

DERECHO Y PODER: EL PODER Y SUS LÍMITES

Gregorio Peces-Barba Martínez

Universidad Carlos III de Madrid

I



AS relaciones entre Derecho y poder constituyen un tema central para la comprensión de la cultura política y jurídica moderna, y de entre los enfoques posibles para su estudio resulta especialmente adecuada la aproximación filosófico-jurídica. Así lo he comprobado en varias reflexiones desde «La Filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII» y «Reflexiones sobre Derecho y Poder»¹, hasta el capítulo XIII «El poder político democrático: la positivación de los derechos y la limitación del poder», del «Curso de Derechos Fundamentales»², pasando por el capítulo II sobre «Derecho y poder» en la «Introducción a la Filosofía del Derecho»³.

¹ Ambas en el libro *Libertad, poder, socialismo*. Civitas, Madrid 1978, pp 21 a 76, y 219 a 239, respectivamente. El segundo de los artículos se escribió y se publicó para el libro homenaje al profesor PRIETO CASTRO.

² Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado. Madrid 1995, pp. 321 a 351.

³ Debate. Madrid 1983, pp. 29 a 53.

Como el propio título, «La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII», indica, en esa obra se analiza el origen histórico de ese pensamiento en el contexto inicial de la modernidad, de la reflexión sobre la tolerancia y la libertad religiosa. La naturaleza del poder del Estado, a partir del tránsito a la modernidad, como su forma moderna de monopolio en el uso de la fuerza legítima, y su configuración como Estado absoluto, conducirá a la necesidad de los límites. Así aparece en los puntos de vista de los humanistas cristianos, en los monarcómacos, en Etienne de la Boétie, en los panfletarios de la Santa Liga y de la Fronda, en Pascal, en La Bruyère y en Fenelon. En España debería añadir al padre Mariana o a Saavedra Fajardo, si se actualizase hoy aquella obra.

En «Reflexiones sobre Derecho y Poder», frente a la fundamentación clásica del Derecho en la cultura medieval, prescindiendo del poder, en la aproximación iusnaturalista, se señala cómo en el mundo moderno la eficacia de un sistema jurídico se apoya en la validez. En el conjunto, y por esa relación entre Derecho y Poder, desde la eficacia del sistema se llega a la validez. Esta afirmación no conduce necesariamente a renunciar a una reflexión sobre el Derecho justo. Por el contrario, permite un enfoque correcto de la misma. Así una fundamentación democrática del poder, en su origen y su ejercicio, será el primer escalón de la justicia de su Derecho. Se señalaban, igualmente, otras dimensiones del Derecho justo, que derivaban de esa nueva relación entre Derecho y poder. Así, las reglas del juego para regular los cambios del Derecho producidas por cambios del poder. Lo único que se debe, necesariamente, preservar del cambio, son las reglas de juego que permiten y autorizan el citado cambio. Por fin, se defendió igualmente la construcción de contenidos materiales del Derecho, sobre los valores libertad e igualdad, por medio de los derechos fundamentales.

En la «Introducción a la Filosofía del Derecho» se partía de la conexión entre poder y Derecho, a través del concepto de soberanía, como construcción doctrinal para explicar la creación del Derecho por el soberano, signo de su monopolio en el uso de la fuerza legítima. Históricamente esa perspectiva apareció de manera plena en los «Seis Libros de la República» de Juan Bodino, se perfilaba definitivamente con Hobbes, y en el pensamiento anglosajón se desarrollaba por Bentham y Austin, y en el continente por Ihering. Hasta Kelsen reconoció al final de su vida que detrás de toda norma hay siempre una voluntad y Bobbio sentenciaba que el poder y el Derecho eran dos caras de la misma moneda.

Finalmente, en aquella obra sostuve conjuntamente, y a mi juicio sin que exista contradicción, que el poder es el hecho fundante básico que permite la

eficacia de un ordenamiento jurídico y, consiguientemente, su validez y que el Derecho supone la regulación del uso de la fuerza.

En el «Curso de Derechos Fundamentales» se analiza el tema en relación con el contenido central de la obra, es decir con los derechos fundamentales. Sólo un poder político democrático procede a la positivación de los derechos, pero no es el único modelo de relación entre Derecho y poder. Caben los modelos que establecen la supremacía del poder sobre el Derecho, la del Derecho sobre el poder, la supremacía total de uno sobre el otro, con la desaparición o la absorción del segundo y, por fin, el de la separación entre ambos. Solamente el modelo de coordinación e integración entre Derecho y poder, el modelo democrático que sostienen Heller y Bobbio, y que yo comparto, el propio de una sociedad política democrática, permite el despliegue jurídico de los derechos fundamentales.

A partir de esa constatación se describe al poder como fuerza más consenso en unos valores de integración que asume de la moralidad pública, que sostiene la eficacia de un sistema jurídico al que trasmite los valores como valores jurídicos y la fuerza de la coacción. Estos valores, contenido material del Derecho, actúan a través de ellos mismos, de los principios y de los derechos. Asimismo se sostiene que la relación poder-Derecho es estable y bilateral, como fuerza institucionalizada que sostiene la eficacia y la validez del Derecho y que recibe de éste criterios jurídicos de organización y de estructuración. El poder apoya al Derecho y le permite mandar, y el Derecho juridifica al poder, organizando quién manda, cómo se manda y qué se manda.

Se analiza a ese poder con los rasgos de único, institucionalizado y complejo, y se distingue entre hecho fundante básico como poder creador del Derecho, y norma fundante básica, como norma puesta suprema del Ordenamiento que identifica los criterios de validez de las restantes normas, que permite explicar la pertenencia al Ordenamiento de éstas: órgano competente, procedimiento adecuado y contenido y límites de las mismas. A la luz de este punto de vista se explica la positivación de los derechos fundamentales.

