
ANDRES OLLERO

(Granada)

Legitimación democrática del derecho y positivismo legalista

1. La hegemonía de la ley en el panorama jurídico contemporáneo (quizá hoy ya un mero residuo rutinario) amenaza con desvirtuar la filosofía *del derecho* reduciéndola a filosofía *de la ley*. Cuando esto ocurre, todo problema *jurídico* se analiza como si tratase de un problema *legal* y se busca su solución procurando reajustar las circunstancias en que se produce la creación de la *ley*, invitando a criticar su contenido, o proponiendo algún artificio metodológico que someta a control racional su aplicación.

Pocos aspectos tan vinculados a la vida del *derecho* como el de su “aplicación” (las comillas parecen en este caso pudorosamente obligatorias), de ahí que no venga mal preguntarnos por su posible legitimación democrática, al ser ésta la consecuencia obligada del tema —“derecho y soberanía popular”— que ahora nos reúne.

Puede resultar superfluo preavisar que no aspiramos a una solución definitiva (¿las hay?) del tema propuesto, sino más bien a un planteamiento sustitutivo del posiblemente dominante. Qué duda cabe de que toda respuesta aparece condicionada y enmarcada por una pregunta, y por ello proponer otra manera de preguntar puede que no sea empresa ociosa.

2. Cuando el tema de la legitimación democrática del derecho se plantea desde una perspectiva de filosofía *de la ley* suele revestir estos caracteres peculiares:

— Toda la preocupación se centra en los procedimientos formales capaces de garantizar el marchamo democrático del momento “creador” del *derecho*, que —coherentemente— resulta sin más identificado con el proceso de elaboración de la *ley*. Sólo al plantear nuevas leyes se produciría una auténtica inversión de poder y con ello una irrupción de derecho nuevo, porque el derecho (identificado con la ley) tiende a reducirse a craso instrumento de poder. El único problema radicará en lograr que lo sea de un poder democrático.

— Una vez “terminado” el momento creador de derecho, la segunda preocupación obsesiva será eliminar toda interesada manipulación de su proceso aplicativo. Esto resultará viable en la medida en que se logre una óptima tecnificación de la (supuesta) subsunción en que consiste: La “interpretación” de la ley es mirada con recelo, como un recurso que pretende eludir su correcta “aplicación”, dando entrada a una tergiversación caprichosa (ideológica, “politizada”) de la voluntad legal. Contra politización (“antidemocrática”), asepsia técnica (“democrática”).

— Este preciosismo técnico permite despersonalizar adecuadamente la labor judicial hasta reducirla a una operación lógico-mecánica. En este marco, la “interpretación” se considera como un fenómeno excepcional sólo tolerable cuando la imperfección patológica de la ley lo exija. Se tratará siempre de recortar su alcance porque, en la medida en que llegue a implicar una “creación” de derecho, compromete el equilibrio de poderes. En efecto, si *derecho* se identifica con *ley*, crear derecho es crear leyes y ello es competencia del poder legislativo (democráticamente legitimado) y no del judicial (supuestamente técnico).

Todo lo apuntado supone que para el positivismo legalista —versión contemporánea modélica de filosofía *de la ley*— el problema de la legitimación democrática de la “aplicación” del derecho/(ley) sea a todas luces artificial: ¿qué necesidad habría de legitimar democráticamente —en aras de la soberanía popular— un proceso meramente técnico, mecánico y neutral?

3. Pero si cambiamos el emplazamiento del ocular y procedemos a un inicio de examen bajo el prisma de una filosofía *del derecho*, se plantean de inmediato dos interrogantes: a) si el planteamiento propuesto garantiza suficientemente la legitimación democrática del *derecho* (aun concediendo generosamente que la creación de la *ley* mereciera ya tales honores), y b) qué ocurriría si el proceso que concre-

tiza la *ley* hasta hacerla *derecho* resultase menos mecánico de lo previsto.

a) La primera respuesta aflora con facilidad. Ni los más convictos defensores del positivismo legalista se dan por satisfechos. El esquema propuesto se ha visto sometido a una continua revisión en aras del realismo, aunque se respete su estructura básica. No hubo que esperar a que Kelsen reconociera el carácter creador de la aplicación del derecho, configurándola como un eslabón más (particularizado y concretizante) de la pirámide normativa. Ya Austin había integrado similar reconocimiento al diseñar la labor judicial como “legislación oblicua”.

