

Resumen

Este artículo plantea un diálogo crítico con las posiciones de Giovanni Sartori, tales como aparecen en *¿Qué es la democracia?* Su objeto es, por un lado, identificar, con la guía de Sartori, la esencia y el fundamento de legitimidad de la democracia liberal moderna; por otro, discutir –y, eventualmente, poner en tela de juicio– los principios fundamentales propuestos por el ilustre politólogo respecto de la legitimidad democrática del constitucionalismo.

Palabras clave

Sartori - Democracia - Constitucionalismo - Legitimidad - Soberanía del Pueblo

Abstract

this article is a critical dialogue with Giovanni Sartori's views as posited in *¿Qué es la democracia?* Its purpose is twofold. On the one hand, it aims to identify – along Sartori's lines – the essence and legitimacy foundation of modern liberal democracy, and on the other, to discuss – and possibly even question – the main principles proposed by the reputable political scientist in relation to the democratic legitimacy of constitutionalism.

Key words

Sartori - Democracy - Constitutionalism - Legitimacy - Sovereignty of The People

Democracia moderna y legitimidad. Glosa crítica a un texto de Sartori

(Recibido: Octubre 1 de 2009. Aprobado: Octubre 30 de 2009)

SERGIO RAÚL CASTAÑO*

I) Introducción

En este trabajo intentaremos un diálogo crítico con las posiciones de Giovanni Sartori, según aparecen en una de sus obras más acabadas sobre la democracia, a propósito de la cuestión del fundamento de legitimidad del moderno Estado democrático-representativo, o Estado de derecho ("liberal-burgués" o "social"), o Estado constitucional.

Dos palabras (pues no podemos ocuparnos aquí *in extenso* de la rica variedad de aspectos significados por cada una de las denominaciones antedichas) respecto de esos diversos nombres del Estado liberal. *Estado democrático-representativo* alude a la especificación (restricción, cabría mejor decir) del carácter de democrático del Estado moderno en provecho de sus principios más estrictamente liberales, restricción ya señalada por Siéyès¹. En segundo término, la idea de *Estado de Derecho* aparece en el período postrevolucionario con el sentido general de (auto) limitación del poder por el derecho, en contraposición al régimen absolutista². Pero cabe acotar que, a pesar de su pretensión de tal, este Estado de Derecho no es axiológicamente neutral, sino

* Profesor en Filosofía (Universidad de Buenos Aires); Licenciado en Filosofía (UBA); Diploma de Estudios Avanzados en Filosofía (Universidad de Barcelona); Doctor UBA en Derecho Político; Doctor en Filosofía. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET). Profesor regular de Teoría del Estado (Fac. de Derecho - Universidad de Buenos Aires). Becario postdoctoral de la Fundación Unversia en España, Italia y Alemania. Profesor invitado en las Universidades de Udine (Italia), Abat Oliba (España), Pontificia de Santiago de Chile, Católica de Concepción (Chile), en la Internationale Akademie für Philosophie y en varias Universidades de Argentina. Jurado de concursos docentes para profesores titulares en Universidades Nacionales de Argentina; y jurado de tesis doctoral en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Autor de 85 artículos, entradas y capítulos de libro en publicaciones científicas de Alemania, Italia, España, México, Colombia, Chile, Uruguay y Argentina; y de 10 libros referidos a su especialidad, aparecidos en Argentina, Chile y España. E-mail: sergiocastano@arnet.com.ar

1 Cfr. *Dire sur le veto royal*, pp. 234-238 de los *Écrits politiques* de Siéyès, edición de Roberto Zapperi, Bruselas, Archives Contemporaines, 1994.

2 Sobre el Estado de derecho y sus variantes más significativas cfr. Antonio Carlos Pereira-Menaut, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

que se inspira en una constelación de valores que es, desde el punto de vista filosófico, *liberal*; y, atendiendo al estrato social y ante todo cosmovisional que lo anima, *burgués* (de allí la teóricamente inobjetable categorización de “Estado liberal-burgués” de Schmitt³). Tras la segunda guerra los aspectos más marcadamente individualistas del Estado de Derecho liberal se contrapesan con una dinámica estatista de corte *social*; la cual dinámica, con todo, no alcanza a difuminar la impronta ideológica de origen del constitucionalismo, sino que se concilia –en el plano de los principios– con ella⁴. En *Estado constitucional*, por fin, se mienta la primacía del principio del constitucionalismo, que asigna la prelación a la constitución, si bien entendida –en lo esencial, de modo ininterrumpido a través de los doscientos años de vigencia teórica y práctica del constitucionalismo– bajo ciertos supuestos que se reconducen en gran medida al modelo racional-normativo de constitución, tal como fue categorizado paradigmáticamente por Manuel García-Pelayo⁵.

Al abordar la realidad del Estado contemporáneo desde esta perspectiva de análisis –la de la legitimidad política⁶– nos adentraremos en uno de los temas capitales de la filosofía política, cuyo profuso desarrollo doctrinal comienza por lo menos en Aristóteles⁷.

II) Un concepto huidizo.

