

| ARTÍCULO

## Estado de Derecho y Democracia: equilibrio contramayoritario frente a efectos autoritarios de la polarización

## Rule of Law and Democracy: countermajority balance against authoritarian effects of polarization

Ricardo Rivero Ortega  
Facultad de Derecho  
Universidad de Salamanca  
ORCID: 0000-0002-0593-3470

Fecha de recepción 04/11/2022 | De aceptación: 15/03/2023 | De publicación: 01/06/2023

### RESUMEN

La Democracia y el Estado de Derecho son principios constitucionales complementarios, no realizables por separado. Una crítica constructiva sobre sus déficits es aceptable, pero la afirmación de su fracaso amenaza la legitimidad de instituciones imprescindibles para la convivencia social. Las aproximaciones académicas que enfrentan dialécticamente gobierno democrático y respeto de las normas favorecen reacciones autoritarias de signo extremista, en un marco de polarización social creciente y riesgo de quiebra de la Democracia. Por ello, los juristas debemos aportar soluciones, así como mostrar audacia y coraje en la defensa de los valores fundamentales. También debemos recordar que los equilibrios contramayoritarios compensan el riesgo de efectos autoritarios de la polarización.

### PALABRAS CLAVE

Democracia; Estado de Derecho; polarización.

### ABSTRACT

Democracy and rule of law are complementary constitutional principles, not possible separately. Constructive criticism of its shortcomings is acceptable, but the affirmation of its failure threatens the legitimacy of essential institutions for social coexistence. The academic approaches that confront democracy and the rule of law favor authoritarian reactions of an extremist nature, in a context of growing social polarization and risk of breakdown of democracy. Thus, jurists should provide solutions, and show courage and boldness in upholding core values. Also, should remember that Countermajority balances offset side effects of polarization.

### KEY WORDS

Democracy; rule of law; polarization.

**Sumario:** 1. ¿Han fracasado el Estado de Derecho y la Democracia? 2. ¿Debemos optar entre proteger el Estado de Derecho o la Democracia? 3. El papel de los juristas en la defensa de los principios y la aportación de soluciones. 4. Salvar el Estado de Derecho es salvar la Democracia: equilibrios contramayoritarios frente a los efectos autoritarios de la polarización. 5. Bibliografía.

## 1. ¿Han fracasado el Estado de Derecho y la Democracia?

El asalto al Capitolio de los Estados Unidos en enero de 2021 nos impresionó al poner en evidencia la debilidad institucional del país más poderoso del mundo. Un presidente irresponsable, despreocupado por las consecuencias de sus declaraciones, incitaba a la rebelión al cuestionar el resultado de las urnas. Los efectos de este proceder, aún no penalizado, repercuten sobre todos los sistemas políticos. Tan peligroso precedente sirve como ejemplo para otros líderes deseosos de gobernar a cualquier precio.

Así, los sucesos tras las elecciones presidenciales en Brasil no pueden concebirse sin el antecedente estadounidense. Otro presidente pierde las elecciones y no sólo no acepta la derrota, sino que anima a sus seguidores a manifestarse pidiendo la intervención de las fuerzas armadas, lo que hacen alterando la convivencia pacífica y sin reparar en las gravísimas consecuencias potenciales de su comportamiento, que podrían llevar al país al conflicto civil.

La amenaza de involución autoritaria no sólo se percibe al otro lado del Atlántico, en la América de la Democracia de Toqueville o el país de promisión que describió Zweig – ambos europeos entusiasmados con el nuevo continente –. También en Europa encontramos líderes dispuestos a arrumbar las garantías de la independencia judicial o el respeto a los derechos fundamentales, como sucede en Hungría. El actual gobierno de Italia representa otra incógnita en tal sentido.

Ciertamente, las declaraciones irresponsables de líderes políticos que cuestionan procesos electorales o atacan a los tribunales por aplicar la ley son cada vez más frecuentes en todo el mundo, incluso en los regímenes políticos más avanzados. Esta trivialización del menoscabo de la legitimidad del sistema debería alarmar a quienes nos dedicamos al estudio de sus principios, pues comprendemos la importancia del respeto a las reglas fundamentales. Los juristas hemos de ponernos en alerta y reforzar nuestros argumentos para evitar la crisis de la Democracia y el Estado de Derecho<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fukuyama, Francis, *El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales*, 2022. Levitsky, Steven/Zibblatt, Daniel, *Cómo mueren las Democracias*, Ariel, 2018. Przeworski, Adam, *La crisis de la Democracia*, Siglo XXI, 2022.

Aunque pudiéramos considerar que la retórica electoral partidista sobreactúa para movilizar apoyos, sus efectos sobre las dinámicas institucionales son prácticos y concretos. Así, toda radicalización sesgada contamina los poderes del Estado, incluso al judicial, que debiera mantenerse al margen de los oportunismos ideológicos de ocasión para cumplir su fin último de proteger la convivencia. En cambio, cada vez son más frecuentes y visibles los intentos de ocupar los tribunales con maniobras contrarias a la naturaleza de la Justicia<sup>2</sup>.

El giro conservador de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede inspirar otros movimientos del mismo signo en otros países. La nueva jurisprudencia sobre el derecho al aborto – dejado en manos de las legislaturas estatales – o el cambio de criterio sobre la acción afirmativa para integrar minorías discriminadas históricamente en las universidades, son dos primeras muestras de mutaciones constitucionales dirigidas desde el poder ejecutivo, que eligió a los jueces conforme a su preferencia ideológica y previsibles orientaciones en tal sentido.

