

ESTADO DE DERECHO

Separata de «Razón Española» núm. 101 mayo 2000

Pags. 261-280

ESTUDIOS

ESTADO DE DERECHO

0. Según el art. 1.º de la Constitución vigente: «España se constituye en un estado social y democrático de Derecho...».

Para que fórmula semejante resulte inteligible, los tres calificativos utilizados por nuestros parlamentarios debieran ser unívocos, para que quienes participaron en el referéndum constitucional y le dieron su aprobación supieran de qué se trataba realmente. Porque si los votantes se escindieran en posiciones interpretativas diversas y el valor semántico dependiera de un consenso mayoritario, lo ratificado por los electores quedaría en tinieblas.

Más aún. Aunque los refrendantes, en su fuero interno, hubieran reflexionado y dieran sentido a esas palabras clave, siendo impensable un acuerdo tácito, todos ignoraríamos el significado de términos tan usados como indefinidos.

Pues qué quiere decir «social»? ¿qué, «democrático»? ¿qué «Estado de Derecho»? Veámoslo.

1. El adjetivo «social», es, en su acepción más amplia, tan difuso que no puede dejar de ser aplicable a ningún Estado, ya que, incuestionablemente, toda organización política supone una estructura social previa; es decir, un grupo de personas cooperando entre sí.

Al redactarse la Constitución, la sociedad española permanecía inalterable: sólo se intentaba modificar su régimen político, ¿o podría negar alguien «socialidad» al Estado español conformado tras el Alzamiento del 18-VII-36? Cabría discutirse si el Estado actual es más o menos «social» que su predecesor; pero no que aquél y cualquier otro Estado sean sociales. ¿Qué valor tiene aquí, entonces, el vocablo de la CE? Al permanecer indefinido, su significado es retórico. Lo que querían nuestros parlamentarios era inducir a los electores a un voto favorable.

Y lo conseguían siendo ambiguos. ¡A eso aspiran los «acordeones» ideológicos! Cuando, p.e., el poeta Zorrilla escribe la última estrofa de su «Primera Impresión de Granada», en versos de belleza indiscutible, dice:

*«Salve oh ciudad en donde el alba nace
y donde el Sol poniente se reclina,
donde la niebla en perlas se deshace,
y las perlas en plata cristalina:
donde la gloria entre laureles yace
y cuya inmensa antorcha te ilumina;
santuario del honor, de la fe escudo,
sacrosanta ciudad, yo te saludo!»*

Si en vez de referir sus versos a Granada quisiera dedicarlos a cualquier otra población, sin variar una sola palabra sus habitantes se sentiría orgullosos de tan espléndido panegírico. ¡Aun los más lógicos y menos propensos a la lírica los aplaudirían! Sin embargo, la descripción es tópica: el alba nace en todas partes; e igualmente no hay lugar en donde el Sol poniente no se recline y la niebla no se deshaga en perlas y plata cristalina..

2. Algo similar podría predicarse del adjetivo «democrático». Sus acepciones son tan variadas y ambivalentes que sólo de facto puede conocerse su denotación aquí y ahora. Una es la democracia de Atenas, otra la rusioniana, muy otras la norteamericana y la suiza. Los griegos contraponían, como incompatibles, la democracia y la monarquía. Hoy bastantes países pretenden conciliar ambos regímenes, aunque tengan que pasar por alto algunos de los que proclaman como sus principios fundamentales (por ejemplo la igualdad ante la ley y la universalidad de su imperio).

A la vista de lo que pasa en el mundo, resulta evidente que una cosa es llamarse «democracia» y otra muy distinta serlo de verdad. Si definimos la democracia en el sentido literal del término, nos veremos obligados a confesar que no ha existido nunca, ni siquiera en Grecia. Más aún: siendo de realización imposible semejante régimen, cuantos se presenten como tal no harán otra cosa que servirse siempre de ese mito político para desactivar rebeliones y protestas.

Si reconocemos que el autogobierno popular resulta impracticable; pero lo aceptamos como una finalidad utópica a que tender, valoraríamos sus diversos ejemplares según se aproximen más o menos a ese ideal inasequible. Preguntaríamos, así, pongamos por caso, si es preferible la democracia orgánica o la inorgánica; si cumple mejor sus propósitos la monarquía o la república; si el sufragio debe ser universal e igual o diferenciado y plural según méritos, etc.

Relativamente a España y a nuestra Constitución el principio democrático desemboca en inocultable antítesis. El art. 1, 2 afirma que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» ⁽¹⁾, y ese pueblo español, que pudo dar su beneplácito a la Constitución mediante referéndum y que los arts. 167,3 y 168, 3 invocan como instancia

¹ Sostener que la «soberanía nacional» reside en el pueblo español; pero, al mismo tiempo, admitir la existencia de otras «nacionalidades» integrantes, conduce a plantearse la cuestión de por qué esas otras «naciones» deban quedar exentas de la soberanía de sus respectivos pueblos. Afirmada originariamente la «igualdad democrática», ¿con qué base se afirma después la desigualdad de los distintos pueblos con relación al poder soberano?

suprema para su revocación o reforma; en las cuestiones de especial trascendencia se rebaja su papel, ¡por decisión extralimitada de sus representantes! ⁽²⁾, a lo meramente consultivo.

