

## ¿HAY UNA SOLUCION DEMOCRATICA PARA LAS RELACIONES ENTRE LEY Y SITUACION SOCIAL?

JAVIER DE LUCAS

El planteamiento de las relaciones entre la ley y la situación social depende del punto de vista que se adopte acerca del concepto de ley y de Derecho. Según se parta de una perspectiva normativista, sociológica o valorativa, esas relaciones son consideradas de un modo diferente y, en consecuencia, las posibles respuestas difieren notablemente entre sí.

Uno de esos enfoques, y, por cierto, no el menos exento de acentos ideológicos, es el que busca la adecuación del Derecho a la realidad social vigente. Si se acepta que el Derecho mismo no es sino una función, una realidad-para, para lo social, puede admitirse también que, en cuanto instrumento, su utilidad deriva de la eficacia social que proporcione. Está claro que, en esa concepción, el Derecho es sobre todo *hecho social*, y que las relaciones entre él y las realidades sociales deben perseguir en primer lugar la adecuación. No sólo *ubi societas, ibi ius*, sino *talis societas, tale ius*. Los problemas, se afirma, son sólo cuestiones de hecho: cómo hacer que el Derecho sea aceptado por la sociedad, cómo conseguir la mayor receptividad posible de las pautas, valores e intereses sociales por parte de las estructuras jurídicas, etc. Sin embargo, a pesar del marcado carácter utilitarista, no se consigue evitar la característica de prescripción, el elemento normativo que pertenece a la esencia misma de lo jurídico. En efecto, incluso desde estas posiciones se afirma que el Derecho *debe* adaptarse a la realidad social, luego no se trata sólo de un *factum*. La realidad social se presenta como el ideal del Derecho,

como el contenido valorativo al que hace referencia la norma: es el criterio que decide acerca del carácter jurídico y de la "bondad" del precepto.

Desde luego, no cabe ignorar cuántas observaciones certeras encierra esta postura respecto al tema que nos ocupa. Es un tópico señalar la debilidad del Derecho cuando falta la conexión con la realidad social a la que se dirige —carácter prescriptivo— y que, además, constituye su razón de ser —carácter funcional—. Por otra parte, hay que tener en cuenta el sustrato que actúa como factor de legitimación del planteamiento sociológico, de la visión del Derecho como un hecho social, como regla de conducta con pretensiones de efectividad social, a cuya consecución habría que remitirse para juzgar la propia norma. En efecto, el sistema más apto para conseguir que el Derecho traduzca fielmente la realidad social —no sólo el comportamiento social efectivo, sino también el sistema de valores socialmente reconocido— es entender el Derecho como producto de la voluntad de la mayoría. Dicho de otro modo, estaríamos ante el tema de la legitimidad democrática del Derecho. Admitimos comúnmente, según esta explicación, que el Derecho nace de la voluntad del pueblo —así, en nuestra Constitución, la ley es "expresión de la soberanía popular" (preámbulo), y la justicia "emana del pueblo" (art. 117)—, lo que se presenta como un logro de la democracia, si bien sus antecedentes, más allá de los teóricos del pacto y aun de la escuela española del Derecho de Gentes, pueden remontarse a Aristóteles<sup>1</sup>. En realidad, en esta postura se ha verificado una doble reducción: en línea con el voluntarismo, se identifica el Derecho con la expresión de la voluntad del soberano —bien sea éste personal o colectivo—, y, en consecuencia, se hace ver que no hay más Derecho que ese, el *positum* por la autoridad, su *imperium*, el Derecho Positivo, que, fundamentalmente, es ley<sup>2</sup>. Desde luego, ésta es sólo una de las posibles vertientes del voluntarismo, puesto que existe, además, una versión iusnaturalista voluntarista. Sin embargo, la que ha influido decisivamente en el pensamiento jurídico contemporáneo es la primera<sup>3</sup>.

1. Así, puede confrontarse *Política*, III/11, 1282b; III/16, 1287a 10 y ss.; VI/4, 1291b-1292a.

2. Sobre el origen del término véase GONZÁLEZ VICÉN, F., *Sobre el positivismo jurídico*, p. 3 y ss.

3. Esa conexión está estudiada en WELZEL, H., *Derecho Natural y Justicia Material* (Trad. de G. VICÉN sobre la 4.<sup>a</sup> ed. alemana) pp. 65-89, Aguilar, Madrid 1971.

