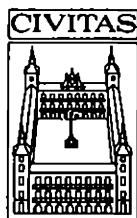


Eduardo García de Enterría
Aurelio Menéndez Menéndez

PAG. 17-62.

El Derecho,
la Ley y el Juez
Dos estudios



LA DEMOCRACIA
Y EL LUGAR DE LA LEY
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Este trabajo fue en su primera versión la lección pronunciada en la Universidad de Oviedo el 23 de marzo de 1996, con motivo de la investidura del autor como Doctor *honoris causa*.

El día 19 de febrero de 1997 hice sobre sus ideas una conferencia en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, dentro del curso *Distinguished Lectures*. Me beneficié en esta ocasión de un debate posterior a mi exposición con los Profesores del Departamento de Derecho del Instituto. Fruto de ese debate ha sido el § VII de la versión que ahora se publica y que no figuraba en la redacción anterior.

SUMARIO:

- I. *La democracia como destino actual.*
- II. *Los fundamentos teóricos de la democracia. Locke y su idea institucional: poder legislativo originado en el consentimiento y ordenado a preservar bienes y libertades. Rousseau y la nueva idea de la Ley. Generalidad de la voluntad y del objeto y libertad como consecuencia. Su influencia en la Revolución Francesa, punctum saliens de su modelo respecto al modelo americano.*
- III. *La expresión técnica de la Declaración de derechos de 1789. La construcción de la Ley como exigencia de la libertad. El mantenimiento de esta concepción. La aportación napoleónica. Movilización legislativa y regulación social sistemática. La sustitución de abigarrado y estratificado sistema jurídico prerrevolucionario por una sola lex universalis: la operación inédita del vaciado total del Derecho vigente. La*

peculiaridad de la Revolución Francesa sobre la americana, que mantuvo el common law, y su extensión a toda Europa. La indisolubilidad entre democracia y ley. La legalización de la justicia, en particular: motivación de las Sentencias en la Ley, sumisión a la Ley garantizada por un recurso de casación, prohibición de la interpretación judicial. La base de la «libertad de los modernos»: predictibilidad, certeza y libertad. La obra codificadora.

- IV. *La transposición del sistema revolucionario-napoleónico a la Restauración y a los Estados absolutistas del siglo XIX y la formación de los regímenes dualistas. El cambio de función del juez, su independización y su limitación a la aplicación mecánica de la Ley. La reducción del Derecho a la Ley y el dogma del positivismo legalista.*
- V. *La inesperada conclusión del pensamiento revolucionario en la legalización general del Derecho y en el positivismo jurídico. El debate crítico contra el positivismo y el intento de reabrir los valores materiales de la justicia. Los principios generales del Derecho como creación jurisprudencial y la instauración en Europa occidental de la justicia constitucional como justicia de valores.*
- VI. *La superación del positivismo no lleva a la libre creación judicial del Derecho, a la interpretación ilimitada de la norma, al uso alternativo del Derecho. La Ley insustituible por ser expresión del principio democrático. La democracia europea no admite otro sistema de regulación, ni por poderes absolutos ni por jueces pretendidamente redentores. Las exigencias de la igualdad para una interpretación uniforme. Obje-*

tividad y certeza del Derecho, predictibilidad y seguridad de las normas, como exigencias de una sociedad libre. El juez, ni órgano ciego ni señor del Derecho.

- VII. *El problema de la crisis actual de la Ley. Esta crisis no permite remitir al juez los problemas del ajuste social. Por diferencia de los países de common law, nuestras sociedades no pueden prescindir de la Ley para su ordenación social y remitir ésta a los jueces. La crisis de la Ley no destrona a ésta de su papel central. La alternativa real a esta función no sería la de sustituir a la Ley por el juez, sino la de una tecnocracia, finalmente autocrática. La crisis de la Ley realza el papel del juez por el uso depurado y técnico de los principios generales del Derecho, que no son una alternativa a la Ley, sino una técnica de asegurar su efectividad.*
- VIII. *La democracia actual y la partitocracia. El abuso del argumento representativo. La representación política sólo predicable de la voluntad general expresada en la Ley. El proceso electoral no habilita poderes absolutos o eximidos del imperio de la Ley. El mantenimiento de la sociedad abierta y el principio individualista. La proscripción de unos «actos políticos» inmunes al poder judicial. La relación esencial entre la democracia y la Ley.*

Tras la espectacular autodisolución del comunismo, en el momento mismo en que se celebraba el segundo centenario de la Revolución Francesa, puede decirse que la democracia como forma de ordenación de las sociedades humanas ha pasado a ser un paradigma universal e indiscutido. Ninguna alternativa seria resulta visible. Frente a la compleja tipología de las formas de gobierno que, desde Platón y Aristóteles, reelaboró incansablemente la filosofía y la ciencia política, hoy es ya conciencia universal que no existen sino dos formas de gobierno posibles: la democracia y la autocracia, la primera el gobierno del pueblo con el consentimiento del pueblo, lo

que implica que el poder político sea limitado y sus titulares revocables; y la segunda, la apropiación del poder por un hombre, o una casta, o un partido (político, religioso, étnico, histórico) minoritario que se autoproclaman titulares del poder, que ejercen sin límites jurídicos virtuales y sin someterse a renovación o revocación.

La democracia es, pues, nuestro destino. Sólo en ella se reconoce hoy la legitimidad del poder político. Todas las autocracias han de presentarse como transitorias, en virtud de determinadas situaciones de excepción, que de hecho ellas mismas provocan, de modo que no pretenden ya, tras el fracaso radical del marxismo, que fue la última doctrina que lo intentó, reclamar la fidelidad de las generaciones futuras.