Mucha gente —quizá la mayoría— desconoce la realidad de los gobiernos mixtos y reduce a dos las formas de organizar el poder: dictadura y democracia. Pero estamos en pleno malabarismo político, porque, necesariamente, siempre el mando habrá de compartirse entre pocos, nunca lo tendrán ni uno sólo ni todos. Un individuo armado puede imponerse a una multitud desarmada, bien que por tiempo escaso. Sin ejecutores voluntarios de órdenes se hace imposible constreñir a una muchedumbre durante varios días. Luego para lograr la obediencia de todo un pueblo resulta imprescindible una cadena de mandos. Y en cualquier caso, un centro de procedencia para cada orden impartida. Diré más: el poder político converge en probabilidad hacia un límite; es decir, fluctúa en torno a una cantidad constante. Y en todo caso, lo ejerce, más o menos solapadamente, algún caudillo. No importa cómo se le llame: la fuerza de quien llegue a ostentarlo, será estadísticamente irresistible ⁽³⁾. En la práctica, no siempre coinciden el poder de derecho y el de hecho; pero mientras el Estado subsista, alguien lo ejercerá con mayor o menor eficacia. Y en inversa proporción con la misma veremos fluctuar la «anarquía», que, si nunca es absoluta, todos los Estados la soportan en dosis más o menos grandes. He ahí por qué se produce el movimiento pendular de los pueblos hacia las (llamadas) democracia o dictadura, o, mejor, las preferencias colectivas por libertad u orden.

En efecto, cuando el poder se relaja, crecen las fracciones de anarquía, porque la libertad se desmanda. Y a medida que los desórdenes queden impunes, la efectividad del Derecho decae; y la gente que sufre los abusos demandará mayor energía para ponerles freno.

Por otra parte, como, pese a su nombre, el «poder legislativo» no pasa de nominal, porque carece de verdadera potestad, teniendo, a lo sumo, auctoritas ⁽⁴⁾, ante un ejecutivo débil, los jueces van carcomiendo la ley y, al par que se desacreditan por sus incoherencias mutuas, restan eficacia conminativa al ordenamiento.

3. Piensan muchos que democracia y dictadura son extremos perfectamente discernibles: Aquélla respeta la división de poderes; ésta, no. Sin embargo, «los extremos se tocan». Y la división de poderes se queda casi siempre en un «plan» de Derecho que no se cumple en parte alguna. El ejecutivo es teóricamente controlado por el legislativo. En realidad, el ejecutivo, al contar con mayoría en las Cámaras y anteponer al voto en conciencia la disciplina de partido, no permite ninguna efectiva fiscalización. Y para que la judicatura tampoco pueda contenerlo, el Gobierno recurre a francas añagazas que lo inmunicen. Afirma, pues, la independencia del «poder judicial»; pero se reserva la máxima influencia sobre los nombramientos o ascensos de los jueces. Así se les motiva con la monótona incentivación con que siempre se mueve a los

² ¿Puede un apoderado restringir las facultades de su poderdante?

³ Se dice «estadísticamente», porque es imposible al poder público ejecutar siempre sus decisiones.

⁴ He tratado esta cuestión en: «La eterna polémica sobre las fuentes del Derecho, Santiago, 1994, 36 ss. Para la distinción entre «auctoritas» y «potestas», vid. D'Ors, Alvaro: Ensayos de teoría política, Pamplona, 1979, 74 ss. 76 ss. y otros varios lugares también del mismo, con más concreta dedicación al tema, vid. Escritos Varios sobre el Derecho en crisis, Roma Madrid, 1973, esp. «Lex y Ius en carcomiendo la ley y, al par que se desacreditan por sus incoherencias mutuas, restan eficacia conminativa al ordenamiento.»

hombres: la esperanza de premios o el temor a posibles represalias y al ostracismo. En España, concretamente, con el beneplácito del T. C, pese a un texto inequívoco de la CE, los miembros del Consejo G. del P. J. han venido a ser una hechura de los partidos. Y para lograr la docilidad de sus jueces, el propio T. C. se designa de un modo parecido, que degenera fatalmente en una cooptación partidocrática ⁽⁵⁾. No por otra razón, la gente da pruebas constantes de rechazar al sistema; y entre todas las instituciones españolas, la judicatura es la que le inspira menos confianza.

No sin causa confiere el pueblo en ocasiones a un líder un poder concentrado e irrestricto para que pueda realizar lo que ninguna partidocracia permite ⁽⁶⁾. Los partidos se muestran unánimes en calificar estos comportamientos de «antidemocráticos»; pero sería contradictorio tildarlos de tales y afirmar después la soberanía popular. Cuando Hugo Chaves, en la Venezuela de nuestros días, concurrió a las elecciones, pese a la intentona golpista que le reprochaban todos los partidos coaligados contra él, las ganó por abrumadora mayoría, ratificada después cuando las convocó para elegir un nuevo Poder Constituyente. Otras veces, la voluntad del pueblo se manifiesta de otro modo: creciente descontento con el gobierno y adhesión a un caudillo que, dando un golpe de Estado, no hace otra cosa que servir de intérprete al sentimiento general y encarnar como protagonista el gran disenso público. Aunque se silencie actualmente, Mussolini, en Italia, pudo encabezar una marcha triunfal sobre Roma, porque el pueblo mayoritariamente lo respaldaba. En otro supuesto, su actuación cosecharía un tremendo fracaso y las instituciones y el rey hubieran visto reforzadas sus prerrogativas. En España cuando Primo de Rivera, tras su proclama del 12 de septiembre de 1923, se trasladó a Madrid desde Barcelona, multitudes enfervorizadas se solidarizaron con su pronunciamiento. Y aunque el Gobierno, antes de presentar su dimisión, propuso al rey enérgicas medidas contra los generales y mandos militares rebeldes, el rey aceptó el hecho consumado, porque se había convencido previamente de que la voluntad nacional estaba con el general sublevado. Así, tanto en Italia como en España, el haber preferido sus monarcas lo substancial a lo formal, la voluntad actual de la población a una norma constitucional artificialmente instaurada; pero no vivida; preservó a sus respectivos reinos de una guerra civil probable ⁽⁷⁾.

