



## Estado Democrático de Derecho

Gilmer Alarcón Requejo

Universidad Jaime Bausate y Meza, Lima

[g.alarcon@bausate.edu.pe](mailto:g.alarcon@bausate.edu.pe)

### Resumen

Esta voz sobre el Estado Democrático de Derecho reivindica las ideas fundamentales de Elías Díaz en torno a la estructura analítica y normativa de un núcleo básico sobre dicho concepto. Se trata de responder a la cuestión ¿qué teoría sobre el Estado democrático de Derecho resuelve de mejor modo la tensión entre soberanía popular, derechos humanos e imperio de la ley? Una respuesta adecuada a este problema demanda un conjunto de razones tanto explicativas como justificativas, en el marco de las exigencias de una cultura de la legalidad que no deja de lado la reflexión sobre las relaciones entre Derecho y poder. Se analizan los diversos argumentos formulados por Francisco Laporta, Manuel Atienza y Liborio Hierro, a partir del debate generado por Elías Díaz en su legendario libro Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Se enmarca en la filosofía del derecho de la España contemporánea.

### Palabras clave

Estado de Derecho, Estado democrático de Derecho, Estado constitucional, Derecho, poder, soberanía popular, derechos humanos, seguridad jurídica, imperio de la ley.

## Democratic state of Law

### Abstract

This article concerning the democratic state of law defends the main ideas of Elias Díaz who has developed an analytical and normative structure for framing this concept. Its aim is to answer this question: which is the most adequate theory of the democratic state of law that helps to solve the tension between popular sovereignty, human rights and rule of law? The answer demands to take into account some explicative and justificative reasons related to the effectiveness of a culture of lawfulness which is aware of power and law relationships. The critical comments on Elías Díaz' famous work "Estado de Derecho y sociedad democrática" published by Francisco Laporta, Manuel Atienza and Liborio Hierro are also analyzed. This article is centered on the recent developments of the Spanish philosophy of law.

### Keywords

State of Law, democratic state of law, constitutional state, Law, Power, popular sovereignty, human rights, legal security, rule of law.

## 1. Vigencia de las premisas del estado democrático de derecho: Siguiendo a Elías Díaz

¿Por qué interesa tanto a Elías Díaz establecer que la seguridad jurídica es condición necesaria pero no suficiente para la obligatoriedad de las normas establecidas en el marco del Estado de Derecho? ¿En qué medida influye en esta idea la experiencia de la dictadura franquista? ¿En qué sentido su realismo jurídico y su renovado positivismo jurídico han contribuido a la teoría del Estado de Derecho? Dos hipótesis teóricas fundamentales transitan por el concepto de Estado democrático de Derecho en Elías Díaz.

Primera.- No todo Estado es Estado de Derecho

“No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho” (Díaz, 1966: 7).

Segunda.- El imperio de la ley como expresión de la soberanía popular.

Elías Díaz (1966: 18) identifica como características generales que corresponden como exigencias imprescindibles a todo auténtico Estado de Derecho las siguientes: “(a) imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; (b) separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; (c) legalidad de la Administración: regulación por la ley y control judicial; (d) derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.”

El contexto histórico en el que surgen estos enunciados teóricos es el de prácticas sistemáticas ajenas a un orden jurídico político democrático. No hubo experiencia más clara y directa para Elías Díaz que sus vivencias, “el estar ahí” frente a la dictadura franquista, cuando iusnaturalismo y seguridad jurídica fueron instrumentalizados tanto que como conceptos quedaron maltrechos. Esta es una explicación sociológica del porqué Elías Díaz habla más de definir la idea de Estado de Derecho a través de los principios del proceso democrático y los derechos humanos, antes que por la vía de la seguridad jurídica o de la moral interna del Derecho<sup>1</sup>.

Las leyes franquistas se someten en su nacimiento, vigencia y extinción a principios de seguridad, y toda norma política -parafraseando a Elías de Tejada- cuando contiene elementos éticos es norma jurídica; es decir, el derecho natural a la seguridad jurídica está encuadrado en los derechos naturales derivados de la sociabilidad humana, y si hay opiniones críticas que dicen que la libertad está demasiado supeditada a la seguridad, ella acepta que estas opiniones sólo pueden referirse a casos muy puntuales y concretos, mas no al sistema en general, ya que los “principios de seguridad jurídica del Estado español, en cuanto tales, son correctos” (Rovira Flórez de Quiñónez, 1970; 1971: 89).

<sup>1</sup> Al respecto véase Escudero (2003: 316-317) cuando advierte el olvido de la teoría de Fuller en la doctrina española. Uno de los últimos trabajos sobre el imperio de la ley bajo la senda de Fuller es el de Mariano Melero (2013: 57-75). Para profundizar sobre el contexto socio-histórico en el que surgen las tesis centrales sobre el Estado de Derecho en Elías Díaz, se puede ver: Alarcón (2007: 31-101); Bañuls (2004: 9-50).

Las razones explicativas nos llevan a comprender su orientación desde el positivismo y el realismo jurídico crítico: las notas distintivas del imperio de la ley tienen que estar sólidamente vinculadas al principio del proceso democrático de construcción del poder y al mismo tiempo, deviene la estela normativa de la Revolución francesa: la voluntad general<sup>2</sup> como presupuesto normativo que alumbra un núcleo básico de su teoría sobre el Estado democrático de Derecho.

