

RAZONES Y LIMITES DE LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL DERECHO

S U M A R I O

- I. *Significación y supuestos metódicos del problema.*
 - 1) La legitimación democrática del Derecho.
 - 2) La democracia como momento de la actividad política y principio constitutivo del Estado.
 - 3) Las dimensiones ontológicas del Derecho. El carácter preceptivo del mismo.

- II. *Razones de la legitimación democrática del derecho.*
 - 1) Razones teológicas.
 - 2) Razones filosófico-jurídicas.
 - 3) Razones pragmáticas.

- III. *Límites de la legitimación democrática del derecho.*
 - 1) Límites funcionales.
 - 2) Límites pragmáticos.
 - 3) Límites filosófico-jurídicos.

- IV. *¿Por quién y cómo debe determinarse el derecho formalmente válido?*
 - 1) Estructura y dinámica de la vida social.
 - 2) Tareas de la minoría.
 - 3) Tareas de la mayoría.

I. SIGNIFICACION Y SUPUESTOS METODICOS DEL PROBLEMA

1. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DEL DERECHO

La democracia no es hoy sólo una idea acerca de la configuración del poder y del orden político sino —sobre todo y fundamentalmente— una aspiración, una pasión del hombre moderno que penetra todos los ámbitos de la vida social y se erige en supremo criterio de valoración tanto del orden institucional como de la teoría y de la acción política. Burdeau

ha sintetizado, con tanta brillantez como acierto, la significación del «pathos» democrático del momento actual al señalar que «la democracia es hoy una filosofía, una manera de vivir, una religión y, casi accesoriamente, una forma de gobierno» (1).

Con todo, la idea de democracia ha sufrido un proceso de degradación en un doble frente:

De un lado, la transformación de la democracia en un sentimiento, en un «pathos», ha provocado la extrapolación de la idea de democracia del plano específicamente político, que es donde la democracia encuentra su sede legítima, a otros ámbitos que no le son propios. Como consecuencia de esa extrapolación, también en esos ámbitos, que no son los típicos del quehacer político, se pretende pensarlo, plantearlo y resolverlo todo «democráticamente».

Esa extrapolación de la democracia, que constituye un auténtico morbo del mundo moderno, es la que de modo tan implacable como certero fustigó Ortega y Gasset en su ensayo *Democracia morbosa* (2).

De otro lado —y ese es el segundo frente al que hacíamos referencia al principio—, hay que subrayar el proceso de degradación de la democracia simbolizado por el paso de una concepción ética de la democracia a una concepción puramente formal y técnica de la misma (3).

La idea de democracia aparece en el pensamiento occidental vinculada indisolublemente a las ideas de dignidad, libertad e igualdad entre los hombres (4), constituyendo un mero corolario de tales principios éticos el postulado, surgido y extendido ya por la Grecia clásica, de que la voluntad mayoritaria del pueblo era la fuente última de legitimación de toda decisión política (5). Así, pues, la pretensión de la democracia de

(1) *La Democracia*, trad. esp. de Angel Latorre, Ed. Ariel, S. A., Barcelona, 1970, pág. 19.

(2) En «Obras Completas», T. II (El Espectador, 1916-1934), 3.ª ed. Revista de Occidente, Madrid, 1954, pág. 140. Cfr. págs. 135 y sigs.

(3) BURDEAU ha hablado, en análogo sentido, del paso de una *democracia gobernada* a una *democracia gobernante*. Cfr. *op. cit.*, págs. 53 y sigs.

(4) Cfr. Luigi STURZO, *Fundamentos de la democracia*, Ed. del Atlántico, Buenos Aires, 1957, págs. 24 y sigs.

Jacques MARITAIN, *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. esp. de Héctor F. Mirí, Ed. La Pléyade, Buenos Aires, 1972, pág. 59.

(5) Werner JAEGER, *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, trad. esp. de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces, 2.ª ed., 2.ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pág. 294.

A una conclusión análoga parece llegar Raymond ARÓN al estudiar la significación de la democracia en la obra de Tocqueville. A este respecto escribe ARÓN: Para TOCQUEVILLE, «la democracia es la igualación de las condiciones. Es demo-

ampliar las posibilidades de participación del pueblo en las tareas políticas, incorporándolo al normal desenvolvimiento de las mismas, aparece fundada en la idea de que la asunción de responsabilidades públicas por el pueblo era una forma importante de contribuir al desarrollo y al perfeccionamiento de los ciudadanos; el mejor modo de realizar un arquetipo humano cuyos valores fundamentales eran la racionalidad y la dignidad (6).

Con el tiempo, ese núcleo ético —sometido a un proceso de erosión bajo el influjo del materialismo y del irracionalismo, en sus diferentes manifestaciones, el impacto del positivismo, y el advenimiento de las masas, en el sentido orteguiano del término (7) —ha ido progresivamente perdiendo significación, pasando a ocupar un segundo plano, cuando no ha sido abiertamente eliminado bajo los nombres de metafísica, derecho natural, ética...—, dejando así desprovistos a los llamados derechos humanos, que constituyen parte sustancial del concepto de democracia, de toda sólida fundamentación ontológica y expuestos a todo tipo de amenazas y peligros, bajo una concepción puramente técnica y formal de la democracia.

La volatización de ese núcleo de significación ética, específico de la idea originaria de democracia, ha provocado, en el plano conceptual, un cambio de ideas cuyo rasgo más significativo es el paso de una concepción ética de la democracia a una concepción puramente técnica de la misma, cifrada esencialmente en la formación de la voluntad del Estado y en la selección de los gobernantes a través del sufragio universal. Para la común mentalidad moderna la idea de democracia se reduce fundamentalmente a una técnica de organización del poder; a un mero procedimien-

crática la sociedad donde ya no perduran las distinciones de los órdenes y las clases, donde todos los individuos que forman la colectividad son socialmente iguales... Pero si tal es la esencia de la democracia —razona ARÓN (y aquí viene la consecuencia que se deduce del principio de igualdad)— es comprensible que el gobierno adaptado a una sociedad igualitaria sea el que, en otros textos, TOCQUEVILLE denomina gobierno democrático. Si no hay diferencia esencial de condición entre los miembros de la colectividad, es normal que la soberanía corresponda al conjunto de individuos». *Las etapas del pensamiento sociológico*, Vol. I, trad. esp. de Aníbal Leal, Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1970, págs. 271 y 272.

(6) Cfr. D. LANE, *The Cost of Realism: Contemporary Restatements of Democracy*, en «The Western Political Quarterly», vol. XVII, 1964, pág. 140.

La participación en las tareas políticas era el medio de «educación para la *areté* que impregna al hombre del deseo y el anhelo de convertirse en un ciudadano perfecto y le enseña a mandar y a obedecer, sobre el fundamento de la justicia». Werner JAEGER, *op. cit.*, págs. 115 y 116.

(7) Cfr. José ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, 15.ª ed. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1961, págs. 16, 17, 35 y sigs.

to de selección y designación de gobernantes. Así parece reflejado en el pensamiento de Schumpeter (8), de Manheim (9) y de Lipset (10), entre otros (11).

Desde esta perspectiva formal y técnica resulta que lo que en definitiva califica a un determinado sistema político de democrático son los procedimientos institucionales específicos a través de los cuales se expresa esa voluntad popular (sufragio universal, representación y concurrencia de partidos, reconocimiento e institucionalización de la oposición, gobierno de la mayoría...) (12). La democracia así entendida aparece desprovista de todo contenido y de toda significación ética, ya que uno de sus rasgos más significativos es precisamente el partir de un «relativismo axiológico»

(8) Para SCHUMPETER la democracia consiste en un «sistema institucional caracterizado por la existencia de una serie de individuos que, como consecuencia del resultado de una lucha competitiva por los votos del pueblo, adquieren el poder de adoptar decisiones políticas». *Capitalisme, socialisme et democratie*. Ed. Payot, París, 1963, págs. 366 y 367.

(9) Según MANNHEIM la democracia consiste en una determinada modalidad de seleccionar a la minoría que ejerce el poder. «En lo que se refiere a las diferencias entre la selección democrática de minorías y la selección no-democrática, el elemento más importante —dice— consiste evidentemente en la anchura de base para la selección. Un sistema es democrático —para MANHEIM— solamente si el reclutamiento de la minoría no se limita a los miembros de un grupo cerrado». *Ensayos de sociología de la cultura*. Ed. Aguilar, Madrid, 1963, pág. 284.

(10) «La democracia en una sociedad compleja —dice LIPSET— puede definirse como un sistema político que suministra oportunidades regulares para el cambio de los dirigentes gobernantes, y un mecanismo social que permite influir sobre las decisiones más importantes mediante la elección entre contendientes para cargos públicos.» *El hombre político*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 25. Cfr. Umberto CERRONI, *Introducción al pensamiento político*. Ed. Siglo XXI, Madrid, 1967, páginas 76 y sigs.

(11) En este mismo sentido para Jiménez de PARGA la democracia consiste en que los ciudadanos intervengan «en el planteamiento y solución de los problemas comunitarios, eligiendo a los gobernantes, fiscalizándoles, participando en la creación y desarrollo de una opinión pública, tomando parte activa en las manifestaciones y consultas populares». *Qué es la democracia*. Ed. La Gaya Ciencia. Barcelona, 1976, pág. 11. Véase el desarrollo de estas ideas en las págs. 29 y sigs., 39 y sigs., y 59 y sigs.

Jürgen HABERMAS, por su parte, reduce la problemática de la democracia a meras «cuestiones de organización». *La legitimidad, hoy*, en *Revista de Occidente*, Tercera época, núm. 9, julio de 1976, pág. 7.

(12) Cfr. Giovanni SARTORI, *Democracia*, en «Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales», Vol. III, Ed. Aguilar, Madrid, 1974, págs. 489 y sigs.

Hebert MARCUSE, *El hombre unidimensional*. Ed. Barral, Barcelona, 1969, páginas 144 y sigs.

casi absoluto: la voluntad del Estado está formada en cada momento —al margen de todo valor ético— por el querer de la mayoría expresado a través de los adecuados cauces institucionales (13). De esta forma, y en virtud del relativismo axiológico subyacente a la idea de democracia, ese querer mayoritario puede volverse contra las libertades fundamentales del hombre porque la democracia, concebida de este modo, no conduce ni garantiza necesariamente la libertad ni el respeto a los demás derechos humanos. La actitud del primer Radbruch, expresada en su doctrina del fin del derecho y en su teoría filosófico-jurídica de los partidos (14), en el plano de la teoría, y el fenómeno de la dictadura nacional-socialista, elevada al poder en virtud del consenso mayoritario del pueblo alemán, y la reciente legalización del aborto en algunos países (Alemania, Italia...), en base al juego democrático de las mayorías, en el ámbito de los hechos, son ejemplos sobre los que convendría reflexionar a este respecto.

En relación con el derecho la idea puramente formal y técnica de la democracia desemboca en una concepción rigurosamente positivista de la validez jurídica: el pueblo —que es el titular del poder— decide de modo soberano, directamente o mediante representantes, lo que es la ley, lo que ha de valer como derecho: *derecho es lo que en cada momento quiere la voluntad popular*.

La democracia funciona así como una fórmula política de legitimación, idea esta que, como explica Gaetano Mosca, responde a una necesidad «de la naturaleza social del hombre; es —dice— la necesidad, universalmente sentida, de gobernar y sentirse gobernado no sobre la base de la fuerza material e intelectual, sino también sobre principios morales» (15).

(13) Cfr. Jacques MARITAIN, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

Por principio, salvo el dogma de la soberanía popular y el consiguiente derecho de los ciudadanos a participar en el proceso de formación de las decisiones del poder —que constituyen la expresión técnico-jurídica de tal soberanía— todo, según parece, estaría sometido a discusión, y el pueblo —a través de mayorías expresadas por votos, votos que no se valoran sino que sólo se cuentan—, podría decidir sobre cualquier asunto.

(14) Cfr. Gustav RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 3.ª ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 70 y sigs. y 81 y sigs.

El relativismo axiológico inicial de RADBRUCH y, con él, la concepción puramente formal y técnica de la democracia, aparecen superados en su pensamiento posterior en donde subraya la significación ética de la democracia, indicando que «la democracia no es, en modo alguno, indiferente ante las concepciones políticas, sino por el contrario, una concepción propia y peculiar, centrada en el valor positivo de la libertad. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, 3.ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pág. 166.

(15) *La clase política*, Ed. Laterza, Bari, 1966, págs. 86 y 87.

Ahora bien, ¿puede la democracia, tal como se viene entendiendo en la actualidad, cumplir plenamente esa función legitimadora que en ella se busca? A nuestro modo de ver, la recta comprensión y valoración del problema de la legitimación democrática del derecho requiere una serena meditación a la luz de dos supuestos metódicos previos: de un lado, la significación de la democracia como momento del complejo proceso de la actividad política y principio constitutivo del Estado (doctrina del «régimen mixto»); de otro lado, el valor que entrañan al respecto las dimensiones ontológicas del derecho.

2. LA DEMOCRACIA COMO MOMENTO DE LA ACTIVIDAD POLÍTICA Y PRINCIPIO CONSTITUTIVO DEL ESTADO

La actividad política, en cuanto acción guiada por el juicio de la prudencia, supone una adecuación de medios a fines y, en cuanto tal, implica conocimiento, valoración, selección y actuación tanto de los unos como de los otros. De ahí que, por su propia naturaleza, el desarrollo de la actividad política —y la elaboración del derecho es una manifestación de dicha actividad— venga descompuesto en varios momentos que aparecen atribuidos, cada uno de ellos, a órganos diferentes, muchos de los cuales no pueden tener, por razón de sus funciones específicas, un carácter democrático sino aristocrático o incluso monárquico. Dentro de los diversos momentos en que se articula el acto de poder, sólo algunos de ellos tienen significación democrática, estando los demás, por su propia naturaleza, sustraídos a la dinámica misma de la democracia.

Estas consideraciones en torno al carácter complejo de la actividad política, en cuanto actividad fundada en el proceso de la razón práctica, nos ponen en contacto —en un plano ya diferente, como lo es el propio de las formas políticas— con la doctrina clásica del «régimen mixto»; entendiéndose dicha fórmula, no como un recurso técnico de estabilización política que impida la «degeneración» del Estado —el tránsito de las formas de gobierno llamadas «puras» a las formas «corruptas» o «impuras», tal como aparece en las formulaciones clásicas de Platón, Aristóteles, Polibio, Cicerón, Santo Tomás...— sino como auténtica expresión de lo que en realidad es y entraña todo régimen político bien constituido (16). A la luz de dicha doctrina monarquía, aristocracia y democracia no son tanto for-

(16) Esta es la significación que tiene la democracia en la obra de Enrique GIL Y ROBLES. Cfr. mi artículo *La idea de democracia en el pensamiento de Enrique Gil y Robles*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 174. Madrid, noviembre-diciembre 1970, págs. 93, 94 y 109.

mas puras de gobierno —en cuanto tales sólo existirían como tipos ideales o entes de razón, pero nunca como cuerpos políticos históricos, concretos— cuanto principios que, combinados en diferentes medida o proporción según circunstancias de lugar y tiempo, componen los elementos necesarios de todo Estado bien constituido (17).

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

(17) KELSEN observa en este sentido: «... la *democracia* y la *autocracia* no son realmente descripciones de las Constituciones históricamente dadas, sino que más bien representan tipos ideales. En la realidad política no hay ningún Estado que se ciña completamente a uno o a otro de estos tipos ideales. Cada Estado representa una mezcla de elementos de ambos, de tal manera que algunas comunidades se acercan más al primero de estos polos, y otras al segundo. Entre los dos extremos existe una multitud de etapas intermedias, la mayoría de las cuales no posee una designación específica. De acuerdo con la terminología usual, un Estado es llamado democracia si en su organización prevalece el principio democrático, y autocracia si en su organización predomina el principio autocrático». *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. esp. de Eduardo García Maynez, 3.^a ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969, pág. 337.

Por su parte, el profesor FERNÁNDEZ-CARVAJAL entiende que calificar un régimen político de «democrático» supone siempre, en el mejor de los casos, incurrir en una sinecdoque. La teoría política contemporánea, escribe a este respecto, «se obstina en seguir denominando *democracia*, algo que, en realidad, es una muy compleja mixtura de democracia, aristocracia y monarquía... Todas las democracias actuales son regímenes mixtos peor o mejor dosificados, en los que el factor monárquico del liderazgo se amalgama con la existencia de un cuerpo de políticos y de expertos y con un cierto grado de intervención popular; y la mezcla estará mejor o peor dispuesta en razón de los concretos fines históricos que la comunidad haya de asumir, pues claro está que en ciertas coyunturas y situaciones habrá de predominar uno u otro de los tres factores antedichos». *La realización de una sociedad democrática*, en el vol. «Democracia y responsabilidad» (Semanas Sociales de España, XXVI sesión, Málaga, 3 al 9 de abril de 1967). Ed. Euramérica, Madrid, 1968, pág. 60. Cfr. las págs. 58 y sigs.

Sobre la significación del régimen mixto Cfr. Kurt von FRITZ, *The Theory of the Mixed Constitution in Antiquity* («A critical analysis of Polybius political ideas»), Columbia University Press, New York, 1958, págs. 63, 76 y sigs., 109, 184, 204-245, 306, 342 y sigs., y 454. M. DEMONGEOT, *El mejor régimen político según Santo Tomás*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1959, págs. 25, 26, 33, 142 a 146, 158 a 161 y 189; Eustaquio GALÁN Y GUTIÉRREZ, *La filosofía política de Santo Tomás de Aquino*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, páginas 171 y sigs.; Santiago RAMÍREZ, O. P., *Doctrina política de Santo Tomás*, Publicaciones del Instituto Social León XIII, Madrid, s/a., págs. 57 y sigs.; José Luis GUTIÉRREZ GARCÍA, *La concepción cristiana del Orden Social*. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1972, págs. 56 y 57.

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 (18).

Puede argüirse contra esta idea que el carácter monárquico o aristocrático de determinados órganos y funciones del Estado no tiene un valor distinto al propio de la democracia puesto que lo que significa la fórmula Estado democrático es que, en él, sus diferentes órganos y funciones están asistidos y desempeñados por personas elegidas por el pueblo y que cuentan con su confianza (19). Ello es verdad, pero sólo en parte, pues junto a esos órganos de carácter monárquico o aristocrático cuyos miembros pueden ser elegidos democráticamente existe el aparato burocrático que ejerce un gran poder; aparato que se mantiene idéntico a lo largo de las diferentes alternativas políticas que entraña la democracia (cambios en los grupos políticos que ejercen el poder), y cuya permanencia a través del tiempo constituye un elemento importantísimo de estabilidad y continuidad del Estado democrático mismo (20). Esta burocracia está compuesta, en determinados niveles, por cuerpos auténticamente «aristocráticos» —proclives, a menudo incluso, a actuar con una significación «oligárquica»— con funciones importantísimas dentro del proceso político —ellos son a menudo quienes preparan el trabajo y las decisiones de los órganos políticos y representativos (21)— y cuyos miembros están ahí por su saber, por su competencia técnica, pero no porque tengan la confianza del pueblo ni ostenten representación alguna de signo democrático (22).

(18) Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Razones y límites de la democracia*, Discurso de Apertura del Curso 1965-66. Universidad de Murcia. En «Anales de la Universidad de Murcia». Vol. XXIV. Curso 1965-66, págs. 21 y 22.

Jacques MARITAIN, *op. cit.*, pág. 58.

(19) Así, por ejemplo, en aquellos regímenes en donde el Jefe del Estado es elegido por el pueblo (República) y el Gobierno lo forma el partido o partidos que han vencido en las elecciones.

(20) Cfr. Georges BURDEAU, *op. cit.*, págs. 135 y 136.

(21) SCHUMPETER reconoce a este respecto que «en realidad no es el pueblo quien plantea los problemas ni quien los resuelve, sino que los problemas de los que depende su suerte son tratados y resueltos sin contar para nada con él». *Op. cit.*, pág. 360.

(22) A esos cuerpos se accede por procedimiento (pruebas selectivas, concursos, etcétera) cuya única significación democrática posible es la de estar abiertos a todos los ciudadanos.

3. LAS DIMENSIONES ONTOLÓGICAS DEL DERECHO. EL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL MISMO

Una concepción integral del derecho, una comprensión del fenómeno jurídico en su plenitud ontológica, permite distinguir tres dimensiones o momentos dentro del proceso histórico de su validez: la legitimidad, la legalidad y la eficacia (23).

La *legitimidad* o *justicia* constituye la dimensión ideal, racional, valorativa o filosófica del derecho. Viene referida a los valores que inspiran el derecho y que éste trata de realizar dentro del ámbito de vida social ordenado por él. Por referencia a este momento constitutivo del derecho puede hablarse de derecho justo y de derecho injusto.