De este modo, cuando los perfiles subjetivos son tan determinantes, la credibilidad de quienes aplican las leyes se ve afectada, produciéndose cierta decepción práctica respecto de principios teóricos explicados en los manuales de Derecho público. ¿Es una total frustración? Desde mi punto de vista, sólo parcial, porque a pesar de todas estas injerencias, no deberíamos relativizar el valor del Derecho o su proyección en las sentencias, no al menos en las sociedades democráticas. Desde mi punto de vista, es muy peligroso considerar derrotado o fracasado el orden jurídico al detectar sus fallas e insuficiencias. Ningún producto humano puede ser perfecto, al ser influido por las conductas desviadas que a menudo nos caracterizan individual y socialmente<sup>3</sup>.

La orientación conservadora de los tribunales, sin embargo, impulsa a eminentes juristas hacia una posición deconstructiva, sostenida incluso por destacados expertos en teoría jurídica y Derecho constitucional. Así, por ejemplo, la crítica a la Democracia representativa, sus equilibrios constitucionales y controles judiciales ocupa un ensayo de Gargarella publicado en 2020. Sus siete tesis contra el actual sistema parecen reivindicar la voz del pueblo, el diálogo entre iguales y un principio

---

<sup>2</sup> Sosa Wagner, Francisco, *La independencia del Juez, ¿una fábula?* 2016. La situación de bloqueo para la renovación del Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, con la insólita dimisión del Presidente del Tribunal Supremo y CGPJ, proyecta estas consideraciones sobre la realidad de nuestro país.

<sup>3</sup> Rivero Ortega, Ricardo, *¿Para qué sirve el Derecho?* 2018.

mayoritario cuyas proyecciones valora sólo en positivo, desde el diagnóstico de la “disonancia democrática” que resultaría de una representación incompleta de sectores sociales en el origen de las constituciones<sup>4</sup>.

Aunque en general no comparto estas propuestas, sí concuerdo con Gargarella en el punto de considerar el papel de los abogados y su comportamiento ético relevante. Las conexiones con los grupos de poder sesgan en clave de intereses las interpretaciones normativas, una línea de influencia que habría de ser advertida en el trascendental proceso de formación de los juristas. A mi juicio, el papel de quienes conocemos las bases del sistema democrático y la razón de ser del Estado de Derecho no puede ser neutral o indiferente cuando se menoscaban sus fundamentos<sup>5</sup>.

Desde mi punto de vista, otras críticas de Gargarella contrarias al modelo actual plantean objeciones, por su separación de la realidad. Algunas de sus tesis, tan ácidas, suscitan la petición de una alternativa verosímil y no peor al presente estado de cosas. Y es que la experiencia histórica demuestra que el menoscabo retórico del gobierno representativo abre la puerta de los autoritarismos. Ninguna revolución desactiva los afanes de poder abusivos y los comportamientos egoístas de los gobernantes, pero la crítica presente ya ha servido antes para involucionar en términos democráticos<sup>6</sup>.

Una de las claves del buen funcionamiento de cualquier sistema de gobierno son los frenos y contrapesos, así que cabe la pregunta: ¿Pueden desplegarse realmente estos controles mediante la participación directa de las personas en la gestión de los asuntos públicos? Desde mi punto de vista, esta quimera no ha funcionado hasta el momento más que como complemento de la responsabilidad personalizada en cargos públicos electos, quienes deciden en base a un mandato representativo sujeto por supuesto a rendición de cuentas<sup>7</sup>.

Muy sugerentes me parecen las propuestas de Gargarella sobre la ineficiencia del modelo de votación propio de las actuales democracias, tanto por la posibilidad de situar a candidatas y candidatos en “paquetes” que se toman o se dejan, como por la crítica a un diseño tan simple como el actual, en el que

---

<sup>4</sup> Gargarella, Roberto, *La derrota del Derecho en América Latina*, Siglo XXI, 2020.

<sup>5</sup> Capella Hernández, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, 2004

<sup>6</sup> Esteve Pardo, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial pons 2020.

<sup>7</sup> Rivero Ortega, Ricardo, *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, 2020.

cada persona sólo cuenta con un voto. Cualquier sistema que permitiera elegir mejor y con mayor proyección individual a quienes aspiran a gobernar podría ser un acierto<sup>8</sup>.

El “rechazo de la virtud” es, según Gargarella, otra falla del modelo constitucional contemporáneo. Por supuesto, es claro que la corrupción es la gran brecha patológica del sistema, pero también parece evidente que es posible diseñar instituciones que contribuyan a corregirla<sup>9</sup>.

La “disonancia democrática” me parece, pues, salvable, pero para cualquier abogado también es inquietante la disonancia cognitiva que se deriva de los incumplimientos del Derecho por parte de los operadores jurídicos. En realidad, puede que éste sea el problema principal de la Democracia y el Estado de Derecho: la aporía del incumplimiento de las normas por parte de quienes las aprueban, interpretan y ejecutan desde sus posiciones de poder. Si los principales responsables institucionales no respetan las normas, entonces la legitimidad del sistema sí se derrumba por falta de credibilidad. Tantas veces se ha despertado el sentimiento de injusticia en las sociedades por el comportamiento gravemente ilegal de los gobernantes<sup>10</sup>.

Ahora bien, que estas situaciones puedan darse, no debería llevarnos a concluir el pleno fracaso del Derecho. La realidad social demuestra la confianza de las personas en un sentido de normatividad que consideran imprescindible para la confianza. En este trabajo expondré lo relevante de las creencias sobre lo que es legal y legítimo, a partir de una nueva comprensión de la fuente de la eficacia del Derecho, que no se sitúa sólo ni principalmente en las instituciones formales<sup>11</sup>.

Viene al caso este comentario porque las tesis de Gargarella se proyectan también sobre el sistema de controles y, directamente, el poder judicial, cuyas características tildadas como limitaciones (base elitista, carácter contramayoritario, dificultades interpretativas y rasgos motivacionales). El prejuicio negativo hacia los jueces, considerados condicionados por su origen de clase, no parece corresponderse con

<sup>8</sup> Ortega, Carmen, *Los sistemas de voto preferencial. Un estudio de 16 democracias*, CIS 2004.