No resulta tarea fácil precisar las relaciones entre imperio de la ley y proceso democrático para definir el Estado de Derecho postradicional, confrontando el problema de separar o vincular dos esferas: la libertad negativa, propia de la sociedad civil y la esfera de la libertad pública “positiva”, expresión de la sociedad política (Laporta, 1994: 138).

## 2. El imperio de la ley como expresión de la soberanía popular en clave de construcción del poder

Ausente en el Antiguo Régimen la idea de seguridad jurídica, solo cabía el gobierno absoluto de ciertos hombres. De la discusión sobre el imperio de la ley y las pasiones humanas resultaba la preocupación de raíz aristotélica por la racionalización del Derecho como límite a los abusos del poder. Del contraste entre las pasiones de los hombres y el desapasionamiento de las leyes deriva la identificación de la ley con la voz de la razón que es el principio y el fin de la teoría del derecho natural de la antigüedad hasta nuestros días (Bobbio y Bovero, 1985: 31).

Elías Díaz, un autor que pretende una concepción del Estado de Derecho que se sustente en una legalidad democrática, va a reconocer que es posible que se produzcan dilemas conceptuales en el afán por limitar el poder soberano (Díaz, 1990: 32 y ss.). Por un lado, es probable que exista un Estado sometido a una insuficiente limitación jurídica, que poco se diferenciaría del absolutismo de los príncipes y, de otro lado, un Estado controlado por límites excesivos, que podría significar la negación e inexistencia efectiva del mismo. En este sentido sus ideas, en torno a una probable compatibilidad entre derechos humanos y una legalidad democrática le deben mucho a Rousseau y a Kant, uno inspirador de la Revolución francesa y el otro inquieto profundamente por tal acontecimiento.

No faltarían autores que ven el Estado de Derecho como la única innovación constitucional del ochocientos, innovación que atañería sólo a los países continentales (Matteucci, 1998: 285)<sup>3</sup>. Elías Díaz, a pesar de hablar de una triple tradición modernista en la formación histórica del Estado de Derecho, no ha escatimado en argumentos para resaltar la influencia en éste de la Revolución francesa<sup>4</sup>, proceso en el que la tensión democracia/derechos humanos aparece con claridad. ¿Acaso nuestro autor toma en cuenta este ejemplo histórico, dada su vocación al realismo crítico? ¿En qué medida esta vocación no entra en conflicto con el concepto de imperio de la ley como seguridad jurídica, cuya potencialidad sólo alcanza a reducir la injusticia con su limitación negativa?

<sup>2</sup> Usaremos aquí indistintamente voluntad general como soberanía popular, evitando la discusión sobre su carga epistémica y pragmática de la que se hace cargo la filosofía política en el análisis de Rousseau.

<sup>3</sup> Debemos a Fioravanti (1998: 25), desde la perspectiva del derecho constitucional, la reconstrucción analítica de tres fundamentaciones teóricas de las libertades: el modelo historicista, el modelo individualista y el modelo estatalista.

<sup>4</sup> Para Elías Díaz (1998: 15), el advenimiento democratizador del Estado de Derecho se remonta al siguiente proceso: 1) el *Bill of rights* inglés de 1689, 2) la *Declaration of Rights* del Estado de Virginia en 1776, y 3) la Revolución francesa, que se concreta en la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789.



Elías Díaz encuentra una directa relación literal del Estado de Derecho con el vocablo germánico *Rechtsstaat*<sup>5</sup>. Sin ruptura con el *Rechtsstaat* ni con la anglosajona *Rule of Law*, a su juicio, es en el contexto de la Revolución francesa y en el texto de la Declaración de derechos de 1789 donde se cristalizan los requisitos y elementos básicos del Estado de Derecho de mejor modo. Sin embargo, si se pretende resaltar los grandes procesos modernos de cambio, la crítica a las insuficiencias y problemas del proceso revolucionario francés implica dar el paso de una explicación histórica a las razones justificativas: la democracia y los derechos humanos como núcleo universalista de la constitución del Estado de Derecho moderno, en variantes distintas. Pero este núcleo no puede ser atributo exclusivo de la Revolución francesa, es también una exigencia de la Revolución americana (Habermas, 1998: 592)<sup>6</sup>.

Ve, además, que el concepto de ley y el concepto de libertad prepolítica se articulan como un elemento eje en esta Declaración: *Artículo 4*, “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismo derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”. Elías Díaz es consciente que ésta es una de las proposiciones de mayor calado y dificultad para la filosofía del Derecho, ¿cómo es posible que el mismo poder estatal para cuyo límite surgen los derechos fundamentales prepolíticos sea, después de todo, el único que puede proteger eficazmente tanto la libertad civil como la libertad prepolítica?

No pocos pensadores han tratado de dar respuestas a esta paradoja, planteando más que soluciones, más preguntas. Habermas, por ejemplo, profundizaría la cuestión: ¿cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? Fioravanti (1998: 58), por su parte, ha comentado que la afirmación de los derechos naturales individuales y de la soberanía nacional en la Declaración de derechos – ambas – se toman como hijas del *mismo proceso histórico* que, al mismo tiempo que libera al individuo de las antiguas ligaduras del señor-juez o del señor-recaudador, libera también al ejercicio del poder público en nombre de la nación de las nefastas influencias en sentido disgregante y particularista de los poderes feudales y señoriales. Esta es una *alianza entre las razones del individualismo y las razones del estatalismo*.