La *legalidad* o *validez dogmática* del derecho supone la formulación en términos lógicos, en un sistema de legalidad, de los valores o fines que trata de realizar el derecho, el cual cristaliza así en un sistema de derecho positivo dotado de validez dogmática. A través de la legalidad el derecho aparece formulado como un dogma de observancia obligatoria. La legalidad determina la existencia de la norma jurídica en cuanto tal, en virtud de su pertenencia a un determinado sistema jurídico positivo (24). La referencia a este momento permite distinguir el derecho formalmente válido del que carece de validez dogmática.

Si la legalidad constituye la dimensión normativa del derecho, la *eficacia* constituye su dimensión fáctica o sociológica (25). Este momento viene referido al grado de aceptación, de observación real del derecho en la sociedad (26).

(23) En relación con este punto de vista véase, por ejemplo, Miguel REALE, *Teoría tridimensional del derecho* (Preliminares históricos y sistemáticos), trad. esp. de Juan Antonio Sardina-Páramo, Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, volumen núm. 12, Santiago de Compostela, 1973, págs. 40 y sigs., 55 y sigs.

Guido FASSÓ, *Storia della filosofia del Diritto*, vol. III, Ottocento e Novecento, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1976, págs. 418 y sigs.

Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus Ed., S. A., Madrid, 1971, págs. 58 y sigs.

(24) Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Introducción a la Ciencia del Derecho), trad. esp. de Moisés Nilve, 10.^a ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971, páginas 35 y sigs., 135 y sigs.

(25) Cfr. Guillermo GARCÍA-VALDECASAS, *La positividad del Derecho y la vertiente sociológica de la Ciencia jurídica*. Discurso de apertura. Universidad de Granada. Curso 1971-72, págs. 20 y sigs.

(26) Acerca de la significación de estas tres dimensiones o momentos constitutivos del derecho, cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría della norma giurídica*, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1958, págs. 35 y sigs. *Sul principio di legittimità*, en «Studi

La naturaleza de la norma jurídica —que es problema clave y de necesario planteamiento a la hora de reflexionar acerca de la significación y del alcance de la legitimación democrática del derecho— es una cuestión que hay que entender en función de las dos primeras dimensiones o momentos constitutivos del derecho: la legitimidad o justicia y la legalidad o validez dogmática.

El momento de la legalidad consiste, según se ha dicho anteriormente, en la formulación, a través de una proposición lingüística, de los valores o principios racionales que constituyen el momento de la legitimidad, los cuales son puestos como válidos, como obligatorios, en virtud de un acto de autoridad. El derecho positivo, dice Coing en este sentido, «es sin duda ser ideal, pero su validez no descansa, como la de un mandamiento o sentencia moral, en la existencia de valores morales, sino en la superior voluntad del grupo que lo ha establecido» (27).

La constatación de este hecho nos revela, en toda su plenitud, el problema de la naturaleza de la norma jurídica, en el sentido de que la norma jurídica, en cuanto criterio de conducta para seres racionales y libres, tiene, ante todo, un carácter fundamental racional: no es más que la formulación, con carácter imperativo, de la «verdad práctica» (coincidencia de la voluntad con el apetito recto). Ello significa que, aunque sólo la autoridad pueda hacer la ley y la ley exista como tal sólo en cuanto haya sido puesta por la autoridad (*auctoritas facit legem*), la dignidad de la norma jurídica reside esencialmente en su carácter racional: en ser expresión de la verdad práctica (*veritas facit legem*). Por esta razón la norma no puede, en modo alguno, ser entendida como un mero acto de voluntad, como un imperativo, porque en el imperativo la voluntad es completamente libre y no precisa fundarse en un juicio de razón (28).

Esto explica que en la norma jurídica sea necesario distinguir dos momentos de significación diferente, pero esenciales en la constitución de la misma, sin que pueda la norma reducirse a uno solo de ellos con exclusión del otro: un primer momento de carácter racional, consistente en un juicio de la razón acerca de lo que es justo o injusto (*vis directiva*), y que

per una Teoría Generale del Diritto», G. Giappichelli, Editore. Torino, 1970. página 92.

(27) *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1950, página 227.

(28) Cfr. Georges KALINOWSKI, *Introducción a la Lógica jurídica* (Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica), trad. esp. de Juan A. Casaubon, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, páginas 160 y sigs., y 188 y sigs.

constituye el fundamento ético-material de la norma; y un segundo momento, de carácter volitivo, consistente en un acto de la voluntad (*vis compulsiva*) en virtud del cual se manda hacer lo que la razón previamente ha mostrado como justo o bueno, y se prohíbe hacer lo que la razón ha descubierto como malo o injusto, dotando así al juicio de la razón de carácter preceptivo. La norma jurídica no puede ser, sin más, un mero imperativo, un dictado de la voluntad —ya se trate de la voluntad del pueblo o de la voluntad de un autócrata—, libre de todo condicionamiento o límite ético-material, sino un precepto: una síntesis de razón y voluntad, como genialmente intuyó San Agustín en su formulación de la ley eterna (29), y explicitó más tarde, a propósito del mismo tema, Francisco Suárez (30).

El carácter preceptivo de la norma y el valor de la democracia como principio integrante de todo régimen político bien constituido son los supuestos metódicos que permiten percibir en sus consecuencias más profundas el problema de la significación y del alcance de la legitimación democrática del derecho. El problema, en cuanto tal, no es de hoy, sino de siempre. Aparece planteado ya en los albores de la cultura occidental; por ejemplo, en el importante diálogo entre Alcibiades y Pericles que Jenofonte nos trasmite en los *Recuerdos de Sócrates*, y en el cual Alcibiades defiende la tesis de que la obligatoriedad de la ley no se fundamenta en la voluntad mayoritaria del pueblo sino en su racionalidad, pues la ley no es un imperativo cualquiera sino un imperativo razonable al que todos, por esa cualidad —su «racionalidad»—, deben someterse (31).

(29) *Contra Faustum manichaeum*, cap. XIII, núm. 27.

(30) Cfr. *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, lib. II, cap. III, números 4, 6 y 7. Ed. Bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, vol. I, Madrid, 1967, páginas 108 y siguientes.

(31) «Se refiere, en efecto, que Alcibiades, antes de los veinte años, tuvo con Pericles, su tutor y primer ciudadano de Atenas, la siguiente conversación acerca de las leyes:

Dime, Pericles ¿podrías enseñarme qué es la ley? Ciertamente, respondió Pericles... (y añadió) *“son leyes todo lo que la plebe reunida aprueba escribiendo y diciendo lo que se debe hacer y lo que no”*.

¿Lo será (preguntó Alcibiades) *cuando apruebe se deba hacer lo bueno y lo malo?*

Por Júpiter, mancebo —se dice haber contestado (Pericles)—, *lo bueno, no lo malo.*» JENOFONTE, *Recuerdos de Sócrates*, Lib. I, 2, 40 y sigs., en «Obras completas de Jenofonte». Ed. bilingüe y notas de Juan David García Bacca, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1946, págs. 31 y 33.

Agustín GARCÍA CALVO traduce, del siguiente modo, la respuestas de Pericles a Alcibiades acerca de qué son las leyes: «leyes son todas esas cosas que el pueblo,

Desde los supuestos anteriormente esbozados vamos a aproximarnos ahora al problema de las razones y los límites de la legitimación democrática del derecho.

II. RAZONES DE LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL DERECHO

La democracia supone una forma de constitución del orden político-social en virtud de la cual cada ciudadano participa libremente en la formación de la voluntad del Estado, en la elaboración de las decisiones políticas. La democracia entraña así la posibilidad, abierta por igual a todos los ciudadanos, de participar en el poder político mediante el acceso a los órganos de ejercicio del mismo, a través de la emisión del voto y por medio de la opinión pública. De este modo, la democracia se configura como el régimen más adecuado y conforme con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana (32).

En apoyo de la democracia y, juntamente con ella, de la legitimación democrática del derecho pueden esgrimirse razones o principios de muy diferente alcance y naturaleza. Por razones de orden sistemático vamos a agrupar esos argumentos en tres apartados: razones de orden teológico, razones de naturaleza filosófico-jurídica y razones de tipo puramente pragmático.

1. RAZONES TEOLÓGICAS

En el ámbito de la teología cristiana encontramos múltiples apoyos en favor de la participación democrática de los ciudadanos en la vida política y, a través de ella, en la creación del derecho.

Los «topoi» fundamentales que con este propósito subraya con más insistencia la doctrina social católica son los valores de la dignidad y la igualdad de la persona humana, en cuanto criatura e hija de Dios (33),

reunido en asamblea y previa aprobación, ha puesto por escrito, declarando lo que debe hacerse y lo que no». *Recuerdos de Sócrates*, Salvat Editores, S. A., y Alianza Editorial, S. A., Estella, 1971, pág. 28.

Cfr. Alfred VERDROSS-DROSSBERG, *Grundlinien der antiken Rechts-und Staatsphilosophie*, Zweite erweiterte Auflage, Springer-Verlag, Wien, 1948, pág. 60.

(32) Cfr. Georges BURDEAU, *op. cit.*, págs. 23 y sigs.

(33) «Con la dignidad de la persona humana concuerda el derecho a tomar parte activa en la vida pública y contribuir al bien común». Juan XXIII, *Pacem in Terris*, 26, cfr. los núms. 44, 53 a 56, 73 y 74.

y los deberes de fraternidad y solidaridad humanas que el cristianismo exige (34).

En función de esos valores se configuran como un hecho y un deber de justicia, y también de caridad, la participación de todos los hombres, en la medida de sus posibilidades, en la tarea colectiva del bien común, dentro de la cual representa un momento de máxima importancia la constitución de un ordenamiento jurídico que ordene justamente la vida social, dotándola de un orden pacífico, estable y seguro. El argumento teológico esgrimido a este respecto es el simbolizado por la parábola evangélica de los talentos que obliga tanto a las personas individualmente consideradas, como a las colectividades. En este sentido escribe el profesor Fernández-Carvajal: «Aunque, naturalmente, el Evangelio no hable de democracia, hay un fermento democrático en la moral cristiana. Me refiero a la obligación de actualizar los dones divinos que a todo cristiano corresponde, actualización que no debe entenderse tan sólo referida a los individuos, sino asimismo a las colectividades. Las asambleas reciben también..., sus correspondientes y específicos talentos, y la consecuente obligación de hacerlos fructificar para beneficio común. Exactamente igual que el dotado con talento artístico está moralmente obligado a expandirlo y manifestarlo, esto es, a hacer partícipes de él a sus semejantes, así también el dotado con talento político» (35).

2. RAZONES FILOSÓFICO-JURÍDICAS

a) En una perspectiva de *filosofía de la historia*, cargada de resonancias de significación providencialista, la democracia se configura como la

(34) «Exhortamos de nuevo a nuestros hijos —dice Juan XXIII— a participar activamente en la vida pública y a colaborar en el progreso del bien común. Iluminados por la luz de la fe cristiana y guiados por la caridad, deben procurar con no menor esfuerzo —añade— que las instituciones de carácter económico, social, cultural o político, lejos de crear a los hombres obstáculos, les presten ayuda positiva para su personal perfeccionamiento, así en el orden natural como en el sobrenatural». *Ibid.*, 46.

Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Razones y límites de la democracia*, cit. páginas 27 y sigs.

(35) *La realización de una sociedad democrática*, cit. pág. 64. Cfr. Raimondo SPIARZI, *Democracia y orden moral*, trad. esp. de Marcos Fernández Manzanedo, O. P. Ed. Liturgia Española, S. A., Barcelona, 1962, págs. 137 y sigs., 171 y sigs.; Nicolás M.^o LÓPEZ CALERA, *La participación del individuo en la vida social a la luz de la Encíclica «Pacem in Terris»*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», número III, Granada, 1963, págs. 141 y sigs.; José Ruiz GUTIÉRREZ GARCÍA, *op. cit.*, páginas 268 y sigs., 366 y sigs.

meta final de un proceso irreversible, providencial incluso, de igualdad de la sociedad humana. Con ese sentido aparece en la obra de uno de sus máximos estudiosos y teorizadores: en Alexis de Tocqueville.

Para Tocqueville el proceso de democratización de la sociedad constituye «el hecho más continuo, más antiguo y más permanente que se conoce en la historia... Cuando se recorren las páginas de nuestra historia —dice—, no se encuentran, por decirlo así, grandes acontecimientos que desde hace setecientos años no se hayan orientado en provecho de la igualdad... Por doquiera se ha visto que los más diversos incidentes de la vida de los pueblos se inclinan a favor de la democracia. Todos los hombres (tanto sus defensores como sus enemigos) la han ayudado con su esfuerzo... todos —añade— fueron empujados confusamente hacia la misma vía, y todos trabajaron en común, algunos a pesar suyo y otros sin advertirlo, como ciegos instrumentos en las manos de Dios» (36). Tocqueville resume el alcance de ese proceso histórico, gradual y providencial, de democratización de la sociedad diciendo: «... es universal, durable, escapa a la potestad humana y todos los acontecimientos, como todos los hombres, sirven para su desarrollo» (37).

b) *La democracia* se nos presenta hoy como *una condición y una exigencia de la igualdad y de la libertad del hombre*; «de la igualdad en la libertad», como diría Tocqueville (38), que exige la participación de todos en el ejercicio del poder.

Esa idea aparece ya, en la antigüedad, en el uso que en Grecia se hace del término «diké». Este concepto, que lleva implícita la idea de igualdad, empleado como instrumento de combate en las luchas políticas, puede significar «la activa participación de todos en la administración de

(36) *De la Démocratie en Amérique*, en «Oeuvres Completes», T. I., vol. I, Introduction par Harold J. Laski, Note préliminaire par J. P. Mayer, Ed. Gallimard, 1961, págs. 1, 3 y 4; Cfr. Leopold von RANKE, *Pueblos y Estados en la Historia Moderna*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pág. 66.

(37) *Op. cit.*, pág. 4. Más adelante señala: «Si largas observaciones y meditaciones sinceras conducen a los hombres de nuestros días a reconocer que el desarrollo gradual y progresivo de la igualdad es, a la vez, el pasado y el porvenir de su historia, el solo descubrimiento de ello dará a su desarrollo el carácter sagrado de la voluntad del Supremo Señor. Querer detener la democracia parecerá entonces luchar contra Dios mismo. Entonces no queda a las pasiones más solución que acomodarse al estado social que les impone la Providencia». *Ibid.*, pág. 5.

(38) Cfr. Alexis de TOCQUEVILLE, *op. cit.*, págs. 1 y sigs.; Enrique GONZÁLEZ PRDRERO, *Alexis de Tocqueville y la teoría del Estado democrático*, introducción a «La democracia en América». Trad. esp. de Luis R. Cuéllar, 2.ª Fondo de Cultura Económica, México, 1963, págs. 16 y 17.

justicia o la igualdad constitucional de los votos de todos los individuos en los asuntos del Estado o, finalmente, la igual participación de todos los ciudadanos en los puestos dirigentes... De todos modos (nos dice Jaeger), nos hallamos aquí en el comienzo de una evolución que debía conducir, a través de la sucesiva mecanización y extensión de la idea de igualdad, al establecimiento de la democracia» (39). En este sentido dice Aristóteles: «La primera forma de democracia es la que se funda principalmente en la igualdad. Y la ley de tal democracia entiende por igualdad que no sean más en nada los pobres que los ricos, ni dominen los unos sobre los otros, sino que ambas clases sean semejantes. Pues si la libertad, como suponen algunos, se da, principalmente, en la democracia, y la igualdad también, esto podrá realizarse mejor si todos participan del gobierno por igual y en la mayor medida posible. Y como el pueblo constituye el mayor número y prevalece la decisión del pueblo, este régimen es forzosamente una democracia» (40).

El núcleo ético de la democracia está constituido por las ideas de igualdad y libertad. La democracia hunde sus raíces y se nutre de un sentimiento, de un «pathos» colectivo de igualdad y libertad (41), que ven en ella, en la democracia, la condición y la garantía necesarias de la igualdad y la libertad mismas. Ello es lo que Rousseau trató de resolver por medio del expediente dialéctico del «contrato social»: «... encontrar

(39) Werner JAEGER, *op. cit.*, págs. 107 y 108.

Sobre la significación de *diké*, cfr. Félix FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechtes*, I. Band (Altertum und Frühmittelalter), Evangelischer Verlag AG. Zollikon-Zürich, 1954, págs. 34 y sigs.

(40) *Política*, Lib. VI, Cap. IV, núm. 1.291 b. Ed. bilingüe y traduc. esp. Por Julián Marías y María Araujo. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951, pág. 175.

(41) Cfr. Raymond ARON, *op. cit.*, págs. 311 y sigs.

Helmut COING, *op. cit.*, págs. 208 y sigs.

Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Razones y límites de la democracia*, etc., páginas 79 y sigs.

Hans Kelsen explica así la significación de las ideas de libertad e igualdad en la configuración de la democracia: «La opinión de que el grado de libertad dentro de la sociedad está en proporción con el número de los individuos libres, implica la tesis de que todos los individuos tienen un valor político igual y cada uno posee el mismo derecho a la libertad, es decir, la misma pretensión de que la voluntad colectiva concuerde con su voluntad individual. Sólo cuando es indiferente que uno u otro sean libres en tal sentido (por ser todos políticamente iguales entre sí) se justifica el postulado de que hay que buscar la libertad del mayor número, y resulta decisiva esa libertad del mayor número. El principio de la mayoría y, por tanto, la idea de la democracia, es así una síntesis de las ideas de libertad e igualdad». *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit. págs. 340 y 341.

—dice— una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y quede tan libre como antes» (42). La democracia, según se ha dicho, es así «el régimen político en el que se alcanza la identificación entre gobernantes y gobernados (puesto que en ella) quien manda lo hace con el apoyo de los que reciben las órdenes» (43).

En relación con el derecho nos encontramos con que ese sentimiento, esa pasión de igualdad y libertad, ha penetrado también los estratos más profundos del pensamiento filosófico-jurídico y político hasta el punto de que sólo se reconoce como derecho legítimo a aquel que constituye una emanación directa de la soberanía popular. Ello significa que, de modo paralelo a como ha acontecido en el plano político, en el ámbito específicamente jurídico la creación democrática del derecho se presenta también como una condición, como una garantía y como una exigencia de la igualdad y de la libertad.

La explicación última de esta concepción de la legitimidad del derecho hay que buscarla en la significación y alcance que hoy se atribuye a la idea de libertad. La libertad significa hoy no tanto la mera existencia de una esfera de comportamiento reconocida al individuo, sustraída a la regulación normativa del derecho y protegida por él, y cuyos límites no deben ser traspasados por los demás individuos ni por el Estado (*libertad-autonomía o concepción negativa de la libertad*), sino más bien el reconocimiento y la protección por parte del derecho de la participación del individuo en las decisiones políticas, en la formación de la voluntad del Estado (*libertad-participación o concepción positiva de la libertad*).

La libertad así entendida supone la «posibilidad de determinar la propia suerte, capacidad de participar en el mando, libertad de darse leyes

(42) *Du Contract Social*, Lib. I, Cap. VI, en «Oeuvres Complètes», Vol. III, Bibliothèque de la Pléiade. Ed. Gallimard, París, 1964, pág. 360.

«Racionalmente y de hecho, la democracia está indisolublemente ligada a la idea de libertad. Su definición más simple y también la más válida, a saber: el gobierno del pueblo por el pueblo, no adquiere su pleno sentido más que en función de lo que excluye: el poder de una autoridad que no proceda del pueblo. Así, la democracia es, en primer término, un sistema de gobierno que tiende a incluir la libertad en la relación política, es decir, en las relaciones de mando y obediencia, inherentes a toda sociedad políticamente organizada. La autoridad subsiste sin duda, pero está ordenada de tal forma que, al fundarse sobre la adhesión de los que le están sometidos, se hace compatible con su libertad». Georges BURDEAU, *op. cit.*, página 23.

(43) Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, *op. cit.*, pág. 7.

y no obedecer más que a éstas» (44). Kelsen escribe en este sentido que «políticamente es libre el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. Un individuo es libre —dice— si aquello que de acuerdo con el orden social "debe hacer", coincide con "lo que quiere hacer". La democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos» (45).

Desde esta perspectiva la democracia implica —desde el punto de vista técnico-jurídico— el reconocimiento y la protección de los derechos públicos subjetivos o derechos políticos, los cuales, dice Kelsen, son generalmente definidos como «el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta voluntad se expresa» (46).

c) *La democracia*, en cuanto meta hacia la que se orienta el proceso de la historia —caracterizada fundamentalmente por el desdibujamiento progresivo de las diferencias entre las distintas clases sociales y la creciente uniformidad de las condiciones de vida —según la interpretación de Tocqueville (47), supone, no sólo *un momento superior en el proceso de articulación y ordenación de la vida social* (perfil estático) sino también, y al mismo tiempo, un *instrumento de impulso y dirección de dicho proceso histórico de perfección social* (perfil dinámico).

