de cultura relativamente homogénea, y en especial de la misma lengua”³⁷, lo que no parece una salida adecuada para los problemas que había planteado Rousseau. Una vez que ha hecho esto, trata de los problemas propios de una democracia asentada sobre el juego de las mayorías. Desde el principio, Kelsen sabe muy bien cuáles son los inconvenientes del principio de las mayorías y advierte que “el principio democrático de la libertad requiere que se reduzcan al mínimo los casos de aplastamiento de las minorías, considerándose como garantías para la libertad individual las mayorías cualificadas, y, a ser posible, la unanimidad de votos”³⁸.

Aquí puede apreciarse con claridad cuál es el planteamiento de Kelsen, una posición contractualista que no va más allá de la de Hobbes y que trata de solventar los problemas de la falta de unanimidad por medio del principio de las mayorías cualificadas³⁹. Además, Kelsen es consciente de que el principio de unanimidad es

34. Vid. *íd.*

35. *Íd.*, p. 83.

36. Vid., al respecto, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984 (1977), p. 274.

37. KELSEN, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 95.

38. *Íd.*, pp. 19-20.

39. De todas maneras no evitaría en ningún caso por medio de la unanimidad las críticas que ha hecho Habermas a este planteamiento, tal y como ya hemos visto con anterioridad en la nota 14.

difícilmente sostenible más allá del momento fundacional, de ahí que defienda que la democracia “desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad”⁴⁰, con lo que no le queda más remedio que reconocer que la idea de libertad como autodeterminación sufre una metamorfosis en tanto que se interpreta el gobierno de sí mismo, la idea de autodeterminación, como sometimiento a la voluntad de la mayoría. Con esto ha reducido los problemas de fondo de los que partía a un juego de sumas y restas. Esto le obliga a forzar su argumentación y apoyar el principio de las mayorías no en ese simple juego de sumas y restas, sino en un fundamento arraigado en el concepto de libertad del que había partido, pero al hacerlo así, termina por dinamitar ese mismo concepto de libertad. Eso es lo que hará cuando defienda que si no puede lograrse la libertad de todos, se consiga al menos la del mayor número. Así dirá: “(1) la sola idea de que, si no todos, sean libres el mayor número posible de hombres, es decir, que el menor número posible de ellos tenga una voluntad opuesta a la voluntad general del orden social, conduce, de un modo lógico, al principio de la mayoría (...) se busca hacer libres al mayor número posible de hombres”⁴¹.

Como vemos, Kelsen es consciente de los problemas a que puede conducir el ejercicio del principio de la mayoría y es por eso, por lo que tratará de equilibrarla mediante el concepto de transacción, ya que ésta, la transacción, “es la verdadera aproximación a la unanimidad exigida por la idea de la libertad en la creación del orden social por los sujetos al mismo, se ajusta el principio de la mayoría en este sentido a la idea de la libertad política”⁴². La conclusión será clara: “la voluntad colectiva creada con arreglo al llamado principio de la mayoría no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas entre ambos grupos”⁴³. ¿Cómo se lleva a cabo esa influencia recíproca? A través de la transacción, que “consiste en posponer lo que estorba a la unión, a favor de lo que contribuye a ella. Todo cambio, todo contrato, es una transacción

Mucho menos lo conseguiría por medio del principio de las mayorías, que no evitaría ni el problema del *free rider* ni tampoco el fracaso del utilitarismo en “relación al sentido individualista de una moral del igual respeto para todos”, HABERMAS, *La inclusión...*, *op. cit.*, p. 39.

40. KELSEN, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 21.

41. *Íd.*, p. 23. Definitivamente, la voluntad general se ha perdido, aunque como puede observarse, Kelsen sigue sin resolver con claridad el problema. Pues sigue presente el de los límites de las mayorías y, lo que es más importante, su justificación. Un ejemplo de lo que quiero decir, lo ofrece el propio Kelsen cuando afirma en la p. 24 que “la democracia —siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él— es compatible aún con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la ‘libertad’ individual y con la negación del ideal del liberalismo”. Parece que con esto cabe reafirmar que el problema está en los límites de la mayoría, que es donde reaparecerá el problema de la voluntad general. De ahí que se pueda avanzar que el principio de las mayorías no resuelve el problema de la formación de la voluntad colectiva, pues el problema reside en encontrar el fundamento y justificación de los límites del principio de las mayorías.

