

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONCILIACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y LIBERTAD EN LA GRECIA CLÁSICA: ARISTÓTELES

No dejaría de ser un ejercicio de mera constatación de una afirmación generalmente aceptada en la doctrina el recordar ahora que los derechos fundamentales son una categoría histórica. Fue, en efecto, Jellinek¹ quien puso de manifiesto ese carácter al indicar que la historia de los derechos fundamentales comienza el 12 de junio de 1776, fecha ésta en que, como todo el mundo recuerda, se aprobó el *Bill of Rights* de Virginia.

Lo que acaso no resulte hoy tan conocido ni sea tan evidente es el porqué se verificó el nacimiento de los derechos fundamentales en ese preciso momento. Y, en este sentido, en modo alguno resultaría ocioso señalar que aquéllos surgen como consecuencia no de una elaboración teórica de los juristas, sino, muy al contrario, de una circunstancia puramente política, a saber: la aceptación por parte de los revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, de los esquemas conceptuales elaborados, en 1717, por el que, en opinión de Adams, mereció el título de “el mentor más conspicuo de la revolución”² sobre el nacimiento de la comunidad política, aceptación que, por lo demás, no tiene nada de particular ni de extraño. Sobre todo, si se toma en consi-

¹ Jellinek, G., *Sistema dei diritti pubblici subbjetivi*, Milán, 1912, p. 391.

² En este sentido, y por todos, Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, p. 28.

deración que, como nos dice Borgeaud,³ el escrito del reverendo John Wise —que no por casualidad había conocido dos reediciones antes de la revolución— fue, seguramente, el texto que más influyó en el nacimiento del constitucionalismo moderno, de una manera directa en el nuevo continente, e indirectamente en el supuesto francés. De un modo más concreto, podemos afirmar que las grandes declaraciones de derechos aprobadas a uno y otro lado del Atlántico aparecieron como respuesta a lo que Wise⁴ denominó “momento de la libertad”, y que se presentaba como la primera etapa del proceso constituyente. En ella, de lo que se trataba era, justamente, de determinar la “libertad civil” (derechos fundamentales). Esto es, los individuos, antes incluso de proceder a la creación, mediante el pacto social, de la comunidad política, debían concretar cuál iba a ser la parte de la “libertad natural” (derechos humanos) que iba a continuar en poder de los hombres en su condición de ciudadanos de un Estado determinado.

Así las cosas, y desde la aplicación de las fundamentales categorías de “espacio” y “tiempo”, felizmente recuperadas para el estudio del derecho constitucional por Heller y Smend,⁵ una conclusión se alza, necesaria e ineluctablemente, ante nosotros, y ésta es la de que tan sólo cabe hablar de derechos fundamentales, así como plantearse la cuestión de su eficacia jurídica, en el marco del Estado constitucional, los cuales, en todo caso, se erigen en uno de los elementos centrales, basilares y medulares del constitucionalismo moderno.

Ahora bien, si esto es así, no puede decirse, empero, lo mismo por la preocupación por hacer del individuo un verdadero hom-

³ Borgeaud, Ch., *Établissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, pp. 17 y ss., y 29.

⁴ Wise, J., *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it*, Boston, 1717, pp. 30 y ss.

⁵ Vega, P. de, “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 84.

bre libre. Ésta, en efecto, es tan antigua como la propia asociación de los hombres en organizaciones políticas. Dicha preocupación se ha ido traduciendo a lo largo de la historia en una serie de tesis que, en definitiva, han ido conformando el cuerpo teórico e ideológico que sirvió de fundamento a la actuación de los revolucionarios liberal-burgueses, y cuyo conocimiento, por ello mismo, resulta ineludible para obtener una ponderada y cabal comprensión de los derechos fundamentales y su eficacia.

En este sentido, y en su disertación sobre “Republicanismo y democracia”,⁶ indicaba Pedro de Vega que la preocupación por la difícil relación entre “democracia” y “libertad” —que es donde únicamente cabe plantear la problemática de la libertad de los hombres— ha sido, sin duda alguna, una auténtica constante en la historia del pensamiento político, lo que se explica por cuanto que entre ambos conceptos va a producirse una cierta antinomia, que, por lo demás, en modo alguno es despreciable. Ésta podría aparecer formulada en los siguientes términos: ya desde la Grecia clásica,⁷ y hasta nuestros días, se ha entendido que la “libertad” exige, de manera necesaria e ineludible, el imperio de la ley. Esto es, que la efectividad de la libertad depende de que todos los miembros de la comunidad, ya sean gobernantes, ya gobernados, obedezcan escrupulosamente la ley. Por su parte, la “democracia”, que al menos desde Solón exigía la participación activa de todos los ciudadanos,⁸ se traduce en que el pueblo, como señor de la comunidad que actúa como tal, aprueba la ley y puede, en todo momento y de modo absolutamente libre, proce-