La cuestión del “gobierno del pueblo”

No cabe duda de que el Estado moldeado por el sistema constitucionalista se encuadra genéricamente dentro de la forma de gobierno *democrática*. Cómo se debe entender el término en relación con el Estado liberal contemporáneo, y qué específico –o, mejor dicho, particular– contorno reviste hoy la democracia occidental –en tanto democracia– no es una cuestión que resulte obvia, o tan siquiera fácil

3 Cfr. *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, esp. pp. 36-41 y 125 y ss..

4 Sobre el tema de la continuidad esencial del Estado de derecho (liberal) tras la segunda posguerra *vide* Ernst Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, trad it. L. Riegert y C. Amirante, Milán, Giuffrè, 1973.

5 Cfr. su *Manual de derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1993, pp. 33-41.

6 Al hablar de *legitimidad política* nos referimos a la cuestión de la *rectitud o justicia del poder político*, distinguiéndola del problema de la *justificación del Estado* y del de la *validez de las normas*, a los cuales, con todo, se encuentra intrínsecamente vinculada; sobre estas distinciones tema *vide* “Una introducción en el tema de la legitimidad política”, en prensa en *Espíritu* (Barcelona, 2010).

7 Cfr. Sergio R. Castaño, “La doctrina aristotélica de los principios de legitimidad política. Estudio de fuentes”, en *Ius Publicum*, nº 21 (2008).

de dirimir. Una autorizada guía teórica, como lo es Giovanni Sartori, en su última obra de conjunto dedicada al tema, enfoca la cuestión de la definición de la democracia⁸. Lo hace a partir de su delimitación respecto de otras nociones políticas, y en inevitable vinculación con el principio de legitimidad que le da sustento.

Etimológicamente, "democracia" significa "gobierno del pueblo". Si esto es así, el pueblo en tanto tal es el titular del poder político, y debe ser asimismo quien lo ejerza. Pero por el contrario, objeta Sartori, la democracia constitucional contemporánea plantea la necesidad de negar el ejercicio a su titular ("[p]ara realizar la democracia se desunen la titularidad y el ejercicio del poder"). Luego, quien lo ejerza no será el pueblo, aunque lo ejercerá sobre el pueblo. Debe aceptarse, así, que la titularidad no implica el ejercicio, puesto que –sobre todo en la actualidad– el ejercicio colectivo del poder se torna imposible⁹.

Hemos dado aquí con un verdadero dogma del sistema democrático-representativo del constitucionalismo, que trataremos por nuestra parte de discutir y juzgar: se trata de afirmar, en el ámbito público, una soberanía sin ejercicio análogamente a como en el ámbito privado se afirma el goce sin el ejercicio de ciertos derechos.

Ahora bien, ante ese dogma surge una dificultad crucial. Pues hay una diferencia esencial entre la titularidad de una capacidad civil y la de una potestad, que veta radicalmente la pretensión de afirmar una titularidad sin el ejercicio del poder del Estado. Tal diferencia consiste en que la capacidad se refiere a derechos categorizables como *beneficios* mientras que la potestad es, intrínsecamente, una *función*¹⁰. Es así como, por ejemplo, la patria potestad radica en el ejercicio de los actos tendientes al bien de los hijos¹¹.

8 *Democrazia: cosa è*; se utiliza la trad. cast.: *¿Qué es la democracia?*, trad. M. A. González y M. C. Pestellini, Buenos Aires, Taurus, 2003. Resulta especialmente pertinente la consulta de esta obra, ya que a la indudable valía científica del autor se une el hecho de que, como él mismo lo dice, su anterior libro sobre el tema (*Teoría de la democracia*) "fue escrito en los años ochenta, pero después se sucedieron los acontecimientos de 1989, y con la caída del muro de Berlín el mundo estaba recomenzando con nuevas premisas. Así fue como en Italia se publicó en 1993 un libro con el título *Democrazia: cosa è*, completamente reescrito [...]".

9 *¿Qué es la democracia?*, pp. 42-44.

10 Además, "toda potestad jurídica es poder jurídico, pero la inversa no es verdadera", afirma Guido Soaje Ramos (*El concepto de derecho*, Buenos Aires, INFIP, 1982, 2ª. parte III, p. 13). Toda potestad jurídica origina relaciones de subordinación, mientras que ciertos poderes jurídicos dan lugar a relaciones de coordinación, las cuales de suyo excluyen la presencia del mando y la obediencia, aclara allí mismo el autor.

11 Cfr., por todos, el Código Civil argentino, aa. 264, 264 bis, 303, 309 y 310, entre otros.

Nos explayamos. La capacidad civil encierra la titularidad de derechos que no suponen necesariamente el obrar del propio sujeto investido de ellos. Así, un nonato posee la capacidad (de derecho) de heredar, un menor impúber la de adquirir la propiedad de un bien, un demente la de percibir una renta, mediando la acción de sus respectivos padres, tutores o curadores, según sea el caso. Por el contrario, el derecho (o, en su fundamento, la titularidad) del mando equivale al ejercicio de una función, ya que tal investidura comporta, como una nota intrínseca, la necesaria (obligatoria) realización de ciertos actos tendientes a la consecución de ciertos fines u objetivos sociales¹². En otros términos, la posibilidad del goce de un derecho civil (p. ej., contratar o *stare ad jus*) no entraña necesariamente el obrar del titular mismo. Pero el mando consiste, en esencia, en una acción del poseedor (titular) del derecho sobre la voluntad y/o las cosas de otro u otros.