Aquí quiero dejar constancia del gran interés de Elías Díaz por la Revolución francesa y la Declaración. Tal vez se deba a aquello que los intelectuales de izquierdas, ligados al realismo jurídico, identifican en la Revolución americana el *resultado* de los acontecimientos, en tanto la Revolución francesa la hicieron sus protagonistas con plena conciencia de *estar haciendo* una revolución (Habermas, 1998: 592).

<sup>5</sup> Elías Díaz atribuye el uso pionero de la expresión *Estado de Derecho* al alemán Robert Von Mohl. Alessandro Pace (1998) coincide con esta afirmación. El creador de la expresión Estado de Derecho, según Pace, era un jurista liberal de Prusia que consideraba la naturaleza superior de las normas constitucionales frente a las leyes ordinarias. En su época (1799-1875), este autor es la excepción: en el siglo XIX la regla estaba fijada por ideas *estatalistas no individualistas*. Primaba una ideología autoritaria del Estado en el II Reich, regido por una multiplicidad de derechos territoriales y personales. Un fuerte régimen estamental de la organización social. Esto marcó el carácter autoritario de la doctrina alemana del Estado de Derecho, al respecto puede verse Von Mohl (1987: 139 y ss.).

<sup>6</sup> Esta idea no sólo está en Habermas (1998:363 y ss) y la encontramos también en Elster y Slagstad (1999: 40).

### 3. El Estado democrático de derecho en clave de Estado constitucional

De la Revolución francesa Elías Díaz destaca su relevancia no sólo como dato histórico de la conexión entre Derecho y poder, sino también toma en cuenta las proposiciones normativas que derivan de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de la Asamblea Nacional francesa de 1789<sup>7</sup>. Entre éstas, la noción de seguridad jurídica en relación con los límites del poder y el ejercicio de los derechos en el Estado constitucional. *Artículo 16*: “Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución.” Justamente, la propuesta normativa de este Artículo es la que inspira a Elías Díaz (1966: 15) para su afirmación de que no todo Estado es Estado de Derecho, que lo traduce ya contemporáneamente, como Estado constitucional: “No todo Estado es entonces Estado constitucional o, como hemos comenzado diciendo aquí, no todo Estado es Estado de Derecho.”

Frente a una supuesta crisis de la ley como causa de las transformaciones del Estado de Derecho hacia un Estado constitucional, Elías Díaz ha insistido en centrar el debate no sólo en las dimensiones ético-políticas de legitimidad y justicia, sino también en las relaciones entre Derecho y poder. Es verdad, dice, que frente a reducciones e insuficiencias constatadas históricamente el entendimiento actual de la Constitución como norma jurídica le parece una conquista a todas luces muy positiva y por completo coherente con el mejor Estado de Derecho. Sin embargo, hace un llamado a dejar de lado aquella postura maniquea que quiere establecer radicales oposiciones entre “un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho”; para él, Estado de Derecho es Estado constitucional legislativo y judicial de Derecho:

Mis cautelas, lo reitero de modo expreso, y mis advertencias críticas ante el mimético y simplista entusiasmo actual por la muy respetable fórmula del Estado constitucional de Derecho únicamente derivan y aumentan en la medida -como digo- en que éste, por un lado, implique y favorezca una real infravaloración de algunas de las principales instituciones democráticas, especialmente del Parlamento, órgano político y órgano legislador, y, por otro, derivado de ahí, en cuanto que la interpretación y aplicación de los superiores principios y valores constitucionales pretendan atribuirse y reducirse de manera muy preferente y privilegiada a las meras instancias y criterios de los aparatos jurisdiccionales [...] En tal situación todos los conflictos sociales y todas las luchas políticas se trasladarían entonces (aún más) al interior del poder judicial [...] Pero el Estado de Derecho no es sólo cosa de jurista, única y exclusivamente una cuestión jurídica (Díaz, 2002: 187).

El Estado de Derecho, caracterizado principalmente por el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular, tiene que dar cuenta de un núcleo ético-político básico constituido por los derechos fundamentales y la democracia. Mientras que los derechos fundamentales son la razón de ser del Estado de Derecho (criterio de legitimidad objetiva), la democracia es el procedimiento para convertir en legalidad tales exigencias de legitimidad (legitimidad procedimental). La mejor defensa de la legalidad y la legitimidad “exige actuar siempre en el marco de la Constitución y del Estado de Derecho: no sólo esto es más justo, y más legal, sino que incluso -ésta es mi convicción- tanto a corto como a medio y largo plazo, preocupándose por contar con adhesiones sociales más fundadas e ilustradas, con una mayor y mejor legitimación, será además mucho más eficaz para todo el sistema político social” (Díaz, 1966: 84).

<sup>7</sup> Las ideas principales de nuestro autor sobre la Revolución francesa aparecen en Díaz (1978: 69-88). Los presupuestos realistas de construcción del poder han sido reiterados en su último libro, véase Díaz (2013: 21-39).