La idea democrática ha sido en Occidente una creación de las dos grandes revoluciones de fines del siglo XVIII, la americana y la francesa. Esta tuvo que enfrentarse, desde el momento mismo de su aparición, con la coalición de todos los poderes tradicionales, que certeramente vieron en esa Revolución su enemigo mortal. Estos enfrentamientos se prolongaron durante veinticinco años (los últimos quince, contra Napoleón, autócrata él mismo, pero genuino servidor de dos de los grandes componentes del *corpus* revolucionario, la igualdad y el destacamiento de

la Ley como pieza central de la ordenación social). Cuando, finalmente, Napoleón pudo ser vencido y las tropas aliadas acamparon en París, las viejas monarquías pretendieron una vuelta atrás pura y simple. Pero la Restauración, la propia Restauración monárquica francesa, incluso más, las monarquías vencedoras que no habían conocido en sus países ninguna experiencia revolucionaria, tuvieron que reconocer la superioridad de las nuevas ideas en los dos extremos, justamente, a que Napoleón las había reducido: la igualdad social, que rompió para siempre el abigarrado mundo desigual del Antiguo Régimen (estamentos, privilegios, fueros, casi todos prolongándose en el tiempo a través de la herencia) y el papel de la Ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del propio poder público. Este reconocimiento tuvo que admitir, como el órgano propio de esos dos valores nuevos, un órgano de representación, la Asamblea, que rendía igualmente tributo a la idea revolucionaria por excelencia, la idea de que la Ley tiene que ser hecha por la voluntad común de sus destinatarios, si bien éstos quedaron reducidos (sistema censitario) a la clase poseedora y a los nuevos burgueses. Así se formó el sistema dualista, donde coexiste un extracto del principio democrático, presente, con todas sus limitaciones, en la Asamblea, y el principio

monárquico, con neto predominio estructural de éste (pues a él se le reserva la convocatoria de elecciones y de las sesiones de las Cámaras, la disolución de éstas, la libertad de dar o negar la sanción regia a las Leyes, el poder reglamentario independiente, que de hecho opera como un poder legislativo alternativo).

Ese régimen dualista subsistió en Francia hasta la Tercera República y en el resto de Europa hasta la primera postguerra europea, 1918 (en España, hasta 1931). Sólo entonces, y en realidad sólo hasta la segunda postguerra, 1945, una vez vencidos los fascismos, y entre ellos el terrible nazismo, y descalificados todos los restos contrarrevolucionarios por su colaboración con el ocupante hitleriano, pudo decirse que el principio democrático quedó instaurado como único regulador del sistema político en todo Occidente (en España, ello no llegaría sino al fin del franquismo, edificado sobre la tremenda emergencia de la guerra civil).

Suele ser común reducir la idea democrática a un sistema de elección periódica de los gobernantes. Pero a nosotros, como iuspublicistas, nos interesa perseguir la idea misma democrática en las propias estructuras jurídicas y, más aún, analizar éstas en sus relaciones, que son sustanciales, con ese aspecto más visible de la demo-

cracia que es la construcción de un poder representativo del pueblo. Sería un error reducir la democracia a unas determinadas prácticas electorales. La democracia postula inexorablemente una determinada organización del Derecho y de sus instituciones centrales. A este planteamiento dedicaremos algunas reflexiones.

II

Las fuentes doctrinales de la democracia están, sin duda alguna, en los grandes ilustrados de finales del XVII y del XVIII; son confesadamente sus ideas las que intentan plasmar en instituciones concretas los revolucionarios de los dos lados del Atlántico, son sus concepciones las que alimentan la magna operación utópica de construir una sociedad enteramente nueva, basada en la libertad y la igualdad.

Examinaremos algún texto definitorio de ese sustrato de ideas que alimenta y mueve las dos Revoluciones. Uno ha de ser, evidentemente, de John Locke, fuente primera de la Revolución americana, pero también (y no sólo a través de la influencia de ésta) de la francesa, sin perjuicio de que sus tesis habían contribuido poderosamente también a configurar las concepciones

del segundo autor que citaremos, Rousseau. En su *Two Treatises of Civil Government* (§ II, 4, 19, 22, 95, esencialmente), Locke dice esto tan simple y cuyo alcance histórico resultará decisivo:

«Para comprender correctamente el poder político... debemos considerar la condición natural de los hombres, esto es, un estado de perfecta libertad de ordenar sus acciones, de disponer de sus bienes y de sus personas como quieran, en los límites de la Ley natural, sin pedir autorización a ningún otro hombre ni depender de su voluntad. Una situación también de igualdad, donde todo poder y toda autoridad son recíprocos, al no tener nadie más que los otros»... «Siendo los hombres por naturaleza, como ya hemos dicho, todos libres, iguales e independientes, ninguno puede ser extraído de esa situación y sometido al poder de otro sin su propio consentimiento, que es otorgado por el pacto con otros hombres para juntarse y unirse en comunidad para vivir cómodamente, en seguridad y con paz unos entre otros, en un disfrute asegurado de sus propiedades y en la mayor seguridad contra cualquier otro que no haya entrado en el grupo»... «La libertad del hombre en sociedad está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad».

Sobre las ideas de la igualdad y la libertad previas, además de objeto primordial del pacto social ellas mismas, aparece ya aquí un pensamiento institucional concreto, la de un «poder legislativo» originado en el consentimiento común y ordenado a preservar los bienes y libertades de cada uno.

Pero este mecanismo institucional resulta más explícito en nuestro segundo autor, Juan Jacobo Rousseau, cuyas concepciones pesarán más directamente sobre la construcción revolucionaria francesa. En su *Contrat social*, en las *Lettres écrites de la Montagne* y en su *Discours sur l'Économie politique*, esencialmente, propone un concepto de Ley (una pieza conocida en todos los sistemas jurídicos, como es bien sabido) enteramente nuevo, descubrimiento que le llena de entusiasmo, de ebriedad casi, y que llega a creer obra de una verdadera revelación divina. La Ley que propone Rousseau no es el *jussum* de cualquier imperante; es la decisión del pueblo sobre todo el pueblo, obra de lo que él llamará, con un término que hará gran fortuna, la «voluntad general», que ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales. Así, en sus propias palabras, «la Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto». Pero ocurre

que de este mecanismo aparentemente tan simple resultan consecuencias deslumbradoras: que todas las Leyes serán Leyes de libertad, que desaparezcan para siempre las Leyes opresoras e injustas, pues, en efecto,

«cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes».