El perfeccionamiento que la democratización de la sociedad implica puede cifrarse esencialmente en tres puntos:

Primero: la democracia supone una mayor racionalización del ejercicio del Poder, el cual en el seno de la sociedad democrática se legitima como autoridad. En este sentido subraya Passerin d'Entreves que el único principio de legitimidad capaz de investir al poder del carisma de la

(44) Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *La noción del Estado*, trad. esp. de Antonio Fernández-Galiano. Centro de Estudios Universitarios. Ed. Euramérica, Sociedad Anónima, Madrid, 1970, pág. 234. Cfr. las páginas 233 a 250; cfr. Georges BURDEAU, *op. cit.*, págs. 24 y sigs.; Luigi STURZO, *op. cit.*, págs. 24 y sigs.

(45) *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit. pág. 336. Cfr. las páginas 337 y 338.

Partiendo de los supuestos ideológicos del socialismo, Lucio COLLETTI escribe, en análogo sentido: «Como súbdito debo obedecer las leyes de la sociedad (pero)... estas leyes sólo son verdaderamente vinculantes para mí si también yo las he deliberado. Puedo ser súbdito sin ser por ello oprimido, si soy también soberano». *Estado de derecho y soberanía popular*, en el vol. «Para una democracia socialista», trad. esp. de Juan Ramón Capella, Ed. Anagrama, Barcelona, 1976, pág. 41.

(46) *Teoría pura del Derecho*, cit. pág. 123.

(47) Cfr. Raymond ARON, *op. cit.*, págs. 306 y sigs.

autoridad es el principio de la legitimidad democrática, en virtud del cual los hombres se elevan «de la vil condición de súbditos a la dignidad de ciudadanos» (48).

Segundo: la democracia entraña un mayor bienestar material para la mayor parte de los ciudadanos. La igualdad de condiciones determina una mayor movilidad social y, como observa Tocqueville, un mayor bienestar general (49).

Tercero: esa mayor igualdad de condiciones y bienestar general que la democracia lleva consigo tiene como consecuencia inmediata la aparición de una sociedad más integrada y, por lo mismo, más sólida, es-

(48) Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *op. cit.*, pág. 352. Cfr. las págs. 212 y siguientes, 236 y sigs., y 249 a 253.

TOCQUEVILLE explica así la legitimación democrática del poder: «Concibo una sociedad en la que todos, contemplando la ley como obra suya, la amen y se sometan a ella sin esfuerzo; en la que la autoridad del gobierno sea respetada como necesaria y no como divina; y en la que el respeto que se tributa al Jefe del Estado no sea hijo de la pasión, sino de un sentimiento razonable y tranquilo. Gozando cada uno de sus derechos, y estando seguro de conservarlos, así es como se establece entre todas las clases sociales una viril confianza y un sentimiento de condescendencia recíproca, tan distante del orgullo como de la bajeza». *Op. cit.*, página 7.

(49) «Entiendo —dice TOCQUEVILLE— que en un Estado democrático la sociedad no permanecerá inmóvil; pero los movimientos del cuerpo social, podrán ser reglamentados y progresivos. *Si tiene menos brillo que en el seno de una aristocracia, tendrá también menos miserias. Los goces serán menos extremados, y el bienestar más general.* La ciencia menos profunda, si cabe; pero la ignorancia más rara. Los sentimientos menos enérgicos, y las costumbres más morigenadas. En fin, se observarán más vicios y menos crímenes». *Ibid.* pág., 7.

En ese proceso de elevación de las condiciones de vida del común de los ciudadanos ve TOCQUEVILLE, de acuerdo con su concepción providencialista del curso de la historia, la realización de un designio divino. En ese sentido dice: «Cuando el mundo se componía de hombres muy grandes y muy ruines, muy ricos y muy pobres, muy sabios y muy ignorantes, retiraba yo mi vista de los segundos para dirigirla a los primeros, y éstos la regocijaban; mas creo que este plan nacía de mi debilidad, pues por no poder ver todo de un golpe, escogía y separaba entre tantos objetos lo que deseaba contemplar. No sucede lo mismo al Ser Todopoderoso y eterno, cuya vista percibe necesariamente, a la vez, a todo el género humano y a cada hombre.

Es natural creer —añade TOCQUEVILLE— que lo que más satisface las miradas del creador y conservador de los hombres, no es la prosperidad singular de alguno, *sino el mayor bienestar de todos*; lo que parece una decadencia es a sus ojos un progreso, y le agrada lo que a mí me hiere. La igualdad es quizá menos elevada, pero más justa, y su justicia hace su grandeza y su belleza». *De la Démocratie en Amér.que* en «Oeuvres Complètes», T. I., vol. II, ed. Gallimard, París, 1961, páginas 337 y 338.

table y tranquila, conjurando toda tentación revolucionaria. Como observa Tocqueville, al gozar «cada uno de sus derechos, y (estar) seguro de conservarlos... (se establecerá) entre todas las clases sociales una viril confianza y un sentimiento de condescendencia recíproca... La nación en sí —añade— será menos brillante si cabe, o menos gloriosa, y menos fuerte tal vez; pero la mayoría de los ciudadanos gozará de más prosperidad, y el pueblo se sentirá apacible, no porque desespere de hallarse mejor, sino porque sabe que está bien» (50).

Comentando el pensamiento de Tocqueville señala Raymond Aron que la sociedad democrática, al hacer del bienestar del mayor número de ciudadanos su principal finalidad, «es una sociedad —dice— cuyo objetivo no está representado por el poder y la gloria, sino por la prosperidad y la calma, una sociedad a la que llamaríamos pequeño-burguesa» (51).

d) Por último, la *democracia*, en cuanto instrumento de perfección y progreso social, constituye también *el sistema y el método más adecuado para la búsqueda y elaboración del derecho justo*.

Justo, en sentido material, es lo adecuado, lo «ajustado», lo exigido, en cada momento, por la naturaleza humana, en función de su «*dignitas*», en orden a su plena realización ontológica. Crear las condiciones y poner los medios que permitan, de acuerdo con las variables circunstancias de lugar y tiempo, dar lo justo, lo suyo, a cada uno, es función del derecho en cuanto sistema normativo. Ahora bien, si el derecho, así entendido, tiene como misión resolver, de acuerdo con las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica, los problemas reales, concretos, que plantea la convivencia dentro de un determinado grupo social, dotándolo de un orden justo y, por justo, coherente, funcional y estable, parece lógico y necesario que el proceso de búsqueda y elaboración del derecho se abra a la participación democrática de los miembros de ese grupo social. Y ello por dos razones fundamentales:

Primera: si el derecho tiene como misión resolver, de acuerdo con las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica, las necesidades del grupo social cuya vida ordena, lo primero y fundamental es conocer y concretar con certeza cuáles son esas necesidades que demandan una solución jurídica —porque no se puede resolver bien un asunto sin un pre-

(50) *Ibid.* Vol. I, cit. págs. 7 y 8; cfr. Raymond ARON, *op. cit.*, págs. 271 y 272, 277, 278, 311, 312 y 314 a 317. Bertrand RUSSELL, *El poder en los hombres y en los pueblos*, trad. esp. de Luis Echávarri. Cuarta ed. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1960, págs. 141 a 144, 148 y 149.

(51) *Op. cit.*, pág. 272.

vio y puntual conocimiento del mismo—; y para ello el camino más directo, lógico y justo es dejar que sean los mismos miembros de esa sociedad —que son los realmente afectados por sus problemas y los que van a sufrir las consecuencias, buenas o malas, de la resolución que se adopte— los que libremente expongan sus necesidades (52).

En este sentido puede resultar aleccionador recordar que Ihering desembocaba en una actitud virtualmente democrática respecto de la elaboración del derecho, al entender que la concreción práctica de los fines que ha de realizar el mismo es tarea que corresponde a la sociedad entera. Ihering piensa que la fijación del «fin práctico del derecho», que «es en extremo relativo», está influida y condicionada «por lo que es sentido como condición y como objetivo de la vida, no por un individuo aislado y concreto, sino por el individuo tipo de esa época determinada, es decir, *por la sociedad entera*» (53).

Segunda: la democracia supone una profesión de fe en la razón y en la libertad humana en orden al descubrimiento de la verdad —en el supuesto que nos ocupa, de lo justo (verdad práctica)— y en el diálogo, como método más adecuado para acceder a dicho descubrimiento. La democracia, al establecer las condiciones para que sean oídas todas las opiniones, y por la virtualidad misma del propio proceso dialéctico que todo diálogo implica, permite desmitificar muchos principios ideológicos con los que los diferentes grupos tratan de cubrir y hacer valer sus intereses, y, al mismo tiempo, obtener criterios de conducta que, al haber pasado por el tamiz de la discusión pública (54), poseen un alto grado de «racionali-

(52) Aristóteles explicaba así las razones de la participación democrática en la búsqueda de la verdad práctica, de lo justo: «En efecto, los más, cada uno de los cuales es un hombre incualificado, pueden ser, sin embargo, reunidos, mejores que aquéllos, no individualmente, sino en conjunto, lo mismo que los banquetes para los que contribuyen muchos son superiores a los costeados por uno solo. Como son muchos, cada uno tiene una parte de virtud y de prudencia, y, reunidos, viene a ser la multitud como un solo hombre con muchos pies, muchas manos y muchos sentidos, y lo mismo ocurre con los caracteres y la inteligencia». *Op. cit.* Lib. III, Cap. 11, núm. 1.281, b, pág. 87.

(53) *Der Zweck im Recht*, I, Band, Reprografischer Nachdruck der 4. Auflage, Leipzig, 1904. Georg Olms Verlag, Hildesheim-New York, 1970, pág. 225.

(54) Significativas al respecto son las siguientes palabras de la Oración fúnebre de Pericles, quien después de haber dicho: «tenemos un régimen de gobierno... (cuyo) nombre es democracia, por no depender el gobierno de pocos, sino de un número mayor...», añade: «Por otra parte, nos preocupamos a la vez de los asuntos privados y de los públicos, y gentes de diferentes oficios conocen suficientemente la cosa pública; pues somos los únicos que consideramos no hombre pacífico, sino inútil, al que nada participa en ella, y además, o nos formamos

dad» (de veracidad práctica). Se trata, en definitiva, del viejo argumento aristotélico de la bondad del buen juicio colectivo, según el cual «los muchos pueden tener, cuando menos en determinadas ocasiones, mejor juicio, o al menos no peor juicio, que los pocos buenos»; bien entendido que «si los muchos aciertan en determinadas coyunturas mejor que los pocos no es por una simple razón cuantitativa, sino por una razón más profunda; porque la pluralidad permite y favorece el diálogo, esto es, el perfeccionamiento gradual y progresivo de las perspectivas de cada cual y la consiguiente maduración de una *communis opinio*» (55).

Con todo conviene advertir, sin perjuicio de que nos ocupemos de ello más adelante y con mayor detenimiento, que si la apertura del proceso de búsqueda y determinación de lo justo a la participación democrática constituye una exigencia insoslayable del proceso de perfección e integración de la sociedad, en modo alguno puede ello implicar la reducción de la justicia y, con ella, del derecho justo, a lo que en cada momento determine la mayoría, de acuerdo con la máxima rousseauiana de que «la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública» (56).

un juicio propio o al menos estudiamos con exactitud los negocios públicos, no considerando las palabras daño para la acción, sino mayor daño el no enterarse previamente mediante la palabra antes de poner en obra lo que es preciso». TUCIDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, Lib. II, núms. 37 y 40, T. I, Introducción y trad. con notas por Francisco Rodríguez Adrados, Librería y Casa Editorial Hernando, S. A., Madrid, 1952, págs. 255, 257 y 258. Sobre la significación de la democracia como factor de racionalización del derecho, cfr. Nicolás M.^a LÓPEZ CALERA, *La legitimación democrática del derecho*, en el vol. «Derecho y soberanía popular», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 16, Granada, 1976, páginas 33 a 38.

(55) Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *La realización de una sociedad democrática*, cit. págs. 62 y 63.

Cfr. Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, trad. esp. de José Díaz García. Ed. Aguilar, S. A., Madrid, 1971, págs. 30 y 39.

Georges BURDEAU, *op. cit.*, págs. 124 a 129.

William EBERSTEIN, *Los ismos políticos contemporáneos*, trad. esp. de Salvador Giner. Ed. Ariel, S. A., Barcelona, 1961, págs. 185, 195 y 200.

Gerhard LEIBHOLZ, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, págs. 20 y 21.

Johannes MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, trad. esp. de José Luis Barrios Sevilla, José M.^a Rodríguez Paniagua y Juan Enrique Díaz, Ed. Rialp, S. A., Madrid, 1967, pág. 935.

(56) *Op. cit.*, Lib. II, cap. III, pág. 371.

3. RAZONES PRAGMÁTICAS

Abriéndonos, por último, a un orden de consideraciones puramente pragmáticas nos encontramos con el argumento, nada despreciable, de que la elaboración democrática del derecho es un factor que contribuye a dotar al mismo de un mayor grado de eficacia. Ello es así porque la eficacia de una norma depende no sólo del grado de verdad práctica (de justicia) que la misma entrañe, sino también, y de modo muy decisivo, del grado de aceptación, de «reconocimiento», que ella sea capaz de provocar en sus destinatarios (57).

En este sentido se piensa con razón que un derecho que no sea el producto de una voluntad extraña al pueblo que trate de imponerse al mismo, sino el resultado de lo pensado y querido por el pueblo mismo tendrá siempre una mayor posibilidad de transformarse en un derecho eficaz; esto es, en un derecho realmente aceptado, cumplido y vivido por la sociedad.

La garantía de eficacia del derecho elaborado democráticamente descansa fundamentalmente en dos razones:

Primera: la eficacia del derecho depende, ante todo, de su realismo, de su grado de adecuación a la vida social; es decir, de la forma que el derecho plantee y trate de resolver las necesidades, los conflictos, las tensiones que la sociedad experimenta, equilibrando, estabilizando y funcionalizando el orden de la misma. Pero para ello es previamente necesario un conocimiento puntual, preciso, de los conflictos, de las tensiones, de las necesidades reales de la vida social, así como del «ethos» jurídico predominante en ella, conocimiento éste al que se accede mejor cuando se deja —como sucede en un régimen democrático— que sea la misma sociedad la que plantee los problemas que exigen una solución jurídica (58).

Desde una perspectiva de *política jurídica*, Alf Ross ha subrayado en este sentido, y con insistencia, cómo la viabilidad efectiva de una reforma jurídica depende en gran medida de que el derecho tenga en cuenta y se

(57) Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Razones y límites de la democracia*, cit. pág. 26, y *La realización de una sociedad democrática*, cit. págs. 63 y 64.

José M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA, *La validez del derecho desde el punto de vista jurídico, socio-psicológico y filosófico*. Separata del «Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas», Barcelona, 1975, págs. 55 a 57.

Nicolás M.^a LÓPEZ CALERA, *La legitimación democrática del derecho*, cit. página 37.

(58) Cfr. al respecto Andrés OLLER TASSARA, *Eficacia jurídica y participación social*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núms. 7-8, Granada, 1967-1968. En especial las páginas 124, 126 y 128 a 131.

ajuste a la conciencia jurídica predominante en la comunidad, puesto que, como dice el mismo Ross, «una ley adoptada en contra de la conciencia jurídica popular, probablemente causará mala voluntad, insatisfacción y fricción, y ello puede tener un efecto indeseable sobre el respeto general a la ley» (59); esto es, sobre su eficacia.

Segunda: el otro gran resorte en torno al cual gira y se despliega la eficacia del derecho hay que buscarlo en un factor de orden psicológico: en el rousseauniano sentimiento apasionado de la libertad; en la autocomplacencia que, en el sistema del Estado democrático —al considerarse la autoridad y el derecho como una creación de la propia voluntad del pueblo soberano—, genera la idea del no estar sometido sino a los dictados de la propia voluntad y, en consecuencia, sentirse plenamente libre (60). Ello significa, dicho de otro modo, que el derecho elaborado democráticamente posee una alta garantía de eficacia porque la solución a los problemas planteados por el pueblo es la solución buscada y querida por el pueblo mismo. A ese fenómeno hacía referencia Tocqueville al evocar la imagen de una sociedad «en la que todos, contemplando la ley como obra suya, la amen y se sometan a ella sin esfuerzo» (61).

La democracia facilita pues la sumisión, el respeto y la obediencia es-

(59) *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, 2.^a edición. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, págs. 359 y 360.

(60) Sobre esa ilusión, sobre ese sentimiento apasionado de la libertad, se fundamentan en Rousseau el derecho y el Estado, permitiendo a través del expediente del «contrato social», que cada uno de los individuos integrados en la vida social ordenada por el derecho, «uniéndose a todos, no obedezcan sino a sí mismo y quede tan libre como antes». Jean-Jacques ROUSSEAU, *op. cit.* Lib. I, cap. VI, página 360.

Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *La realización de una sociedad democrática*, cit. pág. 65.

Sobre la significación «retórica» de la doctrina del «pacto social» en orden a la legitimación del orden social, político y jurídico, el profesor Hurtado BAUTISTA señala: «La pregunta por el estatuto lógico del *topos* del pacto social nos conduciría, en definitiva, al campo de la *retórica*. Sólo con referencia a coordenadas "paralógicas" logrará abarcarse la complejidad de expresiones del dinamismo originario y radical del *contrato social*. Es decir, su significación de *prius* unifica dor, de vértice abstracto de titularidad donde convergen tensiones legitimadoras y racionalizadoras en niveles diferentes, dentro de los procesos de institucionalización del orden social, político y jurídico». *Legitimidad democrática del derecho: el «topos» del «Pacto social»*, en el vol. «Derecho y Soberanía Popular», cit. pág. 2. Cfr. las págs. 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10 y sigs.

En análogo sentido cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Aproximación analítico-lingüística al término «soberanía popular»*, en *ibid.*, págs. 143 y 144.

(61) *Op. cit.*, vol. I, cit. pág. 7.

pontánea al derecho, operando no sólo como un catalizador sino también como un coadyuvante de la eficacia jurídica.

Como hemos visto anteriormente la democracia no es hoy sólo una «idea relativa» a la constitución del Estado sino, fundamentalmente, una «creencia», en su radical y genuina significación orteguiana (62). Es, por lo demás, evidente que sobre esas creencias que constituyen la base y el continente de nuestra vida misma —la «tierra firme» desde la cual la construimos, la orientamos y la valoramos (63)—, y en armonía con ellas, es como hay que construir y actualizar, en cada momento, el orden político y jurídico. Pero no es menos evidente que las creencias —y la democracia, en cuanto especie de ellas, también— tienen sus límites, sus ámbitos específicos de validez, fuera de los cuales no deben extrapolarse jamás, so pena de caer en lo absurdo.

Examinadas ya, en relación con el tema que nos ocupa, las razones de la democracia, se impone ahora la consideración de la otra cara de la moneda: el estudio de los límites de la legitimación democrática del derecho.

III. LIMITES DE LA LEGITIMACION DEMOCRATICA DEL DERECHO

1. LÍMITES FUNCIONALES

A la hora de señalar los límites de la legitimación democrática del derecho interesa, ante todo, poner de relieve las limitaciones intrínsecas al principio democrático mismo. Así, frente al «pathos» democrático que se destaca como uno de los rasgos más característicos del momento actual, tendente a invadir todos los ámbitos de la vida, conviene —desde una perspectiva rigurosamente científica— hacer las siguientes puntualizaciones:

a) *La democracia constituye un método válido para adoptar decisiones en el ámbito político* y respecto de cuestiones prácticas sobre las que sólo es posible un conocimiento contingente (selección de fines, adecuación de medios a fines...). La democracia no puede tener validez, por ejemplo, en el ámbito de la ciencia, en donde se persigue un conocimiento riguroso, cierto y seguro. La validez de una teoría científica no puede determinarse en base al principio democrático de las mayorías: la verdad

(62) Cfr. José ORTEGA Y GASSET, *Ideas y creencias*, 7.^a ed. Espasa-Calpe, Sociedad Anónima, Madrid, 1968, págs. 18 y sigs., 24 y sigs.

(63) Cfr. *Ibid.*, pág. 35.

es verdad, aun en el supuesto de que sólo la defienda uno o ninguno, y el error es error, aunque cuente con la adhesión de millones de personas. El viejo argumento, de clara ascendencia estoica, de la «*opinio communis*», del «*consensus omnium*» o «*consensus gentium*», como recurso dialéctico para probar la verdad de una tesis (64), cada día encuentra menos acomodo en el ámbito de la moderna epistemología (65).

Desde la perspectiva de los límites funcionales intrínsecos al principio democrático, escribía Ortega y Gasset, subrayando los riesgos de la extrapolación de dicho principio: «La democracia, como democracia, es decir, estricta y exclusivamente como norma de derecho político, parece una cosa óptima. Pero la democracia exasperada y fuera de sí, la democracia en religión o en arte, la democracia en el pensamiento o en el gesto, la democracia en el corazón y en la costumbre es el más peligroso morbo que puede padecer una sociedad... (Así) como la democracia es pura forma jurídica, incapaz de proporcionarnos orientación alguna para todas aquellas funciones vitales que no son derecho público, es decir, para casi toda nuestra vida, al hacer de ella principio integral de la existencia se engendran las mayores extravagancias... (Por ese motivo, concluye Ortega) toda interpretación *soi-disant* democrática de un orden vital que no sea el derecho público es fatalmente plebeyismo» (66).

