

# REFORZAR LA REPRESENTACIÓN (\*)

JUAN JOSÉ SOLOZABAL ECHAVARRIA

Considero el libro de Pierre Rosanvallon, *La legitimidad democrática*, una aportación de gran interés para la comprensión correcta de los sistemas constitucionales, que adolecen, sin duda, de una crisis de legitimidad. Su tesis fundamental es que las deficientes democracias contemporáneas requieren de un esfuerzo por incrementar las relaciones de los representantes con los ciudadanos, no reducibles al momento electoral. Además, nuestros sistemas políticos demandan un complemento que pueden suministrar instituciones que permitan una presencia particular del principio democrático, nos refiramos a las instituciones de la imparcialidad o de la generalidad, como la administración profesional o las agencias independientes; hablemos de las instituciones de reflexión como los tribunales constitucionales; o se pida una nueva actitud a los gobiernos que deben acercarse a los ciudadanos y tratarlos de manera más considerada.

1. Se trata de un libro de teoría política que lleva algunos trazos indudables de su origen francés, por ejemplo, su claridad o su considerable interdisciplinariedad. Con un significado más discutible cabría apuntar su dependencia algo obsesiva de la Revolución y el momento constituyente, que juega un papel parecido al que en América se suele otorgar al *Federalista*, y su escaso diálogo con otras direcciones del pensamiento, caso desde luego de la literatura alemana y no digamos ya de la procedente de Italia o España.

La tesis general es que la legitimidad que aporta a las instituciones representativas el origen democrático, deducido del momento electoral, no es sufi-

---

(\*) Pierre Rosanvallon: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, traducción de Heber Cardoso, Barcelona, Paidós, 2010.

ciente, de manera que a los representantes elegidos no les basta su mandato para ejercer el poder. Los elegidos quedan inmediatamente libres de sus electores, y el mandato, por ser demasiado rígido, no le servirá al parlamentario para orientar su conducta, obligado como está a hacer frente a cuestiones sobre las que no se decía nada en el programa electoral.

En realidad la conexión democrática a través de las elecciones siempre ha sido deficiente, aunque la mayoría se haya presentado como la totalidad o el pueblo. El sistema se asienta sobre un imperativo funcional, pues un cuerpo colectivo solo puede actuar a través de la decisión que adopta la mayoría, y porque la mayoría es la fracción del pueblo que más se acerca a la totalidad. Históricamente la elección es el sistema de designación de los gobernantes que sustituye a la aclamación o al consenso que en realidad ratifican más que optan por los dirigentes. Rosanvallon cree que regla de la mayoría se instala en las comunidades religiosas, como grupos homogéneos, en los que la votación no puede poner en peligro la unidad del colectivo. Yo tiendo a pensar en la importancia del ejemplo de las sociedades mercantiles como corporaciones que deben establecer un procedimiento para actuar en el tráfico, y que no será otro que la decisión por mayoría.

De todos modos la conciencia de la insignificancia del mandato para determinar la conducta de las instituciones representativas, debería de haber llevado a Rosanvallon a subrayar la importancia de los partidos en la democracia, pues a ellos no solo les corresponde ofrecer el personal del que las instituciones representativas se nutrirán, sino que deben controlar la adecuación del gobierno o la oposición a la referencia electoral, esto es, el programa con el que las fuerzas políticas respectivas se presentaron en las urnas. El partido debe ser garante, por tanto, de la vigencia en las instituciones representativas de las obligaciones que, ya ocupando el poder o criticándolo, contrajeron las fuerzas que concurren a las elecciones. Esta idea de los partidos políticos como controladores del gobierno o de la oposición se desmiente por una práctica que les asigna una función instrumental, exclusivamente de propaganda y amplificación de lo llevado a efecto, pero sin autonomía alguna.

2. Pero los problemas de legitimidad del Estado representativo tienen que ver sobre todo con el comportamiento de los Parlamentos, sumidos en la politiquería, la división y el particularismo. Esta quiebra del Parlamento, desgarrado, insisto, por el espíritu de fracción, refuerza la posición de la Administración como gestora o manifestación de la generalidad, que pugna por mejorar su posición meramente subalterna. Ya nos encontremos en Francia o Los Estados Unidos se produce la contraposición entre una representación política llevada a cabo por las Asambleas legislativas, que en realidad es ocasional e ideológica,

y la representación permanente de la Administración, que pierde su condición instrumental y subordinada.