⁵ El art. 159 CE convierte al Rey en un autómatas que habrá de nombrar, sin libertad alguna, los miembros que vengan propuestos por Congreso, Senado, Gobierno y Consejo Gral. del Poder Judicial. Tanto el Congreso como el Senado, con mayoría de 3/5, hacen sendas designaciones de cuatro miembros, (no «proponen», que es un mero eufemismo). Semejante mayoría en las Cámaras no se obtiene sino mediante pacto entre partidos. Cada uno hace, pues, «sus» nombramientos entre «incondicionales» para prevenir eventos futuros, pues, aspirando al poder todo partido, su norte está en su consecución. Los dos vocales del Gobierno, no tienen otra mira. Los dos del Consejo Gral. del P. J. serán un resultado de agolpamientos por su origen. El párrafo 2 del artículo resulta también desafortunado. Sus referencias a magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados no añaden nada a lo que realmente debería contar: juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional. Y ni siquiera esta última expresión es feliz. Lo que importaría no son los años de ejercicio profesional, sino la dedicación efectiva al estudio de la CE y de los derechos fundamentales (que serán el tema de sus decisiones) y su independencia de criterio, pero, claro, eso no lo querían ni los redactores de la CE.

⁶ En su famosísimo Discurso sobre la Dictadura, Donoso Cortés decía: «Cuando la legalidad basta para salvar la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura...».

⁷ R.A.C. Parker, en su particular relato de los sucesos europeos entre 1918-1945 describe lo acontecido en España en este período de un modo inconciliable con la igualdad democrática. Dice que: «Aunque las ciudades más pequeñas votaron a los monárquicos, nadie prestó atención a este esperado resultado, pues lo que realmente importaba era que prácticamente todas las grandes ciudades votaron a los republicanos... «La República,

Hábilmente explotada por la propaganda republicana, al blandir como pretexto justificador la dictadura primoriverista, cuya necesidad se negó siempre a reconocer; el rey, desalentado por los primeros resultados de unas meras elecciones municipales que, conclusas, le habrían demostrado el favor popular; muy mal asesorado, se precipitó a renunciar al trono y abandonar España.

Algo enteramente contrario sucedió en 1936⁽⁸⁾. El alzamiento militar de 17 de Julio constituyó una respuesta a la demanda de los muchos que se sentían tiranizados. En aquel año, la pugna política había adoptado tendencias excluyentes. Ni siquiera podría concebirse como una guerra «fría», pues la «caza de disidentes» se había organizado por el gobierno desde su toma del poder. Por saberse minoritarios, los republicanos sentían temor a una reacción monárquica y trataron de prevenirse contra ella. Creían también que la Iglesia les era hostil, y de ahí su pasividad ante acciones violentas contra personalidades e instituciones católicas. Y a medida que se organizaba y crecía la oposición, la represión se incrementaba proporcionalmente. En 1934 dos movimientos subversivos, de muy distinto alcance, prendieron en Cataluña y en Asturias. Equivalían al desencadenamiento de una guerra franca. Y dieron base a la derecha para sospechar en julio de 1936 una conjura revolucionaria tramada por la URSS. Temiendo las consecuencias que podría ocasionar su pasividad, el Ejército, en gran parte, se sintió llamado a intervenir. A la cabeza de los insurgentes estaba el veterano general Sanjurjo. El general Franco, cuya superioridad como estrategia reconocían todos los sublevados, fue elegido en octubre por la Junta militar como caudillo, a fin de dar al mando la unidad indispensable para garantizar la victoria.

4. Las consideraciones precedentes no tienen otra finalidad que demostrar las tremendas dificultades que entraña la definición objetiva, científica, del (llamado) «Estado de Derecho». Porque, si esta locución ha de significar algo nada común, una propiedad que no todos los Estados necesariamente poseen y que, por ello, «singulariza» y «dignifica» al que pueda vanagloriarse de título tan honorífico, es de absoluta evidencia que no basta con que la voluntad

...contaba inicialmente con el apoyo, o al menos la aceptación, de los más importantes elementos de la sociedad española». Historia Universal siglo XXI, vol 34, El siglo XX. Europa 1918-1945, pág. 222. Tal versión de los hechos deja ver con claridad cómo se escribe la historia desde una tendencia determinada. He dicho en más de una ocasión que España es una democracia sin demócratas. Tal vez no sólo España. El resultado total de las elecciones municipales de 1931 fue favorable a la monarquía. Pero, pese a la proclamación retórica de la igualdad de los sufragios, se partió de la suposición contradictoria de que el voto en la gran ciudad era mucho más valioso que el de los colegios electorales en pequeños pueblos (idea que Parker parece compartir). No existiendo, pues, un verdadero consenso en cuanto al cambio de régimen, ¿qué tiene de extraño que la república fracasara? Máxime cuando su puesta en práctica y los resultados de las elecciones sucesivas se manipularon desde una pequeña minoría hasta conseguir un poder constituyente completamente dominado por la izquierda. Tamaña manipulación trajo al país males, que no se han enmendado aún.