(64) Cfr. Max POHLENZ, *Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung*, 3., Unveränderte Auflage, I Band, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1954, páginas 94, 107 y 234.

(65) En este orden de cosas escribe Reinhard LAUTH: «Un juicio no se hace verdadero por su ampliación cuantitativa... Todos pueden coincidir en una opinión errónea, que no por eso es verdad. La adición cuantitativa de opiniones no confiere a éstas la nueva cualidad del ser verdadero. Así, tomando un ejemplo del campo práctico, *es un error creer que la opinión tomada por decisión mayoritaria es "eo ipso" verdadera. En el punto de la verdad la mayoría no decide nada*». *Concepto, fundamentos y justificación de la filosofía*, trad. esp. de Raúl Gabás, Ed. Rialp, Sociedad Anónima, Madrid, 1975, págs. 113 y 114.

(66) *Democracia morbosa*, cit. págs. 135, 136 y 137.

ORTEGA Y GASSET ilustra su toma de posición con ciertas apreciaciones no exentas de humor. Así, por ejemplo, al decir: «Cuanto más reducida sea la esfera de acción propia a una idea, más perturbadora será su influencia si se pretende proyectarla sobre la totalidad de la vida. Imagínese lo que sería un vegetariano en frenesí que aspire a mirar el mundo desde lo alto de su vegetarianismo culinario; en economía nacional sería eminentemente agrícola; en religión no admitiría sino las arcaicas divinidades cereales; en indumentaria sólo vacilaría entre el cáñamo, el lino y el esparto, y como filósofo se obstinaría en propagar la botánica trascendental. Pues no parece menos absurdo el hombre que, como tantos hay, se llega a nosotros y nos dice: ¡Yo, ante todo, soy demócrata!». *Ibid.*, pág. 136.

Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *op. cit.*, págs. 7, 8, 28 y 29.

b) La democracia resulta una forma válida, nos ha dicho Ortega y Gasset, en cuanto se la considere como «una pura forma jurídica», como una «norma de derecho político» (67). Sin embargo, aun dentro de ese ámbito, la democracia constituye un principio aún más limitado de lo que a primera vista pudiera parecer.

Dos límites, de diferente alcance y significación, pueden señalarse al respecto:

Primero: aun dentro del ámbito político, la democracia es un principio limitado porque la democracia, en sí misma considerada, no es más que un lado de ese triángulo que implica todo régimen político bien constituido, que requiere —para formar dicha figura— la presencia de otros dos lados: los principios monárquico y aristocrático, respectivamente. La democracia no debe ser entendida más que a la luz de la doctrina del régimen mixto, de cuyo contexto orgánico no debiera haber salido nunca, pues «la democracia —como señala Fernández-Carvajal— no es, ni de hecho ni de derecho, una forma política con propia sustantividad, sino un determinado método para adoptar decisiones que necesariamente debe conjugarse con los otros dos métodos aristocrático y monárquico» (68).

La presencia de estos dos últimos principios recorta y limita, a la vez que integra, en su dimensión puramente orgánica, el alcance y la significación del principio democrático el cual, en todo régimen de los llamados democráticos, queda reducido, como dice Tocqueville, «no tanto a encontrar los medios de hacer gobernar al pueblo, cuanto a permitirle escoger los más capaces de gobernar» (69). La democracia desemboca, pues, en la aristocracia y en la monarquía —elección de los mejores o del mejor para ejercer el poder político—, en donde encuentra su complemento, su límite y su fin, dentro, todo ello, de la economía del régimen mixto.

Segundo: si a pesar de las precisiones anteriores entendemos la democracia como un tipo de régimen político, es necesario puntualizar que, con independencia de la validez abstracta que ella pueda poseer en cuanto ideal político, en el orden práctico no puede presentarse jamás con una pretensión de validez absoluta. Quiere ello decir que en el plano de la praxis política el valor de la democracia aparece relativizado y dependien-

(67) *Democracia morbosa*, págs. 135 y 136.

(68) *Razones y límites de la democracia*, cit. pág. 24. Cfr. las págs. 22, 28 a 32 y 34.

En análogo sentido cfr. Hans Kelsen, *Teoría del Derecho y del Estado*, cit. página 337.

(69) Carta a J. Stuart Mill, de 3 de diciembre de 1835, *Correspondance Anglaise*, en «Oeuvres Complètes», T. VI, 6.ª Ed. Gallimard, París, 1954, págs. 303 y 304.

te de circunstancias contingentes de tiempo y lugar. En este sentido, y siguiendo las huellas de Montesquieu, Rousseau señala que la conveniencia e idoneidad del régimen democrático —lo mismo que la de cualquier otra forma o régimen político— depende, en gran medida, de las específicas condiciones de cada sociedad (70). Para Rousseau «La monarquía no conviene más que a las naciones opulentas; la aristocracia, a los Estados medios tanto en riqueza como en extensión; la democracia, a los Estados pequeños y pobres» (71). Tocqueville, por su parte, tiene igualmente plena conciencia de ese fenómeno. Sin atreverse a aventurar expresamente —quizá por escrúpulo intelectual—, un juicio estimativo sobre la democracia, presentándola como la mejor forma de gobierno (72), Tocqueville supo subrayar, con agudeza, la vinculación existente entre la manifestación histórica más completa y cuajada del fenómeno democrático (la democracia norteamericana) (73) y las específicas condiciones, de

(70) En análogo sentido se pronunciaron, en su momento, ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS.

ARISTÓTELES, por ejemplo, piensa: «Es evidente, por tanto, que también cuando se trata del régimen político corresponde a una misma ciencia considerar cuál es el mejor y qué cualidades debería tener para responder mejor a nuestros deseos si no existiera ningún obstáculo exterior, y qué régimen es adecuado a quienes; porque para muchos es quizá imposible lograr el mejor, de modo que al buen legislador y al verdadero político no se les debe ocultar cuál es el régimen mejor en absoluto ni cuál es el mejor dadas las circunstancias...

(Además, añade), debe conocer el régimen que se adapta mejor a todas las ciudades, pues la mayoría de los que han tratado de política, aunque acierten en lo demás, fallan en lo práctico. En efecto, no hay que considerar exclusivamente el mejor régimen, sino también el posible e igualmente el que es relativamente fácil de alcanzar y adecuado para todas las ciudades... Hay quienes piensan que existe una sola democracia y una sola oligarquía, pero esto no es verdad; de modo que al legislador no deben ocultársele cuantas son las variedades de cada régimen y de cuántas maneras pueden componerse». *Política*, cit. Lib. VI, cap. I, números 1.288 b y 1.289 a, págs. 166 y 167. Cfr. cap. II, núm. 1.289 b, pág. 169.

(71) *Op. cit.* Lib. III, cap. VIII, pág. 415.

(72) «Mi propósito —dice TOCQUEVILLE— no ha sido tampoco preconizar tal forma de gobierno (la democracia) en general, porque pertenezco al grupo de los que creen que no hay casi nunca bondad absoluta en las leyes. No pretendí siquiera juzgar si la revolución social, cuya marcha me parece inevitable, era ventajosa o funesta para la comunidad». *De la démocratie en América*, T. I. Vol. I, cit. página 11. En idéntico sentido cfr. *ibid.* vol. II, cit. pág. 338.

(73) «... entre los pueblos que la han visto (la revolución democrática) desenvolverse en su seno, buqué aquel donde alcanzó el desarrollo más completo y pacífico (Norteamérica), a fin de obtener las consecuencias naturales y conocer, si se puede, los medios de hacerla aprovechable para todos los hombres». *Ibid.*, volumen I, páginas 11 y 12.

diferente naturaleza y significación, que estaban configurando y definiendo aquella sociedad política; de modo especial, la situación peculiar en que se hallaba la sociedad norteamericana; las leyes, los hábitos, las costumbres y, fundamentalmente, la armonía existente en ella entre el espíritu religioso y el espíritu liberal, todo lo cual permitía en Norteamérica salvaguardar la libertad en el seno de una sociedad democrática, cosa que, a la Francia de Tocqueville, y debido principalmente al carácter irreductible con que se presentaban religión y libertad, no resultaba posible (74).

En la actualidad, y a pesar del «pathos» democrático imperante, el pensamiento filosófico-político más riguroso sigue reconociendo que el régimen de democracia parlamentaria —que es la forma técnico-jurídica que en la actualidad reviste el Estado democrático— no es de forma absoluta e incondicionada, el mejor de los regímenes políticos. Oigamos algunas opiniones al respecto:

Burdeau, subrayando la importancia de la infraestructura social, cultural y económica en relación con el normal funcionamiento de las instituciones jurídico-políticas del Estado democrático, escribe: «No hacen una democracia los artículos de una constitución y menos aún las costumbres políticas relativas a la formación o a la caída de un gabinete ministerial. Claro es —añade— que los procedimientos no son despreciables, y se conocen algunos cuya adopción u omisión bastan para falsear el espíritu del régimen. Pero a pesar de todo hay una jerarquía en la importancia de los problemas. Los que nuestro tiempo pone en evidencia —concluye diciendo— conciernen menos a la elaboración de fórmulas jurídicas que a los datos humanos, sociales y económicos de un modo democrático de vida colectiva» (75).

Para Messner la democracia es sólo «la forma de gobierno adecuada para los pueblos desarrollados culturalmente... Con ello estamos pensando —dice— en los pueblos que en su mayor parte mantienen viva la conciencia de la responsabilidad con respecto a la configuración de la colectividad y, por consiguiente, consideran la cooperación a este respecto como parte constitutiva de los derechos humanos. El fundamento del derecho de los ciudadanos a un orden estatal democrático no está, pues —puntualiza Messner— en el hecho jurídico de que el pueblo sea titular por derecho natural del poder estatal, sino en el desarrollo de su conciencia ju-

(74) Cfr. *ibid.* págs. 8 y sigs.; *L'Ancien Régime et la Révolution*. Lib. III, capítulo II, Introducción por Georges Lefebvre, en «Oeuvres Complètes», T. II, 6.^a Ed. Gallimard, París, 1952, págs. 204 y sigs.

Raymond ARON, *op. cit.*, págs. 278 y sigs., 283 a 286, 291, 292 y 300 a 306.

(75) *Op. cit.*, págs. 20 y 22, cfr. págs. 6, 7, 8 y 15 a 17.

rádica . la forma de gobierno de la democracia moderna —concluye diciendo— no tiene su razón de ser en el derecho natural primario... sino en que esté exigida por el desarrollo de la conciencia jurídica de un pueblo» (76).

Ignace Lepp entiende, en análogo sentido, que «no existe régimen político de derecho divino que sea el único legítimo o el mejor para todos los pueblos y para cada etapa de su evolución... Según las circunstancias, regímenes políticos harto diversos se hallan en el derecho de adjudicarse el derecho natural y hasta el derecho divino, si están de acuerdo en cuanto a las exigencias del bien común y favorecen la evolución humana... (Ahora bien), la forma democrática de gobierno no parece viable y eficaz —concluye diciendo— sino en países económica y culturalmente evolucionados, cuyas poblaciones en su mayoría están en condiciones de participar —más o menos bien— en la vida pública. Sería pues un error —dice— querer aplicar, en nombre de una moral política estática y abstracta, el mismo régimen a pueblos cuya evolución no ha alcanzado aún el mismo grado de madurez espiritual» (77).

Fernández-Carvajal insiste, por su parte, en que la funcionalidad y el éxito del método democrático depende del grado de desarrollo, cohesión y estabilidad social de cada grupo político. Su posición al respecto aparece razonada y resumida en los siguientes términos: «Los Estados de política muy estabilizada y alto nivel de vida, como Suecia, se enfrentan hoy con alternativas políticas realmente poco excitantes. Existe en ellos una sustancial unanimidad de actitudes ante los grandes temas nacionales, e incluso el mismo hecho de la desigualdad económica —tradicional manzana de discordia entre socialistas y conservadores— está dejando rápidamente de revestir significación política ante la práctica desaparición del sistema de clases; lo cual hace que sin ningún riesgo puedan adoptarse por vía auténticamente democrática un gran número de decisiones. En cambio, otros Estados, sin duda en mucho mayor número, se ven hoy enfrentados día tras día con alternativas políticas tremendamente graves, de las que pende su misma existencia. Ante esta variedad de situaciones, es lógico que el común pabellón democrático cobije mercancías muy diversas. En realidad, cada país construye hoy como puede, con sudores y luchas, su propio sistema. Y lo construye, si nos fijamos bien, impresionantemente desasistidos de teoría política. Porque reducida ésta en Occidente a formalismos democrático y aséptico empirismo, y en el mundo comunista a

(76) *Op. cit.*, págs. 910 y 911.

(77) *La nueva moral*, trad. esp. de Delfín Leocadio Garasa, Ed. Carlos Lonlé, Buenos Aires, 1972, págs. 162 y 165. Cfr. págs. 161 y sigs.

forzado esquema marxista, cada vez se distancia más de la acción concreta, y por consiguiente cada vez sirve menos de estímulo y motor a los pueblos, salvo quizá todavía al pueblo chino» (78).

En resumen, lo que la dignidad humana exige es que el hombre participe en la vida pública, pero las formas de llevar a cabo esa participación son múltiples y varían en función de circunstancias de tiempo y lugar. Así lo ha reconocido oficialmente el magisterio eclesiástico, por boca de Juan XXIII: «Es una exigencia cierta de la dignidad humana —dice— que los hombres puedan con pleno derecho dedicarse a la vida pública, si bien solamente pueden participar en ella ajustándose a las modalidades que concuerdan con la situación real de la comunidad política a la que pertenecen» (79).

Ahora bien, cosa distinta es, por supuesto, que el poder político deba esforzarse en movilizar todos los recursos necesarios para crear las condiciones que exige el normal desenvolvimiento de la democracia. Y ello porque la democracia constituye el régimen político más adecuado y conforme con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana (80), en cuanto que implica el mayor grado de participación de los hombres en la vida pública, haciendo posible, como señalara Pericles en su Oración fúnebre, que todos los hombres se preocupen «a la vez de los asuntos privados y de los públicos, y gentes de diferentes oficios (conozcan) suficientemente la vida pública» (81).

Tercero: el resultado de una votación, en cuanto expresión de la voluntad general, no puede poseer nunca un valor absoluto. Dicho resultado está siempre condicionado por factores meramente coyunturales, y, por lo mismo, contingentes (situación emocional de las masas, hipótesis que las mismas aventuran —mezclando lo que son presunciones con lo que no pasan de ser meras aspiraciones o deseos personales— acerca del probable

(78) *Op. cit. Razones y límites de la Democracia, cit.* pág. 23. Cfr. págs. 12, 13, 17 y 22.

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA reconoce que tanto «las leyes elaboradas democráticamente» como las «instituciones democráticas» precisan «operar en un ambiente donde rijan hábitos democráticos. En caso contrario —dice—, el buen orden deseado no se implanta». *Op. cit.*, pág. 59.

Cfr. Gerhard LEIBHOLZ, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, cit. págs. 207 y sigs.

Bertrams RUSSELL, *op. cit.*, págs. 139 y 143.

(79) *Pacem in Terris*, cit. núm. 73.

(80) Cfr. Luis GARCÍA SAN MIGUEL, *La sociedad autogestionada: una utopía democrática*, Ed. Seminarios y Ediciones, S. A., Madrid, 1972, págs. 63 y 64.

(81) TUCIDIDES, *op. cit.* Lib. II, núm. 40, págs. 257 y 258.

resultado del sufragio, hipótesis que en gran medida condicionan su voto en un sentido o en otro, etc.) que hacen que el resultado del sufragio pueda variar de una vez para otra, si fuese posible repetir la votación del mismo modo que se repite un experimento en el laboratorio. Carl Schmitt ha dicho en este sentido que el sufragio es la expresión de la voluntad momentánea de una mayoría circunstancial, momentánea también (82).

Pasando del plano de la categoría al de la anécdota puede resultar revelador al respecto, por ejemplo, el cúmulo de factores, de diferente naturaleza y significación, que condicionaron, en España, el resultado de las elecciones del 12 de abril de 1931 que dieron lugar a la instauración de la Segunda República. Rafael Salazar, glosando dichos sucesos, escribe: «Nadie sabía a ciencia cierta a qué atenerse. Si para los republicanos constituyó una sorpresa la caída de la Monarquía, hubo personajes que, como tampoco creyeron que la República podría surgir de unas elecciones municipales, decidieron votar a los candidatos de la oposición. Más que a su favor, en contra del sistema que hasta aquel momento imperaba. Lo hicieron unos por rencor, otros como protesta, todos en la creencia de que los resultados no pasarían de ser una llamada de atención, un simple aldabonazo. Famosa es la frase del señor Bergamín, ex-Ministro de la Corona: «*Si sé que triunfa la República, no la voto*» (83).

2. LÍMITES PRAGMÁTICOS

a) En una perspectiva sociológica-política cabe destacar que el ejercicio del poder en un régimen democrático —sobre todo cuando ese régimen adopta la forma republicana— choca con dos serios inconvenientes. De un lado, el poder, al no apoyarse, en parte, en un principio ajeno al dogma de la soberanía popular —como sucede, por ejemplo, con el régimen monárquico, cuya autoridad, en gran medida, aparece enraizada en una larga tradición histórica que de modo permanente la legitima— y descansar totalmente sobre la voluntad soberana del pueblo (voluntad sometida en cada momento, por su propia naturaleza y por la acción de los diferentes factores que la impulsan y conforman, a constante cambio) aparece afectado —sobre todo en épocas de crisis (84)— de un carácter precario y temporal que obstaculiza y dificulta su normal y oportuno ejercicio. Su rasgo más sobresaliente es la carencia de firmeza y de continui-

(82) Cfr. Carl SCHMITT, *op. cit.*, págs. 71 y 80.

(83) *La Segunda República Española: personajes y anécdotas*, Editorial Católica, S. A., Madrid, 1975, págs. 25 y 26.

(84) Cfr. Carl SCHMITT, *op. cit.*, págs. 41 a 42 y 49.

dad: la inestabilidad (el poder del gobierno depende constantemente del voto de la confianza de la asamblea). De otro lado, hay que subrayar en relación con este tipo de poder, su propensión al cambio, a las reformas rápidas, cuando no, y de forma abierta, a la acción revolucionaria (85). El mismo Rousseau reconoce, al ocuparse de la democracia, que «no hay gobierno tan sujeto a las guerras civiles y agitaciones intestinas como el democrático o popular, porque tampoco hay ninguno —dice— que tienda tan fuerte y continuamente a cambiar la forma, ni que exija más vigilancia y valor para ser mantenido en ella» (86).

Esta observación es importante en relación con el derecho y, de modo más concreto, con la eficacia jurídica que se dice garantizada en virtud de la legitimación democrática del mismo, pues la inestabilidad del poder que suele llevar aparejada la democracia penetra y alcanza al derecho, comprometiendo de modo muy serio las ventajas que lógicamente deberían derivarse de su eficacia y hasta su eficacia misma. En efecto, al no encontrar el derecho su legitimación, ni en un criterio trascendente, ni en un principio objetivo de justicia (87), ni en los principios heredados a través de una larga tradición histórica, sino sólo en su identificación con la voluntad actual del pueblo, el derecho queda reducido a un mero producto de la inestable y siempre cambiante voluntad de la mayoría (88); a un «plebiscito de todos los días», para decirlo con palabras de Renan (89), supuesto este desde el que resulta harto difícil conseguir de un orden jurídico que pueda cumplir adecuadamente su función, como —a propósito del fenómeno de la masificación de la sociedad moderna— reconoce el mismo Coing (90).

(85) Cfr. Georges BURDEAU, *op. cit.*, págs. 31 a 37, 125 a 133, 150, 151 y 154; Roberto PAPINI, *De la democracia representativa a la democracia participativa*, en el vol. «La participación en el mundo político», trad. esp. de Juan Pablo M. Bai, Unión Editorial, Madrid, 1970, págs. 113 a 116.

(86) *Op. cit.* Lib. III, IV, pág. 405.

(87) En Rousseau, como indica WELZEL, el principio de que la «voluntad general» siempre es justa «destruye la trascendencia, en la cual puede hallar orientación todo valor en la tierra». *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4 neubearbeitete und erweiterte Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962, página 161.

(88) León XIII puso de relieve los peligros que entrañaba esta identificación. Cfr. *Diuturnum illud*, 3.17: AL 82, 271, 282, 283; *Liberas*, 12: AL 8, 225.

(89) Cfr. su obra *¿Qué es una Nación?* Trad. y estudio preliminar de Rodrigo Fernández-Carvajal. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 107.

Hay que advertir que la citada expresión acuñada por RENAN tiene, en el contexto de su pensamiento político, una significación y un alcance diferentes de los que por lo común se le atribuye.