<sup>9</sup> Rivero Ortega, Ricardo, *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción*, UIM;2005. LIFANTE VIDAL, I, *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia* 2021.

<sup>10</sup> Diez Picazo, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, 2004.

<sup>11</sup> Basu, Kaushik, *The Republic of Beliefs. A new approach to Law and Economics*,2020.

tendencias jurisprudenciales en tantos países que han abierto espacio a más nuevos derechos, gracias a interpretaciones progresistas<sup>12</sup>.

Que el poder judicial equilibra y rectifica los excesos de los demás poderes (ejecutivo y legislativo) resulta evidente. La sacralización del principio mayoritario como esencia de la Democracia esquivó la relevancia en términos de legitimidad de otras capacidades (la neutralidad en un conflicto o el conocimiento técnico de un asunto). El verdadero riesgo del poder judicial, en mi opinión, es la contaminación partidista, no el hecho de que se pronuncie sobre los casos en contra de lo decidido por el legislador o el gobierno<sup>13</sup>.

Al fin, la amenaza de utilización torticera de los poderes de legislar y ejecutar es evidente, como lo es también el abuso judicial. Los jueces, sin embargo, se separan o deberían separarse de la liza política, de modo y manera que sus intervenciones fueran discutidas y/o anuladas por tribunales superiores o instancias internacionales. Tal sistema de recursos y correcciones ha venido funcionando correctamente en incontables ocasiones.

Ni en Colombia, ni en Estados Unidos, ni en Brasil, ni en Italia han fracasado la Democracia o el Estado de Derecho. Al contrario, los relevos políticos en clave pluralista resaltan la fortaleza del sistema. Así como pueden identificarse intentos de desestabilización y cuestionamiento, el balance final de equilibrio es positivo, lo que demuestra que las instituciones funcionan y sitúan de momento a cada actor en su lugar, garantizando el cumplimiento de las reglas y los principios fundamentales. Aunque también cabría preguntarse qué hubiera ocurrido si el ex Presidente Trump hubiera paralizado la toma de posesión de su rival y nuevo Presidente, o si esto mismo hubiera ocurrido tras las elecciones brasileñas de octubre de 2022, o si el nuevo gobierno italiano hubiera afectado gravemente los derechos y las libertades de las personas, algo que hasta el momento ha rechazado hacer.

En mi opinión, lo que no está sucediendo aún es relevante como muestra de la fuerza de la Democracia deliberativa. La derecha radical y la izquierda extrema, actualizadas en sus discursos ideológicos, desprecian el reconocimiento del pluralismo y la aceptación de la postura del otro, que es precisamente

---

<sup>12</sup> El llamado “neoconstitucionalismo” ampara muchas de estas interpretaciones, dando lugar a un debate entre quienes consideran que la Constitución debe inspirar cada progreso judicial y aquellos que prefieren la aplicación completa del Ordenamiento jurídico, con predominio de las leyes, entre ellos Laporta, Francisco Javier, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta 2007.

<sup>13</sup> Rodríguez Blanco, Victoria, *La politización de la justicia. Claves de una realidad*, Tirant lo Blanch 2017.

el gran valor de la Democracia liberal. Tampoco creen en el Estado de Derecho estas posiciones radicales y polarizadas que sólo aceptan lograr el poder, porque el imperio de la ley los somete a las reglas del juego. Así que la crisis no es causa de presuntas debilidades del modelo actual, sino del enfrentamiento carente de escrúpulos y creciente entre posiciones autoritarias y tesis “agonistas”<sup>14</sup>.

## 2. ¿Optamos entre proteger el Estado de Derecho o la Democracia?

Los actuales sistemas democráticos están demostrando su capacidad para resistir duros embates lanzados por posiciones radicales desde la incredulidad o el desprecio a sus principios fundamentales. Gracias al Estado de Derecho y al mantenimiento de su verosimilitud entre los operadores más importantes, estos ataques no producen aún efectos irreversibles. Un conjunto de instituciones y la creencia compartida entre sus responsables sobre la necesidad de su mantenimiento es la clave de este resultado. El papel de determinadas personas en momentos cruciales también debe ser destacado. Pensemos qué hubiera sido de la Democracia estadounidense si el Vicepresidente Mike Pence no hubiera cumplido con lo establecido en la Constitución, a pesar de las amenazas e insultos del todavía Presidente Donald Trump. Los defensores de la Democracia y el Estado de Derecho no son sólo personas de pensamiento progresista. También destacados conservadores demuestran con su conducta ejemplar que aceptan la Constitución y el pluralismo<sup>15</sup>.

Esta actitud es una prueba de fuerza y resistencia de la Democracia liberal. Quienes diagnostican o pronostican el fracaso de la Democracia o el Estado de Derecho sin reconocer sus muchos logros no ofrecen opciones diferentes, más allá del autoritarismo o la barbarie. Por cierto, la crítica a la Democracia liberal tampoco presenta alternativas preferibles, según Fukuyama, a quien no convence la propuesta del “constitucionalismo del bien común” (Vermeule) como solución<sup>16</sup>. Al fin la convivencia entre personas

---

<sup>14</sup> El agonismo critica la Democracia deliberativa y respalda actitudes más combativas, radicales y de enfrentamiento. Este marco teórico influyente sobre los populismos de izquierdas es ignorado por los autores que apuntan hacia el autoritarismo conservador como causa del riesgo de involución democrática, El punto ciego de tales reflexiones me parece un problema, porque la lectura de las tesis de Chantal Moufflé y otros autores sirven para comprender la situación actual de forma más completa y lúcida, Véase, Moufflé, Chantal, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, FCE, 2014.

