

**Elías DÍAZ, *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*,
Dykinson-Instituto de derechos humanos
Bartolomé de las Casas, Madrid, 2013, 220 pp.**

LUIS M. LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: realismo crítico, positivismo jurídico, iusnaturalismo, Estado de Derecho, Estado constitucional, teoría de la democracia, historia cultural española.

Key words: critical realism, legal positivism, natural law, Rule of Law, constitutional State, theory of democracy, Spanish cultural history.

Hace ya bastantes años que Elías Díaz publicó un libro titulado *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*¹, en el que se trazaba la semblanza de varios intelectuales españoles que habían sido largo tiempo postergados por sus ideas y por su posicionamiento político, como consecuencia del atenzador contexto del franquismo y de su vergonzante trasunto ideológico, el nacionalcatolicismo. Hoy, el propio Elías Díaz podría ser considerado un viejo maestro más y, de hecho, ya ha sido reconocido, homenajeado y comentado como tal en diversas publicaciones que se han realizado sobre su obra y pensamiento². Un viejo maestro, sin embargo, que no ha abandonado la labor de rendir tributo a sus referentes teóricos y personales, sino que sigue dedicando buena parte de su quehacer intelectual a estudiar y reivindicar las aportaciones de numerosas figuras del pensamiento español. Lo hizo en su penúltimo libro, *De la Institución a la Constitución*, en donde dio cuenta de personalidades como Francisco Giner de los Ríos, José Luis López Aranguren,

¹ E. DÍAZ, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994.

² Vid. F. BAÑULS SOTO, *La reconstrucción de la razón. Elías Díaz entre la ética y la política*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2004; G. ALARCÓN REQUEJO, *Estado de derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Dykinson, Madrid, 2007; L. HIERRO, F. LAPORTA y A. RUIZ MIGUEL (eds.), *Revisión de Elías Díaz: sus libros y sus críticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Joaquín Ruiz Giménez o Enrique Tierno Galván, y lo vuelve a hacer ahora, en esta obra publicada por la editorial Dykinson.

Se trata, en efecto, de un libro de doble faz, en el que Elías Díaz pasa revista de algunas de las ideas filosófico-jurídicas que ha mantenido y desarrollado a lo largo de su trayectoria intelectual –con un especial hincapié en las cuestiones relativas a la conexión entre derecho y poder y a lo que él lleva ya tiempo denominando “realismo crítico”–, pero cuya segunda parte está dedicada a analizar las ideas y aportaciones de algunas figuras de especial relevancia en el mundo de las ideas políticas y jurídicas de los últimos años. Si en otras obras su objeto de atención fueron políticos, filósofos o juristas de un pasado ya más o menos lejano –los krausistas, Unamuno, Besteiro, Ortega– las semblanzas que se aglutinan en este volumen son las de algunos de sus compañeros de vida más cercanos, que tuvieron un papel destacado en la historia política o intelectual española de las últimas décadas y que han fallecido recientemente: Francisco Tomás y Valiente, Roberto Mesa, Luis García San Miguel y Gregorio Peces-Barba.

El libro arranca con un capítulo introductorio en el que se intentan justificar, de nuevo, las razones que avalan la importancia de la filosofía jurídico-política en general, y los senderos y modos por donde discurre su pensamiento jurídico en particular. “Razones e historias”, dice el título de la sección; y es que, de acuerdo con Elías Díaz, no sólo mediante la razón abstracta se puede entender la existencia y la necesidad de la filosofía del derecho, sino que también la historia debe venir en nuestro auxilio. Es ésta una constante de su pensamiento y de este libro en especial, que se mueve en un delicado equilibrio entre la atención a problemas conceptuales y la incardinación histórica de éstos en los debates del pasado y en los autores que, de uno u otro modo, contribuyeron a delinear la problemática filosófica del presente. Con ello, se sitúa dentro de una orientación teórica más o menos historicista –con mesura– que no siempre ha sido bien recibida por determinados sectores y que, desde algunas perspectivas excesivamente conceptuales, incluso ha llegado a tacharse como espuria. De ahí se deriva que Elías Díaz defina su realismo crítico en contraste con “no pocas de las tendencias actuales de contumaz y empobrecedora reducción de aquélla, de la filosofía del derecho, a casi exclusivamente, mera dogmática o, como mucho, a neoformalista teoría (general) del derecho” (p. 26). Y de ahí se deriva también que, frente a la mayoría de los iusfilósofos contemporáneos, Elías Díaz discuta de los asuntos del normativismo, el constitucionalismo, la relación entre derecho y moral o