II

Con estos antecedentes anteriormente publicados sobre el tema, se abordan los problemas de los límites del poder, y el sentido que tiene la moralidad del poder para su elaboración doctrinal y teórica. Es una reflexión central para entender el cambio del pluralismo de poderes medieval hasta el monismo moderno.

a) Hasta el tránsito a la modernidad la legitimidad del poder derivaba de la conformidad de su comportamiento con el Orden establecido por Dios en el Universo y por su reflejo en la criatura racional que era el Derecho natural. El principio «*Rex eris si recte facies*» significaba que lo recto, lo justo, era fijado por una autoridad, la de Dios, mediada por su Iglesia. Era, por consiguiente, una moralidad divina, en forma de ley eterna y de ley natural, la que transmitida e interpretada por la Iglesia, por medio de la Teología, señalaba el sentido de la moralidad del poder.

La idea tomista de que la ley positiva que no se ajusta a la ley Natural no es ley, sino corrupción de la ley⁴ es una expresión y una consecuencia de esa concepción. Los límites del poder eran esos, junto con las leyes fundamentales de los Reinos, que buscaban la legitimidad histórica de la naciente monarquía.

b) Paralelamente a ese planteamiento clásico, el agustinismo político estableció la doctrina de los dos reinos, el de los cristianos justos regidos por la caridad y el amor y donde el poder, la fuerza y el Derecho no eran necesarios, iniciando una especie de anarquismo espiritualista. Era una especie de Paraíso, una Edad de Oro, donde la abundancia de éste, como justificación de la falta de necesidad del poder y del Derecho, era sustituida por la naturaleza del hombre, enriquecido por la fe y devuelto a su bondad natural. En el tránsito a la modernidad la doctrina de los dos reinos es recogida por Lutero, acentuando la distancia entre ambos y fundando también en la autoridad de Dios el Derecho y la espada secular que rigen en el reino de los pecadores. Lo hará, principalmente, en «Sobre la autoridad secular, hasta dónde se le debe obediencia» (1523).

Refiriéndose a los justos, a los del reino de Dios, dirá que «...*esta gente no necesita ninguna espada ni Derecho secular. Si todo el mundo fuese cristiano, es decir, si todos fueran verdaderos creyentes, no serían necesarios ni útiles los príncipes, ni los reyes, ni los señores, ni la espada ni el Derecho...*»⁵

Y añadirá: «*¿Por qué esto es así? Porque el justo hace por sí solo todo lo que exigen todas las leyes y más...*». Refiriéndose luego a los pecadores, a los que pertenecen al reino del mundo, sostendrá que «...*los injustos no hacen nada justo, por lo que necesitan que el Derecho les enseñe, les coaccione y les obligue a hacer el bien...*»⁶

⁴ Vid. «Suma Teológica. Tratado de la ley». I, II, cuestión 95, *De la ley Humana*. Artículo 2-4. En la edición de Carlos Ignacio González S. J. en Editorial Porrúa, México 1981, el texto está en la p. 35.

⁵ Vid. este sermón de Lutero, convertido en escrito publicado entre el 12 y el 21 de marzo de 1523 en Martín LUTERO. *Escritos políticos*, edición de Joaquín Abellán en Tecnos, Madrid 1986, pp. 21 y siguientes. La cita está en la p. 27

⁶ Obra y edición citada, p. 29

En una curiosa división del trabajo que no parece basada en el Evangelio, el agustinismo político y el luteranismo que se encuentran en ese tema dividen el mundo entre los justos que no necesitan el poder y el Derecho, y los pecadores que necesitan la coacción y la espada.

c) Las consecuencias de este panorama para el tema de los límites del poder es que en la concepción cristiana clásica el poder temporal dependía del poder de la Iglesia, aunque ese planteamiento ya dio lugar a serias polémicas en la Edad Media, desde el intento de independencia e incluso de superioridad del poder temporal. Son anticipaciones de la modernidad que rechazan el modelo clásico. La limitación sólo tiene sentido en ese modelo desde la unidad de la fe, en una sociedad donde todos los ciudadanos son, a la vez, creyentes. No será posible, sin embargo, en la sociedad moderna, marcada por los principios de la tolerancia y del pluralismo y por la neutralidad del Estado. Por su parte, la doctrina de los dos reinos establece un mundo aparte para los justos y reserva el poder y el Derecho para reprimir y castigar a los pecadores. Aunque lo legítima teóricamente como dependiente de la autoridad divina, en realidad lo abandona a su suerte y abre las puertas, por un lado, al poder absoluto, al Estado de obediencia, que dejará tanta huella en el espíritu germánico, y por otro lado, al positivismo jurídico, que prescinde del elemento moral para la identificación del Derecho. Aunque la llegada del positivismo obedece a otras muchas causas que aquí no podemos analizar, tendrá una versión liberal democrática que culminará en Kelsen, junto a su dimensión autoritaria y totalitaria. Desde ese modelo, correcto en sus dimensiones técnicas, se debilitan, sin embargo, los elementos que permiten una limitación del poder desde una moralidad interna al Derecho.

En Hobbes se encuentra el modelo positivista en una versión más extrema, aunque todavía en una etapa de transición, con múltiples influencias escolásticas y del Derecho medieval, en las sociedades del siglo XVII. Hobbes, utilizando material intelectual y terminología clásica de corte iusnaturalista, dará un giro de ciento ochenta grados y fundamentará la relación Poder-Derecho-Ley, el positivismo estatalista, e incluso el positivismo ideológico, al identificar lo justo con lo legal. Aquí también es difícil fundamentar la existencia de unos límites del poder⁷.