En Francia hay una posición que parte de la Revolución francesa contra la consolidación de lo que en el lenguaje del antiguo régimen podría considerarse un cuerpo intermedio que impidiese la ejecución de la ley como decisión de la voluntad general. Esto en la práctica va a suponer la politización de la Administración y su desprestigio por el clientelismo y la corrupción. En el plano intelectual lo más interesante, cuando se produzca la reacción correspondiente demandando una Administración autónoma, es la reflexión de Duguit sobre el Estado como organizador de los servicios públicos, entendidos como la realización de las tareas esenciales que necesita la comunidad.

Se abandona la idea subjetiva del Estado como personificación de la comunidad cuya voluntad ha de cumplirse, y que posee la soberanía en cuanto dominio incondicionado o irresistible, por una idea objetiva del Estado como organización de las necesidades de la comunidad. Estos servicios públicos requieren de la actuación instrumental de los funcionarios cuyo status formación y garantías hay que establecer en su ordenamiento particular o estatuto. Los funcionarios son los representantes de la generalidad, que aseguran una actuación permanente e imparcial, frente a los representantes políticos, que en teoría son de rango superior, pero que se encuentran en la práctica afectados por esos riesgos del particularismo o el sectarismo a los que hemos aludido.

Tales planteamientos de algún modo quedarían ratificados en la posguerra a través de la actuación de los *jacobinos de excelencia* o *enarcas* cuyos fundadores —1945— además de su cualificación técnica podían aducir su compromiso personal político —su patriotismo— probado en la Resistencia.

En los Estados Unidos la afirmación de la Administración se hace argumentando sobre las ruinas del *spoils-system*, con la pretensión de mejorar su rendimiento, y está basada en una visión efectiva y no meramente normativa del Derecho público, obra de Woodrow Wilson y Goodnow, y la aplicación de los principios del *management* a la administración, llevando, por tanto, el taylorismo a la función pública. Este esfuerzo tiene lugar especialmente en la vida local, donde al tiempo se propone una renovación institucional, mediante instrumentos como el *referendum* y el *recall*, y la instauración de contrapoderes municipales, así como ejecutivo, el *City manager* o, en el nivel deliberativo, la *Commission*, que fija objetivos a la comunidad.

En la situación presente y por razones diferentes (que Rosanvallon en el caso de los Estados Unidos asocia a las actitudes neoliberales de Bush y Reagan, y en Francia a la suspicacia o envidia de De Gaulle), se asiste a un desprestigio de la burocracia profesional y a un renacer de la Administración

partidista. De Nixon a Bush los altos funcionarios y titulares de cargos de nivel superior nombrados por el Presidente pasan de 451 en 1960 a 2.393 en 1993, por tanto, puede hablarse de una reafirmación, e incluso, de una revancha del mundo político frente a la alta Administración. Nos encontramos ahora, señala Rosanvallon, con que el poder administrativo ya no tiene, pues, la legitimidad moral (el reconocimiento de su capacidad de desinterés) ni la legitimidad profesional (la reconocida superioridad en cuanto a competencia) que habían sustentado sus pretensiones y su capacidad para lograr autonomía frente a la esfera electoral-representativa.

3. La crisis de la Administración profesional explica las oportunidades de las instituciones de la imparcialidad o las autoridades independientes, hablemos de los Non-departmental Public Bodies o Quasi Autonomous Non-governmental Organisations (quangos). Se trata de organismos que aunque asumen funciones ejecutivas, normativas o jurisdiccionales, no dependen de ninguno de los poderes.

Las condiciones en que aparecen no difieren mayormente entre sí. Por ejemplo, en los Estados Unidos surgen en la segunda mitad del siglo XIX en relación con la regulación de los ferrocarriles, y su gestión que no pueden dejarse en manos de la administración partidaria y en muchos casos corrupta (ley Interstate Commerce Act de 1887 y la Interstate Commerce Commission). Estas instituciones se multiplicarán durante la época de Roosevelt (así la National Labor Relations Board de 1935) y conseguirán la confirmación de su independencia cuando el Tribunal Supremo denegó al Presidente la facultad de revocar de plano a un miembro de la Federal Trade Commission.

