

EL MODELO CONSTITUCIONAL DE F.A. HAYEK

DIARIORC. 6 DICIEMBRE 2010

MIGUEL RODRÍGUEZ

A Pedro M. González

Porque tiene muchas semejanzas y porque es un claro precedente de las propuestas de Antonio García-Trevijano, vale la pena detenerse a examinar brevemente el modelo constitucional que propone F.A. Hayek en su obra culminante, *Derecho, Legislación y Libertad* ("Law, Legislation and Freedom: A new statement of the liberal principles of justice and political economy", 1973-1979). Nos fijaremos especialmente en el capítulo decimoséptimo, perteneciente al volumen tercero de la obra, escrito varios años más tarde que los dos volúmenes anteriores, y publicado, según él, tan sólo porque temía que su avanzada edad no le permitiese realizar mejoras en el tratamiento del tema. Este dato es importante tenerlo en cuenta, pues resulta evidente que Hayek no estaba del todo satisfecho con algunos aspectos de su proposición, si bien revisarlos hubiese requerido empezar otra vez desde el principio. Aquí se demuestra, a mi modo de ver, que Hayek era lo suficientemente humilde para reconocer las deficiencias de su propuesta, si bien, como es lógico, aún no adivinaba del todo cuáles pudieran ser. Por otro lado, como veremos, ello no significa que Hayek no avanzase críticamente en la erradicación de ideas falsas acerca de la democracia y en lo que supone el verdadero funcionamiento de la misma.

Hayek indica en el prefacio al tercer volumen que las páginas que siguen forman un vínculo indisoluble con su otra obra principal, traducida al español como *Los Fundamentos de la Libertad* ("The Constitution of Liberty", 1960), pero puede decirse que hay también, si no ya una ruptura, sí un cambio significativo de ángulo. En efecto, a pesar del subtítulo de DLL, que indicaría que la vía por la que se llega a una teoría democrática es en parte la economía (en el segundo volumen llamada *catalexia*), en esta obra se aborda la cuestión política desde una perspectiva eminentemente jurídica.

Así, el primer volumen constituye un notable esfuerzo por distinguir entre derecho propiamente dicho y legislación, lo cual le lleva a concluir, como ya había colegido su amigo Popper, que una sociedad verdaderamente libre debe de estar regida en última instancia por normas y no por hombres (entiéndase intereses concretos). De ahí la necesidad de abordar la cuestión de la norma suprema (la Constitución), cosa que hace en el tercer volumen, subtulado "El Orden Político de un Pueblo Libre".

El segundo volumen, por su parte, es una lúcida deconstrucción del concepto de "justicia social" como meta coherente, sin menoscabo de las buenas intenciones que guían a sus propugnadores. En realidad, se trata de una crítica fulminante a esa tendencia moderna a colocar el adjetivo "social" frente o tras conceptos o instituciones que ya sin él son suficientemente difíciles de describir y explicar, pero que con él quedan irremediabilmente confundidos. Definir qué es "justicia social" resulta imposible a no ser que se tomen en consideración sólo algunos elementos de la situación (lo cual no sería precisamente "justo"), y destruye de paso buena parte de la jurisprudencia; la "democracia social", por su parte, asesina a la democracia formal, como forma de gobierno, en aras de ciertos contenidos ideológicos (en gran medida indefinibles, o definibles sólo en la ocasión); la expresión "Estado social y de derecho", que aparece en la Constitución española del 78, ensucia con su redundante retórica lo verdaderamente decisivo de una Constitución, que es la necesidad de controlar el poder, permitiendo así introducir toda una serie de aberraciones jurídicas. Et cetera.

Es de sumo interés comprobar que la distinción entre democracia formal y democracia social (o democracia como forma de gobierno y democracia como "experiencia colectiva", o como un modo de organización de la sociedad) está nítidamente establecida por Hayek: "No debemos olvidar que la palabra [democracia] se refiere solamente a un método específico de gobierno. Originalmente significó nada más que un cierto procedimiento para llegar a decisiones

políticas, y no dice nada acerca de cuáles deben ser las metas del gobierno” (III, 16). De hecho, Hayek propone (III,13) utilizar la voz demarquilla (del mismo modo que se habla de monarquía u oligarquía) para designar a la democracia como forma de gobierno, y así no confundirla con medidas concretas llamadas -bien o mal- “democráticas”. Más tarde (en el prefacio al tercer volumen) cambió de idea al respecto, según explica para no distanciarse demasiado del uso común del término.

Pero la diferencia entre ambas realidades permanece, del mismo modo que persiste la distinción, más fundamental todavía, entre «la creación de reglas de conducta universalmente aplicables» (labor que habría que adscribir a la Asamblea legislativa) y «las tareas del gobierno propiamente dichas», que consisten en «actuar sobre materias concretas, en la asignación de medios específicos para propósitos concretos» (que habrá que atribuir al Poder ejecutivo). En cuanto al tercer poder, en el primer volumen Hayek ya había incidido con gran precisión y claridad sobre la naturaleza del poder judicial, así como sobre las características que debe poseer un juez, que tanto recuerda al tratamiento que ha dado García-Trevijano a este mismo asunto en algunas de sus obras (notablemente en la todavía inédita Teoría Pura de la República). En el tercer volumen, Hayek aún tendrá oportunidad de volver sobre el papel determinante que juega este poder, allí donde las normas establecidas por la Asamblea legislativa pueden estar violando lo esencial de la norma suprema.

