

DÍAZ GARCÍA, Elías. *El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid: Dykinson, 2013, 219 pp.

En el año 1966, Elías Díaz escribía su primer libro, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, en la memorable editorial *Cuadernos para el diálogo*. Calificado de «ancestral» por su propio autor (p. 25), en el mismo se contenía, entre sus primeras líneas, una frase lapidaria a modo de seña de identidad dirigida principalmente a unas jóvenes huestes académicas y de estudiantes universitarios, todos ellos en aquellos momentos hambrientos de libertad y enfrentados a la decadencia de un régimen político totalitario sin un rumbo fijo. Afirmar que «*No todo Estado es un Estado de Derecho*» puede parecer hoy en día una proclama meramente descriptiva y aceptada, pero en aquel contexto de la España franquista aparecía como un grito estentóreo que clamaba a favor de cambios cualitativos frente a unas liturgias desabridas que anunciaban una supuesta apertura algo difuminada hacia el mundo de occidente de nuestro entorno desarrollado siempre desde una transformación silenciosa, lenta y sosegada de las estructuras autárquicas de una España sombría.

El último libro del profesor Elías Díaz no ha perdido, en absoluto, ese espíritu entusiasta de aquel libro de hace ya cincuenta años. Todo lo contrario: esta publicación supone una reasunción de su pensamiento, incólume en sus fundamentos teóricos pero extraordinariamente nutrido por la experiencia de tantos años de vivencias académicas en torno a la reflexión sobre el derecho y el poder, título que preside esta sucesión de observaciones críticas de su autor.

Si el libro se tuviera que resumir en un par de palabras, se podría decir que todo él es una «dualidad sistemática», ya que nada más comenzar el trabajo es lo anuncia el propio autor en su succulento prólogo (pp. 9 a 18) cuando se refiere a que este «dual libro» (p. 9) está hecho y construido básicamente para significar y dar cuenta de ese gran y misterioso paradigma que se produce entre el derecho y el poder. Así empieza una comparación bifronte de términos en apariencia contradictorios que el autor, como buen dialéctico de espíritu y sin dejar de ser buen analítico de formación, ha expuesto y explicado con la fuerza de la razón y el convencimiento a lo largo de toda su obra. En cualquier página del libro aparece, cuando menos te lo esperas o ni siquiera lo intuyes, palabras con una alta carga anfibológica y hasta emotiva para algunos como pueden ser: validez, eficacia, efectividad, justicia, legitimidad, legitimación, fuerza, obediencia, y un largo etcétera de significantes imposibles de reducir a una única expresión, por suerte, que intentan establecer el sentido de esa identificación atractiva entre fuerza y poder, objeto principal de este estudio, y así tratar de superar la sempiterna dicotomía (otra vez esa consabida dualidad anunciada) entre lo que es o pertenece al ámbito del derecho y de la moral, o a ambos o a ninguno de ellos, según interpretaciones conducidas a veces hasta sus versiones más radicales o extremas, y en ocasiones hasta perversamente académicas sobre los consabidos jusnaturalismos y positivismos jurídicos sobre los que siempre ha habido y habrán intentos de acercamiento o separación más o menos convincentes sin posibilidad de llegar a ese utópico «justo medio» parece que imposible de alcanzar sin previos sacrificios tendenciosos. Por ello, nuestro autor ya

remarca al comienzo su abnegado esfuerzo por superar una visión reduccionista de esa dicotómica percepción del mundo jurídico cuando se refiere a la superación de «... dos polos de un famoso inveterado y omnipresente dualismo: el formado (y deformado) en la realidad y en la filosofía jurídica, ética y política, por las concepciones genéricas del iusnaturalismo y iuspositivismo, es decir, por sus diferenciables más nítidos modelos históricos y aquellos más sofisticados modelos actuales de expresión.»