Pero es curioso que ni siquiera en los que viven —y teorizan— la apoteosis de la ley falten elementos que denuncian la sospecha de que la dimensión subjetiva de la intervención judicial comprometa el juego democrático. Y así, en Bentham, el reformador ilustrado que aspira a cambiar con la ley la faz de los pueblos, el padre de la idea codificadora y el abuelo de la jurisprudencia analítica —que es lo mismo que decir el bisabuelo de buena parte de la ciencia jurídica contemporánea— encontramos una interesante alusión: “los efectos de la publicidad llegan a un máximo de importancia cuando se consideran en relación a los jueces, ya sea para asegurar su probidad, ya sea para otorgar a sus sentencias la confianza pública”. Ha de darse “un llamamiento continuo de su tribunal al de la opinión pública”.

Y esto lo dice el más autoconvencido diseñador de nuestro modelo inicial, en cuyo haber teórico hay que apuntar:

— el considerar a la interpretación como lamentable consecuencia de un “defecto” de claridad de la ley;

— la separación tajante entre “comprensión” de la ley (que sería un problema de claridad y, en su defecto, de interpretación) y “aplicación” a los hechos (compartimento estanco que plantea un problema que ya no sería de interpretación, sino de prueba);

— la restricción máxima de la autonomía judicial recurriendo a un doble expediente: el añadir a toda ley un “comentario razonado” que haga que la ley se interprete auténticamente a sí misma, y el plantear de modo cuasiaritmético —basado en el cálculo de probabilidades— la apreciación de las pruebas.

No deja de resultar llamativo que el juez-computadora que así se nos diseña tenga que mantener un diálogo continuo con la opinión pública. El resultado parece reconfortante e incluso lógico. Al fin y al cabo, sabido es que, en su origen, el positivismo legalista de la Modernidad aparece unido a una ideología liberal reformista e incluso revolucionaria. Nada tendría, pues, de extraño este refinamiento “democrático”. Quizá hay que llegar a la conclusión de que nuestro esquema inicial era marcadamente tendencioso.

Pero ¿qué entiende Bentham por “opinión pública”? Debemos aplazar para otra ocasión el estudio detallado que su influyente teoría jurídica merece (1). Baste con recordar ahora que aspiraba a gobernar después de su muerte a todas las naciones. Aunque haya tenido que acabar conformándose con gobernar —teóricamente— a sus mortales enemigos, los abogados, es preciso reconocer que no es poco.

La receta supone que el juez debe prestar oídos a las “expectativas” que la opinión pública experimenta. Pero por opinión pública debe entenderse aquí a la opinión “ilustrada” y resulta que, para él, el arma decisiva de ilustración social es precisamente la *ley*. Esta no es sólo el instrumento exclusivo del poder político (con lo cual, legitimada ella, resuelto este problema), sino que, a la vez, juega como instancia monopolizadora de la fundación de las expectativas sociales. La opinión pública se supone “ilustrada” en la medida en que sólo “espera” lo que la ley le invita a esperar. La fe del ilustrado en la capacidad de persuasión de sus propuestas reformistas es granítica.

En realidad, la función de la ley no sería, por tanto, recoger las expectativas sociales, sino crearlas, ilustrando a la opinión pública. Democracia no es aquí legitimación en base a expectativas previas, sino imposición del aprendizaje de unas bien determinadas. La referencia a la opinión pública no ha dado paso a una legitimación democrática de la aplicación de la ley, sino que se ha limitado a cerrar, retóricamente, la ficticia plenitud del ordenamiento legal.

Tendríamos, pues, una interesante receta: legitimación democrática de la aplicación de la ley, en base a la sintonía de la subjetividad judicial con las expectativas reales de los ciudadanos. Pero se trata de

(1) Especialmente interesante resultaría analizar las consecuencias de su sustitución de los «derechos» por las «expectativas» y la original «democracia» a que ello da lugar.

una receta arruinada por la dogmática apoteosis de la ley: la ley monopoliza el poder social, hasta lograr que no haya poderes que jueguen fuera de ella; la ley representa la expresión más excelsa de racionalidad social, hasta el punto de ser propuesta por Bentham como “catecismo del pueblo”.

