

SOBRE EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL DERECHO Y DEL ESTADO

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

SUMARIO

I. Introducción.—II. Sobre las pretendidas contradicciones internas del modo iusnaturalista de legitimación. Insuficiencias metodológicas de un punto de partida. 1. La identificación o confusión del Derecho con la Justicia. 2. La imposición de un concepto absoluto de Justicia. 3. A vueltas con la «falacia naturalista».—III. Algunas precisiones acerca de las relaciones entre legitimidad, legalidad y eficacia del Derecho.—IV. Iusnaturalismo y Estado de Derecho. 1. ¿Derecho natural «versus» democracia? a) La doctrina del Derecho natural y el problema de la mejor forma de gobierno. b) El Derecho natural como límite de la soberanía popular. c) ¿Límites de la soberanía popular e inmovilismo político? d) Hacia una concepción material y ética de la democracia. 2. ¿Derecho natural «versus» Derechos humanos?—V. Sobre la doctrina del «régimen mixto» y la significación real de la democracia. 1. Realidad política y «régimen mixto». 2. Relación entre «régimen mixto» y democracia: La democracia como principio constitutivo del «régimen mixto». 3. Sobre el proceso de creación del Derecho desde los supuestos del «régimen mixto».—VI. A propósito del presunto «dilema» Democracia-Dictadura. Una nota sobre realismo político.—VII. ¿Ciencia o política? Una nota sobre la coherencia del discurso científico.

I. INTRODUCCION

En el horizonte de las preocupaciones intelectuales de un amplio sector de los filósofos españoles del Derecho y del Estado destaca, con especial intensidad —debido en gran parte a las circunstancias tanto pasadas como presentes de la realidad política española—, el interés por el problema de la

legitimación democrática del Derecho y del Estado. En este sentido, y a lo largo aproximadamente de estos veinte últimos años, han sido numerosos los estudios que, desde supuestos epistemológicos e ideologías diferentes, se han venido ocupando del tema. Las páginas de la desaparecida revista *Cuadernos para el Diálogo*, de *Sistema* y de otras publicaciones periódicas son fiel testimonio de ello.

Por lo que se refiere a la *Filosofía española del Derecho y del Estado* en cuanto tal, mención especial merece la II Reunión de Profesores de Filosofía del Derecho, celebradas en Salamanca, en abril de 1976 y bajo el título, «Derecho y soberanía popular» (1).

Esta problemática ha sido cultivada con especial interés y dedicación por el profesor Elías Díaz en múltiples escritos y conferencias (2). Fruto de esa persistente preocupación por el tema y de la profundización en el mismo es el interesante libro que acaba de publicar bajo el título *De la maldad estatal y la soberanía popular* (3).

La lectura de este último libro —en el cual analiza detenida y críticamente un libro mío relacionado con el mismo problema y titulado *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho* (4)— ha suscitado de nuevo en mí el interés por el tema con la finalidad, por ahora, de hacer algunas puntualizaciones y aclaraciones en torno al mismo, tomando como pretexto y punto de partida las reflexiones críticas que el profesor Elías Díaz desarrolla bajo el epígrafe «Las contradicciones internas del modo iusnaturalista de legitimación» (5). Como indico, las presentes puntualizaciones y aclaraciones no se dirigen tanto a hacer «la crítica de la crítica» de la posición de Elías Díaz —su crítica la tomo, repito, como pretexto y punto de partida— cuanto a tomar postura frente a una corriente de la moderna *Filosofía del Derecho y del Estado* —en relación con la cual la posición del profesor Elías Díaz es sólo una manifestación más de la misma— que se caracteriza, entre otras cosas, por el rechazo frontal del Derecho natural —rechazo que en muchos autores (no es este el caso de Elías Díaz) adolece de un conocimiento insuficiente o, simplemente, de una incomprensión de cuanto el Derecho natural y su compleja doctrina han significado y significan

(1) «Derecho y soberanía popular» (Actas de la II Reunión de Profesores de Filosofía del Derecho), en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16, 1976, Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, Granada, 1976.

(2) Véanse, a título de ejemplo, los estudios recogidos en el volumen *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.

(3) Ed. Debate, Madrid, septiembre de 1984.

(4) Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1979.

(5) *De la maldad estatal...*, cit., págs. 95 y sigs.

en la *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*— al que considera como tema propio de unos momentos del proceso de evolución de la humanidad que ya han sido superados o que están en trance de serlo y que, en todo caso, deben ser superados.

Las líneas que siguen, por obvias razones de espacio, sólo pretenden tocar algunos —no todos— de los *topoi* fundamentales de la mencionada dirección de la moderna *Filosofía del Derecho y del Estado*.

II. SOBRE LAS PRETENDIDAS CONTRADICCIONES INTERNAS DEL MODO IUSNATURALISTA DE LEGITIMACION. INSUFICIENCIAS METODOLOGICAS DE UN PUNTO DE PARTIDA

Ese moderno sector de la *Filosofía del Derecho y del Estado* al que nos estamos refiriendo —y del cual la última obra del profesor Elías Díaz constituye una clara y significativa manifestación— parte, a nuestro modo de ver, de unos supuestos inexactos, que hacen que toda la crítica del Derecho natural que desarrolla, de modo ágil y brillante en muchos puntos, se resienta desde su misma raíz. Entiendo que la insuficiencia de su planteamiento arranca de las siguientes premisas que constituyen su punto de partida: 1. «La identificación, que es confusión, del Derecho con la Justicia»; 2. «La imposición de un concepto absoluto de Justicia dotado —al menos en algunas de sus dimensiones consideradas básicas— de validez intemporal y universal»; 3. «El *topos*» de la denominada «falacia naturalista» (6).

Examinemos, una por una, estas cuestiones:

1. *La identificación o confusión del Derecho con la Justicia*

Se trata de una tesis muy difundida (7) que implica una visión simplificadora y, por tanto, inexacta, del complejísimo fenómeno del Derecho natural. Hay que advertir que, del mismo modo que el *Positivismo jurídico* constituye una corriente de pensamiento que, partiendo de unos determinados supuestos epistemológicos, se desarrolla y diversifica en una pluralidad de corrientes bien diferenciadas (: positivismo normativista, positivismo socio-

(6) Cfr. *Ibidem*, págs. 100 y 101.

(7) El profesor Elías Díaz la ha expuesto en repetidas ocasiones. Así, por ejemplo, en *La sociedad entre el Derecho y la Justicia*, Aula Abierta Salvat, Salvat Ed., Barcelona, 1982, pág. 45; *De la maldad estatal...*, cit., págs. 101, 107, 108 y 126.

lógico, positivismo psicológico...) (8), el *Iusnaturalismo* es, si cabe, una corriente de pensamiento más compleja aún, que ha conocido muchos más desarrollos y formulaciones, con base, entre otras cosas, en la diversa significación y sentido de los términos «Naturaleza» y «Derecho» de los cuales depende la idea de Derecho natural y que da lugar a múltiples variantes, como ha puesto de relieve, por ejemplo, Erik Wolf (9).

Desde estos supuestos resulta evidente que no se puede hablar del *Iusnaturalismo* —en cuanto concepción filosófica del Derecho— como si fuese una idea uniforme y monolítica. No existe una única doctrina del Derecho natural sino una pluralidad de doctrinas acerca del mismo. La distinción al respecto entre Derecho natural y teorías iusnaturalistas es una cuestión básica que no puede olvidarse y que aparece claramente esbozada no sólo en monografías especializadas sino en las «manuales» al uso de nuestra disciplina (10).

Hecha esta puntualización puede afirmarse que el denominador común de las doctrinas del Derecho natural no es la identificación o confusión entre Derecho y Justicia, sino la afirmación de un objetivismo ético (Ley natural), independiente del conocimiento y de la voluntad del hombre, al cual debe ajustarse el Derecho positivo. La referencia, el ajustamiento del Derecho positivo al Derecho natural, a la idea de Justicia, es un problema que no tiene la misma significación y alcance en todos los autores. A este respecto hay que advertir:

a) Que en San Agustín (11), Santo Tomás (12) y otros tratadistas la exigencia de subordinación de la Ley positiva a la Ley natural parece presentarse con un carácter absoluto debido a que ellos son fundamentalmente teólogos y se muestran más preocupados por el *aspecto moral del problema*

(8) Cfr. KARL LARENZ, *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. Galán y Gutiérrez y A. Truyol y Serra, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pág. 37; FELIPE GONZÁLEZ VICEN, «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea» y «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, págs. 47 y sigs., y 171 y sigs.

(9) *Das Problem der Naturrechtslehre, Versucht einer Orientierung*. 2 erweiterte Aufl. Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959. Hay trad. esp. de MANUEL ENTENZA, *El problema del Derecho natural*, Ed. Ariel, Barcelona, 1960.

(10) Véase al respecto, por ejemplo, ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *Fundamentos de Derecho natural*, F. Seix Editor, Barcelona, 1954, págs. 12 y sigs.