Con todo, como ha subrayado el Profesor Rodríguez Paniagua<sup>4</sup>, tal solución es satisfactoria únicamente en apariencia, porque, en primer lugar, no resuelve el auténtico problema, el de la legitimidad de un ordenamiento jurídico concreto, el de encontrar fundamento técnico jurídico a la obligatoriedad de una ley para un grupo social. Por otra parte, después de los esfuerzos de Rousseau, es imposible hallar una respuesta a la incompatibilidad entre libertad y unanimidad de voluntades, que serían las auténticas coordenadas de la solución democrática.

¿Quiere decirse con lo anterior que es preciso desechar la democracia? No. Se trata más bien de rechazar los maximalismos, y muy especialmente aquél al que conduce la creencia ciega en la instancia mayoritaria como criterio de fundamentación del Derecho, como punto de referencia para sus relaciones con el grupo social. Partimos de la observación de Tocqueville: “cuando se trata de cabezas, es mejor contarlas que cortarlas”. Hay que aceptar como menos malo el sistema que atribuye la elaboración de las reglas y la toma de decisiones a quienes han de cargar con las consecuencias. El problema estriba en que las dos dificultades citadas con anterioridad —amén de otras relativas al funcionamiento de hecho de los regímenes democráticos<sup>5</sup>— convierten esa respuesta en papel mojado. ¿Qué sucede con las minorías? ¿Cómo obligarles a aceptar un Derecho que no quisieron? ¿Qué hacer cuando los representantes elaboran una ley contraria a los criterios de quienes los eligieron?<sup>6</sup>

No parece arriesgado deducir de estas reflexiones la imposibilidad de una transparencia real entre Derecho y sociedad, al menos en el sentido indicado. Además, las ciencias sociales, los *mass media*, ofrecen hoy medios suficientes para influir, manipular y aun crear artificialmente una “opinión pública”. Pues bien, si resulta imposible para el Derecho recoger con fidelidad la situación social, ¿acaso hay que optar por la solución opuesta, esto es, intentar que el Derecho sea quien conduzca a la sociedad? En esa perspectiva se trataría de insistir en el carácter pedagógico y directivo del Derecho, o, lo que es lo mismo, en que el Derecho es,

4. *Derecho y Sociedad*, Tecnos, Madrid 1979, pp. 136-138.

5. Cfr. la descripción que hace R. PANIAGUA, o. c., pp. 149-150.

6. Es, en definitiva, la famosa crítica de Rousseau al sistema de representación: “Le peuple Anglois pense être libre; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien”. (*Contrat Social*, III, XV, p. 430, *Oeuvres Complètes*, vol. III, Gallimard, Paris 1964).

ante todo, regla de la conducta social, y, por consiguiente, la cuestión no es tanto reflejar una situación social concreta cuanto regularla, ordenarla: hacer posible en esa situación una convivencia pacífica y justa<sup>7</sup>. De este modo, es el Derecho quien toma la iniciativa, o, mejor, el legislador se encuentra ante la siguiente disyuntiva:

- a) El Derecho encuentra los criterios de su elaboración y funcionamiento en su propia estructura interna: es un problema de técnica jurídica. En este sentido, como resulta fácil suponer, la exposición más acabada es la del Kelsen, que pretende prescindir de cualquier aspecto metajurídico<sup>8</sup>.
- b) El Derecho es, efectivamente, una realidad instrumental<sup>9</sup>, entendida como medio para la realización de unos fines. El problema es que esos fines no vienen determinados por la voluntad de nadie, ni siquiera por la voluntad del grupo, sino que pertenecen a la misma realidad ontológica del Derecho. Ahora bien, ¿cómo descubrirlos? ¿Cuál es el criterio, el método de conocimiento de esos fines? La respuesta más importante es la que, a través de muy diversas formulaciones, ha expuesto la doctrina del Derecho Natural<sup>10</sup>.

