

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier: *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013, 387 pp.

Razón y voluntad en el Estado de Derecho representa un completo ejercicio de contextualización de las relaciones entre Ética, Poder y Derecho para dar cuenta de las principales características del Derecho y del Estado en el marco occidental y contemporáneo. El enfoque desde el que Javier Ansuátegui aborda los distintos problemas implicados, le permite actualizar algunas de las cuestiones «clásicas, tradicionales o capitales para la Filosofía del Derecho» (p. 12), de modo que el trabajo resulta una referencia imprescindible para entender la utilidad práctica que tiene hoy la investigación filosófica jurídica.

El libro es demasiado rico en temas y matices como para poder abordar todos ellos en el breve espacio de una crítica bibliográfica, no obstante, sí quisiera detenerme en dos aspectos que se corresponden con otras tantas de las tesis defendidas: la continuidad entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional y la defensa de una conexión cierta entre Derecho y moral correcta en el Estado de Derecho. Ambas se hacen depender de la defensa de un concepto sustancial de Estado de Derecho.

Efectivamente, y en primer lugar, llama la atención que el marco positivo desde el que se construye la reflexión filosófica desde el título del trabajo sea el del Estado de Derecho y no el del Estado constitucional. Al respecto, el propio autor subraya desde la introducción como «en la actualidad, gran parte de la reflexión iusfilosófica (al menos en nuestro contexto jurídico-cultural) está condicionada por la presencia de Constituciones, con rasgos y contenidos específicos, en los Ordenamientos», con lo que «se puede reconocer también que un importante número de discusiones y debates que han centrado y centran nuestra atención en la actualidad podrían considerarse incluidas en lo que podríamos entender como *Filosofía del Derecho constitucional*» (p. 15). Esta opción puede explicarse porque una de las tesis que se sostienen en el trabajo es la de la continuidad entre ambos tipos de Estado, y la clave que permite entenderlo es la defensa de un concepto de Estado de Derecho material o sustancial. Precisamente, en relación con lo anterior, resulta interesante que desde las primeras páginas se abogue por un concepto material de Estado de Derecho, pero también se haga una defensa de la Teoría del derecho positivista. A estas dos cuestiones, me referiré en lo sucesivo.

Comenzaré por la segunda de ellas, puesto que considero que es la que permite justificar la opción por el Estado de Derecho como marco para la reflexión. Así pues, en un primer momento me detendré en las razones que llevan a Javier Ansuátegui a defender la compatibilidad entre un concepto material de Estado de Derecho, caracterizado por una conexión cierta entre Derecho y moral, y, al mismo tiempo, un concepto positivista de Derecho.

La reivindicación de una Filosofía del Derecho positivo constituye una premisa de la investigación que «expresa la exigencia de que los problemas que planteemos... sean aquellos que tienen una repercusión práctica en los Ordenamientos y que realmente preocupan e interesan a los ciudadanos, que son, al fin y al cabo, los que se tienen que enfrentar con el Derecho todos los días» (p. 12). Desde este punto de vista, pues, la Filosofía del Derecho no debe perder de vista la realidad de los sistemas jurídicos sobre los que reflexiona, y, en la actualidad, el sistema jurídico se caracteriza por estar presidido por Constituciones, de modo que «el constitucionalismo contemporáneo constituye un laboratorio con el que nos volvemos a encontrar con los *temas* de la Filosofía del Derecho que, con una u otra apariencia, centran de manera recurrente el interés de la disciplina (p. 17).

Con este presupuesto, la referencia al Estado de Derecho como marco para la reflexión obedece, señala el autor, al interés por analizar uno de esos temas recurrentes de la disciplina: la tensión entre voluntad y razón en el Derecho. Si el aspecto que interesa es éste, el marco institucional del constitucionalismo es precisamente el del Estado de Derecho. En este sentido, para Javier Ansuátegui, «el gran artificio jurídico-político que representa el Estado de Derecho no es sino un modelo de articulación de la relación entre razón y voluntad» (p. 18). Creo que esta afirmación puede hacerse extensiva a cualquier manifestación de Estado y de Derecho en su sentido Moderno, como también indica Ansuátegui, «más allá de las diferentes formas de presentación y articulación del Derecho a lo largo de la historia y de las culturas, en tanto que realidad normativa constituye el escenario del encuentro o desencuentro entre la expresión de una voluntad y determinadas exigencias de racionalidad o de corrección» (p. 17). La cuestión es que el Estado de Derecho presenta la característica de que el poder político expresa su voluntad de someterse a la racionalidad expresada en el Derecho. Pese a ello, la racionalidad puede entenderse en un sentido que podríamos considerar meramente formal o en un sentido más sustancial. Como se ha adelantado, una de las claves para la comprensión del libro es que en él se defiende una concepción sustancial de las exigencias de racionalidad o corrección que acompañan al Estado de Derecho.