## 4. Los diálogos críticos

### 4.1. El imperio de la ley de Francisco J. Laporta

En este apartado se verán los argumentos de los que se sirve Francisco Laporta para afirmar que en la idea de Estado de Derecho de Elías Díaz hay una determinada perspectiva conceptual en la que se incluyen aspectos y exigencias ético-políticas muy amplias<sup>8</sup>. Hechas estas advertencias dejará traslucir sus coincidencias teóricas y prácticas, que son de larga data<sup>9</sup>. De Elías Díaz destaca dos aspectos: en primer lugar, el contexto sociológico en el que surge su pensamiento; y en segundo lugar, las nociones de teoría política y de filosofía del Derecho que están de por medio.

Sostiene este autor que es preciso señalar el sistema político arbitrario e intolerante de la España de los sesenta, la década en la que cuaja la personalidad intelectual de Elías Díaz. Una España desarticulada por un sistema político autoritario, ignorante de las garantías individuales y en la que el poder sólo muy parcial y fragmentariamente estaba sometido al Derecho.

Por eso no tiene nada de extraño que uno de los primeros estímulos que hirieran una sensibilidad tan viva como la suya fuera precisamente el de esa inmediata incertidumbre en que se vivía, y, en consecuencia, una de sus inquietudes más originarias fuera la relativa al aspecto más directamente garantista y protector que ofrece la visión moderna del derecho. Este repito, me parece uno de los más importantes puntos de partida de su pensamiento (Laporta, 1994: 133)<sup>10</sup>.

Este contexto, habría ocasionado que Elías Díaz, en su concepto de Estado de Derecho, preste especial atención a su justificación en nociones de teoría política (la soberanía popular) y en nociones de filosofía jurídica (seguridad y garantía de los derechos humanos básicos), en desmedro de una atención, también necesaria y no menos importante, del concepto de imperio de la ley que por sentido último tendría precisamente la protección de la autonomía del individuo frente al poder político.

Según Laporta (1994: 138), el Estado de Derecho comprende tres ideales.

Estos ideales son: 1) El *Imperio de la ley*, 2) Los *derechos del hombre* y 3) El *principio democrático*. Son creo, los tres ideales que Elías Díaz ha pretendido englobar en uno solo mediante su noción amplia y ambiciosa de “Estado democrático de Derecho”: imperio de la ley, pero ley entendida como expresión de la voluntad general, es decir, principio democrático, y ley que posibilite el reconocimiento formal y la realización efectiva de los derechos del hombre. Yo, por el contrario, prefiero proceder a aislar el primero de esos ideales, asumiendo que puede tener vida propia al margen de los otros y reflexionar únicamente sobre él.

Trata de evitar un concepto “insaciable” de Estado de Derecho. Su preocupación llega a extenderse a otros contextos y su crítica presta atención a una corriente de pensamiento que comparte como una seña de identidad. Una concepción, dice, muy consolidada tanto en España, a través de Elías Díaz, como

<sup>8</sup> Dice Laporta, que Elías Díaz incluye en su concepto de Estado de Derecho aspectos y exigencias ético-políticas muy amplias. Pero eso no es una deficiencia conceptual, sino una opción que, por lo demás, me parece aceptable. *Carta personal*, 21 de noviembre de 2005. En parecidos términos, Raz (1982: 264) criticaba las conclusiones del Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi en 1959.

<sup>9</sup> Uno de los artículos de Francisco Laporta en los que reitera sus apreciaciones sobre las ideas de Elías Díaz, en relación con el concepto de Estado de Derecho, véase (2009: 181-193).

<sup>10</sup> Laporta hace mención, explícitamente, a dos escritos iniciales y fundamentales de Elías Díaz (1966: 7; 1971: 42).

en otros países -Böckenforde (Alemania) o Ferrajoli (Italia)- que ve el Estado de Derecho como un ideal articulado y coherente de instituciones y valores ético-políticos diversos que han ido sedimentándose en la cultura constitucional y en los ordenamientos jurídicos a lo largo de más de dos siglos.

Se detiene, entonces, en aquello que falta y se dispone a analizar sólo uno de esos principios ético-políticos, acaso -dice- el primario desde un punto de vista lógico: aquél que se viene llamando comúnmente, a partir quizás de una tradición anglosajona, *Rule of Law*, “imperio de la ley”. Así, Estado de Derecho es sobre todo un Estado o sociedad política en el que la ley como fuente de normas jurídicas tiene una posición dominante.

#### **4.2. El Estado democrático de Derecho a partir de un núcleo conceptual: Aportación de Manuel Atienza**

Según Atienza, las premisas centradas en que el Estado de Derecho es, por un lado, una realidad de carácter procesal, perfectible y abierta en el tiempo y, por otro, la explicitación de una serie de necesarios caracteres generales, llenan de denotación y connotación al concepto propuesto por Elías Díaz. Por lo tanto, a un concepto así le es inherente cierta vaguedad no inmune a disputas, habida cuenta de la carga emotiva de signo positivo que trae consigo la expresión *Estado de Derecho*, y que la hace especialmente apta para ser usada en definiciones persuasivas para identificar en la realidad casos dudosos de organizaciones estatales, puestos frente al test de las características básicas. Sin embargo, los problemas de vaguedad y emotividad tienen límites, ya que la expresión *Estado de Derecho* designa siempre un cierto tipo de organización política. Dicho de otra manera: “el concepto de ‘Estado de Derecho’ puede que sea impreciso, pero al menos es unívoco: nadie parece haberlo usado para referirse a otra cosa que no sea un tipo de organización política que aparece en un determinado momento histórico y con características más o menos bien definidas” (Atienza, 1998: 466).

