

# ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA (1)

MANUEL ARAGON

Como muy bien se sabe, sin discusiones no hay avance alguno en cualquier disciplina científica. Por ello no está mal que ahora, en el Derecho Administrativo español, estemos asistiendo a un vivo debate producido, además, en el interior de una misma escuela. Pero en este caso, a los beneficios generales que origina toda discusión entre estudiosos de valía se añade un beneficio más: una excelente obra publicada precisamente al hilo de esa polémica intelectual.

Porque, en efecto, sin esa discusión no se entendería cabalmente, me parece, el último libro de Eduardo García de Enterría cuyo comentario es el objeto de estas líneas. Se trata de una obra vigorosa, escrita con pasión, podría decirse incluso que con un admirable ímpetu juvenil, que, por ello mismo, más bien parece una respuesta inmediata que un producto largamente elaborado, dando lugar a que brille así su carácter de alegato hecho desde el calor de la palestra sobre su condición de estudio fría y distanciadamente neutral. A estos efectos, la diferencia con la magnífica obra inmediatamente anterior de nuestro autor, *La lengua de los derechos* (2), es muy clara. Ambas han venido a remover el panorama de nuestra cultura jurídica y están llamadas a producir muy importantes efectos, pero una es de más largo alcance que otra. Puesto que un libro no deja de ser un arma, por supuesto que meramente cultural, y acudiendo a un símil sobre el arma caballeresca por excelencia, podría decirse que *La lengua de los derechos* es un libro «cortante» y *Democracia, jueces y control de la Administración* un libro «incisivo».

Y justamente ahí, en su carácter incisivo, que explica precisamente el prin-

---

(1) Comentario al libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1995.

(2) Comentada por L. M. Díez-PICAZO en el número anterior de esta Revista.

cial motivo de su aparición, reside uno de los mayores atractivos del libro, ya que, de manera muy viva (tanto que su lectura «atrapa» de tal modo que es muy difícil no hacerla de corrido) viene a salir al paso de cualquier intento de alterar el principio de la plena sumisión de la Administración a la ley que constituye la exigencia básica del Estado de Derecho. La democracia no precisa de salvadores, pero el Estado de Derecho sí necesita siempre de juristas que lo defiendan, ya que son éstos, y no los ciudadanos, los únicos capaces de mantenerlo. Eduardo García de Enterría sale en defensa del Estado de Derecho con la misma y admirable fe que un caballero andante en defensa de su honor o de su dama.

Al mismo tiempo, en el sobrepeso de su destino punzante, o de su ocasión polémica, es posible que también resida, a mi juicio, la razón para la crítica, cierto que muy liviana, que a este libro quizá pudiera hacerse, en la medida en que el tratamiento profundo, riguroso, del gran problema de las relaciones entre Estado democrático y Estado de Derecho, que también está presente en el libro y que constituye, sin duda, su mayor mérito, queda algo oscurecido, difuminado, si se quiere, como consecuencia de los propósitos en parte polémicos (e incluso didácticos) que el libro parece tener. Ello también explica posiblemente alguna reiteración o insistencia, tal vez no imprescindible, en aspectos conocidos del pensamiento de autores como Kelsen, Touraine o Sartori.

Lo dicho no es obstáculo, por supuesto, para reconocer que estamos ante un trabajo excelente, como todo lo que ha salido de la pluma de quien es, sin discusión, uno de los más grandes maestros españoles del Derecho público. La importancia de esta obra no estriba sólo en el repertorio de los temas tratados, que van desde el desarrollo histórico del control judicial de la Administración hasta las técnicas actuales que dicho control utiliza, especialmente respecto de los actos discrecionales, pasando por las propuestas contenidas en el Informe Nolan acerca de determinadas reglas tendentes a fomentar la eficacia y honestidad de los políticos y la Administración pública en el Reino Unido, las medidas adoptadas en Italia para intentar poner coto a la corrupción política, el fenómeno de la «partidocracia» y las correspondientes tensiones entre el Estado y los partidos, o las relaciones entre el Estado de Derecho y la democracia representativa, con el añadido final de «una reflexión complementaria» dedicada a criticar la doctrina norteamericana acerca de la «deferencia» judicial hacia el Ejecutivo.

Tampoco su importancia deriva únicamente del amplísimo conocimiento con que tales temas se abordan. Eduardo García de Enterría produce una especie de asombro constante: uno nunca puede dejar de admirar lo mucho que sabe y lo «al día» que está, ya escriba sobre Derecho europeo o Derecho norteamericano, sobre Derecho administrativo, Derecho constitucional, Teoría del Derecho o incluso Teoría política. De unas parcelas es reconocido espe-

cialista, pero de las demás es buen conocedor. No hay zona, pues, del Derecho público en que no pueda ejercer su magisterio. Y así nos lo ha demostrado y nos lo sigue demostrando día a día con una obra extensa y rica de la que el trabajo que comento es sólo, y seguro que por muy poco tiempo, el último libro.