En 1944 un informe sobre las Autoridades independientes, confirmado en 1949 por la Comisión Hoover, destacaba cuatro rasgos de este tipo de instituciones, a saber, su sustracción a las presiones políticas, en especial las procedentes del ejecutivo; la imparcialidad de sus resoluciones; su capacidad para llevar a cabo políticas de largo plazo, fuera de las circunstancias electorales; y, por último, su capacidad técnica para adoptar medidas coherentes y racionales.

En Francia la Constitución de las Autoridades independientes tiene lugar a partir de finales de los años setenta del pasado siglo y se explica por la materia a que se refieren, próxima a las libertades públicas o el control del tráfico económico, y la desconfianza de su encomienda al Ejecutivo. Es el caso de la Commission Nationale de l'Informatique, 1978, Le Conseil Supérieur de L'audiovisuel, 1982, o la Commission des operations de la Bourse, 1996. A estas instituciones, además de la materia a que se dedican, les caracterizaría cierta especificidad en los procedimientos de su actuación, hablemos de la contradicción en los expedientes que llevan a cabo, o la publicidad, contra el modelo pre-

ferido por la administración convencional, que se destaca por la centralización y el secreto.

Rosanvallón llama la atención sobre la paradoja de su aceptación, reticente entre los políticos y los académicos, y muy favorable en la opinión, especialmente cuando tiene que ver con cuestiones relacionadas con la salud. Así, «las autoridades independientes se encuentran perfectamente integradas en la cultura política nacional, pero no dejan de suponer para los constitucionalistas “anomalías jurídicas” y por eso su constitucionalidad sigue estando fuera de juicio». Algunos trabajos de campo constatan que en relación con casos sensibles, como el citado de la salud, los ciudadanos aceptan las agencias independientes con preferencia sobre las tradicionales ramas de la Administración pública.

Son interesantes los apuntes morfológicos que hace Rosanvallón sobre las autoridades independientes, en relación con las formas de actuación que adoptan. Estamos hablando de comisiones o colegios, no de órganos unipersonales, esencialmente deliberativos, integrados por personalidades independientes. La independencia es función de la propia autoridad profesional de sus miembros, pero también responde a su condición inamovible y su sustitución a plazo fijo, por ello, seguramente, los mismos pueden inclinarse a ejercer «un deber de ingratitud para quienes les nombraron». La cualificación personal de los integrantes de estos organismos, puede complementarse con exigencias relativas asimismo a su representatividad social o con la garantía obligada del pluralismo político. Es muy importante la transparencia de su actuación, de modo que los dictámenes o informes de las autoridades sean públicos y objeto de amplia discusión. «No desempeñarán verdaderamente su papel si son percibidos como comités de notables o de expertos retirados en su olimpo.»

El análisis de Rosanvallón contrapone, quizás con algo de ingenuidad, pues la neutralidad y autonomía de las autoridades independientes se sostienen con más facilidad en la teoría que en la realidad, las instituciones de la parcialidad y la competencia, que arrancan del momento electoral y se manifiestan en la práctica parlamentaria, y las instituciones de la imparcialidad, al cuidado de los mismos fundamentos del sistema, especialmente del económico, como resulta de la garantía de la estabilidad y la regulación de la moneda como tareas que se encomiendan cumplir a los Bancos centrales.

Una mención especial merece la ejemplificación que Rosanvallón hace de lo que llama la imparcialidad utópica, esto es, la exposición de la idea de la justicia como sacerdocio o ministerio religioso de los jueces; la idea del príncipe extranjero o *podestá*, como realización meramente técnica y provisional de las tareas del estado; y la mano invisible o actuación del mercado en cuanto agente

de racionalización económica con una información de este orden que él solo posee.