En la misma línea, repárese en que la naturaleza activo/funcional del derecho de mando social tiene como una de sus consecuencias el aludido carácter obligatorio de su ejercicio. Efectivamente, si el ejercicio de algunos poderes jurídicos consiste en una conducta jurídica facultativa, en cambio el ejercicio de la potestad es obligatorio. Los poderes jurídicos que no son potestades no sufren demérito, en cuanto a su naturaleza, por el hecho de que su ejercicio sea contingente (así, tengo derecho a enajenar mi propiedad, pero lícitamente puedo hacerlo o no). En cambio, hay necesidad deóntica en el ejercicio de la potestad (así, el juez *debe* dictar sentencia). Respecto de lo cual cabe una aclaración. Pues sin duda habría que afirmar la obligatoriedad –genérica, o global– del ejercicio de los derechos subjetivos que responden a fines imprescriptibles de la naturaleza humana. Así, por ejemplo, sería obligatorio el ejercicio de algunas conductas –escogidas por la persona de entre un abanico de posibilidades– que resulten conducentes a la conservación de la existencia (de la propia y de quienes se hallan a su cuidado). Pero, con todo, en el nivel de los poderes jurídicos que no son potestades no parece haber necesidad deóntica respecto de la realización de ciertas conductas específicas. Así, por ejemplo, el padre de familia no tiene la obligación de trabajar si puede vivir de rentas; pero, en cambio, un funcionario determinado sí debe realizar cierta clase de conductas¹³.

12 Y esto es válido para cualquier teoría acerca de la naturaleza del poder social, desde aquéllas que lo centran en la dirección del grupo a su bien común (el aristotelismo clásico y escolástico) hasta aquéllas que lo reducen a la aplicación de la fuerza (p. ej., Max Weber y su “sociología de la dominación”).

13 Sobre esta delicada cuestión es pertinente citar a Héctor H. Hernández, *Derecho subjetivo. Derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 79; donde el autor se pronuncia en forma negativa respecto del carácter facultativo de todo derecho subjetivo “dinámico” (como poder jurídico) que no consista en una potestad.

Por ello, pues, cabe afirmar que la obligatoriedad de la acción en el derecho de mando contribuye a poner aun más de manifiesto la vinculación esencial entre la titularidad y el ejercicio en el seno de una potestad¹⁴. Es cierto que en el sistema democrático-representativo el pueblo vota periódicamente entre las alternativas electivas que se le ofrecen. Pero debe decirse que si el pueblo *elige* (u *opta* -en un referendium, p. ej.-) eso no comporta que *mande*¹⁵. Tanto más cuanto que en el sistema constitucionalista el mandato imperativo se halla *de jure* proscrito. No en vano sentenciaba Kelsen: "desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)"¹⁶.

Ahora bien, aun ignorada la dificultad que suscita la afirmación de la titularidad sin el ejercicio del poder por el pueblo, una vez operada la sustitución del ejercicio democrático por técnicas representativas que ponen el poder en pocas manos se le plantea todavía a Sartori el problema de cómo el pueblo -como destinatario del poder, en tanto gobernado- podrá hacer que el gobierno esté al servicio de los ciudadanos y no a la inversa. Pues una cosa, remata Sartori, es abolir el poder del autócrata y afirmar la titularidad del pueblo y otra bien distinta es impedir que la titularidad democrática llegue a ser "el biombo y la legitimación de un ejercicio autocrático del poder". Sartori aduce enseguida la conocida frase de Lincoln, que subraya la dificultad de delimitación de la esencia de la democracia. En efecto, el aforismo "*government of the people, by the people, for the people*" no es todo lo claro que aparece a primera vista. En primer lugar, "*of the people*" puede significar tanto un genitivo subjetivo cuanto uno objetivo: ¿es gobierno ejercido *por* el pueblo, o más bien *sobre* el pueblo? Por su parte "*by the people*" puede significar *por* el pueblo, o también *mediante* el pueblo. Y "*for the people*" significa evidentemente "para, en interés de" el pueblo. Pero, se pregunta Sartori, ¿alguien diría que gobierna contra el pueblo? En definitiva, la frase enuncia un principio democrático sólo porque la dijo Lincoln, y no por su contenido nocional, pues también habría podido ser pronunciada por otros labios, como, por ejemplo, los

14 Para toda esta cuestión, que consideramos decisiva, cfr. nuestro *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, cap. IV.

15 Tal la sentencia, teóricamente inobjetable, del gran constitucionalista alemán Josef Isensee: "Soberano no es aquí quien responde la pregunta, sino quien la hace" (cfr. *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, p. 46).

16 Cfr. *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz, Barcelona, Labor, 1934, p. 402.

de Stalin: "¿Hipótesis absurda? No, Stalin no habría tenido dificultad en firmarlo", agrega Sartori¹⁷.

Sea como fuere, la tesis de que el poder pertenece al pueblo tiene un significado preciso respecto de las fuentes y de la legitimidad del poder político, afirma Sartori. Ese principio democrático se traduciría en formulaciones tales como que "democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuanto libremente consentido". Pero debemos decir por nuestra parte, tal como lo afirma el propio Sartori respecto del efato de Lincoln, que estas formulaciones resultan ambiguas o, por lo menos, imprecisas.