⁷ En HOBBS, *Vid.* especialmente *Leviatán* (por ejemplo en la edición del Fondo de Cultura Económica de México, primera edición 1940, varias reimpressiones) o *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, en la edición castellana de Miguel Angel Rodilla, Tecnos, Madrid 1992. *Vid.* sobre Hobbes los escritos de Carl SCHMITT (en la edición italiana de Carlo Galli. Giuffrè, Milán 1986) o los de Norberto BOBBIO en la edición castellana de *Paradigmas* (Plaza y Janés, Barcelona 1991), aunque en este caso la versión es deficiente y con errores de bulto, en la identificación de Hobbes y del propio Bobbio.

d) Desde una perspectiva moderna, liberal y democrática es complejo aceptar, por una parte, un modelo de limitación del poder como el medieval, vinculado al reconocimiento como una única respuesta correcta de la posición de una concepción del bien como la de la Iglesia católica. Este punto de vista nos aparece hoy como contrario a las ideas modernas de pluralismo y de neutralidad del Estado, en el ámbito objetivo y de la organización, y desde el punto de vista subjetivo, contrario al derecho fundamental a la libertad ideológica o de conciencia.

Por otra parte, la legitimidad racional de un Derecho positivo, no sensible a unos contenidos de moralidad, como elementos constitutivos de su propio concepto, dificulta una visión plena de la idea de límites del poder, porque no puede asumir una visión integral de los derechos fundamentales. De todas formas en el seno de este modelo aparecen las ideas de la moralidad interna del Derecho, derivada de la existencia de lo jurídico, y que se identifica con la idea de seguridad jurídica, inexistente en la Edad Media, y que supone un elemento importante para limitar al poder.

III

A) Si nos situamos ya en la reflexión actual sobre los límites del poder debemos partir de un doble objetivo, teniendo en cuenta los antecedentes que hemos apuntado con anterioridad:

1. Justificar el rechazo de la concepción medieval-eclesiástica y su concepción de los límites del poder.

2. Superar la estrecha visión del positivismo estatalista en el ámbito de la moralidad del Derecho.

La primera concepción, la medieval eclesiástica, todavía existe, y en nuestro ámbito cultural la lidera la posición oficial de la Iglesia católica, con una extraña influencia de la doctrina de los dos reinos, desde el agustinismo político, reinterpretada en el sentido de la incapacidad de alcanzar la verdad por la razón humana, en este caso la moralidad del Derecho, sin la ley de la Revelación. A veces se recubre y se enmascara con una retórica liberal democrática y una aparente aceptación de la modernidad, aunque en el fondo expresa y representa una postura antimoderna.

La segunda concepción es propia de la modernidad, pero hay que rechazar en ella la idea de que es incompatible con una moralidad propia del Derecho que forma parte de su concepto. Por el contrario la validez del Derecho, es decir, su propia existencia, comprende unos contenidos de moralidad. Esta tesis

no es incompatible con la idea de separación conceptual entre Derecho y moral, que identifica al positivismo. Se rechazan las ideas que tratan de imponer esa moralidad autoritariamente desde una concepción del bien, y la confusión entre ética pública y ética privada que se desprenden de su origen eclesiástico. La contradicción con las tesis del positivismo no existe por varias razones:

1. Históricamente la idea de la distinción entre Derecho y moral surge para superar los intentos de convertir a la ética religiosa en una ética pública y de imponerla a todos los ciudadanos, con independencia de la elección de su conciencia. Es consecuencia y a su vez causa de la tolerancia y de la libertad religiosa, y de la neutralidad del Estado y del pluralismo. Se puede decir que históricamente es causa y que conceptualmente se puede también considerar como efecto o consecuencia. No pretende esa distinción conceptual debilitar las dimensiones de justicia material del Derecho. Muy al contrario aparece en autores iusnaturalistas racionalistas como Tomasio. Implícitamente supone la distinción entre ética pública (justicia o Derecho natural) y ética privada (la doctrina de la Iglesia que no puede pretender imponerse sobre todos a través del Derecho). La moral que es conceptualmente distinta del Derecho es la privada, la que expresa una concepción del bien, de la virtud, de la salvación o de la felicidad.

2. La moralidad pública o justicia que se incorpora al Derecho positivo no pretende establecer conductas directamente conducentes a la salvación, la virtud, la felicidad última, etc., propias de una concepción de ética privada, como consecuencia de la separación conceptual que arranca de la tolerancia, y por otra parte se genera por la acción de las aportaciones de la razón que se acumulan, se depuran, se integran y se despliegan a lo largo de la historia, como cultura política y jurídica. En la concepción de la modernidad esa moralidad es la democrática, la del Estado social de Derecho, la de los derechos humanos, etc.

3. La moralidad pública positivizada no contradice la tesis de la separación conceptual, porque se incorpora al Derecho por los cauces de producción normativa (Derecho legal en sentido amplio y Derecho judicial) y actúa como Derecho y no como moral. Sigue siendo conceptualmente distinta del Derecho la moralidad pública crítica que presiona sobre el Derecho, que critica al Derecho, pero que no es Derecho. Por consiguiente, aún cuando considerásemos que la moral pública está comprendida en el ámbito abarcado por la separación conceptual entre Derecho y moral, a efectos dialécticos, al incorporarse al Derecho, pierde, de alguna manera, su condición de moral y adquiere los rasgos del Derecho. No podríamos hablar, en este caso, de separación entre Derecho y

moral, sería lógicamente un absurdo. Con una finalidad distinta; pero coincidiendo en muchos aspectos, no en todos, hay que señalar la aportación reciente del profesor Luis Prieto, aunque su objetivo central sea la crítica al modelo principialista que algunos autores destacan del Estado constitucional. Asume muchas críticas al positivismo clásico, pero sigue valorando las mejores razones de la tesis de la discrecionalidad, que es clave para la crítica a Dworkin y a los partidarios de la tesis de solución correcta. Al mismo tiempo, con otros fundamentos y argumentos, matizará la tesis de la separación entre Derecho y moral. La moral crítica no sólo será, como él sostiene, una reserva para enjuiciar al Derecho, sino también como aquí sostengo, un depósito de recursos morales para racionalizar la voluntad jurídica, con la positivación de esa ética pública⁸. El Estado constitucional supone un paso para racionalizar el voluntarismo, pero no debe entenderse como un ataque al positivismo. Este es también un mensaje indirecto que se puede desprender de la obra del profesor Prieto, y que yo sitúo más en el núcleo de mi argumentación.