El mismo se asombra de su descubrimiento. Dice en el *Discours* citado:

«¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerles libres? ¿... de encadenar su voluntad por su propio deseo? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño, tanto más libres, en efecto, cuanto que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que pueda perjudicar a la de otro? Estos prodigios son obra de la Ley. Es sólo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres. Es esta voz celeste que dicta a cada ciudadano los preceptos de la razón pública... la más sublime de todas las instituciones humanas o, más bien, una inspiración celeste que enseñó al

pueblo a imitar aquí abajo los decretos inmutables de la divinidad».

Esta mística de la Ley, originada en la libertad y destinada a su servicio exclusivo, instrumento imprescindible para el gobierno humano, será la que intenten hacer valer los revolucionarios franceses. Es éste el punto decisivo en el que la Revolución Francesa se aparta de su modelo americano y del que van a resultar dos sistemas jurídicos completamente diferentes. La gran operación de instaurar un poder democrático tiene como objeto propio, aunque hoy nos resulte sorprendente, justamente construir esa voluntad general y hacer posible que la misma se dirija a la creación de esas salvíficas Leyes que han de producir la restitución de la libertad absoluta del hombre, encadenado por su ignorancia más que por malvados opresores.

III

Esta formidable empresa utópica tiene una expresión técnica en un documento jurídico capital, perfectamente identificado y datado, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. Este texto proclama la conservación de los derechos fun-

damentales e inviolables a que su título se refiere y que propone como «el fin de toda asociación política», instrumentos imprescindibles, pues, para poder vivir en libertad. Pero lo peculiar del documento no es esta proclamación solemne y enfática, con ser tan importante, sino la construcción técnica que igualmente se preocupa de precisar para hacer posible implantar jurídicamente ese ideal de libertad. Y esta construcción técnica se articula entera sobre el descubrimiento rousseauiano de un nuevo concepto de la Ley.

Por una parte, la Ley «es la expresión de la voluntad general», dice el artículo 6, lo que exige que «todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación», además de «ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella». Son sus notas estructurales básicas.

Pero, por otra parte, el fundamental artículo 4 de la Declaración nos ilustra sobre cuál debe ser el objeto de la Ley para que de ella resulte, en efecto, libertad. «La libertad —dice este artículo— consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; de este modo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos

derechos». Y concluye con la frase decisiva: «Esos límites no pueden establecerse más que por la Ley». La función de la Ley, fruto de la voluntad general, según las exigencias del artículo 6, es, pues, articular las libertades de todos entre sí. La sociedad perfecta que se busca está en un sistema de derechos coexistiendo entre todos ellos; éste será, justamente, el reino de la libertad, que exige que la Ley puntualice y articule los límites recíprocos entre las libertades de cada uno. La idea de que no hay libertad sin Ley es, así, central.

Pero la construcción jurídica que la Declaración pretende no concluye ahí. La Ley así considerada es el único título para poder exigir obediencia a los ciudadanos. Lo precisa el artículo 5: «Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena». En el artículo 7 se concreta que nadie puede ser intimado a obedecer sino «en nombre de la Ley», fuera de lo cual cualquier orden será arbitraria. Este principio impone una legalización completa de los Poderes Ejecutivo y Judicial, que quedan así configurados como ejecutores de la Ley.

El documento se ocupa seguidamente de especificar este mecanismo preciso, que nada tiene que ver con toda la tradición del poder absoluto

y con su justicia, en unos cuantos campos esenciales: legalidad de los delitos y las penas (art. 7: «Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ésta prescriba»); art. 8: «Nadie podrá ser condenado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito»); libre consentimiento del impuesto a través de la Ley, y asignación por ésta también de los gastos públicos (art. 14); derecho de exigir cuentas y responsabilidad a todos los agentes públicos para asegurar su sometimiento a la Ley (art. 15); expropiación de la propiedad sólo en virtud de Ley (art. 17); establecimiento de un régimen de garantías, que está aludiendo implícitamente a una tutela judicial de todos los derechos, administrada por jueces independientes, a través del principio de división de poderes (art. 16).

Esos conceptos, tan explícitos, no trataban sólo de rendir tributo a una determinada filosofía del poder y de la organización de la sociedad; más bien, en cuanto declarados bajo la forma preceptiva del Derecho, pretendían su efectividad práctica, haciendo entrar de manera resuelta la historia humana en una nueva época. Aunque la Revolución careció, como es sabido, de un hombre o de un grupo o de un partido dirigentes,

por diferencia con la Revolución comunista de 1917, es un hecho que la Asamblea Constituyente y todos los gobernantes que se sucedieron en el poder, a veces de forma sangrante, mantuvieron como una evidencia esas técnicas básicas de organización política que la Declaración tan claramente había formulado. De su texto salió así una corriente de legalización del poder, en primer término, pero también, sobre la base de una creencia ciega en las virtudes del nuevo instrumento jurídico y político que la Ley pasó a ser, una legalización completa del orden jurídico, que sufrió el más grande cambio de su historia. Napoleón, lejos de rectificar esta corriente, la llevó, en cierto modo, a su culminación, con su doble gran obra de creador de la Administración moderna y de promotor del vasto movimiento codificador, que le condujo de 1804 a 1810 a promulgar cinco grandes Códigos para regir toda la vida civil: el Código civil, el Código de comercio, el Código penal y los dos Códigos procesales civil y penal.