42. *Íd.*, p. 97.

43. *Íd.*, p. 85.

(... se trataría, en fin de fijar) una línea media entre los intereses opuestos como resultante de la pugna sostenida por las fuerzas sociales.”⁴⁴. Lo había dicho antes con suma claridad. “La voluntad colectiva (...) si no ha de ser la expresión unilateral del interés de un grupo, sólo puede consistir en la resultante o transacción de intereses divergentes”⁴⁵, pues “el ideal de un interés colectivo, superior a los intereses de grupo (...) viene a ser una ilusión metafísica o, mejor dicho, ‘metapolítica’, que suele denominarse con terminología bastante confusa comunidad ‘orgánica’ o articulación ‘orgánica’ de ella y contraponerse al llamado ‘Estado de partidos’, esto es, a la democracia mecánica”⁴⁶.

Ahora bien, no parece que con ese concepto de transacción, podamos ir mucho más allá de los problemas que ya teníamos planteados cuando hablábamos de los inconvenientes del principio de las mayorías, pues ahora las dificultades con las que nos enfrentamos, son muy similares, ya que consisten en determinar cuáles son los límites de la propia transacción, sobre qué se puede y sobre qué no se puede transigir. Dworkin ha visto hoy día muy bien los problemas que podían derivarse de un planteamiento como el kelseniano. De ahí que diferencie claramente entre lo que puede ser objeto de acuerdo y, por tanto, de transacción, y lo que sólo puede ser objeto de compromiso⁴⁷. Mientras que sobre los intereses se puede transigir, no sucede así con los principios, que sólo pueden ser objeto de compromiso y no de acuerdo. Precisamente, las dificultades del planteamiento kelseniano derivan de no haber tenido en cuenta esta diferencia y haber pensado que todo puede ser objeto de transacción. Aunque esto no queda suficientemente claro en su propio planteamiento, ya que si siguiéramos sus indicaciones al pie de la letra, habría que determinar qué es lo que podría ser o no objeto de transacción. Por ejemplo, ¿cabría discriminar por razón de raza? Incluso el problema podría ir más allá al preguntarnos si el propio ‘Estado de partidos’ podría ser objeto de transacción, pues si esto sucediera, entonces se acabaría con la posibilidad de transacción. Luego para que la transacción pueda persistir, necesariamente ha de tener un límite, que la transacción no puede ser objeto de sí misma, sino que se tiene como límite a sí misma, pero esto necesitaría de justificación. En definitiva no es sino el viejo problema del relativismo, todo es relativo menos la afirmación de que todo es relativo, esto es, menos el propio relativismo, con lo que caemos en un nuevo absolutismo, que puede ser aún peor en la medida en que parece justificado, cuando no lo está⁴⁸.

44. Íd., p. 86. Asimismo habría que hacer referencia al intento de lograr equilibrio entre las diferentes partes. Vid., por ejemplo, íd., pp. 94 y 97.

45. Íd., p. 43.

46. Íd., p. 42.

47. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, cap. 6.

48. Vid., al respecto, los textos ya citados de KELSEN, *Esencia y valor...*, de la p. 24 y su intento de corrección en la p. 85. Lo curioso es que su intento de corrección de los excesos del principio mayoritario por la transacción lo llevan al punto de partida. La razón de todas estas vueltas y revueltas, siempre se encuentra en el mismo lugar: no haber abordado bien el problema central sobre el que todo esto se construye, es decir, pensar que dejando de lado el problema de la voluntad general, los problemas que la misma conllevaba se solucionaban. Como podemos apreciar, no es eso lo que sucede.

De ahí su intento de salir de estas dificultades con la reformulación del principio de la mayoría como “principio de mayoría y minoría”, puesto que “(a)l quedar agrupada en dos sectores esenciales la totalidad de los ciudadanos, brota la posibilidad del convenio o transacción para la formación de la voluntad colectiva”⁴⁹, lo que se acentúa, en su opinión, con el sistema de representación proporcional, pues implica “la necesidad de salvar las pequeñas diferencias entre los partidos y llegar a puntos de acuerdo sobre los intereses comunes más importantes”⁵⁰, con lo que de nuevo incide en el terreno del que continuamente trata de huir, pues el problema con el que se inició este apartado, la imposibilidad de sustentar el pacto social en la voluntad general, no hay manera de que lo obviemos, ya que lo que realmente nos preocupa es lo que pueda entenderse por interés común, que excede a lo que podamos considerar el interés de cada uno e incluso la suma y resta de esos intereses individuales. Este problema se agrava cuando trata de asegurar que la voluntad del Estado no sea la de un solo sector de la sociedad, la voluntad de un solo partido o de una coalición de partidos. Para evitarlo, incide con otras palabras en la idea de los límites, aunque ahora se refiera a la misma con otros términos: “se precisan garantías de que todos los demás puedan manifestarse y entrar en concurrencia, sin lo que no podrían llegar a la transacción”⁵¹. Kelsen formula de manera definitiva estas ideas concordantes, la de los límites y las garantías cuando dice:

