

ANDRÉS OLLERO

UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS (MADRID)

Estado de derecho o derecho del estado

La relación entre *derecho y poder político* formar parte de los más arraigados prejuicios del ciudadano medio. Tiende a pensar en el *derecho* como si se tratara de un instrumento *del Estado*; sin preguntarse si derecho y Estado nacieron juntos, o si el segundo no es notablemente posterior al primero. Se nos podría apuntar en todo caso que el derecho, si no del Estado, sí sería inseparable del poder político, fuera cual fuera el modo como éste se articule; pero ni siquiera eso llega a ser cierto. No en vano aludimos con orgullo a que el nuestro es un *Estado de derecho*; esto implica reconocer la existencia de exigencias jurídicas previas al Estado y capaces de legitimar su empleo del poder. Todo esto he tenido ya ocasión de comentarlo por escrito¹, pero no vendrá mal recordarlo.

El ciudadano está acostumbrado a identificar al derecho con la maquinaria burocrática estatal. La mayor parte de los juristas son funcionarios; presuntamente integrados por tanto en el Poder Ejecutivo, al menos por vía administrativa. Los jueces, sagrados guardianes del derecho, son entre nosotros funcionarios y fueron seleccionados como tales. Los profesores, que deberían elevar lo jurídico a niveles excelsos, son funcionarios también. No obstante, no siempre fue así...

Los grandes filósofos griegos emparentaban al *derecho* con la *medicina*. ¿Se le ocurriría a alguien -salvo en siniestros regímenes totalitarios- considerar a los médicos como instrumentos del poder? Más bien cultivaban con éxito un saber práctico, en beneficio de sus conciudadanos.

En Roma hubo que esperar a que el imperio acabara convirtiendo el *ius* en *lex* para que el jurista se transmutara en legista, perdiendo su condición de profesional liberal para hacerse funcionario. El jurista por excelencia – como hoy no pocas veces sigue ocurriendo – emitía dictámenes, apoyándose en su decantado saber práctico; como el médico diagnosticaba

¹ En *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi 2007.

y diseñaba el tratamiento oportuno, apoyado en su experiencia clínica. El jurista tenía también su clínica propia; era en realidad un *jurisconsulto*. Su trabajo tenía que ver con la justicia; para *hacerla*, había de apoyarse sobre su propio *saber* acerca del ser humano y sus circunstancias sociales, en vez de limitarse a interpretar un *querer* ajeno. Así fue en buena medida durante siglos.

Con la consolidación del Estado moderno todo cambió. Entre los asuntos públicos a *administrar* aparece la *justicia*. Ésta se ve a la vez desgajada de la ética, como saber práctico por excelencia. Se descubre de repente que el Estado siempre tiene razón; ha nacido la *razón de Estado*... Se archiva la vieja querrela de las leyes injustas, a la vez que parece descartarse que sea el derecho quien tenga razón², lo que obligaría al Estado a respetar sus dictámenes. Teorizar sobre la justicia de las leyes sería ya cuestión ociosa, o sediciosa... El derecho dejó de ser un saber, fruto del conocimiento de una realidad; de una realidad que, como saber práctico, el mismo jurista contribuía a delimitar. Se ha convertido en expresión de voluntad; pero no de una *voluntad* cualquiera sino de la del *soberano*. El jurista no será ya un experto en juicios prudenciales sino un funcionario laborioso y leal. El soberano, por lo demás, no admitirá autoridad alguna superior.

El positivismo jurídico aporta a todo ello cobertura teórica. El derecho deja de ser dictamen de quien sabe para convertirse en mandato de quien tiene poder. Para Hobbes: “la ley propia y rigurosamente dicha es la palabra de quien, por derecho, manda a los demás hacer o no hacer algo”. El derecho dará órdenes, mientras que limitarse a proponer consejos sería propio de la moral. “Orden es cuando un hombre dice: haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad de quien formula el mandato”; “consejo es cuando un hombre dice: haz o no hagas esto, y deduce sus razones del beneficio que obtendrá aquel a quien se hable”³.

La línea de *positivismo voluntarista* así abierta la heredarán sus continuadores. Bentham se anticipa a Kelsen, al mostrar su preocupación por la “pureza en la composición de un cuerpo de derecho”, entendiendo por tal

² Me he ocupado de ello en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid 2006, 2ª edición.