De este modo, a través de esta movilización resuelta de la legislación toda la vida quedó sometida a una regulación cerrada y sistemática, capaz de ofrecer respuesta, al menos en principio, a todos los casos que puedan plantearse en las relaciones colectivas, salvo aquellos que, al no

ser objeto de previsiones legislativas, quedan entregados al libre desenvolvimiento o a los pactos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad.

El Derecho, fruto hasta entonces de una sucesiva y abigarrada estratificación, que integraba costumbres prerromanas, Derecho Romano, fueros y costumbres germánicas, la doctrina de las sucesivas escuelas de glosadores y comentaristas, los usos del foro, fueros y privilegios particularistas, normas absolutistas singulares, todo ese enorme y complejo convoluto que era el Derecho del Antiguo Régimen, quedó sustituido de un golpe por una *lex universalis*. La operación carece de par en toda la historia. El nuevo Derecho ya no es un añadido más a ese complejo normativo existente; es, primordialmente, totalmente abrogatorio del Derecho existente, opera un vaciado total del Derecho vigente en una sociedad determinada para sustituirlo por otro enteramente nuevo, construido y articulado como un aparato racional sistemático completo, que pretende encerrar en sus ordenadas cuadrículas la totalidad de la vida social, aunque remita una buena parte de ella a la libertad.

Esta es la verdadera peculiaridad de la Revolución francesa respecto a la Revolución americana. En ésta, fuera de los documentos consti-

tucionales escritos, quedó vigente y virtualmente intacto el viejo *common law*, con todos sus rasgos propios; nadie entendió —ningún Gobierno, ningún partido, ningún teórico— que la implantación de la democracia exigiese una sustitución en bloque del Derecho arcaico por un nuevo Derecho legalizado, completo y sistemático. No se estableció ninguna relación entre la democracia y la Ley, que tan esencial pareció a los revolucionarios franceses.

Esa creencia fue, pues, la peculiaridad francesa, que marcaría enseguida a todo el continente europeo. La democracia encuentra su expresión en la Ley, obra de la voluntad general y ordenada a la articulación recíproca de los derechos de todos los ciudadanos entre sí. Más aún: cuando en la formación de la Ley se hizo apenas simbólica la participación ciudadana, que es la base precisamente de la idea de voluntad general, cuando se volatiliza virtualmente, a través de representaciones populares convencionales, la construcción democrática de la Ley, ésta seguirá manteniendo su prestigio como instrumento óptimo de ordenación social. Así ocurrió durante el período napoleónico, que hemos visto que es cuando el movimiento codificador alcanza su mayor esplendor. En la monarquía restaurada es, a mi juicio, la necesidad de enlazar la Ley al

pueblo y de legitimarla como su voluntad lo que llevará a los Reyes a arbitrar una fórmula de representación popular, todo lo condicionada y limitada que se quiera, pero legitimadora al fin del prestigioso arquetipo rousseauiano. La idea democrática se verá desde entonces como indisoluble de la Ley, y más acentuadamente cada vez a medida que la democracia se perfeccione y, finalmente, termine por desplazar al mismo principio monárquico con el que coexistió inicialmente.

La legalización del poder incluye, en primer término, a la justicia, en la que se destierra definitivamente su atribución estamental a ciertas castas y también su paternalismo anómico, fundamentado en la superioridad política o moral del juez o del Rey en nombre del cual actúa, así como su apoyo en antiguas e inextricables reglas, en máximas de equidad tradicionales o, en último extremo, en el buen arbitrio del juez. A partir de ahora la justicia será precisamente la aplicación de la Ley y nada más, a cuyo efecto (novedad absoluta en la historia) se hace obligatoria la motivación de la Sentencia, de modo que aparezca su función de particularización al caso concreto de la Ley aplicable, función que garantiza precisamente el recurso de casación ante un Tribunal Supremo que asegura tanto la obser-

vancia por el juez de su papel de aplicador de la Ley como la unidad de interpretación de ésta en todo el territorio nacional, exigencia del principio básico de igualdad. Por otra parte, la creencia en la virtud taumatúrgica de la Ley va a llevar a una prohibición al juez de toda libertad interpretativa del texto legal. Esta regla se encuentra en la básica Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790: los Tribunales «no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al Cuerpo Legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una Ley, bien para hacer una nueva». Es la técnica del *référé législatif*, que perdurará hasta después de la creación del Tribunal de Casación, y que destaca vívidamente el carácter puramente automático que debería ser el proceso de aplicación judicial de la Ley, y que desconfía de la actividad supuestamente interpretativa, y en realidad creadora, de los jueces. La legalización de la justicia alcanza así su extremo, siempre en reverencia de la virtud normativa propia de la Ley, que se estima suficiente para ordenar en bloque la vida social.

Sobre el Derecho así concebido (o como legalización del poder, en cuanto requisito ineludible para que éste pueda exigir obediencia —idea del *régne de la loi*, como opuesta al reino de cualquier hombre— o como regulación siste-

mática y completa, capaz de encuadrar la totalidad de la vida social) se articulará la que Benjamin Constant en 1818, recién estrenada, pues, la Restauración, llamará «la libertad de los modernos», que consiste en «el derecho de no estar sometido más que a las Leyes», a las Leyes generales, precisamente, el de establecer un ámbito de vida personal sobre la base de la predictibilidad y la certeza absoluta de las normas. Lo cual distó de ser una mera opinión teórica, desde el momento en que fue la base de que la Restauración mantuviese esta pieza esencial de la idea revolucionaria, y con ella diera paso a la formación de una nueva sociedad individualista y libre, que trastocó definitivamente la vieja sociedad regimentada y ordenada en castas o estamentos, en privilegios y normas singulares, nueva sociedad a la que va unida el formidable dinamismo económico y social que marcará en toda Europa el siglo XIX.