⁶ Vega, P. de, “Republicanismo y democracia”, lección magistral pronunciada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, el 11 de mayo de 2006, de próxima publicación. Las notas de esta conferencia, así como las observaciones y sugerencias que el maestro me ha hecho en el curso de conversaciones particulares, nos servirán de guía para la exposición de la problemática de la conciliación entre libertad y democracia.

⁷ Cfr., en este sentido, y por todos, Sabine, G., *Historia de la teoría política*, 14a. ed., México-Madrid-Buenos Aires, 1985, p. 26.

⁸ Cfr., a este respecto, y por todos, Burckhardt, J., *Historia de la cultura griega*, Barcelona, 2005, vol. I, pp. 234 y 235.

der a la modificación, sustitución o derogación de esta última. Siendo así, el problema que se plantea es el de cómo puede asegurarse la “libertad” cuando el pueblo, con base en la democracia, puede, según su conveniencia, cambiar esa ley a la que todos deben obedecer.

A la resolución de este interrogante, así como a la búsqueda de mecanismos que permitieran la conciliación de libertad y democracia, dedicaron ya gran atención en la Grecia clásica. De una manera muy especial, han de ser destacadas, de acuerdo con el maestro De Vega, las construcciones que, inspirándose en lo hecho por Solón más de dos siglos antes, elaboró Aristóteles al respecto, y en las que, aunque sea brevemente, merece la pena detenerse.

En su *Política*, Aristóteles procedió, siguiendo el criterio normal en la Grecia clásica,⁹ a la caracterización de la democracia en términos de *isonomía*, igualdad ante la ley, *isegoría*, igualdad en la participación en los negocios públicos, e *isocracia*, igualdad en el poder. Con ello, la democracia aparece, de una suerte u otra, equiparada a la libertad y a la igualdad. Desde esta identificación, y con un carácter general, el estagirita señala que

la ley de tal democracia entiende por igualdad que no sean más en nada los pobres que los ricos, ni dominen los unos sobre los otros, sino que ambas clases sean semejantes. Pues si la libertad, como suponen algunos, se da principalmente en la democracia, y la igualdad también, esto podrá realizarse mejor si todos participan por igual y en la mayor medida posible.¹⁰

Hecha esta caracterización, advierte Aristóteles que la misma es demasiado general. Aquélla, en efecto, es susceptible de englobar diversos sistemas políticos basados en la voluntad del

⁹ En este sentido, cfr. Touchard, J., *Historia de las ideas políticas*, Madrid, 1975, p. 30.

¹⁰ Aristóteles, *Política*, 2a. ed., Madrid, 1997, libro VI (IV), cap. 4, 1,291b, p. 175.

pueblo. El propio Aristóteles se encargará de poner esto de manifiesto. Así, escribió que

Otra forma es aquella en la cual todos los ciudadanos no descalificados participan del gobierno, pero la soberanía corresponde a la ley. Otra, aquélla en que todos participan de las magistraturas, con la única condición de ser ciudadanos, pero el poder supremo corresponde a la ley. Otra coincide en todo con ésta, excepto que el soberano es el pueblo y no la ley: esto tiene lugar cuando tienen la supremacía los decretos y no la ley. Y ocurre esto por causa de los demagogos. En las democracias de acuerdo con la ley no hay demagogos... pero donde las leyes no tienen la supremacía surgen los demagogos.¹¹

Aristóteles establece, de este modo —y como advierte el maestro De Vega— una distinción fundamental en el marco de los sistemas basados en la voluntad del pueblo, que, en última instancia, va a corresponderse con su manifestación como forma pura o impura de gobierno. Estaría, en primer lugar, la democracia legal, o democracia de acuerdo con la ley, que se configura como aquella forma pura que Aristóteles denominó *politeia*, y que englobaría las dos primeras formas de democracia antes descritas. Frente a ella, estaría la democracia ilegal, en la que los gobernantes —demagogos— hacen prevalecer la cambiante y puntual voluntad de la asamblea a la que manipulan, y que se corresponde con la “democracia” como forma impura en la que degenera, o puede degenerar, la *politeia*. De este último tipo de democracia, el filósofo de Estagira escribe que