Este libro, siguiendo con ese loable carácter dual advertido por su autor, no podía ser menos que estar estructurado en dos partes. La primera de ellas contiene cinco capítulos elaborados a partir de una auto-revisitación de sus ideas básicas aplicadas al momento actual a partir de una fundamentación arraigada y expuesta a través de una producción literaria ingente; pero tales argumentos son expuestos de forma ordenada y sistemática que va de lo más general a lo más particular si se piensa, lo que no está nada claro, que en Elías Díaz hay cosas generales y particulares. En cambio, la segunda parte del libro se entreteje para mantener la simetría y por tanto esa dichosa dualidad, a partir de, cómo no, otros tantos cinco capítulos que en este caso no van de lo general a lo particular pero tampoco de lo particular a lo general, lo que incentiva las dudas sobre su visión de la relación, tomando un símil biológico, entre género y especie; desafío que no está nada mal, pues es un estímulo para su lectura. Más bien esta segunda parte es fruto de varias coyunturas que el propio autor reconoce con toda sinceridad en ese marcado y sentido prólogo que en este caso demuestra con creces que un prólogo siempre es, por tradición y sentido común, de lo último que se escribe de un libro; por eso, en este caso, especialmente, no quedaría nada mal que éste llevara por título «postprólogo» porque en realidad es lo que se pretende ser de forma afectiva. Digo esto porque, y cito de forma textual lo que Elías Díaz dice en el mismo: «*Estaba ya del todo terminada la que es ahora parte primera de este libro, prólogo incluido, tanto en su redacción manuscrita como en su correlativa transcripción de ordenador, cuando nos sobrevino la –a pesar de sus dolencias– inesperada desgracia de la muerte del fraternal amigo y compañero universitario, intelectual y político, Gregorio Peces-Barba ocurrida en la mañana del día 24 de julio de 2012 (...) tras su fallecimiento, comencé yo –prosigue Elías (el añadido es mío)– enseguida a pergeñar notas de recuerdos más lejanos o más recientes (incluso de los últimos días) de esta nuestra larga relación de amistad desde aquel principio de los años 60 casi medio siglo en total.*» (pp. 15-16).

Debido a esta luctuosa circunstancia, la segunda parte del libro aparece ampliada, pues en ella se guarda un cariñoso recuerdo a Gregorio Peces Barba junto a Francisco Tomás y Valiente, Roberto Mesa y Luis García San Miguel como queridos epígonos a esos «viejos maestros» a los que Elías Díaz dedicaba su trabajo de hace ya algunos años (*Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza ed., Madrid, 1994). A los recordados entonces Ortega y Gasset, Miguel de Unamuno, Julián Besteiro, Tuñón de Lara, González Vicén, Renato Treves y Norberto Bobbio, ahora se le unen estos cuatro «intelectuales en la oposición a la dictadura y en la reconstrucción de la democracia», tal y como se titula el capítulo sexto, introductorio a la segunda parte del libro (pp. 115-143).

Un recorrido a lo largo del capitulado del libro muestra cómo a partir de una fórmula común basada en los cuatro elementos comunes e inequívocos, indudables e indiscutibles pero adaptables en todo Estado de Derecho que vertebran sus diferentes modelos históricos, es decir, el imperio de la ley

como expresión de la voluntad general, la separación de poderes, la defensa y garantía de los derechos y libertades fundamentales y la fiscalización judicial de la actividad legal y administrativa (p. 76), se cuecen los cinco primeros capítulos de la siguiente manera:

En el capítulo primero (*Razones e historias para una filosofía jurídica y política*) se resume toda su posición en torno a la idea de un realismo crítico. Como el propio autor menciona, el precedente más cercano en el tiempo es la lección que preparó para su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante el 30 de mayo de 2008. Aquel texto revisado y corregido con anotaciones nuevas, vivencias y experiencias recientes, aparece aquí y ahora reformulado. Ese realismo crítico correspondería a una teoría postpositivista liberada de un fundamentalismo teocrático y tecnocrático que caracterizaría a algunos iusnaturalismos actuales (p. 27; nota 3). Como proyección del mismo surge en el capítulo segundo (*Del normativismo al realismo crítico ¿por qué obedecer al derecho? Leyes, jueces y ciudadanos*) la duda metódica e imprescindible que es el motor de toda filosofía jurídica y política: la obediencia a las normas. Así el capítulo tercero entra de lleno en la cuestión a través de la discutida *grundnorm* (*La revolución Kelseniana: el Derecho y el Poder, legitimidad y teoría de la justicia*). Cómo no, el siglo xx es el siglo de Kelsen. Sin menospreciar a ningún otro autor. Elías Díaz da un paso más: plantea la relación entre Derecho y poder en términos de revolución: «precisamente el fenómeno de la revolución descubre con toda claridad la significación de la norma básica» (p. 57). Esta cuestión mal entendida por muchos constitucionalistas plantea en última instancia el substrato fáctico de esa cláusula contrafáctica de cierre de la validez del ordenamiento jurídico. El autor dice al respecto que quien da validez (eficaz) al derecho es el poder, o sea, que obedecer al derecho es, en definitiva, obedecer al poder, afirmación que han compartido otros muchos (pp. 63 y 64). Ese «viejo apoteagma» que recuerda Elías que sus estudiantes le recitan con nostálgica ironía (sus antiguos estudiantes) de que no es lo mismo no sirve para lo mismo ni vale lo mismo el derecho visto desde el punto de vista científico, sociológico o filosófico respectivamente (p. 65) cierra esta disquisición por el momento.