la conexión entre derecho y poder desde una plataforma diacrónica, haciendo referencia a los condicionantes que, dentro de la historia española, favorecieron un determinado posicionamiento filosófico acerca del derecho. Sólo después de dicha contextualización, se lanza el autor a abordar los asuntos en cuestión desde una perspectiva teórica: “para dar pleno sentido a estas posibles aportaciones y orientaciones de carácter más sistemático situadas en su contexto temporal me parece, pues, imprescindible esa reivindicación, desde luego que no acrítica, del estudio y conocimiento de la historia general y, dentro de ella, de la historia de la filosofía” (p. 35). En definitiva, creo que Elías Díaz estaría de acuerdo en suscribir –aun con sus siempre típicos matices– la frase que en su día escribió Josef Kohler, para quien “toda filosofía del derecho que no se apoye en la historia del derecho es una ciencia que no tiene de tal más que el nombre”³.

En el siguiente capítulo de la obra se pone perfectamente de manifiesto lo anterior, ya que en él se abordan los temas del normativismo y el realismo crítico, pero incardinando la reflexión en los avatares propios de la historia española. Partiendo del iusnaturalismo oficial cultivado en nuestro país durante el periodo del nacionalcatolicismo franquista, Elías Díaz va dibujando el trayecto que, poco a poco, condujo en España a la asunción de las posturas normativistas de Kelsen y que, frente a los dogmas teológicos del pasado, supuso una auténtica bocanada de aire fresco. Eso sí, se trata de un normativismo que, pese a sus indudables aciertos, merece ser corregido en aras de una mirada más atenta a los problemas de ética, política y teoría de la justicia. En efecto, Elías Díaz no se conforma con una mera sociologización de las tesis normativistas, tal y como propusieron algunas de las miradas antiformalistas de la primera mitad del siglo XX, sino que reivindica una aproximación ética al fenómeno jurídico, en la que, junto a las categorías de la validez y la eficacia, se plantea también la irrenunciable pregunta por la legitimidad y la justicia. En ese sentido, además de la visión más o menos historicista de la filosofía del derecho, su realismo crítico se vuelve a definir, de forma ecléctica, como una postura de mediación entre algunos de los excesos que marcaron la discusión entre formalistas y antiformalistas: “el realismo crítico asume el normativismo; el sociologismo lo reduce y diluye” (p. 46). Con esta suerte de posición intermedia, siempre reacia a posiciones extremas y más bien partícipe de miradas holísticas, Elías Díaz no hace sino reiterar ideas que ya hace

³ J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3ª ed. revisada por Arthur Kohler [1923], reimpresión de Scientia Verlag, Aalen, 1998, p. 10.

tiempo que viene defendiendo⁴: la tríada entre los conceptos de validez/legitimidad (teoría del derecho), eficacia/legitimación (sociología del derecho) y justicia/legitimidad (teoría de la justicia y filosofía política) es una constante de su obra y puede encontrarse en numerosos escritos previos. Sin embargo, podría decirse que el pensamiento de Elías Díaz avanza en espirales, remachando puntos de vista ya propuestos y desarrollados en obras anteriores, pero matizándolos, apostillándolos o enriqueciéndolos en función de nuevos debates, nuevos autores o nuevas realidades que han de someterse a juicio. En este sentido, vale la pena destacar que el lector podrá hallar en este libro alusiones y comentarios críticos a la literatura más reciente, y no sólo una recapitulación de viejas ideas.