4. La parte dedicada a la exposición de las instituciones de la reflexión —básicamente los Tribunales Constitucionales— tiene un particular interés en el libro que comentamos. En primer lugar porque se abandona lo que podríamos llamar una justificación pragmática de dichas instancias, muy bien ejemplificada en Bachof: es la práctica, el propio récord histórico, lo que justifica la jurisdicción constitucional, reconociendo la calidad de su trabajo y, en especial, su contribución a la moderación del sistema político. Tampoco se refiere nuestro autor a una explicación bastante utilizada entre nosotros de la justicia constitucional, presentándola como la lógica consecuencia, bien de la aceptación de la idea normativa de la Constitución, de modo que se requiriera una instancia que imponga el respeto de la Constitución al legislador; o asimismo como la institución indefectible en el Estado descentralizado políticamente, llamada a resolver las disputas competenciales entre el centro y las unidades integrantes de modo independiente.

Rosanvallón lleva a cabo un esfuerzo por plantear la cuestión en términos teóricos, utilizando una bibliografía sobre todo americana y francesa. Por cierto, puede subrayarse el excesivo sesgo nacional de nuestro autor, primero por la inclusión sin mayor explicación del Conseil Constitutionnel entre las instancias jurisdiccionales, y segundo porque se asume la posición de Vedel, en línea más bien positivista, limitando la función del Consejo a la aplicación de la letra de la Constitución, frente a la línea dominante en Estados Unidos y Alemania, y en contradicción con la propia posición del autor que considera sobre todo al tribunal como defensor de los principios. El estudio tiene interés porque se da testimonio de una bibliografía, con citas obligadas de Lambert y hoy de Ely y otros autores. Sobre todo son útiles los testimonios aducidos de afirmación parlamentaria, esto es, de la llamada dificultad contramayoritaria —así trabajos de Walaron, Kramer, Hirsch y Tushet— que no pueden entenderse sin considerarlos, por lo menos hasta cierto punto, como una reacción a las últimas Cortes americanas, tras Warren, de Renquish, y Robert, que dice Rosanvallón «llevó a muchos juristas de izquierda a cambiar de hombro el fusil y adoptar, sobre la cuestión, posiciones calificadas, al otro lado del Atlántico, como populistas».

¿Qué es entonces lo que justifica a la justicia constitucional? Sin duda su trabajo con los principios que son identificados como integrantes nacionales de la democracia constitucional; que deben ser recordados y renovados, y cuya discusión estimula y vigoriza el propio sistema institucional.

La Justicia constitucional interviene, en primer lugar, en la identificación del acervo constitucional nacional, que puede consistir más en principios ideoló-

gicos que en rasgos identitarios. Así la justificación de la justicia constitucional está en la defensa del orden constitucional en sus fundamentos o principios, expresión de la identidad nacional, que no pueden ser garantizados por los órganos ordinarios de la democracia. Me parece que Rosanvallon hace una formulación inteligente de lo que podríamos llamar el *constitucionalismo nacional*. Aunque una nación se identifique más por sus caracteres identitarios que por los principios constitucionales que asume, también la adopción de principios universales, puede, considerada en perspectiva, remitir a una nación. Fue Sieyès el que propuso una base transgeneracional de la Constitución (frente a lo que diría Ortega al presentar la Constitución como la idea de la política de un determinado grupo temporal), y quien reforzó el nacionalismo francés identificándolo con las aspiraciones universales. «Las verdaderas relaciones de una Constitución política, escribe Sieyès, son con la nación que permanece antes que con una generación determinada que pasa; con las necesidades de la naturaleza humana, comunes a todos, antes que con diferencias individuales».

En segundo lugar, los Tribunales son un órgano de recuerdo y vigilancia. Las cortes constitucionales están para mantener activa la vigencia de los principios constitucionales. La vigilancia y el trabajo de la memoria son entonces explícitamente definidos como funciones políticas específicas. Téngase en cuenta que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano había establecido, bellamente, que «el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desdichas públicas y la corrupción de los gobiernos».

Las Constituciones, cuya guarda compete a los Tribunales constitucionales, solemnizan y aseguran permanencia a los principios o las decisiones fundamentales, más allá de, como normas de derecho, hacerlas obligatorias. Así ha ocurrido con la reforma constitucional que recientemente ha llevado a cabo Francia para prohibir la pena de muerte, excluida ya en 1981 por ley, y teniendo en cuenta que el estado galo había ratificado en 1986 la Convención Europea de Derechos humanos que la proscribía.