“El principio de la mayoría parlamentaria es muy adecuado para evitar la hegemonía de una clase, siendo característico que en la práctica resulte conciliable con los derechos de las minorías. Por su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría, y, por consiguiente, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir, resultando de ello, ya que no la necesidad, por lo menos la posibilidad de una protección para la minoría frente a la mayoría. Esta protección constituye la función esencial de los llamados derechos públicos subjetivos, derechos políticos o garantías individuales”⁵².

De esta manera, se cierra el círculo. Kelsen se da cuenta de que el problema de la voluntad general es irresoluble, pues quien lo resolviera habría alcanzado la piedra filosofal de todo orden social; se da cuenta de que sólo es posible resolver el problema de cómo organizar el orden social a través del otro instrumento que había diseñado Rousseau, la voluntad de todos. Esto le lleva a reconocer que no hay manera de establecer un orden social si no es por medio del juego entre mayorías y minorías. Así pues, un orden social sólo puede establecerse apoyado en la mayoría, sobre lo que la mayoría decida. Pero como hemos visto, tal planteamiento conlleva una dificultad. Si el orden social no puedo resolverlo desde la voluntad general, en tanto que no hay manera de llegar a descifrarla, parece enton-

49. *Íd.*, pp. 85-86.

50. *Íd.*, p. 91.

51. *Íd.*, p. 92.

52. *Íd.*, p. 81.

ces claro que sólo podrá encontrar la solución en lo que decida la mayoría. Sin embargo, las decisiones mayoritarias se encuentran frente al argumento de la ‘*reductio ad hitlerum*’, un argumento que, nos guste o no, es muy consistente, pues plantea que la corrección o incorrección de una decisión no puede depender del número de personas que la apoyen, sino de la rectitud del argumento que se defienda. Esto no quiere decir que el número sea irrelevante. Dicho de otra manera, el número de personas es una condición necesaria, pero no suficiente. Sin un número mayoritario de personas que apoyen una medida no hay nada que hacer, pero sólo con el número tampoco. Necesitamos algo más, que va más allá del número y que se mueve bajo unos parámetros distintos, pues su corrección no dependerá ya del número, sino de la consistencia de lo defendido. En definitiva, el principio de las mayorías por sí mismo no puede evitar que se instale un sistema político contrario al propio juego del principio de las mayorías. Así, la mayoría podría impedir que se formara una mayoría de distinto signo. De ahí que el principio de las mayorías, a través del que se plasma el de la soberanía popular, requiera de unos límites, una serie de derechos individuales, que cabe enmarcar bajo el principio defendido por Dworkin, siguiendo los pasos de Rawls, como el principio de que todos merecen igual respeto y consideración⁵³.

Así pues, Kelsen se encuentra con problemas muy parecidos a los que se enfrentará Hart. Para éste, la aceptación de los criterios de validez a los que han de responder las normas jurídicas de un determinado ordenamiento jurídico remite a las mismas cuestiones de las que acabamos de hablar: quiénes son los que aceptan, cómo ha de ser la aceptación, pues en ésta es donde se encuentra el problema de los límites. Cuando se caracteriza de una determinada manera qué es lo que podemos entender por aceptación, estamos expresando lo mismo que cuando Kelsen se pregunta por los límites de las decisiones mayoritarias. Ya vimos las dificultades que arrastraba la posición de Hart al responder a la primera cuestión. Ahora sólo me interesa recordar algo respecto de la segunda. La aceptación suponía dos cosas. Primero, se trataba de aceptar aquellos criterios que establecían la validez o invalidez de las normas del sistema, con lo que de los mismos criterios no podía predicarse validez. Sin embargo y en esto consiste lo segundo, esa aceptación no podía caracterizarse como actitud irreflexiva. Si la hubiera pensado así, no habría salido de la teoría de Austin. Tenía que ser necesariamente una actitud crítico-racional, que por hacerse en nombre de otros exige que esa aceptación exceda el mundo de los hechos y mire más allá, al lugar de donde el derecho se alimenta de justicia. Sólo si pensamos de esta manera la aceptación, podremos salir de las dificultades en las que se encuentra la teoría de Hart. Y al hacerlo así, es cuando excedemos la identificación entre legalidad y legitimidad y evitamos la expulsión de esta última al terreno de la irracionalidad.