Intentemos entonces por nuestra parte una precisión al respecto: la investidura de las potestades públicas, por lo pronto, viene –mediata o inmediatamente– de la constitución, que es la norma según la cual son investidos los gobernantes; y en un régimen democrático el *cuerpo electoral* posee una *competencia*, que se halla *constitucionalmente normada*, para *designar a algunos* de los titulares de los poderes públicos. Pero conviene ampliar esta precisión. En un trabajo reciente sobre consenso y legitimidad nos cuestionamos precisamente a propósito de este tema y proponemos allí lo siguiente: "¿el consenso es la causa de la legitimidad de origen, como principio secundario de legitimidad política? Creemos se debe responder negativamente, toda vez que los principios de rectitud del orden práctico son el fin y la norma. Luego, si el fin es fundamento del primer principio de legitimidad, el principio secundario deberá fundarse en una norma conmensurada al fin; esto es, la norma jurídica fundamental ordenada al fin político: la constitución. Por otra parte, se ha visto que la causa del título jurídico es siempre una norma, sea natural, sea en parte natural y en parte positiva. Luego, el título para el mando político deberá ser causado por una norma jurídica de investidura, que no podrá sino tener naturaleza constitucional. No otra ha sido la tesis de Aristóteles: la constitución (*politéia*) es principio de legitimidad secundario, subordinado a la ordenación al bien común ¹⁸. Ahora bien, puede decirse que la constitución es causa de la titularidad en la medida en que designa 1) una familia cuyos miembros accederán a la suprema potestad por algún mecanismo sucesorio o 2) un modo de régimen que exige la determinación individual de los titulares del poder (sea periódica, sea vitalicia). En efecto, cuando en un régimen monárquico-hereditario el pueblo acepta a un sucesor legítimo, allí el pueblo no es causa del título del príncipe heredero, porque la designación constitucional había recaído

17 *¿Qué es la democracia?*, pp. 44-48.

18 *Política*, 1282 b 10-13 -ed. Ross, Oxford, OCT, 1992-.

en una línea dinástica, que incluía ya virtualmente al novel gobernante (así, según las leyes fundamentales del reino de Francia no era legítima sucesora una mujer, aunque primogénita, porque la constitución francesa reconocía la vigencia de la ley sálica). Pero, ¿qué ocurre cuando el pueblo elige particularmente a sus gobernantes, en un régimen de tipo democrático? Debe decirse entonces que no es la elección periódica la que confiere el título; sino la constitución de acuerdo con la cual se elige. El elegido no debe pues su título a la voluntad del pueblo, sino a la ejemplaridad de la constitución, que prescribe una específica selección según peculiares mecanismos por el cuerpo electoral, convertido así en órgano legalmente facultado para la designación de los titulares del poder. El "pueblo" (no *in toto*, sino una parte de él), como conjunto de ciudadanos activos a los que se les reconoce el derecho a voto, opera según una competencia constitucionalmente normada, tal como lo hace en el referendium o el plebiscito. La norma fundamental legitima un modo de acceso al poder y las condiciones de su ejercicio, a la vez que prescribe el mecanismo de designación de las personas de los titulares" ¹⁹.

Luego no puede aceptarse acriticamente que en un régimen democrático la investidura venga "de abajo". Como tampoco puede decirse que el pueblo entregue el poder a algunos. En efecto, y en consonancia con lo dicho sobre la investidura, cabe afirmar junto con toda una tradición de especialistas (que llega al decano de los constitucionalistas argentinos, Germán Bidart Campos²⁰) que el pueblo *no traslada* el poder sino que sólo *designa* sus titulares. Por último, el consenso libremente ejercido, sin mayor especificación, se da en cualquier régimen pacíficamente establecido, comenzando por las monarquías: pues ¿podría decirse acaso que Fernando VII, monarca hereditario, no gozó de un inmenso consenso popular –que precipitó una sacrificada y tenaz guerra contra sus captores–, un consenso no precisamente generado por sus grandes cualidades personales, sino por el inveterado prestigio del trono?

Hemos hecho estas observaciones críticas al socaire de los cuestionamientos que nuestro autor se hace a sí mismo inmediatamente después de estampar las formulaciones de marras, con las que buscó explicar el sentido de la tesis de que el poder pertenece al pueblo. Con todo, Sartori precisará con mayor acuidad en otras partes de su obra la cuestión de la democracia como principio de legitimidad política.

19 Cfr. "El lugar del consenso dentro de los valores humanos y políticos", en el volumen colectivo *Persona, familia y sociedad*, Santiago de Chile, Academia de Derecho UST, 2009.

20 Cfr. *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.

III) Delimitación del concepto y detección del principio de legitimidad de la democracia

En el último capítulo de la parte consagrada a la teoría de la democracia, Sartori, precisamente, indaga la especificidad del concepto de democracia; y al hacerlo establece la vinculación de ésta con su fundamento de legitimidad²¹. El planteo del autor no procede a partir de género próximo y diferencia específica, sino que avanza delimitando (en sentido estricto y literal), es decir, estableciendo los límites que separan la noción de democracia de sus opuestos. El capítulo está encabezado con un epígrafe que enuncia el célebre *dictum* de Spinoza, *Omnis determinatio est negatio*²², que preludia la confrontación del concepto de democracia con sus posibles opuestos: tiranía, despotismo, absolutismo, autoritarismo, dictadura, totalitarismo y autocracia.