B) Una vez que hemos esclarecido el punto de vista desde el que abordamos el tema, resulta adecuado retomar la vieja polémica entre intelectualismo y voluntarismo, que sigue presente en la raíz de muchos importantes problemas que afectan a nuestras sociedades. La posición iusnaturalista o positivista excluyentes, dependen de la hegemonía del intelectualismo o del voluntarismo; las posiciones integradoras intentan superar el antagonismo entre ambas. La idea de la ética pública incorporada al Derecho, propia de la cultura política y jurídica democrática que propugnamos, se encuentra entre los intentos de superación que parecen más interesantes y con más posibilidades de recoger la evolución de la realidad constitucional, lo cual no es poco ante tantas posiciones teóricas artificiales, que llevadas por la pasión del método, sacrifican los diagnósticos en beneficio de la pureza de su construcción. El poder político analizado aisladamente es expresión de una voluntad colectiva en el caso del poder democrático, denominada por Rousseau *voluntad general*, aunque en realidad es una ficción, que encubre la voluntad de la mayoría. Intentar limitar esa voluntad con una razón externa, expresión de un orden divino, interpretado por la Iglesia como expresión de la verdad, o de la única respuesta correcta, es confundir ética privada con ética pública, reconocer a la Iglesia ese monopolio de la mediación de la mente divina, lo que sólo es posible si se participa de su fe, si se es creyente, y el Estado por naturaleza carece de opinión religiosa en la

⁸ Vid. *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México 1997

modernidad secularizada. Cualquier otra posición iusnaturalista más actual es un espíritu sin fuerza, que sólo exige acatamiento por su fundamento racional, que desde fuera se quiere imponer al poder político. La exageración de esas posiciones exacerban el polo opuesto de un positivismo ciego a los valores, a los principios y los derechos, que rechaza la moralidad pública como contenido identificador del Derecho, y que se presenta con una lectura analítica y ahistórica de la separación entre Derecho y moral, que ya hemos intentado rebatir.

Por otra parte, ambas aproximaciones encuentran su desmentido en la evolución del proceso histórico de la modernidad que pretende hacer compatible la fuerza de la voluntad y el consenso con base racional.

En efecto, la historia del Estado desde el liberal al social, es la historia de la racionalización de esa voluntad del poder del Estado, y a su vez de todos los intentos por evitar esa racionalización. Es la dialéctica entre democracia y autocracia, entre poder limitado y poder sin límites, entre sociedad abierta y sociedad cerrada. Ante el poder absoluto que no reconoce superior y que monopoliza el uso de la fuerza y que sucederá al pluralismo medieval, la nueva mentalidad, individualista, secularizada y racionalista pretenderá establecer límites al poder, expresión de los intentos de racionalización del voluntarismo. La racionalización será a través de la incorporación al Derecho de los contenidos de la ética pública, fatigosa y lentamente incorporados a la cultura política y jurídica por múltiples aportaciones, desde el humanismo renacentista en adelante. Así los límites no vendrán de fuera, ni serán inexistentes, sino que incorporados al Ordenamiento jurídico, pretenderán generar una afectación, un consenso de la voluntad del poder limitado y autónomo, es decir, formado con la participación de sus destinatarios. Sólo a partir del consenso y desde el consenso tendrá sentido la fuerza de la voluntad. Así positivismo e iusnaturalismo, voluntarismo e intelectualismo, alcanzan dimensiones de comunicación y de integración. La fuerza será expresión del hecho del poder de la voluntad, y el consenso sobre la moralidad pública incorporada al Derecho será la expresión de los aspectos formales y materiales de la razón. No serán dos polos enfrentados, sino tendentes a converger.

Ese proceso de racionalización del poder, que hemos identificado con los límites del poder se produce desde dos ámbitos de actuación: desde la organización del poder, y desde los derechos de los ciudadanos. La primera dimensión objetiva limita al poder desde sí mismo. La segunda dimensión subjetiva lo limita atribuyendo a los ciudadanos competencias en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades, es decir, desde fuera, desde ámbitos individuales, o desde los grupos que forman los individuos externos al poder.

a) Desde la organización del poder varios son los instrumentos para esa racionalización:

1) El consentimiento a través de la participación de los ciudadanos en la formación del poder es una condición de la legitimidad de origen que determina su organización. El sufragio universal, igual, libre, directo y secreto es la forma histórica actual, de difícil sustitución, que ha culminado una evolución donde se ha impuesto el principio de igualdad, frente a los privilegios iniciales que reservaban esa participación a la burguesía instruida y con medios económicos.

2) El sometimiento del poder al Derecho, a través del principio de legalidad en sentido amplio, es decir, del Estado de Derecho, es expresión de la legitimidad de ejercicio, que limita la voluntad del poder racionalizando su ejercicio con competencias regladas y preestablecidas, y cierra las puertas a la arbitrariedad.

En un primer momento, el Estado parlamentario representativo expresaba la hegemonía del Parlamento y la supremacía de la Ley. Es el Estado de Derecho. En un segundo momento, que es el actual, la hegemonía se sitúa en la Constitución que ocupa progresivamente un lugar central en el sistema. La Constitución recoge las dimensiones máximas de la ética pública positivizada en forma de valores, principios y derechos, regula la organización de los poderes y de las instituciones básicas, distribuye territorialmente el poder político, e incorpora las normas de producción normativa (órganos competentes y reglas generales del procedimiento). En esta nueva fase del Estado constitucional en desarrollo del Estado de Derecho, el Parlamento se somete al poder constituyente y a su expresión que es la Constitución. El constituyente es el legislador extraordinario «*ratione materiae*», en la terminología de Carl Schmitt⁹, aunque las consecuencias del Estado constitucional no serán las que él predijo.

En el Estado constitucional el sistema jurídico será dinámico y estático, sin que sea ya válida la distinción kelseniana entre orden jurídico dinámico y orden moral estático¹⁰. La juridificación de la ética pública impide predicar del orden jurídico un carácter esencialmente y exclusivamente dinámico, por cuanto incorporamos contenidos y, por consiguiente, no se caracteriza ya sólo «... *porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento*

⁹ Vid. *Legalidad y Legitimidad*, especialmente los capítulos I y II, traducción castellana de José Díaz García, Aguilar, Madrid 1971.