(11) «Una ley que no es justa no es una ley». *De libero arbitrio*, lib. I.

(12) «... las demás leyes establecidas por los hombres, en tanto tendrán razón de leyes en cuanto procedan y emanen de la Ley natural; hasta tal punto que en aquello en que se separan de la Ley natural, dejan de ser leyes para convertirse en corrupción de la Ley», *Summa Theologica*, I-II, q. 95, a.2.

(el de la obligatoriedad en conciencia de la Ley injusta) que por el *aspecto específicamente técnico-jurídico* (problema de la validez dogmática de la Ley injusta), que aparece, en todo caso, en un segundo plano.

b) Que la adecuación del Derecho positivo a las exigencias de la Justicia, al Derecho natural, no puede plantearse con la pretensión de ser absoluta por la naturaleza misma del Derecho natural, en relación con el cual la doctrina más autorizada puso de relieve, desde el primer momento, una serie de cuestiones que hacen imposible la exigencia de que el ajustamiento del Derecho positivo al Derecho natural pueda plantearse con un carácter absoluto. Entre esas cuestiones a las que aludimos, y que aparecen puestas de manifiesto en cualquier «manual» de la disciplina, cabe destacar:

— El reconocimiento de los diferentes grados de evidencia de los preceptos del Derecho natural.

— En conexión íntima con ello, el problema de la posibilidad de la ignorancia y del error en el conocimiento de los contenidos del Derecho natural.

— El problema de la inmutabilidad y de la mutabilidad de los preceptos del Derecho natural.

— Las vías de derivación del Derecho positivo a partir del Derecho natural (vías de «conclusión» y de «determinación próxima»). Esta última es la más utilizada y, al mismo tiempo, la menos segura, toda vez que en ella interviene no el *razonamiento analítico (apodictico)*, cuyo objeto es la demostración, sino un juicio prudencial y el *razonamiento retórico-dialéctico*, cuyo objeto es la persuasión (13).

— El planteamiento por la doctrina tradicional del Derecho natural del problema de la «ley injusta» y la necesidad de la obediencia a la misma —salvo en casos de extrema gravedad o injusticia— para salvaguardar el orden de la vida social (14).

A mi modo de ver la clave del problema reside, como advierte Verdross (15), en la diferente significación y sentido con que, en cada contexto,

(13) Cfr. mi artículo «Sobre el proceso de positivación de los Derechos humanos», en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 11, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, págs. 339 y siguientes.

(14) Cfr. SANTO TOMÁS, I-II, q. 96.a.4. Una exposición de dicha doctrina —que no transcribimos por falta de espacio— puede verse en: ETIENNE GILSON, *Santo Tomás de Aquino*, trad. esp. de Nicolás González Ruiz, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, págs. 278 y 279; ENRIQUE ROMMEN, *Derecho natural. Historia-Doctrina*, trad. esp. de Héctor González Uribe, Ed. Jus, México, 1950, págs. 162, 163, 208 y 209; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, pág. 35.

(15) *La filosofía del Derecho del mundo occidental. Visión jurídica de sus fun-*

se utiliza la voz «validez», origen de numerosos malentendidos. En este sentido una ley injusta puede carecer de «validez ética» (legitimidad), pero no de «validez dogmática» (legalidad) (16). Verdross —que es iusnaturalista— lo explica con claridad cuando dice: «*El Derecho natural está necesariamente referido al Derecho positivo y éste a aquél; solamente en su unión se da el Derecho concreto de cada comunidad.* La conclusión que antecede no ha de interpretarse en el sentido de que todas las normas del Derecho positivo son éticamente obligatorias; pueden no serlo si contradicen claramente al Derecho natural. En cambio, las faltas leves del Derecho positivo no deben ser tenidas en consideración, porque de otra manera no sería posible la realización de la finalidad última de la comunidad, que es conseguir el orden y la paz en las relaciones entre los hombres. La resistencia pasiva en contra de aquellas leyes que no contradigan claramente al Derecho natural sólo es admisible si la resistencia no daña al orden público de la comunidad» (17).

Mi posición personal al respecto, en cuanto iusnaturalista, no supone, sin más, una identificación entre Derecho y Justicia. Yo entiendo —y así lo he puesto de relieve en varios escritos (18)—:

— Que el Derecho, en cuanto obra humana, ha contenido y contendrá siempre imperfecciones, injusticias. Un Derecho justo, de un modo absoluto, ni ha existido ni existirá jamás; es algo utópico.

— Que el Derecho tiene como función perfeccionar ética y técnicamente el orden de la vida social, de acuerdo con las exigencias de la Justicia y de la Seguridad jurídica, que constituyen sus fines específicos. El Derecho debe,

damentos y principales problemas, trad. esp. de Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, pág. 391.

(16) Ese es el sentido de algunos pasajes de mi libro que el profesor Elías Díaz, debido quizás al malentendido que apunta Verdross, critica. Cfr. ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal...*, cit., págs. 107 y 108. La distinción entre «validez ética» (legitimidad) y «validez dogmática» (legalidad) aparece claramente esbozada en mi libro en numerosos pasajes. Cfr. *Razones y límites de la legitimación...*, págs. 91 a 93, 99 y 100.

(17) *Op. cit.*, págs. 393 y 394. El problema de la validez de la ley injusta, desde la perspectiva iusnaturalista, ha sido planteado con lucidez y precisión por el profesor Francisco Puy Muñoz. Por razones de espacio no podemos aquí, dada la amplitud de su exposición, reproducir su texto, pero a él remitimos al lector. Cfr. FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho natural*, tomo I «Introducción a la Ciencia del Derecho natural», 3.ª edición, Ed. Dirosa, Barcelona, 1974, págs. 353 a 357.

(18) Cfr. por ejemplo —aparte del libro sometido a crítica por el profesor Elías Díaz— mis libros: *Conflicto social, Derecho y proceso (Una introducción filosófica al estudio del proceso)*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1980, páginas 59 y sigs., 63 y sigs.; *Supuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración del trabajo*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1980, págs. 19 y sigs., 63 y sigs., 81 y sigs.

pues, aspirar a realizar en la vida social, y en la medida mayor posible, las exigencias de la Justicia y de la Seguridad jurídica.

— Que, desde un punto de vista ético, será la prudencia jurídica y política, a la vista del grado de Justicia y de Seguridad que un determinado Derecho realice, quien aconsejara la obediencia al mismo o la resistencia en sus diversas modalidades.

— Que, en cualquier caso, la determinación de si una norma constituye Derecho formalmente válido es algo que no depende del juicio prudencial particular de cada individuo sino —ello es una exigencia de la Seguridad jurídica— del dictamen de un órgano *ad hoc* (Tribunal Constitucional, Senado, Consejo de Estado, etc.), que debe pronunciarse acerca de su «corrección formal» (*validez dogmática*) y de su «justicia material» (*legitimidad o validez ética*).

2. La imposición de un concepto absoluto de Justicia

La corriente crítica del iusnaturalismo de la que venimos ocupándonos se caracteriza, en segundo lugar, por atribuir al mismo la imposición de un concepto absoluto de Justicia (19).

En relación con dicha imputación creo que el rigor científico exige hacer unas mínimas puntualizaciones, en el siguiente sentido:

a) Una concepción dogmática y absolutista de la Justicia pudo tener su sede lógica en el ámbito de la doctrina del Derecho natural racionalista, en virtud de los supuestos y de los métodos (*mos geometricus*) que aplicó. Así sucedió, por ejemplo, en la teoría de la Justicia de Leibniz, para quien la Justicia era una categoría racional permanente, una verdad necesaria de razón de la cual podían extraerse consecuencias seguras mediante razonamientos lógicos (20).

b) Esa concepción dogmática y absolutista de la Justicia en modo alguno se corresponde con la doctrina del Derecho natural tradicional que, desde un principio, se planteó los problemas relativos al diferente grado de evidencia, de mutabilidad y de necesidad o contingencia de sus preceptos, etc., a los cuales ya nos hemos referido. Esta doctrina del Derecho natural parte, sí, de la afirmación de un objetivismo axiológico —dentro del cual se encuentra el valor de la Justicia— cuya existencia y validez es independiente del

(19) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *La sociedad entre el Derecho y la Justicia*, cit., pág. 49; *De la maldad estatal...*, cit., págs. 101, 102 y 126.

(20) Dutens, «Opera Leibniti», IV, 3.

«conocimiento y de la voluntad del hombre, y en relación con el cual hay que hacer las siguientes precisiones:

Primera: Respecto de la determinación y concreción de lo justo esta doctrina del Derecho natural siempre sostuvo que ello era una cuestión «problemática» que no puede ser objeto de ciencia (*epistème*) sino de mera opinión (*doxa*), postulando coherentemente con ello, no el método del «razonamiento analítico» (apodíctico), cuyo objeto, como sabemos, es la demostración —y que sería el método adecuado para una concepción dogmática y absolutista de la Justicia—, sino el razonamiento retórico-dialéctico, cuya finalidad es la persuasión (21).