(90) COING declara a este respecto: «Propiamente problemática se hace en

Al quedar el orden jurídico pendiente de la fluctuante voluntad de las mayorías, el derecho pierde la estabilidad necesaria para realizar el valor de la seguridad jurídica, puesto que la confianza que el hombre tiene en él depende en gran medida de su permanencia, de su estabilidad. «Cuan- to más duradera es la persistencia de un derecho —dice Coing—, tanto más capaz será de realizar su tarea de dar seguridad jurídica, tanto más seguros se sentirán los hombres bajo su protección... (Por esta razón, aña- de, las) transformaciones frecuentes —ya estén bien fundadas y material- mente justificadas, ya sean convulsiones violentas que afectan al derecho— son desfavorables al desarrollo del derecho, pues impiden que se produzca aquel sentimiento de protección y confianza que constituye el ideal de la seguridad jurídica» (91).

El peligro que supone para el derecho la pérdida de estabilidad y, con ella, la consiguiente frustración del valor de la seguridad jurídica, ad- quiere rasgos más dramáticos en el caso del derecho constitucional. Este sector del orden jurídico que —sin menoscabo del reconocimiento del ca-

cambio la posición del derecho cuando determinan el sello de la civilización las masas sin tradición y sin ataduras convencionales propias de la civilización mo- derna. El peligro que significa para el derecho la existencia de esas masas arraiga en el hecho de que carecen de tradición y de individualidad, de propiedad tambié- n y, por lo tanto, son radicales a causa de su miseria. La falta de individualidad, de tradición y de propiedad las hace insensibles a las bendiciones de una situación jurídicamente ordenada y asegurada: el derecho es para ellas irrelevante, y no es en ningún caso un valor por el cual valga la pena sacrificarse. El radicalismo termina con el respeto a los derechos de otros. Y no sólo por lo que hace a la propiedad ajena, sino también, por ejemplo, para los derechos del acusado en el proceso penal. Es asombrosa la indiferencia del moderno hombre-masa ante le- siones del derecho en este terreno. En todo caso, para el hombre-masa importa más el resultado práctico, especialmente cuando es de tipo material y económico, que el mantenimiento del derecho. En una sociedad que consta principalmente de tales masas, las condiciones son naturalmente desfavorables para el establecimien- to del derecho». *Op. cit.*, pág. 89.

(91) *Op. cit.*, págs. 25 y sigs.

«En análogo sentido señalaría, siglos antes, Jean BODIN: «... tratándose de leyes, la novedad no es estimable. Por el contrario, el respeto por la antigüedad es tan grande que atribuye suficiente fuerza a la ley como para que sea obede- cida sin necesidad de magistrado... Además, nada hay de más difícil manejo, ni de más dudoso resultado, ni de ejecución más peligrosa que la introducción de nuevas ordenanzas... finalmente, todo cambio en las leyes que atañen al Estado supone tanto peligro como remover los cimientos o las claves de bóveda que sus- tentan el peso de la construcción...». *Les Six Livres de la République* (Lib. IV, cap. III), avec l'apologie de R. Herpin, Faksimiledruck der Ausgabe, París, 1583, Scientia Aalen, Darmstad, 1961, págs. 574 y sigs.

rácter histórico, y por ello, contingente, de todo derecho— debiera ser, de acuerdo con las exigencias de la seguridad jurídica, el más estable y firme del ordenamiento, se ve expuesto, bajo la acción del dogma de la soberanía popular, a los peligros del cambio rápido, frecuente y brusco, con el natural olvido del valor político y jurídico que para la eficacia jurídica tienen la tradición, la continuidad, dentro del proceso de desarrollo y evolución del derecho (92). De ese modo se impide la floración de un sentimiento constitucional intenso que constituye uno de los ejes fundamentales del normal y sano desenvolvimiento de la convivencia política (93).

b) Desde el punto de vista puramente pragmático en que por ahora se vienen desarrollando nuestras consideraciones interesa señalar, por último, que la voluntad popular mayoritaria —en torno a la cual se despliega todo el juego democrático asegurando, como explica Kelsen, «el más alto grado de libertad política asequible dentro de la sociedad» (94)— podría garantizar la eficacia del derecho y, con ella, el orden y la paz social, sólo en el supuesto de que las decisiones sean adoptadas en base a un consenso social muy superior al representado por la mayoría abso-

(92) Jean BODIN observa al respecto: «Si se alega que el cambio de las leyes es muchas veces necesario, en especial el de las que conciernen a la administración, respondo que, en tal caso, la necesidad no tiene ley... No hay ley, por excelente que sea, que no admita cambio cuando la necesidad lo requiere, pero no de otro modo... Aunque la injusticia de una ley antigua sea evidente, es preferible aguardar a que pierda, poco a poco, su vigor por el paso del tiempo, que anularla de modo súbito y violento... El natural de los hombres y de las cosas humanas es corruptible en alto grado y va continuamente de lo bueno a lo malo y de lo malo a lo peor; los vicios se propagan poco a poco, como los malos humores que penetran insensiblemente el cuerpo humano hasta que lo llenan. A causa de ello, es absolutamente necesario valerse de nuevas ordenanzas, pero siempre poco a poco y no de repente...». *Ibid.*, pág. 576 y sigs.

En nuestros días recuerda COING que «el arte de los grandes pueblos jurídicos (Roma e Inglaterra) ha consistido no simplemente en conservar rígidamente su derecho, sino en seguir desarrollándolo sin rupturas, poniéndolo a la altura de las modificaciones de la realidad mediante prudentes ampliaciones o reformas, eliminando formas o instituciones anticuadas o transformándolas y creando otras nuevas». *Op. cit.*, pág. 27. Cfr. 24 y sigs.

(93) Cfr. Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Las leyes fundamentales como instrumento de pedagogía nacional*, en «La España de los años 70». Vol. III (El Estado y la Política). Ed. Moneda y Crédito, Madrid, 1974, págs. 1.083 y sigs.

(94) *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit. pág. 340, cfr. págs. 339 y siguientes.

luta; esto es, cuando las fuerzas sociales disidentes no posean un peso ni una significación decisiva en la dinámica política. Por el contrario, cuando una decisión se adopta por simple mayoría o incluso por mayoría absoluta, el principio democrático de la mayoría —que, si prescindimos de toda la carga ideológica con que frecuentemente se nos presenta investido, no posee otro valor que el de ser un medio, una simple técnica para facilitar la adopción de decisiones sobre la base del compromiso (95)— ve muy limitada, cuando no virtualmente anulada, la significación que se le atribuye en relación con la eficacia del derecho, al carecer del amplio consenso capaz de permitirle el despliegue de su eficacia ordenadora. En este sentido observa Fernández-Carvajal: «cuando una comunidad concuerda unánimemente en tomar una determinada decisión, sin un solo voto discrepante, la conveniencia del método democrático nos parece obvia, y muy probable —aunque siempre queda, naturalmente, la posibilidad de un error unánime— la bondad de la decisión adoptada. Pero la frecuentísima división de opiniones, y el hecho de que a la postre pueda resultar triunfante la mitad más uno y derrotada la mitad menos uno de los votantes, nos sume en un desazonante problema de filosofía política» (96).

3. LÍMITES FILOSÓFICO-JURÍDICOS

Si nos situamos ahora en una perspectiva rigurosamente filosófico-jurídica, los límites de la democracia respecto de la legitimación del derecho se evidencian con más claridad al partir del supuesto de que el derecho —en cuanto orden de la vida social— constituye una síntesis de las exigencias de factores de significación tanto *ideal* (demandas de la justicia respecto de la ordenación de la vida social) como *real* (condicionamientos que impone el medio social que se trata de ordenar —función de la llamada «naturaleza de la cosa»—), que operan como condiciones y límites de la eficacia y de la legitimidad del mismo.

(95) Cfr. Claude LECLERCQ, *Le principe de la majorité*, Librairie Armand Colin, París, 1971, págs. 28 y sigs.; Johannes MESSNER, *op. cit.*, págs. 935 a 940.

(96) *Razones y límites de la democracia*, cit. pág. 26, cfr. las págs. 26 y 27; cfr. Carl FRIEDRICH, *La democracia como forma política y como forma de vida*. Trad. esp. de C. Zabal Schmidt Völz. Ed. Tecnos, S. A., Madrid, 1961, páginas 97 y sigs.

Sobre la problemática que plantea la exigencia de que para adoptar una decisión democráticamente se exija unas veces «mayoría simple» y otras «mayoría cualificada» o «reforzada», véase Carl SCHMITT, *op. cit.*, págs. 45, 59 y sigs., 81 y sigs., 102 y sigs.

Así tenemos:

a) Al tema de la legitimación democrática del derecho subyace una confusión —que afecta naturalmente al planteamiento y a las consecuencias que pretenden extraerse del mismo— entre dos ideas distintas: de un lado, la idea de la justificación originaria del poder y, de otro lado, la idea de su ejercicio (con independencia, claro está, de la existencia del criterio más dinámico de la legitimación del poder por su ejercicio).

En el plano de la filosofía política, la democracia —entendida como el gobierno según la voluntad popular mayoritaria— constituye sólo el principio en virtud del cual se determina a quien corresponda legítimamente el ejercicio del poder (97); esto es, a quien corresponde mandar. Así lo entendió, por ejemplo, Tocqueville, al ver en la democracia no el medio de hacer gobernar al pueblo sino el instrumento que permite a ese pueblo designar al más capaz de gobernar (98).

La democracia legítima, pues, al sujeto que ejerce el poder pero en modo alguno puede legitimar «a priori», y por la sola virtualidad del juego de las mayorías, el contenido de los actos de ese poder, el resultado de su ejercicio. Dicho de otro modo, ello quiere decir que la *democracia, en principio sólo legitima a quien manda pero no lo que se manda*, pues la democracia, reducida hoy, en gran medida, a una mera técnica de formación de la voluntad política, no constituye una garantía de la licitud, de la justicia intrínseca, de las decisiones del poder (99).

(97) Cfr. Alessandro PASSERIN D'ENCREVES, *op. cit.*, pág. 252.

(98) Cfr. Alexis de TOCQUEVILLE, *Correspondance anglaise*, cit. pág. 303.

(99) Cfr. Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *op. cit.*, pág. 219.

RODRÍGUEZ MOLINERO nos recuerda, en este sentido, como para los maestros de la Escuela de Salamanca el poder público —y con él la *potestas legislativa*— reside originariamente, por Derecho natural, en el pueblo, de tal modo que «las leyes emanadas del poder sólo pueden ser válidas en cuanto se estimen procedentes del consentimiento del pueblo... Existe así (señala RODRÍGUEZ MOLINERO) una clara preeminencia del Derecho sobre el poder, ya que es el Derecho quien legitima al poder y no viceversa». De esta manera tenemos que el poder público encuentra en el Derecho natural no sólo el fundamento de su legitimidad sino, además, un límite más allá del cual ese poder, perdiendo toda legitimidad, degenera en *tiranía*. Cfr. Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, *Legitimación del derecho, emanado del poder, según los Maestros de la Escuela de Salamanca*, en el volumen «Derecho y Soberanía Popular», cit. págs. 112, 120, 121, 122 y 124 a 128. Los párrafos transcritos pertenecen a la pág. 122.

Antonio Enrique PÉREZ-LUÑO, *op. cit.*, págs. 144 a 146 y 151.

La conclusión que se extrae de todo ello es que la legitimidad de las normas jurídicas depende de dos requisitos. Primero: que tengan su origen en un poder

Por lo demás, ese límite al proceso de formación de la voluntad política se hace aún más visible si partimos de una concepción ética de la democracia. En este supuesto, el núcleo de significación ética que dicha idea implica (la idea de democracia entraña respeto y desarrollo de las exigencias de la dignidad, de la igualdad y de la libertad de la persona humana y de sus demás derechos fundamentales) representaría, a la vez que un principio constitutivo de la misma, un límite al mecanismo democrático de formación de la voluntad del Estado; un límite al principio democrático de la voluntad de la mayoría, más allá del cual —esto es, si dicho límite es desconocido y violado— la idea de democracia, en conflicto consigo misma, entra en trance de disolución y resulta falseada bajo el imperio tiránico de la mayoría (100).

Al analizar las consecuencias del anterior planteamiento desde un punto de vista específicamente filosófico-jurídico nos encontramos, de modo análogo, con que *la democracia*, en cuanto técnica de gobierno, *constituye la instancia adecuada para legitimar la autoridad que dicta la norma pero, por sí misma, resulta insuficiente para legitimar su contenido*. Ello quiere decir que, por ejemplo, una ley que permita sin más el aborto o la eliminación de los débiles mentales, aunque hubiere sido elaborada con respecto escrupuloso a las más finas técnicas del gobierno democrático, nunca podría constituir una ley legítima, nunca podría constituir «derecho», porque la libre decisión humana, aun en el supuesto de que sea mayoritaria, no es sin más fuente del derecho (101). Como recuerda Radbruch, derecho es sólo «lo que trae seguridad y tiende a la justicia», y no hay que perder de vista, en relación incluso con los regímenes democráticos, que siempre puede haber «leyes que no son derecho y de que (siempre) hay Derecho por encima de las leyes» (102).

legítimo; que emanen de un órgano legitimado para crear leyes. Segundo: que su contenido sea justo.

El principio de la «soberanía popular» sólo cubre el primer requisito, resultando por ello incapaz de fundamentar, por sí solo, la legitimidad de un sistema jurídico.

(100) Cfr. Claude LECLERCQ, *op. cit.*, págs. 24, 28 y 29; Raymond ARON, *op. cit.*, págs. 281, 282 y 289; José Luis GUTIÉRREZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 57.

(101) ARISTÓTELES advertía a este respecto: «Los partidarios de la democracia llaman justo a la opinión de la mayoría, sea cual fuere, y los oligarcas a la opinión de los que poseen mayor riqueza... Pero las dos posiciones —dice ARISTÓTELES— implican desigualdad e injusticia». *Política*, cit. Lib. VIII, capítulo 3, pág. 252.

(102) Gustav RADBRUCH, *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, trad. esp. de José M.^a Rodríguez Paniagua en el vol. «Derecho in-

En definitiva, esto quiere decir que la democracia, en cuanto forma de gobierno, sólo es capaz de explicar un momento del proceso de la validez del derecho —el que hace referencia al órgano investido de autoridad para crear derecho formalmente válido (momento de la validez dogmática) (103)—, pero no puede, por sí sola, en cuanto tal técnica de gobierno, dar una respuesta adecuada y suficiente al problema de su justicia (momento de la legitimidad) (104). Partiendo de la consideración del carácter preceptivo de la norma tenemos entonces que el principio democrático, en cuanto técnica de formación de la voluntad política, puede justificar a quien manda, pero no lo que se manda, so pena de caer en el error típico del positivismo jurídico de reducir la justicia del derecho a su validez formal (105).

La legitimación del derecho en base, sólo y exclusivamente, al principio democrático de la soberanía popular implica un voluntarismo radical en donde el pueblo, o mejor dicho, la mayoría popular —al modo nietzscheano— sería la creadora de los valores [la voluntad mayoritaria del pueblo sería, en todo momento, el criterio supremo para decidir sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, pudiendo convertirse en legal cualquier mandato, si va asistido del correspondiente consenso mayoritario (106)], lo cual, al implicar la desaparición de todo objetivismo ético —objetivismo abierto a un esencial relativismo en la concreción y

justo y Derecho nulo», Ed. Aguilar, S. A., Madrid, 1971, págs. 12 y 13. Véanse también las páginas 3, 4, 9 y 10.

Cfr. Luigi STURZO, *op. cit.*, págs. 33 y sigs.

Jesús GARCÍA LÓPEZ, *Derechos naturales y derechos humanos*, «La Verdad», Murcia, 16 de octubre de 1976, pág. 21.

(103) Ello es, a mi modo de ver, lo que quiere decir LOCKE cuando escribe: «Ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma que lo esté y cualquiera que sea el poder que lo respalda, tiene la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo. Porque sin esta aprobación, la ley no podría tener la condición absolutamente indispensable para que lo sea, a saber, el consenso de la sociedad, puesto que nadie existe por encima de ella con poder para hacer leyes, sino mediante su consentimiento y con la autoridad que esa sociedad le ha otorgado». *The second Treatise of Government* (An essay concerning the true original, extent, end of Civil Government), cap. XI, núm. 134, en «Two treatises of Government», 2.^a ed. at the University Press, Cambridge, 1967, pág. 374.

(104) Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría della norma giuridica*, cit. págs. 35 a 38, 40 y 43.

(105) Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría della norma giuridica*, cit. págs. 48, 52, 53, 55 y 57 a 59; *Sul principio de legittimità*, cit. pág. 92.

(106) Cfr. Carl SCHMITT, *op. cit.*, págs. XIV, 29, 31, 32, 35 a 37, 41 a 44, 63, 70 y sigs.

realización de esos valores— entraña una grave amenaza para los valores fundamentales de la persona y para la democracia misma (107), puesto que la voluntad mayoritaria, oportunamente manipulada —y la voluntad popular siempre es manipulable—, puede pronunciarse, en cualquier momento, contra la igualdad, la libertad y la democracia, poniéndose al servicio de la arbitrariedad y de la fuerza (el fascismo, en cuanto fenómeno de masas, constituye un ejemplo elocuente al respecto) (108).

(107) Cfr. Gerhard LEIBHOLZ, *op. cit.*, págs. 22, 23, 24, 26 a 28, 30, 31 y 34 a 39.

José Antonio PRIMO DE RIVERA ha subrayado, con lucidez, cómo el absolutismo o la tiranía de las mayorías supone una amenaza para la libertad y la igualdad, valores fundamentales que, como vimos anteriormente, constituyen el núcleo ético de la democracia. Así, en relación con la libertad, escribe: «La libertad no puede vivir sin el amparo de un principio fuerte, permanente. Cuando los principios cambian con los vaivenes de la opinión, sólo hay libertad para los acordes con la mayoría. Las minorías están llamadas a sufrir y a callar. Todavía bajo los tiranos medievales quedaba a las víctimas el consuelo de saberse tiranizadas. El tirano podría oprimir, pero los materialmente oprimidos no dejaban por eso de tener razón contra el tirano. Sobre las cabezas de tiranos y súbditos estaban escritas palabras eternas, que daban a cada cual su razón. Bajo el Estado democrático, no: la Ley —no el Estado, sino la Ley, voluntad presunta de los más— tiene siempre razón. Así, el oprimido, sobre serlo, puede ser tachado de díscolo peligroso si moteja de injusta la Ley. Ni esa libertad le queda. Por eso —continúa diciendo— ha tachado Duguit de error nefasto la creencia de que un pueblo ha conquistado su libertad el día mismo en que proclama el dogma de la soberanía nacional y acepta la universalidad del sufragio. ¡Cuidado —dice (DUGUIT)— con instituir el absolutismo democrático! Hay que tomar contra el despotismo de las asambleas populares precauciones más enérgicas quizá que las establecidas contra el despotismo de los reyes. “Una cosa injusta sigue siéndolo aunque sea ordenada por el pueblo y sus representantes, igual que si hubiera sido ordenada por un príncipe. Con el dogma de la soberanía popular (advierte DUGUIT) hay demasiada inclinación a olvidarlo”. Orientaciones hacia un nuevo Estado, en «Obras de José Antonio Primo de Rivera». Recopilación de Agustín del Río Cisneros, cuarta edición, Madrid, 1966, págs. 38 y 39. (

(108) Cfr. Jürgen HABERMAS señala al respecto que «la dominación ilegítima también encuentra aprobación (popular), si no, no podría durar (sólo hay que recordar —dice— los días en que grandes masas populares se reunían sin coacción en calles y plazas para aclamar a un Imperio, a un Pueblo, o a un Führer)». *Op. cit.*, pág. 4.

Cfr. Carl SCHMITT, *ob. cit.*, págs. 13, 14 y 15, 43 a 46, 48 a 52, 55 y sigs., 73 a 77, 81 y 82.

Claude LECLERCQ, *op. cit.*, págs. 34 y sigs., 40 y sigs.

Wilhem REICH, *La psicología de masas del Fascismo*, trad. esp. de Raimundo Martínez Ruiz. Ed. Roca, S. A., México, 1973, en especial págs. 51 y sigs.

Lucio COLLETTI, *op. cit.*, págs. 12 y sigs., 31, 32 y 36. En el plano de la sim-

Este voluntarismo de signo democrático sitúa el problema de la legitimación del derecho en la línea de la tradición más rigurosamente absolutista del pensamiento político occidental pues, como señala Werner Kági, a propósito del pensamiento de Rousseau, la obra del pensador ginebrino no significa, en definitiva, más que la traslación del «concepto de soberanía absoluta de Hobbes, del monarca al pueblo» (109). Así resulta que, tanto en un caso como en otro, el contenido y el alcance del derecho de soberanía permanece invariable, pues su titular —ya sea éste

bología literaria constituye una brillante denuncia de este peligro de la democracia —la tiranía de la mayoría— el drama de Henrik Ibsen, *Un enemigo del pueblo*, en especial los actos IV y V.

(109) *Rechtsstaat und Demokratie*, cit. por Johannes MESSNER, *op. cit.*, página 940.