Una y otra solución plantean diferentes interrogantes, y su exposición y crítica es buena parte de la tarea que debe realizar la Filosofía del Derecho. Ahora sólo nos corresponde hacer ver que en ambos, desde el punto de vista de la referencia ideológica, existe igualmente la posibilidad de una deformación, de una instrumentalización política de carácter autoritario. En el primer supuesto, porque, a pesar de la aparente *wertfreiheit*, de la neutralidad de la construcción kelseniana, no hay tal. En efecto, la *reductio ad Hitler* de esta postura está en la mente de todos. Pero

7. Cfr. en este sentido, FUENMAYOR, A., *La influencia de las leyes civiles en el comportamiento moral*, Lección de apertura, octubre de 1978, Pamplona, pp. 60-64 y 67-71.

8. "Reine Rechtslehre". "Allgemeine Rechtslehre".

9. La característica instrumental no está tomada aquí en el sentido que le atribuye el pensamiento utilitarista, sino para resaltar que el Derecho no es un fin en sí mismo; es una realidad al servicio de otra: el hombre. Sobre la crítica a la interpretación utilitarista del Derecho, vid. BALLESTEROS, J., *En torno al sentido del Derecho en la actualidad*, en "Verdad y Vida" (1978) pp. 445-450 especialmente.

10. Así, la exposición que hace WELZEL, o. c. Igualmente, p. ej., la de PASERIN D'ENTREVES, A., en su *Derecho Natural*, (Trad. de M. Hurtado), Aguilar, Madrid 1972.

no es necesario llegar hasta ahí: nuestro examen se detiene en los principios básicos de la teoría pura del Derecho, que descansa en un postulado, en un axioma, indemostrable, como es la *Grundnorm* o Norma Hipotética Fundamental. Ahora bien, ¿esa norma es, como se pretende, una construcción meramente técnica? Se ha señalado reiteradamente<sup>11</sup> que, salvo incurrir en una regresión hasta el infinito, la *Grundnorm* remite a un contenido material que, se quiera o no, implica connotaciones valorativas. Pero hay más. Desde el punto de vista de la estructura de la norma jurídica, ésta se presenta como una construcción que responde al modelo "si es A, debe ser B", y se asegura que estamos ante meros enunciados fácticos, lo que no es cierto. Una proposición condicional no es una proposición categórica. En la estructura del supuesto normativo, la conjunción condicional revela que hay algo más, revela, según nos parece, la existencia de una opción previa. En efecto, la dependencia entre el enunciado y la consecuencia deriva de una decisión del legislador, y en cuanto tal decisión es imposible que esté desprovista de elementos metajurídicos: la propia conciencia, la conciencia social, el sistema de valores, los intereses a defender o conseguir, etc. Lo grave del caso, en la línea del análisis que seguimos, es que todos esos factores entran en juego sólo referidos a quien(es) elabora(n) el Derecho, la ley. Por eso el riesgo de autoritarismo antes aludido.

Por lo que respecta al segundo supuesto, la cuestión, a todas luces, es algo más complicada. Insisto en que no se trata aquí de reexaminar todo el discurso de la solución iusnaturalista en sus diferentes variantes. Ahora lo que importa es, de un lado, establecer las posibilidades que ofrece en torno al planteamiento de las relaciones entre ley y situación social, y, de otro, las implicaciones respecto a la solución democrática. Ante todo, ese discurso iusnaturalista puede sintetizarse en la afirmación de que existen criterios objetivos sobre lo jurídico, más concretamente, sobre los fines que el Derecho debe realizar: en ese sentido, estamos ante la formulación clásica del carácter pedagógico del derecho, cuya extrapolación máxima es, sin duda, la tesis platónica del filósofo-rey<sup>12</sup>. La ley es el instrumento a través del cual el legislador educa a los ciudadanos, con el telón de fondo de hacer

11. P. ej. entre nosotros, RECASENS, L., *Panorama del pensamiento jurídico en el s. XX*, Porrúa, México 1963, vol. I, pp. 194-213. LEGAZ, L., *Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la escuela de Viena*, Bosch, Barcelona 1933, pp. 23-36, 243.