Podría parecer justa la objeción del que dijera que tal régimen será una democracia, pero no una república [*Politeia*], porque donde las leyes no tienen autoridad no hay república. La ley debe estar por encima de todo, y los magistrados y la república deben decidir únicamente de los casos particulares. De suerte que si la demo-

¹¹ *Ibidem*, p. 176.

cracia es una de las formas de gobierno, una organización tal que en ella todo se hace por medio de decretos no es tampoco una verdadera democracia, pues ningún decreto puede ser universal.¹²

Las consecuencias que se derivan de uno y otro tipo de democracia son, de cualquier forma, harto evidentes. En la democracia ilegal —que más que a una verdadera democracia moderna, habría que enlazar con los populismos— lo que sucede es que, por decirlo con Burckhardt, la

libertad e igualdad... consisten en hacer cada uno lo que se le antoje; los tres poderes generales..., están en manos de la multitud, es ella la que domina y no la ley en cuanto que ésta es reemplazada por los acuerdos del pueblo; el *demos* se convierte en un monarca despótico de constitución plural, y se parece a la tiranía en que en ambos se prevalecen de poder contra los mejores.¹³

Por su parte, la *politeia*, o democracia legal, se caracterizará porque, en ella, la actuación de los gobernantes se encuentra sometida a la ley. De esta suerte, no resulta exagerado, dice De Vega, considerar que con su *Política*, Aristóteles sienta las raíces del Estado de derecho.¹⁴ Al fin y al cabo, el *Rechtstaat*, tal y como fue teorizado por los administrativistas, como, por ejemplo, Fleiner,¹⁵ Von Mohl¹⁶ o Mayer,¹⁷ encuentra en el imperio de la ley su nota más significativa, y que permite, por ejemplo, a Carl Schmitt definirlo como el “Estado legatario”¹⁸ por excelencia.

Planteada la distinción entre democracia legal y democracia ilegal, surgirá el problema de cómo evitar que un gobierno orde-

¹² *Ibidem*, p. 177.

¹³ Burckhardt, J., *Historia...*, cit., vol. I, p. 275.

¹⁴ Cf., en este sentido, y por todos, Giner, S., *Historia del pensamiento social*, 4a. ed., Barcelona, 1984, cit., p. 72.

¹⁵ Fleiner, F., *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, 1933.

¹⁶ Mohl, R. Von, *Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübinga, 1859.

¹⁷ Mayer, O., *Der Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tübinga, 1909; *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1949.

¹⁸ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982, p. 149.

nado como auténtica *politeia* pueda degenerar en su forma impura: democracia/demagogia. Lo que, de acuerdo con Aristóteles,¹⁹ sucederá cuando el pueblo, manipulado por los demagogos, se convierte en un monarca plural y, como tal, hace prevalecer sus resoluciones sobre la ley. Para soslayar este peligro, se hace necesario establecer una norma suprema en la colectividad jurídico-política, y, al mismo tiempo, limitar las posibilidades del cambio de las leyes.

Aristóteles, según explica el maestro De Vega, se enfrentaría resueltamente a esta problemática. Y para darle una solución adecuada, lo que el estagirita hace es introducir la distinción, que ya había sido propuesta por Solón, entre ίùιòò (*nomos*) y ὀçößìáoá (*psefismata*). El primer tipo de normas, los *nomoi*, contienen los implícitos elementos que definen la *civitas*, y, en consecuencia, han de ser inalterables. De algún modo, podría decirse que, *salvata distantia*, los *nomoi* se corresponderían si bien no con la totalidad de la Constitución moderna, sí, al menos, con eso que Konrad Hesse ha denominado los “fundamentos de orden de la Comunidad”,²⁰ los cuales, una vez que han sido establecidos y determinados por el constituyente originario, y siempre en condiciones de normalidad, han de quedar sustraídos al ulterior debate entre las distintas fuerzas políticas, constituyendo, entonces, con independencia de que estén o no incorporados a una cláusula de intangibilidad, el núcleo estable e irreformable de la Constitución.²¹

Por su parte, los *psefismata* serían las resoluciones del pueblo, elaboradas en la asamblea como leyes o decretos. Éstos, a diferencia de los primeros, pueden ser libremente, y en todo momento, aprobados, modificados, sustituidos o derogados. El único límite que, en este ámbito, encuentra el pueblo es el de respetar

¹⁹ Aristóteles, *Política*, cit., libro VI (IV), cap. 4, 1.292a, p. 176.