³ T. Hobbes, *De cive* III, 33 –citamos por la edición de Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, pág. 101 – y *Leviathan (or the Matter, Form and Power of a Commonwealth ecclesiastical and civil)* II, 25 –citamos por la edición de Puerto Rico, Ed. Universitaria, 1968, pág. 215.

“la ausencia de toda materia heterogénea, de toda mezcla extraña, de todo lo que no es ley, de todo lo que no es expresión pura y simple de la voluntad del legislador”⁴. Más tarde, el patriarca de la *jurisprudencia analítica* John Austin se expresa con claridad: “la materia de la jurisprudencia es el derecho positivo”, o sea “el derecho puesto por el superior político al inferior”; se trata de un “derecho imperativo” y, si se determina su esencia, “determino implícitamente la esencia de un mandato”. De ahí el interés de “los significados y términos implícito en un *mandato*: a saber, *sanción* o *ejecución de la obediencia; deber* u *obligación; superior e inferior*”. De ahí que el derecho sea siempre un mandato, incluido el creado por vía judicial, ya que “el derecho se hace ocasionalmente de esta manera oblicua por el mismo soberano”⁵.

Quedó atrás el derecho como intento de que en las relaciones sociales, sobre todo en caso de conflicto, no dominara quien exhibiera más *fuerza* sino el que demostrara tener *razón*. La razón de Estado lleva consigo la renuncia a someter la fuerza a la razón; sólo una acumulación pública de fuerza podrá ya poner a raya a quien se muestra el más fuerte en ámbitos privados. La razón deja de controlar al poder; se pone a su servicio, diseñando estrategias y técnicas para lograrlo y para mantenerse en él. El costo de la operación no será irrelevante: se renuncia a *hacer entrar en razón al Estado*.

Se alimenta así un *poder absoluto* que no será de fácil digestión. El burgués se desmarca de los angostos estamentos de la sociedad feudal y cultiva el gusto por la libertad. No asimila una actitud de mera sumisión al poder político. Persigue que tal relación cobre visos de *pacto*, para poder sentirse ciudadano y no mero súbdito; se sabe portador de *derechos*. El poder político ha de considerarse sometido a control y freno.

Por diversas vías, rebrota la vieja idea de que las razones del derecho han de prevalecer sobre la fuerza, por muy pública que ésta sea. Ha comenzado el laborioso diseño de un *Estado de derecho*. El asunto no parece fácil, dentro de un universo positivista. Someter al derecho el funcionamiento del Estado implica, de un modo u otro, aceptar un derecho ajeno, lógicamente previo -si no superior- a él. Las doctrinas del iusnaturalismo racionalista

⁴ J. Bentham, *Idea general de un cuerpo completo de legislación*, 32 – citamos por el volumen VII, págs. 165 y 167 de la edición de Ramón de Salas, París 1838.

⁵ J. Austin, *Lectures on jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* Part. I, secc. 1, Introduction, London, Murray, 1909 (11ª ed.), págs. 5 y 8; su versión judicial en Part. II, lecture XXVIII, pág. 261.

ofrecieron un buen arsenal al respecto. La idea de pacto no aparecía en ellas ya como expresión de la clásica sociabilidad natural; cobrará más bien aire de contrato surgido de la autonomía de la voluntad. Ya no sólo tenemos el *derecho* del Estado sino también *derechos* previos y frente al Estado.

El inacabable debate sobre el fundamento real del derecho y de los derechos no impedirá el acuerdo sobre la validez de determinados recursos procedimentales. Habrá que evitar que el poder político se acumule en pocas manos. Surgirá la idea de la división e incluso de la *separación de poderes*. Montesquieu levanta acta de ello, dándolo por ya resuelto en Inglaterra. “Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el Monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente”⁶.

Junto a esa distribución y articulación de los poderes, buscando su mutuo equilibrio, surgirá la necesidad de adelgazarlos mediante estructuras menos concentradas; irán naciendo propuestas federales. Este ideal de acercar más las decisiones políticas a sus destinatarios encontrará también posteriormente apoyo en la actualización de las doctrinas de la sociabilidad natural. El principio de *subsidiaridad* prescribirá atribuir las decisiones al poder superior sólo cuando el inferior no se halle en condiciones de asumirlas con beneficio para el ciudadano.