12. Cfr. PLATÓN, *República*, 473d; *Político*, 296.

posible el Estado ético, convertir a los ciudadanos no sólo en buenos ciudadanos, sino además en hombres buenos<sup>13</sup>. En estas posturas se incurre siempre que se olvidan las "insuficiencias de lo jurídico", como indica el Prof. Ballesteros, que escribe: "el reconocimiento de sus propios límites constituye también para el Derecho la clave de su prestigio y de su dignidad. Si pretendiese superarlos, intentando con todos sus medios hacer completamente virtuosos a los hombres, habría que dar la razón a los que identifican el Derecho con el terror"<sup>14</sup>. Sin embargo, la exposición que hemos hecho debe ser matizada inmediatamente; en el iusnaturalismo se intenta distinguir entre Derecho y ley, y esto tiene importancia a efectos de lo que acabamos de decir: en realidad, el papel educador no viene atribuido a la ley, —a fortiori, no al legislador— sino al Derecho, y a éste por su necesaria conexión con el Derecho Natural, que, por definición es asequible a todos los hombres. Todos pueden llegar a él, al menos a un enunciado mínimo. Además, las versiones más elaboradas de esta postura hacen ver que el ámbito del Derecho y de la Política no puede ser el hombre todo, sino sólo en cuanto ser social. Por consiguiente, y ésto será posible cuanto más se perfilen las relaciones entre Derecho y Moral —tema nuclear del iusnaturalismo—, el carácter pedagógico del Derecho se refiere a la educación de los ciudadanos como tales, como buenos ciudadanos. Con todo, el problema que nos ocupa sigue en pie, por mera constatación histórica. Los propios iusnaturalistas dedicaron buena parte de sus escritos a intentar resolver las contradicciones de hecho, el implacable juicio de la Historia, como diría Hegel. En efecto, ¿cómo mantener la existencia de un orden objetivo y, a la vez, las diferentes versiones del mismo? Lo de menos es ya la explicación concreta por vía de los grados de conocimiento, de la debilidad de la naturaleza caída o de los malos hábitos o ciertas pasiones<sup>15</sup>: la cuestión es que en el grupo social no hay acuerdo en torno a esos criterios, lo que nos conduce directamente a la confrontación de esta postura con los principios democráticos. Históricamente, el iusnaturalismo ha desempeñado en numerosas ocasiones una función social de carácter ideológico, tal como ha puesto de relieve la sociología del

13. Así incluso ARSITÓTELES: *Política* III/9, 1280b; *Ética* VIII/9, 1160a.

14. En *El Derecho como no discriminación y no violencia*, Comunicación al IV Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, en "Anuario de Filosofía del Derecho" (1973), p. 165. En ese artículo hay un análisis extraordinariamente sugestivo de la función y fines del Derecho.

15. Cfr. p. ej., STO. TOMÁS, *S. Th.*, I-II, 94, 2, 4 y 6; I-II, 99, 2 ad 2. Igualmente, SUÁREZ, *De Legibus*, II, c. VIII y II, c. XIII.

conocimiento<sup>16</sup>. Unas veces, supuso el velo con el que se legitimaban intereses de clase, religiosos, etc.: la forma de apoyar una situación autoritaria, de carácter conservador e inmovilista. En otros momentos adoptó un carácter revolucionario y apoyó cambios sociales, económicos y culturales de gran trascendencia: desde las teorías sobre la igualdad en algunos sofistas —Hípias, Antifón—, al concepto de propiedad en la Patrística, la resistencia a la autoridad injusta en la Escolástica y, sobre todo, la creación de una doctrina de los derechos humanos y todo un sistema de limitaciones a la autoridad soberana: es la versión del iusnaturalismo que, de un modo u otro, insiste en la dignidad del hombre como nervio de lo jurídico<sup>17</sup>. Desde luego, esta segunda posición entronca patentemente con los ideales democráticos, pero no así la primera, y, en cualquier caso, la cuestión que nos ocupa sigue sin resolver.