Segunda: Que los contenidos y las exigencias de ese valor objetivo que es la Justicia no se hacen patentes al hombre de una sola vez y de un modo total sino «progresivamente» en el curso de la Historia —frecuentemente con ocasión de «situaciones límite» donde la Justicia es violada— y, en todo caso, en función del «horizonte histórico-cultural», variable en cada momento, desde el cual el hombre comprende y conoce, como han puesto de relieve los más modernos planteamientos de la filosofía hermeneútica (22).

Coherentemente con esta concepción del proceso de conocimiento y concreción de la Justicia por parte del hombre [—concepción que coincide plenamente con la idea de Elías Díaz de la Justicia «como proceso siempre inacabado y abierto en el tiempo...» (23)—] debo hacer constar que en mis estudios de Derecho natural —casi todos ellos relativos a los Derechos naturales del hombre o Derechos humanos— he mantenido siempre la actitud cautelosa y prudente —nada dogmática ni absolutista— que la naturaleza del tema exigía, pues la vía de concreción de los contenidos y de los límites de dichos Derechos no es la «derivación lógica» sino la «determinación próxima», cuyas conclusiones —carentes de necesidad lógica— son siempre problemáticas.

Cuanto digo aquí puede comprobarse en los trabajos que he dedicado al estudio de los siguientes Derechos humanos:

El derecho a la objeción de conciencia (24).

El derecho al trabajo (25).

(21) Cfr. mi artículo «Sobre el proceso de positivación...», cit., págs. 338 y sigs.

(22) En este sentido, cfr. *ibídem*, el capítulo IV de dicho artículo titulado «El proceso hermeneútico de la comprensión y de la positivación de los Derechos humanos», págs. 321 y sigs.

(23) *De la maldad estatal...*, cit., pág. 102.

(24) «La objeción de conciencia», en *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*, vol. XXV, curso 1966-67.

(25) «Trabajo y Derecho natural», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 12, fasc. 2, Universidad de Granada, 1972.

El derecho a la justa remuneración del trabajo (26).

El derecho a la educación (27).

El proceso de positivación de los derechos humanos (28).

Los derechos del hombre en relación con los problemas de la guerra y de la paz (29).

3. A vueltas con la «falacia naturalista»

Una de las críticas que se dirigen por muchos autores, desde Hume, contra la Ética y el Derecho natural con el fin de desmontarlas desde la base misma de sus supuestos epistemológicos —puesto que para la doctrina iusnaturalista el Derecho natural se fundamenta en la naturaleza humana— es el de la falacia (30) que implica la pretensión de derivar el «deber ser» del «ser», toda vez que ninguna conclusión imperativa puede ser válidamente deducida de una serie de premisas que no contengan, al menos, un imperativo (31).

A nuestro modo de ver, y frente a la objeción de la denominada «falacia naturalista», en el conocimiento de los principios del Derecho natural no hay, en rigor, una deducción del «deber ser» a partir del «ser» sino solamente —en virtud de un complejo proceso de la «razón práctica»— la intuición, el descubrimiento de unos principios normativos, cuyo grado de evidencia es variable, que tiene lugar con ocasión del conocimiento y la reflexión sobre la naturaleza social del hombre. El conocimiento del «ser» es sólo la condición necesaria que permite el acceso de la razón al descubrimiento del «deber ser», de modo análogo a como la visión de una imagen o la lectura de un texto suscitan en la razón ideas, pensamientos, que nada

(26) *Supuestos filosófico-jurídicos de la justa remuneración del trabajo*, cit.

(27) «Algunos aspectos y problemas del derecho a la educación», en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, diciembre 1978), Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1981.

(28) *Op. cit.*

(29) «Reflexiones sobre el problema de la guerra y de la paz internacional», pendiente de publicación en el *Anuario de Filosofía del Derecho*.

(30) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal...*, cit., pág. 100.

(31) La objeción de HUME puede verse en su *Tratado de la naturaleza humana*, lib. III («De la moral»), parte I, cap. I. Sobre el problema de la «falacia naturalista», cfr. GAETANO CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica (La derivazione del dover essere dall'essere)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1969, en especial págs. 75 y sigs.; W. K. FRANKENA, «The naturalistic fallacy», en *Mind*, vol. XLVIII, 1939, página 467.

tienen que ver con lo visto o con lo leído, y que, aun estando relacionadas con ello, no puede decirse, en rigor, que la razón las haya deducido de la imagen vista o del texto leído.

La clave para explicar este proceso desde el punto de vista de la doctrina tradicional residiría en la distinción, establecida ya por San Alberto y Santo Tomás, entre *materia y forma del Derecho natural*, respecto de la cual resulta básico, por su claridad y precisión, el siguiente texto de Francisco Suárez: «La naturaleza racional considerada en sí misma, en cuanto tal, es una esencia y ni manda nada, ni manifiesta la honestidad o malicia, ni dirige o ilumina, ni tiene ningún otro efecto propio de ley (... Pero en dicha naturaleza racional, añade Suárez, hay que distinguir dos cosas:) una, es la *naturaleza misma*, en cuanto que es como fundamento de la conveniencia o inconveniencia respecto a ella de las acciones humanas; otra, es una *cierta fuerza que hay en esa naturaleza* para discernir entre las operaciones convenientes e inconvenientes con esa naturaleza, a la cual llamamos razón natural (... En relación con lo cual concluye Suárez diciendo que sólo de este segundo modo) se la considera como la Ley natural que manda o prohíbe a la voluntad humana lo que hay que hacer por Derecho natural» (32).

III. ALGUNAS PRECISIONES ACERCA DE LAS RELACIONES ENTRE LEGITIMIDAD, LEGALIDAD Y EFICACIA DEL DERECHO

El Iusnaturalismo, como ya hemos indicado, no implica la identificación entre Derecho y Justicia y, con ello, no supone tampoco la confusión entre legalidad y legitimidad, como parece entender el profesor Elías Díaz (33). Lejos de ello, la teoría iusnaturalista, partiendo de la distinción entre legitimidad, legalidad y eficacia como dimensiones ontológicas, constitutivas, del Derecho llega a un análisis más profundo del fenómeno jurídico que el realizado por la teoría positivista al poner de relieve, no sólo las diferentes dimensiones constitutivas del derecho sino también las interconexiones —que no confusiones—, las relaciones sinérgicas existentes entre las mismas. Esto, y no otra cosa, es lo que hago, en mi debatido libro sobre la legitimación democrática del Derecho al escribir (cito sólo los textos indispensables para no romper la coherencia del discurso): «Interesa observar (...) que la Justicia o legitimidad, la validez dogmática y la eficacia, en cuanto dimensio-

(32) *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, lib. II, cap. 5, núms. 5 y 7.

(33) Cfr. *De la maldad estatal...*, cit., págs. 107 y 108, en especial nota 22.

nes ontológicas del Derecho, no parece que puedan ser tan independientes entre sí como piensa Bobbio. De modo más o menos mediato, esas dimensiones de la realidad jurídica aparecen relacionándose y condicionándose recíprocamente (...).

A este respecto hay que observar:

Primero: *La eficacia de la norma jurídica depende de su Justicia*. Aunque la norma jurídica pueda ser eficaz sin ser justa, la norma alcanzará el momento de la eficacia de modo más fácil y pleno si su contenido está de acuerdo con las exigencias de la Justicia que forman parte del *ethos* social vigente en el grupo humano cuya vida trata de ordenar el Derecho, ya que la estabilidad, el orden y la paz social —y con ellos la eficacia del Derecho, al margen de los cuales no puede concebirse— dependen en gran medida del valor de la Justicia (*pax opus iustitiae*) (...).

Segundo: *La validez de la norma jurídica depende de su eficacia*. Así lo entiende, por ejemplo, Kelsen. Para él, de acuerdo con el principio de legalidad, 'las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución (...). La validez de una norma aislada —afirma Kelsen— se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico'. Sin embargo, observa Kelsen —violentando incluso los supuestos metódicos de los que parte y a los que de modo riguroso se pliega y pretende permanecer fiel—, '*este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto*'. Ello significa, explica Kelsen, que '*para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden... Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del Derecho —puntualiza Kelsen— verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz*'.

En relación con las normas, aisladamente consideradas, Helmut Coing va más allá de Kelsen al afirmar que la validez dogmática de la norma jurídica depende, en gran medida, de su eficacia (...).

Tercero: *La validez de la norma jurídica depende de su Justicia*. Con ello quiere decirse que si la validez dogmática de la norma depende, en gran medida, como hemos visto, de su eficacia, sin embargo, el fundamento último de su validez no puede encontrarse en la eficacia de la norma sino en su Justicia, en su legitimidad.