Atienza, ya en la búsqueda de argumentos que den cuenta de las relaciones entre imperio de la ley democrática y derechos fundamentales, haciendo un análisis de esta tensión, ve reflejarse estas cuestiones en los trabajos de Francisco Laporta y Liborio Hierro, al hilo de sus trabajos sobre el Estado de Derecho en Elías Díaz. En el trabajo de Francisco Laporta encuentra que éste “otorga a la nota del ‘imperio de la ley’ un carácter de predominio dentro de la caracterización del Estado de Derecho, lo que lleva, lógicamente, a subrayar el elemento autoritativo de la interpretación de las normas. Laporta no lo dice explícitamente, pero me parece que ello está de alguna forma sugerido en su ‘tesis fuerte’ de que ‘el principio del imperio de la ley exige que el núcleo de esa argumentación (la que lleva a cabo el juez al aplicar el Derecho) sea un razonamiento deductivo’”. Ese predominio del elemento de autoridad aparece, sin embargo, compensado por el hecho de que al “núcleo duro” del *rule of law* le atribuye la interdicción de la arbitrariedad y estaría reforzado también por el principio de división de poderes. Dice, además, que Laporta entiende imperio de la ley como un ideal ético-político, sustentado nada menos que en el valor de autonomía (Atienza, 1998: 481-482).

El otro trabajo es el de Liborio Hierro. En este trabajo, dice Atienza (Atienza, 1998: 482), se privilegia también el elemento del imperio de la ley, pero, en cambio, se distingue en el mismo en cuanto exigencia ética dos interpretaciones; la interpretación débil (que Hierro atribuye a Laporta), por prescindir del origen de la ley, y porque las exigencias del imperio de la ley se limitan a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas y la interpretación fuerte (sería la de Elías Díaz, compartida por Hierro), introduce en la



noción misma de “imperio de la ley” el “elemento democrático”, que le resulta favorable para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley. Esta breve clasificación, destacada por Atienza, sin duda, permite avanzar en el análisis<sup>11</sup>. Por tal motivo, a continuación, se analiza la taxonomía formulada por Hierro, no sin antes dejar establecido que la principal preocupación de Atienza son las exigencias argumentativas del Estado constitucional, antes que las relaciones entre Derecho y poder, preocupación central en Elías Díaz.

Para Atienza, definitivamente, en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido. “El Estado de Derecho ofrece, así, mayores oportunidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización del poder. En este sentido puede decirse que la idea regulativa del Estado de Derecho es el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder” (Atienza, 2004: 256)<sup>12</sup>.

#### 4.3. Interpretación débil del Estado de Derecho guiados por Liborio Hierro

Liborio Hierro parte de la idea de ley como norma que expresa la voluntad general, versión ética clásica que vincula la autonomía de las personas -como fuente última de normatividad- a la obediencia del Derecho, recibida de la formulación de Locke, Rousseau y Kant y que alcanzó su primera realización en el modelo liberal de Estado. Constata el dato contemporáneo de la llamada “crisis actual de la ley” ante la cual algunas respuestas tanto teóricas como prácticas han pretendido salidas socavando justamente el ideario clásico. Ante esta situación, se hacen necesarias otro tipo de respuestas. Aun compartiendo el ideal ético del imperio de la ley, éstas no son uniformes; de modo que en la idea del “imperio de la ley” como exigencia ética, caben dos interpretaciones, una débil y otra fuerte, según sean las exigencias de legitimidad del Estado de Derecho.

La interpretación débil, prescinde de cuál sea el origen de la ley, limitando las exigencias del “imperio de la ley” a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas. “Esta es -me parece- la tesis que, entre otros, ha mantenido recientemente Francisco Laporta al calificar la posición de Elías Díaz como ‘amplia y ambiciosa’ y proponer, en su lugar, una distinción entre el ‘imperio de la ley’ y el ‘principio democrático’, reduciendo el imperio de la ley a la existencia de un conjunto de normas que cancelen el ámbito de las decisiones arbitrarias, lo que requiere una cierta estructura de esas normas (competencia, generalidad, no retroactividad y publicidad) y un cierto procedimiento institucional de aplicación de ellas (el ‘due process of law’)” (Hierro, 1998: 19-20)<sup>13</sup>. Sin negar en absoluto la dimensión ética que esta tesis más débil implica; supone, sin embargo, mayores dificultades para justificar la obediencia a la autoridad de las normas del Derecho.

Es cierto que en sus escritos de la década de 1960 Elías Díaz no formuló de manera clara el “núcleo” del que hoy habla, por eso, en parte tiene razón Laporta al criticar cierto exceso en la formulación de la dimensión democrática del concepto mismo de Estado de Derecho. Laporta (1994: 135) se pregunta: “¿De dónde extrae

<sup>11</sup> Dice Liborio Hierro (1998: 40) que su propósito es mostrar el concepto de *imperio de la ley*, en su formulación clásica que en 1966 recogió Elías Díaz y que luego, ha sido recogida por el preámbulo de nuestra Constitución.

<sup>12</sup> Véase también, de este mismo autor, Atienza (2006).