Kelsen contempló los problemas de legitimidad y legalidad de manera separada, por más que en su obra estrictamente jurídica trate de reducir los problemas de

53. Vid. *supra* n. 36.

legitimidad a los de legalidad, ya que en su obra política constituye el ámbito de reflexión de los problemas relativos a las cuestiones de legitimidad. Es consciente de las dificultades a las que puede llevar el desconocimiento de los problemas de legitimidad y su identificación con los de legalidad, pero no tiene instrumentos teóricos para abordar y resolver esos problemas. Sólo poseía dos maneras de afrontarlos, por un lado, una salida que él mismo había cegado, la vuelta al derecho natural. La otra consistía en enfrentarse con los problemas de una manera escindida manteniendo una doble obra, la jurídica en sentido estricto y la político-jurídica, lo que permitirá mantener una tensión entre ambas y, consecuentemente, plantear los distintos problemas en los diferentes ámbitos.

Su teoría del derecho se ocupará de las cuestiones de legalidad, y de lo que a ésta exceda, lo hará en su teoría jurídico-política. Así defenderá la necesidad de una serie de derechos público-subjetivos, que hoy podríamos reconocer como la positivación de un conjunto de derechos humanos, esto es, el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales. Mi intención aquí no es la de entrar en su categorización dogmático-jurídica, sino en cuál sea su fundamento. Porque en Kelsen el problema no es claro: si parto de que un sistema democrático se asienta sobre el principio de la soberanía popular que se expresa mediante las decisiones mayoritarias, ¿cómo puedo ponerle límites a esas decisiones mayoritarias? Pues si lo hiciera, entonces ya no se asentaría sobre ese principio que dejaría de ser soberano por estar limitado, sino que lo haría sobre esos mismos límites. Paradójicamente parece como si el gran contrincante del derecho natural hubiese caído en las redes del mismo, al defender, por un lado, la necesidad de límites a las decisiones mayoritarias y al no tener claro, por otro, cómo fundamentar esos límites, los derechos públicos subjetivos.

Sólo hay un momento, en el que más allá de reconocer la necesidad de una serie de derechos que protejan a los individuos de los poderes estatales, en el que Kelsen arroja luz sobre el problema: la única manera de hablar de mayoría es porque hay minoría, por lo que necesariamente sólo es posible hablar de mayoría si se mantuviera la minoría, si la mayoría permitiera la subsistencia de la minoría. En esto consiste su solución, una solución lógica a un problema de fondo, pero que no nos puede bastar para resolver los problemas con los que nos enfrentamos. Parece claro que una mayoría, sólo cabe construirla si existe una minoría, lo que no evita que nos preguntemos sobre qué se asienta esa minoría. Cuando traspasamos la aproximación lógica al problema, parece como si necesitaríamos de otros instrumentos.

En definitiva, uno y otro, Hart y Kelsen, abordan el mismo problema de fondo: cuáles han de ser los límites de las decisiones fundamentales que se adoptan en una determinada sociedad. En el caso de Hart, el problema adquiere una perspectiva más técnica, ya que se trata de saber en qué términos tiene que darse esa aceptación. En el de Kelsen, es más política, pues plantea, aunque no resuelva, la contradicción sobre la que se asientan nuestros sistemas jurídico-políticos: el reconocimiento de una serie de libertades individuales y el principio de soberanía popular. De esta manera, Kelsen muestra claramente cuál será el programa de investigación sobre cuestiones de fundamentación jurídico-política de este siglo.