El tercer capítulo está dedicado a analizar algunos de los problemas relacionados con la distinción entre derecho y poder, pero partiendo específicamente de Hans Kelsen y de su teoría de la "norma fundante básica". ¿Cómo justificar la validez del sistema jurídico sin recurrir a alguna clase de sustrato fáctico que viole la pureza del método? Se trata de una vieja y manida discusión en el seno de la filosofía jurídica que, no obstante, Elías Díaz aborda con una mirada no muy practicada en la bibliografía más al uso: como se anuncia desde el mismo título del capítulo -"La revolución kelseniana: el derecho y el poder"- de lo que se trata es de estudiar el concepto de "revolución" en el sistema del gran pensador austriaco, partiendo de sus propios textos y destacando las ambivalencias y la complejidad de un pensamiento que pudo ser muchas cosas, pero en ningún caso simplista. A partir de ahí, reafirma Elías Díaz su posicionamiento "realista-crítico", para terminar apreciando que la desatención hacia la sociología del derecho o el relativo olvido de la dicotomía derecho-poder, conducen en ocasiones a un pernicioso formalismo en la teoría del derecho. En ese sentido, a su modo de ver, el enfoque sociológico serviría para hacernos conscientes de que "argumentar sobre el derecho es también argumentar sobre el poder", así como para complejizar la polémica sobre la incorporación de la moral en los ordenamientos jurídicos actuales y la subsiguiente crisis del positivismo: "algo parecido ocurre respecto de los recuperados viejos o nuevos principios que, se señala, deben aplicar jueces y operadores: ¿se trata con ellos de la moral positiva legal (legitimidad legalizada incluida la constitucional), de la moral positiva social (legitimación, legitimidad eficaz), de la moral (o legitimidad) crítica?"

⁴ Vid. E. DÍAZ, *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003.

Como ya señalé, a mi juicio, en algunas importantes posiciones actuales de la Teoría del Derecho esto no queda, con frecuencia, ni medianamente claro y es fuente constante de graves confusiones” (pp. 67-68).

De la mano de estas consideraciones, se entra en el siguiente capítulo de esta obra, que precisamente aborda el problema del Estado de derecho y el Estado constitucional, así como el correlativo debate en torno al papel que deben tener la legislación y la judicatura en el derecho contemporáneo. Se trata de una polémica teórica compleja, en cuyo seno se están ventilando la mayoría de cuestiones relevantes de la filosofía jurídica actual, desde la presunta crisis del positivismo hasta el papel de la ideología en la ciencia del derecho, pasando por la relevancia y los límites de los derechos fundamentales en nuestros sistemas constitucionales. Al igual que en el resto de secciones de esta obra, Elías Díaz afronta la discusión mediante un acercamiento histórico inicial, en el que pasa revista de los avatares políticos y sociales que dieron lugar a su ya “clásico” ensayo de 1966, *Estado de derecho y sociedad democrática*. Se analizan así las circunstancias de la política española durante el franquismo y el dificultoso camino que terminaría llevando a la construcción del Estado de derecho. Pese a que se trata de una historia ya bien conocida por la comunidad española de filósofos del derecho, se trata de una contextualización relevante, ya que puede ayudar a diluir algunas de las dicotomías excesivamente ligeras del debate contemporáneo, que tiende a olvidar que muchas de las supuestas bondades del Estado constitucional no son sino una decantación de los principios del Estado de derecho clásico⁵, o que ignora que desde los mismos albores del Estado de derecho se trataba de caminar hacia sociedades más democráticas. A tenor de lo anterior, quizá se haya podido intuir que Elías Díaz es suspicaz frente a las teorías que ven una ruptura entre esas dos formas jurídico-políticas y que tiene dudas respecto al excesivo protagonismo que los jueces parecen asumir en las concepciones modernas del Estado constitucional: “todas estas colaterales puntualizaciones vienen aquí y ahora a cuento de mis fuertes reservas [...] frente a la, en nuestros días tan en auge, extremosa contraposición doctrinal que de modo esencialista (¿iusnaturalista?) quiere establecerse por algunos exegetas entre un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho” (p. 81).