El respeto a la dignidad humana invita a diseñar como *autoobediencia* la obligada sumisión a la ley. Tal intento encuentra fácil encaje en los planteamientos contractualistas de legitimación del poder político. Nos encontraríamos ante ese mínimo de derecho natural que, antes que Hart, aceptaba ya el propio Hobbes como fundamento del ordenamiento jurídico. “La justicia, es decir, la observancia del pacto, es una regla de razón en virtud de la cual se nos prohíbe hacer cualquier cosa susceptible de destruir nuestra vida: es, por lo tanto una ley de naturaleza”⁷.

Kelsen rompería más tarde esa última concesión al iusnaturalismo al sustituir el *pacta sunt servanda*, como norma de contenido material, por una norma básica entendida como mera hipótesis trascendental; o, con

⁶ *Del espíritu de las leyes* XI, 6; citamos por la edición de Madrid 1972, Tecnos, pág. 151.

⁷ T. Hobbes, *Leviathan (or the Matter, Form and Power of a Commonwealth ecclesiastical and civil)* I, 15; edición citada pág. 128.

posterioridad y más coherentemente, como un acto de voluntad ficticio. “Sólo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas”. “Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es *puesta* sino *supuesta*. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas”. Más adelante tampoco habrá norma jurídica sin autoridad que la ponga, aunque ahora la norma básica cobre sentido como acto de voluntad “fingido”⁸.

Esta especie de iusnaturalismo estratégico y oportunista acabará derivando hacia una *democracia* meramente *procedimental*. Se agota en el respeto al principio de las *mayorías* y descarta toda referencia a contenidos éticos objetivos, convirtiendo al *relativismo* en dogma. Se activarían en caso contrario las alarmas, al dar por hecho que quien está convencido de que algo es verdad acabará imponiéndolo, por las buenas o por las malas, sin importarle demasiado la opinión de sus equivocados vecinos. “Es un paso más en la metamorfosis de la idea de la libertad que todavía se interprete como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la voluntad de la mayoría”, apuntará Kelsen al abordar la *esencia y valor de la democracia*.

La debilidad de la democracia relativista se pone sin embargo de manifiesto ante su falta de resortes para evitar una *dictadura de la mayoría*. Nadie consideraría demasiado democrático que la mitad más uno pueda pasar a cuchillo a la mitad menos uno. El propio Kelsen, que llegó a experimentar muy a su pesar esa dictadura, se ve obligado a conceder “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”⁹.

La traumática dictadura nacionalsocialista dejó en evidencia la fragilidad de la Constitución alemana de Weimar. Gustav Radbruch, que había

⁸ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* México, UNAM, 1979 (3ª), pág. 139; la versión como acto de voluntad ficticio asoma ya en *Zum Begriff der Norm*, [en:] *Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München 1965, Beck, t. I, pág. 63.

⁹ H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona 1934, Labor, pág. 21; sobre la protección de las minorías, pág. 81.

defendido con denuedo el relativismo jurídico, dedicó en la posguerra cinco decisivos minutos a replantear la cuestión. Su *fórmula* descarta que pueda seguir considerándose derecho a un “gesetzliches Unrecht”, a una legalidad antijurídica¹⁰. Decenios después se verá resucitada, al abordarse las condenas por crímenes cometidos por la policía fronteriza contra quienes pretendían huir de la República Democrática alemana. Rebrotó, como consecuencia, el iusnaturalismo. Alexy considerará que -más allá de meros procedimentalismos formales- la “corrección material” es elemento integrante del concepto de derecho; “la ley formula necesariamente una pretensión de corrección”, al igual que “en el acto de instaurar una Constitución se formula una pretensión de corrección que, en este caso, es esencialmente una pretensión de justicia”. Esta “pretensión de corrección establece una vinculación necesaria entre el Derecho y la Moral también en el nivel de la aplicación del Derecho”¹¹.

El único modo de evitar una dictadura de la mayoría será pues, por muchas alergias que ello suscite, remitirse a unas *exigencias* jurídico-materiales. Si se las considerara meramente *morales*, no pasarían de constituir una ingenua exhortación que la mayoría tomaría a beneficio de inventario. Habrá que remitirse a algo propiamente jurídico; ese es el papel de los *derechos fundamentales* recogidos en las Constituciones europeas de la posguerra, como rígido núcleo duro del ordenamiento jurídico. Su núcleo esencial quedaría sustraído de la agenda política y por tanto de la capacidad de decisión de las mayorías parlamentarias coyunturales. Cuando éstas aborden su obligado desarrollo legislativo habrán de someterlo a un *quorum* cualificado y, en todo caso, quedarán sujetas a la capacidad de control de un Tribunal Constitucional.