IV. ¿LA SOLUCIÓN DE LA CONTRADICCIÓN?

La contradicción —derechos del hombre y soberanía popular— en la que se mueve la obra de Kelsen, era la misma que presidía la reflexión de Fukuyama sobre el fin de la ideología al haberse llegado a una construcción definitiva: el Estado liberal-democrático, un Estado asentado sobre el reconocimiento de unos derechos del hombre y el principio de soberanía popular. Como podemos apreciar, las ideas de Fukuyama no van mucho más allá de las conclusiones a las que había llegado bastante antes Kelsen, con más de medio siglo de anticipación. Sin embargo y frente a las intuiciones de Fukuyama, esa contradicción ni estaba resuelta ni agotó la reflexión jurídico-política, sino que es la que inspiró las ideas más fructíferas de este siglo. La propia teoría jurídica de Kelsen es una teoría que en cierto modo se explica porque no ha sido capaz de resolver esa contradicción. Las críticas a su teoría por parte de Ross y Hart toman, también, aliento de los problemas que Kelsen había dejado expuestos. Incluso habría que decir que los intentos de articulación entre ambos principios a través del derecho de una sociedad democrática, que es lo que hace Habermas, difícilmente se entienden si nos olvidamos de las polémicas que se arrastran desde el primer tercio de nuestro siglo. En resumen, cabría apuntar que en la obra de Habermas sobre el derecho se entrecruzan dos líneas de reflexión sobre los problemas de carácter jurídico-político: en primer lugar, las relaciones entre la legalidad y la legitimidad, que provienen del modo en que las había dejado planteadas Hart a través de su concepto de aceptación, y las cuestiones de los límites a las decisiones del soberano, que provienen de la defensa por parte de Kelsen de una serie de derechos públicos-subjetivos.

Así, Habermas planteará las relaciones entre legalidad y legitimidad del siguiente modo:

“El derecho moderno viene formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y —ésta es al menos su pretensión— garantizadoras de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de las resoluciones cambiables de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho”⁵⁴.

De esta manera, Habermas sintetiza y ofrece su propia salida a la primera parte del debate que hemos descrito. La idea central consiste en afirmar las relaciones entre legalidad y legitimidad de manera que no quede la segunda reducida a la primera, como sucedía en Kelsen, sino que entrelaza la expectativa de legitimidad

54. HABERMAS, *Facticidad y validez...*, *op. cit.*, pp. 645-646.

con las propiedades formales del derecho, la coerción y la positividad. Con esto consigue situarse en el terreno de Hart, pero aún no ha ido mucho más allá. No hace falta sino recordar cómo este último autor terminó por defender la idea de un contenido mínimo de derecho natural que el propio derecho positivo, si es que quería considerarse tal, tenía que respetar. La idea de que la legitimidad del derecho consiste en que se garantice la autonomía de las personas jurídicas por igual no sobrepasa, por ahora, lo defendido por las posiciones iusnaturalistas que sostenían que el derecho positivo sólo obtendría legitimación caso de que se respetasen determinados principios, especialmente en el caso del iusnaturalismo moderno, el del reconocimiento de iguales libertades subjetivas de acción. No obstante, Habermas caracteriza la validez del derecho de un modo ambivalente

“Pues el derecho moderno se vuelve a sus destinatarios ofreciendo una doble cara: les deja la libre opción, o bien de considerar las normas jurídicas como mandatos en el sentido de restricciones fácticas de su propio espacio de acción y de abordar en términos *estratégicos* las consecuencias calculables de las transgresiones posibles de las normas, o bien de considerar esas mismas normas en actitud *realizativa* como preceptos dotados de validez y obedecerlas ‘por respeto a la ley’. La validez de una norma jurídica se da cuando el Estado garantiza a la vez las dos cosas siguientes: se cuida, por un lado, de que por término medio, y en caso necesario recurriendo a sanciones, la norma sea obedecida, y garantiza, por otro lado, las condiciones institucionales para que la norma se produzca en términos de legitimidad, de suerte que en todo momento pueda ser también obedecida por respeto a la ley”⁵⁵.

Al caracterizar de esta forma ambivalente la validez del derecho, Habermas excede al iusnaturalismo, pues trata de una manera más compleja tanto las relaciones de los ciudadanos con el derecho como el mismo papel que ha de desarrollar el Estado en la elaboración del mismo. En el primer caso, el papel del ciudadano no queda encerrado a cumplir la ley ‘por respeto a la ley’ sin ninguna otra posibilidad, ya que la concepción sobre la validez de Habermas le permite adoptar bien esta posición, bien una posición estratégica, que encontraría justificación desde la misma concepción de la aquiescencia de Hart. En el segundo, el papel del Estado se piensa también con más amplitud, no queda concebido simplemente de una manera idealista, aunque tampoco se lo identifica con la desnuda razón de Estado, pues éste ha de alimentarse necesariamente de la fuente de justicia, que permite que las normas se produzcan en términos de legitimidad.