⁵ En este sentido, vid. J. ANSUÁTEGUI, *Filosofía del derecho y constitucionalismo. Vertientes y problemas*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Cali (Colombia), 2012.

Así planteados los términos del debate, es la historia quien acude en nuestra ayuda a disolver los equívocos de la polémica y a plantearla en otra clave –creo– más interesante. Y es que, en la perspectiva de Elías Díaz, “todo Estado de Derecho sería así, a la vez, Estado constitucional, legislativo, administrativo y judicial, de Derecho. Son todas ellas dimensiones internas de tal tipo de ordenamiento jurídico (acerca de cómo mejor proteger unos u otros derechos fundamentales), dimensiones por lo demás no exentas de fuertes querellas entre sí y entre sus cultivadores y profesionales” (p. 83). En efecto, si uno asume la perspectiva histórica, las distinciones férreas entre las diversas etapas por las que ha atravesado el Estado moderno no se sostienen con facilidad. Se trata, más bien, de una evolución similar a la dialéctica hegeliana, en la que cada nueva coyuntura tiende a asimilar las anteriores sin derogarlas por completo, incorporándolas así en su seno. En efecto, cuando echamos un vistazo a la génesis del Estado de derecho, a raíz de la revolución francesa, nos salen al paso las primeras contradicciones. El ideario que se hallaba en la base de las aspiraciones revolucionarias, el de la Ilustración, había teorizado la separación de poderes como principio irrenunciable, y así se hizo constar en la célebre proclama de la declaración de derechos de 1789, según la cual toda comunidad política que no salvaguarda la separación de poderes “carecía de Constitución”. Y sin embargo, como ya en su momento argumentó Tocqueville⁶, la necesidad de acometer el ambicioso programa de reformas que tenían en mente los revolucionarios, obligó a engrandecer aún más el aparato estatal del Antiguo Régimen, generándose así un colosal poder suplementario, la Administración contemporánea, que tanto entonces como ahora ha desestabilizado el sencillo esquema de poderes postulado por Montesquieu: legislativo, ejecutivo y judicial⁷. O dicho de otra manera: ni siquiera en los orígenes del Estado de derecho asistimos a una consagración diáfana de los principios que solemos atribuir a esta forma de organización jurídico-política. Así las cosas, y por regresar al problema que ha dado pie a esta digresión, podría decirse, junto con Elías Díaz, que la supuesta ruptura de los Estados constitucionales no es sino un capítulo más en la evolución del Estado de derecho, que se enfrenta así a una más de las tensiones que jalonan su historia desde el mismo inicio.

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la revolución*, ed. de Antonio Hermosa Andújar, Ediciones Istmo, Madrid, 2004, pp. 45 y ss.

⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea (Y la formación del sistema municipal francés contemporáneo)*, Taurus, Madrid, 1981, pp. 13-26.