Efectivamente, todo lo que acabo de decir presta importancia a este libro, pero no agota el repertorio de razones en que esa importancia se basa. Creo que a ella, como ya apunté, también contribuye muy señaladamente la oportunidad. Era muy necesario hoy, en un mundo y en una cultura política demasiado sustentados en el triunfo de los medios sobre los fines, en un sistema social y político algo envanecido, y envilecido, por el coloquial «todo vale», salir en defensa del Derecho con la pasión y la razón que lo ha hecho nuestro autor. Aunque es cierto que con ello no venía más que a reiterar una antigua y permanente actitud.

Sin embargo, y como al principio también apunté, me parece que en esta obra, en la que tan ejemplarmente se defiende la razón del Derecho sobre la razón de Estado, se ha producido un cierto desequilibrio y la pasión por el Derecho, propia del jurista de raza, se ha alzado, aunque sólo sea en un mínimo grado, sobre la pasión por el sistema, propia de investigador. Una vez que pase el calor de la polémica, ocasión inmediata de este libro, su autor, que tantas y tan atinadas reflexiones nos ha venido legando sobre estos problemas a lo largo de todos sus escritos, nos debe una obra más reposada y definitiva, más amplia quizá, pero sobre todo, más matizada. Y no lo digo sólo porque, como es casi inevitable, en este libro aparezcan un poco incompletas las ideas de sus oponentes.

Así, a mi juicio, en la polémica norteamericana sobre la «deferencia judicial hacia el ejecutivo», y más específicamente en las ideas particulares del juez Scalia o comunes de la mayoría del Tribunal Rehnquist, no sólo han de tenerse en cuenta los factores a que García de Enterría alude, sino también lo que hay en esas ideas de defensa del Derecho escrito frente al *common law*, de la seguridad jurídica frente al activismo judicial, del positivismo frente a la jurisprudencia de valores, de la democracia procedimental frente a la democracia sustantiva, etc. Tampoco ocurre, me parece, que hoy en España, y a propósito del debate doctrinal sobre el control de los actos discrecionales, se defienda seriamente, esto es, por académicos, y de manera abierta, la inmunidad del poder o el absoluto dominio de los partidos sobre la sociedad civil. No es que García de Enterría diga lo contrario, por supuesto, pero por la concisión e inmediatez de su trabajo puede dar pie a que se interprete que hay cierta falta de matiz en sus alusiones a las ideas que combate.

De todos modos, no es a estos matices a lo que quería referirme, como ya

apunté, cuando pedía al autor una futura obra más amplia sobre las relaciones entre Estado de Derecho y Estado democrático, de la que tan necesitados estamos para aprender. Estaba pensando más bien en la capacidad, excepcional, del profesor García de Enterría para afrontar el reto de ofrecernos una obra capital sobre dicha materia. En ella, a los temas que ahora ha tratado en este libro, habría de añadirse, quizá, el de la concepción material de los poderes del Estado, asunto crucial en el sistema de la división de poderes y hoy de urgente tratamiento por tantas razones. Desde luego que juzgar a la Administración (incluso controlando su actuación discrecional) no es administrar; eso ya está claro hace bastante tiempo, por fortuna. Pero no es menos cierto que sustituir la decisión discrecional de la Administración por la decisión discrecional del juez sí es administrar (o gobernar).

De igual manera, una cosa es la sumisión de todos los poderes al Derecho, y por lo mismo a los jueces (no siempre y necesariamente a los jueces ordinarios, pues también determinados actos del poder, al menos en el modelo constitucional europeo, sólo están sometidos a los tribunales constitucionales), y otra bien distinta la suplantación del Gobierno y la Administración por los órganos judiciales. La solución de este problema no es simple, ni mucho menos, puesto que si bien todo Estado de Derecho es, necesariamente, Estado jurisdiccional de Derecho, todos los poderes del Estado no pueden reducirse a uno sólo llamado poder judicial, que además no es elegido por los ciudadanos ni responde políticamente ante nadie.