<sup>13</sup> Surgido en el contexto de América Latina, uno de los últimos trabajos que también contiene una taxonomía sobre el Estado de Derecho es Uprimny (2013).

una noción tan aparentemente cercana al mundo de lo jurídico como la de imperio de la ley esa su condición esencialmente moral? Pues a mi juicio –dice- del principio ético de la autonomía de la persona”. El fundamento último del *imperio de la ley se encuentra*, entonces, en el principio de la autonomía de la persona. Creo que aquí es pertinente la crítica de Eusebio Fernández (1999: 117), a quien le parecen muy interesantes las referencias que hace Laporta al ideal de la persona humana como ser autónomo, respaldo de su dignidad y acicate de su libertad y responsabilidad; pero cree que el objetivo prioritario del imperio de la ley no es la autonomía individual sino la seguridad: “Precisamente es el prioritario porque *es la seguridad la que favorece la autonomía individual y no al revés*”. Laporta, en otros escritos ha tratado de dar una respuesta adecuada a este tipo de críticas, cuando dice por ejemplo, que el *imperio de la ley* en tanto seguridad jurídica, es condición necesaria pero no suficiente de la sociedad justa<sup>14</sup>.

En general, hay un cierto consenso en el argumento de que el *imperio de la ley* posibilita un conocimiento previo y cierto de la acción del Estado (contemplado legalmente) para brindar al ciudadano un campo de certeza y seguridad como protección de su autonomía frente al poder político.

#### 4.4. Interpretación fuerte del Estado de Derecho: guiados por Liborio Hierro

Las ventajas que, según Hierro, tiene la *interpretación fuerte* sobre la *débil* las resume así. En primer lugar, el imperativo ético de la autonomía es el que ha sido satisfecho en la institucionalización contemporánea del poder legislativo como un poder democrático<sup>15</sup>. En segundo lugar, para la *interpretación fuerte* históricamente hoy el *imperio de la ley* ya no trata de justificarse frente al “despotismo”, más bien se enfrenta a los problemas que todavía están sobre la mesa como la universalización de la democracia. Sin embargo, aclara, que si bien ambas posiciones son diferentes no se contradicen. Lógicamente, la concepción fuerte asume el “universo ético” de la concepción débil (Hierro, 1998; 41-42).

Esta *interpretación fuerte* se encarga de dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley: “La ley puede así, y sólo así, ser concebida como norma suprema en cuanto expresión de la potestad normativa última (la soberanía) que reside en el pueblo y puede entonces esgrimir un fundamento moral a su pretensión de obediencia” (Hierro, 1998: 20). El autor, bajo este supuesto normativo, formula también lo que es una concepción formal<sup>16</sup>. La coincidencia con Elías Díaz rebasa el marco formal para centrar en la construcción democrática del poder<sup>17</sup>. Su pensamiento también discurre con más naturalidad por los procesos

<sup>14</sup> “Ni la libertad ni la igualdad pueden ser satisfechas en un grado razonable en una comunidad política que no esté gobernada con los principios y mecanismos del imperio de la ley en el marco de una teoría de la justicia. Pertenece a Rawls la idea de *imperio de la ley* en el sentido de constricciones formales del concepto de lo justo, sin embargo, pareciera que Rawls (1997: 222) está más cerca de Elías Díaz que de Laporta. Según Wellmer (1991: 129), el primer principio de justicia, el primer principio de igual libertad, conduce directamente a un principio de igualdad de derechos de participación política”.

<sup>15</sup> Se debe notar la diferencia entre “la interpretación fuerte de la noción ética del imperio de la ley” en Liborio Hierro y el “sentido fuerte del imperio de la ley” en Laporta. El sentido fuerte para Laporta significa *prevenir* qué sucederá en caso de conflicto de intereses entre los miembros del grupo y qué *agencia centralizada* tendrá que intervenir y *hacer uso de la fuerza* para ejecutar su decisión.

<sup>16</sup> Hierro (1998: 22), en resumen, señala que la ley es la fuente única, originaria, suprema y omnipotente de creación del Derecho.

<sup>17</sup> Afirma Hierro (1998: 43): “Lo que nos importa es que las leyes sean expresión de la voluntad general y, por ello, que en cada escalón de las constituciones o desenvolvimiento de las comunidades políticas, las decisiones normativas estén originariamente legitimadas democráticamente. Una soberanía escalonada sigue siendo un ejercicio colectivo de la libertad negativa mediante técnicas de instrumentación de la libertad positiva”.



contemporáneos, incluso su realismo al tratar de orientar el problema del concepto del Estado de Derecho hacia los problemas de la obediencia y la eficacia del Derecho.

Si el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular es una cuestión formal y material de identificación y seguimiento de las pautas que rigen una práctica, vinculado al reconocimiento y garantía de los derechos humanos como una cuestión de límites materiales y de mejora del ejercicio de esta práctica, la perspectiva procedimental interna del *imperio de la ley* de Laporta no consigue aislar totalmente el elemento democrático. Es evidente que tanto a Laporta como a Elías Díaz les interesa dar una respuesta a concepciones alarmistas respecto de la “crisis de la ley”, a propósito del Estado social de Derecho, “pérdida del carácter general y abstracto de las leyes” o si “han dejado de ser racionales las leyes” para dar paso a la soberanía del mercado.

Con la dosis necesaria de cierto pragmatismo democrático trascendental de Elías Díaz, unido al naturalismo débil de Laporta, se hace necesaria una concepción epistemológica realista del Estado de Derecho y del imperio de la ley como expresión de la soberanía popular<sup>18</sup>. Esta es la lección que sacamos del diálogo siguiendo los aportes tanto de Manuel Atienza como de Liborio Hierro.