Desde el momento en que los criterios de corrección del Estado de Derecho se remiten a los derechos, esta idea, la del reconocimiento y protección de los derechos como un requisito del Estado de Derecho, pasa a convertirse en el núcleo de la defensa de un concepto material de Estado de Derecho, en relación con el cual considero, no obstante, que es posible establecer dos precisiones. En primer lugar, entiendo que cualquier concepto de Estado de Derecho exige del reconocimiento de un cierto tipo de contenidos susceptibles de ser traducidos en derechos que se derivan, por ejemplo, de la necesidad de que los tribunales sean fácilmente accesibles o de que a los órganos de

prevención criminal se les impida pervertir el Derecho¹. De este modo, el concepto de Estado de Derecho no se presenta como exclusivamente formal.

Tal vez la excepción la constituiría la propuesta de Kelsen, y solo en relación con este modelo sería posible afirmar la identificación entre Estado y Estado de Derecho. Por lo demás, no creo que siempre que se define el Estado de Derecho como la forma de organización política en la que el Estado se somete al Derecho se está aceptando que cualquier Estado es un Estado de Derecho; de este modo, no me parece que esté totalmente justificada la crítica a quienes tratan de describir el Estado de Derecho desde el modelo de relaciones entre Derecho y Poder: «si se utilizase de manera indiscriminada el escenario de las relaciones entre el derecho y el Poder para identificar los modelos de Estado de Derecho, un positivista coherente estaría obligado a señalar como Estado de Derecho cualquier Estado ya que en la modernidad la aludida relación es consustancial al Estado y al Derecho. De ser así las cosas, el Estado de Derecho perdería sustantividad» (p. 122). Sin embargo, tampoco desde aquí puede considerarse lo mismo Estado de Derecho que Estado con Derecho. Por definición, todo Estado tiene Derecho, pero no siempre el poder político se somete a las normas que crea. Así pues, no parece que haya de rechazarse un concepto formal de Estado de Derecho «porque en nada se distinguiría de un Estado *no* de Derecho» (p. 40).

Dicho lo anterior, comparto con el autor la idea de que una definición explicativa de Estado de Derecho sirve mejor a los propósitos de una Filosofía del Derecho que quiera ser útil para plantear y resolver problemas reales, y una definición de este tipo inclinaría la balanza en favor de un concepto no meramente formal de Estado de Derecho. Así, apunta F. J. Ansuátegui «si el primer modelo de Estado de Derecho que aparece en la historia es el Estado liberal, y éste se caracteriza por tener un contenido sustancial, no se entiende bien qué se gana proponiendo un concepto formal, que, como tal Estado de Derecho formal, no habría tenido materialización en ninguna situación histórica concreta» (p. 40).

Por otro lado, y esta sería la segunda precisión, también conviene destacar que en el extremo opuesto, un concepto excesivamente material de Estado de Derecho podría llevar a condensar en los requisitos del Estado de Derecho todos los valores a los que consideramos que el Derecho debe servir y, por extensión, a considerar que el Derecho del Estado de Derecho es necesariamente justo. Y esta conclusión puede desprenderse fácilmente de la idea de que en el Estado de Derecho se produce una conexión cierta entre Derecho y moral (p. 126).

Del mismo modo, afirmar que «decisiones democráticas son aquellas respetuosas con los derechos» (p. 30), o que «el proceso de adopción de decisiones en sede democrática asume como uno de sus elementos al reconocimiento y garantía de los derechos» (p. 344), podría llevar a presentar las decisiones democráticas como decisiones justas y a oscurecer de esta forma la tensión entre democracia y derechos. Tal vez esta es la razón por la cual cuando esta tensión se aborda directamente en el trabajo, se plantea como «la voluntad de las mayorías frente a la razón de los derechos» con lo que «mientras que el primer criterio exige amplia operatividad para las decisiones mayoritarias, el segundo procede a una disminución de esa operatividad, a través de la exclu-

¹ RAZ, J., «El Estado de Derecho y su virtud», en *El concepto y la autoridad del Derecho*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 1985, pp. 265-285, p. 272

sión o salvaguarda de objetivos respecto a la negociación, a la deliberación y, en última instancia, a la decisión» (p. 346).

La materialización del Estado de Derecho y de la democracia en los términos en los que se plantea en algunos momentos en el trabajo, resulta difícilmente compatible con la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral correcta que explícitamente se adopta como punto de partida (p. 72), desde el momento en el que, en palabras del autor, «permite fusionar de alguna manera la justificación moral (correcta, la que se reconduce a la Constitución ideal) y la justificación jurídica; permite que lo relevante moral sea también relevante jurídico» (p. 98). Es cierto que esa «absorción» de la moral por el Derecho no se produciría en todos los contextos, sino sólo en el Estado de Derecho que, precisamente, se define por la presencia de tales contenidos, sin embargo, también lo es que en estas coordenadas en las que las razones jurídicas coinciden con las razones morales, resulta difícil justificar la independencia de la obligación jurídica con respecto a la obligación moral de obediencia tal y como la sostiene el positivismo jurídico.