Esa legalización general se aplica especialmente a todo el orden privado, penal y procesal, lo que se expresa especialmente en la gran operación codificadora. Toda la vida social queda sometida a una regulación cerrada y sistemática, capaz de ofrecer respuesta, al menos en principio, a todos los casos que puedan plantearse en las relaciones colectivas, salvo aquellos que, al no ser objeto de previsiones legislativas, quedan entregados al

libre desenvolvimiento o a los pactos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad.

IV

De este modo el dogma democrático que se expresa en la libertad y la igualdad como base entera del orden político, y en la Ley, como expresión de la voluntad general, obra, pues, de la libertad de todos para autodisponer de sí mismos, y, a la vez, garantizadora de esa libertad, será el sistema institucional profundo que resulta de la Revolución Francesa. Sorprendentemente, toda esta construcción va a pasar, como ya notamos, a las monarquías absolutistas que, habiendo vencido a Napoleón, pensaban haber vencido y desarraigado para siempre los principios revolucionarios. Estas monarquías, así como las propias monarquías restauradas (Francia, Italia, Bélgica, España tras la muerte de Fernando VII) se aperciben inmediatamente de las enormes ventajas de ese nuevo aparato institucional, que extiende la igualdad y la certeza de la norma común, con la libertad consiguiente, a las complejas sociedades arcaicas. Para las monarquías restauradas la «libertad de los modernos» no afecta de manera sustancial a su propia preeminencia, mientras permite desarrollarse el nuevo

dinamismo social y económico que dicha libertad porta en su seno. Como ya quedó indicado, se formaron así los regímenes dualistas, que intentan articular los principios monárquico y democrático y que perdurarán hasta 1918 —en España, hasta 1931.

Ley y democracia pudieron mantener así su relación profunda. El sistema reservaba también, como ya hemos visto, un papel esencial al juez. El juez, ya desconectado de las complejas fuentes de la antigua jurisprudencia, y a la vez roto también su papel de dispensador de una justicia que era el atributo personal del Rey como vicario de Dios, lo que le hacía, en último extremo, *legibus solutus*, va a pasar a ser ahora algo completamente diferente, el aplicador estricto de esa Ley que pretende agotar toda la regulación posible de las relaciones sociales o del funcionamiento y atribuciones del poder en sus relaciones con los ciudadanos.

En la Revolución Francesa ese cambio de función del juez fue objeto de una atención especial. Ya Montesquieu teorizó, por una parte, la necesidad de la independencia del juez (hasta entonces comisionado del Rey como *fons justitiae*) a través del principio de división de los poderes; por otra parte, la reducción de la posición del juez a ser *la bouche qui prononce les paroles de la*

Loi. El juez habría de limitarse a buscar la Ley aplicable y extraer de ella la particularización que requiera la solución del caso concreto. Los dos postulados fueron realizados en sus propios términos por la Revolución Francesa. Independizó a los jueces del Ejecutivo, lo que nunca había ocurrido (fuera de las peculiaridades del sistema inglés), aunque hoy nos asombre, y, para garantizar que su función se limitase a la aplicación de la Ley, impuso, también por vez primera en la historia, la obligación de motivar sus Sentencias, de modo que éstas aparezcan como la particularización de la Ley a los hechos debatidos, según ya notamos, proscribiéndose de manera formal que los jueces pudieran «interpretar» la Ley.

La idea originaria, para embridar la antigua libertad del juez y someterle a su función estricta de particularizador de la Ley es, pues, que no existe Derecho al margen de la Ley, que en la Ley y nada más que en ella debe buscarse y encontrarse la solución para resolver cualquier problema jurídico que pueda plantearse. Es el dogma al que se llamará más tarde el positivismo legalista. Esta nota marcará a los jueces continentales (pues también las monarquías dualistas recibirán todas estas técnicas, vinculadas a la legalización general del Derecho) frente a sus

homónimos anglosajones, que operan de una manera enteramente distinta.

V

He aquí cómo, por qué ocultos caminos, el pensamiento revolucionario, que primero pasa de las ideas básicas de libertad, de igualdad y de democracia hacia un robustecimiento inesperado de la idea de la Ley general y seguidamente a la de una pretensión de regulación general, tanto de la acción del poder como del orden social liberal, mediante Leyes sistemáticas y completas, viene a concluir en un resultado inesperado y absoluto: todo el Derecho debe encerrarse en Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos. En otros términos: la Revolución Francesa ha conducido directamente a lo que hoy llamamos positivismo jurídico o legalista.

Esta concepción del Derecho y, sobre todo, este mecanismo de ordenación y regulación social, rigió pacíficamente en Europa una vez instaurada la codificación, concluida a lo largo del siglo XIX. Pero poco después va a ser puesta en cuestión desde una perspectiva teórica, y a la vez desde la

experiencia judicial que intuía la insuficiencia radical de ese intento de reducir la función del juez a un simple mecanismo de subsunción automática de normas preestablecidas.

Toda la primera mitad de este siglo contempla el despliegue de un amplio debate crítico frente al positivismo jurídico, frente a la reducción absoluta del Derecho a una Ley formal y casuística que no admitiese siquiera procesos interpretativos. El finalismo, el sociologismo, la escuela libre del Derecho, un renacimiento del iusnaturalismo, el realismo, el jurisprudencialismo, el principialismo, la tónica, etc., ensayaron sus armas para quebrantar, desde la teoría del Derecho, ese dogma central del sistema, que, en último extremo, no permitía una resolución justa de los conflictos sociales. La gran objeción al positivismo era, sencillamente, la justicia, valor sin el cual el Derecho no es siquiera concebible. No es cierto que en ningún caso sea posible aplicar la Ley sin interpretarla y esta interpretación no puede reducirse a un problema mecánico de subsunción del enunciado general de la norma al caso concreto; por el contrario, en toda interpretación se reproduce necesariamente el proceso valorativo material que concluyó en la Ley, deben por fuerza manejarse los valores que articulan y animan la estructura de las instituciones, las cuales

son cualquier cosa menos máquinas frías y automáticas, y, además, están entre sí enhebradas de forma que sólo los respectivos principios institucionales revelan. El intento de separar en dos planos comunicables la estructura del Derecho, uno material y político, donde se efectuarían las valoraciones de intereses y de valores que concluyen en una regla legal determinada, y otro puramente mecánico, que, sin tener que retornar para nada a ese proceso reservado al Poder Legislativo, se limitaría a la simple subsunción de la regla legal formalizada al caso concreto, plano este último reservado al juez, quedaba así definitivamente roto, y con esta ruptura se rompían también las bases mismas del positivismo jurídico.