Hans WELZEL ha subrayado también la similitud existente al respecto entre el pensamiento de HOBBS y el de ROUSSEAU. *Op. cit.*, págs. 157 y sigs.

Guido DE RUGGIERO escribía al respecto: «Entre el despotismo monárquico y el democrático, no hay mucha diferencia, al menos en cuanto a la servidumbre... La condensación de un poder inmenso al servicio de una mayoría a menudo ficticia es verdaderamente tiránica; por eso no es equivocado que la democracia y el despotismo se coloquen en la misma línea. Pues la forma más grave y peligrosa de despotismo es la que se origina de la democracia por el hecho mismo de que parte de los estratos más bajos de la sociedad». *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1945, págs. 13 y 398.

BURDEAU puntualiza, en este sentido, que la democracia, en su formulación revolucionaria clásica (*democracia gobernada*) —en donde, en rigor, encontraría su sede adecuada la doctrina de ROUSSEAU— supone siempre un criterio objetivo de racionalidad (la idea del ciudadano y los valores propios de la educación ciudadana) al cual ha de ajustarse, en su proceso de formación, la voluntad democrática. Sin embargo, advierte BURDEAU, con el paso de la «*democracia gobernada*» a la —por él denominada— «*democracia gobernante*», el proceso de formación de la voluntad política cae en el más radical de los voluntarismos, al soslayar todo límite o principio de justicia, de racionalidad. En este sentido, dice: «Mientras que la soberanía antigua no era más que una soberanía condicional, puesto que sólo admitía como voluntad popular los imperativos conformes a las exigencias de esa razón soberana que se expresa en el ciudadano, hoy el poder del pueblo no es ya tributario del contenido de su voluntad. Poco importa lo que quiera, basta con que quiera. Y, mientras que con la representación clásica, si toda ley era voluntad, toda voluntad del pueblo no era ley, la democracia actual aparta, al fundar la validez de la ley, toda referencia a los valores eternos o a la satisfacción que procure a un interés más o menos colectivo. La ley, como la voluntad del pueblo de la que procede, deriva su autoridad exclusivamente de los deseos o de las necesidades de individuos concretos que la imponen desde que son lo suficientemente numerosos para formar una mayoría y para obligar a los gobernantes a satisfacer sus reivindicaciones. La voluntad del pueblo no se aprecia ya en términos de filosofía, se pesa según la aritmética. Lo que califica es el número». *Op. cit.*, páginas 45 y 46. Cfr. las págs. 30, 31, 32, 41, 42, 45 a 49, 52 a 53.

el monarca absoluto, el pueblo soberano o el proletariado internacional— será siempre la instancia legitimada para decidir, de modo omnímodo, lo que es justo e injusto. De este modo, y en una perspectiva filosófico-jurídica, tanto da decir que lo que place al príncipe tiene vigor de ley, como proclamar que el derecho es la expresión de la voluntad general, porque el resultado —en un plano filosófico-jurídico, insistimos— será siempre el mismo: una concepción radicalmente voluntarista del derecho. Tanto en uno como en otro caso nos encontramos con un voluntarismo que destruye todo objetivismo ético al hacer depender los juicios ético-jurídicos de criterios puramente subjetivos (el querer del monarca absoluto, la voluntad mayoritaria del pueblo soberano...), dejando así abandonado el derecho, que es condición del despliegue y ejercicio de la libertad y de los demás derechos humanos, al arbitrio del hombre (110).

A la vista de cuanto antecede no está de más insistir en que la justicia —como la verdad— es una categoría objetiva, no subjetiva; una categoría permanente de razón y no el producto de una decisión de la voluntad; insistir, por ello mismo, en que la legitimación del derecho no puede apoyarse, de modo exclusivo, sobre el principio democrático de la voluntad mayoritaria, porque como observa Stammler, mayoría y justicia son «dos conceptos que nada tienen que ver el uno con el otro. La mayoría dice relación a la categoría de la cantidad; la justicia, en cambio, implica una cierta cualidad. El simple hecho de que muchos proclamen algo o aspiren a algo —añade—, no quiere decir que ello sea necesariamente justo. Si la mayoría se halla asistida por la justicia en las causas que representa, lo habrá que ver en cada caso» (111). Benjamín Constant había proclamado ya en este sentido que «la voluntad de todo un pueblo no puede volver justo lo que es injusto» (112).

(110) Sobre la significación del subjetivismo voluntarista en relación con el derecho, escribe Giuseppe GRANERIS: «El subjetivismo está siempre al borde del abismo excavado por la dirección antropocéntrica del pensamiento occidental en estos últimos siglos. Cuando cae en tal abismo, consagra el imperio de la prepotencia, diviniza la libertad de Hegel y de Hobbes, acaricia toda arbitrariedad, permite y promete saciar todas las insaciables voracidades individuales y colectivas, avala con el sugestivo nombre de derecho los más desenfrenados deseos del hombre vanidoso y de las masas inconscientes, fomenta sueños, ilusiones, desilusiones, abre la puerta a la discordia y a la ruina». *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza, Eudeba, Buenos Aires, 1973, página 27.

Cfr. Jacques MARITAIN, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

(111) *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Wenceslao Roces, Ed. Reus, S. A., Madrid, 1930, pág. 417.

(112) *Principes de politique*, París, 1815, pág. 28.

La democracia, reducida a mera técnica de la formación de la voluntad del Estado, agota su virtualidad es responder a la pregunta de quien debe mandar y que es lo que quiere la mayoría, pero no nos dice nada de si lo que quiere es recto, justo; no nos dice nada acerca de lo que se debe mandar, de lo que por ser justo (esa es la materia propia del derecho), debe ser querido, aunque su realización entrañe sacrificios y dificultades.

Radbruch se planteó este problema, en la segunda etapa de su pensamiento, al defender frente a la concepción técnico-jurídica y relativista de la democracia —según la cual el gobierno del Estado correspondería en cada momento al grupo político que represente la mayoría, con independencia de los contenidos ideológicos concretos de su programa— una concepción ética de la misma. Radbruch piensa, en la última etapa de su vida intelectual, que la democracia no es, en modo alguno, indiferente a las ideas políticas, sino una idea política propia y peculiar cuyo principio central es el valor positivo de la libertad y de los derechos del hombre (113).

Este viraje del pensamiento de Radbruch hacia una concepción ética de la democracia, que no es, en el fondo, más que un redescubrimiento de la esencia misma de la democracia, supone para la moderna Filosofía del Derecho y del Estado la apertura hacia un objetivismo ético, hacia el iusnaturalismo, como principio último de legitimación del orden jurídico, sin el cual no puede explicarse el fundamento último de la validez del derecho, su legitimidad (114), ni puede entenderse rectamente la significación de la democracia misma. Dicho iusnaturalismo implica la existencia de un orden objetivo de justicia que constituye, a la vez, un principio de orientación y un límite al ejercicio del poder, incluido por supuesto, el poder democrático, y, con él, el proceso político de creación del derecho. Ello significa, en definitiva, que la legitimidad de una norma no depende sólo del hecho de emanar de una autoridad democráticamente constituida, sino, además, de la licitud de su contenido. Ante todo, una norma es legítima si su contenido es intrínsecamente justo. Lo contrario, reducir la legitimidad del derecho a la pureza y corrección formal con que ha operado el principio democrático de la voluntad mayoritaria, supone subordinar el fin a los medios, la ética a la técnica, la legitimidad a la legalidad (115).

(113) Cfr. Gustav RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit. páginas 165 y sigs.

(114) Cfr. Gustav RADBRUCH, *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*, cit. en especial las págs. 3, 4, 9, 10, 12 y 13.

(115) Cfr. Carl SCHMITT, *El problema de la legalidad*, Apéndice a la trad. esp. de su obra, *Legalidad y legitimidad*, cit. págs. 168 a 171.

b) Si pasamos a considerar que el derecho, en cuanto sistema de ordenación de la vida social, es un compromiso, una síntesis, de las exigencias y condicionamientos derivados de una serie de datos de naturaleza ideal (justicia) y real (naturaleza de la cosa), nos encontramos con que la *legitimación democrática del derecho no encuentra sólo un límite ideal, ético* (el representado por la idea de justicia, por los valores éticos que debe realizar el derecho) *sino también otro de carácter sociológico, fáctico, representado por la «naturaleza de la cosa»*, entendida como un dato objetivo que encarna la estructura de la realidad social que trata de ordenar el derecho y a la que ha de ajustarse para ser un derecho eficaz (116). A esa realidad a la que tienen que adaptarse las ideas, los valores jurídicos, en gracia a su realizabilidad, como dice Radbruch, es a la que alude Solón cuando, habiendo sido preguntado si había dado a sus conciudadanos las mejores leyes imaginables, respondió «las mejores sencillamente no, pero sí las mejores de que ellos eran capaces» (117).

¿Qué significado puede tener este hecho en relación con el problema de la legitimación democrática del derecho? Ante todo poner de relieve que el *orden jurídico de un grupo social no depende sólo y de modo exclusivo de la voluntad de sus miembros* —de lo que en cada momento quieran éstos— *sino también, y en gran medida, de diferentes condiciones y circunstancias, de lugar y tiempo, independientes de esa voluntad*. Ello quiere decir, hablando de modo mucho más simple, que un pueblo no puede tener, sin más, el derecho que quiere, sino el que puede. La dificultad de la tarea de legislador no estriba tanto en formular abstractamente, desde el punto de vista de la justicia, el mejor de los derechos, como en encontrar y dar forma positiva al mejor derecho posible; a lo justo que «*puede ser*» realizado «aquí y ahora» y que, por esa razón, por poder ser, debe aparecer dotado de validez dogmática; esto es, «*debe ser*».

Esto es preciso tenerlo muy presente a propósito del tema de la le-

Carl Joachin FRIEDRICH, *La Filosofía del Derecho*, trad. esp. de Margarita Alvarez Franco, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, págs. 275, 291, 292, 295 y 296.

(116) A esa doble dimensión ideal-real del derecho parece aludir SAN ISIDORO DE SEVILLA cuando, al plantearse el problema de cómo debe ser la ley, afirma que «la ley debe ser honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres patrias, conveniente al lugar y tiempo, necesaria...». *Etimologías*, Lib. V, cap. XXI, trad. esp. de Luis Cortés y Góngora, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1961, pág. 115.

(117) Cfr. Gustav RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit. páginas 25 a 30.

gitimación democrática del derecho, pues el utopismo subyacente al «patos» democrático actual —la democracia antes que una teoría o una idea es hoy, no se olvide, un sentimiento, una pasión—, lleva con frecuencia a la formulación de sistemas jurídicos tan ambiciosos como perfectos desde el punto de vista ideal y abstracto, pero que, al ser elaborados de espaldas a los problemas, a los condicionamientos y a las limitaciones de la realidad social que han de ordenar, resultan inoperantes, ineficaces, totalmente insuficientes. Tal es el caso de aquellas normas que proclaman derechos y libertades que, al no ser posible satisfacerlos por el momento, corren el riesgo de quedar reducidas a una proclamación de buenos propósitos; a meras declaraciones retóricas (118), comprometiendo con ello la eficacia del derecho que, como vimos antes, es uno de los argumentos esgrimidos en favor de la legitimación democrática del mismo.

Independientemente del papel que esos sistemas de derechos y libertades abstractas, anteriormente aludidos —normas legítimas y válidas, pero no eficaces, siguiendo la terminología de Bobbio (119)—, puedan cumplir como factores ideológicos de significación utópica, impulsando el proceso de perfeccionamiento de la vida social (120), lo que ahora se pretende subrayar aquí es que, junto a los valores éticos, a los contenidos materiales que entraña la idea de justicia, existen una serie de fac-

(118) Cfr. Ives R. SIMÓN, *La tradición de la Ley natural* (Reflexiones de un filósofo). Trad. esp. de Ignacio de Despujol S. J. E. Razón y Fe, S. A., Madrid, 1968, págs. 203 y sigs.

Michel VILLEY, *Chritique des Droits de l'homme*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», núm. 12, fasc. 2.º, Granada, 1973, págs. 10 y sigs.

José LLOMPART, S. J., *La historicidad de los Derechos humanos*, en *ibid.*, páginas 152 y sigs.

Especial significación guardan al respecto las consideraciones que Alexis de TOCQUEVILLE hace en su obra *L'Ancien Régime et la Révolution* (Lib. III, capítulo I), en «Oeuvres Complètes», T. II, 6.ª Ed. Gallimard, París, 1952, páginas 193 y sigs.

(119) Cfr. *Teoría della norma giuridica*, cit. págs. 39 y sigs.

(120) La democracia y la constelación de derechos y libertades que ella implica constituyen, de hecho, un proyecto utópico, un principio cultural, ético, en su más pura esencia, que funciona como preforma del futuro, orientando e impulsando el proceso de evolución y perfeccionamiento de la vida social, si bien lastrado con el presentimiento de que ello, posiblemente, no podrá realizarse de modo total y pleno. Cfr. Luis GARCÍA SAN MIGUEL, *La sociedad autogestionada: una utopía democrática*, cit. pág. 91.

Dionisio RIDRUEJO, *Un replanteamiento de la democracia social*, Prólogo a la obra de Luis GARCÍA SAN MIGUEL, cit. pág. 12.

Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *op. cit.*, pág. 253.

tores y de condicionamientos reales, fácticos, a los que la doctrina designa con la expresión genérica de «naturaleza de la cosa», que constituyen otro límite ineluctable al voluntarismo implícito en la doctrina de la legitimación democrática del derecho. Dicho límite nos coloca, en determinados momentos, ante el grave problema filosófico-jurídico —paralelo al que plantea la pretendida validez dogmática de la norma jurídica en desuso (121)— determinar hasta qué punto (e independientemente de que el derecho no pueda legitimarse exclusivamente en base a su eficacia (122)), una norma jurídica de cumplimiento imposible, y, por ello mismo, desprovista de eficacia tanto actual como potencial, puede constituir en rigor un precepto legítimo.

c) Interesa observar, por último, en relación con las precedentes consideraciones, que la justicia o legitimidad, la validez dogmática y la eficacia, en cuanto dimensiones ontológicas del derecho, no parece que puedan ser tan independientes entre sí como piensa Bobbio (123). De modo más o menos mediato, esas dimensiones de la realidad jurídica aparecen relacionándose y condicionándose recíprocamente. Este hecho relativiza y limita mucho más, como pronto vamos a ver, la significación y el alcance del principio de la legitimación democrática del derecho.

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 (124), 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 (125) que forman parte del «ethos» social vigente en el grupo humano cuya vida trata de

(121) Cfr. José M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA, *op. cit.*, págs. 52 y 53; Guillermo GARCÍA-VALDECASAS, *op. cit.*, págs. 20 a 25.

(122) Cfr. Andrés OLLERO TASSARA, *op. cit.*, págs. 116 a 120.

(123) Para BOBBIO, la justicia, la validez y la eficacia del Derecho constituyen tres problemas independientes entre sí.

De este modo, según BOBBIO, una norma puede ser:

- 1.º Justa sin ser válida.
- 2.º Válida sin ser justa.
- 3.º Válida sin ser eficaz.
- 4.º Eficaz sin ser válida.
- 5.º Justa sin ser eficaz.
- 6.º Eficaz sin ser justa.

Cfr. Norberto BOBBIO, *Teoría della norma giurídica*, cit. págs. 39 y sigs.

(124) Cfr. Norberto BOBBIO, *ibid.*, pág. 43.

(125) Cfr. Norberto BOBBIO, *Sul principio di legittimità*, cit. págs. 90 y sigs.; Jürgen HABERMAS, *op. cit.*, págs. 4, 5 y 6.

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*»). Carnelutti advertía, en este sentido: «... la obra del legislador no vale nada si no responde a la justicia. No sabemos, y creo que no sabremos nunca, como ocurre eso, pero la experiencia nos enseña que no son útiles ni duraderas las leyes injustas: no son útiles porque no conducen a la paz; no son duraderas porque, antes o después, más bien que en el orden desembocan en la revolución» (126).

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... (Y ello es así, hasta el punto de que) la validez de un orden jurídico subsiste —dice Kelsen— aun si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y esas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prevista por este orden... (De este modo, la validez de una norma, tomada aisladamente, no depende de su eficacia.) 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» (127). 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» (128). 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» (129).

(126) *Metodología del diritto*, Cedam, Casa Editrice, Padova, 1939, páginas 28 y 29.

Cfr. Helmut COING, *op. cit.*, págs. 240 a 244.

Luis DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ed. Ariel, Sociedad Anónima, Barcelona, 1973, págs. 193 a 195.

(127) *Teoría pura del Derecho*, cit. págs. 143 y 145.

(128) *Ibid.*, pág. 143.

(129) *Ibid.*, págs. 142 y 143.

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. En este sentido escribe: «El derecho llegado a vigencia la tiene jurídicamente por la fuerza del acto que puso el derecho; pero tiene además ya una autoridad propia; es sociológicamente válido porque está reconocido según su propio contenido... (Pero), si se le sustrae el reconocimiento, la proposición jurídica deja de ser sociológicamente vigente. En este punto se aprecia cierta retroacción de la vigencia sociológica sobre la jurídica. Si, en efecto, se niega duraderamente el reconocimiento a una proposición jurídicamente válida, acaba por no poder ser considerada vigente ni siquiera desde el punto de vista jurídico puro. La convicción jurídica de la comunidad, fuente material última de todo derecho, ha pasado por encima de la proposición en cuestión. Esto se expresa tradicionalmente en la fórmula de que *todo derecho positivo puede ser derogado por el derecho consuetudinario*. El derecho consuetudinario no es más que posición de derecho por un comportamiento sociológicamente identificable. Por él, el comportamiento fáctico, se hace derecho como expresión de una convicción jurídica. Por eso la permanente o duradera falta de reconocimiento puede dar lugar a la derogación de una disposición jurídicamente válida. Vigencia jurídica y vigencia sociológica no pueden, pues, separarse a rajatabla; la *vigencia jurídica depende en última instancia de la sociológica*» (130).

(130) *Op. cit.*, págs. 239 y 240.

En análoga línea de pensamiento, el profesor RODRÍGUEZ PANIAGUA entiende que la validez de las normas depende también de su efectividad o eficacia, «no —explica— en cuanto tengan que cumplirse siempre, sino en cuanto que tienen que tener un mínimo de efectividad, por debajo del cual ya no tendrían sentido considerarlas como válidas». *Op. cit.*, pág. 52.

Parecida posición adopta GUILLERMO GARCÍA-VALDECASAS al decir: «El uso es el definitivo factor de positivación del derecho. Esto que es evidente en la costumbre, no parece tan claro en la ley, en la cual, entre la formación de la convicción jurídica y la realización o aplicación de la norma, se interpone un acto formal de positivación. Formalmente la norma legal queda positivada con la promulgación o publicación, que señala el momento de su entrada en vigor. Pero la realidad es que, hasta que la ley se aplique en la vida y esta aplicación se convierta en uso, no se sabe cuál será el verdadero contenido de la norma formulado en la ley. Ciertamente la promulgación nos da la seguridad, casi sin excepciones, de que la ley será aplicada, pero si la ley no llegara a aplicarse nunca o cayera en desuso después de su aplicación, habría dejado de ser positiva...

Sin duda —continúa diciendo GARCÍA-VALDECASAS— donde se manifiesta con mayor crudeza la superior eficacia de la costumbre —que en sí es pura eficacia— frente a la ley, es el desuso («desuetudo»). Ante el hecho de que una ley ha caído en desuso, es decir, permanece indefinidamente ineficaz, resulta vano el

Tercero: *La validez de la norma jurídica depende de la justicia*. Con ello quiere decirse que la validez dogmática de la norma depende, en gran medida, como hemos visto, de su eficacia, pero el fundamento último de su validez no puede encontrarse en la eficacia de la norma sino en su justicia, en su legitimidad (131).

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 vocacionalmente fundada que reclama obediencia.

¿Qué significación y alcance tiene cuanto acabamos de decir en relación con la legitimación democrática del derecho? A nuestro modo de ver las anteriores consideraciones provocan un desplazamiento del centro de gravedad en el tema que venimos estudiando. Queremos decir con esto que el problema de la legitimación democrática del derecho, que hace referencia —con las limitaciones y condicionamientos anteriormente expuestos— a la validez y a la eficacia del mismo, se desliza en el horizonte de nuestras reflexiones a un segundo plano para dejar paso al problema de la justicia, de la legitimidad del derecho —que es algo independiente del sentir y del querer de la voluntad mayoritaria del pueblo— que emerge, una vez más, para constituirse en el tema central de la Filosofía del Derecho y del Estado.

Planteadas así las cosas, el problema fundamental que suscita la elaboración del derecho no consiste tanto en determinar a quién corresponde

empeño de la ley en afirmar su superioridad sobre la costumbre, como dice el artículo 5 de nuestro Código Civil, al declarar que las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y que no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario. La efectividad de las normas es una cuestión de hecho que no puede decidir la ley. Una ley que nunca se aplicó pudo considerarse vigente a raíz de su promulgación; pero la positividad que esta última le proporcionó, fue extinguiéndose, poco a poco, hasta desaparecer totalmente por desuso». *Op. cit.*, pág. 22. Cfr. las págs. 20 y 25.