1) La resolución de la legitimidad de ejercicio en la legalidad

En primer lugar, debe ponerse de relieve una afirmación de Sartori de máxima pertinencia para nuestro tema, el de la legitimidad política. En efecto, dice al oponer tiranía a democracia que dejará de lado el concepto de tiranía porque su elaboración medieval y renacentista tiene hoy escasa relevancia. Ejemplo de la cual sería "la distinción entre tiranía *quoad exercitium*, por el modo de ejercer el poder, y tiranía *ex defectu tituli*, es decir, por *defecto de legitimidad*" (subrayado nuestro). De tal suerte aparece explícita la reducción de la cuestión de la legitimidad del poder al modo en que a él se accede, o a las vías de la investidura; o, como queda claro por el contexto del libro de Sartori, la reducción de la cuestión de la legitimidad del poder al modo de la designación de sus titulares. No se plantea, pues, el juicio sobre el ejercicio del poder en términos de legitimidad, ya que, como acota enseguida en el mismo trecho Sartori, tal evaluación era hecha (en el pasado) según criterios de derecho común, natural o divino²³.

Nos las habemos aquí con una afirmación de la máxima significación doctrinal, que por nuestra parte debemos analizar, y que representantes insignes del positivismo jurídico han sostenido en su campo específico. Así, Norberto Bobbio afirma que "legitimidad", como "legalidad", son dos atributos del poder. Cuando los usan los juristas suelen fungir

21 *¿Qué es la democracia?*, cap. VII, pp. 171 y ss.

22 Pertenece a su *Epístola L*, y fue no sólo citado por Hegel (cfr. *Geschichte der Philosophie*, t. III, parte III, sección 2, cap. I, p. 165 de la edición Suhrkamp, Frankfurt, 1986) sino metafísicamente explotado como uno de los principios de su pensamiento.

23 *¿Qué es la democracia?*, p. 175.

como sinónimos, si bien la primera nota reviste un matiz vinculado al título, mientras que la segunda se refiere ante todo al ejercicio²⁴. Ahora bien, repárese en que el problema de la legitimidad –análogamente al de la justicia– para el positivismo no es un problema jurídico, sino moral. Y lo moral en tanto tal –separado (metódicamente y por principio) de la política y del derecho– se identifica sólo con valoraciones privadas y subjetivas que no constituyen fundamento objetivo de obligación jurídica alguna. Ése es precisamente el temperamento de Bobbio, quien, acudiendo a la analogía, sostiene que como la justicia es la legitimación de la regla, así la validez es su legalidad. Pero para el positivismo “tomado en su expresión más radical” –dice– una norma puede ser válida sin necesidad de ser justa; es más, es justa por el solo hecho de ser válida. La validez, en ese contexto teórico, estriba en la derivación de la norma a partir de las exigencias de las normas supraordenadas, hasta llegar a una última norma fundamental que confiere validez a la totalidad del ordenamiento (Kelsen)²⁵. Así pues, y aplicando análogicamente esa tesis, el ejercicio del poder político por sus legítimos titulares podrá juzgarse *ilegal*, pero –estrictamente hablando, desde una perspectiva jurídico-política positivista– no podrá juzgarse como *ilegítimo*. Las acciones del poder del Estado no tienen, pues, sino el límite de la ley positiva, cuyas prescripciones señalan los fines obligatorios que deben ser cumplidos en la *polis*, sin que sea lícito aplicarles otra medida axionormativa que exceda el llamado “control de constitucionalidad”. En otros términos, la legitimidad queda absorbida por la legalidad.

A propósito de la resolución de la legitimidad de ejercicio en la legalidad, que se desprende de las afirmaciones de Sartori (las cuales no constituyen –como se ha visto– una posición aislada) parece oportuno señalar lo que podría resultar una inconsecuencia del ilustre politólogo. Inconsecuencia que tal vez trasunte la efectiva vigencia de la ley natural y la verdad encerrada en la tradición clásica. En efecto, a pesar de su cuestionamiento al uso del término “tirano” por la ciencia política contemporánea (“[m]e deshago, inmediata y rápidamente, de tiranía y de despotismo”, dice al comenzar a analizar los posibles opuestos de democracia), Sartori llama a Hitler y a Stalin “tiranos” (p. 185). Pero, como es sabido, el primero, en particular, llegó al poder por la vía legal-positiva, de acuerdo con la constitución y avalado por el voto del

24 “Sur le principe de légitimité”, en AAVV, *L’idée de légitimité*, París, PUF, 1967, pp. 47-60.

25 En la misma línea, respecto de la guerra justa, Bobbio defiende la distinción entre la *legitimidad* de la guerra (es decir, la justicia o injusticia de la contienda, fundada en la existencia o no de una justa causa) y la *legalidad* de la guerra (es decir, el hecho de que las hostilidades se originen en la autoridad de los Estados involucrados). Desde su perspectiva positivista el primer problema (i. e. *bellum iustum*) no es jurídico, sino meramente moral; sólo el segundo (i. e. *hostis iustus*) cuenta como cuestión relevante para el derecho internacional público (cfr. *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bolonia, Il Mulino, 1991, pp. 57 y ss.).

cuerpo electoral, en comicios democráticos y en un posterior plebiscito que le fue abrumadoramente favorable. No es ilegitimidad de origen la que puede endilgarse a Hitler, sino el paradigmático mal uso del poder, i. e. ilegitimidad de ejercicio, la cual constituye la más disvaliosa de las formas de perversión del poder. Y precisamente con esa significación emplea Sartori el término "tiranía" ¿Será que acaso el mal ejercicio del poder del Estado, a pesar de todos los prejuicios, es -y no puede dejar de ser reconocido como-...*tiranía*?