⁸ *Lo que suele cuestionarse actualmente es la legitimidad del Alzamiento. No son pocos los que piensan que el recurso a las armas nunca se justifica. Pero, a la verdad, la tradición filosófica (que tiene en su haber nombres tan ilustres como S. Agustín, Santo Tomás de Aquino, Suárez, Molina, Báñez, Victoria, Soto, cuyo peso específico está incomparablemente por encima de los que hoy se les oponen) ha seguido muy otros derroteros. Su defecto estriba en no concretar cuando es realmente lícito alzarse en armas contra el poder, o mejor, cuando un poder pierde su legitimidad inicial. En rigor, parecería siempre lícito derrocar a gobernantes que hayan accedido al cargo por vía ilegítima; es decir, a los tiranos. Pero ¿cuando el poder legítimo deja de serlo? La teoría clásica brinda una respuesta cualitativa, que, por su propia índole, siempre se abisma en dudas, por mi parte, para evitar de raíz los equívocos en tan vidriosa materia, he creído necesario recurrir a formulaciones matemáticas concretas para justificar la insurrección.*

política haya de expresarse bajo forma normativa, cosa no siempre posible y parcialmente necesaria, sino que requiere, además, otras condiciones, nada fáciles de obtener e, incluso, difíciles de concretar ⁽⁹⁾.

Procediendo por exclusión, como exige el método científico, eliminaré primero las posiciones extremas, según las cuales: a) Todo Estado es Estado de Derecho (Kelsen) ⁽¹⁰⁾; y b) ninguno lo es, porque, para serlo, el Estado tendría que gozar de omnisciencia (para no traicionar la Justicia) y de omnipotencia (para poder realizarla).

Examinemos primero la tesis kelseniana, que identifica Estado y Derecho. Siendo -dice- ambos conceptos uno, hablar de Estado de Derecho es incurrir en reduplicación inútil. Para Kelsen la Teoría del Estado es la Teoría del Derecho Político, del ordenamiento estatal, cuya existencia «consiste en su validez objetiva». Ambas denominaciones no son claras; entre otros motivos, porque Kelsen necesita desentenderse de lo empírico y encerrarse en un mundo de puro deber ser inaplicable a cualquier Estado. Así ha de postular la precedencia de las normas sobre los derechos subjetivos y disolver éstos en aquéllas. Frente a las tradicionales definiciones del derecho subjetivo como «voluntad (Savigny) o interés (Ihering) jurídicamente protegido», Kelsen atiende sólo a la norma que los reconoce. Aunque no se tenga interés concreto, el derecho subjetivo subsiste, si la norma lo establece. Sólo la norma puede decir si alguien lo tiene o no. Si se refiere el derecho subjetivo a la voluntad, se autodestruye. Uno, en apariencia, puede utilizar sus cosas libremente y exigir que los demás se abstengan de toda interferencia sobre ellas. Pero tal abstención ajena es simple consecuencia del deber jurídico que el ordenamiento les impone; es decir, efecto normativo. Se suele mencionar el derecho a la libre actuación donde no existen prohibiciones; lo cual es también efecto del ordenamiento, en cuanto no prohíbe. Así, la ley confiere validez a la voluntad de una parte «como un cheque en blanco que se encarga de llenar» el delegado o favorecido por ella.

Kelsen no deja de comprender que un Derecho natural o suprapositivo constituiría un obstáculo insalvable para su teoría. Pues si el Estado debiera fidelidad al Derecho natural, Estado y Derecho no podrían identificarse. Porque -según el gran jurista austríaco- «el derecho subjetivo no es diverso del objetivo más que si es independiente de él» o sea, si su validez no deriva de sus normas o si -como enseñan a veces incluso algunos positivistas- le precede temporalmente». Si hay «derechos innatos e indestructibles», como dicen los iusnaturalistas, el derecho subjetivo antecede y condiciona al positivo estatal, con lo que Derecho y Estado no podrían ser lo mismo ⁽¹¹⁾. Con su pretensión de rigorismo lógico, Kelsen trata de exponer luego toda la teoría política desde su enfoque jurídico inicial. Según lo condensa Legaz: «El “territorio” es sencillamente el ámbito espacial de validez de las normas de un sistema jurídico; el “pueblo” es la esfera de validez personal de esas normas, es decir, el problema de los sujetos del orden jurídico; la

⁹ Por este motivo afirmar, como lo hace la CE, que España «se constituye» en un Estado de Derecho es tan utópico como lo proclamado en los arts. 4º y 6º de la Constitución de 1812. El 4º decía: «La Nación está obligada (había que preguntar por quién) a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». Y el 6º, muy repetido en son crítico por todos los constitucionalistas, dogmatizaba: «El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo el ser justos y benéficos».

¹⁰ J. Perich viene a decir algo parecido. Vid. *La notion de Rechtsstaat et le principe de legalité*, en *Bol. Fac. D. Coimbra*, 1949, 305 ss. Un resumen en Legaz: *Filosofía del Derecho*, 5ª ed. 1961, 811, nota.

¹¹ Vid. *Teoría General del Estado*, (Legaz) Barcelona, 1934, 61 ss.

“autoridad” y el “poder” indican la eficacia social efectiva de un orden jurídico; la “soberanía” representa la condición de un ordenamiento jurídico de no depender de ningún otro...» etc. ⁽¹²⁾.