Las cortes constitucionales, en fin, son un elemento vigorizador de las democracias al mejorar y estimular la deliberación constitucional, interviniendo en, como diría Sanford Levinson, la conversación sobre lo que la Norma Fundamental significa. Para nada los jueces constitucionales son los únicos llamados al diálogo constitucional o a la reflexión sobre los basamentos de la democracia. Pero su contribución, que se renueva con argumentos no utilizados a medida que cambian los miembros del colegio jurisdiccional, es significativa dados los estándares no partidistas o exclusivamente jurídicos que la guían. En efecto, señala Dworkin, «la discusión propiamente política, fuertemente condicionada por elementos de oportunidad y consideraciones ideológicas, es reemplazada

por una intervención más objetiva, condicionada por los métodos del razonamiento jurídico».

En suma, la legitimidad de estas instituciones de la reflexividad sería más fuerte que la de las resultantes del principio electoral, consideradas «más partidistas y menos estructuralmente preocupadas por el bien común».

5. A mi juicio la parte cuarta del libro, dedicada a la legitimidad de la proximidad tiene menos interés, aunque literariamente sea superior. La idea es que en la democracia el gobierno debe adoptar una posición diferente a la de mero ejecutor de la ley, y ser algo más que el gestor de los servicios públicos; debe, en suma, abandonar la dureza de la lejanía y acercarse a los miembros de la comunidad, que han de considerarse apreciados y tratados con proximidad.

La cercanía del poder depende de los modales del mismo y su desenvolvimiento procedimentalizado con un trato atento al ciudadano que se siente incluido, respetado y no simple objeto de una relación de dominio. La legitimidad del poder se refuerza, además de por la justicia de sus decisiones, por su propia conducta, como demuestra el caso de la justicia procedimentalizada. Según un estudio llevado a cabo en Chicago en 1984 en relación con la policía y los jueces, «la visión que se tenía de estas dos instituciones solo guardaba una débil correlación con la naturaleza de las sanciones que habían impuesto». No es difícil relacionar estas demandas en la actuación de la autoridad con las exigencias de la dignidad de la persona, según los planteamientos de Taylor, Honneth y Margalit, que demandan reaccionar contra la explotación, pero también cada vez más frente a la humillación y el no reconocimiento.

En esa política de rostro más humano resalta la importancia de las actuaciones emblemáticas de la autoridad o sus gestos de empatía, fuera del desempeño ordinario de las funciones, como si los ministros cada vez fueran más «individuos símbolos» y menos representantes ordinarios de las instituciones. Lo que se valora es no tanto resultados como la capacidad de convencer del gobierno de su compromiso al lado de los ciudadanos para afrontar las dificultades políticas del futuro. «Los gobernantes se comprometen menos con los resultados. Se conforman con garantizar la energía que desplegarán, la atención que aplicarán, la preocupación que los animará».

Aunque, para no entrar de lleno en la farsa de la política ficción, en que Rosanvallon parece a punto de sumirse, es imprescindible que esos destellos de empatía se inserten en un relato general, «no limitándose a una sucesión de instantáneas aisladas».

El último capítulo está dedicado a la democracia de la interacción; en realidad consiste en una revisión de la opinión pública, llevada cabo en tres niveles históricos. En el pensamiento ilustrado la opinión pública se presenta como

una anticipación de las instituciones representativas. «En efecto, los filósofos comprueban que, del seno mismo del absolutismo, mientras nada se mueve aún en la configuración de las instituciones, la tenaza se afloja y la sociedad se convierte en un poder que hay que tener en cuenta». Durante la época liberal se toma conciencia claramente de la libertad de expresión como libertad y al par institución, de modo que quienes configuran la opinión pública disponen de un medio para intervenir en la política. Sin duda, para Guizot y Remusat, la prensa es un medio de gobierno y no solamente una libertad. En nuestros días Internet, sin reparar en su enorme capacidad de movilización, es el nuevo contribuidor a la opinión pública: el medio por excelencia de responder, masiva e inmediatamente, al gobierno. El problema es reducir a una condensación aprovechable la profusión de las reacciones que Internet vehicula (Fernando Vallespín). Pero no puede ser ignorado en cuanto institución de la interacción. La propuesta de Rosanvallon es una Comisión a la vez, filtro y enzima del debate.