Con este bagaje a las espaldas, afronta Elías Díaz el último capítulo de esta primera parte de su libro, dedicado esta vez a la teoría de la democracia, que en su opinión es el substrato político del Estado de derecho: “el Estado de derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política” (p. 88). Se trata de un estudio sumamente interesante, en el que el autor parte de la célebre distinción de Aranguren entre democracia como moral y democracia como política, para ofrecer una visión omnicomprendensiva de la democracia, y no únicamente un relato parcial o descontextualizado de la misma. Pasando revista a varias de las teorías que se han ofrecido sobre la misma –desde las visiones más procedimentales de la misma, hasta las teorías de Nino y otros partidarios de la democracia deliberativa respecto al valor epistémico de dicha forma de organización– el autor termina recalando en un viejo debate que, reverdecido hace unos pocos años, enfrenta cordialmente a Ernesto Garzón Valdés con el propio Elías Díaz. Se trata del tradicional problema de los límites de la democracia, que Garzón Valdés siempre ha abordado desde su también clásica teoría del “coto vedado”. En opinión de este último, en efecto, existe una parcela de derechos y principios que no pueden vulnerarse en aras de una supuesta legitimidad democrática, de donde conviene trazar con claridad meridiana cuáles son tales principios que se constituyen en bastión inexpugnable frente a las mayorías. A juicio de Elías Díaz, en cambio, esta forma de tratar el problema no es satisfactoria, por cuanto es relativamente dogmática, y es preferible abordarlo desde una perspectiva holística de la democracia: ésta, para ser tal, debe incluir el principio de la libertad en su mismo concepto y, por consiguiente, no puede ser abolida en nombre de la misma democracia: “¿No se puede entonces destruir libremente la libertad? [...]. Uno mismo es posible que pueda hacerlo para sí mismo [...]. Un pueblo, en cambio, no puede hacerlo. Y ello porque un pueblo es algo efectivamente en cambio, en constante cambio, donde nuevos miembros, nuevos hombres y mujeres, se suman continuamente incorporándose al colectivo anterior” (p. 108). Así las cosas, termina Elías Díaz, el enfoque de Garzón estaría mal formulado: “más que hablar directamente de límites o limitaciones de la democracia y de la regla de las mayorías, yo (yendo, creo, a la raíz y al fundamento de todo ello) preferiría formularlo en términos, digamos, de exigencias coherentes o, mejor, de imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos que definen y justifican a la democracia” (p. 109).

Creo que se trata de una forma inteligente de abordar el problema, que procura no dejarse caer en las falsas dicotomías que a menudo nos tiende el

lenguaje político y jurídico, y contra las que la filosofía tiene que defenderse. El mismo Elías Díaz termina el capítulo con una hermosa y acertada sentencia, según la cual “ya que no podemos cambiar el mundo –según reza el pesimista aforismo– cambiemos al menos de conversación, es decir de palabras”. Me parece que se trata de una frase certera, porque precisamente ésa es la misión de la filosofía: no tanto brindar una imagen o un cuadro coherente y completo de la realidad –como queriendo traducir la estructura intrínseca del mundo, desvelando la verdad oculta de las cosas– cuanto mover a un replanteamiento de los problemas, seleccionando mejores palabras, mejores aproximaciones o mejores conceptos para aprehender los debates que se despliegan cotidianamente ante nuestros ojos. Sólo así se pueden subvertir lo que Gilles Deleuze denominaba “síntesis disyuntivas”, o sea, planteamientos dicotómicos que suelen ofrecérsenos como pautas discursivas para ceñir la realidad y obligarnos a posicionarnos de manera irreflexiva y facciosa en bloques de ideas monolíticos⁸: comunismo o capitalismo, gobernabilidad o democracia, partidos políticos o anarquía, o tantas otras que podrían citarse y que a todos se nos vienen a la cabeza. Tengo la sensación de que tanto la dualidad entre Estado legislativo de derecho y Estado constitucional de derecho, como la discusión entre democracia radical o democracia limitada, son síntesis disyuntivas de este género, y que la aproximación historicista y omnicomprensiva de Elías Díaz apunta hacia una mejor comprensión de ambas discusiones.

A partir de aquí, comienza la segunda parte de este libro, en la que, como anunciaba al principio de esta reseña, se compendian una serie de semblanzas de juristas, políticos e intelectuales españoles de las últimas décadas. Este bloque arranca con un capítulo muy interesante en torno a los intelectuales durante el periodo del franquismo y su papel en la reconstrucción de la democracia, que tiene lugar tras la muerte del dictador. Se apuntan así unas reflexiones que tampoco son nuevas en su trayectoria –nótese así su libro *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*⁹–, pero que me parecen especialmente oportunas en el actual contexto español, en el que por fin se están revisando algunos de los dogmas que solían engalanar el relato histórico más triunfalista del siglo XX, en particular el elogio sin ambages a la transición democrática. Elías Díaz se mueve en un planteamiento bastante

⁸ Vid. A. BADIOU, y S. ŽIŽEK, *Philosophie und Aktualität. Ein Streitgespräch*, ed. por P. Egelmann, Passagen, Wien, 2005, pp. 52-56.