La tesis normativista de Kelsen ha sido sagazmente impugnada por Carl Schmitt, oponiéndole su decisionismo, según el cual es imposible reducir el Derecho a normas y el Estado menos aún. La esencia del poder estatal reside en la soberanía, que no estriba en la independencia de un sistema normativo, sino en la capacidad de tomar decisiones en los estados de excepción, que precisamente carecen de normas previas reguladoras. Ahí, por eso mismo, hace crisis el pretendido gobierno de leyes, no de hombres, postulado por Aristóteles y resonado por Kelsen. Lejos de confundirse lo político con lo jurídico, éste proviene de aquél: el Derecho positivo ha de ser introducido por decisiones iniciales que lo inauguren desde un acto anormado de nudo poder ⁽¹³⁾.

El error cometido en este punto por Kelsen consiste en pasar por alto la verdadera realidad del Derecho Privado. Para que Derecho y Estado fueran lo mismo sería preciso que no existiera otro Derecho que el emanado del poder estatal. Pero con tal criterio se ignoran el Derecho consuetudinario, las cláusulas contractuales forjadas por las partes y, sobre todo, la costumbre y la jurisprudencia contra ley. En rigor, todo el Derecho «privado», que, —no hay que olvidarlo— prospera en un número de casos millones de veces mayor que los litigiosos a que se aplica coactivamente el Derecho público, es obra de particulares, que cumplen sus acuerdos de buena fe, aun en supuestos en que fracasaría la tentativa de exigirselos por vía judicial ⁽¹⁴⁾. De ahí que sea un hecho estadístico la desigualdad de Derecho y Estado y aún de leyes y Derecho.

Y si muchos juristas creen que la observancia de las normas se debe a la presión coactiva del Estado, lo cierto es lo contrario; es decir, que la efectividad de las disposiciones jurídicas depende por completo de la medida en que se respeten los acuerdos inter partes y la posesión ajena. Pues, como hemos afirmado repetidas veces: «La probabilidad de corregir o subsanar el error jurídico es inversamente proporcional a su magnitud estadística». O sea, si las violaciones de los pactos privados o los atentados al *status quo* (errores jurídicos) son muy grandes, la probabilidad de restablecer el orden por los poderes públicos se hace muy pequeña. Tanto, que veces asaz tiende a ser nula.

Esta verdadera ley extrínseca del Derecho tiene amplias repercusiones sobre la Ciencia jurídica. Nos enseña, por ejemplo, que cuanto más lógicas o connaturales sean las normas, más propensas a crear costumbres y menos probable su infracción. Cuanto más hipertrófico y complicado el Derecho, menos efectivo resultará. Y, viceversa, cuanto más simple, más probable su acatamiento. Esto quiere decir, entre otras muchas cosas, que ese socorrido precepto de que «la ignorancia de la ley no vale como excusa en supuestos de incumplimiento», por necesario que parezca, sólo es aplicable al caso individual, porque una ignorancia multitudinaria, masiva, reduce a la ineficacia cualquier ley. Por eso también el Derecho es «la estadística de cómo la gente se comporta cuando lo vive, no lo que “manda” el legislador o decide un juez». Lo individual y lo estadístico difieren, no se confunden. La excepción no confirma la regla: la desmiente. Muchas excepciones conformes hacen «otra» regla.

¹² Legaz: *Filosofía del Derecho*, cit. 809.

¹³ Schmitt: *Politische Theologie*, 1932.

¹⁴ Según mis cálculos, la proporción entre litigios y acuerdos es del orden de 0,00000007077.

5. La segunda posición extrema, niega radicalmente la posibilidad de que existan Estados de Derecho, porque no alcanzan a interpretar hasta qué punto se conjugan necesidad y contingencia en una realidad estadística como la del Derecho. Y sin embargo, por extraño que pueda parecer, se ha sabido desde siempre que las normas no anulan la libertad, ya que el hombre puede infringirlas. Luego en los casos particulares son contingentes. Su necesidad es estadística. Y en esto, como se sabe hoy, las leyes físicas no difieren de las leyes jurídicas. Ambas son probabilísticas. Basta recordar el principio de correspondencia, debido a Bohr, para percatarse de que si las leyes de la Física clásica no son ya leyes causales absolutas, sino «el límite a que tienden las leyes de los cuantos cuando los números cuánticos son muy grandes»¹⁵, no pueden señalarse diferencias entre lo físico y lo jurídico: ambos son expresión de la ley de los grandes números, enunciada por Jacobo Bernoulli y reforzada por Borel.

Excluida la alternativa dilemática; es decir, ni siendo todos los Estados de Derecho, ni tampoco negando a todos dicha cualidad, resulta evidente que algunos la tendrán y otros no. La cuestión entonces se reduce a saber qué requisitos ha de cumplir un Estado para que merezca ser considerado Estado de Derecho. Por la exposición antecedente sabemos ya de antemano, que las exigencias que cabe imponer, amén de ser de índole estadística, habrán de consistir en cierta relación entre los elementos que conforman en su integridad la realidad jurídica. A saber: las normas vividas, las propuestas legales y las sentencias. En otras palabras: para determinar si un Estado puede llamarse de Derecho tendremos que comparar las propuestas legales (que no son otra cosa que la totalidad del Derecho público, entendiendo por tal todas las normas emanadas del poder legislativo y del Gobierno) con su recepción en la vida pacífica y/o en su aplicación a los supuestos conflictivos. Cuando las leyes suscitan un común disenso y la generalidad de los ciudadanos no las viven o los Tribunales no las aplican realmente (porque sólo después de haber dictado sus fallos, buscan en los cuerpos legales la fundamentación de sus resoluciones), el Estado, a partir de cierto nivel de incumplimiento, deja de ser verdaderamente de Derecho. Será: o bien anárquico (impotente) o despótico. Esto es notorio. Leyes meramente de papel, no son leyes; no pasan de palabras vacías. El tema importante aquí es cuantitativo: ¿Cuánta ineffectividad hace falta para que un Estado no pueda ya considerarse Estado de Derecho? O, en otra forma, ¿qué grado de acatamiento es preciso para que sea posible hablar de Estado de Derecho?