Así las cosas, no parece posible enunciar una solución definitiva, pero sí avanzar algunos datos orientadores sobre los que establecer una posterior investigación. Resulta de enorme interés, en ese sentido, la aportación de la Fenomenología, y, en particular, como muestra el Profesor Rodríguez Paniagua, su incidencia en el examen de la relación jurídica<sup>18</sup>. Efectivamente, si dejamos a un lado el modo de concebir esa relación como una acción del elemento formal, activo —el Derecho— sobre el material, pasivo —el sustrato social—, si tenemos en cuenta que, en realidad, tal como ha expuesto magistralmente Parain-Vial<sup>19</sup>, hay una interrelación de ambos factores que pertenecen a la misma realidad social, el planteamiento cambia: no se trata de que el Derecho vaya “a remolque” de la realidad social, ni tampoco de que ésta sea el ámbito de experimentación pedagógica del Derecho. La interrelación no excluye, por supuesto, la existencia de fines o criterios objetivos: tampoco se trata de caer en un trasnochado sociologismo, abogando por la supremacía exclusiva de la “conciencia colectiva”<sup>20</sup> como fuente de ambas realidades. Queda, por cierto, mucho que aclarar, pero ya en un marco diferente.

16. Así, MANNHEIM, *Ideología y Utopia* (trad. Eloy TERRÓN), Aguilar, Madrid 1973.

17. Sobre el primer supuesto es clásica la obra de POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos* (Trad. E. LOEBEL), Paidós, B. Aires 1967. Sobre el segundo, además de las ya citadas de Welzel y D'Entreves, puede verse HURTADO, M., *Legitimidad democrática del Derecho: el topos del pacto social*, en “Anales Cátedra F. Suárez” (1976) pp. 1-18.

18. Cfr. *Ley y Derecho*, Tecnos, Madrid 1976, p. 72 y ss.

19. PARAIN-VIAL, J., *La liberté et les sciences de l'homme*, P.U.F., París 1966.

20. Cfr. DURKHEIM, *División du Travail social*, F. Alcan, París 1926, p. 73; *Règles de la methode sociologique*, P.U.F., París 1960, Pref. pp. XV-XVI; *Le*

Otro dato significativo es el que deriva de las posibilidades que entraña la razón práctica. No nos referimos exactamente a las formulaciones clásicas de la misma, aunque no se puede perder de vista las aportaciones de Aristóteles y Kant, sino más bien a la articulación racional de la legitimidad. Como escribe el Profesor Gil Cremades<sup>21</sup>, “la racionalización de una praxis social consiste en justificar su legitimidad”. En ese sentido, los intentos de conectar dicha razón práctica con el consenso universal pueden aportar elementos valiosos para la solución que buscamos: desde la teoría de la regla de reconocimiento de Hart, a las nuevas formulaciones de la justicia en Rawls, o la distinción entre consenso racional y fáctico, tal como lo recoge Spaemann<sup>22</sup>.

Por último, aunque no en importancia, habría que hacer mención de un punto realmente interesante y no siempre destacado: el de las leyes consuetudinarias. Como se recordará, hay que remontarse a la *Política* de Aristóteles, donde se observa que, para la estabilidad social, o, si se prefiere, para la armonía entre legislación y situación social, resultan de interés primordial las leyes consuetudinarias. El texto central es el siguiente: “La ley no tiene otra fuerza para hacerse obedecer que el uso, y éste no se produce sino mediante el transcurso de mucho tiempo, de modo que el cambiar fácilmente de leyes existentes a otras nuevas debilita la fuerza de la ley”<sup>23</sup>. Aquí parece fundarse la obediencia al Derecho, —a la ley—, en el uso, —ἔθος— y en el transcurso del tiempo —χρόνου πλῆθος—, de donde deduciríamos que el sustrato más profundo de la polis, lo que Aristóteles entiende por Constitución, no son las leyes escritas, normas artificiales, sino las leyes consuetudinarias, los usos —κατὰ τὸ ἔθος— detrás de los cuales, co-

---

*Suicide*, P.U.F., París 1960, pp. 349, 381, 441; *Les Formes Elementaires de la vie religieuse*, P.U.F., París 1960, p. 632.