Lo anterior no quita para que la sumisión a las normas, propia del Estado de Derecho, signifique, como no puede ser de otra manera, sumisión al control judicial. El gobierno de las leyes y no de los hombres supone que el poder no puede actuar fuera del Derecho y, en consecuencia, que el Derecho es aplicable (*rectius*: aplicable jurisdiccionalmente) a todos los poderes del Estado. Como reconoce muy bien nuestro autor, el problema no sufre, además, grandes cambios por el hecho de que el Parlamento y el Ejecutivo se elijan (directa o indirectamente) por el pueblo. El poder democrático no está, por causa de su legitimación popular, exento de la sumisión al Derecho. Al contrario, es la democracia precisamente el sistema de gobierno que más se identifica con la exigencia de controles (sociales, políticos y jurídicos). Pero tampoco podemos descargar exclusivamente sobre la espalda de los controles jurídicos (judiciales, por excelencia) la corrección del sistema y, por lo mismo, la garantía de su no corrupción. La excesiva judicialización de la política conduce, necesariamente, a la politización de la justicia.

El mejor modo de evitarlo no es, por supuesto, acotar una esfera de inmunidad gubernamental: los «actos políticos», o los «actos de dirección política», como si esto último, la «dirección de la política», fuese una de las actividades

materiales del Gobierno (3) y no una característica de toda la actividad gubernamental, que es como debe considerarse. Al contrario, lo que procede es llevar a cabo, sin merma de la sumisión de todo acto de poder a la jurisdicción (todo acto con relevancia jurídica, como es lógico), una ampliación y revitalización de los controles políticos, especialmente de los controles parlamentarios, para que no todos los problemas de la política acaben en los tribunales de justicia.

Tratar de las relaciones entre el Estado de Derecho y el Estado democrático es también plantearse la posición de los jueces ante la ley (y, por supuesto, ante la Constitución). Es bien conocido que para algunos (en Norteamérica y en España, por citar dos lugares, que podrían ampliarse a otros más) el Tribunal Constitucional (o el Tribunal Supremo norteamericano) son una especie de poder constituyente permanente que puede completar e incluso adaptar («enmendar» dirían los norteamericanos) la Constitución, dando lugar a una «Constitución viviente» que va sufriendo cambios por obra de quien así no es sólo su supremo intérprete sino también su supremo hacedor. Para otros, en cambio, entre los que me cuento (y se cuentan algunos más, tanto españoles como norteamericanos, por seguir con la misma muestra), el Tribunal Constitucional sólo es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el poder constituyente permanente, que únicamente corresponde al pueblo si la Constitución es democrática y, como la nuestra lo es, si la Constitución se acata por todos los poderes del Estado, incluido, claro está, el propio Tribunal Constitucional.

Para algunos, el principio de legalidad vincula al Gobierno y la Administración, pero no tanto a los jueces, capaces de operar mediante unos principios y valores que sobrepasan a la ley misma. Para otros, entre los que me cuento, los jueces están sometidos a la ley y no pueden aplicarla de manera que la contradigan, ni siquiera cuando observen que esa ley puede ser contraria a la Constitución (y sólo a ella, incluyendo, por supuesto, los principios y valores que la Constitución contiene, no los ajenos a la Constitución misma, que nunca han de prevalecer sobre la ley), exigiéndoseles en tal caso que planteen la cuestión al Tribunal Constitucional. Los jueces no pueden inaplicar la ley, aunque tampoco deben aplicarla si la consideran inconstitucional. Ese es nuestro sistema, bien distinto aquí del norteamericano, en el que todos los jueces y tribunales

---

(3) Error que en los últimos tiempos se ha pretendido cometer en España, no sólo mediante el Proyecto de Ley de reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tan criticado por García de Enterría, sino también a través del Proyecto de Ley del Gobierno, que se encontraba igualmente en tramitación parlamentaria cuando se produjo la disolución de las Cámaras. Véanse intervenciones de M. ARAGÓN y otros en el «Comentario al Proyecto de Ley del Gobierno», editado por la Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

son al mismo tiempo «ordinarios» y «constitucionales», es decir, jueces de la legalidad y jueces de la constitucionalidad.

Con decir esto se dice muy poco, por supuesto, aunque ese poco ya sea relevante, creo, para orientar un determinado modo de aplicar (y por lo mismo de interpretar) el Derecho. Hace falta mucho más: adentrarse en los problemas que plantea el hecho de que en toda aplicación de las normas hay o puede haber un elemento de recreación de ellas, es decir, y con otras palabras, tratar de los límites de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Es muy cierto, como ha indicado sagazmente Zagrebelsky en un libro que ha alcanzado una merecida notoriedad (4), que hoy la *scientia iuris* ha de ser complementada por la *iuris prudentia*, ya que el modo de conocimiento propio de la dogmática no basta para la comprensión teórica y la aplicación práctica del Derecho.