2) Los contrarios y el contradictorio de la democracia

En su faena nocional, Sartori, como ya se ha dicho de pasada, descarta también la noción de *despotismo*. Y hace, asimismo, enjundiosas y ponderadas consideraciones sobre la noción de *autoritarismo*, atento a la valiosidad intrínseca del término "autoridad", sobre el cual aquél se construyó contemporáneamente. Dados el sentido positivo de "*autoritas*" y "autoridad" y el abuso que hoy se hace de "autoritarismo", Sartori prefiere no echar mano de su resbaladizo referente real y buscar la delimitación de la democracia mediante la oposición con otros conceptos²⁶. Los más adecuados serán absolutismo, dictadura, totalitarismo y autocracia.

En cuanto a *absolutismo*, entendido como la no sujeción a la ley (positiva), Sartori sostiene que no constituye un contrario de la democracia, toda vez que una democracia "pura" bien puede resultar absoluta. Es más: la (sola) legitimación democrática, en realidad, confiere al poder un fundamento absoluto, más allá del cual ya no cabe apelar. Luego, el absolutismo no es incompatible con la democracia sino a condición de que la democracia en cuestión sea liberal, constitucionalista y cristalizada en el Estado de Derecho, concluye Sartori. Sólo *dictadura absolutista* sería un contrario válido de democracia²⁷.

Pasa enseguida nuestro autor a *totalitarismo* y debate ante todo la licitud de ese concepto, es decir, su referencia real en el universo político. Contra quienes impugnan la noción por abarcar canónicamente no sólo al nazismo sino también al comunismo -y representar así una categoría infamante para el marxismo- Sartori defiende la validez (teorética, y no propagandística) de un único concepto que los abarque, sin por ello renunciar a señalar sus diferencias. Contra quienes pretenden verlo como un fenómeno casi concomitante a la política, se inclina por ubicarlo en la época contemporánea²⁸. Se trata, sostiene Sartori, de

26 *¿Qué es la democracia?*, p. 177-181.

27 *¿Qué es la democracia?*, p. 176-7.

28 Como ya había hecho Bobbio, quien, con su lucidez habitual, afirmó que no hubiera podido darse un régimen totalitario si antes no hubiera existido la filosofía de Hegel

un tipo ideal, punto de referencia que denota el encapsulamiento de toda la vida asociada dentro del Estado, el dominio capilar del poder político sobre toda la vida extrapolítica del hombre. Si la proposición “*todo dentro del Estado*” se toma al pie de la letra (como no lo hizo el fascismo que la echó al ruedo, señala Sartori), “con los instrumentos coercitivos a disposición del poder moderno, llegamos [...] a la destrucción de todo eso que es espontáneo, independiente, diferenciado y autónomo en la vida de las colectividades humanas”²⁹. Así planteado el totalitarismo, la pregunta sobre si es un opuesto de la democracia tiene de Sartori una respuesta negativa: la democracia constituye el mejor fundamento de legitimidad para un régimen totalitario, ya que su premisa (“gobierno de *todos*”) le otorga más derecho que ningún otro sistema para reclamar jurisdicción sobre *todo*. Luego, concluye Sartori, sólo *dictadura totalitaria* se opondría a democracia³⁰.

Focalizada la atención en aquel concepto que especifica con una nota de verdadera contrariedad los de absolutismo y totalitarismo, i. e. *dictadura*, Sartori afirma que entre la noción clásica de la magistratura constitucional extraordinaria y la contemporánea, como forma de Estado en la que el poder es ilimitado y discrecional, hay, de hecho, equivocidad. La forma contemporánea de dictadura tiene para el autor tres subespecies, a saber simple, autoritaria y totalitaria, y todas ellas se oponen a la democracia entendida al modo liberal, basada en estructuras institucionales que limitan y controlan el poder. No obstante, termina diciendo Sartori (quien no tiene aquí en cuenta la llamada “dictadura del proletariado” del marxismo), las fronteras entre dictadura y democracia no son siempre nítidas. Dictadura es un contrario, pero no el contradictorio de democracia³¹.

Sartori deja para el final *autocracia*. En esa noción encuentra el contradictorio de democracia, es decir, su negación lógica y conceptual, que excluye matices o gradaciones. En el marco de la oposición democracia/autocracia, dice Sartori, *tertium non datur*. Ahora bien, la determinación nocional de la autocracia permitirá al célebre politólogo no sólo circunscribir por oposición el concepto de democracia sino asimismo detectar el que él considera como principio de legitimidad de la democracia³².

(cfr. *Thomas Hobbes*, trad M. Escrivá Romaní, México, FCE, 1995, p. 67).

29 *¿Qué es la democracia?*, p. 188-189.

30 *¿Qué es la democracia?*, p. 181-190.

31 *¿Qué es la democracia?*, p. 190-192.

32 Precisamente en la nota final (p. 444) del cap. II compulsado *supra*, Sartori había adelantado que el tema de la legitimidad democrática sería abordado en este lugar, al tratar sobre la oposición que nos ocupa.