Estas preguntas, pese a su importancia, no parecen haber preocupado a los juristas, ni siquiera en relación con textos tan relevantes como las Constituciones. Con que se promulguen, ya se consideran vigentes, hasta su derogación. Así, pecando de teoricismo, se acaba echando raíces en la utopía. En cambio, al abordar el problema de la represión penal de ciertos delitos contra el sistema político, como la rebelión militar, los pronunciamientos y los golpes de Estado, la dificultad de mantenerse dentro de una lógica punitiva rigurosa no ha podido dejar de advertirse.

Quiero recordar a este respecto unas palabras de Groizard: «Las penas de este artículo -decía comentando el 184 del Código Penal de 1870-, acertadamente escalonadas, nos parecen sin embargo, exageradas. No somos de los que hacen de los crímenes políticos el mayor de los grados de la delincuencia humana, ni el más negro matiz de la criminalidad. Pero no somos tampoco de los que niegan que los delitos políticos sean delitos en sí y afirman que no son otra

¹⁵ *He tratado estos temas en Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica, Santiago, 1954, 173 ss. Introducción a la Filosofía del Derecho, cit. 258 ss. La Lucha por la objetivación del Derecho, Vigo, 1965, 63 ss. Pero ya en 1951, en La Exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídicoprocesal, Santiago, pág. 148.ss. inicié la aplicación de estas ideas a cuestiones de práctica jurídica.*

cosa que arbitrarias creaciones de los Poderes públicos, inventadas para oponerse a la corriente de las ideas. Son estas opuestas tesis dos grandes exageraciones que no tienen su apoyo en la justicia, sino en los encontrados intereses de los partidos autoritarios o revolucionarios. Ni la insurrección es ante la razón y la conciencia siempre un crimen, ni deja de serlo las más veces. A los que asuste por anárquica esta doctrina, a nuestra vez les diremos que tienen que pasar por ella mal que les pese, a no ser que tengan el valor de proclamar que no hay jamás derecho contra la fuerza. La dificultad estará en distinguir el hecho del derecho; esa dificultad no la negamos; pero de que esa dificultad exista, no se sigue, como consecuencia lógica, que en principios de justicia y de moralidad abstracta, no haya más guía para el espíritu humano, para no extraviarse al realizar una aspiración, que tomar, como única manifestación de la verdad y del derecho en la Historia, el brutal triunfo de los hechos» (16).

Casi todos los regímenes políticos actuales -escribí hace años- se han corrompido, transformándose en sistemas de cohección del poder para ocultar el hecho ilegítimo de estar sirviendo del Derecho en vez de poner al servicio del Derecho cada actuación suya.

La conclusión es fácil: Cualquier poder a quien le quepa fijar su propia legalidad, carecerá desde ese mismo instante de legitimidad. Dicho de otra manera: El Derecho Público, lejos de ser «constituyente» y modelador del Derecho Privado; es decir, del Derecho espontáneamente vivido por el pueblo; encuentra en éste su fundamento y ratio. Y su practicabilidad; esto es su concordancia proporcional con él, decidirá si es, o no, legítimo.

La ilegitimidad sobrevenida en el ejercicio del poder se hace perceptible en la experiencia sin más que calcular la entropía política según los datos estadísticos disponibles o mediante muestras aleatorias del tamaño apropiado. Pues, por una parte, aquélla se confunde con el error jurídico y la arbitrariedad y, por otra, puede inferirse desde las resistencias que las normas públicas invasoras encuentran en el pueblo. Cuando la entropía política sobrepasa ciertos niveles, nada importan ya los resultados electorales: la ilegitimidad y el rechazo social práctico, aunque sea «instintivo», saltan a la vista.

El delicadísimo problema de las causas que hacen perder los iniciales títulos legitimadores consiste en decidir cuándo se justifica el repudio político generalizado o, incluso, el alzamiento en armas, por existir un estado de necesidad colectivo.

Despejar todas las incógnitas es, en cualquier caso, capital. Urge, por eso mismo, adoptar algunas precauciones sistemáticas para no sucumbir entre los escollos del tema. Preguntémonos, pues, primero: ¿Surge la ilegitimidad por haber traspasado alguna frontera cualitativa o por acumulación cuantitativa de desafueros?

Cuántas veces he planteado a especialistas esta alternativa, otras tantas se me ha contestado sin ninguna vacilación que la legitimidad es esencialmente cualitativa. He argüido entonces que la tesis me resultaba extraña y sumamente peligrosa. Extraña, porque si cabe demostrar, como parece, que la Justicia no pueda expresarse sino en cuantos (17); y si la ilegitimidad no es otra cosa que el apoderamiento o el uso injustos del poder, uno debería esperar que la legitimidad no constituya un absoluto, sino algo relativo y gradual, en función de las personas y las

¹⁶ Groizard: Alejandro, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, III, 1911390.