Esta manera de abordar la cuestión de las relaciones entre legalidad y legitimidad, lleva a que Habermas plantee las relaciones entre moral y derecho de forma que puedan abordarse de un modo distinto a como hasta ahora se hizo. Esto le permitirá salir de la vieja disputa entre el iusnaturalismo y el positivismo. Así

55. Íd., p. 646.

admitirá la importancia de un acercamiento al problema del reconocimiento de iguales libertades subjetivas de acción desde un punto de vista moral, al mismo tiempo que se reconoce la insuficiencia de tal planteamiento. Esto lo conducirá a reclamar la presencia de un planteamiento jurídico sobre la cuestión, dada la debilidad de la primera aproximación. Todo lo anterior nos llevaría a tener que acercarnos al problema de la garantía de la autonomía a todas las personas jurídicas por igual desde una nueva perspectiva, en tanto que habría que enmarcarla dentro de lo que significa el principio de soberanía popular, es decir, se trataría de entender tales libertades no ya como previas a todo, sino como aquellas que constituyen el medio adecuado en el que el principio de soberanía puede ejercitarse y limitarse desde sí mismo. De esta manera articula en su propia teoría la segunda de las líneas de reflexión a la que me refería más arriba y a la que se dedicó la tercera parte de este trabajo: el problema de la justificación de los límites al poder soberano. Veamos brevemente las distintas etapas que Habermas tiene que recorrer a fin de lograrlo.

En primer lugar, hemos de acercarnos a ver por qué considera necesaria, aunque insuficiente, la adopción del punto de vista moral para resolver el problema de la legitimidad. Es evidente que el punto de vista moral ha de construirse sobre el principio moral, esto es, el principio de universalizabilidad, que implica que ninguna norma debe adoptarse a no ser que todo sujeto pudiera aceptarla. Habermas lo formuló del siguiente modo: “Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y consecuencias secundarias que para la satisfacción de los intereses de cada uno previsiblemente se sigan de su observancia general han de poder ser aceptadas sin coerciones por todos los afectados”⁵⁶. Teniendo en cuenta que los afectados se definen como todos los sujetos naturales, como todos los hombres, es decir, en virtud de su humanidad, esto nos lleva necesariamente a que las normas morales que pudieran ser aceptadas como válidas por todos los afectados, tendrían que ser formuladas de manera tal que evitaran las peculiaridades de las diferentes sociedades y comunidades, lo que conduce a que las normas morales tengan que formularse de manera muy abstracta. Por eso es posible desde el punto de vista moral formular iguales libertades subjetivas de acción, aunque por las propias exigencias de la moral, esas libertades tendrían que reconocerse de manera tan abstracta que apenas podrían aplicarse a las situaciones concretas. Al inconveniente de la excesiva abstracción de los principios morales, habría que añadir además que la persona que se mueve en el campo moral está sujeta a enormes exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas⁵⁷. Esto nos lleva a reconocer el punto de vista moral como enormemente clarificador, pero al mismo tiempo como demasiado estrecho, lo que nos exige complementar el campo moral con el

56. J. HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, 1991, p. 131, cit. en Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., p. 659, n. 15.

57. HABERMAS, *Facticidad y validez...*, op. cit., pp. 180 y ss.

jurídico, terreno en el que podremos encontrar las normas adecuadas, por concretas, con las que organizar una sociedad democrática.

Así pues y dada la abstracción de los principios morales, éstos requieren su concreción por medio de las normas jurídicas, con lo que se evitaría que nos quedásemos sólo con la formulación de principios excesivamente abstractos para que pudieran aplicarse en la práctica. Ahora bien, este planteamiento no termina de resolver el problema fundamental, pues lo único que ha hecho ha sido el de solucionar la abstracción del planteamiento moral, pero seguiríamos encerrados dentro de lo que es un planteamiento iusnaturalista. Así se formularían unos derechos abstractos en el plano moral, lo que podríamos llamar derecho natural, o bien, tal y como se hace hoy día, derechos humanos, y luego pasaríamos a su concreción de manera que esa concreción dependería de su adecuación o no a lo establecido por la moral. Sin embargo hay que hacer dos tipos de precisiones. Primera, el proceso de concreción no puede atender sólo a razones morales, sino que tiene que atender a otros tipos de razones, como son las éticas o formas concretas de vida y las razones pragmáticas. Esto podría plantear muchos problemas que ahora dejaré de lado. La segunda precisión es la que de alguna manera podría evitar algunos de los problemas a que antes me refería y consiste en la articulación entre el medio derecho y el principio democrático, lo que veremos a continuación.