<sup>15</sup> Pence, Mike, *So help me God*, 2021.

<sup>16</sup> Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism*, 2022.

de orígenes y modos de pensar muy diversos ha sido y sigue siendo posible en el marco de nuestros órdenes de tolerancia y respeto de las libertades de todos<sup>17</sup>.

Tal modelo ahora aparece amenazado, según explican Ginsburg y Huq, quienes analizan de qué modo las propias leyes de la Democracia liberal pueden poner en riesgo su supervivencia por dos caminos: el colapso autoritario y la erosión democrática. La primera vía es ejemplificada por los poderes de emergencia concedidos a Hitler tras el incendio del Reichstag en Alemania; la segunda con la paulatina exclusión de los representantes afroamericanos en las cámaras legislativas de los estados del sur, tras concederles el derecho al voto<sup>18</sup>.

La traumática experiencia del asalto al Capitolio situó a la Democracia norteamericana ante la peor de sus pesadillas, demostrando la lucidez del dilema de Böckenforde, la paradoja que afirma que el Estado liberal requiere presupuestos que él mismo no puede garantizar. Su propuesta de generar asociaciones de promoción de la virtud no sólo interpela a la religión y a la ética, sino que deberíamos extenderla a la educación de los ciudadanos, más aún a los juristas<sup>19</sup>.

Si aspiramos a proteger nuestros principios y valores democráticos y de respeto a la Ley, hemos de resaltar la importancia de la aceptación de las reglas de reconocimiento de las distintas alternativas, siempre y cuando a su vez se desenvuelvan en el marco normativo y cumpliendo a su vez los procedimientos de toma de decisiones. Conviene en tal sentido reflexionar sobre la necesaria corrección del principio mayoritario, planteando compensaciones de equilibrio que rectifiquen los sesgos decisionales que producen reacciones extremas<sup>20</sup>.

Quienes proponen reinventar todo desde el relativismo (la postmodernidad) debieran mirar lo que ha ocurrido cuando no se ha comprendido bien la estructura social subyacente, escuchado las preferencias ocultas o expresas de las mujeres y los hombres, cuyos votos en los procesos electorales no se decantan por programas que propugnen sustituir los elementos basilares. Un buen ejemplo de esta tendencia es el

---

<sup>17</sup> Fukuyama, Francis, *El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales* 2022.

<sup>18</sup> Ginsburg, Tom/Huq, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2020.

<sup>19</sup> Böckendörfer, Ernst-Wolfgang, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976.

<sup>20</sup> Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós 1999.

resultado en el referéndum en torno a la propuesta de nueva Constitución para Chile, con un voto ampliamente mayoritario de rechazo a la propuesta de una constituyente claramente escorada<sup>21</sup>.

Las propuestas agonistas parecen por ello tan desencaminadas como las autoritarias conservadoras. Al fin unas y otras desprecian la deliberación y el marco de reglas de respeto, rechazan el consenso como escenario preferible de equilibrio y ejemplo por excelencia de las capacidades de la Democracia liberal, lo que no propician ni la invitación al conflicto ni el rechazo radical de las posiciones ajenas, consideradas comunistas o fascistas cien años después de que tales radicalismos enfrentaran las sociedades en todo el mundo. ¿Acaso no hemos aprendido nada? La invocación de la figura de Carl Schmitt por parte de ideólogos de ambas posiciones es reveladora en sí misma, pues este jurista alemán personifica al tiempo la crítica más ácida al sistema representativo liberal y la sumisión más abyecta al arquetipo del tirano.

Extremos políticos aparte, desde un punto de vista teórico, el Estado de Derecho y la Democracia no deberían presentarse en una relación dialéctica. Ya se ha objetado con argumentos el concepto puramente normativo del imperio de la Ley<sup>22</sup>, así que defendamos un Estado de Derecho material de valores que no acepte, por ejemplo, la presentación de los extranjeros como criminales, o la relativización de la igualdad de género, pues este tipo de pronunciamientos atentan contra principios constitucionales. La inteligencia colectiva proyectada sobre los procesos democráticos debe ir acompañada del reconocimiento de la importancia de una serie de reglas sobre lo no aceptable, todo aquello que perjudica la convivencia y el proceso de comunicación entre las personas, la negación de su condición de interlocutores válidos a todos los efectos, dejando al margen prejuicios y discriminaciones de todo tipo, incluyendo también y muy especialmente a quienes consideramos adversarios en las antípodas ideológicas, siempre merecedores del respeto<sup>23</sup>.

### 3. El papel de los juristas en la defensa de los principios y la aportación de soluciones.

Un reciente ensayo de Manuel Atienza nos recuerda la importancia del Derecho y el papel de los juristas para atender necesidades universales humanas: la lucha contra la injusticia, el control del poder, la reducción de la arbitrariedad, la convivencia pacífica. El diagnóstico del fracaso del Derecho tal y como

<sup>21</sup> Fernández Maeza, Mario, *El vuelco constituyente*, 2022.

<sup>22</sup> Maravall, José Antonio/Przeworski, Adam, *Democracy and the Rule of Law*, 2009

<sup>23</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, 1999.

lo hemos concebido no parece una buena idea, pues más bien necesitamos es perseverar es sus medios de realización<sup>24</sup>.

Decir que todo funciona mal no es la solución, aunque tampoco podemos conformarnos con un equilibrio de Nash (subóptimo), conscientes de que cabrían situaciones mucho más satisfactorias. Así, hemos de reconocer que las instituciones jurídicas no aportan a la convivencia social todo lo que se espera de ellas, y cuando hablamos del Ordenamiento no nos referimos sólo a las normas (leyes y otras fuentes del Derecho, incluyendo los principios), sino también al conjunto de organizaciones y personas responsables de realizar sus propósitos<sup>25</sup>.