Ocurre, sin embargo, que debajo de este problema formal, o si queremos, estructural, de fuentes del ordenamiento y de teoría del Derecho, se esconde un problema de poder, es decir, un problema político-constitucional. Este papel, relevante, de los jueces en la vida del Derecho y en la «adaptación» de la ley (e incluso, cuanto se trata de jueces constitucionales, en la creación de la ley, en cuanto legisladores negativos y también positivos, y para algunos incluso en la «creación» de la Constitución), nos conduce a plantearnos necesariamente la tensión que ello introduce en la democracia. Es muy probable que en los ordenamientos del presente, y por esos motivos, no estemos en presencia de una forma pura de democracia, sino de una forma mixta, en la que la democracia de la ley se encuentra corregida o templada por la aristocracia de los jueces. Esto, que puede aceptarse como una descripción, no tiene por qué aceptarse sin embargo, acriticamente, en el plano de la teoría, o de los principios, o convertirse en un paradigma. Lo real puede ser racional, pero no siempre razonable.

El problema incluso se complica más aún cuando se repara en que los jueces no son, al menos en Europa continental, los únicos creadores de la doctrina jurídica, sino que muchas veces se limitan a «consagrar» jurisprudencialmente la doctrina de los autores. En este juego de poderes, en esta «forma mixta» de gobierno entran así en liza los juristas, más destacadamente, los profesores. De esta manera, a la conocida frase de que la ley es más inteligente que el legislador habría que añadir que lo que en realidad ocurre es que los juristas son más inteligentes que la ley. La técnica, o si queremos elevarla de dignidad, la ciencia jurídica es capaz así de corregir a la política, o visto desde otra perspectiva, la aristocracia de los funcionarios y expertos es capaz de corregir la

---

(4) *Il diritto mite*, Torino, 1992, traducido al español en 1995 con el título de *El Derecho dúctil*.

democracia basada en el sufragio universal. E incluso esta forma mixta puede intentar legitimarse mediante la razón añadida de que, frente a una democracia de partidos, animada por el particularismo (e incluso, podrían decir algunos, por la corrupción), los juristas vienen a representar, verdaderamente, el interés general, esto es, el interés del Estado de Derecho.

No estoy haciendo una caricatura, ni mucho menos. Ni trivializando un fenómeno que es de importancia capital, creo, para la salud del Estado democrático de Derecho. Máxime en la medida en que al integrarse hoy la «prudencia» (la capacidad de previsión, las exigencias del caso, la «razonabilidad», la «ponderación», los valores) en la ciencia del Derecho (y de ese modo en la teoría de la interpretación jurídica y, por lo mismo, en la aplicación del Derecho), la política no se separa tan fácilmente de la justicia, acrecentándose, sin duda alguna, los riesgos del activismo judicial. Frente a ello no queda otra solución, me parece, que la de limitar el poder de los jueces (por otra parte, el constitucionalismo significa eso: limitar *todos* los poderes), no restándoles ámbitos de control, sino reduciendo su papel de creadores de normas para impedir, al menos, que sean los dueños del Derecho en lugar de sus servidores. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos no está referida sólo a la Administración, sino también a los jueces.

Algunos de estos problemas están apuntados en el libro que comento, otros aparecen implícitos en muchas de sus páginas, aparte de que a ellos se ha venido refiriendo García de Enterría a lo largo de casi todos sus escritos. Sería muy fructífero para el Derecho español, como antes ya señalé, que en una obra futura y de modo más sistemático desarrollase el autor esas y otras ideas que están en la base de las relaciones entre el Estado de Derecho y el Estado democrático (5). Las páginas que ahora nos ha entregado deben considerarse, desde luego, como un buen y prometedor anticipo. Es cierto que en ellas hay quizá más confianza en los jueces que en otros poderes del Estado. Y es muy posible que ello tenga mucho que ver con la confianza de Eduardo García de Enterría en la ciencia del Derecho, basada, entre otras cosas, y a mi juicio, en su propia experiencia personal, es decir, en lo mucho que él ha influido, sabiamente, y en beneficio de todos, en la legislación y la jurisprudencia de España. No voy a ser yo, por supuesto, quien niegue la importancia crucial que en el Derecho tienen los juristas, esto es, la ciencia jurídica (tantas veces causa y no sólo efecto de las normas) e incluso más generalmente la cultura jurídica. Sin los ju-

---

(5) Relaciones cuyo estudio también debiera ser abordado en España por los politólogos, como se ha hecho en otros países. Así, desde la perspectiva politológica el problema de los controles recíprocos entre jueces y políticos en Italia está muy bien tratado en el reciente libro *La mutua diffidenza*, de FRANCO CAZZOLA y MASSIMO MORISI, Milán, 1996.

ristas no es que no haya ciencia del Derecho, es que ni siquiera puede existir el Derecho como producto racionalizado. El problema, sin embargo, es que no todos los juristas tienen la sabiduría y el espíritu de servicio a los intereses generales de Eduardo García de Enterría.