La validez de la norma se fundamenta, tanto mediata como inmediatamente, en la Justicia. Mediata e indirectamente porque, como hemos visto ya, la eficacia depende de la Justicia y la validez, a su vez, depende de la eficacia. De modo inmediato o directo, porque la norma jurídica se presenta a sus destinatarios, no como un mandato arbitrario o caprichoso sino como una pretensión de validez racionalmente fundada en la Justicia intrínseca de su contenido y en consideraciones de oportunidad, extremos estos que el legislador suele dejar reflejados en la exposición de motivos de la norma. La norma se presenta como justa y oportuna, y, por ello mismo, dotada de validez dogmática; la norma se presenta, en definitiva, como una pretensión u orden de validez racionalmente fundada, que reclama obediencia» (34).

IV. IUSNATURALISMO Y ESTADO DE DERECHO

La democracia se configura como el supremo principio de legitimación del poder en cuanto que es —con la significación y alcance que luego veremos al ocuparnos del «régimen mixto»— el sistema más adecuado a la condición racional y libre del hombre; es el principio en virtud del cual el poder que unos hombres ejercen sobre otros se constituye en auténtica *autoridad* (35). La democracia, así concebida, se articula orgánicamente, en la modernidad, en lo que se denomina *Estado de Derecho*, cuyas notas constitutivas, como es sabido, son:

- La división de poderes.
- El imperio de la ley o «principio de legalidad», en el ejercicio de los diferentes poderes del Estado.
- El control, por parte de los ciudadanos, del ejercicio del poder estatal.
- El reconocimiento y protección de los Derechos humanos.

Desde estos supuestos deben plantearse las relaciones entre iusnaturalismo y Estado de Derecho y, concretamente, abordar el tema de las relaciones existentes, de un lado, entre Derecho natural y democracia y, de otro lado, entre Derecho natural y Derechos humanos, dado que, en alguna ocasión, dichos términos se han planteado en un sentido excluyente.

(34) *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 103 y sigs. En dichas páginas aparece citada la bibliografía fundamental al respecto.

(35) Cfr. *ibidem*, págs. 13 y 14.

1. *¿Derecho natural «versus» Democracia?*

¿Existe contradicción o antagonismo entre iusnaturalismo y democracia? La pregunta me la sugiere la lectura de determinados párrafos de la interesante obra de Elías Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular* (36).

Creo que, a este respecto, conviene hacer las siguientes puntualizaciones:

a) *La doctrina del Derecho natural y el problema de la mejor forma de gobierno*

En relación con el problema de la mejor forma de gobierno la doctrina del Derecho natural adopta una posición flexible y realista, postulando simplemente:

a) Que el Estado y el poder han de tener siempre como último fin —y en función de ello se legitiman— el bien común de la sociedad, el cual exige, entre otras cosas, la participación de los ciudadanos en las tareas públicas, de acuerdo con las circunstancias y posibilidades de cada sociedad en particular (37). Esta exigencia pertenecería al plano de los *prima principia*.

b) Respecto del problema de la concreta forma de gobierno que debe asumir una comunidad política la doctrina del Derecho natural no mantiene ningún principio absoluto, dogmático, sino que —por tratarse de una cuestión de «determinación próxima», de un «principio secundario»— adopta una actitud abierta, flexible y realista, en función de las diferentes circunstancias de tiempo, lugar, etc. (38).

Desde estos supuestos —que constituyen un lugar común de la tradición filosófico-política del mundo occidental, desde Aristóteles hasta nuestros días—, debe entenderse mi afirmación —que parece sorprender al profesor Elías Díaz (39)— de que «el régimen de democracia parlamentaria (...) no es, de forma absoluta e incondicionada, el mejor de los regímenes políticos» (40).

(36) Cit. en especial págs. 99 a 101, 104, 105, 125 y 129.

(37) Cfr. JUAN XXIII, *Pacem in terris*, núms. 73 y 74.

(38) *Ibidem*, núm. 73.

(39) *De la maldad estatal...*, cit., págs. 118 y 119.

(40) *Razones y límites de la legitimación...*, cit., pág. 75.

b) *El Derecho natural como límite de la soberanía popular*

La doctrina del Derecho natural implica, como ya hemos indicado, la existencia de un objetivismo axiológico, ético, que, en cualquier caso, constituye un límite lógico a la voluntad tanto individual como colectiva del hombre.

Partiendo de este supuesto, y de modo coherente con él, entiendo:

a) Que la democracia, por la libertad, el pluralismo y el diálogo que ella implica, constituye «el sistema y el método más adecuado para la búsqueda y elaboración del derecho justo» (41).

b) Que ello no significa que lo justo sea siempre, y de modo necesario, lo que en cada momento decida la mayoría, toda vez que la democracia legitima a *quien* manda, pero no necesariamente —al admitir un objetivismo ético independiente del conocimiento y de la voluntad del hombre— lo que en cada momento puede mandarse (42).

¿Existe contradicción entre estas afirmaciones? A mi modo de ver —y en esto lamento disentir de la autorizada opinión del profesor Elías Díaz (43)— no existe contradicción alguna en afirmar, por un lado (cuando se está hablando de las «razones» de la democracia) que la democracia constituye el método más adecuado para la búsqueda y elaboración del derecho justo, y decir, por otro lado (cuando se están estudiando los «límites» de la democracia, en un capítulo independiente), que la democracia legitima a *quien* manda, pero no, necesariamente y en todo caso, lo que se manda. Decir que existen «contradicciones internas» en «el modo de legitimación iusnaturalista» porque junto a las «razones» de la democracia se estudia las «limitaciones» de la misma, sería tanto como decir que la farmacología, por ejemplo, es una ciencia plagada de contradicciones puesto que junto a las «indicaciones» de los diferentes fármacos estudia también las «contraindicaciones» de los mismos. Las aparentes —no reales— contradicciones aparecen si mezclamos los contenidos de las «indicaciones» con los de las «contraindicaciones» y, en nuestro caso concreto, cuando extrapolamos textos relativos al capítulo de las «razones» de la democracia al propio de los «límites» de la misma.

(41) *Ibidem*, pág. 56.

(42) Cfr. *ibidem*, págs. 59, 89 a 93 y 98 a 100; ARTHUR FRIDROLIN UTZ, *Ética social*, tomo II, «Filosofía del Derecho», trad. esp. de Alejandro Ros, Ed. Herder, Barcelona, 1965, pág. 141.

(43) Cfr. *De la maldad estatal...*, cit., en especial págs. 99 a 105.

c) *¿Límites de la soberanía popular e inmovilismo político?*

Una de las críticas más frecuentes que suelen dirigirse contra el Derecho natural es la de que éste desemboca, en su aplicación práctica, en posiciones conservadoras o inmovilistas (44).

Frente a esta difundida tesis hay que recordar que la sociología del Derecho natural ha puesto suficientemente de manifiesto que las diversas teorías iusnaturalistas han operado en la historia, y pueden seguir haciéndolo, como ideologías de signo conservador, unas veces, y como ideologías de signo revolucionario («utópico», en la terminología de Mannheim), otras (45).

Desde estos supuestos siempre he pensado que, aunque la revolución deba llevarse a cabo siempre que sea justa y necesaria, lo preferible es que el orden jurídico-político sea lo suficientemente flexible para que, sin rupturas, pueda ir adaptándose continuamente —no hay, pues, inmovilismo— a las exigencias de cada momento y lugar, de acuerdo con las enseñanzas de la mejor tradición de la jurisprudencia romana y anglosajona, cara al establecimiento de un orden justo, estable y seguro que es la finalidad fundamental del derecho, y soslayando el riesgo, la tentación, de vivir en una «revolución permanente» a la que se ve abocada, tarde o temprano, una concepción ilimitada de la soberanía popular (46).

d) *Hacia una concepción material y ética de la democracia*

La configuración del Derecho natural como un límite de la soberanía popular —lejos de constituir «una ilegítima limitación de las mejores potencialidades democráticas» (47)— supone el reenquiciamiento y la reducción a sus justos términos de la democracia en cuanto que, como consecuencias lógicas, implica:

a) La necesidad de superar la concepción puramente *formal y técnica de la democracia*, que es el resultado de un proceso de degradación de la idea misma de democracia, y en virtud del cual la democracia queda reducida a una técnica de organización del poder; a un mero procedimiento de selección y designación de gobernantes; en definitiva, a los procedimientos específicos a través de los cuales se expresa la voluntad popular (:sufragio universal, concurrencia y representación de partidos, reconocimiento e ins-

(44) Cfr. *ibidem*, págs. 113 y 125.

(45) Cfr. ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, págs. 38 y sigs.; JOSÉ CORTS GRAU, *Curso de Derecho natural*, 3.ª ed., Ed. Nacional, Madrid, 1964, pág. 258.

(46) Estas ideas aparecen ampliamente desarrolladas en mi libro *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 82 y sigs.