Si estas organizaciones o personas no cumplen las normas, entonces se produce otra disonancia cognitiva socialmente dañina. Y aún mayor es el daño si la respuesta institucional de los poderes de equilibrio no está a la altura de las circunstancias. La pasividad del sistema de frenos y contrapesos puede agudizar una percepción de anomia y aceptación de las posiciones extremas. Para evitar esta disonancia cognitiva, que terminaría normalizando actitudes de ruptura de la legalidad, es preciso estar a la altura de las circunstancias en cada momento, demostrando compromiso con los principios democráticos y el imperio de la ley.

Los juristas debemos denunciar las vulneraciones más graves de los principios democráticos y del Estado de Derecho. Así, su mantenimiento no es sólo una cuestión de formalidades, siendo estas por supuesto importantes. Si aceptamos mirando para otro lado la ineficacia del Derecho, el efecto que conseguiremos es la pérdida de vigencia de nuestra propia razón de ser, la destrucción de la confianza en un sistema que propicia la convivencia y el desarrollo de las sociedades.

Las posiciones públicas de los juristas más reconocidos importan en este contexto de credibilidad y confianza del sistema jurídico. La función expresiva del Derecho ha sido destacada por Sunstein, recordando que, al fin, todo lo que hacemos transporta un significado, ostenta una capacidad significativa trasladable a la sociedad<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Atienza, Manuel, *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, 2020.

<sup>25</sup> Dorado Montero, Pedro, *El Derecho y sus sacerdotes*, 1911.

<sup>26</sup> Sunstein, Cass.R., "On the Expressive Function of Law", *Law Review* 1996.

El énfasis en el poder representativo de las leyes, sin embargo, no minusvalora la relevancia de su efectividad real, esto es, las consecuencias concretas y prácticas alcanzadas, los objetivos cuantitativos alcanzados en su aplicación. Si una norma reduce la corrupción o no, por ejemplo, debiera importarnos tanto o más que su percepción superficial en un primer momento, aunque para los legisladores tantas veces la encuesta de opinión pública es la clave de su iniciativa en el corto plazo. En todo caso, lo que no parece contribuir a la vigencia del Derecho es el silencio cómplice de juristas que, sabedores de la inutilidad o error de una norma, no se pronuncian en contra o aportando soluciones alternativas.

Un ejemplo sería la regulación de los delitos de odio, cuyo mensaje aspira a limitar el fanatismo, pero no está claro que sirva en verdad para rebajar los discursos más radicales o sea la forma más inteligente de condicionar la libertad de expresión, toda vez que el Derecho penal presenta sus propios principios aplicativos, naturalmente garantistas. Pensemos también en la posición políticamente correcta y mayoritaria sobre la “práctica inexistencia” de falsedades en un porcentaje de denuncias de violencia de género, una actitud contraproducente ante la experiencia real de los aplicadores del Derecho (abogados, fiscales, jueces).

Los juristas no deberíamos aceptar sin reservas aquellos planteamientos que contradicen los propios principios que enseñamos. Y deberíamos preocuparnos mucho más por la efectividad y la coherencia del Ordenamiento, tomando nota de las contribuciones recientes que pueden servir a tal objetivo, ofreciendo soluciones. Así, Basu, por ejemplo, sugiere una nueva aproximación al problema de la efectividad, a partir de la relación entre el análisis económico del Derecho y el mundo real de los aplicadores<sup>27</sup>.

La idea de *República de las creencias* es una aportación sugerente sobre la efectividad del Derecho, ya que pone el énfasis en las percepciones individuales y sociales y en lo que la gente piensa sobre lo que los demás consideran o no aceptable. También Sunstein ha advertido que los cambios sociales suceden en la línea de las preferencias ocultas afloradas, así que siempre deberíamos intentar calibrar los efectos de la realidad en las mentes de las personas<sup>28</sup>.

El análisis científico de Basu de los problemas de aplicación de las normas de protección de la competencia, unida a su posterior experiencia como responsable de política económica en la India, le

---

<sup>27</sup> Basu, Kaushik, *The Republic of Beliefs. A new Approach to Law and Economics*, 2018.

<sup>28</sup> Sunstein, Cass.R., *How Change Happens*, 2019.

mostraron las dificultades reales de cumplimiento de la Ley. La propuesta que formuló sobre la exclusión de responsabilidad penal a quienes pagaran sobornos a los funcionarios bajo coacción le enfrentó a la crítica política y mediática en su país de origen, abandonando la gestión pública ante la incompreensión de sus loables propósitos.

Basu, sin embargo, no se muestra escéptico. Al contrario, afirma que lo que debería sorprendernos es la efectividad que puede llegar a demostrar la tinta sobre el papel, pues al fin las leyes no son otra cosa, para modificar las conductas humanas. En el énfasis en los medios de cumplimiento, la teoría de juegos es propuesta por Basu como metodología de anticipación a las reacciones y dinámicas de los destinatarios de las normas. Toda política pública que incluya regulaciones de conductas debería prever y gestionar las posibles reacciones de quienes han de cumplir las leyes, que readecuarán su comportamiento en el sentido adaptativo de mantenerse en una posición cómoda y aceptable para ellos.

Basu expone su crítica (“la tinta sobre el papel”) a la aproximación clásica de los fundadores de la metodología de “Derecho y Economía”, partiendo del cuestionamiento de la “Falacia neoclásica”, basada en la presunción de que los aplicadores de la Ley actuarán cual autómatas (robots) que harán que se respete y alinearán todos sus recursos para lograr la modificación de las conductas.