¹⁰ Vid. Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, edición de Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1979, especialmente V Dinámica jurídica en «El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica...b) el principio estático y el principio dinámico», pp 203 y ss.

*de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora...»*¹¹. Contiene además unos valores, unos principios y unos derechos. No concebirá Kelsen en ese texto un modelo como el que constituye el Estado constitucional, que integra el principio dinámico y el estático, donde los contenidos morales se juridifican por medio de las reglas del principio dinámico. El modelo de unificación que defiende supone esa integración «...cuando la norma fundante presupuesta conforme al principio dinámico se reduce a facultar a una autoridad normadora y cuando esta autoridad o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante las cuales se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales —como lo particular de lo universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica.....». A primera vista podría parecer lo mismo, pero no lo es, si nos acercamos con más detenimiento. El contenido moral de ese modelo kelseniano de unificación es de ética privada, como se desprende del ejemplo de los Diez Mandamientos que propone; por otra parte, los contenidos evolucionan desde su propia lógica, es decir, deduciendo unas normas de una operación lógica, lo que supone que no se integra en el sistema jurídico. Son dos sistemas que coexisten pero que en realidad no se unifican.

Otra interpretación de estas reflexiones kelsenianas podría permitir integrar al Estado constitucional en el ámbito del sistema dinámico, que para Kelsen identifica a lo jurídico, si se entiende que lo relevante es que esas normas de contenido de la ética pública que se integran en el Derecho, lo hacen por los cauces y a través de los órganos competentes establecidos por el referido sistema dinámico. En todo caso, en esta distinción no entra a valorar el lugar que podría ocupar el Estado constitucional, aunque sin duda estaba en su conocimiento la reflexión de Carl Schmitt, antes citada, que surge en 1927.

En este planteamiento coincidirá el profesor Michel Troper, que no puede ser considerado alejado de los planteamientos kelsenianos, sino todo lo contrario, y que, sin embargo, criticará la rigidez de la distinción del autor de la teoría pura: «*El Derecho positivo de las sociedades modernas es un sistema a la vez estático y dinámico, puesto que todas las decisiones estarán siempre justificadas a la vez, por su conformidad al contenido de otro enunciado y por la habilitación conferida a su autor, en nombre de la verdad y en nombre de la autoridad superior...»*¹².

¹¹ Vid. Kelsen, obra y edición citada, p. 204

¹² Michel Troper *Pour une Théorie juridique de l'Etat*. P.U. F., París 1994, p. 175.

El sometimiento del poder al Derecho tiene en el Estado constitucional una doble vertiente, la formal y la material. En la primera, el poder no puede mandar más que en el ámbito autorizado para ello, y siempre debe haber una habilitación jurídica para saber ¿quién manda? y ¿cómo se manda? En la segunda, los contenidos de ética pública incorporados a la Constitución, en forma de valores, de principios y de derechos, limita la posibilidad de mandar del poder en el legislativo ordinario, y en el poder reglamentario. No podrán regular nada en contra de esos contenidos materiales constitucionales. Dentro de esos contenidos suelen existir una pluralidad de opciones donde la elección de la adecuada la escoge el poder político ordinario. Solamente en el caso de zonas de penumbra o de textura abierta en los contenidos materiales incorporados a la Constitución, entra en juego la interpretación del Tribunal Constitucional, poder que crea Derecho en esos casos, al señalar el sentido correcto de las normas constitucionales controvertidas. Estamos ante un poder jurídico no controlable en su actividad, porque ningún órgano le puede corregir, sólo es controlable en su origen, por la forma de escoger a sus componentes, desde la teoría de los contrapesos, desde los «checks and balances» de la cultura constitucional anglosajona. En la vertiente material se responde a ¿qué se manda?

3) El tercer mecanismo para la racionalización del voluntarismo del poder es la idea de la separación de poderes, a partir de los puntos de vista ilustrados de Locke y de Montesquieu. Se pretende que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial se contrapesen y naturalmente que todos ellos sean poderes jurídicos. De entre esos poderes, la juridificación, como forma de racionalización de la voluntad, es más tenue, en aquella teoría inicial, en el poder legislativo, que sólo tiene el límite de la Constitución, y más fuerte en el poder judicial, cuando los jueces eran la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Incluso, para Locke y para Montesquieu, el poder judicial no era poder. Así las dimensiones políticas eran más acusadas en el legislativo y en el ejecutivo que en el judicial, y esa conjunción de elementos permitía constatar que el ámbito de la libertad de la voluntad era más amplio en ambos y más reducido en el judicial. Sin embargo, esos parámetros iniciales han sufrido importantes modificaciones y mutaciones. El poder judicial controla al ejecutivo y al legislativo, interpreta y crea normas en casos de penumbra, de antinomias y por la textura abierta del lenguaje jurídico. Como lenguaje natural tiene dimensiones de ambigüedad y de vaguedad que deben colmar los jueces con su interpretación. Así su importancia y su protagonismo han crecido, y esa ampliación, deja siempre espacio a la desmesura. Un cierto despotismo puede surgir, y de hecho ha surgido en algunos casos, al amparo del nuevo protagonismo judicial. Así la re-

flexión sobre los límites del poder, casi agotada en relación con el legislativo y el ejecutivo, se reabre con ese protagonismo, expresión de una racionalización del voluntarismo del legislativo y del ejecutivo, que conduce a un proceso de predominio del poder judicial¹³, y de una cierta vuelta al voluntarismo no racionalizado.