Pero la verdadera ruptura del positivismo jurídico vendrá a través, más que de teorías, de dos acontecimientos reales: por una parte, la consagración jurisprudencial, cada vez más segura y resuelta, de la técnica de los principios generales del Derecho, no sólo como fuente subsidiaria en defecto de Ley, como quería la redacción originaria —y tan meritoria— de nuestro Código civil de 1889, sino como elemento «informador del ordenamiento jurídico» en bloque, para decirlo en los términos de la redacción que este Código civil recibió en 1974. Ha de notarse que esta tendencia aparece especialmente reforzada

en la jurisdicción contencioso-administrativa, singularmente a partir de la segunda postguerra europea (de modo particular en la obra benemérita del Consejo de Estado francés) y recibirá una espectacular confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de los años sesenta. Hoy es ya indiscutible en todos los Estados europeos en todos los órdenes jurisprudenciales. Pero esta corriente imparable se afianzará y se hará definitiva con un suceso de extraordinaria trascendencia política y jurídica, la instauración de la justicia constitucional en Europa en la segunda postguerra europea (luego de un intento, en lo sustancial fallido, de la primera postguerra). Italia, Alemania, Francia, España, Portugal, Bélgica, antes que los nuevos Estados surgidos tras la caída del muro comunista, han implantado sistemas de justicia constitucional, en general sobre el modelo kelseniano de jurisdicción concentrada, que han puesto en cuestión, por de pronto, el dogma basilar del positivismo, la superioridad irresistible y absoluta de la Ley y la correlativa prohibición de indagar en el proceso aplicativo sobre las razones de sus reglas, impuestas como mandamientos inexorables.

La justicia constitucional parte de la consideración de la Constitución como norma jurídica,

norma invocable en juicio por los ciudadanos y no sólo organizadora de los poderes superiores, que era como se estimaba hasta entonces. Ahora bien, la norma constitucional formula, por una parte, un cuadro de derechos fundamentales, los cuales van a dejar de ser meros enunciados finalistas que sólo en cuanto los asumiese el legislador tendrían alguna eficacia, y en la medida en que el propio legislador libremente quisiera; a partir de la consideración de la Constitución como norma, los derechos fundamentales pasan a ser directamente operativos, sin necesidad de la intermediación legal y aun por encima de esa intermediación, instaurándose, en un concepto repetido por nuestro Tribunal Constitucional, como los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional. Por otra parte, la Constitución incorpora siempre determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, que pretenden una conformación social positiva (art. 9.2 de nuestra Constitución), la correlativa regla, que deriva de la superioridad normativa de la Constitución, de la necesaria interpretación de todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, todo ello lleva a que el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica,

pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico. Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica, lo cual ha restituido a los jueces su papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico como instrumentos cualificados e imprescindibles de éste.

VI

El sistema jurídico europeo, que vivió la esperanza hiperracionalista de una regulación absoluta de la sociedad por obra de las Leyes escritas, de las que los jueces serían meros aplicadores automáticos, ha sabido, pues, corregirse desde dentro. No se trata, con ello, bien entendido, de proclamar la libre creación judicial del Derecho, ni la rebelión del juez contra la Ley, ni lo que los juristas alemanes han llamado la interpretación ilimitada de la norma; no es verdad que la Ley admita una interpretación ilimitada, como tampoco que esté abierta a lo que ciertos juristas italianos llamaron hace veinte años (con más éxito en España que en su propio país, por cierto) el uso alternativo del Derecho, que pretende justificar cualquier interpretación desde criterios ideológicos. Es verdad que la Ley no es

ya el único instrumento para la regulación social, pero la Ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión del principio democrático. La Ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite ya otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección, o jueces pretendidamente redentores o iluminados, autoinvestidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica.

Por otra parte, se da en la aplicación la necesidad de una interpretación uniforme para todo el pueblo, exigida por el básico principio de igualdad ante la Ley. No puede depender el alcance de la Ley del talante personal de sus aplicadores. La objetividad del Derecho, sin la cual no cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la Ley, y hacerla posible viene a ser, justamente, uno de los primeros objetivos de la ciencia jurídica.

En fin, los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho, que aseguran la previsibilidad de las normas como ordenadoras de las conductas, sin lo cual sería difícil hablar de una sociedad libre, como Constant notó por vez primera, llevan también a mantener la preeminencia de la Ley en la sociedad democrática. Los ciudadanos tienen que saber que una conducta les compromete en la medida en que el Derecho va a calificarla, bien porque la estimen libre, legítima y aun protegida, o porque deban entender que está limitada o prohibida, capaz incluso de desencadenar una reacción jurídica de sanción o incluso punitiva. Esos valores, seguridad jurídica y certeza del derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad. El juez no es, como ya sabemos, un órgano ciego y automático de aplicación de las Leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria. De nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, ya no neutro sino activo, del juez, pero siempre vocado al servicio de la Constitución y de la Ley y de sus valores propios. Al sistema jurídico no le interesan nada las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar

las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance.