21. Ponencia en el Congreso sobre Razón Práctica e Ideología, “Anales Cátedra F. Suárez” (1977) p. 3.

22. Cfr. *El concepto de Derecho* (trad. G. CARRIÓ, Abeledo-P., B. Aires 1968); asimismo, *A Theory of Justice*, O. Paperbacks, Oxford 1966; de SPAEMANN, *Zur Kritik der politischen Utopie*, Kett, Stuttgart 1977. Sobre todo ello, y con un examen detenido del punto de vista de Habermas, la citada ponencia del Prof. GIL CREMADES, pp. 17-24 y la discusión posterior, pp. 25-41. El Prof. Gil Cremades concluye con una “teoría procedimental de la verdad”: “en la medida en que las normas expresan intereses generalizables, reposan en un consenso racional”, aunque en la discusión posterior, especialmente en el diálogo con los Prof. Hurtado y Delgado Pinto, esa afirmación quedará matizada; cfr. pp. 40 y 41. Vid. asimismo la ponencia citada del Prof. Hurtado.

23. Vid. *Política*, II/8, 1269a, 20 y ss. Cfr. III/16, 1287b, 5 y ss.



mo advierte Marias<sup>24</sup>, reside toda la fuerza de la comunidad: φύσις, τύχη, χρόνος, y con ello la seguridad de la propia vida. Esas observaciones encontrarán eco adecuado en Montesquieu, cuyo intento de encontrar el “espíritu de las leyes” se refiere no al sentido técnico jurídico, sino, como escribe Cotta<sup>25</sup>, a comprender la ley en cuanto se encuentra en relación con una situación empírica: las relaciones sociales subyacentes, vistas como condición del mundo jurídico. Así, hace ver Montesquieu que, cuando en un gobierno popular —hoy diríamos democrático— las leyes caen en desuso, como esto sólo puede derivarse de la corrupción de la república, está ya condenado el Estado<sup>26</sup>. Esto no quiere decir que se abogue por un simple inmovilismo: Montesquieu reconoce que las leyes no deben separarse de las circunstancias en que se hicieron<sup>27</sup> y en consecuencia no puede ver el cambio únicamente en su aspecto negativo, máxime si se entiende —añadimos nosotros— que la democracia es el régimen de mayor transparencia social. Sin embargo, ha de hacerse conciliable con el mayor respeto posible hacia los usos y costumbres, cuya estabilidad coadyuva al logro de la seguridad en la convivencia, que es uno de los fines del Derecho<sup>28</sup>. Más recientemente, Esser viene a conectar con esta línea de pensamiento al afirmar que los principios no escritos “son los más fuertes, aún en el campo de la positividad”<sup>29</sup>. Rodríguez Paniagua, cuando estudia este tema, parece concluir que esas leyes consuetudinarias podrían hacer relación a la “vigencia y aprobación social general”, y entiende, al menos en parte, la doctrina sobre los principios generales del Derecho en ese sentido<sup>30</sup>. Sin rechazar su interpretación, me parece que, una vez más, se trata de distinguir entre ley y Derecho, aun cuando ello no suponga necesariamente una remisión a las categorías del Derecho Natural, puesto que con el término “Derecho” no aludiríamos a un modelo ideal, extraído de la naturaleza o de la razón, sino más bien obtenido a través del consenso racional al que antes nos referíamos. Claro está que no hay en este planteamiento

24. En su introducción a la *Política*, ed. del Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, (trad. MARIAS-ARAUJO) p. LIV.

25. MONTESQUIEU, Giappichelli, Torino 1953, pp. 346-347.

26. *L'esprit des lois*, III, 3.

27. *Ibid.*, XXXIX, 14.

28. Cfd. *Ibid.*, V, 6, sobre el mantenimiento de los usos antiguos, y XXVI, 23, sobre la relación entre costumbres y seguridad.

29. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, p. 90. Tomamos la cita de R. PANIAGUA, *Ley y Derecho*, o. c., p. 129.

30. Cfr. o. c., pp. 121-129.

una exclusión de los valores: no puede ser así porque en toda realidad social de carácter normativo hay una llamada a principios de deber-ser, a valores; lo que varía es el modo en que se conocen, y, en parte, el modo en que se establecen, precisamente porque partimos del marco que tratamos de esbozar en los últimos párrafos.