Esto puede suceder o no. La mayoría de las veces sucede sólo hasta un punto. Algunos países se enfrentan a serias dificultades de cumplimiento por parte de sus propios aplicadores (corrupción policial o judicial), pero, pese a todo, muchas veces las leyes sí modifican las conductas, logran sus propósitos, así que conviene analizar cuáles son los verdaderos factores y las variables que lo hacen posible. El análisis de Basu pone el foco sobre las impresiones sociales y, sobre todo, aquello que pensamos que los demás piensan y consideran lo correcto. Esto es lo que Basu denomina *La república de las ideas*, el conjunto de creencias que explican los comportamientos colectivos gracias a las elucubraciones sobre la lectura de la mente.

Una aportación valiosa de Basu es el concepto de equilibrio de punto focal y la consideración de la ley como tal punto de equilibrio o lugar común considerado idóneo por las personas a la hora de organizar y desarrollar sus conductas. El papel de la Ley, según Basu, es señalar nuevos puntos focales de equilibrio que afectan al comportamiento de las personas al influir sobre sus creencias. La Ley, según Basu, no es

un puño de hierro, y tampoco es la única vía para lograr modificaciones de comportamientos, pues pueden suceder mediante otras dinámicas de autoregulación.

Esta aproximación coincide con la propuesta por Sunstein en su obra *How Change Happens* y otros textos anteriores. La preferencia oculta es clave para anticipar o propiciar transformaciones sociales. Una buena identificación y comunicación de esa percepción mayoritaria puede favorecer o no transformaciones sociales en clave positiva (o también involuciones conservadoras)<sup>29</sup>.

Si la creencia sobre cómo se comportarán los otros y, en particular, quienes tienen asignadas funciones más relevantes de garantía de la ley, es tan crucial, deberíamos prestarles más atención a los estudios sobre prevención de las infracciones de determinados operadores jurídicos, así los jueces o los mandos policiales, porque lo que la gente piense sobre la Ley va a estar muy condicionado sobre lo que perciba que sus principales garantes demuestran con su conducta real. Si un comisario de policía o un juez actúan incorrectamente, el efecto de disonancia cognitiva y el daño sobre el Estado de Derecho son exponencialmente mayores<sup>30</sup>.

Así pues, como consecuencia de las tesis de Basu sobre la importancia de las creencias, o la propuesta de Sunstein sobre identificación de preferencias ocultas, debemos señalar la importancia del pensar, proceder y pronunciarse de los juristas, especialmente de aquellos más cualificados y reconocidos por su *auctoritas* en el mundo del Derecho. Recordemos una vez más el abominable ejemplo de comportamiento destructivo de los principios de la Democracia y el Estado de Derecho en los párrafos publicados en el *Juristen Zeitung* por Carl Schmitt, bajo el título *Der Führer schutz das Recht*<sup>31</sup>.

Los juristas debemos poner énfasis en la generación de estados de opinión claramente condenatorios de ciertas posiciones, aquellas que más claramente vulneran los principios del sistema constitucional, la Democracia y el Estado de Derecho. Si los juristas no creemos en nuestros principios y valores, o los desautorizamos con nuestra propia conducta, o al negar la realidad o no aportar soluciones, los menoscabamos.

---

<sup>29</sup> Sunstein, Op.cit, 1996.

<sup>30</sup> Hough, Mike, “Compliance and Legal Authority”, *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2015.

<sup>31</sup> Schmit, Carl, “Der Führer schutz das Recht”, *Juristen Zeitung*, 1934.

En tal sentido, creo que representa un avance metodológico relevante también la propuesta del nuevo realismo jurídico norteamericano, pues pone el énfasis en el comportamiento real de los operadores jurídicos, en el valor de la jurisprudencia, en la sociología jurídica y en las aproximaciones empíricas. En mi opinión, necesitamos muchos más estudios que analicen cómo piensan los jueces, los policías, los representantes políticos, qué hay en su forma de pensar que puede generar distorsiones constitucionales o disonancias cognitivas que expliquen incumplimientos y atentados graves contra principios y valores comunes, para prevenirlos.

Realizar la Democracia y el Estado de Derecho no es fácil, requiere un gran esfuerzo diario, institucional y de cada operador relevante, pero nadie dijo que fuera sencillo. En su *República de las ideas*, Basu recuerda las declaraciones del ex Primer ministro británico Gordon Brown: “In establishing the rule of law, the first five centuries are always the hardest”.

Las soluciones a nuestros problemas no sólo se encuentran en las reflexiones más recientes e innovadoras sobre la forma de realizar los objetivos de las normas, en Democracia. Siempre es recomendable la relectura de *Facticidad y validez*, de Habermas, para comprender el Derecho como un mecanismo de coordinación funcional de las acciones, de manera que evitemos los comportamientos que propicien reacciones hostiles con los principios fundamentales. No es extraño que las bases filosóficas de las corrientes que cuestionan la Democracia liberal se encuentren en las antípodas de Habermas, y propugnen un relativismo que sólo beneficia a los extremos de izquierda o derecha<sup>32</sup>.

#### 4. Salvar el Estado de Derecho es salvar la Democracia: equilibrios contramayoritarios frente a los efectos autoritarios de la polarización

El consenso político en torno a las grandes cuestiones de Estado no es ninguna mala idea, pero es rechazado como objetivo político por quienes no valoran ni la alteridad ni la aproximación de posiciones. Autoritarios y agónicos comparten una visión dialéctica y en cierto modo apocalíptica de la Democracia, que no sería más que un medio para realizar sus propios fines, en contra de los alternativos. Y la Democracia no debiera concebirse como un instrumento para alcanzar el poder, sino como un marco de convivencia que permite comunicarse y colaborar a personas con puntos de vista muy diferentes.

---

<sup>32</sup> Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez*, Trotta, 1999.