Pocos suscribirían hoy la ingenua autosuficiencia de los ilustrados, pero su teoría jurídica (el positivismo legalista) perdura. ¿Cómo explicar la paradoja? Quizá porque el positivismo legalista sigue siendo hoy el más eficaz instrumento al servicio de otras autosuficiencias que, al no tener nada de ingenuas, procuran mantenerse encubiertas. Pero no es éste nuestro tema. Volvamos al hilo de nuestro planteamiento.

Si repasamos lo expuesto, comprobamos que el problema de la legitimación democrática de la “aplicación” de la ley no ha hecho sino reproducir las dificultades propias de la legitimación democrática de su “creación”. Esto encierra una gran lógica, en la medida que admitamos que toda “aplicación” se nos muestra siempre como “creación”, desmintiendo uno de los dogmas de la filosofía *de la ley*.

Continuando tal paralelismo creación-aplicación, es bueno recordar que las libertades formales resultan imprescindibles si se quiere apoyar democráticamente la “creación” de la ley, pero no resuelven por sí solas el problema. En la vida social siguen jugando fuerzas que tienden a apoderarse de ese mecanismo formal y a desviar su juego. Lo logran en la medida en que no todos puedan, o quieran, entrar en él. Un sistema de equilibrio es válido siempre que las fuerzas contrapesadas se mantengan constantes. Basta que una ceda o resulte sofocada para que surja el desequilibrio. Y esto es un problema que la ley no puede por sí sola resolver, sino que remite a una instancia de mayor amplitud: política, ética, humana.

Ante el tema de la “aplicación” de la *ley* —que no sólo implica siempre creación de *derecho*, sino que en realidad es el momento de la definitiva aparición (o encuentro) de lo jurídico— se repite coherentemente el problema. El principio de legalidad se nos muestra a la vez indispensable e insuficiente. Resultará absurdo pensar hoy que las expectativas sociales puedan ser por definición coincidentes con las que la ley pretende crear. Si así fuera, bastaría ser fiel a la *ley* (a una ley creada democráticamente) para dar paso a una labor *jurídica* democrática. Pero es más bien un consenso difuso de expectativas el que regula realmente la vida social, hasta el punto de que la inopinada

entrada en escena de alguna ley formalmente vigente —su aplicación fiel— puede convertirse en un instrumento de terrorismo nada despreciable. Basta con imaginar una “huelga general de celo” por parte de todos los funcionarios de un país para convencerse de ello. Una y otra vez vamos creando una vida paralela a la *ley*, más o menos cercana a ella en la medida en que su contenido responda a las auténticas expectativas sociales. Y no sólo surge esa vida paralela, sino que el ciudadano “espera” que sea respetada y se ve lanzado a la inseguridad cuando se le desahucia de ella en base al imperio de una ley socialmente muerta.

Ignorar que la *ley* nunca es vida (derecho), sino proyecto de ella —aunque vivificable (juridizable)—, llevaría al error de pensar que habría legitimación democrática del *derecho* cuando la hubiera de la creación legal. Pero con ello habríamos legitimado sólo un mero proyecto. Esta legitimación es sin duda imprescindible —tanto como las libertades formales—, pero no suficiente. También en este caso ha de entrar en escena un juego humano —ético, político— que precisa una legitimación adicional. ¿Cómo cabría lograrla? ¿Cómo puede el juez entablar una efectiva sintonía con las expectativas sociales?

Hemos llegado al final de una de las preguntas provocadas por nuestro enfoque sustitutivo. Su resultado es la constatación de la insuficiencia del positivismo legalista para lograr una auténtica legitimación democrática del *derecho*. Puede saber a poco, o dejar el regusto de una mera receta moralizante, pero, en la medida en que supusiera el efectivo final de una ficción, cabría considerarla fecunda.

b) Pero resta aún el segundo interrogante: qué cabe hacer, una vez admitido que el proceso que concretiza la *ley* y la convierte en *derecho* no es meramente mecánico, ni racionalizable en base a artificios lógicos, sino radicalmente humano y necesitado de una legitimación ética y política. La respuesta no podría ya ser meramente crítica, sino que habría de afrontar la elaboración de una teoría del derecho sustitutiva de la consagrada por la filosofía *de la ley*. Tal parece ser la pretensión de dos líneas que van fraguando en la reflexión jurídica actual.