El capítulo cuatro de la primera parte (*Estado democrático de derecho, constitución, legislación y jurisdicción*) trata de la discusión actual entre un modelo de estado basado en la superioridad del poder legislativo frente a la importancia creciente de los poderes ejecutivo y judicial, especialmente en relación con este último debido a las nuevas tendencias dentro del llamado «Estado constitucional» que acaban por afirmar, con matices, una prioridad ontológica del texto constitucional y de la interpretación de los jueces constitucionales sobre las normas jurídicas en base a la supremacía indiscutible de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; así sus deficiencias y consecuencias sobre la actividad de los jueces son expresadas por el autor a través de las siguientes palabras que prefiero exponer en su integridad con la intención de respetar el texto original y no dar pie a equívocos innecesarios. Escribe sobre ello Elías Díaz: «Mis cautelas y mis advertencias críticas frente al mimético entusiasmo actual de los neoconstitucionalistas hacia la fórmula del estado constitucional de derecho surgen y aumentan en este punto a causa de una doble interrelacionada prevención: por un lado en la medida –como digo– en que éste implique y favorezca una real infravaloración de las instituciones legislativas democráticas y, por otro (deriva de ahí), en cuanto que la interpretación y aplicación de los superiores principios y valo-

res constitucionales pretendían atribuirse y reducirse de manera casi exclusiva o muy predominante a las meras instancias y criterios de los órganos judiciales. Entre estos y aquellos, imprescindibles los principios y los jueces, están y tienen que estar, con toda su fuerza y legitimidad, las normas legales (legislativo estatal nacional o, cada vez más, supranacional, Unión Europea y demás) que, entre otras cosas, aseguren en todos los órdenes un trato mucho más igual. El Parlamento –quiero reiterarlo– es, a mi juicio, el primer y prioritario intérprete de la Constitución (...) La apelación al Estado constitucional de Derecho de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, obviar, al Estado legislativo de Derecho, ni –invocando sin más precisiones la aplicación directa de las normas constitucionales– puede por tanto valer como disfraz ideológico para un reductivo estado judicial de Derecho, poco acorde con la legalidad (incluida la constitucional) y la democrática legitimidad. En tal situación todos los conflictos y luchas políticas se trasladarían (aún más) a la anterior del poder judicial, de modo muy especial a sus más altas y conexas instancias. Sobradamente lo estamos viendo hoy aunque, desde luego, no sea exclusivamente por esta razón. Para que quede bien claro todo lo anterior –así lo espero– recordaré que hace ya muchos años, defendiendo como hoy –más aún también desde el realismo crítico– el necesario puesto central del trabajo de los jueces en el estado de derecho, su función creadora –incluso alternativa– no de mera subsunción mecánica del juez, puse por escrito que mi juicio donde mejor y más coherente funciona una necesaria magistratura democrática es precisamente en el marco siempre abierto y crítico de una precedente legislatura democrática...» (pp. 85-86). No cabe hacer más precisiones respecto a tales afirmaciones; el tema está planteado para el debate y la discusión detenida y profunda, como se está haciendo ya desde hace algún tiempo, y así lo señala el propio Elías Díaz con las referencias bibliográficas contenidas en la nota 11 de la página 85 del libro.