⁹ E. DÍAZ, *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Tecnos, Madrid, 1983.

sereno y matizado al respecto, tratando de explicar el desencadenamiento de sucesos que tienen lugar a partir de 1975 no como un milagro sobrevenido –tal y como tienden a hacer ver algunos sectores, tanto de izquierda radical como de derecha ultramontana– sino como una consecuencia del caldo de cultivo que se va labrando en la oposición a la dictadura desde los años sesenta en adelante, una vez suavizados los tremendos rigores de la inmediata posguerra civil. Aunque Elías Díaz no hace una crítica radical de la transición española, a la que sigue considerando como un proceso razonablemente bien logrado, al menos no cae en los enaltecimientos a los que tan habituales estamos, y que tanto daño hacen a la hora de replantear la reforma de algunos principios, prácticas e instituciones de nuestra cultura política que, a la altura de 2013, quizá ya no tengan sentido: la monarquía, las graves deficiencias del actual sistema electoral, la partitocracia llevada al extremo, la rehabilitación de la memoria del franquismo, etcétera. Sea como sea, y se adopte la posición que se adopte ante el problema historiográfico y político de la transición española, me parece que las reflexiones de Elías Díaz son de las más lúcidas y atendibles que pueden encontrarse.

Los siguientes capítulos del libro, ya sí, están dedicados a trazar la semblanza de las personalidades que se citaban páginas atrás: Francisco Tomás y Valiente, Roberto Mesa, Luis García San Miguel y Gregorio Peces-Barba. No es éste el lugar para detenernos con detalle en todo lo que se narra sobre cada uno de ellos, o en los aspectos que Elías Díaz subraya de sus trayectorias vitales, pero baste señalar que se trata de una contribución que, a mi modo de ver, debe ser muy bien valorada: además de la atención a teorías, discusiones y conceptos, la filosofía también debería preocuparse por reflexionar sobre autores que, como toda persona de carne y hueso, suelen ser más complejos y profundos de lo que cabe aprehender mediante etiquetas o categorizaciones puramente teóricas. Por otra parte, y en función de tipo de lector que se acerque a esta obra, cabrá emocionarse y descubrir datos y aspectos insospechados de algunas de las figuras que aquí se traen a colación. En este sentido, no me resisto a dejar de mencionar dos cosas. En primer lugar, es impresionante la descripción de los últimos momentos de vida de Tomás y Valiente, cruelmente asesinado a manos de la banda terrorista ETA en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid, así como la reconstrucción de sus escritos periodísticos, que minuciosamente lleva a cabo Elías Díaz en su semblanza, y a tenor de los cuales puede extraerse la complejidad y los desafíos que conlleva el Estado de derecho en relación con el viejo problema de la

razón de Estado. Y en segundo lugar, resulta también emocionante el relato que nos brinda en torno a Gregorio Peces-Barba, fallecido hace poco más de un año y, para los que pertenecemos a la Universidad Carlos III, referente insustituible en nuestro trabajo cotidiano. Hace poco escribía yo mismo, en la nota introductoria al primero número de *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política* que apareció tras su muerte, que Gregorio Peces-Barba podría ya pasar a formar parte de una reedición actual de los viejos maestros de Elías Díaz. Con estas notas con las que se concluye este libro, parece que dicha tarea ha sido ya cumplida. Y con ello, como vengo insistiendo desde el principio de esta recensión, se ha llevado a cabo la irrenunciable tarea, intrínsecamente moral, de rendir homenaje a aquellos intelectuales que nos antecedieron y que señalaron las sendas por las que hoy, a veces despreocupadamente, transitamos a la hora de hacer filosofía.

LUIS M. LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: llloredo@inst.uc3m.es