Claro que esta comprensión de la Democracia no pone el énfasis en el principio mayoritario, que es el único pilar de las tesis radicales. Una Democracia basada en la mayoría siempre favorecerá la lucha extrema por el poder. La Democracia liberal siempre ha incorporado mecanismos contramayoritarios porque se encuentran desde los orígenes de la teoría de la representación, cuyas raíces explican la importancia de otros equilibrios garantizadores de la incorporación de diversas sensibilidades en el proceso de toma de decisiones. Las fórmulas originales de representación, en sus versiones premodernas, siempre han incorporado la regla del consenso para las decisiones más relevantes, así como el principio sanioritario y la incorporación de la experiencia<sup>33</sup>.

Una de las evoluciones más preocupantes de la Democracia es la polarización de las sociedades, perceptible en el clima político y legible a través de las herramientas de cuantificación de las interacciones en redes. El sesgo que imprimen los algoritmos a la comunicación digital entre personas lleva a la consolidación de grupos homogéneos ideológicamente que se relacionan sólo entre ellos, personas a las que se les priva de la oportunidad de tener una visión distinta de la realidad<sup>34</sup>.

La aparición reciente y simultánea de varios análisis muy pesimistas sobre el futuro de la Democracia debería llamar nuestra atención. No estamos ante una mera coincidencia, sino una preocupación compartida por estudiosos del pasado y pronosticadores de las potenciales derivas en el futuro. Así Levitsky y Ziblatta consideran que nuestros regímenes democráticos están de verdad en riesgo<sup>35</sup>. Y Przeworski, menos pesimista, detalla las tendencias autoritarias con análisis reveladores<sup>36</sup>.

Los ejemplos de Venezuela, Nicaragua, Filipinas, Turquía o Brasil ponen de manifiesto que “el retroceso democrático comienza en las urnas”. La prevención del fenómeno autoritario requiere identificar entre los populistas los comportamientos más peligrosos, tal y como señaló Juan Linz, cuyo concepto operativo de Democracia evidencia las conexiones con el Estado de Derecho: “libertad leal para formular y proponer alternativas con derechos concomitantes de libertad de asociación, libertad de expresión y otras libertades básicas de la persona; competencia libre y no violenta entre líderes con una revalidación

---

<sup>33</sup> González Varas, Alejandro, *Consejo y consentimiento en los órganos colegiados canónicos. Su incidencia en el Derecho público secular medieval*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>34</sup> Sunstein, Cass R, *Going to extremes. How like minds unite and divide*, 2011.

<sup>35</sup> Levitsky, Sam/Ziblatta, Daniel, Op.cit.2019.

<sup>36</sup> Przeworski, Op.cit, 2022.

periódica de su derecho para gobernar; inclusión de todos los cargos políticos efectivos en el proceso democrático y medidas para la participación de todos los miembros de la comunidad política”<sup>37</sup>.

Estas libertades y la competencia electoral auténtica requieren garantías jurídicas, así como frenos y equilibrios contramayoritarios frente a los abusos y potenciales excesos del poder, que podría utilizar sus capacidades para perpetuarse, como de hecho ha ocurrido en tantos países. Los fines sociales y económicos no pueden comportar sacrificio de los medios, según Linz, y este escrúpulo en cuanto a los medios, el rechazo del radicalismo, aproxima una vez más la Democracia al Estado de Derecho.

En este sentido, el papel de la oposición y la calificación de deslealtad en su comportamiento también lanza señales de alerta de la verdadera amenaza, muy perceptible en los medios de comunicación. Si la oposición se compromete a alcanzar el poder por la vía electoral, no usar la violencia y no invocar a las fuerzas armadas, entonces no incurre en las transgresiones autoritarias. Las declaraciones del todavía Presidente Bolsonaro en el proceso electoral de 2022 en Brasil se acercan mucho a esas contravenciones, aún peores al invocarse desde la institucionalidad y el ejercicio del poder, en la misma línea del ex Presidente Donald Trump en Estados Unidos.

Estos malos ejemplos nos llevan a recordar que hace años, Linz caracterizó el perfil autoritario y sus síntomas más amenazadores: el rechazo a las reglas democráticas del juego; el cuestionamiento de la legitimidad de la oposición; la apelación a la violencia; la restricción de la libertad de expresión o el papel de los medios de comunicación. Efectivamente, nos encontramos hoy en un escenario que reproduce o se aproxima a varias de las condiciones señaladas por el Profesor Linz.

El fracaso de la Democracia no es posible, sin embargo, si no se derrumba antes o simultáneamente el Estado de Derecho. Para que las reacciones autoritarias logren su objetivo, debe concurrir el fallo de las garantías, aquellas instituciones diseñadas para que el sistema no descarrile (los guardarrailes), tantas veces traducidas en equilibrios contramayoritarios. Todas las garantías democráticas y del Estado de Derecho deberían compensar con frenos y contrapesos esa hipertrofia de la idea de la mayoría,

La sacralización del principio mayoritario como pilar básico de la Democracia en algunas concepciones se muestra como un error de concepto y, al mismo tiempo, la explicación de tantos males frecuentes. Si

---

<sup>37</sup> Linz, Juan, *La quiebra de las democracias*, 1978.

el futuro de un país puede depender de un voto de diferencia, la pugna por conseguir el poder a cualquier coste enfrenta a los partidos y los candidatos en una lucha feroz con todas las armas posibles. Así comienza la polarización<sup>38</sup>.

Desde mi punto de vista, muchos de los problemas de la actual Democracia y la relativización de las normas pueden provenir de una comprensión del principio mayoritario en la que se olvidan los efectos reales de las opciones autoritarias o del incumplimiento de las reglas. La historia da cumplida cuenta de estos devastadores efectos sociales, económicos, contra las libertades, pero las generaciones que nos suceden no tienen término de referencia en primera persona, así que tienden a trivializar los riesgos del *camino hacia la no libertad*, sobre el que alerta el libro de Timothy Snyder<sup>39</sup>.