El círculo se cierra si se constata que detrás de toda norma hay siempre una voluntad. Así la juridificación como forma de racionalización del voluntarismo, vuelve a sus orígenes, se desarrolla en un círculo que se cierra porque siempre hay una voluntad que regula y decide sobre esa racionalización. El problema se traslada a la legitimidad de las distintas voluntades. La legitimación se produce en el legislativo a partir de la representación de la soberanía por medio del sufragio y es comparativamente la que produce una legitimidad más amplia. Sigue el ejecutivo que depende de la Constitución, del Parlamento y de la expresión de las mayorías parlamentarias. La legitimidad de los jueces deriva de atribuciones de competencia que se encuentran en la Constitución y en la Ley. El elemento democrático es en este caso indirecto y más débil que en los dos anteriores. El hecho es, sin embargo, que al limitar al poder legislativo y al ejecutivo desde el judicial, no sólo se genera un nuevo poder, sino que ese poder es, de los tres, el que tiene una menor legitimidad. Es procedente que la reflexión filosófico-jurídica reaccione frente a esta constatación y, sin duda, la renovación de la teoría de la legislación es uno de los ámbitos abiertos en esa dirección. En todo caso, el nuevo frente que se abre a la reflexión sobre los límites del poder afecta al poder de los jueces, y supone aportar elementos para vigilar al vigilante, o para racionalizar la voluntad del racionalizador.

b) Si nos situamos desde el punto de vista de los ciudadanos, para limitar el poder la racionalización se sitúa en los derechos individuales, civiles y políticos, que ponen de relieve formas de poder de las personas, basados en las dimensiones de su dignidad, que contrapesan a los poderes políticos. Lo hacen desde diversas plataformas, bien creando un ámbito de autonomía de la voluntad individual, de acción libre, frente a intromisiones externas, bien impulsando plataformas de protagonismo de la sociedad civil y de los individuos que la integran, bien abriendo cauces para la participación de los individuos en la formación de la voluntad del poder; por medio del sufragio y de la participación política.

Los derechos sociales sirven también para limitar al poder, al colocar frente a él a personas con derechos sociales reconocidos para satisfacer sus ne-

¹³ Vid. el reciente libro de Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli *La democrazia giudiziaria*. Il Mulino, Bolonia, 1997.

cesidades básicas y así crear una sociedad más homogénea y más solidaria. Unos buenos resultados en este ámbito favorecerán el ejercicio, más responsable y más real, de los derechos individuales, civiles y políticos. En este caso se necesita una acción del poder, especialmente activa, y una nueva función del Derecho, la promocional, para hacer posible la existencia de los derechos sociales. Se pide al poder un esfuerzo y un sacrificio cuyo resultado es precisamente una limitación de ese poder. Estamos ante una auténtica autorracionalización del poder, puesto que el proceso necesita de la contribución central del mismo poder.

IV

Desde la doctrina se ha contribuido decisivamente al establecimiento de los criterios del proceso de racionalización del voluntarismo del poder. La evolución desde el tránsito a la modernidad en los siglos XV y XVI se ha orientado en ese sentido. Sin detenernos en las doctrinas clásicas de los padres fundadores de la democracia, en la actualidad en la Filosofía del Derecho, desde teorías como las de la argumentación, la interpretación o la legislación, y desde autores como Ferrajoli, se impulsan reflexiones como la que estamos planteando aquí. Cuando Ferrajoli califica al garantismo como una doctrina que niega el valor intrínseco del Derecho sólo porque está vigente, y del poder porque sólo es efectivo, y señala el primado de la razón, está trabajando, y muy conscientemente, en esta dirección¹⁴. La incursión importante que hace Jürgen Habermas en la Filosofía del Derecho en 1992 con «Facticität und Geltung», «Hechos y Normas» que subtitula «Contribuciones a una teoría discursiva del derecho y la Democracia», además de confirmar enfoques que yo vengo haciendo sobre la relación Derecho y poder, naturalmente desde su propio punto de vista metodológico, hace un gran esfuerzo de reconstrucción de la racionalidad del poder y del Derecho en una sociedad democrática. Así dirá que «...*el poder político no se yuxtapone al derecho desde fuera, sino que viene presupuesto por el mismo Derecho y se establece él mismo en la forma de Derecho... No sólo el derecho legitima al poder político, sino que el poder político puede servirse del derecho como un instrumento organizativo...*»¹⁵.

¹⁴ Vid. su gran obra *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989. Edición castellana en Trotta. Madrid, 1995.

¹⁵ Vid. este texto en la edición italiana consultada *Fatti e Norme...*, Guerini, Milán 1996, pp. 161 a 171.

En mi punto de vista y teniendo en cuenta estos planteamientos de otros autores que son signo del carácter central de nuestro tema, estamos ante el núcleo de la reflexión filosófico jurídica hoy, bajo el aspecto, próximo al ámbito de los constitucionalistas, sobre los límites del poder. Me reafirmo en que el proceso de racionalización, pese a la afirmación que sostengo de que detrás de toda norma hay siempre una voluntad, no conduce a una propuesta positivista cerrada en las sociedades democráticas. El análisis del poder y del Derecho no se hace en un ámbito autosuficiente y puro, sino que conduce a lo que llamo un positivismo corregido, abierto a la moralidad política y jurídica, que llamaríamos respectivamente legitimidad y justicia, y que podríamos llamar igualmente ética pública politizada y juridificada, para distinguirla de la ética privada, la ética personal que es camino para la salvación, para la virtud o para el bien.

a) En ese ámbito el poder político asume unos valores, en las sociedades democráticas, previos a la existencia de las mismas y que constituyen los ideales comunes que agrupan a un colectivo de personas, con un proyecto de vida en común, apoyado en los elementos de fuerza y de coercibilidad que todo poder supone. Estos valores son producto de la razón de muchas aportaciones humanas que se comunican y que integran ese depósito dinámico de ética pública positivizada, que se nutre de la ética pública crítica, no positivizada, pero con vocación y pretensión de serlo. Las reglas del juego de una sociedad democrática, las convicciones colectivas que aceptadas por la mayoría constituyen los criterios de convivencia, se expresan a través del Derecho, como normas de moralidad pública juridificada que transmiten todo su contenido al conjunto del Ordenamiento jurídico por el que se rige una sociedad.