VII

Convendrá hacer alguna reflexión sobre si la situación de la Ley en las sociedades actuales puede hacer variar la conclusión anterior. Se ha hablado en muchas partes de crisis de la Ley. Nuestras sociedades, en efecto, complejas y vivaces, no parecen aceptar llanamente nuevos códigos generales y globalizadores, que son los que alimentaron en su día los grandes dogmas del positivismo. Hoy se habla ya abiertamente de descodificación, incluso por relación a la materia de los Códigos clásicos, y las Leyes suelen limitarse con frecuencia a regulaciones fragmentarias u ocasionales y, a veces, a formular enunciados o principios muy generales, confiando luego a la aplicación (frecuentemente por la Administración, pero también por los propios destinatarios) la precisión última. La generalización de las fórmulas de delegación legislativa (y más cuando la delegación opera a distintos niveles políticos: nacional, regional, local, por no hablar de las Directivas comunitarias, que per-

miten trasposiciones nacionales diversas), las Leyes medida (*Massnahmegesetze*), que intentan reaccionar ante una situación concreta, poner en pie una política determinada, reconfigurar un escenario para intentar operar un cambio singular, las espectaculares Leyes *omnibus* que suelen acompañar a los Presupuestos anuales del Estado y que intentan ajustes circunstanciales de grandes sectores o corrección de complejos normativos, todo esto nos sitúa hoy muy lejos de la imagen de la Ley como ordenación abstracta y permanente, como cuadro estable que ha distribuido derechos y deberes generales y sobre el cual la sociedad vive a continuación de su propio dinamismo. Es cierto que la realidad de estas Leyes de hoy se ajusta mal al esquema ilustrado y revolucionario de la *lex universalis* sobre el cual hemos iniciado nuestra exposición.

Pero entendemos que nuestra conclusión debe ser mantenida. La legislación actual tiende a la ocasionalidad y a la confusión, pero eso no permite a las sociedades europeas remitir a un juez libre los problemas últimos de su ajuste social. Más concretamente: si los sistemas de *common law* pueden remitir, y lo hacen con frecuencia, a ese Derecho común que los jueces han formado, mantienen y depuran, optando por la parquedad y aun el silencio legislativos,

de acuerdo con la idea de que el *statute law* expresa únicamente reglas singulares y excepcionales que operan siempre en el entramado de ese *common law*, las sociedades continentales europeas carecen ya definitivamente de esa opción. El Derecho de nuestras sociedades es ya, definitivamente, en lo que podemos avizorar, un Derecho de base legislativa, para el cual las grandes decisiones normativas y de organización del sistema son una función indeclinable del legislador, en el que se expresa la voluntad popular, decisiones que no se conciben sin la decisión de esa voluntad.

Por mucho que se resalte la crisis de la Ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar a la Ley (en el ámbito de la Constitución, naturalmente, que no es sino la *lex superior*) de ese lugar central e insustituible. Para nosotros, europeos continentales, la verdadera alternativa al recurso al legislador para afrontar y encauzar los problemas sociales no sería la de reinstalar al juez en el papel central que le correspondía (apoyado en el del soberano, obviamente) en el *Ancien Régime*, sino habilitar a la Administración para que fuese resolviendo los problemas a medida de su planteamiento, mediante Reglamentos más o menos fugaces o a través de actos o medidas discrecionales singu-

lares, amparados unos y otras sólo en la supuesta superioridad que emana del saber superior de sus cuadros tecnocráticos. Ahora bien, tal alternativa no sería admitida, en modo alguno, por las sociedades actuales, porque con ella se volatizaría, justamente, la democracia y estaríamos reinstalando, en realidad, una genuina autocracia, la de los tecnócratas, que no tardarían en buscar y encontrar una fundamentación política correlativa que pretendiese otorgarles legitimidad. Se ve claramente que, frente a esa alternativa, la democracia necesita inexcusablemente de la Ley y que no puede abdicarse de la responsabilidad central de la Ley, precisamente (reanudando así su fundamento histórico moderno) en cuanto que la Ley es el instrumento necesario de la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos, a la que todos pueden invocar y en la que todos deben poder encontrar la justicia que la sociedad les debe.

Supuesto lo cual, el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la Ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus Sentencias.

Es cierto que ante una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuencia en obsolescencia por desajustes sistemáticos, el papel del juez se realza. Pero este realzamiento del papel del juez no puede nunca llevarle a una independencia respecto de la Ley. Le lleva, necesariamente, a un uso más apurado y refinado de los principios generales del Derecho, los cuales no son una fuente alternativa a la Ley, ni un modo de excusar la obediencia debida a ésta, ni, por supuesto, una técnica con la que operar una supuesta *libre recherche du Droit*. No es cosa de tener que ofrecer aquí una teoría de los principios generales del Derecho. Nos bastará con notar ahora que los principios generales del Derecho condensan los valores primigenios del ordenamiento, comenzando por los valores expresados en la Constitución, pero llegando también a los principios institucionales más concretos, en el sentido originario que Savigny dio a este concepto, según el sentido de las instituciones que las Leyes han configurado. Es un hecho que un sistema jurídico que prima a los principios generales del Derecho (y así lo hace en cierto modo el art. 1.º del Código Civil español, cuando proclama «su carácter informador del ordenamiento jurídico») es más riguroso y construido que otro que pretenda desconocerlos en aras de un culto formal riguroso a la Ley y a su simple

exégesis; es un sistema que no genera por sí solo inseguridad alguna, que obliga a los jueces a una preparación más profunda y matizada, en el que la seguridad jurídica y la certeza no son, de ningún modo, menores que el que pueda resultar de un positivismo de estricta observancia. Me bastará con remitirme ahora, para no quedarme en la pura formulación asertiva, al gran libro de Joseph Esser, *Gundsatz und Norm*, 1956 y a los más recientes de Ronald Dworkin, así como a la mayor parte de la hermenéutica jurídica que hoy prevalece en la teoría de la interpretación. La vinculación del juez a la Ley no se vulnera ni se reduce por el empleo de los principios generales del Derecho en el proceso interpretativo, siempre que tales principios se utilicen por juristas expertos y se inserten en el sistema normativo como el aceite que facilita su funcionamiento y no como una alternativa o una excepción o ruptura del mismo.