(47) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal...*, cit., págs. 104 y 105.

titucionalización de la oposición, gobierno de la mayoría...) todo lo cual, por sí solo, no garantiza necesariamente la libertad, ni el respeto a los demás Derechos humanos (ejemplo: problemas de legalización del aborto, de la droga, de la eutanasia...; problemas de las amnistías, indultos y excarcelaciones de delincuentes comunes por razones no de justicia sino de puro oportunismo político, etc.) (48).

b) La necesidad de recuperar una *concepción material y ética de la democracia* asentada y enraizada fundamentalmente sobre el reconocimiento y la protección de la dignidad, de la libertad, de la igualdad y de los demás Derechos del hombre, y en relación con todo lo cual —con tales principios ético-materiales— constituye un mero corolario, una mera consecuencia de dichos principios, la idea de que la voluntad mayoritaria del pueblo se configura como la fuente de legitimación de toda decisión política y jurídica (49). Ahora bien —y no se olvide esto—, dicha fuente de legitimación popular, lejos de ser absoluta, encuentra su límite lógico en los principios ético-materiales en los cuales se enraiza y fundamenta y de los cuales es un mero corolario o consecuencia.

2. *¿Derecho natural «versus» Derechos humanos?*

Partiendo del supuesto de que el reconocimiento y la protección de los Derechos humanos constituye una exigencia del Estado de Derecho, se plantea el problema de si —como parece pretender cierto sector de la filosofía del Derecho— las categorías Derecho natural y Derechos humanos son categorías excluyentes. El tema merece —aunque sea breve— una reflexión por nuestra parte.

Durante la Antigüedad y la Edad Media la doctrina del Derecho natural constituyó, fundamentalmente, en virtud de los supuestos de los que partía, una filosofía de la ley, haciendo de la Ley natural, en cuanto «participación de la Ley eterna en la criatura racional», el centro de sus reflexiones.

Cuando la concepción teocéntrica del Medioevo es desplazada por la concepción antropocéntrica del Renacimiento, con el que se inicia la Edad Moderna, se establecen los supuestos sobre los que se construirán los nuevos sistemas de la filosofía jurídico-política; una nueva concepción del Derecho natural. Desde dichos supuestos, al constituir el individuo abstracto, aislado, el punto de partida de la reflexión jurídico-política, la investigación iusnatu-

(48) Cfr. mi libro *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 27 a 29. Véanse también las págs. 24 y sigs.

(49) Cfr. *ibidem*, págs. 24 y sigs.

ralista coloca en el primer plano de sus preocupaciones el problema del *suum*, de lo que, por naturaleza, corresponde a cada individuo como *suyo*, como su derecho, que es ahora entendido como *Derecho natural subjetivo* (suma de pretensiones, competencias, reivindicaciones, privilegios), en su sentido *primario* —esto es, no derivado, ni fundado en las reglas del Derecho objetivo—. «La esencia del Derecho natural en este sentido —dice Erik Wolf— está entonces constituida por los derechos *innatos* (*iura connata*) —a diferencia de los «adquiridos» (*iura acquisita*)— los cuales —referentes a la vida, al cuerpo, a la libertad, al trabajo o a la educación— forman un equipo o instrumental dado por la naturaleza a todo hombre *antes* de toda acción jurídico-positiva, previamente a toda pertenencia estatal o estamental» (50).

La moderna doctrina del Derecho natural racionalista al hacer de los Derechos naturales del individuo —que son calificados también de «originales», «innatos», «fundamentales», etc.— la primera realidad jurídica desplaza a un segundo plano la teoría de la Ley natural (51), configurándose ya, no como «una teoría del Derecho objetivo (Ley natural), sino como una teoría de los Derechos subjetivos» (52) (Derechos naturales subjetivos) (53).

Como hemos visto la doctrina del Derecho natural adopta una significación predominantemente objetiva (teoría de la Ley: trilogía de la Ley) o subjetiva (teoría de los Derechos naturales subjetivos), en función de los supuestos de los que parte la reflexión filosófica acerca de lo justo natural. Debemos aclarar al respecto que una significación no excluye la otra, antes bien, ambas significaciones, como las dos caras de una misma moneda, son solidarias entre sí, integrándose y complementándose recíprocamente.

Pero, al constituirse la preocupación por los Derechos del hombre en el núcleo del Iusnaturalismo moderno (54), se pretende hacer de la *Teoría de los Derechos humanos* (en la que se ve una disciplina nueva y progresista) —y que en rigor no es más que una parte o capítulo de la doctrina del Derecho natural— una disciplina que desplace y sustituya a la *Teoría del Derecho natural*, a la cual se presenta como una disciplina vieja (lo cual es cierto) y reaccionaria (ello ya no es del todo exacto), olvidando, en todo caso,

(50) ERIK WOLF, *op. cit.*, trad. esp., pág. 169. Cfr. las págs. 168 a 170.

(51) ENRIQUE ROMMEN, *op. cit.*, págs. 155, 188 y sigs.

(52) ALESSANDRO PASSERIN D'ENTREVÉS, *Derecho natural*, trad. esp. de Mariano Hurtado Bautista, Ed. Aguilar, Madrid, 1972, pág. 75.

(53) Cfr. ERIK WOLF, *op. cit.*, págs. 168 y sigs.

(54) Cfr. HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Juan Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, pág. 180.

que una idea o doctrina, por el hecho de ser nueva no implica necesariamente que haya de ser verdadera, del mismo modo que una idea o doctrina, por el hecho de ser vieja no tiene que ser necesariamente falsa.

Esa pretensión de desterrar el Derecho natural del ámbito de la Filosofía jurídica sustituyéndolo por una doctrina de los Derechos humanos ha llegado hasta el extremo de presentar a la teoría del Derecho natural como una disciplina que, desde el punto de vista histórico, ha sido contraria al reconocimiento, respeto y protección de los Derechos humanos. En este sentido se argumenta falazmente —con total olvido de las exigencias más elementales de la hermeneútica y de la crítica históricas, así como del carácter inseguro y contingente que la doctrina tradicional atribuyó siempre a las conclusiones remotas del Derecho natural— que grandes maestros del Derecho natural (cuya doctrina exige ser comprendida y valorada desde el específico horizonte histórico-cultural de su época) admitieron, en su época, como legítimas, instituciones y prácticas (esclavitud, tortura, pena de muerte, etc.) que al hombre actual (desde el nivel de un horizonte histórico-cultural distinto y renovado) se le presentan como flagrantes violaciones de los Derechos del hombre.

A la vista de cuanto antecede me parece necesario hacer las siguientes puntualizaciones:

a) Aunque las formulaciones más completas y solemnes de los Derechos del hombre hayan tenido lugar desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días, la idea de dichos Derechos (en especial los referentes a la vida, a la dignidad, al honor, a la libertad, a la igualdad...) no fue extraña al mundo antiguo, ni al medieval, ni a los primeros tiempos de la Edad Moderna (55).

b) Que las deficiencias, limitaciones y errores en que el Iusnaturalismo tradicional pudo incurrir en relación con el conocimiento y formulación de los Derechos naturales del hombre es algo que en modo alguno puede probar, de modo suficiente, que la problemática de dichos derechos en general fuese ajena al mismo.

El Iusnaturalismo tradicional distinguió con claridad, como dos cuestiones completamente diferentes, la existencia de la Ley natural, por un lado, y su conocimiento por parte del hombre, de otro lado, siendo consciente de que el proceso del conocimiento de los preceptos de la Ley natural (preceptos secundarios) se realiza progresivamente en el curso de la historia, estan-

(55) Cfr. ERIK WOLF, *op. cit.*, págs. 169 y 170; ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, página 380. Véase la bibliografía citada en las notas 37 y 38. JESÚS GARCÍA LÓPEZ, *Los Derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1979.

do expuesto a los peligros de la ignorancia y del error (56). Pues bien, esta observación es válida también en relación con el problema del conocimiento y la consiguiente formulación de los Derechos naturales del hombre (57).

c) Que la idea de los Derechos humanos sólo alcanza su pleno sentido y su más sólida y profunda fundamentación desde los supuestos del Iusnaturalismo. En este sentido hay que subrayar:

Primero: Que la actual pretensión de elaborar una doctrina de los Derechos humanos al margen y, en algunos casos, en contra incluso de cuanto ha significado y significa el Derecho natural, deja a dicha doctrina con las raíces al aire, sin ninguna fundamentación sólida, y expone la realización práctica de los derechos, por ella invocados, a toda suerte de riesgos, de abusos y de contradicciones (58).

Segundo: Que la idea de los Derechos humanos, lejos de ser incompatible con la doctrina de la Ley natural, encuentra en ella su fundamentación más coherente, sólida y legítima (59).

Hay que advertir que esta posición no es propia, exclusivamente, del Iusnaturalismo tradicional. También el Iusnaturalismo racionalista reconoció en algún momento, explícitamente, la función fundamentadora de la Ley natural respecto de los Derechos naturales del hombre (60).

d) La fundamentación de los Derechos del hombre en la Ley natural y su consiguiente configuración como Derechos naturales, en sentido subjetivo —esa nos parece su denominación más adecuada y legítima—, que constituyen, por su naturaleza, auténticos «principios de Derecho natural» (61) nos permite:

Primero: Desmontar, en su misma base, la moderna pretensión de sustituir, dentro de la temática propia de la Filosofía del Derecho, la teoría del Derecho natural por una teoría de los Derechos humanos, presentando al Derecho natural y a los Derechos humanos como doctrinas recíprocamente excluyentes.