b) Esa ética pública, que es la legitimidad del poder y la justicia del Derecho, tiene una dimensión unitaria, de consenso, en la que todos, o la gran mayoría, coinciden y aceptan para la convivencia, y una dimensión más diversificada donde, desde el valor pluralismo, se sitúan las distintas concepciones ideológicas que suponen un punto de vista sobre el interés general y el bien común. Este segundo bloque de la ética pública distingue a diversas posiciones políticas y a sus programas, desde los valores de libertad, de igualdad y solidaridad, y entre ellas los ciudadanos escogen periódicamente, por medio del sufragio. El elemento común de todas ellas es aceptar los valores del primer nivel, las reglas del juego, y ser compatibles, sin rechazar a ninguna, entre todas las que a su vez las acepten. Este criterio básico lo podemos encuadrar en la lealtad constitucional, y es una de las consecuencias del valor tolerancia. La voluntad que está en el origen del pluralismo de posiciones,

acepta la racionalidad de las reglas del juego, que la limitan, y que también en su origen es producto de una concurrencia de voluntades. Esta conclusión es un signo de que en la integración, más que en la dialéctica de los opuestos, está la relación entre intelectualismo y voluntarismo, superada la vieja polémica medieval. En todo caso, este sistema supone una compleja institucionalización de los límites del poder.

Las dimensiones de la ética pública del primer nivel, las reglas del juego, integran y comunican al poder y al Derecho, y de esa manera limitan al primero. En ambos casos la integración y la comunicación se hacen desde criterios de ética pública previos a los mismos, aunque asumidos en ambos de acuerdo con las reglas de cada ámbito. Así, una moralidad no es jurídica si no se incorpora al Derecho por los cauces de producción normativa (Constitución, ley, jurisprudencia). Es una racionalización que se separa de las versiones iusnaturalistas clásicas, pero también de las más actuales, llevando hasta sus últimas consecuencias el proceso de secularización y la idea moderna de un poder y de un Derecho laicos, que centran al hombre en el mundo, y le consideran solo en cuanto centrado en el mundo. Pero esa incorporación de moralidad, de ética pública, distingue a esta construcción del positivismo cerrado o puro.

V

Sólo quedaría para cerrar esta reflexión perfilar y ampliar la idea de consentimiento, con una más amplia exposición de su instrumento central que es el principio de las mayorías.

Nos situamos en el ámbito de las normas funcionales o de funcionamiento del poder, que lo limitan, a través de una serie de criterios de racionalización en la formación de la voluntad de los órganos colegiados (Parlamento, tribunales, consejos u otros colectivos de Administraciones u otros organismos). Junto al principio de las mayorías aparece el principio de la negociación que le completa. Son dos criterios dinámicos, imprescindibles en el funcionamiento de las sociedades democráticas, que actúan coordinadamente y se potencian mutuamente en su interacción. Existen en otras sociedades, en otros momentos históricos, y también en el ámbito privado (en las sociedades civiles y mercantiles), pero el juego conjunto de ambos es un rasgo identificador de las sociedades democráticas.

A) El principio de las mayorías es un principio final para la toma de decisiones, aprobación de normas o formación de criterios en los órganos colegiados. En el ámbito de los poderes es especialmente importante para el fun-

cionamiento del Parlamento y de los tribunales. En última instancia, supone un ejercicio de voluntad, pero racionalizado por las reglas de los procedimientos que regulan su funcionamiento.

El principio de la negociación es un principio medial, de comunicación, de diálogo, de transacción y de consenso y en el que predominan las dimensiones argumentativas y de racionalidad. Pretende racionalizar los choques y enfrentamientos de voluntades. Aparece, en muchos supuestos, expresado en una norma, pero es, sobre todo, un espíritu que debe inspirar el comportamiento de los actores públicos y que deriva de las ideas de tolerancia, de cooperación, y de reconocimiento y respeto del otro. Es el instrumento que reconoce y constata el valor positivo del acuerdo y del pacto.

Ambos principios se sitúan en el marco de diálogo y comunicación entre posiciones plurales. Ese punto de vista, donde el principio de las mayorías se aplica siempre teniendo en cuenta al de la negociación, y éste en el marco de la aceptación de la idea de mayoría, no excluye ni el debate ni la confrontación, pero se opone a la dialéctica carlschmittiana del odio entre el amigo y el enemigo.

Existen zonas exentas al principio de las mayorías, en el ámbito de los derechos fundamentales en general, de los derechos de las minorías, y de los de la conciencia, y en las funciones de control y de fiscalización del poder donde predominan otros principios como el de visibilidad o transparencia. Por otra parte, aunque es obvio, conviene no olvidar que el principio de las mayorías no garantiza la justicia, pero tampoco la garantiza la minoría y es minoría. En estos ámbitos no se puede garantizar la consecución de la verdad en la forma de lo justo, salvo que se comparta el viejo principio escolástico *«ens et bonum convertuntur»*, que está reapareciendo hoy en otras formas más sofisticadas y enmascaradas.

La conjunción de los dos principios es expresión de una democracia abierta, no dogmática, crítica, que excluye a quien rechaza el diálogo y la tolerancia, busca sólo el mantenimiento en el poder, cree poseer la única respuesta correcta a los problemas y niega la compatibilidad de las posiciones discrepantes.

En la producción normativa el principio de las mayorías es una condición procedimental para la creación del Derecho válido, mientras que el principio de la negociación, al ampliar la base del consenso y la adhesión a la norma, favorece la creación de un Derecho eficaz.

B) Pero estos dos principios, imprescindibles para la correcta relación ente Derecho y poder y para limitar a este último, en las sociedades democrá-

ticas, sufren desviaciones prácticas que constituyen auténticas patologías que dañan el proceso de racionalización.

Al principio de las mayorías le afecta una patología que denomino *de la autoridad* y que tiene dos escenarios diferentes, según se trate de una desviación de la mayoría o de un obstáculo injustificado ante la mayoría. Así se puede hablar de la patología de la autoridad desde la mayoría o frente a la mayoría.