La autocracia es presentada como la pretensión de proclamarse jefe a sí mismo, o asimismo la condición de quien hereda el poder. La diferencia con la democracia radica para Sartori en el principio de investidura, que se identifica con el principio mismo de legitimidad. Mientras la investidura democrática supone elecciones "libres, competitivas y no fraudulentas", todo régimen cuyos titulares³³ no surgen de tales elecciones se clasifica como no-democracia. En la democracia el poder no se halla adscripto a nadie, y nadie lo ejerce a título propio (i.e., autoinvistiéndose) e irrevocable. El axioma democrático expresa que el poder de un hombre sobre otro sólo puede fundarse en el reconocimiento y la investidura de otros; sin designación originada en un consenso popular libre de decidirse entre opciones no hay democracia, concluye Sartori,.

IV) El final del análisis de Sartori.

Algunos cuestionamientos

Tras la determinación de marras nuestro autor agrega que la investidura democrática, al negar la apropiación del poder, evita que se pueda "ejercer el poder sin condiciones ni límites". Ésta es, dice, la premisa del constitucionalismo, a saber un modo de organizar el Estado en el cual el poder es "difuso, limitado, controlado y responsivo"³⁴.

Cabe hacer algunas observaciones por nuestra parte ante esta suerte de conclusión del autor sobre la legitimidad democrática. En primer lugar, las oposiciones que se venían haciendo, si bien tenían el trasfondo (como todo el libro de Sartori) de la democracia en clave liberal-constitucionalista, no obstante no se referían formalmente a esa versión del sistema democrático, sino a la democracia *ut sic*. No obstante, al detectarse la esencia de la democracia y de su fundamento de legitimidad ya no se habla de la democracia en tanto tal, sino que aparece en escena la forma liberal de democracia. Luego, si se concede por un momento que la forma liberal de democracia limita y controla el poder, ésa no sería una marca de la democracia, sino de lo específicamente liberal. La inferencia de Sartori en esa parte de su obra, y la consiguiente identificación de democracia con ejercicio de un poder limitado resulta, pues, impropia. Sin negar que un modo de investidura pueda constituir el principio de legitimidad y la formalidad misma de la democracia, de la investidura democrática misma no se sigue la limitación del poder.

33 Sartori dice "personal político de control" y " 'para controlar' " (*¿Qué es la democracia?*, p. 193).

34 *¿Qué es la democracia?*, p. 194.

Insistamos en la misma línea de reflexión. Si se pretende que el constitucionalismo (liberal) -en la medida en que propugna un poder "limitado y controlado"- recoge una necesaria consecuencia del fundamento de la democracia, debe probarse ante todo: a) que el principio de investidura democrática conlleva limitación; pero sobre todo: b) que, sea como fuere -y más allá de que esto constituya una nota específica de la democracia en tanto tal- el constitucionalismo (liberal) realiza en el sistema constitucionalista una efectiva limitación del poder.

Lo primero (a) ya habría sido respondido negativamente por el propio Sartori, cuando afirmó que la legitimación democrática en realidad constituye el mejor fundamento posible tanto para el absolutismo cuanto para el totalitarismo. De allí las reservas del autor en la oposición de democracia con absolutismo y dictadura: estas formas sólo son contrarias a la democracia liberal, había dicho Sartori. Y lo reafirma, como vemos, al introducir la limitación del poder en vinculación con el constitucionalismo. Así pues, el origen consensual-democrático por sí solo ni acota el ejercicio del poder ni ofrece garantías a los súbditos ante posibles violaciones a derechos fundamentales.

Lo segundo (b) se respondería -en favor de la limitación del poder en el sistema liberal de acuerdo con Sartori- con dos líneas de argumentos. Según la primera, en el constitucionalismo, como ha dicho el autor, el poder no se detenta de modo irrevocable y a título propio: en consecuencia la capacidad de acción de quienes lo ejercen vendría a quedar limitada gracias al periódico refrendo eleccionario. Mas tal respuesta no parece enteramente convincente. Pues la periodicidad de la investidura, sin dejar de mostrar innegable efectividad en el acotamiento de las ambiciones personales de los titulares del poder, sin embargo no resulta un recurso substancial que instaure límites objetivos a la voluntad legal del Estado, toda vez que la posibilidad de la alternancia de los titulares en el poder no implica de suyo hacer recto el contenido de sus decisiones. Al respecto conserva aún su pertinencia la clásica crítica de Carl Schmitt, que reportamos en prieta síntesis. El principio del respeto a la "*gleiche Chance*" respecto de todo grupo o partido para alcanzar una mayoría que pueda hacer valer su posición como voluntad del Estado no logra superar el formalismo jurídico, ni proteger del abuso de poder y de la injusticia. En efecto, ese principio no evita que todo contenido normativo quede sujeto al arbitrio decisorio de la mayoría circunstancial que ejerce el poder (legal) del Estado. Sólo se le exige a ésta que permita a su turno la conformación y el acceso al poder de otra mayoría -de eventual signo distinto-. Ahora bien, dentro de estas coordenadas, el ejercicio del poder por una mayoría que acepte tal principio (i.e., el de provisoriedad o periodicidad del mando) jamás podría ser calificado de tiranía, porque el hecho de ser mayoría ya se ha constituido en el único título de legitimidad exigible al poder.

El Estado legal aparece, por principio, como neutral frente a cualquier bien humano universal y objetivo, de cuya tutela o preterición resulta árbitro el poder circunstancialmente vigente³⁵.