El abuso de la posición mayoritaria y las reacciones a situaciones en las que se percibe que lo único importante es controlar el poder representa a mi juicio la mayor amenaza. También Ginsburg y Huq alertan del riesgo de los líderes autoritarios: “en manos de un dirigente antidemocrático, las salvaguardas constitucionales y legales de la democracia...resultan bastante fáciles de manipular”<sup>40</sup>. Al fin, sólo “el delgado velo de la convención” evita que se utilicen de manera torticera los resortes del poder, lo que por cierto comienza a ocurrir en distintos países que muestran tendencias autoritarias y cuyos líderes radicales se coordinan en una “internacional del odio”<sup>41</sup>.

Tampoco los agonistas contribuyen a un mejor estado de cosas con su reivindicación del conflicto y crítica a la Democracia liberal, así que los riesgos de involución democrática no provienen sólo de las posiciones conservadoras autoritarias.

Ante tales amenazas, hemos de volver a nuestros mejores principios y valores, los clásicos, los que explicaba mucho antes de la transición Elías Díaz, un Maestro de la filosofía del Derecho que tardó años

---

<sup>38</sup> Klein, Ezra, *Por qué estamos polarizados*, 2021.

<sup>39</sup> Snyder, Tim, *El camino de la no libertad*, 2018.

<sup>40</sup> Ginsburg, Thomas/HUG, A, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2020.

<sup>41</sup> De Lucas, Javier, “Sobre autoritarismo y discursos de odio”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 155, 2021. Gascón Cuenca, Andrés, *El discurso del odio en el Ordenamiento jurídico español*, 2016.

en ver reconocidos sus méritos por la defensa ejemplar del papel de los juristas, de la coherencia, la tolerancia<sup>42</sup>.

¿Cómo se salva la Democracia? La audacia y el coraje democráticos se demuestran respondiendo los discursos que cuestionan y ponen en riesgo sus valores fundamentales: la dignidad de la persona, el pluralismo, el respeto a los derechos y libertades, la tolerancia. También aportando soluciones efectivas, reales y no basadas en prejuicios para lograr el convencimiento social y la aceptación en clave de legitimidad contra el autoritarismo y los discursos del odio<sup>43</sup>.

La salvaguarda de la conexión interna entre Democracia y Estado de Derecho, en fin, depende en gran medida de nuestras capacidades como juristas. Tomemos en serio el desafío.

---

<sup>42</sup> Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, 1966.

<sup>43</sup> De Lucas, Javier, “Sobre autoritarismos y discursos de odio”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 155, 2021.

## 5. Bibliografía

- Atienza, Manuel, *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta, 2020.
- Basu, Kaushik, *The Republic of Beliefs. A new approach to Law and Economics*, 2018.
- Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, 1976.
- Capella Hernández, Juan Ramón, *El aprendizaje del aprendizaje*, Trotta, 2004.
- De Lucas, Javier, “Sobre autoritarismos y discursos de odio”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 155, 2021.
- Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, 1966.
- Díez Picazo, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Crítica, 2004.
- Dorado Montero, Pedro, *El Derecho y sus sacerdotes*, 1911.
- Esteve Pardo, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial pons, Madrid, 2020.
- Fernández Baeza, Mario, *El vuelco constituyente*, Santiago de Chile, 2022.
- Fukuyama, Francis, *El liberalismo y sus desencantados. Cómo defender y salvaguardar nuestras democracias liberales*, 2022.
- Gargarella, Roberto, *La derrota del Derecho en América Latina*, Siglo XXI, 2020.
- Gascón Cuenca, Andrés, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, 2016.
- Ginsburg, Tom/Hug, Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, 2020.
- González Varas, Alejandro, *Consejo y consentimiento en los órganos colegiados canónicos. Su incidencia en el Derecho público secular medieval*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Habermas, Jurgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, 1996.
- Habermas, Jurgen, *Facticidad y validez*, 1999.
- Hough, Mike, “Compliance and Legal Authority”, *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2015.
- Klein, Ezra, *Por qué estamos polarizados*, Capitán Swing, 2021.
- Levitsk, Samuel/Zibblatt, Daniel., *Cómo mueren las Democracias*, Ariel, 2018.
- Laporta, Francisco Javier, *El imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, 2007.
- Lifante Vidal, Isabel, *Contra la corrupción. Estado de Derecho y transparencia 2021*.
- Linz, Juan, *La quiebra de las Democracias*, 1978.
- Maravall, José Antonio/PRZEWORSKY, Adam, *Democracy and the Rule of law*, 2009.
- Moufflé, Chantal, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, FCE, 2014.
- Ortega, Carmen, *Los sistemas de voto preferencial. Un estudio de 16 democracias*, CIS, 2004.
- Pence, Mike, *So help me God*, 2022.
- Przeworski, Adam, *La crisis de la Democracia*, Siglo XXI, 2022.
- Rivero Ortega, Ricardo. *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción*, UIM; 2005.
- Rivero Ortega, Ricardo, *¿Para qué sirve el Derecho?*, Porrúa, México, 2018.
- Rivero Ortega, Ricardo., *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, iustel, 2020.
- Rodríguez Blanco, Victoria, *La politización de la justicia. Claves de una realidad*, Tirant lo Blanch, 2017.
- Schmitt, Carl, “Der Führer schützt das Recht”, *Juristen Zeitung*, 1934.

Snyder, Tim., *El camino a la no libertad*, 2018.

Sosa Wagner, Francisco, *La independencia del juez, ¿una fábula?*, 2016.

Sunstein, Cass, “On the Expressive Function of Law”, *Law Review*, 1996.

Sunstein, Cass, *Going to extremes. How like minds unite and divide*, 2011.

Sunstein, Cass, *How Change Happens*, 2019.

Vermeule, Adam, *Common Good Constitutionalism*, 2022.