Segundo: Afirmar la plena coherencia y compatibilidad existentes entre

(56) SANTO TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 94, a. b.; FRANCISCO SUÁREZ, *Tractatus de Legibus...*, lib. II, cap. 8, núm. 7.

(57) Cfr. ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, págs. 381 y 382.

(58) Cfr. JACQUES MARITAIN, *Los derechos del hombre y la Ley natural*, trad. esp. de Héctor F. Miri, Ed. La Pléyade, Buenos Aires, 1972, págs. 71 y 72.

(59) Cfr. *ibidem*, pág. 71; ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, págs. 376, 377 y 379; ANTONIO TRUYOL Y SERRA, *op. cit.*, págs. 7 y sigs., 20 y sigs.; JUAN XXIII, *Pacem in terris*, núm. 28.

(60) CHRISTIAN WOLFF, *Ius Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, 1741, tomo 1, pról. 3.

(61) Cfr. ALFRED VERDROSS, *op. cit.*, págs. 382 y 383.

la doctrina del Derecho natural tradicional y la doctrina de los Derechos humanos, aunque ésta, por lo que se refiere al proceso histórico de su génesis y formulación más característica, aparezca vinculada a supuestos filosóficos distintos e incluso contrarios a los de aquélla.

En función de lo anteriormente dicho creemos que es perfectamente posible y legítima la integración de la teoría de los Derechos humanos en el sistema de doctrina del Derecho natural tradicional, como uno de sus capítulos o temas fundamentales. La idea clave que permite articular y legitimar la compatibilidad entre Derechos humanos y Derecho natural es, como ya hemos indicado, la referencia de los Derechos humanos a la Ley natural. En virtud de esa referencia, los Derechos humanos, de un lado, encuentran su adecuada fundamentación ontológica en la Ley natural, como ya hemos indicado, y, de otro lado, se integran, sin ningún género de tensiones ni de violencias, dentro de la temática propia de la doctrina del Derecho natural, configurándose como auténticos Derechos naturales en sentido subjetivo. A este respecto es significativa la articulación de los tratados y manuales de Derecho natural (así por citar solo, a título de ejemplo, los que tengo más a mano sobre mi mesa: J. Messner, J. Leclercq, J. Maritain, J. Carreras Araño, E. Luño Peña, J. Corts Grau, F. Puy Muñoz, A. Fernández Galiano...) en dos partes estudiando, junto a una doctrina o filosofía de la Ley, una teoría de los Derechos naturales, configurada tradicionalmente como la parte especial de la doctrina del Derecho natural.

V. SOBRE LA DOCTRINA DEL «REGIMEN MIXTO» Y LA SIGNIFICACION REAL DE LA DEMOCRACIA

1. *Realidad política y «régimen mixto»*

Aunque desde la más remota Antigüedad la teoría política viene reflexionando —entre otros— en torno al problema de la «mejor forma de gobierno» y analizando minuciosamente las ventajas y los inconvenientes, las «razones» y los «límites», de las diferentes formas de gobierno que se han distinguido (monarquía, aristocracia, democracia...), conviene advertir que, desde la Antigüedad también y hasta nuestros días, el pensamiento político más riguroso (Platón, Aristóteles, Dicearco, Polibio, Cicerón, Santo Tomás..., etc.) cayó en la cuenta de que las ideas de monarquía, aristocracia, democracia... no designan realidades políticas concretas; son tipos ideales, entes de razón, que no se dan nunca, en estado puro, en la realidad. Lo que

la experiencia política descubre por doquier no son, pues, esas «*formas puras y abstractas*» de gobierno sino «*formas mixtas*» en las que se combinan, en diferente medida e intensidad, principios de significación *monárquica* (funciones o tareas que por su naturaleza son propias de una sola persona), *aristocrática* (funciones o tareas propias de una minoría) y *democracia* (funciones o tareas que por su naturaleza deben ser competencia de todo el pueblo), adoptando cada régimen político en particular, según el principio predominante, el nombre de monarquía, aristocracia o democracia, aunque, por su constitución, cualquier régimen político es siempre un «régimen mixto», dependiendo el problema del «mejor régimen político», en cada momento, de la adecuada dosificación y combinación de los tres principios enunciados —que han de darse en todo Estado bien constituido— en función de las diferentes y variables circunstancias de tiempo y lugar (62).

La figura del «régimen mixto» es, evidentemente ambigua, como apunta el profesor Elías Díaz (63), como ambiguas son otras muchas ideas del mundo político y jurídico, pero dicha ambigüedad no quita que la noción de régimen mixto sea la idea que mejor exprese la realidad de lo que todo régimen político sea de hecho y, al mismo tiempo, el ideal al que todo régimen político debe aspirar, combinando adecuadamente, según sus específicas circunstancias, los mencionados principios para llegar a ser un Estado, un régimen, bien constituido.

2. Relación entre «régimen mixto» y democracia:

La democracia como principio constitutivo del «régimen mixto»

En relación con la pregunta que el profesor Elías Díaz se formula en su libro (*De la maldad estatal y la soberanía popular*): «¿Por qué hablar de 'régimen mixto' como algo diferente a la democracia, aunque no sea contrario a su esencia?» (64), la respuesta me parece bien clara —y con la misma claridad estimo que aparece desenvuelta en mi libro *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho*—: Entre «régimen mixto» y «demo-

(62) Cfr. mi libro *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 32 y sigs. En relación con el problema específico de la creación del Derecho la realidad política del «régimen mixto» es reconocida abiertamente por HANS KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de Eduardo García Mayncz, 3.^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 1969, pág. 354. Véase también, en análogo sentido, a propósito del binomio democracia-autocracia, la página 337.

(63) *De la maldad estatal...*, cit., págs. 105 y 106.

(64) *Ibidem*, pág. 118.

cracia» existe una diferencia y una relación análogas a las existentes entre el todo y la parte. La democracia es un principio orgánico, necesario en todo régimen, en todo Estado bien constituido, en cuyo seno se combinan, como hemos indicado, principios constitutivos de significación monárquica, aristocrática y democrática (65). En este sentido puntualizamos en la mencionada obra: «En el contexto de la doctrina del 'régimen mixto', la idea de democracia aparece relativizada y reducida a sus justos términos: la democracia no es ya una forma de gobierno, un tipo de régimen político, sino un principio orgánico de todo Estado bien constituido, en cuyo seno aparece limitado y complementado a su vez, dentro del proceso de la vida política, por los principios monárquico y aristocrático. La democracia adquiere así su significación más precisa y real en la doctrina del 'régimen mixto', de cuyo ámbito no debiera haber salido nunca» (66).

3. *Sobre el proceso de creación del Derecho desde los supuestos del «régimen mixto»*

El Derecho —que no se identifica con la Justicia, aunque debe aspirar a realizarla en la medida de lo posible— tiene como función perfeccionar técnica y éticamente el orden de la vida social mediante la realización de las exigencias de la Justicia y de la Seguridad jurídica, que se configuran como los fines cuyas exigencias todo Derecho debe aspirar a realizar. Dentro de ese proceso de perfeccionamiento del orden de la vida social el Derecho cumple una doble función: en primer lugar, prevenir, evitar los conflictos sociales mediante la justa y segura atribución de lo que a cada uno le corresponde como «suyo»; en segundo lugar —en el supuesto de que esa función preventiva fracase, bien por insuficiencias y defectos del Derecho, bien debido a la naturaleza «desfalleciente» del hombre, y surjan conflictos sociales—, la función del Derecho es restaurar la paz social resolviendo mediante diferentes instituciones (transacción, arbitraje, proceso...) los conflictos planteados, de acuerdo con las exigencias de la Justicia y de la Seguridad jurídica que constituyen, como hemos indicado ya, sus fines propios, su aportación específica a la realización del bien común.

Como hemos señalado en otro lugar la democracia —que implica libertad y diálogo— es el método más adecuado para la búsqueda y elaboración del Derecho justo (67). Ahora bien, en relación con ese diálogo hay que pun-

(65) Cfr. mi libro *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 32 y sigs.

(66) *Ibidem*, págs. 34 y 35.

(67) Cfr. *ibidem*, págs. 56 y sigs.

tualizar, aduciendo ideas socrático-platónicas y no originales mías, como lo hago en mi libro (68), lo siguiente: la democracia «constituye el método más adecuado para la elaboración de un Derecho justo porque, en política, la verdad (la verdad práctica en este supuesto) también brota del diálogo —la democracia implica, es ante todo, libertad de pensamiento, de expresión, de diálogo—; pero el diálogo que esclarece e ilustra a los dialogantes, permitiéndoles el acceso a la verdad, no puede ser un diálogo cualquier, sino el diálogo incitado, impulsado, dirigido y fecundado por las sugerencias y por las preguntas de quien sabe, en este caso, la minoría (minoría —dicho sea de paso— que yo no he dicho en ningún lugar que esté o deba estar constituida por los iusnaturalistas). Ese es el sentido y la enseñanza, siempre perenne, de la mayeutica socrática (...).