La segunda línea de argumentos en favor del acotamiento del poder en el sistema liberal acudiría a la idea general de *limitación del poder* que trasunta el texto de Sartori, idea que no resulta ajena al ya mencionado recurso de la limitación del poder por la vía de la rotación de quienes lo ejercen. Así, al tratar sobre el absolutismo, nuestro autor señala que el poder absoluto no se halla enmarcado por contrapoderes y no está sujeto a las leyes, como sí lo está el poder en el Estado constitucional. Ahora bien, si Sartori se refiere a contrapoderes institucionales (intrasistémicos) y a normas positivas, i. e. a mecanismos político-jurídicos cristalizados en el poder y en el derecho vigentes, habrá que decir que tales controles no constituyen auténticos límites al poder del Estado. En otros términos, la diversificación de órganos y funciones de poder (siendo el poder *per se* uno solo) y la primacía de la norma positiva sobre el arbitrio circunstancial de quienes mandan (una vez aceptado que toda norma quede sujeta a una soberanía fundante sin límites axionormativos allende su voluntad) no constituyen una negación del absolutismo –el cual debe ser entendido cabalmente: como desvinculación *de toda ley*³⁶–. En efecto, la limitación del poder no podrá hacerse efectiva sino a través del reconocimiento de ciertas normas deónticamente superiores a la decisión de quienes gobiernan, legislan y juzgan, así como a las vigencias culturales del momento³⁷. Luego, la “autolimitación del poder” en el seno del sistema (en términos de Jellinek³⁸) no es sino una limitación epidérmica (o adjetiva) del poder, que no basta para superar el quicio del absolutismo. No nos detendremos ahora a demostrarlo y sólo lo dejamos sugerido. Pero nótese que es precisamente suponiendo la regulación universal y objetiva de esas normas superiores por lo que sobre todo se llama “tirano” a Hitler, aunque quien lo haga no pertenezca al ámbito doctrinal “medieval” (cfr. *supra* al mismo Sartori) ¿O acaso el régimen de Hitler habría dejado de ser tiránico si sus proyectos de ley hubiesen sido aprobados

35 Cfr. *Legalität und Legitimität*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 30 y ss.. En próximos trabajos trataremos sobre los Tribunales Constitucionales como garantía de ciertos derechos fundamentales y del Estado “constitucional” (fundado en valores) como superación del Estado “legal” del positivismo normativista clásico.

36 Remitimos aquí a nuestro trabajo “El principio de separación de poderes. Una reflexión histórica”, en *Persona y Derecho*, vol. 37 (1997).

37 De hecho, Gustavo Zagrebelsky se refiere a un “positivismo cultural”, en el que –según su concepción– se funda el ordenamiento jurídico (cfr. “El derecho constitucional del pluralismo. Conversaciones con el Profesor Gustavo Zagrebelsky”, por Marina Gascón Abellán, en *Anuario de Derecho Constitucional*, nº 11 -1999-, p. 18).

38 *Teoría general del Estado*, trad. F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1943, pp. 300 y ss..

por un *Reichstag* y además declarados conformes a la constitución (o al sucedáneo normativo que estuviera vigente en ese momento) por los tribunales?

Así pues, –retomando a) – no resulta convincente la fundamentación de la limitación del poder en el principio de investidura consensual y periódica. Lo cual –sumándose a b) – vendría a confluir con otros principios del constitucionalismo en el resultado de manifestar el carácter parcial de la pretensión del sistema de representar una substantiva limitación del poder.

V) Las conclusiones sobre nuestro tema en Sartori

Sean cuales fueren nuestras observaciones y cuestionamientos sobre algunas argumentaciones de Sartori y sobre su fundamentación del constitucionalismo liberal, de su aguda y sugerente dilucidación lógico-nocional queda en pie i) la identificación del fundamento de legitimidad de la democracia en la elección popular, ii) el presupuesto de que no existe otro principio de legitimidad fuera de aquél de la investidura electiva, es decir, la absorción de la legitimidad de ejercicio en la legitimidad de origen -identificada a su vez con el consenso-; iii) el señalamiento de la no incompatibilidad de democracia con absolutismo y totalitarismo; iv) la afirmación final de que el modo de investidura consensual-electivo (como nota formal de la democracia), que implicaría la limitación del poder, desemboca en los principios del sistema constitucionalista ³⁹.

Como síntesis global del tema democracia y legitimidad en nuestro autor puede concluirse que según Giovanni Sartori la democracia representativa del constitucionalismo funda su legitimidad en la afirmación de que la titularidad del derecho a la soberanía en el Estado radica en el pueblo⁴⁰. Por nuestra parte hemos intentado asumir la tarea crítica rigurosa que le cabe a los saberes políticos ante un objeto de conocimiento en el que resulta ilícito erigir dogmas.

39 Vale la pena por último señalar que en toda esta discusión no ha aparecido un elemento sociológico-institucional clave para el tema de la democracia en la circunstancia actual, cual es el del sistema de partidos, en torno del cual se dirimen hoy álgidos conflictos que afectan la legitimidad de origen de la representación y conllevan la eventual distorsión de la real voluntad colectiva del electorado.

40 *¿Qué es la democracia?*, pp. 48-49.



Cuentera, fragmento

Las cadenas de la esclavitud solamente atan las manos: es la mente lo que hace al hombre libre o esclavo.

Franz Grillparzer