Por una parte, es preciso aludir a los recientes intentos de elaborar —a un nivel presuntamente afilosófico— una teoría crítica del derecho de cuño neomarxista. La superación (o la ignorancia premeditada) del anatema a la superestructura jurídica, el rechazo del positivismo le-

galista como posible instrumento al servicio de un Estado sólo provisionalmente admitido, el intento de recuperación de las críticas legislativas del joven Marx, y la propuesta de un "uso alternativo" del derecho, apuntan en esta dirección. Como está anunciada una comunicación sobre tan interesante tema, prefiero ceder su análisis a voces más autorizadas y aplazar a su exposición las posibles sugerencias críticas.

Lo que sí cabe adelantar es cuál es el peligro que acecha a estos intentos. Las frecuentes alusiones de sus protagonistas parecen indicar que son saludablemente conscientes de él. El riesgo es que la instancia crítica acabe al servicio de un dogmatismo político, atrincherado en una *legalidad* histórica de supuesta evidencia. No habríamos salido en tal caso del positivismo *legalista*, sino que habríamos creado otro paralelo, que sustituiría la ley estatal por la "legalidad socialista". Sería volver a la autosuficiencia de la "ilustración", rotulada ahora como "emancipación". El convencimiento de que no habría más expectativas sociales que las concordantes con sus respectivas leyes, crearía un penoso paralelo entre ellas. Toda auténtica legitimación democrática quedaría excluida, porque también ahora las expectativas discrepantes no tendrían más valor que el de servir de prueba de lo incompleto del proceso de emancipación/(ilustración) en curso.

A la espera de los resultados de tan incierta travesía, otra línea de pensamiento resalta que, si la superación del positivismo legalista quiere realizarse en un ámbito teórico plural, debe apuntar el desarrollo de una auténtica filosofía *del derecho*. Y en su programa no podría faltar la búsqueda de un nuevo planteamiento de la legitimación democrática de las tareas no meramente *legales*, sino propiamente *jurídicas*. Al servicio de este tema abierto improvisaría las siguientes tesis:

— Existir no es sino tomar parte en un continuo esfuerzo de "interpretación". Supone interpretar el mundo circundante reinterpretándose a la vez personalmente, o lo que es lo mismo modificarlo para ser automáticamente modificado. La existencia como "interpretación" no es ya contradictoria con la "transformación" de la realidad, aunque sí lo sea con todo monopolio dogmático de ella.

— El *derecho* es una dimensión de la existencia humana —un aspecto más de esta incesante "interpretación"—, mientras que la *ley* como manifestación de voluntad puede quedar, a veces, reducida a mero instrumento de fuerza política. Por ello, identificar sin más derecho y

ley no sólo exige intentar eliminar la interpretación de la norma, sino que de hecho implica amputar una dimensión de la existencia transformadora del hombre para sustituirla por la sumisión política.

— La *ley*, dentro del ámbito jurídico, no es sino un proyecto de interpretación. No es aún *derecho* acabado (interpretado), pero sí condición del mismo, y, en cuanto tal, ha de ser políticamente humana/ (democráticamente legítima). Para ello no basta con diseñar técnicamente unas formas, sino que se precisa una efectiva vivificación humana. Cuando el hombre desaparece —por la represión o por la inhibición— no cabe democracia alguna. Sin ciudadanos la ley degenera en puro instrumento de dominación.

— La labor judicial es una de las vías de afloramiento del *derecho*, porque implica ya una “interpretación” real, una “transformación” de la convivencia humana. Ello plantea una doble exigencia, que la ficción legalista había hecho innecesaria: el reajuste de los instrumentos técnicos que faciliten la legitimación democrática formal de tal labor (o sea, el replanteamiento del efectivo alcance del principio de legalidad), y, junto a ella, de nuevo, la necesidad de una efectiva colaboración del ciudadano, del hombre que al sentirse tal proyecte una actitud crítica sobre sus resultados. En el vacío social la independencia judicial es siempre ficticia, porque la presión del Estado juega sin freno.

— Es preciso insistir, aunque quizá no sea aportar mucho, en que no cabe hacer el mundo sin el hombre. La máquina legal no puede sustituirle, porque toda máquina —cuando, engañando con su aparente neutralidad, juega sin control— deshumaniza el mundo tras aniquilar al hombre.

Comunicación presentada a la II Reunión de Profesores de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en torno al tema «Derecho y soberanía popular». Salamanca, abril de 1976.