Parece que la única posibilidad de escapar de los problemas que plantea el iusnaturalismo es la de intentar esa articulación mediante la institucionalización jurídica del principio democrático. Antes de hacerlo hay que reconocer que el propio principio democrático, el principio de la soberanía popular también plantea dificultades por sí mismo, que proceden de muy atrás, especialmente de la dificultad de comprender, tal y como vimos, lo que podría entenderse por voluntad general. Esto condujo a su desplazamiento y sustitución, en la medida en que era posible, por la voluntad de todos, que se plasmó en el ejercicio del principio de las mayorías, aunque el problema central, la racionalidad de esa voluntad, permaneció. Así se trató de abordar tal dificultad mediante el establecimiento de una serie de límites a los que dicho principio democrático tendría que atenerse, de manera que éste se mantuviera y no quedara supeditado ante aquéllos. Habermas lo planteará de manera que puedan presuponerse mutuamente el principio de soberanía popular y los límites a que el mismo ha de atenerse, esto es, los derechos humanos que el ejercicio del principio de las mayorías ha de respetar. Así dirá:

“Al tomar el principio de discurso forma jurídica se transforma en un ‘principio de democracia’. Para tal fin ha de disponerse ya del código como tal con que opera el derecho; y el establecimiento de este código exige que se establezca un *status* para posibles personas jurídicas (...) En la producción del derecho sólo participan como *sujetos jurídicos*; por tanto, no queda a su disposición el decidir si para ello van a servirse del lenguaje del derecho. La buscada conexión interna entre ‘derechos del hombre’ y soberanía popular consiste, por tanto, en que la exigencia de institucionalizar jurídicamente la autolegislación sólo puede cumplirse con ayuda de un código que *a la vez* implica el garantizar libertades subjetivas de acción judicialmente accionables. A la inversa, la igual distribución de

esos derechos subjetivos (y de su *fair worth*) sólo puede satisfacerse mediante un procedimiento democrático que funde la presunción de resultados racionales en la formación de la opinión y la voluntad políticas⁵⁸.

Parece que las dificultades de que antes hablábamos, podrían evitarse mediante la realización del principio democrático en el medio derecho, con lo que habríamos perdido de vista a los sujetos naturales y nos enfrentaríamos con una nueva abstracción, el sujeto de derecho, que nos permitiría evitar los problemas de la abstracción de las normas morales, esto es, se trata de que las normas morales son abstractas porque tratan de sujetos naturales, mientras que las normas jurídicas son concretas porque tratan de sujetos abstractos, y es en esta abstracción donde el principio democrático puede ejercitarse al tiempo que encuentra su límite, pues no puede exceder el medio derecho, con lo que evitaríamos, a la vez, los problemas derivados, los propios de los planteamientos iusnaturalistas, de la imposición de límites desde fuera del propio principio de la soberanía popular. En definitiva, una construcción muy simple para evitar dos problemas muy antiguos, el de la supeditación del derecho positivo a otro derecho que se encuentra más allá de nuestra capacidad de decisión y el del arrojamiento del derecho positivo al terreno de la irracionalidad.

Esta manera de entender las relaciones entre legalidad y legitimidad, entrecruzadas con los problemas propios de las sociedades democráticas, esto es, de los límites a que han de atenerse las decisiones adoptadas democráticamente en esas sociedades en la medida en que las mismas requieren de legitimidad, plantea una nueva forma de acercarse a los temas de reflexión propios de la filosofía del derecho. No obstante se intuyen ciertas dificultades en los planteamientos de esta nueva filosofía del derecho, en la medida en que parece que cobran de nuevo sentido algunas de las críticas que tuvieron su importancia en tiempos anteriores y que hoy se encuentran arrinconadas. Las críticas al formalismo del derecho moderno, así como los excesos que podrían acarrear las exigencias de una democracia deliberativa, se vislumbran en el horizonte.

58. Íd., pp. 653-654.