¹⁷ *La respuesta cualitativa a las grandes cuestiones que plantea la Justicia es mera logomaquia. P. e. se dice de ordinario: hay que pagar a los trabajadores el salario «justo». Pero, si no se cuantifica el salario, ¿se ha dicho algo?*

circunstancias. La tesis, además, resulta peligrosa, porque, acreditada la ilegitimidad, ¿cómo imponer restricciones al derrocamiento de un gobierno desde que consta ya la caducidad de su título?

Para que se pierda la legitimidad por comisión de acciones arbitrarias hace falta señalar alguna cifra o proporción a partir de la cual tenga que darse por perdida. No basta un desafuero único, o habría que renunciar definitivamente al concepto, pues ¿dónde está el gobernante que jamás haya incurrido en algún error o demasía? ¡En esta materia sólo puede contar el número! Es decir, la pregunta clave debe proponerse así: ¿Cuántos abusos permiten justificar la sublevación contra gobiernos tiránicos?

Reconozcamos, ante todo, que en temas como éste no sólo es menester extremar la prudencia, sino que tanto la paciencia como las cautelas tienen que ser exigidas al máximo. Un Gobierno, simplemente por hallarse en posesión del poder, está parapetado tras una presunción de legitimidad y sólo pruebas objetivas, intersubjetivamente corroborables, pueden válidamente esgrimirse para derrocarlo.

Por otra parte, según enseñaron ya en su tiempo los grandes escolásticos ⁽¹⁸⁾18, es preciso ponderar con frialdad qué probabilidades ofrece la victoria; qué precio, en toda clase de bienes, cuesta lograrla; y cuál es el balance comparativo entre los riesgos previsibles y los males que tratan de remediarse con el movimiento insurreccional. Por último, no cabe tampoco condenar a la inanidad otras contrastaciones esenciales. Por ejemplo: ¿No será una situación pasajera, que se corregirá desde dentro y de suyo, la que hoy suscita general repulsa? ¿Qué fundadas expectativas existen de que los nuevos gobernantes no incurran a su vez en las mismas o en peores aberraciones que las soportadas ahora?

Estos cuestionamientos preliminares obligan a deducir sin más que los niveles de entropía justificativos de un alzamiento en armas tienen que ser muy altos. ¿De qué orden de magnitud, en concreto? Las leyes sobre el error ⁽¹⁹⁾ proporcionan los criterios valorativos indispensables para cuantificar la solución al problema. Cuando la probabilidad de corregir los abusos, dadas las cifras a que montan, sea tan exigua que los disuasivos jurídicos delaten manifiesta ineffectividad, está claro que el Derecho, tambaleándose, hace inminente la revolución o la anarquía y demanda, para evitar daños aún mayores, un cambio político inmediato y drástico.

¿Cabrán expresar, mediante alguna fórmula numérica y con un grado de aproximación suficiente, cuándo se alcanzan los valores críticos que justifican el amotinamiento? Contra todas las apariencias, la respuesta afirmativa se impone.

En efecto: El fracaso del Gobierno resulta innegable en cuanto se adquiera la evidencia

¹⁸ Sobre el tema, p.e.: Schmidt, H.C.: *Die Lehre von Tyrannenmord*, Tübingen und Leipzig, 1901. Maravall, J.A.: *Teoría española del Estado en el siglo XVII*, Madrid, 1944. Para un resumen esquemático: Luño Peña, E.: *Historia de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1955, 484 ss. Interesante y ponderada exposición en Gil Robles, E.: *Tratado de Derecho Político, según los principios «Tyrannis» y «Tiranicidio y democracia»*, en *Ensayos de teoría política*, cit. 177 ss.; 193 ss. Vid. también: Zamayon, P.: *El derecho a la defensa durante el estado de agresión permanente*, en *Rev. Española de Teología*, 1942, 2o., págs. 681 ss. (Extractos publicados por Gabriel Alférez en *Verbo*, n.º 229 - 230, 1205 ss. Igualmente, en el mismo número de *Verbo* el artículo de Gil de Sagredo: *La conciencia y la legislación moral. La resistencia activa contra el poder ilegítimo, conforme a la moral católica, según el magisterio pontificio*, págs. 1281 ss.

¹⁹ Sobre las «leyes del error jurídico» vid. Lois: *El saber del Estado y sus repercusiones pragmáticas*, cit. 4. id.: *Una justa distribución del poder*, cit. 136.

estadística de que ha sido impotente para garantizar a los particulares el necesario clima de confianza en la incolumidad habitual de sus derechos. Es decir; nos sentimos jurídicamente protegidos mientras abrigamos la convicción de que las agresiones a nuestras personas, familias y bienes constituyen sucesos insólitos, que, si perturban el orden jurídico, lo hacen sólo en ínfima escala y por corto tiempo, pues nos consta con notoriedad que muy pronto se aplicarán medidas correctoras a las anomalías que nos afligen.

Con ligeros retoques, la sagaz caracterización que hizo Montesquieu de la libertad política puede servirnos para evaluar cosas tan importantes como la eficiencia de un Gobierno, el grado de discriminación a que está sometida una persona, el distanciamiento -mayor o menor- que sufre un país respecto al «verdadero» Estado de Derecho, etc.