(131) Cfr. Guillermo GARCÍA-VALDECASAS, *op. cit.*, págs. 19, 20 y 25.

la facultad de establecer el derecho formalmente válido —problema resuelto para la mentalidad política occidental al atribuir tal poder al órgano que, en el marco del llamado «Estado democrático de derecho», asume la legítima representación popular— cuanto en fijar a quienes, en qué medida y de qué forma, corresponde buscar y concretar, en función de las variables lugar-tiempo, lo que, por ser justo y conveniente, debe transformarse en derecho formalmente válido.

IV. ¿POR QUIEN Y COMO DEBE DETERMINARSE EL DERECHO FORMALMENTE VALIDO?

1. ESTRUCTURA Y DINÁMICA DE LA VIDA SOCIAL

La determinación de lo justo, la concreción de lo que en cada momento debe ser derecho formalmente válido, no es más que una dimensión o aspecto del proceso de ordenación, desarrollo y perfeccionamiento de la vida social, que constituye el contenido esencial de la acción política.

Supuesto esto, la cuestión que de modo inmediato se nos plantea es la de saber si ello puede hacerse de modo auténticamente democrático. Si, de verdad, es posible un «gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo», según la conocida fórmula acuñada por Lincoln, y cómo puede ponerse ello en práctica.

Respecto de este problema, Rousseau se muestra escéptico: «De tomar el vocablo en todo el rigor de su aceptación, habría que decir —escribe— que no ha existido nunca verdadera democracia, y que no existirá jamás, pues es contrario al orden natural que la mayoría gobierne y que la minoría sea gobernada... Si hubiese un pueblo de dioses —añade más adelante—, se gobernaría democráticamente. Mas un gobierno tan perfecto no es propio para los hombres» (132).

Todos los indicios parecen indicar que el pueblo, en cuanto tal, no puede gobernarse sino a través de una minoría, de una «élite», que no tiene, necesariamente, por qué tener una significación antidemocrática —una sociedad puede y debe segregar, para su sano funcionamiento, una élite abierta, permeable y flexible, tanto en sentido ascendente como descendente, que oxigene, impulse y renueve constantemente la vida social (133)—. Ello constituye una exigencia ontológica de la vida social,

(132) *Du Contract social*, cit. Lib. III, cap. IV, págs. 404 y 406.

(133) En este sentido escribía MANNHEIM: «en lo que se refiere a las diferencias entre la selección democrática de minorías y la selección no-democrática,

cuyo proceso de evolución y perfeccionamiento gira, necesariamente, en torno al binomio *minoría* o *élite* —*mayoría*—, en cuanto principios constitutivos del orden social y político.

Así entiende y explica el problema, por ejemplo, Ortega y Gasset. Para él «la sociedad es siempre una unidad dinámica de dos factores: *minorías* ('individuos o grupos de individuos especialmente cualificados') y *masas* ('el conjunto de personas no especialmente cualificadas')» (134), sin cuyo juego dialéctico no puede concebirse el proceso de evolución y perfeccionamiento de la misma (135). La efectiva puesta en marcha del proceso de cambio social nunca es obra de una mayoría —aunque ella participe en el mismo y sea incluso la primera favorecida por él—, sino de una minoría, de una élite, como subraya con firmeza Luigi Sturzo (136); élite que, a través de ideas y mitos, es la que lo proyecta, lo alienta, lo impulsa y lo dirige hacia su verdadera realización. Así lo ha visto el moderno pensamiento político, no sólo el de la derecha [Mosca (137), Pare-

el elemento más importante consiste, evidentemente, en la anchura de base para la elección. Un sistema es democrático solamente si el reclutamiento de la minoría no se limita a los miembros de un grupo cerrado». *Op. cit.*, pág. 284.

Cfr. Roger-Gérard SCHWARTZENBERG, *Sociologie politique*, Ed. Montchrestien, París, 1971, pág. 151.

Felice BATTAGLIA, *La sociología como ciencia*, trad. esp. de Rafael Castejón, en ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, tomo IV, Madrid, 1956, pág. 14.

Luis RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, *Élites y democracia*, Fernando Torres, Editor, Valencia, 1976, págs. 10, 51, 54, 55 y 86 a 90.

(134) *La rebelión de las masas*, cit. pág. 37. En el mismo sentido véase su *España invertebrada* (Bosquejo de algunos pensamientos históricos), Espasa Calpe, Sociedad Anónima, Madrid, 1964, págs. 116 a 124. Cfr. T. B. BOTTOMORE, *Minorías selectas y sociedad*, trad. esp. de José M. Carreño, Ed. Gredos, S. A., Madrid, 1965, pág. 184 y sigs.

(135) Si se bloquea el juego dinámico minoría-mayoría, sobreviene el estancamiento, el colapso de la vida social. Cfr. José ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, cit. págs. 39 a 43. Lucio COLLETTI, *op. cit.*, págs. 22 a 27.

(136) Quien a este respecto escribe: «Dejando de lado el problema de la dictadura del proletariado, que no tiene lugar en la democracia, busquemos cuál es el dinamismo interno de una democracia política y social como la caracterizada en párrafos anteriores. Hallaremos este dinamismo —dice— en la *formación de núcleos políticos y núcleos económicos y en su intercambio*. Llamamos a estos núcleos *élites*, con gran escándalo de los demagogos que apelan a las masas. Si el término no satisface, que se busque otro; pero la noción permanecerá porque está en la naturaleza de las cosas», *op. cit.*, págs. 30 y 31.

(137) Para él, en cualquier formación social existe una minoría que domina a la mayoría; éste, viene a decirnos, es un hecho tan constante que «realmente no podemos imaginar un mundo organizado de manera diferente». *La clase política*, Bari, 1966, pág. 62.

to (138), Michels (139), Hitler (140)], sino también el de la izquierda [Sorel (141), Lenín (142), Luckács (143)].

(138) «Guste o no guste a determinados teóricos, es un hecho que la sociedad humana no es homogénea, que los hombres son distintos física, moral e intelectualmente... (constituyendo un hecho fácilmente comprobable en cualquier sociedad humana, su articulación en dos estratos): primero el estrato inferior, la no-élite («capa inferior constituida por los gobernados»); segundo, el estrato superior, la élite... Este es un hecho —dice— que en cualquier momento se ha impuesto incluso al observador menos experto». *Traité de Sociologie générale*. Ed. Française par Pierre Boven, vol. II, Ed. Otto Zeller, Osnabrück, 1965, párrafos 2.025, 2.034 y 2.047, págs. 2.293, 1.298 y 1.301.

(139) La significación anteriormente aludida tiene la «ley de hierro de la oligarquía» que MICHELS descubre en el seno de los partidos políticos, incluidos los democráticos. Para MICHELS «la existencia de jefes (élites) es un fenómeno congénito a cualquier forma de vida social... La ley sociológica fundamental a la que inexorablemente están sujetos los partidos políticos puede enunciarse, brevemente, en los siguientes términos: la organización es lo que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegantes. Quien dice Organización dice oligarquía». *La sociología del partido político nella democrazia moderna* (Studi sulle tendenze oligarchiche degli aggregati politici), trad. ital. de Alfredo Polledro, Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1912, págs. 419 y 420. Cfr. en especial las páginas 386 y siguientes.

(140) En relación con las funciones del líder y de la élite en la lucha política escribe: «No es la masa quien inventa, ni es la mayoría la que organiza o piensa: siempre es el individuo, es la personalidad la que se revela por doquier... (Y más adelante añade:) la misión de la propaganda (dirigida a orientar la opinión pública en el sentido de una idea determinada) consiste en reclutar adeptos, mientras que la de la organización es ganar miembros.

Adepto a una causa es aquel que declara hallarse de acuerdo con los fines a que la misma tiende, y miembro es el que lucha por ella.

La adhesión radica en el simple reconocimiento de la idea, mientras que ser miembro supone el coraje de representar, personalmente, la verdad reconocida como tal y propagarla.

Ese reconocimiento de la idea en su forma pasiva corresponde a la mentalidad de la mayoría humana, que es negligente y cobarde. El ser miembro obliga a la acción y es privilegio de la minoría». *Mi lucha* (Segunda parte, caps. IV y XI), trad. esp. de Pilar Vera. Ed. Mateu, Barcelona, 1962, págs. 213, 281 y 282.

(141) SOREL piensa que la revolución que acabe con el capitalismo se apoyará fundamentalmente en una fracción de la masa trabajadora que será la que, con su impulso y moral de lucha, movilice y arrastre tras sí al resto del proletariado. En este sentido, y en relación con la huelga general que es el adecuado instrumento de lucha para dinamitar el sistema capitalista, escribe: «para que esa huelga triunfe, es preciso que el proletariado haya penetrado ampliamente en los sindicatos y haya recibido el impulso de comités políticos; que exista así una organización completa dependiente de los hombres que van a encargarse del gobierno y

Este pensamiento, tanto el de la derecha como el de la izquierda, parece más cerca de la realidad de las cosas que la vaga idea de una so-

que sólo haya que hacer una transmutación en el personal del Estado». *Reflexions sur la violence*, 7.^a ed. Marcel Rivière, Editeur, París, 1930, págs. 255 y 256. Cfr. las páginas 221 y sigs.

(142) LENÍN, desconfiando de la eficacia revolucionaria de la acción espontánea de las masas, subraya en su obra *¿Qué hacer?* la urgente necesidad de crear una organización revolucionaria de carácter minoritario y elitista y firmemente jerarquizada (el partido), la cual, identificada totalmente con las necesidades y aspiraciones del proletariado, sepa, en cada momento, despertar y mantener en las masas proletarias la conciencia socialista, así como guiarlas e impulsarlas en su lucha revolucionaria.

De esa obra, tan fundamental para la ideología y la praxis del bolchevismo, cabe destacar al respecto los siguientes párrafos: «... el defecto capital de este folleto (se refiere al folleto titulado *¿Quién hará la revolución política?*) consistía en no tener en cuenta la cuestión de la organización... (la organización) de revolucionarios indispensable para hacer la revolución política... La lucha política de la socialdemocracia es mucho más amplia y compleja que la lucha económica de los obreros contra los patronos y el gobierno. Del mismo modo (y como consecuencia de ello), la organización de un partido socialdemócrata revolucionario debe ser inevitablemente de un género distinto que la organización de los obreros por la lucha económica... la organización de los revolucionarios debe englobar ante todo y sobre todo a gentes cuya profesión sea la actividad revolucionaria... Esta organización, necesariamente, no debe ser muy extensa y es preciso que sea lo más clandestina posible». V. I. LENÍN, *¿Qué hacer? Problemas candentes de nuestro movimiento*, trad. esp. de Ed. Progreso, de Moscú, Akal editor, Madrid, 1975, páginas 110 y 111.

En relación con este tema, LENÍN resume algunos aspectos de su pensamiento, en los siguientes términos: «Pues bien, yo afirmo: 1) que no puede haber un movimiento revolucionario sólido sin una organización de dirigentes estable y que asegure la continuidad; 2) que cuanto más extensa sea la masa espontáneamente incorporada a la lucha..., más apremiante será la necesidad de semejante organización y más sólida deberá ser ésta...; 3) que dicha organización debe estar formada, en lo fundamental, por hombres entregados profesionalmente a las actividades revolucionarias; 4) que en el país de la autocracia, cuanto más restrinjamos el contingente de los miembros de una organización de este tipo..., más difícil será «cazar» a esta organización, y 5) mayor será el número de personas tanto de la clase obrera como de las demás clases de la sociedad que podrá participar en el movimiento y colaborar activamente en él». *Ibid.*, pág. 123.

Frente a la tesis de la espontaneidad del movimiento de las masas —tesis que critica a lo largo de toda la obra a la que nos venimos refiriendo (véanse en especial las páginas 29 y sigs.)— LENÍN exclama, «parafraseando —nos dice él mismo— el antiguo apotegma...: *¡Dadnos una organización de revolucionarios y removeremos a Rusia en sus cimientos!*». *Ibid.*, pág. 125.

(143) LUCKÁCS insiste y glosa la idea de LENÍN de que la toma de su conciencia de clase por parte del proletariado —que es una de las condiciones pre-

ciudad sin élites y autogestionada, que ha puesto en boga el «pathos democrático» de nuestros días (144). Si miramos con realismo y objetividad —sin falsas hipocresías— el orden social, así como los principios y leyes que impulsan y rigen su dinámica, uno de los hechos que de modo más poderoso llama nuestra atención es la presencia activa, bajo diferentes formas y clases, de las élites. Sin élites resulta impensable el funcionamiento del orden político, incluido, por supuesto, el orden político demo-

vias para desmontar el capitalismo y edificar una sociedad socialista— no puede llevarse a cabo más que merced al impulso y a la acción revolucionaria del partido comunista. Y Luckács escribe en este sentido: «El manifiesto comunista caracteriza nítidamente el vínculo existente entre el partido revolucionario del proletariado y la totalidad de la clase. Los comunistas... son —en otros términos— la figura visible de la conciencia de clase del proletariado. Y el problema de su organización se decide de acuerdo con el modo como el proletariado alcanza en verdad esta conciencia de clase y la hace plenamente suya. Todo aquel que niegue incondicionalmente la función revolucionaria del partido habrá de reconocer por fuerza que esta apropiación por parte del proletariado de su conciencia de clase no tiene lugar de manera automática exclusivamente en virtud del proceso mismo de las fuerzas económicas de la producción capitalista, ni por el simple crecimiento orgánico de la espontaneidad de las masas. La diferencia entre la concepción leninista del partido y las otras radica principalmente en su mucho más profunda y consecuente captación de la creciente diferenciación económica en el seno del proletariado (aparición de una aristocracia obrera, etc.), por un lado, y, en su visión, por otro, de la cooperación revolucionaria del proletariado con las otras clases en el marco de la nueva perspectiva histórica trazada. De todo ello se deduce una importancia creciente del proletariado en la preparación y dirección de la revolución, desprendiéndose de tal en consecuencia también la función rectora del partido respecto a la clase obrera... la manera de reaccionar del proletariado ante una situación dada depende ampliamente de la claridad y energía que el partido sea capaz de conferir a sus objetivos de clase... El partido ha de preparar la revolución. Es decir, debe acelerar, por un lado, el proceso de maduración de las tendencias que conducen a la revolución (por su influencia en la línea de conducta del proletariado, así como en la de las otras capas oprimidas). Debe preparar, por otra parte, al proletariado tanto en el plano ideológico, como en el táctico, material y organizatorio para la acción necesaria en una aguda situación revolucionaria». *Lenín: la coherencia de su pensamiento*, en el volumen «Luckács sobre Lenín. 1924-1970». Ed. Grijalbo, S. A., Barcelona, 1974, páginas 38, 39, 44 y 45. Cfr. págs. 34 y sigs., en especial las págs. 34, 43, 45 y 53.

(144) No está nada claro como, en la compleja sociedad actual, puede resultar viable una sociedad autogestionada en donde, por principio, desapareciera la minoría dirigente, la clase política. Esa es la impresión que he sacado de la lectura de las obras que he visto sobre el tema. Entre ellas recuerdo la ya citada de Luis GARCÍA SAN MIGUEL (*La sociedad autogestionada: una utopía democrática*) y las reflexiones que dedica al tema el líder socialista Felipe GONZÁLEZ en su ensayo «*Qué es el socialismo*». Ed. La Gaya Ciencia, Barcelona, 1976, págs. 22 a 26.

crático, porque las élites son las que ponen en circulación las ideas nuevas, los programas creadores, los estilos de vida... El acceso de las masas a la actividad política, que es lo que de modo radical caracteriza a la democracia, supone siempre la presencia activa de las élites.

El problema aparece planteado ya, en estos términos, en la antigüedad clásica, con la necesidad de educar políticamente a minorías dirigentes —este es el significado de la sofística, empeñada en la tarea de instruir a una minoría (no al pueblo) en el arte de la retórica (145)— y, en el momento actual, el problema sigue siendo el mismo: el funcionamiento de la vida política, de una vida política democrática, para ser más preciso, no puede concebirse sin la acción de una «minoría organizada» que, venciendo la inercia propia de la masa, la impulse y movilice en orden a la acción política. Como tratan de poner de relieve modernos estudios sociológicos, la democracia actual, en cuanto forma política, tiene más de fachada que de concreta realidad de gobierno del pueblo por el pueblo, puesto que el poder político, de un modo u otro, es siempre ejercido por minorías (146); minorías, élites que, a pesar de la connotación antidemocrática que estos términos poseen, son perfectamente compatibles con el juego democrático, como han subrayado con agudeza Helmut

(145) Cfr. Werner JAEGER, *op. cit.*, págs. 264 a 267.

(146) Por una *élite* (PARETO, MOSCA, MICHELS-BURNHAM, MILLS) o por una *pluralidad de grupos dirigentes* que cooperan o compiten entre sí (ARON, RIESMAN, DAHLJ) o por el grupo que detenta la propiedad de los bienes de producción —*clase dominante*, en la terminología marxista— (POULANTZAS, MILIBAND). Cfr. Roger-Gérard SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, págs. 151, 152, 467 y sigs.

Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Razones y límites de la democracia*, cit. páginas 30 y sigs.

G. MARANINI, *Miti e realtà della democrazia*, Milano, 1958, pág. 199.

Esta idea constituye el tema central de la obra de R. MICHELS, *La sociología del partido político en la democracia moderna*, citada anteriormente.

Abundando en estas ideas, PÉREZ LUÑO escribe: «El concepto de soberanía popular se va vaciando de contenido, cuando no sirve de pantalla bajo la que se oculta la existencia de una clase dominante o grupo dirigente (la llamada clase política) en el funcionamiento de cualquier Estado. La idea matriz de la soberanía popular de una sociedad entendida como un conjunto de personas titulares de los mismos derechos fundamentales y sujeto en el orden político de voluntades equivalentes, no corresponde al real funcionamiento de la praxis social». *Op. cit.*, página 152.

Coing (147), Carl J. Friedrich (148), Luigi Sturzo (149), Giovanni Sartori (150) y Karl Mannheim (151), entre otros (152).

No pudiéndose concebir el normal y sano desenvolvimiento de la sociedad al margen del juego político articulado en torno al binomio mayoría-minoría, parece lógico pensar que debe ser desde este supuesto de ontología social desde donde hay que plantear y buscar solución al problema de *a quien y a través de qué procedimiento corresponde determinar lo que sea materialmente justo y, por serlo, deba valer, a la vez, desde el punto de vista formal, dogmático, como derecho.*

En efecto, la determinación, en función de las variables de lugar y tiempo, del derecho válido constituye una dimensión del proceso de la «razón práctica» en que consiste el quehacer político, el cual se articula y desenvuelve —de acuerdo con la doctrina del «régimen mixto»— a partir de la acción y combinación recíproca de los principios monárquico, aristocrático y democrático, sin que sea posible, en un régimen bien constituido, cargar la tarea de concretar lo justo y establecer el derecho sobre uno solo de los principios con exclusión de los demás. De acuerdo con estos supuestos, el correcto planteamiento y la justa solución del problema que nos ocupa reside, a nuestro modo de ver, en distribuir adecuadamente entre la minoría (elemento monárquico-aristocrático) y la mayoría (elemento específicamente democrático) los diferentes momentos de

(147) En relación con las objeciones que pueden hacerse a la democracia, escribe Helmut COING: «más importante es la objeción de que esta teoría (la democracia) ignora la diversidad de los hombres y la necesidad de la constitución de una élite. Pero tampoco es en el fondo objeción justificada. La doctrina democrática del Estado —dice— no pasa en modo alguno por alto estos problemas. No niega la diversidad de los hombres ni la necesidad de una selección. Lo único que niega es que esa diversidad de los hombres y la naturaleza de la capa gobernante tengan que o deban ser fijadas jurídicamente, institucionalmente. La teoría democrática no reconoce una capa gobernante determinada de una vez para siempre (nobleza, orden, partido), sino que deja la formación de la élite a la libre acción de los hombres. Confía en que la razonable inteligencia de todos colocará las personas adecuadas en los puestos oportunos, y dará razón así de la diversidad de los hombres. La necesaria selección tiene que practicarse por libres elecciones, por libre decisión de los ciudadanos, y no por coacción jurídica o por decisión autoritaria». *Op. cit.*, págs. 209 y 210.

(148) *La democracia como forma política y como forma de vida*, cit. páginas 126 y sigs.

(149) *Op. cit.*, págs. 31 y 32.

(150) *Theorie de la democratie*, cit. págs. 91 y sigs., 96 y sigs.

(151) *Op. cit.*, págs. 250 a 255 y 284.

(152) Cfr. Umberto CERRONI, *Introducción al pensamiento político*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1967, págs. 76 y sigs.

la tarea de concretar en cada instante lo que es justo y de instituir, de acuerdo con ello, lo que debe valer como derecho. Por lo demás, dicha solución no puede decirse que sea contraria a la esencia de la democracia ni que viole el principio de la soberanía popular pues, como explica Salvador de Madariaga, «a los ojos de las teorías que sobre ello (soberanía popular) meditaron, el pueblo es la nación organizada para la vida colectiva, con distribución adecuada de especialidades y responsabilidades entre sus diversas instituciones» (153).