La separación de poderes es, pues, un elemento central en la exposición de Hayek (aquí cabría interpolar la observación de que Hayek da por supuesta la representación uninominal), cuyo recorrido resulta provechoso rastrear para comprender de cuántos modos distintos pueden llegarse a conclusiones similares, si bien en el caso de Hayek no culminadas, o por lo menos no con el rigor y la exhaustividad de tratamiento que nos ha ofrecido Antonio García-Trevijano. Como veremos en seguida, a pesar del realismo del Hayek y su incuestionable amor por la Libertad política, el tratamiento que ofrece es aún algo vago, o, por mejor decir, no ha alcanzado a descubrir mecanismos constitucionales específicos que puedan asegurar la libertad de un pueblo. Y éste es el paso clave que va de la intuición cierta a la ciencia en sentido estricto.

Para Hayek el problema radica en que la fusión de ambos poderes (ejecutivo y legislativo) «significó necesariamente el fin del principio de que el gobierno debe estar bajo la ley», puesto que, tras la fusión, es el gobierno el que crea la ley. Pero aún queda por decidir qué ley (o leyes) son aquéllas bajo las que debe regirse el Estado; qué mecanismos constitucionales permiten que el poder legislativo o el ejecutivo no imperen sobre el otro. En definitiva, apelar al “imperio de la ley” como motivo supremo no puede constituir más que el primer paso. Hayek demuestra que la adopción de esta perspectiva puede ayudar, y mucho, a la dilucidación del origen de los dos poderes principales. Pero aún restaría determinar cómo los dos poderes van a vigilarse mutuamente, además de tantos otros mecanismos de regulación del circuito político.

Hayek nos emplaza en el camino adecuado cuando nota que en cierto momento histórico «el poder de establecer leyes y el poder gubernamental de emitir direcciones se pusieron en las manos de la misma asamblea» (III,16). Se diría, pues, que se da un proceso progresivo de indistinción entre las funciones de la asamblea legislativa y del gobierno a medida que se pierde de vista el distinto fundamento o principio que los sostiene. El sistema político inglés, que es el que cita más a menudo y el que sin duda tiene más presente, retiene la indistinción del origen cuando elige su gobierno a partir de la cámara de representantes. Y, al inicio del capítulo decimoséptimo, Hayek indica asimismo que también en EUA se concedió al poder legislativo «la facultad de dirigir el gobierno», entendido como «la tarea de dirigir tareas específicas de gobierno a fines específicos». Sea como fuere, Hayek ha vislumbrado el desastre que se sigue de la indistinción, y toda su energía e inteligencia está encaminada a deshacer este nudo.

En su indagación acerca del origen de esta fusión, Hayek encuentra que la división original entre la Casa de los Comunes y la Casa de los Lores en Inglaterra puede sugerir el inicio de una solución al problema. No en tanto, obviamente, que la Cámara Alta representaba tan sólo a la clase privilegiada, sino en tanto que, a partir del siglo XIV, el poder de recaudar impuestos fue transfiriéndose a la Cámara Baja, de tal modo que tanto la creación de leyes como la acción

gubernamental de utilizar tales impuestos se fueron fundiendo en una sola Cámara. Así, pues, Hayek vislumbra que los poderes legislativo y ejecutivo han de volver a separarse para recuperar su verdadera esencia, y para así recuperar (si es que alguna vez la hubo) la libertad. Es más, cuando habla de que la Asamblea encargada de tomar decisiones (ejecutiva) podría con facilidad nombrar un comité para agilizar el proceso (el gobierno), parece insinuarse la idea de que uno y otro poder sean elegidos por el pueblo de forma independiente, pero la idea no se desarrolla con ningún pormenor.

Como mencioné más arriba, la diferencia entre intuición certera y conocimiento científicamente establecido radica en el grado de concreción y amplitud del descubrimiento. Por ello, los exactos mecanismos garantizadores de la libertad, amén de una necesaria incursión en la naturaleza de la libertad de acción colectiva –que en Hayek no aparece ni por asomo–, otorgan a las propuestas de Antonio García-Trevijano un paso transcendental en la Teoría de la Constitución. Entre los mecanismos mencionados figuraría principalmente la posibilidad de que un poder destituya al otro, con la condición de que aquél también se auto-disuelva, convocando de nuevo elecciones generales. Otros tan importantes y tan innovadores como éste se descubrirán en la Teoría Pura de la República, de próxima aparición. Aunque las soluciones institucionales concretas no sean el punto más fuerte de Hayek, algunas de sus propuestas no son en nada desestimables y encajan perfectamente con la teoría elaborada por García-Trevijano, tal como la necesidad de que el poder judicial maneje su propio presupuesto. Existen también algunas diferencias, seguramente más aparentes que reales, como la sugerencia de Hayek de que exista un Tribunal Constitucional separado. Pero a Hayek ni se le pasa por la cabeza otorgar la facultad de elegir tal Tribunal a los partidos o a alguno de los otros dos poderes, de modo que bien podría pensarse que su Tribunal Constitucional sería más bien una comisión especial bajo la autoridad de un Tribunal Supremo independiente del ejecutivo y del legislativo.

En todo caso, creo que es relevante notar lo mucho que existe en común entre ambas propuestas. Y si la advertencia de Hayek en torno “al valor de un modelo de una constitución ideal” (III, 17) resulta algo extraña cuando indica que «mi propósito al presentar tal esbozo no es proponer un esquema constitucional de aplicación inmediata», apostillando que «ciertamente no quiero sugerir que un país con una firme tradición constitucional reemplace su constitución por otra en las líneas que aquí sugiero», no debe leerse tanto pusilanimidad como ausencia de una reflexión acerca de la libertad de acción colectiva, así como de un movimiento ciudadano que la enarbole como su bandera para lograr abrir un proceso constituyente en el que la totalidad de los ciudadanos de un país tengan la oportunidad –que nunca existió en España– de decidir el tipo de Constitución que desean.