Resulta significativo, en este sentido, que en una de las apologías más brillantes y sugestivas de la democracia que conoce la historia del pensamiento político —la desventaja por Protágoras para justificar doctrinalmente el régimen de Pericles—, al señalarse que es la opinión de los hombres reunidos en la asamblea del pueblo la que crea el Derecho, se indique, a renglón seguido —destacando así la significación del diálogo minoría-mayoría—, que esa opinión que crea el Derecho no brota espontáneamente de la asamblea popular, sino que es sugerida y guiada a través de la participación de oradores sabios que, con sus consejos, ayudan al pueblo a encontrar, de acuerdo con las circunstancias de cada momento, el mejor ordenamiento jurídico. 'El objeto de mi enseñanza —dice Protágoras— es el arte de aconsejar correctamente (...) en los negocios de la Polis...'» (69).

La idea del diálogo minoría-mayoría reconduce y centra el problema de la elaboración del derecho en su contexto adecuado que no es otro que el del «régimen mixto». Dicho régimen implica, tanto en la adopción de decisiones políticas como en el proceso de creación del Derecho, que es una especie de las mismas, una distribución de funciones que por su específica naturaleza —aquí juegan los condicionamientos, la legalidad inmanente a lo que la Filosofía del Derecho denomina *naturaleza de la cosa*— son tarea de una sola persona (*principio monárquico*), de unas pocas personas especialmente cualificadas (*principio aristocrático*) y de todo el pueblo (*principio democrático*).

Las tareas propias tanto de la minoría como de la mayoría aparecen am-

(68) Esta puntualización la hago a la vista de la extrañeza que parece mostrar el profesor Elías Díaz, y de la clarificación que pide al respecto. *De la maldad estatal...*, cit., págs. 123 y 124, nota 36.

(69) *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 139 a 141.

pliamente expuestas y razonadas en mi libro (70), y no voy a extenderme más en recoger lo allí dicho, con lo cual sigo estando de acuerdo. Sí quisiera, sin embargo, insistir en dos puntos:

a) En relación con la tarea propia de la minoría que yo cifro en «buscar y proponer lo que, en virtud de su Justicia intrínseca, conveniencia u oportunidad, deba ser Derecho formalmente válido» (esto es, Derecho dotado de validez dogmática) (71), quisiera indicar que algo muy similar, sino igual, es lo que viene a sostener el profesor Elías Díaz cuando escribe: «Investigar y conocer la realidad social, así como debatir y proponer posibles soluciones a los problemas planteados, constituye la principal aportación a la democracia de la ciencia y la filosofía actual» (72).

b) Coherentemente con este principio, y dentro de la dinámica propia del «régimen mixto», sigo creyendo —mientras los hechos no demuestren otra cosa— en relación con las *tareas de la mayoría popular (principio democrático)*, lo siguiente: «La tarea de la mayoría popular en la creación del Derecho es doble: de un lado, le corresponde *elegir libremente a sus gobernantes, exponerles sus necesidades, sus aspiraciones y los problemas que requieren una solución jurídica*, para que, con base en estos datos, la minoría pueda plantear los problemas con realismo y precisión, así como estudiar y proponer las soluciones que estime más justas; de otro lado, es también misión de la mayoría *conocer, discutir, valorar y aceptar, modificar o rechazar las propuestas elaboradas por la minoría, decidiendo siempre la mayoría popular, a través del sufragio, qué proposiciones jurídicas de las sometidas a su conocimiento y consideración pasarán a convertirse en auténticas normas jurídicas (Derecho formalmente válido)*» (73).

Sin ir más lejos basta con analizar, por ejemplo, en sus diferentes fases y en líneas generales, el proceso de elaboración de la *Constitución española de 1978*, para que salten a la vista cuales fueron las funciones reales, efectivas, de la minoría y la mayoría:

— *La minoría* —en algún momento (ponencia constitucional) una minoría muy cualificada— bajo las diferentes formas de ponencia constitucional, comisión constitucional y plenos parlamentarios (el Parlamento incluso, se mire por donde se mire, constituye, en relación con el pueblo, una minoría, una aristocracia en el pristino sentido del término: sus miembros han sido elegidos porque, por uno u otro motivo, se estima que son los mejores), elaboró, discutió y aprobó el proyecto de Constitución.

(70) Cfr. *ibidem*, págs. 129 y sigs., y 137 y sigs.

(71) *Ibidem*, pág. 129.

(72) *La sociedad entre el Derecho y la Justicia*, cit., pág. 59.

(73) Cfr. *Razones y límites de la legitimación...*, cit., pág. 138.

— *La mayoría*, el pueblo, eligió libremente a sus representantes (a una minoría: medio millar de parlamentarios, aproximadamente, constituyen, en un pueblo integrado por unos treinta y seis millones de habitantes, una evidente minoría) y luego, en la fase de referéndum, se limitó pura y simplemente a aceptar, a rechazar o a abstenerse de votar el texto constitucional que sus parlamentarios le ofrecieron.

Estos son los hechos, y esos hechos coinciden sustancialmente con la descripción del proceso de elaboración del Derecho hecha en mi libro. ¿Qué ello supone rebajar excesivamente el protagonismo de las mayorías populares, como apunta Elías Díaz? ¡Qué le vamos a hacer! ¿Qué el papel de las mayorías podría potenciarse? Posiblemente. ¡No digo que no! Lo único que afirmo es que hasta ahora y mientras los hechos no demuestren lo contrario —y salvo el caso, por supuesto, de la creación del derecho consuetudinario (que sí es plenamente popular)— el proceso de creación del Derecho descansa sobre el diálogo minoría-mayoría, respondiendo en su génesis y en su desarrollo a las exigencias, a los condicionamientos y a los límites de los principios ya enunciados, que vertebran y constituyen la esencia del «régimen mixto».

Queda pendiente una última cuestión apuntada por el profesor Elías Díaz: «¿Qué pasaría —según la óptica iusnaturalista del autor (esto es, desde mi óptica personal, pues se está digiriendo a mí)— si lo establecido como Derecho formalmente válido por una mayoría fuera contrario a lo que la minoría ha concretado como Derecho justo y que —dice aquél— 'debe transformarse en Derecho formalmente válido'? ¿Cuál prevalecería?» (74).

Mi opinión no coincide con la que insinúa o aventura Elías Díaz (75). El problema es más complejo. A mi modo de ver hay que distinguir dos ámbitos o planos:

— *El plano puramente moral y, frecuentemente, individual, privado*, donde el problema central sería dilucidar si la norma que se estima injusta obliga o no obliga en conciencia. Se trata de un viejo problema que la doctrina iusnaturalista más autorizada remite a un juicio prudencial que puede aconsejar obedecer la ley, a pesar de su injusticia, para evitar males mayores o, por el contrario, resistir a la ley (76).

— *El plano específicamente social y jurídico* en el que la pura y simple remisión a un juicio prudencial particular no parece la solución más adecuada, en cuanto que propiciaría una situación de inseguridad, de anarquía incluso, contraria a las exigencias de la Seguridad jurídica, en cuanto fin del

(74) *Ibidem*, pág. 122.

(75) Cfr. *ibidem*, págs. 122 y 123.

(76) Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 96, a.4.

Derecho. La Seguridad jurídica exige, en principio, que la norma emanada de un órgano competente y elaborada a través del procedimiento adecuado sea formalmente válida (dogmáticamente vinculante) aunque sea injusta, ilegítima, mientras que no se declare expresamente su invalidez. La Seguridad jurídica exige a este respecto la existencia de un órgano *ad hoc* (Tribunal Constitucional, etc.) encargado de dictaminar acerca de la validez o invalidez de las normas a él sometidas.

VI. A PROPOSITO DEL PRESUNTO «DILEMA» DEMOCRACIA-DICTADURA.
UNA NOTA SOBRE REALISMO POLITICO

En relación con el tema de la legitimación del poder del Estado una de las cuestiones que más suele escandalizar —de buena o mala fe; eso es una cuestión diferente— a quienes se consideran demócratas es el problema de la posible *legitimidad de la dictadura*.

Se trata, en cualquier caso, de un problema importante que no debe afrontarse con una mentalidad simplista, y respecto del cual conviene hacer algunas precisiones:

a) La idea de que lo que hoy comúnmente suele denominarse *gobierno democrático* o *régimen democrático* es algo cuya realización o puesta en práctica no es posible en todo lugar y en todo momento. Lo que genéricamente denominaríamos *Estado democrático* exige, para su efectivo funcionamiento, la existencia de una serie de supuestos y condiciones de muy diverso orden que no se dan en cualquier lugar y en cualquier momento. Esto es algo aceptado por el pensamiento político más riguroso (Montesquieu, Rousseau, Tocqueville, Burdeau, Messner, Lepp..., etc.) (77).