El problema inmediato, como es fácil imaginar, será quién controla al controlador. La remisión de la democracia a contenidos materiales, desbordando los meros procedimientos formales, no ha estado exenta de riesgos, que han ido dejando honda huella histórica.

La defensa de la libertad pone en guardia ante los posibles excesos de *paternalismo* de los empeñados en organizarnos la vida, por nuestro bien...

¹⁰ G. Radbruch, *Cinco minutos de filosofía del derecho*. Cabe encontrarlos entre sus escritos recogidos en “Relativismo y derecho”, Santa Fé de Bogotá 1992, Temis, págs. 71-74.

¹¹ R. Alexy, *La institucionalización de la razón*, “Persona y Derecho” 2000 (43), págs. 219, 222 y 249.

Rousseau había provocado ya la cuestión al desmarcarse de una *voluntad de todos*, cuantitativamente mayoritaria, en aras de una *voluntad general*, que no tendría mayor empacho en reconocerse minoritaria. La democracia obligaba a someter el egoísmo privado al altruismo público. “Cada individuo puede, en cuanto hombre, tener una voluntad particular, contraria o desemejante a la voluntad general que tiene en cuanto ciudadano. Su interés particular puede hablar en él de distinto modo que el interés común”. “El pacto social, para que no sea una vana fórmula, encierra tácitamente esta obligación, única que puede dar fuerza a las demás: que aquél que rehúse obedecer a la voluntad general, será a ello obligado por todos, lo que no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre”¹². La conclusión no disimula un craso paternalismo.

Esta crítica a las *libertades formales* se apoyaba en su complicidad con una sociedad carente de la imprescindible educación ética y merecedora por ello de desconfianza. Marx repite el esquema, aunque es ahora la explotadora estructura económica de la sociedad capitalista la que invalidará la opción por las libertades; ésta sólo puede encubrir una interesada (y por tanto *ideológica*) defensa del *statu quo*. Observará entre irónico y condescendiente al “miembro de la sociedad burguesa con su *piel de león política*”, como si se tratara de un salvaje que espera recibir del atavío ritual de sus libertades la fortaleza del rey de la selva. En realidad, el burgués utilizaría las libertades en su provecho, mientras niega a los explotados toda posibilidad de emanciparse; a fin de cuentas, en tal sistema, el hombre “no se liberó de la propiedad; obtuvo la libertad de propiedad”¹³.

Las experiencias históricas ofrecerán, sin embargo, buena prueba de en qué medida las llamadas libertades formales resultan indispensables. Asunto distinto es que, según como se articulen, puedan acabar resultando insuficientes. Ocurrirá así cuando, tras plantearlas como mínimo exigible y como capaces de controlar al legislador coyuntural, se les niega fundamento. En tales circunstancias, difícilmente podrán garantizar algo distinto de lo que al legislador le acabe pareciendo oportuno, con lo que el Estado nunca entrará en razón. Igualmente, los mecanismos democráticos procedimentales

¹² J. J. Rousseau, *El contrato social*, libro 1º, VII; citamos por la edición de Madrid 1969, Taurus (2ª), pág. 29.

¹³ K. Marx, *La cuestión judía*; citamos las *Obras de Marx y Engels*, Barcelona 1978, Crítica, págs. 188 y 200.

deben buena parte de su eficacia al respaldo que puedan encontrar en una ética pública de no fácil improvisación. Ello explica el fracaso de las formas democráticas en países, o continentes, en cuya cultura no encuentran aún tales virtudes públicas presencia consolidada; o lo dudoso de determinadas transiciones democráticas o presuntas economías de mercado, cuando falta ese necesario sustrato. No es de extrañar que la democracia o el mercado acaben en esos contextos sociales siendo habitual pasto de la corrupción.

Prawowitość czy zgodność z prawem

Legitymacja władzy w państwach demokratycznych

materiały międzynarodowej konferencji naukowej,
Wrocław, 15-16 kwietnia 2010 r.

pod redakcją
Artura Preisnera

Wrocław 2010