De cualquier forma, Javier Ansuátegui manifiesta que la afirmación del valor moral del imperio de la ley podría ser compatible con el iusnaturalismo en sentido débil que, a su juicio, no sería diferente «del positivismo defendido en momentos anteriores de este trabajo» (p. 184). Y no sería diferente, porque admitiría dos momentos en el análisis de la moralidad del Derecho, uno, el referido a su estructura, otro relativo al contenido. Por mi parte, considero que sí existen diferencias entre ambos planteamientos. Negar juridicidad a un Derecho por no respetar ciertos requisitos de forma vinculados con la moral, como hiciera Fuller, supone rechazar un concepto amplio, por lo que es posible traer a colación la reflexión de Hart: «quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: “esto es derecho pero es incierto”, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar», por ejemplo, «está el problema que enfrentaron los tribunales de postguerra alemanes: “¿hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas entonces en vigencia?”»².

Estamos ahora en condiciones de abordar la otra de las tesis sobre la que he centrado el comentario. Y es que precisamente una de las consecuencias de la defensa de un Estado sustancial de Derecho es la posibilidad de trazar una continuidad entre el Estado constitucional y el Estado de Derecho. Una vez definido el Estado de Derecho a partir del reconocimiento y protección de los derechos, el elemento que permite diferenciar uno y otro es que «si bien el Estado de Derecho se caracteriza por el principio de legalidad, el Estado constitucional se vincula al principio de constitucionalidad», y «tanto el principio de legalidad como el principio de constitucionalidad implican la idea de control, de límite, de sujeción al Derecho, que es imprescindible en el Estado de Derecho» (p. 264). Lo anterior no es obstáculo para que el autor considere que en el Estado constitucional existen problemas específicos y uno de ellos, que se deriva de que el principio de constitucionalidad también vincula al Poder legislativo, es la tensión entre derechos y democracia.

² HART, H. L. A., *El concepto de Derecho, El concepto de Derecho*, 2.^a edición, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 260.

Este diagnóstico podría completarse señalando que tal tensión es posible porque en el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional se han modificado los criterios de legitimidad. Una de las características del Estado constitucional es que la decisión última sobre lo que vale como Derecho ya no la adopta el poder legislativo, sino los órganos de control de constitucionalidad. Y esto es lo que significa la exclusión de determinados temas de la agenda política (p. 319), que en el trabajo se plantea como una tensión entre voluntad y razón y yo plantearía como la tensión entre la confianza en los órganos de control, que tienen sus propios criterios de legitimidad, y la confianza en el poder legislativo. Pero entonces, no parece posible seguir admitiendo que el Estado constitucional supone prolongación y no ruptura con el Estado de Derecho.

Y considero importante no desconsiderar esta forma de presentar la cuestión, porque, efectivamente, la democracia y el constitucionalismo deben plantearse como «realidades vinculadas» (p. 343). En mi caso, no por la defensa de un concepto sustancial de Estado de Derecho, con la ineludible referencia a los derechos que, por otro lado, se presentan como «expresión paradigmática de la concepción moral asumida por los Estados democráticos» (p. 343), sino porque la legitimidad de la Constitución es, en última instancia, democrática, y es democráticamente como se han definido los derechos a los que el poder legislativo, junto con todos los demás poderes, queda vinculado. Desde este punto de vista es desde el que considero de una importancia fundamental una de las advertencias de Javier Ansuátegui: «conviene no perder de vista los peligros de la extrema rigidez de un sistema de autorrestricción constitucional. En efecto, de la misma manera que una comunidad puede encontrar buenas razones para atarse, también las puede encontrar para desatarse». Y es que, creo, también en este sentido, se debe entender la idea de que las democracias contemporáneas son democracias constitucionales (p. 349).

Y, desde luego, está también el otro aspecto de la comprensión de la democracia como democracia constitucional, que guarda relación con la reivindicación que se hace en el libro, y que es frecuentemente olvidada en la reflexión sobre el constitucionalismo, del papel del poder legislativo. Es al poder legislativo y no al judicial o a los órganos de control a quien en primera instancia le corresponde articular el sistema de derechos, de ahí la plena justificación del llamamiento de J. Ansuátegui a: «una legislación que, comprometida con las dimensiones morales asumidas y compartidas por el sistema democrático –y por tanto con la Constitución–, tenga la capacidad de expresar en cada momento el parecer de la soberanía popular» (p. 348).

M.^a del Carmen BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid