

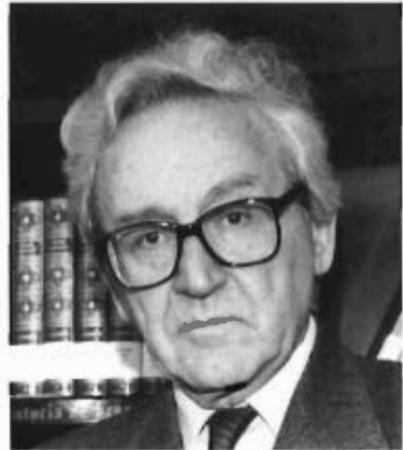
LA FILOSOFÍA, HOY (XX)

Filosofía del Derecho: legalidad-legitimidad

I

Fue ya señalado por los clásicos y, aún escuchando después a todos los extincionistas, sigue presente en nuestros tiempos: *ubi societas, ibi ius*. Donde hay sociedad, hay Derecho; donde surge y se forma un grupo social se producen normas que se identifican y se reconocen, distintas de las morales, como normas jurídicas. Y en esa vida en colectividad todo el mundo se encuentra de algún modo afectado por cuestiones y situaciones, conflictos e intereses, que tienen que ver con esos dos términos de legalidad y legitimidad. La filosofía del Derecho pretende contribuir, junto a las ciencias jurídicas, a una mejor comprensión e interrelación de ambas dimensiones: analizar y argumentar sobre las normas válidas y sobre los valores éticos, sobre el Derecho y sobre la Justicia.

Lo que en estas páginas se pretende es resaltar qué puede y debe decir hoy esa específica fi-



Elías Díaz (1934) es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor por la de Bolonia (Italia), perteneció al equipo fundador en 1963 de «Cuadernos para el Diálogo». Desde 1973 dirige la revista «Sistema». Ha sido director del Centro de Estudios Constitucionales. Autor de *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966, 9ª ed., 1998) y *Curso de Filosofía del Derecho* (1998), entre otros trabajos.

* BAJO la rúbrica de «Ensayo», el Boletín Informativo de la Fundación Juan March publica cada mes la colaboración original y exclusiva de un especialista sobre un aspecto de un tema general. Anteriormente fueron objeto de estos ensayos temas relativos a Ciencia,



lososfía. Y ello sin obviar, ni olvidar, desde luego, a estas alturas la sospecha y la negación (Marx, Nietzsche, Sartre, Foucault...) pero sin prescindir para nada de la ética y la razón construida y reconstruida desde Kant hasta, a mi juicio y entre otros, por Kelsen, Ross, Bobbio, Habermas, Rawls...: gentes ilustres, como se ve, a las que aquí se va a tomar más en consideración y con quienes modestamente se aspira a dialogar.

Por de pronto, como punto de partida, para dejar bien clara y diáfana esa básica diferenciación conceptual entre legalidad y legitimidad. Es decir, con conciencia de los límites de estas sinonimias, entre el ámbito más cercano y positivo del Derecho que es, del ordenamiento jurídico, y aquel espacio, sin duda más distante y problemático pero imprescindible, del Derecho que debe ser, de la ética, de la justicia. Sin adhesiones finales, se evoca así aquí la legendaria y compleja «gran división» (Hume) entre ser y deber ser. Pero esta necesaria y autónoma diferenciación opuesta por sí

→

Lenguaje, Arte, Historia, Prensa, Biología, Psicología, Energía, Europa, Literatura, Cultura en las Autonomías, Ciencia moderna: pioneros españoles, Teatro español contemporáneo, La música en España, hoy. La lengua española, hoy, y Cambios políticos y sociales en Europa.

'La filosofía. hoy' es el tema de la serie que se ofrece actualmente. En números anteriores se han publicado ensayos sobre *La ética continental*, por Carlos Thiebaut, catedrático de la Universidad Carlos III, de Madrid (febrero 1997); *Actualidad de la filosofía política (Pensar la política hoy)*, por Fernando Quesada Castro, catedrático de Filosofía Política en la U.N.E.D (marzo 1997); *La filosofía del lenguaje al final del siglo XX*, por Juan José Acero Fernández, catedrático de Lógica de la Universidad de Granada (abril 1997); *Filosofía de la religión*, por José Gómez Caffarena, profesor emérito de Filosofía en la Universidad de Comillas, de Madrid (mayo 1997); *La filosofía de la ciencia a finales del siglo XX*, por Javier Echeverría, profesor de Investigación en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Instituto de Filosofía), de Madrid (junio-julio 1997); *La metafísica, crisis y reconstrucciones*, por José Luis Villacañas Berlanga, catedrático de Historia de la Filosofía de la Universidad de Murcia (agosto-septiembre 1997); *Un balance de la modernidad estética*, por Rafael Argullol, catedrático de Humanidades en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (octubre 1997); *El análisis filosófico después de la filosofía analítica*, por José Hierro Sánchez-Pescador, catedrático de Lógica y Filosofía de la Ciencia de la Universidad Autónoma de Madrid (noviembre 1997); *Imposible futuro (Un ejercicio de la filosofía de la historia)*, por Manuel Cruz, catedrático de Filosofía de la Universidad de Barcelona (diciembre 1997); *La «Dialéctica de la Ilustración», medio siglo después*, por Jacobo Muñoz, catedrático de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid (enero 1998); *Filosofía del diálogo en los umbrales del tercer milenio*, por Adela Cortina, catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia (febrero 1998); *La ética anglosajona*, por Victoria Camps, catedrática de Filosofía Moral y Política de la Universidad Autónoma de Barcelona (marzo 1998); *Marxismos y neomarxismos en el final del siglo XX*, por Francisco Fernández Buey, catedrático de Filosofía Política en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (abril 1998); *La fenomenología como estilo de pensamiento*, por Javier San Martín, catedrático de Filosofía en U.N.E.D. (mayo 1998); *El movimiento fenomenológico*, por Domingo Blanco, catedrático de instituto y profesor titular de Ética de la Universidad de Granada (junio-julio 1998); *La hermenéutica contemporánea, entre la comprensión y el consentimiento*, por Mariano Peñalver Simó, catedrático de Filosofía de la Universidad de Cádiz (agosto-septiembre 1998); *Más allá de la fenomenología. La obra de Heidegger*, por Ramón Rodríguez, catedrático de Filosofía en la Universidad Complutense de Madrid (octubre 1998); *Movimientos de Desconstrucción, pensamientos de la Diferencia*, por Patricio Peñalver Gómez, catedrático de Filosofía de la Universidad de Murcia (noviembre 1998); y *Las Escuelas de Frankfurt o «Un mensaje en una botella»*, por Reyes Mate, profesor de Investigación y ex director del Instituto de Filosofía del CSIC (diciembre 1998).

La Fundación Juan March no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas por los autores de estos Ensayos.

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

misma a toda unificación que implique fusión y confusión de ambas dimensiones (iusnaturalismo tradicional), no se reduce ni se identifica tampoco en modo alguno con la incomunicación, ruptura y escisión entre ambas (positivismo extremo).

Se trata, pues, en nuestro tiempo de ir efectivamente más allá de esos reduccionismos iusnaturalistas y iuspositivistas de tanta absorbente presencia en el pasado. A mi juicio, no es ésta en modo alguno una mala ni simplificatoria propuesta actual de trabajo. El Derecho es el Derecho positivo (Bentham, Austin, Kelsen....) pero si la legalidad no oculta su indudable fáctica relación, sin confusión, con la legitimidad –vía empírica legitimación–, con una u otra idea de justicia, con una u otra ética, también se entenderá mucho mejor dicha legalidad, el Derecho positivo y el trabajo de interpretación y aplicación a realizar dentro de él. Y a las gentes sometidas al Derecho, a uno u otro sistema de legalidad, lo que más les preocupa –claro está que para ver así mejor protegidos sus propios intereses– es que tal Derecho sea justo, que no les discrimine y perjudique, que sea lo más justo posible, lo más justo que pueda y deba ser. Esto abre necesariamente el debate sobre las plurales y diversas concepciones sobre la justicia. Lo que se exige es que tal legalidad concuerde con lo que se estima debe ser la legitimidad, sin que se produzca confusión final tampoco, por supuesto, entre fáctica legitimación y ética legitimidad, ésta siempre abierta a necesaria crítica y autocrítica.

Hay, creo, básicas zonas de concordancia en buena parte de la filosofía jurídica actual: en ellas el Derecho viene entendido como un sistema normativo eficaz, con siempre alguna pretensión de legitimidad –sobre la que precisamente habrá que razonar, argumentar y fundamentar– y dotado de aptos mecanismos de coerción institucionalizada. El término «sistema», en una acepción tal vez no en exceso exigente y restrictiva, implica aquí al menos una cierta trabazón interna e incluso algún grado de coherencia de las normas entre sí y de ellas con las consecuentes decisiones derivadas de la legalidad. Por su parte, «coerción institucional» es expresión que puede ahora intercambiarse sin mayores daños con la de «institucionalización de la coacción/sanción»: monopolio legítimo de la coacción, de la fuerza (Weber). Desde ahí, la referencia a la eficacia significa, desde luego, que el «centro de imputación» normativo y judicial funcione; pero en última instancia y en su raíz exige, sobre todo, cumplimiento social y respaldo político efectivo. Si éste falla, si se pierde el poder político, sencillamente el Derecho, ese Derecho, deja de existir. Sin esta *Grundnorm*, sin

la aceptación de que se debe obedecer la Constitución, sin ese sustento del poder social, sin una suficiente «fidelidad y lealtad constitucional» –se señala con frecuencia en nuestros días– y, de manera muy fundamental, sin las oportunas respuestas eficaces, operativas, del poder político institucional, tales normas dejan sin más de ser normas jurídicas, dejan de ser y valer como Derecho.

De alguna de estas cosas habla hoy (y ayer), pero no sin nuevas aportaciones, la filosofía del Derecho. Algo puede ser, desde luego, injusto aunque sea legal, aunque sea Derecho: legalidad no es lo mismo que legitimidad; Derecho no es lo mismo que justicia o ética. Algo puede ser justo aunque no sea legal, Derecho positivo. El Derecho no es sin más justo por el hecho de ser Derecho. No creo, por lo demás, que se vaya muy lejos en esta cuestión ni que se resuelva mucho frente a la dualidad de esa necesaria diferenciación con el solo alegato e invocación de un *minimum* ético del Derecho que se supone común a cualquier ordenamiento jurídico (Fuller y el propio Hart). Y, ya se ha dicho, algo puede ser justo aunque no sea (todavía o nunca) legal. Pero aunque gritemos frente a una injusticia y con toda razón «!no hay derecho!» (¡esto es injusto!), si el Derecho, contra ello, así lo prescribe en sus normas jurídicas eso será lo que los tribunales de justicia, y el resto de los operadores jurídicos, de hecho (y de Derecho) aplicarán y ejecutarán; y no se me reconocerá ni garantizará, por lo tanto, derecho subjetivo alguno para ello. Estamos, como se ve, ante tres acepciones diferentes de la palabra «derecho» con prevalencia axiológica de la justicia pero con imposición positiva del Derecho como norma coactiva. Y así lo entenderán, así lo han entendido, incluso las Academias jurídicas, las Universidades, los Altos Tribunales cuando el Derecho injusto es, o ha sido (por desgracia con bastante frecuencia), Derecho positivo. Otra cosa y muy importante es que asumiendo riesgos, y persecuciones policiales y judiciales, algunos se rebelaran, protestaran o actuaran contra tal Derecho positivo injusto; y que desde ahí se formularan críticas con propuestas de cambio de aquél, para, por ejemplo, mejor proteger los denominados derechos humanos.

Es completamente necesario señalar, en este sentido, que esos básicos derechos humanos o fundamentales (calificados ambigualmente como morales por algunos hoy y como naturales por muchos en el pasado), antes de ser reconocidos por el Derecho positivo, o aunque éste no los reconozca, constituyen realidades e instancias que desde el punto de vista ético son mucho más radicalmente decisivas que las declaradas facultades o potestades (dere-

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

chos hasta entonces desconocidos o negados) de carácter estrictamente jurídico. Aquéllas son, pueden ser, muy fuertes pretensiones éticas y exigencias políticas, llenas de contenidos concretos (económicos, sociales, culturales, etc.), derivados de la dignidad humana y por los cuales los hombres y las mujeres han luchado duramente a lo largo de los siglos para convertirlos precisamente en Derecho y en derechos (considerando así posible y necesaria esa específica protección reforzada de lo jurídico) y, sobre todo, para, a través de ello y de otros procedimientos, hacerlos reales y efectivos en la práctica de la vida individual y colectiva.

Estamos hablando, pues, de exigencias humanas básicas, éticamente insuprimibles, que se pueden calificar como «derechos» (fundamentales) si se quiere concordar más con los usos habituales del lenguaje tanto del pasado (derechos naturales) como de amplios y plurales sectores del presente. Se les pueden llamar «derechos» también porque invocan y precisan más de esa explícita garantía y protección por el Derecho. Existen, en cualquier caso, como exigencias éticas, antes y por encima del Derecho, pero si éste no les reconoce, si no les da entrada en el «centro de imputación» y en la medida en que no lo haga, tales exigencias éticas no serán socialmente operativas como derechos a los que las instituciones apoyen con su importante coacción y sanción. Siendo esto así, prefiero, no obstante, pensar en que si el Derecho, a pesar de esas razones éticas y esas luchas sociales, se empecina en su negación y desconocimiento, pues a la larga, y no tan a la larga —hay, por fortuna, buenos ejemplos—, tanto peor será para ese inicuo Derecho y sus servidores; aunque por descartado que quienes de hecho y antes de nada lo sufrirán serán en todo caso seres humanos concretos e individuales a quienes se priva injustamente de ellos.

De lo dicho hasta aquí se infiere, entre otras cosas, que la legalidad, el Derecho positivo, se muestra y se contiene de modo muy esencial en el que, con expresión más técnica aunque no exenta de malinterpretaciones y ambigüedades, suele calificarse como Derecho válido. La validez del Derecho es, en efecto, categoría central, definitoria para el reconocimiento de un sistema normativo jurídico. Pero, ya se ha dicho, este valor de la validez jurídica no ha de confundirse (iusnaturalismo) con el valor de la justificación ética del Derecho. Un Derecho válido puede ser un Derecho injusto. Validez es, puede ser, diferente de justicia. Hablamos así de que un testamento, un contrato, un acto administrativo o una sentencia son válidos (o no), de que —en niveles menos

solemnes— un billete (una entrada) para un teatro o un concierto de música es válido, es legal, lo mismo que hablamos más en general de que un Derecho es (o no) válido sin prejuzgar con ello para nada sobre lo que unos u otros piensan sobre su justicia o injusticia. La validez jurídica deriva de las claves fundamentales de identificación del propio ordenamiento (Constitución), si bien en última instancia con radical dependencia empírica de la validez de su efectivo respaldo por el poder social y político.

Ex facto ius oritur. El Derecho nace del hecho, señalaban ya los juristas romanos. Y del Derecho como hecho han hablado en nuestro tiempo Olivecrona y las teorías empiristas del Derecho. Pero, desde ahí, lo que yo propongo en estas páginas es, en cierto modo, la radicalización —la búsqueda de las raíces— de tal empirismo: el hecho jurídico no es sólo, ni básicamente (como en aquéllos), el hecho judicial. Si falta o desaparece en su conjunto el centro de imputación adjudicado a los aparatos judiciales —situación grave, casi límite—, será ese poder social y político, constituyente y constituido, quien tiene finalmente que responder y, en consecuencia, actuar para que el sistema jurídico no deje de funcionar.

El Derecho procede, pues, en última instancia de la sociedad (con la mediación del Estado): éste y aquél son, por tanto, producción social y vienen (en las democracias, libremente) determinados por ellas, por unos u otros sectores, grupos, clases, que logran de hecho controlar el poder político institucional. Pero las normas jurídicas, su mera presencia y su aplicación práctica, producen a su vez efectos sociales, vuelven —por así decirlo— a la sociedad, cumpliendo de hecho unas u otras muy distintas funciones: como sistema de organización, como instrumento de opresión y como obstáculo a las transformaciones sociales, como deseable y efectivo factor de liberación y de cambio social. Todo ello es, o debiera ser, investigado empíricamente, comprobado científicamente, por la Sociología jurídica. Con esa información y mediación se fortalece la valoración ética y crítica del Derecho positivo y de sus funciones llevada a cabo por la Filosofía del Derecho.

El Derecho válido (Ciencia del Derecho) no vale para lo mismo (Sociología del Derecho) ni vale lo mismo (Filosofía del Derecho). Esta polisemia permite diferenciar, pues, entre validez jurídica, facticidad sociológica y valoración ética. La validez jurídica es autónoma respecto de aquello para lo que de hecho está valiéndose o ha valido en una sociedad (o en la historia) uno u otro sistema de legalidad: función regresiva u opresiva, de obstáculo al

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

cambio, función progresiva, transformadora y de liberación social; y es también autónoma, no indiferente, al valor ético, a la justificación o no, de tal Derecho. Precisamente la Filosofía del Derecho es quien, contribuyendo a diferenciar entre esas dimensiones empíricas de las ciencias jurídicas, la Dogmática, la Sociología y la Historia del Derecho, trata a su vez de establecer y reconstruir las necesarias comunicaciones entre ellas y su contraste crítico con la ética, con la teoría de la justicia.

Desde esa perspectiva y con ese propósito, hoy la más relevante Filosofía del Derecho, entendida como totalización crítica de tales dimensiones de la facticidad jurídica, será en definitiva –salvado igualmente el propio riesgo iusnaturalista– la no sacralización acrítica de esa triple, no exhaustiva, reducción científicista: a) la de un Derecho positivo que, sin aquella, se convertiría así en la instancia única –incluso la única justa–, la más absoluta, dogmática e indiscutible para regular los comportamientos humanos, como querría algún positivismo extremo de signo irremediablemente conservador; b) la de un total conformismo sociologista ante lo realmente existente, ante lo que de hecho también en la práctica jurídica haya logrado imponerse en un determinado grupo social o en preeminentes sectores de él: para algún empirismo abstracto parecería casi que diera igual el cómo y el qué acaba por imponerse: c) asimismo, la de una interesada mitificación, sacralización de la historia, una simulada mistificación de aquella como ciencia; y desde ahí la esencialista inmovilización del pasado, su tradicionalista deificación (y reificación) con la falaz exigencia conclusiva de que lo que ha sido (en el pasado) debería sólo por ello mismo seguir siendo en el presente y futuro: es decir, la vieja infamia, el viejo látigo que no por viejo deja, sin embargo, de ser infamia y látigo.

Frente a esa sacralización acrítica del pasado y de lo existente sin más (jurídico o social), la filosofía de nuestro tiempo es y debe ser, por el contrario, conciencia crítica de la historia, conciencia crítica de la realidad. No para cualquier cosa sino precisamente para, con base en un conocimiento y un diálogo racional, contribuir a transformar el Derecho y la Justicia desde –en esta concepción– esos valores, exigencias éticas fundamentales, de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. Y, a mi juicio –aquí también en comunicación y debate con la reciente e importante obra de Jürgen Habermas *Facticidad y validez*–, la mejor vía concreta para ello es en nuestros días la que se expresa en la fórmula del Estado social y democrático de Derecho.

II

La legitimidad y justificación del Derecho, de la legalidad, se sitúa, hoy, pues, de manera muy fundamental en su progresivo contraste con esos principios y exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Se trata, pues, de especificar aquí esos caracteres y requisitos institucionales y sociales como resultado del debate en la mejor filosofía jurídica, ética y política actual y ante un próximo futuro identificado por la globalización del mundo y la universalización de tales principios y derechos. La idea básica y el consecuente criterio orientador de todo ello reside, a mi juicio, en entender que el Estado de Derecho se vincula de modo necesario a la democracia, a la inacabable e imprescindible tarea de construir una sociedad democrática. Quiere esto decir que las exigencias éticas y políticas de la democracia, la doble participación en las decisiones y en los resultados (necesidades, derechos, libertades), se trasladan y deben trasladarse de modo coherente, aunque a través de procesos históricos complejos, al marco jurídico, institucional y normativo del que llamamos Estado de Derecho.

El Estado de Derecho es el imperio de la ley: exige, por tanto, la sumisión, la subordinación a ella de todos los poderes del Estado; y de todos los poderes no estatales, sociales, económicos y demás; y de todos los ciudadanos, por supuesto. El legislativo, Parlamento que representa al pueblo en quien reside la soberanía, es en este sentido poder prevalente por ser quien —de acuerdo con la Constitución— fabrica las leyes, quien puede cambiarlas y derogarlas. Y eso vale y debe valer tanto en un ámbito nacional (y/o estatal) como, con necesarias transformaciones, para el inmediato futuro transnacional (supraestatal). Los poderes ejecutivo y judicial actúan (deben actuar) siempre en su marco, dentro de la legalidad, con posibles zonas restringidas de discrecionalidad (nunca de arbitrariedad), es decir, aunque con función creadora e integradora, dentro siempre del sistema jurídico. Diferenciación, pues, de poderes con comunicación entre ellos, mejor que separación con escisión e incomunicación. Y especial control sobre el Gobierno, sobre la Administración, con fiscalización y responsabilidad política ante el Parlamento y jurídica ante los Tribunales de Justicia.

Estos caracteres elementales, básicos, del Estado de Derecho se han recordado aquí únicamente para subrayar enseguida que

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más —como a veces parece creerse— a cualquier especie de imperio de la ley. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (¡indiscutible imperio!) de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus clanes minoritarios), y hasta —diríamos— para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y alegar que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y substancial al Estado de Derecho —como bien se señala en el Preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia— es su concepción del «imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»: es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática) pero nunca Estado de Derecho. Desde luego que cuanto mayor y mejor, en cantidad y calidad, sea dicha participación por de pronto en las decisiones, mayor legitimación y mejor legitimidad tendrán esa democracia y ese Estado de Derecho.

Obsérvese, con implicaciones teóricas y prácticas de la más decisiva importancia, que tal concepto de imperio de la ley se comprende y, a su vez, deriva todo su sentido; es decir, se sustenta y se fundamenta en y desde valores y exigencias éticas (derechos, preferirán decir otros) que constituyen el núcleo de su misma coherencia interna y también de su justa legitimidad. Su raíz está precisamente en el valor de la libertad personal, de la autonomía moral y de todo aquello (sin perfeccionismos ahistóricos) que la hacen más real y universal.

Si el Estado de Derecho es (así democráticamente entendido) imperio de la ley, resulta evidente que aquél es y habrá de ser por encima de todo imperio de la ley fundamental, imperio de la Constitución. Desde este punto de vista resulta obvio (casi tautológico) que todo Estado de Derecho es Estado constitucional de Derecho. El poder legislativo, poder prevalente —decíamos más arriba— en el ámbito del poder constituido, es y debe ser un poder, a su vez, subordinado a la Constitución: para controlar motivadamente esto existe por de pronto el Tribunal Constitucional. Aquél

está y debe estar así subordinado, en última instancia, al poder constituyente –supremo poder soberano– que es quien, por los procedimientos por él establecidos, a su vez podría asimismo revisar y reformar la propia Constitución. (Para el trasfondo último de todo ello –Kelsen y bibliografía posterior hasta el propio Habermas– reenvío a algunas puntualizaciones de mi *Curso de Filosofía del Derecho*, publicado por Marcial Pons Editor en 1998.)

Es verdad que en el pasado, por lo general de manera no expresa, se ha tendido con excesiva frecuencia y simplicidad (¿interesada?) a definir de modo reductivo a la Constitución con un carácter casi meramente programático, es decir no prescriptivo, no (más o menos) directamente normativo. Frente a tales reducciones, el entendimiento actual de la Constitución como norma jurídica, con todas las mediaciones y reservas que la prudencia (incluso la jurisprudencia) autorice o permita introducir, me parece una conquista a todas luces muy positiva y por completo coherente con el mejor Estado de Derecho. Los juristas, de todos modos, no deberían disminuir más allá de la cuenta (jurídica) esa significación y esa función, política y socialmente muy relevante, adjudicada y de hecho impulsada por las Constituciones en ese conflictivo pasado del siglo XIX y parte del XX. La prueba indudable es lo mucho que se luchaba en esos tiempos por la Constitución, su tan emotiva simbología en el «inconsciente colectivo» (fiestas y plazas de la Constitución por doquier)... y –señal decisiva– la prisa que se daban los enemigos de ella para, acá o allá, derrogarla, destruirla o falsearla en cuanto podían. Las leyes eran, desde luego, muy importantes (¿alguno diría que lo realmente importante eran los reglamentos!) pero también lo eran, a pesar de todo, las Constituciones.

Todo esto viene aquí y ahora a cuento de mis fuertes reservas –asumido críticamente tal proceso histórico– frente a la, en nuestros días tan en auge, extremosa contraposición doctrinal que de modo esencialista (¿iusnaturalista?) quiere establecerse entre un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho. En esta perspectiva se demoniza al primero como producto espurio de los políticos y de las mayorías y se deifica al segundo como resultado excelso de la obra hermenéutica de sabios juristas y expertos minoritarios. Sin prescindir en términos concretos de la crítica, yo sin embargo por principio y por coherencia aproximaría mucho más ambas instancias, Constitución y legislación. La Constitución no debe ser utilizada *a priori* contra la legislación: en definitiva, la procedencia, la gé-

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

nesis, la raíz de una y otra no es tan radicalmente diferente u opuesta, sin que con ello se niegue para nada la superior calidad de la cantidad procedimental acogida en la Constitución. Para esta concepción, que hago mía, todo Estado de Derecho es, pues, Estado constitucional, legislativo y hasta judicial de Derecho; y en él, por supuesto, la Constitución es la norma fundamental (a no confundir, de todos modos, con la kelseniana *Grundnorm*, de carácter lógico trascendental), encontrando en la norma legal su primera y principal interpretación, concreción y realización. Imprescindible en este contexto —debería resultar obvio advertirlo— la crítica y autocrítica para la siempre abierta revisión y transformación de tal Derecho positivo, así como para la necesaria reforma y autentificación de las instituciones jurídico-políticas de la democracia participativa y representativa (Parlamento, partidos políticos, sistemas electorales, etc.) y, por lo tanto, del mismo Estado de Derecho.

Mis cautelas, lo reitero de modo expreso, y mis advertencias críticas frente al mimético entusiasmo actual por la fórmula del Estado constitucional de Derecho lo son y aumentan en la medida —como digo— en que éste, por un lado, implique y favorezca una real infravaloración de las instituciones legislativas democráticas y, por otro (derivado de ahí), en cuanto que la interpretación y aplicación de los superiores principios y valores constitucionales pretendan atribuirse y reducirse de manera casi exclusiva o muy predominante a las meras instancias y criterios de los órganos judiciales. Entre éstos y aquéllos, imprescindibles, están y tienen que estar, con toda su fuerza y legitimidad, las normas legales (legislativo estatal nacional o, cada vez más, supranacional, Unión Europea y demás) que, entre otras cosas, aseguren en todos los órdenes un trato mucho más igual. La invocación al Estado constitucional de Derecho de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, saltar, al Estado legislativo de Derecho, ni puede por tanto valer como disfraz ideológico para un reductivo Estado judicial de Derecho, poco acorde con la legalidad (incluida la constitucional) y la democrática legitimidad: en tal situación todos los conflictos y luchas políticas se trasladarían entonces (aún más) al interior del poder judicial. Para que quede bien claro todo lo anterior —así lo espero— recordaré que hace ya muchos años, defendiendo como hoy la función creadora (incluso alternativa) del juez, puse por escrito que, a mi juicio, donde mejor y de modo más coherente funciona una necesaria «magistratura democrática» es precisamente en el marco siempre abierto y crítico de una

precedente y consecuente legislatura democrática.

Pero el Estado de Derecho no es sólo cosa de juristas, única y exclusivamente una cuestión jurídica. En él, como siempre tendría que ser, el Derecho y el Estado no son sino medios oportunos, puede que imprescindibles, para un fin más esencial: no se hizo el hombre para ellos, sino ellos para el hombre, para los seres humanos. Y a quienes en rigor más importa que aquél exista, funcione y sea real y formalmente respetado no es tanto –aunque también– a los gobernantes (así, en definitiva, más y mejor controlados) sino a los ciudadanos, a sus derechos, libertades y necesidades; y muy especialmente les interesa –tendría que interesar– a aquellos que pueden protegerse menos, o nada, por sus propios medios, empezando por los de carácter económico. Pero para que ello sea o fuere así, es necesario, requisito ineludible, que tales demandas, exigencias éticas y sociales, se encuentren efectivamente reconocidas y garantizadas por el Estado de Derecho: por unas normas jurídicas, Constitución, leyes, decisiones administrativas y judiciales, que de verdad incorporen contenidos –prescripciones– concordes con la protección y realización de tales derechos fundamentales.

Éstos, los derechos fundamentales, constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que componen aquél. La democracia, doble participación, es, ya veíamos –además de participación en decisiones–, demanda de participación en resultados, es decir en derechos, libertades, necesidades. El Estado de Derecho, en esa su empírica y también racional vinculación e interrelación con la democracia, lo que hace es convertir en sistema de legalidad tal criterio de legitimidad: y en concreto, en esa segunda perspectiva, institucionaliza de uno u otro modo esa participación en resultados, es decir, garantiza, protege y realiza (en una u otra medida según tiempos y espacios, historia y lugar) unos u otros derechos fundamentales.

No voy aquí a reproducir, a repetir, la historia de esa decisoria interrelación entre Estado de Derecho y derechos fundamentales. Por supuesto que se empieza por la exigencia de protección para, especialmente, derechos, libertades y necesidades de ciertos sectores sociales más poderosos, la burguesía y sus propiedades. Pero la mínima coherencia interna de las justificaciones éticas ahí alegadas y, sobre todo, las presiones y luchas, digamos, externas, de los otros sectores excluidos, habrían de ir conduciendo cada vez más el proceso –con grandes esfuerzos y dificultades– por las

FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD

vías de una relativa, todavía muy incipiente, universalización. Si se pide —como tan necesaria y esencial— la libertad (derecho natural y racional, se decía entonces), lo lógico es que esa libertad lo sea para todos (igual) y que sea real (no ficticia, ni sólo formal). Y, a mi juicio, también resulta completamente lógico (tanto de lógica racional como histórica, si es que en ella se puede así diferenciar) que esos procesos y progresos de los derechos fundamentales se incorporen con responsabilidad a su protección efectiva por distintos y correlativos tipos de Estado de Derecho. Si no fuese así, si no se produce esa real correlación, tendrían razón los que alegaban ayer y hoy que, en definitiva, el Estado de Derecho es y no puede dejar de ser un Estado de derechas. Pero yo no lo creo así: creo, en cambio, en la capacidad integradora y en la fuerza creadora de aquél.

En esa básica interrelación entre democracia y Estado de Derecho es donde precisamente se inscribe y adquiere, por tanto, pleno sentido esa diferenciación conceptual e histórica (primero histórica, por supuesto) referida a estos dos ya consolidados modelos que son el Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho. Los caracteres de ambos son sobradamente conocidos, aunque pueda siempre debatirse y precisarse sobre ellos: en amplia medida hoy se expresarían respectivamente como deterioro o progreso del *Welfare State* en unos u otros países. Mis propias posiciones personales, análisis y juicios críticos incluidos, estaban ya en mi viejo libro (de 1966) *Estado de Derecho y sociedad democrática* y, con posterioridad —con menores fracturas, creo, de las que en estos complejos tiempos han sido tan habituales—, en otros trabajos mucho más recientes citados en el apéndice bibliográfico que puede encontrarse en la última reedición de aquél (Taurus Ediciones, 1998). A todo ello reenvío para poder seguir ahora justificando, ante las insuficiencias tan radicalmente diferentes de aquellos dos (de ningún modo, pues, en una relación de equidistancia) la necesidad de ir adelante —en universalización real de libertades e igualdades— con esa propuesta, se le ponga el mote que se prefiera, que yo denomino y denominaba Estado democrático de Derecho.

Con ello —me temo que sea necesario advertirlo— no se infravaloran para nada ni las aportaciones ni, sobre todo, las potencialidades (válidas por sí mismas o como base para transformaciones más de fondo) del Estado social. Pero lo que no se ocultan son las frustraciones y contradicciones, ni las reducciones en él de hecho introducidas por otros importantes poderes: de ahí derivan los in-

dudables déficits de universalización, los muy conservadores dogmas tecnocráticos, la ideología del fin de las ideologías, hoy «el pensamiento único», las connotaciones elitistas y discriminatorias (respecto de minorías o sectores marginados y, de manera muy especial, respecto del que antes llamábamos «tercer mundo»), el deterioro y degradación constante del medio ambiente, la absoluta imposición de los análisis y las recetas economicistas, la correlativa prevalencia de la especulación financiera sobre la empresa productiva, la sacralización en definitiva de la mera razón instrumental. Lo que, en definitiva, aquí se critica son fundamentalmente esas graves reducciones neoliberales o ultraliberales del *Welfare State* que, incluso, han contaminado en más de un momento las políticas impulsadas desde partidos o gobiernos socialdemócratas. ¿O no ha sido así?

No se infravalora, pues, el Estado social de Derecho, es decir no se le valora —creo— en menos de lo que ha sido y, con dificultades, sigue siendo; ni se infravalora aquí tampoco el Estado liberal de Derecho. En ellos se institucionalizan ciertas fases de la evolución democrática: ambos son Estados de Derecho frente a cualquier dictadura (que es lo que teníamos en España cuando aquel viejo libro mío se publicó) y en ellos se protegen, aún con grandes y no equiparables deficiencias de universalización, importantísimos derechos humanos. El Estado social de Derecho es, con mucho, lo mejor que hasta ahora hemos logrado inventar e implantar. Pero entonces y hoy —con las consecuentes diferencias de tiempo y hasta de lenguaje— de lo que se trataba es de no parar la historia, ni de ocultar esas graves deficiencias económicas, políticas, sociales, culturales del mundo realmente existente. Para esa transformación yo precisamente hablaba y hablo de socialismo democrático, de socialdemocracia si los posibles críticos se quedan más tranquilos, hoy de nuevo ésta en fase de recuperación: y desde ahí propugnaba y sigo, desde luego, propugnando un —creo— muy consecuente Estado democrático de Derecho.

Considero, pues, que los valores que dan sentido al Estado social y democrático de Derecho —libertad, igualdad, solidaridad— constituyen hoy la mejor vía de legitimidad y de legitimación del Derecho y del Estado actual. De ahí deriva la legalidad, la teoría del Derecho, y la legitimidad, la teoría crítica de la Justicia, que encuentran más sólido fundamento en la Filosofía jurídica y ética de nuestro tiempo: como base, Kant, y después en pluralidad, vuelvo a recordar, de Kelsen a Bobbio, a Hart y a Rawls o Habermas. □