Al principio de la negociación le afecta una patología aislacionista, autista, o de la autonomía excluyente, cuando se convierte a la negociación en el único procedimiento para la toma de decisiones al margen de la mayoría. Ambas patologías son auténticas falacias o sofismas políticos.

La patología de la autoridad surge, en sus dos vertientes posibles, de la existencia de una fe militante, que en el primer caso, autoridad desde la mayoría, parte de una verdad previa e indiscutible que apoya a la mayoría y rechaza la negociación; y en la segunda, autoridad frente a la mayoría, con las mismas premisas, rechaza el principio de las mayorías. En la primera, esa fe militante es interna a la mayoría y en el segundo enfrentada a la mayoría.

El primer modelo descarta tanto el principio de la negociación, como la participación de las minorías en la formación de la voluntad general. Consiste en la creencia, que Bobbio denomina *positivismo ideológico*, de que las normas aprobadas por mayoría son, además de válidas, justas, y en general que todas las decisiones por mayoría expresan la verdad. Es la posición de Hobbes al definir la ley civil, donde vinculaba lo justo y lo injusto con lo acorde y lo contrario a una regla. Es también el fundamento que está detrás de la idea de dictadura del proletariado iniciada por Marx y desarrollada por Lenin.

El segundo modelo, externo y enfrentado a la mayoría, supone una situación que reduce la acción política, limita y dificulta el protagonismo del Parlamento y también el espacio de la ley. Sostiene que el principio de las mayorías está limitado por concepciones del bien, por filosofías comprensivas, situadas en el ámbito de la ética privada, que pretenden coaccionar a la razón pública. En nuestro ámbito cultural y en concreto en España, es una patología originada en el agustinismo político, que traslada al escenario de la relación entre Derecho y poder la idea de la ética privada católica de que la verdad nos hará libres, y que es la ley que ilumina nuestra reflexión. La razón política y la jurídica no son autónomas y su reflejo en las normas y en las decisiones está limitado por esa verdad que nos hace libres. Es la tesis que legitima la intervención de la Iglesia, depositaria y administradora de la ley de la verdad, para limitar la acción política. Con ella se pretende imponer esa concepción del bien



a la formación de la voluntad política y representa, en última instancia, un límite a la soberanía popular y a sus representantes.

En la actualidad se aplica a temas como el divorcio, el aborto o la enseñanza de la religión, y en el siglo XIX condenaba el liberalismo, el socialismo, o la libertad y el principio de las mayorías que querían acabar con los sagrados derechos de los príncipes, e incluso la libertad de conciencia.

Es una patología que pretende imponer una verdad a la deliberación o a la decisión por mayorías, pero no existen cotas vedadas, ni zonas exentas ni política ni jurídicamente a la deliberación por mayorías, que no sean las establecidas en los procesos de racionalización para limitar al poder. Son sólo los límites establecidos en las normas superiores —principios de jerarquía—, o los que se refieren a materias para las que no esté habilitado el órgano que pretende deliberar —principio de competencia.

La patología que he denominado *de la autonomía excluyente* afecta al principio de la negociación, extendiendo abusivamente su ámbito y convirtiéndole en el único procedimiento aceptado para la toma de decisiones, en detrimento del principio de las mayorías. Rompe la dialéctica equilibrada de los dos principios y reduce, hasta hacerlo desaparecer, el espacio normal de la ley. Es expresión de una minoría que se potencia de tal forma que llega a la supresión y al desconocimiento de la idea misma de mayoría. El respeto a las diferencias se magnifica de tal manera que conduce a una autonomía total de unos poderes comunitarios, expresión de las minorías que intentarán imponer un poder antidemocrático, justificado en esa diferencia. Sacraliza una conciencia colectiva carente de referentes externos y de vínculos con su entorno político y jurídico. En España la adopta políticamente el nacionalismo vasco, al menos en su dimensión teórica, que contrasta con un día a día, donde combina el pragmatismo y la autonomía excluyente en una combinación compleja entre oportunismo pragmático y principios inamovibles. La expresión es la no aceptación de un poder constituyente mayoritario, su idea preliberal del pacto con la Corona, y la insistencia en una autodeterminación ciega ante las mayorías y expresión de ese autismo autonómico cerrado, ante la realidad que le rodea y ante la experiencia histórica. Es un planteamiento premoderno construido de espaldas a una historia común de varios siglos, en el apogeo del romanticismo político del siglo XIX. Este tipo de argumentación impugna el valor de unas reglas de juego basadas en los dos principios, para aceptar sólo la negociación, partiendo del agravio ficticio de una dominación impuesta y no aceptada. Se subordina desde esa falacia la acción política a un principio corporativo, nacional, lingüístico o religioso, que culmina en la defensa de unas categorías «naturales»

frente a la racionalidad. Pretende sustraerse del orden de las sociedades, que es un orden racional, regulado por el Derecho y trasladarse al orden de las comunidades, que es un orden basado en los sentimientos y en los afectos positivos y negativos. Así, las reglas universales de esta racionalidad, concretadas en el principio de las mayorías, encontrarán la barrera de unos poderes autónomos e ilimitados, que impondrían en su medio, aislados del contexto, su autoridad. Su comunicación con el exterior sería una negociación llevada a la exageración excluyente de las mayorías, que convertiría a la sociedad política en «*un mercado de transacciones vagamente reguladas entre unas comunidades encerradas en la obsesión de su identidad y de su homogeneidad*», como dice Touraine¹⁶.

Estas patologías de la autoridad desde la mayoría y frente a la mayoría y de la autonomía excluyente han constituido y siguen constituyendo un obstáculo serio para el funcionamiento adecuado de las relaciones entre Derecho y poder en una sociedad democrática y para los procesos de racionalización tendentes a limitar la voluntad del poder.



¹⁶ Vid. *¿Qué es la democracia?*, edición castellana en «Temas de Hoy», Madrid 1994, p. 36.