VIII

El principio democrático, *stricto sensu*, referido ya al proceso electivo en la designación de los gobernantes, plantea hoy otros retos al papel de la Ley, hija de ese mismo principio.

El papel destacado que en las democracias de masas actuales han pasado a desempeñar los partidos políticos, como agentes y beneficiarios de esos procesos electorales, ha llevado a que los mismos estén pretendiendo atribuirse el viejo principio representativo popular del que la elección sería el instrumento. En este sentido, el partido en el poder tendería a presentarse como el legítimo representante de la voluntad popular y a intentar beneficiarse de la posición soberana que a ésta corresponde en el sistema; el partido ocuparía así la posición, *in loco et in ius*, del pueblo mismo.

Esta interpretación vendría a reducir a la democracia a un despotismo electivo. Así ocurrió, por cierto, cuando esas ideas tuvieron su primera manifestación con el jacobinismo de la segunda fase de la Revolución Francesa, cuyos dos grandes tenores, además de actores, fueron Robespierre y Saint Just. El principio representativo se entendió en el sentido absoluto de identificación: los representantes, legitimados en el proceso electoral, ejercerían los mismos poderes que al pueblo corresponden, que son todos en un sistema de «soberanía nacional», incluyendo el viejo *dispensing and suspending power* que la Gloriosa Revolución inglesa de 1688 había ya proscrito como expresión inadmisible del absolutismo. Hoy, sin llegar a esos extremos, la pretensión ha

llevado, por una parte, a intentar legitimar un sistema de Partitocracia como expresión genuina de la democracia y, por otra parte, a pretender, al menos para los titulares superiores del Poder Ejecutivo, una exención de la legalidad y, sobre todo, del poder de control de los jueces.

Hay que decir, por de pronto, que la utilización de la institución de la representación política está mal empleada. Sigue siendo exacto, conforme a la formulación originaria, que la representación del pueblo, como «voluntad general», es predicable únicamente de la Ley; los gobernantes no son exactamente representantes del pueblo, sino sus agentes, en cuanto ellos mismos están sometidos a las Leyes y no están exentos de su imperio. Donde el pueblo actúa su poder es en el Parlamento y la forma de ejercicio de ese poder es precisamente la Ley; sólo en ella queda impresa la voluntad popular, como sigue hoy diciendo el Preámbulo de nuestra Constitución y reitera en el uso del término de representación en su articulado. La distinción entre representantes y agentes es explícita en Locke y en Rousseau, como también en los textos revolucionarios, especialmente en la Constitución de 1791. Carré de Malberg en 1930 realizó, sobre esa base histórica, la misma distinción, sobre la que yo mismo he insistido en un libro reciente.

La irresistibilidad de la Ley (que hoy ha de entenderse respecto de la Ley dentro de la Constitución) no puede extenderse, por ello, sino abusivamente a los actos del Ejecutivo, cuya elección democrática no les exime de su condición de agentes de la Ley. El vínculo que define la condición de los gobernantes con la sociedad no es el de representación, sino el de *trust* o fiducia, en los términos clásicos de Locke, vínculo que exige la mutua confianza entre las partes, que es naturalmente revocable y que postula por esencia la rendición de cuentas, excluyendo, por tanto, cualquier pretensión de manifestarse como soberanos titulares de poderes supuestamente exentos de control.

Por ello el proceso electoral no habilita poderes absolutos, que tenderían, según la experiencia histórica común, a cerrar el paso a los partidos competidores, sino sólo poderes de administrar y gestionar según la Ley. Uno de los valores democráticos centrales, como el constitucionalista americano John Ely ha subrayado de manera brillante, es mantener constantemente abierto el proceso de renovación de los dirigentes. De ahí la necesidad absoluta de protección de las minorías políticas, de mantener abiertos constantemente los canales del cambio político, de prever el retorno mañana de los hoy desalojados, puesto

que sus intereses forman parte, indudablemente, de los intereses comunes. Los derechos fundamentales son la base insustituible de esos canales del cambio político, los que impiden la congelación de la sociedad en una situación determinada, los que dan al principio individualista («del hombre y del ciudadano») su preeminencia en el sistema y hacen de la sociedad una sociedad «abierta». La función central de la justicia constitucional, asegura Ely, es, a través de la protección de esos derechos fundamentales, el mantenimiento efectivo del pluralismo político, que nuestra Constitución ha definido certeramente como uno de sus valores superiores, al lado y correlativo de los de la libertad y de la justicia, en el primero de sus artículos.

Y el mismo principio democrático es el que lleva a desechar resueltamente el intento, que no hace mucho se ha presentado en un debate científico y aun prelegislativo en nuestro Derecho Público, de proscribir del enjuiciamiento judicial los llamados «actos políticos» del Ejecutivo como supuestamente legitimados en la voluntad popular. Esta voluntad está presente sólo en la Ley (lo que no la exime, por otra parte, de ser ella misma justiciable ante el Tribunal Constitucional), y el Ejecutivo (precisan tanto el art. 97 de la Constitución, a él dedicado, como el art. 9.1,

referido a todos los poderes públicos) está sometido a la Ley, como a la Constitución, y no puede pretender por ello, por muy extenso que sea su respaldo popular, eximirse de su vinculación, lo que es decir, de la vinculación al juez, que es su instrumento indisociable.

La democracia y la Ley mantienen, de este modo, la relación esencial y recíproca iniciada con la institucionalización histórica de esas dos realidades, que enmarcan hoy toda nuestra vida colectiva.