## 5. Conclusiones

Se puede sostener que la teoría del Estado democrático de Derecho de Elías Díaz se basa en una concepción tanto formal como material en la que el imperio de la ley, la seguridad jurídica, encuentra su fundamento en dos principios ético-políticos: el principio de los derechos individuales básicos y el principio de la soberanía popular; es decir en la autonomía, tanto pública como privada, y se afirma que la crítica de Francisco Laporta es parcial, ya que, metodológicamente, le interesa resaltar la problemática de la llamada “moral intrínseca del Derecho”, aunque en una versión menos robusta que la sostenida por Fuller<sup>19</sup>.

Se han explicado los motivos que llevaron a Elías Díaz a no interesarse por la teoría de la “moral interna del Derecho” de Fuller. Acaso, también se pueda señalar la escasa atención que, en general, han prestado los juristas españoles al

<sup>18</sup> La crítica de Pérez Luño (1987: 54) tanto a Laporta como a Elías Díaz la realiza desde premisas iusnaturalistas. Ha visto en el pensamiento de Laporta la emergencia de no pocas premisas iusnaturalistas, con las que coincide. Sin embargo, dice que no comparte su poca atención a la historia. Y que una postura iusnaturalista, o moralista como gusta definirse Laporta, no tiene por qué ser contraria a una visión contextualizada e histórica del Estado de Derecho y los derechos. Respecto de Elías Díaz, dice que la cuestión de la soberanía popular, en el marco del Estado de Derecho, está penetrantemente sugerida en sus estudios, pero que quedan muchas preguntas sin respuesta, precisamente porque prescinde de la aportación que para ello cabe desprender de la función histórico-crítica del derecho natural. Agrega, “el reconocer que determinadas posturas iusnaturalistas han podido servir de apoyatura teórica para defender posiciones políticas autoritarias o antidemocráticas (aunque habría que analizar, en cada caso, si la apelación de las mismas al iusnaturalismo no era sino un recurso retórico ajeno a la función histórica del derecho natural) no creo que deba ser motivo suficiente para aislar la noción de la soberanía popular del *humus* histórico en el que se gestó, que no es otro que el de la tradición iusnaturalista”. (Pérez Luño, 2003: 72). La crítica de Pérez Luño, en tanto iusnaturalista y defensor del *principio de soberanía popular*, resulta interesante, dado que otras críticas no positivistas parten por debilitar al mínimo este principio, incluso dicen que la fase del Estado dominada por el *principio de soberanía popular* ha concluido, esto se puede ver en Zagrebelsky (1997: 21-40) o Fioravanti (2004: 43).

<sup>19</sup> Laporta exige no ser identificado plenamente con la postura de Fuller, defensor de la llamada *moral interna del Derecho*: “Cuando yo pienso en el imperio de la ley no pretendo pronunciarme sobre la relación entre derecho y moral, sino afirmar que las exigencias del imperio de la ley son exigencias éticas, pero puede haber muchos derechos que no las satisfagan. Eso me distancia de Fuller”. Carta personal, 21 de noviembre de 2005.

*rule of law*.<sup>20</sup> Sin duda, el concepto de Estado de Derecho de Elías Díaz se inscribe en la tradición continental del *Rechtsstaat*, pero sobre todo del “reino de la ley” de la Revolución francesa. Laporta, cuando del análisis del imperio de la ley se trata, ha hecho acopio de sus mejores argumentos en la tradición del *Rule of Law*, en tanto que los otros elementos del Estado de Derecho los remonta a los aportes de la Revolución francesa y la Declaración de 1789. Es decir, la *tesis débil* de Laporta sigue manteniéndose más cerca de la idea clásica del *Rule of Law*, tal como fue formulada por Dicey.

La crítica de Elías Díaz frente al neoconstitucionalismo desmitifica la reconstrucción de una historia lineal que pretende convertir el Estado constitucional en la “negación” del Estado democrático de Derecho. En este sentido, Laporta (2004: 29) también contribuye a desmitificar una supuesta “superación”, cuando dice que el “moderno Estado de Derecho no es sino una inicial respuesta a la exigencia ética de dignidad humana que alienta en nuestra cultura jurídica desde el Renacimiento y se va desarrollando paulatinamente a través de la Ilustración hasta alcanzar su manifestación política en el Estado constitucional y legislativo”. Sería un grave error suponer que los ideales del “imperio de la ley” se reducen a la idea de Estado constitucional e interpretación creadora del Derecho por los nuevos “señores de la ley”, los jueces, descuidando las relaciones entre Derecho y poder. Atienza, aun cuando no centre su atención en las relaciones entre Derecho y poder, sí tiene una propuesta moderada y pragmatista del Derecho como argumentación en el Estado constitucional.

Finalmente, este trabajo no puede sino concluir como empezó. Para un filósofo del derecho como Elías Díaz que hizo frente al poder de la dictadura franquista, el Estado de Derecho contiene un devenir, pero éste sólo será capaz de alumbrar estructuras en tanto proyecto normativo. Para una visión realista y crítica del Derecho también es relevante el hecho contextual de una sociedad burguesa, según la cual la libertad negativa del individuo es una esfera de derecho especial que no está a disposición de ninguna voluntad común<sup>21</sup>. Esta sociedad de “libertad negativa” exige condiciones políticas formales. Es un deber del Estado soberano proteger en cuanto sea posible a cada miembro de la sociedad contra la injusticia y la opresión de otro miembro, individuo o grupo corporativo y establecer una administración de justicia que dé solución a los conflictos y ejerza hegemoníamente la acción coactiva bajo la autoridad del Derecho.