²⁰ Hesse, K., “Concepto y cualidad de la Constitución”, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, Madrid, 1983, p. 20.

²¹ Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11a. ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1978, pp. 274 y ss., especialmente pp. 276-279.

siempre los *nomoi*, que, en cuanto que norma suprema de la *polis*, nunca podrían ser alterados por los *psefismata*.

Precisamente porque existe este límite, se hace necesario, e ineludible, el establecer algún mecanismo que, al hacer aquél efectivo, soslaye la hipótesis de la aparición de los demagogos. Aristóteles recurrirá, de nuevo, a Solón para abordar esta problemática. De esta suerte, aparecerá el *graphé paranomon*, o acción de ilegalidad. Se trata de una acción penal en virtud de la cual cualquier ciudadano podía ir en contra de aquel otro, el demagogo, que hubiera presentado ante la asamblea una iniciativa de *psefismata* contraria a los *nomoi*, y que, pese a ello, hubiera logrado su aprobación. Del ejercicio triunfante de *graphé paranomon* se derivaría, además de la responsabilidad penal del demagogo, la derogación del decreto que altera y vulnera los *nomoi*.

No importa aquí detenerse a precisar si, como sostiene Hermann Bengtson,²² Solón no sólo existió realmente, sino que se trata del primer hombre de carne y hueso que merece la consideración auténtica de “político”, quien, además, inició aquella evolución que, pasando por Pisístrato, Clístenes y Temístocles, llega a Pericles y configura la democracia ática, y a quien, de verdad, debemos la elaboración originaria del esquema anterior, o si, por el contrario, Solón, como Licurgo y otros grandes legisladores, no son más que “mitos fundacionales”, debidos a un enfoque heroico del nacimiento de la comunidad que, de manera inevitable, necesitaba ser encarnado en un protagonista al que se glorificaba y, de algún modo, deificaba,²³ y a los que, en todo caso —y como señala Burckhardt—²⁴ los filósofos utilizaban para, justamente por su condición de mitos, atribuirles sus diversas construcciones sobre el gobierno de la *polis*. Tampoco, y a los efectos que ahora interesan, resulta de una especial importancia el entrar en la discusión sobre si los *graphé paranomon* resultaron escasamente

²² Bengtson, H., *Historia de Grecia*, Barcelona, 2005, pp. 45, 81 y 84.

²³ En este sentido, y por todos, Friedrich, C. J., *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968, pp. 425 y 421.

²⁴ Burckhardt, J., *Historia...*, cit., vol. I, pp. 73 y ss.

útiles en la medida en que sólo frenaban al orador imprudente (Touchard), o si, por el contrario, constituyan un instrumento fundamental para evitar la degeneración de la *politeia* en democracia/demagogia. Aunque, de cualquier forma, no está de más recordar, como hace De Vega, que los esquemas construidos en la Grecia clásica, que eran bien conocidos por los hombres de la Convención de Filadelfia, fueron los que condujeron a Alexander Hamilton a sentenciar que, porque el poder del pueblo es superior al de los poderes constituidos del Estado,

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece..., determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse..., aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria; la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.²⁵

Aserto éste que, como nadie ignora, sirvió de fundamento central a Marshall para, corrigiendo el gran olvido de los *Founding Fathers*,²⁶ y, en todo caso —y como, entre otros, ha puesto de relieve Franz Jerusalem—²⁷ tratando de dar respuesta a la ne-

²⁵ Hamilton, A., Madison J. y Jay, J., *El Federalista*, México, 1982, núm. LXXVIII, p. 332.

²⁶ Cfr., a este respecto, y por todos, Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985, p. 41.