A tal propósito, urge pasar de un lenguaje más o menos retórico a un lenguaje cuantificable y matemático. Aquí no es difícil. Basta substituir «confianza», término subjetivo no mensurable, por «esperanza matemática» o «valor esperado», expresión cuantificada ya por la teoría de probabilidades y perfectamente adaptable al caso actual. Entonces, nos contentaremos con definir: «Libertad política es el valor esperado que tiene para el hombre medio (una persona «S», tomada al azar) la probabilidad de no sufrir interferencias perturbadoras en una unidad «t» de tiempo».

Si la probabilidad de sufrir interferencias vale, pongamos por caso, el fraccionario f , la de no sufrirlas será igual a su complemento a la unidad; es decir, $1 - f$. En realidad, este último es el número importante, al que conviene referirse.

Cuando la probabilidad de sufrir interferencias crece con rapidez y en forma continuada, el fracaso del régimen político imperante quedará patentizado sin más. Nadie podrá substraerse al sentimiento generalizado de frustración que resuena en la calle: La revolución, latente o patente, estará incubándose.

¿Cuándo cabrá sostener que se registra objetivamente un incremento duradero y autoacelerado de la inseguridad ciudadana o un decremento constante y rápido de la libertad política? Impersonalizando desde este mismo instante la respuesta, imaginemos un flujo de sucesos que reúna las siguientes características: a) Producirse con relativa estabilidad en el tiempo; b) No venir afectada la probabilidad de cada componente por la ocurrencia de los otros eventos; y c) resultar despreciable la probabilidad correspondiente a un caso aislado para intervalos ínfimos de tiempo.

Tales requisitos definen lo que se denomina un proceso de Poisson o ley de los sucesos raros. Pues bien, consideremos ahora la serie de los errores jurídicos como un cierto flujo de los fenómenos que van aconteciendo en un tiempo t : ¿Nos hallamos o no ante un proceso de Poisson?

6. Si tenemos que contestar afirmativamente, ya no estaremos en un Estado de Derecho. Si la respuesta negativa se impone, el Estado merecerá ese título. ¿Pero cómo saberlo? La magnitud a evaluar para contestar a esta pregunta es la eficiencia del Derecho. Mejor dicho, como en tantas ocasiones, más bien que medir inmediatamente esa magnitud, mediremos, computándolas, las manifestaciones observables de ineficiencia. Pues si la eficiencia consiste en el nivel de efectividad o grado en que la libertad dispensada teóricamente se consigue, todos los errores jurídicos, todos los atentados a la libertad, todas las arbitrariedades habrán de ser la expresión de la ineficiencia.

Por razones de comodidad y simplificación, denominaremos a todo lo anterior error jurídico, y lo simbolizaremos con la letra H.

La libertad y el error jurídico están en razón inversa. La libertad disminuye cuando el error jurídico aumenta (manteniendo constantes los demás factores influyentes). Asimismo, si el error jurídico se reduce, la libertad experimentará un incremento proporcional. La cuestión álgida estriba en cómo medir objetivamente el error jurídico. Hay diversas formas concordantes. Propugno ahora la siguiente: Cada proceso tramitado (penal, civil, administrativo, fiscal, contencioso-administrativo) es siempre consecuencia de un error (o acaso varios) cometido por alguien (¡identifico aquí arbitrariedad con error!). Por tanto, el número total de procesos nos permite cifrar aproximadamente ⁽²⁰⁾ la magnitud del error jurídico H (que podemos concebir como la entropía de nuestro sistema político).

Todo aquel que haya captado la intencionalidad de estos cálculos, habrá comprendido que H/D -si esta última letra designa los actos pacíficos- puede ser la medida de la verdadera proporción en que se está viviendo el Derecho. Dando un paso más, nos cabe interpretar la entropía como el total de «fallos» o «disfunciones» que sufre el Derecho. «D» representaría en ese caso, todo lo jurídico. Podríamos, entonces, calcular el error jurídico «per capita» en la unidad de tiempo, por ejemplo en un año. Así, en 1979 las estadísticas oficiales registraron unos 2.720.000 yerros jurídicos de todas clases (en números redondos). La población andaba alrededor de 37,5 millones de habitantes. Las «fallas» o «deficiencias» por capita eran, pues, $5,44/37,5 = 0,14506$, cifra subestimada respecto a su valor real ⁽²¹⁾. Nos es posible preguntar ahora que podría significar la diferencia a la unidad o el complemento a uno de estas fallas per capita: $1 - 0,14506 = 0,85494$. Si aquel número representa lo antijurídico per capita en 1979, su complemento a uno debe de indicar la probabilidad de vivir el Derecho por habitante en aquel año, y, en términos estadísticos, la eficiencia contemporánea del Derecho, o, si se prefiere, hasta qué punto cabría hablar de Estado de Derecho entonces ⁽²²⁾.

José Lois Estévez

²⁰ *Obviamente, la evaluación es por defecto. Muchas personas, víctimas de agresiones injustas a sus personas o derechos, se resignan a sufrirlas antes que recurrir a la vía judicial, bien por falta de pruebas, bien por no merecerles crédito ésta.*

²¹ *Obviamente, la evaluación es por defecto. Muchas personas, víctimas de agresiones injustas a sus personas o derechos, se resignan a sufrirlas antes que recurrir a la vía judicial, bien por falta de pruebas, bien por no merecerles crédito ésta.*

²² *Cálculos análogos pueden hacerse en cualquier época. Para quienes sientan curiosidad por las expresiones matemáticas presupuestas, me remito a mi libro *Tras eufemismo demo-a-gracia*, 2ª ed. Santiago, 1993, 365 ss.*