La sociedad civil y la economía de mercado confían en un individuo egoísta, aunque prudente. Y para esto resulta relevante la predicción de la acción individual y colectiva a partir de datos que pueda proporcionar la normatividad jurídica. Si bien el poder del Estado es legítimo cuando está sometido al Derecho, hay poderes no jurídicos que tratan de someter al Estado y a los ciudadanos, tal es el caso de las grandes corporaciones privadas que abusando de su poder económico terminan afectando la libertad y participación de los ciudadanos como de los consumidores y rebasan el poder del propio Estado. Esta especie de Leviatán corporativo se hace más determinante en las crisis económicas actuales, y amenaza con hacer del imperio de la ley, ley como expresión de la soberanía del poder económico. He aquí la importancia del realismo jurídico y de las garantías jurídicas de un Estado

<sup>20</sup> Los juristas españoles, en los últimos tiempos, vienen agendando, entre sus investigaciones, aspectos relacionados con el *Rule of Law* y el imperio de la ley; Gema Marcilla, por ejemplo, en el marco del debate sobre el imperio de la ley y el desarrollo histórico del Estado constitucional (véase Marcilla, 2013).

<sup>21</sup> Para un análisis actual de los poderes fácticos, “verdaderos legisladores”, desde pautas comunes al realismo crítico del Derecho, véase: Díaz (2013), Escudero (2013), Vitale (2012), Ferrajoli (2014) o Greppi (2012).



democrático de Derecho. Esto implica reflexionar desde la cultura de la legalidad sobre el imperio de la ley como expresión de la soberanía popular, profundizando en las relaciones entre Derecho y poder.

## Bibliografía

- ALARCÓN REQUEJO, G. (2007), *Estado de Derecho, derechos humanos y democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Dykinson, Madrid.
- ARCOS RAMÍREZ, F. (2000), *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Dykinson, Madrid.
- ATIENZA, M. (1998) "Estado de Derecho, argumentación e interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XIV, pp. 466-472.
- ATIENZA, M. (2004), *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA, Manuel, (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.
- BAÑULS SOTO, F. (2004), Fernando, *La reconstrucción de la razón. Elías Díaz, entre la ética y la política*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante.
- BOBBIO, N. y BOVERO, M. (1985), *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, México.
- BÖCKENFORDE, W.E. (2000), *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid.
- DÍAZ, E. (1966), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid.
- DÍAZ, E. (1971), *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid.
- DÍAZ, E. (1984), *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid.
- DÍAZ, E. (1990), *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, CEC, Madrid.
- DÍAZ, E. (1998), *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- DÍAZ, E. (2003), *Un itinerario intelectual de filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- DÍAZ, E. (2013), *El Derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho*. Dykinson, Madrid.
- DICEY, V.A. (1982), *Introduction to the study of the Law on the Constitution*, Liberty Fund, Londres.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2000), *Positivismo y moral interna del Derecho*, CEPC, Madrid.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2013), *Modelos de democracia en España 1931-1978*, Península, Barcelona.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. (1997), "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", *Sistema*, Núm. 138, pp. 102-113.
- FERRAJOLI, L. (2014), *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (1998), *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid.
- FIORAVANTI, M. (2004), "Estado y constitución". En: FIORAVANTI, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa*, Trotta, Madrid.
- FULLER, L.L. (1967), *La moral interna del Derecho*, Trillas, México.
- GREPPI, A. (2012), *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, J. (1998), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- HIERRO, L. (1998), *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México.
- HIERRO, L. (2002), *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- LAPORTA, F. (1986), "Elías Díaz: pensamiento jurídico y compromiso democrático", *Anthropos*, Núm. 62, 40-44.
- LAPORTA, F. (1994), "Imperio de la ley-Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz", *Doxa*, Núm. 15-16, pp. 138-145.

- LAPORTA, F. (2003) (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, CEPC, Madrid.
- LAPORTA, F. (2009), “Elías Díaz y la teoría del derecho en España”, *RJUAM*, Núm. 19, pp. 181-193.
- LOCKE, J. (1998), *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid.
- MARCILLA, G. (2013), “Imperio de la ley”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 5, septiembre 2013 - febrero 2014, pp. 177-185.
- MATTEUCCI, N. (1998), *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid.
- MELERO, M. (2013), “El imperio de la ley como ideal político independiente”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 5, pp. 57-75.
- PACE, A. (1998), “La heterogénea estructura de los derechos constitucionales”, *Revista Cuadernos de Derecho Público*, Núm. 3, INAP, pp. 9-30.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (1987), “Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, en *Doxa*, Núm. 4, pp. 54-65.
- RAZ, J. (1982), *La autoridad del Derecho*, UNAM, México.
- UPRIMNY, R. (2013), “Estado de Derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 5, pp. 168-176.
- VITALE, E. (2012), *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Trotta, Madrid.
- VON MOHL, R. (1987), “Concepto de Policía y Estado de Derecho”. En: VV.AA., *Liberalismo Alemán en el siglo XIX (1815-1848)*, CEC, Madrid.
- ZAGREBELSKY, G. (1995), *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.