²⁷ Jerusalem, F. W., *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1930, p. 54. Sobre la inescindible relación entre la técnica del federalismo y el control de constitucionalidad, cfr., por todos, Kelsen, H., “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)” (1928) y “Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato Federal, secondo la nuova Costituzione austriaca del 10. ottobre 1920” (1923-1924), ambos en el vol. *La giustizia costituzionale*, Milán, 1981, pp. 203 y 204, 5-45, respectivamente; Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 100.

cesidad de dar coherencia y unidad jurídica al sistema federal, poner en marcha, en 1803, la *judicial review*. Fue, asimismo, la construcción de Solón y Aristóteles sobre los *graphé paranomon* la que sirvió de fundamento último a Kelsen para, inspirándose en la experiencia de Marshall,²⁸ teorizar la justicia constitucional en cuanto mecanismo, sobre todo, de control de constitucionalidad de las leyes,²⁹ y que, en última instancia, sólo puede explicarse como aquel instrumento que, en la medida en que hace efectivo el principio de rigidez constitucional, salvaguarda la voluntad del poder constituyente frente a la actuación de los poderes constituidos.³⁰

Lo que nos interesa es destacar que, con la distinción entre *nomoi* y *psefismata* y la apelación a los *graphé paranomon*, Aristóteles resolvió adecuadamente la problemática de las relaciones entre libertad y democracia, y su necesaria conciliación para que los hombres sean realmente libres. Su conclusión no podría ser más lógica y coherente. Y ésta no es otra que la de que en democracia sólo hay libertad, cuando esta última está sometida al derecho.

Cierto es, y nadie podría negarlo, que son muchas, y muy profundas, las diferencias que existen entre el mundo clásico y el actual. Para empezar, nos encontramos con que la misma idea de democracia con la que se actuaba entonces es harto diferente al significado que aquélla recibe en el mundo moderno y contemporáneo, y que, en último extremo, se erige como el fundamento básico y central del moderno Estado constitucional. Recuérdese, a este respecto, que, porque no se ha verificado el proceso de desacralización de la vida pública, lo que el mundo griego, como también el de la Roma clásica, conocieron fue una situación en la que, frente a la moderna idea de pueblo soberano, se alzaba la noción de un ente político comprendido, como señala Batt-

²⁸ *Cfr.*, por todos, Vega, P. de, “Jurisdicción constitucional...”, *cit.*, p. 93.

²⁹ *Cfr.*, en este sentido, Kelsen, H., “Le giurisdizioni...”, *cit.*, p. 18.

³⁰ Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional:...”, *cit.*, p. 37.

glia,³¹ como una comunidad política divinizada, respecto de la cual los individuos carecen de cualquier derecho, y en la cual el pueblo se presenta como una simple entelequia metafísica a la que, como auténtico mito, apelarán de nuevo, y ya en el siglo XX, todos los totalitarismos modernos.

Así las cosas, el resultado de todo ello en el ámbito de la política práctica del mundo clásico no podría ser más evidente. El maestro De Vega ha realizado una observación fundamental al respecto: la democracia, en el mundo clásico, no podía ser explicada desde la idea de libertad. Y ello, por la sencillísima razón de que, al proceder a la mistificación y divinización de la comunidad política, lo que sucede es

Que no es de la voluntad democrática del pueblo de la que dependía el destino de las *polis* griegas o de la *civitas* romana, sino que era de las voluntades misteriosas de la *polis* o de la *civitas*, concebidas como auténticas divinidades, de las que dependía la voluntad del pueblo. Y aunque los juristas romanos llegarán a considerar la voluntad del pueblo como la última fuente de la autoridad..., es lo cierto que esa voluntad quedaba siempre encerrada y cautiva en la voluntad misteriosa y divina del ente político.³²

Lo anterior, sin embargo, no autoriza a despreciar y descalificar la genial construcción de Aristóteles, o a afirmar, como hace, por ejemplo, Russell,³³ que no hay mucho en la concepción del estagirita que pueda ser de utilidad para el uso práctico de un gobernante actual. La realidad es que con ella sucede todo lo contrario. Las tesis de Aristóteles siguen gozando de una gran virtualidad y potencia, si se comprenden no como medidas prácticas de aplicación inmediata por el gobernante de hoy, sino, muy al contrario, como ideas en las que ha de inspirarse, y que

³¹ Battaglia, F., “El Estado y la moral”, *Estudios de teoría del Estado*, Madrid, 1966, pp. 17-37.

³² Vega, P. de, “La Democracia como proceso...”, cit., p. 467.

³³ Russell, B., *Historia de la filosofía*, Barcelona, 2005, p. 225.

han de hacerse efectivas, en el moderno Estado constitucional. Al fin y al cabo, ocurre que, como ha puesto de manifiesto el profesor De Vega,³⁴ la historia del constitucionalismo no es más que la historia de las transformaciones que se han llevado a cabo para hacer reales y efectivas en cada momento histórico las ideas de libertad y democracia, y, en definitiva, hacer de los hombres auténticos ciudadanos libres.

³⁴ Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional:...”, *cit.*, p. 33.