Esa tarea de concretar lo justo e instituir el derecho válido entraña dos funciones diferentes que, de acuerdo con las ideas anteriormente expuestas, deben ser llevadas a cabo por distintos sujetos:

Primera: buscar y proponer lo que, en virtud de su justicia intrínseca, conveniencia u oportunidad, deba ser derecho formalmente válido.

Segunda: dotar, revestir de validez formal esos contenidos justos, convenientes y oportunos.

Estas tareas parecen propias y vienen atribuidas, por su específica naturaleza y significación, a cada uno de los elementos del binomio en que se articula la dinámica social: la minoría y la mayoría.

Examinemos con detenimiento la función de cada uno de estos elementos en la elaboración del derecho.

(153) *Op. cit.*, pág. 35.

Esa distribución de funciones no es contraria al principio de la igualdad, que constituye uno de los supuestos fundamentales de la democracia. Refiriéndose al dogma de la igualdad, Salvador de MADARIAGA dice: «El sentido de la igualdad surge en los pensadores políticos del siglo XVIII... Para ellos, la igualdad significaba en último término la ausencia de privilegios que no pudiesen justificarse con razones asequibles y aceptables a los ciudadanos. Pero esta idea equilibrada y compleja, al caer en la masa, fermentó de modo insospechado, hasta producir una imagen simplificada y extremista de la igualdad, cuyos efectos en las sociedades democráticas han sido desastrosos. Porque es natural que una vez que el derecho a la igualdad se despierta en la masa, se vaya desarrollando desde una simple oposición al privilegio social injustificado a una oposición al privilegio social justificado, y desde aquí a una oposición a todos los privilegios, cualesquiera que sean, aun a los naturales. Esta última fase es, desde luego, absurda, puesto que las desigualdades de talento, virtud, belleza, fuerza, salud, poder creador son tales que no hay poder humano que las corrija... La actitud niveladora que este hecho tiende a crear explica uno de los aspectos más falaces del concepto corriente de igualdad, aquel que da por sentado que todos los hombres son intercambiables, al menos en la vida pública... De aquí se desprende —concluye diciendo Salvador de MADARIAGA— que, en la realidad de los hechos y sea cualquiera la teoría de la igualdad, el concepto-emoción de la igualdad que alienta en nuestras democracias las ha llevado a un olvido completo de la jerarquía, de la especialización y aún de las diferencias de condiciones naturales que distinguen a las personas». *Ibid.*, págs. 30, 31 y 32.

2. TAREA DE LA MINORÍA

El derecho es, para decirlo con palabras de Gény, un «construit», una síntesis «prudencial» llevada a cabo por el legislador entre las exigencias de *factores de significación ideal* (exigencias de la justicia, datos de la ética social, política y económica) y los condicionamientos y limitaciones que imponen otros *factores de naturaleza real* (datos de carácter biológico, psicológico, antropológico, geográfico, histórico, económico, etc., de un determinado medio humano y social).

A la vista de esto nos encontramos con que el primer problema, dentro del proceso de elaboración del derecho, es el de concretar, en función de las variables circunstancias de lugar y tiempo, lo que, por ser justo y oportuno en un determinado momento, debe convertirse en derecho formalmente válido.

Justo es lo adecuado, lo «ajustado», lo exigido por la naturaleza humana en orden a su plena realización ontológica. Ello significa que la determinación de lo justo exige ser llevado a cabo en base a un riguroso conocimiento tanto del ser humano —conocimiento de las inclinaciones, de las necesidades, de la capacidad y de los límites, no sólo del hombre abstracto sino también del hombre concreto— como del medio específico en que desenvuelve su existencia.

Y bien: ¿puede constituir esto la tarea propia de la mayoría? *Desde el momento en que ese quehacer exige conocimientos muy complejos —el saber político presupone saberes muy diversos (ética, antropología, historia, derecho, economía, sociología...)— parece que sólo una minoría especialmente cualificada —la minoría ha sido siempre la que ha gestado y puesto en circulación las grandes ideas que han impulsado y han hecho progresar el orden de la vida social (entre ellas las ideas de democracia, de los derechos del hombre (154), el ideario y la mística revolucionaria del movimiento socialista (155)...)— y no la mayoría, la masa, podrá lle-*

(154) Cfr. Alexis de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Libro III, cap. I, cit. págs. 193 y sigs.

José ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, cit. pág. 43.

(155) En relación con la formación de la conciencia política y de clase de las masas proletarias, señalaba KAUTSKY: «Muchos de nuestros críticos revisionistas entienden que MARX ha afirmado que el desarrollo económico y la lucha de clases, además de crear las premisas para la revolución socialista, engendran directamente la conciencia de su necesidad... En este orden de ideas, la conciencia socialista aparece como el resultado necesario y directo de la lucha de clase del proletariado. Pero esto es falso... La conciencia socialista moderna puede surgir únicamente sobre la base de profundos conocimientos científicos... pero el portador de la ciencia no es el proletariado, sino la *intelectualidad burguesa: es del cerebro*

varlo a cabo. La mayoría, el pueblo, posee una «sana razón», un cierto «buen sentido» que le permite discernir, dentro de las grandes opciones con que constantemente se enfrenta el poder político, aquella que más puede convenir a sus intereses; así, por ejemplo, el orden de prelación que ha de seguirse en el tratamiento de los problemas políticos (si ha de darse preferencia a la solución de los problemas de la agricultura respecto de los propios de la industria o de la defensa; si interesa incrementar los gastos de educación respecto de los destinados a obras públicas o viceversa, etc.). Pero ese conocimiento natural, intuitivo en gran medida, resulta insuficiente en relación con problemas cuya comprensión, planteamiento y solución requieren unos conocimientos específicos tanto de orden teórico como técnico u operativo. El concurso de la mayoría —el principio democrático— sirve para determinar si se quiere o no una reforma educativa, o una planificación del desarrollo, por ejemplo, y agota en ello su virtualidad. Sin embargo, tareas como la de planear la reforma educativa, el desarrollo económico, etc., son algo que exige conocimientos muy cualificados y que por esa razón no puede llevarlos a cabo la mayoría a través del instrumento de la democracia. Sólo una minoría especialmente preparada, con independencia de que cuente o no con la confianza popular, puede hacerlo (156).

de algunos miembros de esta capa de donde ha surgido el socialismo moderno, y han sido ellos quienes lo han transmitido a los proletarios destacados por su desarrollo intelectual, los cuales lo introducen luego en la lucha de clase del proletariado allí donde las condiciones lo permiten. De modo que la conciencia socialista es algo introducido desde fuera en la lucha de clase del proletariado y no algo que ha surgido espontáneamente dentro de ella». Cit. por V. I. LENÍN, *op. cit.*, pág. 39.

LENÍN, por su parte, recuerda: «*la doctrina del socialismo ha surgido de teorías filosóficas, históricas y económicas, elaboradas por representantes instruidos de las clases poseedoras, por los intelectuales.* Los propios fundadores del socialismo científico moderno, MARX y ENGELS, pertenecían por su posición social a los intelectuales burgueses. De igual modo, la doctrina teórica de la socialdemocracia ha surgido en Rusia independientemente en absoluto del ascenso espontáneo e inevitable del desarrollo del pensamiento entre los intelectuales revolucionarios socialistas». *Ibid.*, pág. 31.

En un plano más próximo a la praxis, LENÍN subraya que la educación de la conciencia política y la actividad revolucionaria de las masas proletarias ha de hacerse a través de denuncias que abarquen todos los aspectos de la vida política; y esa tarea, piensa LENÍN, sólo puede hacerla una minoría especialmente preparada. Cfr. *Ibid.*, págs. 68 y sigs., en especial las págs. 73, 74, 121, 152 y siguientes, y 174 a 177.

(156) Bertrand RUSSELL subraya que existen en la dinámica del juego político funciones que, por su propia naturaleza, aparecen sustraídas a los princi-

En este orden de cosas no debe olvidarse que el descubrimiento progresivo de los valores que definen el horizonte científico y cultural de nuestro tiempo es, en buena medida, el resultado de la resistencia y de la lucha tenaz de unas pocas inteligencias individuales, tan claras como vigorosas, contra el miedo, la superstición y el error de siglos, encarnados por la mayoría (157). Por esta razón parece que la continua e inaplazable

pios democráticos del conocimiento y de la decisión de las mayorías. En este sentido, escribe: «La democracia, como método de gobierno, está sujeta a algunas limitaciones que son esenciales y a otras que son en principio evitables. Las limitaciones esenciales se derivan principalmente de dos fuentes: algunas decisiones deben ser rápidas y otras requieren conocimientos técnicos. Cuando Gran Bretaña abandonó el patrón oro en 1931, estaban implicados dos factores: era absolutamente necesario obrar rápidamente y se trataba de cuestiones que la mayoría de los hombres no podían entender. En consecuencia, la democracia solamente pudo expresar su opinión retrospectivamente. La guerra, aunque menos técnica que la finanza, tiene siempre más urgencia: es posible consultar al Parlamento (aunque generalmente ello constituye algo como una farsa, pues la decisión ha sido ya tomada de hecho, si no de forma), pero es imposible consultar al electorado», *op. cit.*, pág. 142.

Cfr. Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, trad. esp. de Rius Tobío, 7.^a reimpresión de la 1.^a ed. esp. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pág. 193.

La moderna sociología del conocimiento muestra que algunas manifestaciones de determinados valores —incluidos los éticos— resultan inaccesibles para el hombre común, para la masa. A este respecto, guarda gran interés la observación del P. FRANCISCO SUÁREZ cuando, a propósito del problema del error y la ignorancia del derecho natural, dice: «Los primeros principios de ningún modo pueden ignorarse, al menos invenciblemente; más los preceptos particulares que, o son conocidos de suyo o se coligen fácilmente de los evidentes de suyo, se pueden ignorar ciertamente, pero no sin culpa, al menos por mucho tiempo... Los otros preceptos —dice SUÁREZ— que requieren un raciocinio mayor (conclusiones remotas) pueden desconocerse de una manera insuperable, sobre todo por parte del vulgo». *De Legibus, ac Deo Legislatore* (Lib. II, cap. VIII, núm. 7). Ed. cit. vol. I, cit. página 134.

(157) En este sentido no dejan de tener parte de verdad las palabras que IBSEN pronuncia por boca del doctor Stockmann, en el drama anteriormente aludido: «Pienso dedicar todas mis fuerzas y toda mi inteligencia en luchar contra esa mentira de que la voz del pueblo es la voz de la razón. ¿Qué valor tienen las verdades proclamadas por la masa? Son viejas y caducas. Y cuando una verdad es vieja, se puede decir que es una mentira, porque acabará convirtiéndose en mentira... En general, las verdades no tienen una vida tan larga como Matusalén. Cuando una verdad es aceptada por todos, sólo le quedan de vida unos quince o veinte años, a lo sumo, y esas verdades, que se han convertido así en viejas y caducas, son las que impone la mayoría de la sociedad como buenas, como sanas... Las verdades que acepta la mayoría no son otra cosa que las que defendían los pensadores de vanguardia en tiempo de nuestros tatarabuelos. Ya no las queremos. No nos sirven. La única verdad evidente es que un cuerpo so-

tarea de buscar y construir los contenidos jurídicos adecuados a cada momento y situación será siempre función específica de una minoría conocedora, preocupada y sensibilizada con los problemas de la justicia, del derecho y de la política, y conocedora, igualmente, tanto de las específicas técnicas jurídicas como de la compleja problemática de la sociedad (problemas políticos, económicos, sanitarios, laborales, educativos...) que se quiere ordenar justamente (158).

Recientemente, Burdeau ha subrayado con vigor el específico papel que corresponde a las minorías dirigentes en la dinámica de una sociedad democrática, tanto en la por él denominada «*democracia gobernada*» —en donde, como decía Tocqueville, no se trata tanto de «encontrar el medio de hacer gobernar al pueblo, como de permitir al pueblo escoger los más capaces de gobernar»— como en la «*democracia gobernante*», en donde —a pesar de la pretensión de la masa «de prescindir de esos intermedios que les proporcionaba la democracia gobernada» (159)— la complejidad y el tecnicismo de los modernos problemas políticos reduce el protagonismo real, efectivo, de la mayoría popular a escoger entre las fórmulas o soluciones que brinda la minoría. «La amplitud de lo que el pueblo quiere —escribe Burdeau— le condena a no poder hacerlo por sí mismo. Porque su voluntad, por ambiciosos que sean sus objetivos, es admitida como inspiradora de la actividad estatal, los gobernantes se ven encargados de tareas cuyas incidencias de toda clase y cuyo tecnicismo rebasan las facultades de iniciativa y hasta las posibilidades de control de la masa popular» (160).

Por su parte la doctrina social católica ha puesto de relieve la especial preparación cultural, científica y técnica que precisan los hombres que han de tener la iniciativa y dirigir la vida social, hombres estos que —sin excluir la participación de la mayoría (no son términos excluyentes)— no pueden ser más que una minoría, una élite. Juan XXIII advertía en

cial no puede desarrollarse regularmente si no se alimenta más que de verdades disecadas». *Un enemigo del pueblo*. Acto IV. Ed. Aguilar (Crisol). Madrid, 1961, páginas 423 y 424.

(158) FRIEDRICH observa que «la voluntad de quienes participan en los asuntos comunes a la comunidad deberá ser "aumentada" ("autorizada"), no sólo por quienes son conocedores de la ley, sino también por quienes saben algo del derecho y la justicia. Esto quiere decir que aun la voluntad de la mayoría deberá hacerse relativa a la más alta razón de un sistema de valores, valores que no se consideran como preferencias puramente subjetivas», *La Filosofía del Derecho*, cit. pág. 292. Cfr. las págs. 288 y 289.

(159) Georges BURDEAU, *op. cit.*, págs. 52 y 53.

(160) *Ibid.*, págs. 53 y 54.

este sentido: «... para imbuir la vida pública de un país con rectas normas y principios cristianos no basta con que nuestros hijos gocen de la luz sobrenatural de la fe y se muevan por el deseo de promover el bien; se requiere, además, que penetren en las instituciones de la misma vida pública y actúen con eficacia desde dentro de ellas. Pero como la civilización contemporánea —añade— se caracteriza sobre todo por un elevado índice científico y técnico, nadie puede penetrar en las instituciones públicas si no posee cultura científica, idoneidad técnica y experiencia profesional» (161).

En resumen, por la naturaleza misma de la organización y de la dinámica del cambio social, ni siquiera en una sociedad auténticamente democrática cabe pensar en un juego político que no esté impulsado y dirigido por una élite, por una minoría que, en virtud de su sentido político o de su especial preparación —sentido político y preparación cultural, científica y técnica que constituyen los factores determinantes, si bien no los únicos, de la integración de los hombres en la élite— pueda plantear a la mayoría popular, de modo riguroso y preciso, los problemas políticos, sus posibles soluciones, los medios más adecuados y justos para resolverlos, así como la puesta en práctica —por parte de un sector de la minoría dirigente— de las medidas que exija la solución de los mismos, habiendo mediado previamente el consentimiento popular.

Por lo que se refiere al problema de la creación del derecho, que es el tema que nos ocupa, se trata de subrayar la insoslayable necesidad de la presencia en la vida pública de una minoría especialmente conocedora y preocupada por los problemas del derecho y de la justicia, capaz de concretar, en función de las cambiantes circunstancias de lugar y tiempo, las exigencias de los fines del derecho (justicia y seguridad jurídica) y darles, a la vez, una formulación lógica y técnica. Esta formulación lógica y técnica tiene como cometido presentar al pueblo y someter a su aprobación aquellas pautas de conducta que, por presumirse justas, oportunas y realizables, se estima que deben convertirse en derecho formalmente válido.

3. TAREA DE LA MAYORÍA

Si parece lógico que la investigación de lo justo —de lo que debe transformarse en derecho formalmente válido—, por su específica pro-

(161) *Pacem in Terris*, cit. núms. 147 y 148. Cfr. Nicolás M.^a LÓPEZ CALERA, *La participación del individuo en la vida social a la luz de la Encíclica «Pacem in Terris»*, cit. pág. 148.

blematicidad, ha de ser tarea propia de una minoría especialmente preparada y dedicada a su búsqueda y concreción (principios monárquico-aristocrático), también resulta evidente a la mentalidad de nuestro tiempo que la constitución del derecho válido debe ser función específica de la mayoría popular (principio democrático).

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* (162), 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 estimen 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, que proposiciones jurídicas de las sometidas a su conocimiento y consideración pasarán a convertirse en auténticas normas jurídicas (derecho formalmente válido).

Eso es, en definitiva, lo que sucede en los países con instituciones políticas más democráticas: los programas de gobierno y las normas que contribuyen a realizarlos se elaboran, en el mejor de los casos, sobre la base de las necesidades y aspiraciones manifestadas libremente por el pueblo, por equipos de políticos y expertos integrados en los cuadros técnicos de la administración del Estado y de los partidos (163), y la cámara de representación popular trabaja siempre sobre las propuestas elaboradas por esos especialistas y con la asistencia de los mismos.

De esta manera reaparece el diálogo mayoría-minoría sobre cuyo juego dialéctico se articula todo el proceso de la vida social y política. La de-

(162) Cfr. Karl MANNHEIM, *op. cit.*, pág. 255.

(163) Cfr. Luigi STURZO, *op. cit.*, pág. 33.

Péter GRAF KIELMANNSEGG, *Legitimität als analytische Kategorie*, en el volumen «Material zum problem der Legitimität im modernen Staat», Eichholz Verlag, Bonn, 1975, págs. 125 y sigs.

No resulta tan optimista la posición, por ejemplo, de SCHUMPETER. Para él «no es el pueblo quien plantea los problemas ni quien los resuelve, sino que los problemas de los que depende su suerte son tratados y resueltos sin contar para nada con él». *Op. cit.*, pág. 360.

MILLS, por su parte, cree en análogo sentido: «No se puede pensar sinceramente en la élite como un grupo de hombres que se limita a cumplir con su deber. Son ellos quienes determinan cuál es su deber, así como los deberes de sus subordinados. No sólo cumplen órdenes; también las dan. No son únicamente «burocratas»; también gobiernan las burocracias». *La élite del poder*, trad. esp. de Florentino M. TORNER y Ernestina de CHAMPOURCIN, Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1963, págs. 267 y 268.

mocracia, dijimos antes, 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 cualquiera sino el diálogo incitado, impulsado, dirigido y fecundado por las sugerencias y por las preguntas de quien sabe (en este caso, la minoría). Ese es el sentido y la enseñanza, siempre perenne, de la mayeutica socrática. De este modo ha podido decirse en relación con la democracia, en cuanto método para adoptar decisiones, que «el buen juicio colectivo no es algo que deba esperarse del pueblo entendido como masa estática, sino del pueblo dinámicamente concebido, como asamblea que llega a unas finales conclusiones a través de un proceso de ascensión dialéctica» (164). Ahora bien, dicho proceso dialéctico no puede concebirse nunca al margen del binomio minoría-mayoría, que constituye el eje de la sociedad en cuanto unidad dinámica.

Todo cuanto llevamos dicho muestra con claridad que la creación del derecho, en cuanto dimensión de la actividad política, no es sino un complejo proceso en donde recíprocamente se complementan, se equilibran y limitan, momentos de carácter monárquico, aristocrático y democrático sin que ninguno de ellos pueda arrogarse una significación o un valor exclusivo (165). La razón de ello es que en el proceso de la acción política existen funciones que, por su específica naturaleza, exigen ser atribuidas, respectivamente, a una sola persona, a una minoría especialmente cualificada o al común de los ciudadanos.

Planteado el problema de la legitimación del derecho desde esta perspectiva —que es la propia de la doctrina del régimen mixto—, y sin perder de vista la triple dimensión ontológica de lo jurídico, la significación

(164) Rodrigo FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *Razones y límites de la democracia*, cit. página 25. Cfr. págs. 24 a 26.

(165) Observa Kelsen al respecto: «La voluntad del Estado, es decir, el orden jurídico, es creado en un procedimiento que se desenvuelve, según hemos visto, a través de varias etapas. La cuestión acerca del método de creación, esto es, acerca de si la creación de la ley es democrática o autocrática, tiene por tanto que ser formulada separadamente para cada etapa. Que la creación de las normas sea democrática en una etapa, en modo alguno implica que lo sea también en cada una de las otras. Muy a menudo, el orden jurídico es creado a través de métodos diferentes en las distintas etapas, de manera que, desde el punto de vista del antagonismo entre democracia y autocracia, el proceso total no es uniforme». *Teoría general del Derecho y del Estado*, cit. pág. 354.

del principio democrático en relación con el proceso de creación y legitimación del derecho aparece relativizado y, en nuestra opinión, reducido a sus justos límites.

Alberto MONTORO BALLESTEROS.
Universidad de Murcia, otoño de 1976.