En cambio, el capítulo quinto (*La justificación ética de la democracia. Mayorías, minorías y derechos humanos*) recoge los frutos maduros de los capítulos anteriores al ofrecer una proyección o plasmación externa de esas diferentes implicaciones y consecuencias de carácter jurídico, político y ético. Al principio del mismo, Elías Díaz sostiene un punto de vista inquietante pero hasta cierto punto trivial pues crea una tensión necesaria para afrontar su lectura; indica que «*el Estado de Derecho no es solo cosa de juristas (...) hay más cosas en el cielo y en la tierra de las que se sueñan en la ciencia jurídica, aún más en la llamada dogmática jurídica*» (p. 87). Con el afán de evitar simplicidades, insiste en que el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política; esto es, que hay una relación bifronte entre el Estado de Derecho y su forma de ejercicio del poder, la democrática: no puede existir el uno sin la otra (p. 88). A partir de estas premisas evidentes, el autor va tomando pulso en relación al tema de las mayorías y minorías para afirmar, como ya hizo de manera muy clara en obras anteriores suyas (por ejemplo, en *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid 1984) que no hay mayorías sin minorías ni minorías sin mayorías, algo que es un tanto obvio a simple vista pero que en cambio es hartamente complicado de comprender en sus justos términos, pues la distinción cualitativa entre unas y otras parece que no tiene unos límites precisos. Las reflexiones en torno a estos temas van cobrando densidad a medida que se suceden las páginas y aparecen hasta términos odiosos pero cada vez más habituales como son el de engaño, manipulación y corrup-

ción, para concluir con afirmaciones que ponen de relieve que «*sin libertad no hay nada: ni igualdad, ni justicia, ni dignidad, ni democracia, ni auténtica paz (...). La democracia no puede destruirse democráticamente. Desde esos presupuestos de carácter lógico y ético, la regla de las mayorías, la misma soberanía popular y hasta la consecuente democracia encuentran –creo– su más firme fundamento y justificación en tal autonomía moral personal, en la libertad crítica para decidir ...*» (p. 100). El capítulo finaliza con unas páginas a modo de opúsculo sobre un diálogo mantenido con Ernesto Garzón Valdés; en concreto sobre su escrito *Algunas consideraciones acerca del deber de obediencia al derecho según Elías Díaz*, publicado en el libro homenaje *Revisión de Elías Díaz, sus libros y sus críticos* (edición a cargo de L. L. Hierro, F. J. Laporta y A. Ruiz Miguel, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007). No voy a descubrir más detalles de este diálogo erudito y sosegado. Tan solo quiero reproducir íntegramente las últimas líneas de este inefable capítulo: «*Punto (o coda) final: llegados por el momento aquí, ya que no podemos cambiar el mundo –según reza el pesimista aforismo– cambiemos al menos de conversación, es decir de palabras. En tal caso, yo propondría que en el futuro de ella (refiriéndose a la autonomía personal y moral –el añadido es mío–) hablásemos más en estos términos de libertades reales (que llevan a mayores igualdades) y de exigencias ético-políticas coherentes con la democracia y menos de límites y cotos vedados y ante las decisiones de las mayorías (y de las minorías). Ya sé que el amigo Ernesto no se dejará llevar a ello, pero (liberal igualitario) sí estará feliz de instar –siempre lo ha hecho– a la libre entrada de discrepantes y discutidores –como yo (socialdemócrata) propongo– en ese paraíso de seguridad que parece ser el coto vedado. Dentro o fuera de él, con ese u otro rótulo, así al menos tendremos nuevos pretextos para seguir platicando y debatiendo con él y con otros colegas y amigos –como yo he querido hacer aquí– sobre estas graves cuestiones y sobre otras muchas que también son interesantes e incluso hasta más divertidas aunque, tal vez, menos trascendentes y decisivas para la vida real individual o colectiva nuestra y de tantas otras gentes de nuestro entorno, en estos tiempos de tanta inseguridad, corrupción, desigualdad e injusticia.*» (p. 111).

Pido disculpas al autor por romper una de las reglas de oro de este libro: la dualidad simétrica ya advertida al principio. No me encuentro en condiciones de comentar ampliamente los cinco últimos capítulos que componen la segunda parte del libro (pp. 115-210). Bastarán unas breves indicaciones para animar a su lectura directa sin invadir la profusa memoria de Elías Díaz y mucho menos el recuerdo a esos cuatro intelectuales allí tratados, pues ese análisis conmemorativo exige una visión primaria y sin tapujos a partir de las propias palabras y elocuencias escritas por su autor. Su acercamiento personal e intelectual a esas cuatro figuras del pensamiento jurídico y político español contemporáneo, no pueden ser alterado o sustituido por unos remates indirectos que no darían ningún valor ni ofrecerían ningún atisbo de información de interés más o menos detallada, pues esas páginas deben y merecen ser leídas desde una proximidad manifiesta y una sensibilidad cariñosa sin parangón.

Mario RUIZ SANZ
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)