Ello significa que la democracia, junto a los principios o «razones» que le sirven de fundamento, tiene también unas «limitaciones» de carácter «fáctico», sociológico, que en modo alguno es legítimo, ni riguroso ocultar. Mi actitud al respecto pretendió ser, desde el principio, tan honrada como diáfana, siendo plenamente consciente de que al plantear abiertamente el problema, en su desnuda realidad, me situaba en la posición más incómoda y que me iba a convertir en blanco de las fobias de tirios y troyanos. Por ello advertía yo, en abril de 1978 —fecha en que concluí la redacción de mi libro *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho*—: «No se me oculta que hablar, en España y en el presente momento político, de ries-

(77) Cfr. mi libro *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 72 a 81.

gos y límites de la democracia no puede dejar de resultar para muchos disonante, inoportuno e incluso provocativo. Soy plenamente consciente de ello. Pero, en España y en esta hora, frente a la 'discreción' y 'prudencia' que aconsejaría Gracián, maestro en el arte del vivir, prefiero con mucho el desahogo del espíritu, la paz interior, que comporta la atrevida sinceridad de Quevedo:

*¿Siempre se ha de sentir lo que se dice?
¿Nunca se ha de decir lo que se siente?*

Y lo que yo siento, pienso y deseo en el presente estudio —quiero dejar esto claro desde el principio— no es desarrollar una crítica negativa de la democracia, que necesariamente habría de ser parcial, sino contribuir, en la medida de lo posible, a descargarla de adherencias emocionales de uno y otro signo (la democracia es hoy, más que pensada, vivida y sentida como un 'mito' que se acepta o se rechaza pasionalmente, irracionalmente incluso); contribuir a 'desmitificarla', a racionalizarla, a despojarla de ese halo de panacea universal con que hoy viene presentándose —y que puede resultar su peor enemigo a la hora del desencanto, cuando la democracia haya dado cuanto pueda dar de sí—, para poder, de este modo, contemplarla tal como es y estimarla en lo que vale, señalando con claridad y sin ambages sus posibilidades y sus límites, sus razones y sus riesgos, sus grandezas y sus servidumbres» (78).

b) La dictadura, como forma excepcional y transitoria, pero legítima, de ejercicio del poder, en determinadas circunstancias que así lo exigen, constituye un «tópico» —en el sentido más noble y riguroso del término— admitido por el pensamiento político desde la Antigüedad —piénsese, por ejemplo, en la posición de Cicerón al respecto, fiel siempre a los ideales de la Roma republicana— hasta nuestros días, en los que la misma (la dictadura) ha sido constitucionalizada incluso, a partir, especialmente, de la democrática Constitución de Weimar (artículo 48). Se trata, en definitiva, de lo que Carl Schmitt denominaría *dictadura comisarial*: dictadura prevista en la propia Constitución para defender el orden constitucional vigente frente a un grave peligro (79).

(78) *Ibidem*, págs. 16 a 18.

(79) Cfr. CARL SCHMITT, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. esp. de José Díaz García, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 33 y sigs. Véanse, en el sentido preconizado por nosotros, las agudas puntualizaciones de FRANZ NEUMANN, «Notas sobre la teoría de la dictadura», en el vol. *El Estado democrático y el Estado autoritario*

La dictadura puede constituir, pues, un modo legítimo, constitucional incluso, de ejercer el poder, si bien de carácter excepcional y transitorio. En este sentido la dictadura no es una categoría incompatible con la democracia.

Me interesa hacer estas puntualizaciones porque creo que el profesor Elías Díaz no ha interpretado bien mi pensamiento al respecto (80). Mi posición, en relación con tan espinoso problema —y cito lo dicho por mí sin modificar ni una sola coma—, es la siguiente: «... en circunstancias excepcionales en las que el desenvolvimiento de la vida democrática no es materialmente posible, y en virtud del principio de la 'legitimidad de ejercicio', el poder legítimo, la autoridad, la posee quien es capaz de crear, dentro de los límites y condicionamientos que toda situación extraordinaria o excepcional comporta, el *minimun* posible de orden social, político y económico necesario para el mejor desenvolvimiento de la vida humana. Ello significa, dicho lisa y llanamente, sin ningún género de eufemismos, que en determinadas circunstancias *la dictadura* —dictadura que necesariamente no es lícito identificar con la 'tiranía' ni con el 'terror'— es el único modo fecundo, civilizado y legítimo de ejercitar el poder.

Ello no quita —añado— que la legitimidad del poder dictatorial, por su naturaleza excepcional, sea efímera, transitoria; ni exime a dicho poder del deber moral de crear cuanto antes las condiciones sociales, políticas y económicas que permitan la auténtica participación real, no meramente formal, del pueblo en el desenvolvimiento de la vida política» (81).

VII. ¿CIENCIA O POLÍTICA? UNA NOTA SOBRE LA COHERENCIA DEL DISCURSO CIENTÍFICO

Mucho se ha hablado y escrito acerca de las relaciones entre ciencia y política y, asimismo, sobre la compatibilidad o no de las tareas del científico y del político.

Sin entrar ahora en el fondo de la cuestión —para lo cual no es el momento, aparte de que nos llevaría muy lejos—, pienso que, aunque el cultivo de la ciencia y el ejercicio de la política están sometidos a principios y leyes diferentes, se puede ser científico y político, pero a condición de que en

(*Ensayos sobre teoría política y legal*), trad. esp. de Mireya Reilly de Fayard, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1968, págs. 233 y sigs.

(80) Cfr. ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal...*, cit., págs. 118, 119, nota 31.

(81) *Razones y límites de la legitimación...*, cit., págs. 15 y 16.

cada momento —y en virtud de lo que podríamos denominar «pureza metódica» que hay que procurar salvar a todo trance— se tengan muy presentes las exigencias propias de la ciencia, cuando se cultive ésta, y las de la política cuando sea ella la que se ejercite, sin que sea legítimo, en ningún momento, romper ese difícil equilibrio que impone la dedicación a la ciencia y a la política, involucrando en el discurso científico juicios de valor de significación puramente política —en ocasiones fundados sobre el supuesto de una real o presunta militancia o adscripción política— con el fin de legitimar o descalificar —tanto da lo uno como lo otro— un pensamiento cuando éste, en todo momento —a pesar de la dificultad de ello al tratar de cuestiones de Ciencia y de Filosofía política—, ha procurado ser coherente y riguroso con las exigencias del discurso científico (82).

Con demasiada frecuencia se incurre en este defecto dando lugar a ocultar parcialmente o a distorsionar la contemplación nítida y completa de la realidad e incurriendo en no pocas contradicciones. Así sucede, por ejemplo, a determinados defensores a ultranza de la democracia («ultrademócratas») en relación con el fenómeno ya analizado de la dictadura. Si se parte —como hacen ellos— de que la libertad y la democracia son valores políticos supremos, absolutos, la conclusión lógica, necesaria y coherente con dicha premisa debería ser la condena de toda dictadura. Ahora bien, lo curioso es que ello no sucede así: se condenan, sin más, determinadas dictaduras de signo no marxista o antimarxista (lo que me parece muy bien), fomentando su rechazo y aislamiento internacional, pero, sin embargo, se silencian cuando no se justifican, con argumentos más o menos falaces, otras dictaduras, generalmente de signo marxista (lo que no me parece bien, ni acabo de entender, porque se rompe toda la coherencia del discurso), que no tienen el carácter excepcional y transitorio que podría justificarlas y que abrigan una decidida voluntad de permanencia al cristalizar en rígidos y cerrados Estados totalitarios. En relación con estos regímenes muchos sedicentes demócratas no propician su rechazo y su aislamiento internacional, antes bien, se procura y se busca, por diferentes vías, el acercamiento y la colaboración con los mismos. A mi modo de ver, la falta de una decidida crítica y condena, también, de estas dictaduras, cuando no el silencio respecto de las mismas —que es lo más común—, convierte a un gran sector de las sedicentes «fuerzas democráticas» en cómplices de estos regímenes totalitarios, privando de toda credibilidad a su profesión de fe democrática.

La verdad hay que decirlo esté donde esté y venga de donde venga; aná-

(82) Cfr. *ibidem*, págs. 17 y 18, y ELÍAS DÍAZ, *De la maldad estatal...*, cit., página 125, en especial la nota 37 bis.

logamente, la injusticia hay que denunciarla y condenarla esté donde esté, también, y venga de donde venga. Mientras ello no se haga así y con todas sus consecuencias, en el *ámbito del discurso puramente científico* se estará incurriendo, constantemente, en incoherencias y contradicciones y, en el *ámbito puramente político*, toda invocación de los valores de la democracia y de los Derechos humanos no dejará de ser una amarga y cruel farsa.