

# LA DEMOCRACIA, ¿LEGITIMADORA DEL DERECHO?

POR

EMILIO SERRANO VILLAFÑE

Catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho.

## I

### Democracia y plebeyismo.

En medio de un gran confusionismo político, de profusión de partidos políticos y matices, de siglas indescifrables que agotan las innumrables combinaciones de los abecedarios nacionales, entre tanta distinción, a veces apenas imperceptible, hasta las más contrarias y contradictorias posturas y las más irreconciliables opiniones y programas, hay un sorprendente común denominador: la *democracia*. Pero ningún grupo político se denomina ya hoy simplemente demócrata y se inventan las más variadas adjetivaciones de la democracia con contenidos que a veces poco o nada tienen que ver con ella. Y hasta tienen el descaro desafiante de llamarse «democracias populares» por antonomasia los más radicales totalitarismos despóticos que haya conocido la historia y la ciencia política de todos los tiempos.

Surgen enseguida peligrosas posibilidades interpretativas del concepto *democracia* donde se habla de «verdadera» o «auténtica» democracia. Y, si desde la «*democracia*» griega —que significa soberanía del pueblo—, no hay ninguna definición que se pueda formular en una sola proposición, tampoco lo es la fórmula más breve popularizada por Lincoln cuando la definió como «el gobierno del pueblo por el pueblo», porque la preposición *de* apenas puede caracterizar la democracia, ya que también go-

biernos antidemócratas han salido «del pueblo». Sólo la preposición *por* perfila la esencia de la democracia. Y el gobierno del pueblo *por* el pueblo no ha existido nunca, si exceptuamos el régimen de alguna pequeña comunidad griega. Y si en la práctica de las actuales democracias, que más presumen de serlo y pretenden dar lecciones y servir de modelo a las demás, el poder corresponde al pueblo y se ejerce *por* el pueblo, ya nos lo dicen elocuente y documentalmente Djilas y Marcuse al denunciar el «clasicismo» dominante y acaparador en las democracias populares yugoslava y soviética, respectivamente.

Pero lo cierto es que —como bien dice Vallet de Goytisolo (1)— la palabra «democracia», sobre todo después de la última guerra mundial, no sólo está de moda en el mundo de hoy, sino que se la presenta como expresión del único sistema político aceptable por una civilización moderna. Se ha creado así una especie de «legitimidad» internacional; y se ha impuesto en la opinión pública mundial la adhesión a ella como si se tratara de un verdadero dogma de la que por algún autor ha sido titulada la *religión democrática*, que arranca del postulado de que toda autoridad viene de *abajo* y no de *lo alto* y se identifica con la voluntad del *número mayoritario* (2).

Grandes errores doctrinales éstos de quienes convierten la democracia en un talismán legitimador y se autoarrogan facultades discriminatorias exclusivas e inapelables de «legitimidad democrática» para sí y sus propias teorías, sistemas y partidos, condenando como «antidemocráticos» a los demás.

En España, aparte de la pretensión de «monopolizar» la democracia, que están queriendo sobre todo algunos partidos políticos (que son luego los menos demócratas cuando tienen el poder), hay una evidente tendencia a hipertrofiar y supervalorar la democracia; una verdadera «inflación» democrática que as-

---

(1) Juan Vallet de Goytisolo, «La participación del pueblo y la democracia», en *Estudios Filosóficos*, núm. 71-72, vol. XXVII (1977), página 186.

(2) Louis Salleron, «La religion democratique», en *Itinéraires*, número 74, 1963, págs. 62 y sigs., citado por Vallet de Goytisolo, *loc. cit.*

pira a una «democratización total» de la vida y sus múltiples manifestaciones. Todas las instituciones y todo ha de ser democrático (sin pensar que algunas de esas instituciones y quehaceres humanos no pueden adjetivarse sin peligro de desvirtuarlas) y todo ha de resolverse democráticamente en un igualitarismo antinatural y en virtud, y sin otra razón, que la «fuerza del número», de la voluntad de la «mitad más uno», cualquiera que sea el contenido de esa voluntad. Todo lo demás —se dice— es «desestabilizador» de la democracia.

Ambos errores, el «monopolio» y la «democratización total» derivan, a nuestro juicio, de otro aún mayor: la confusión del «método» con el objeto y fin, pretendiendo elevar el primero a la categoría de los segundos. Pero olvidan, quienes así piensan, que la democracia es un *medio*, no un fin en sí mismo; es un instrumento político, tal vez el más acertado si se mantiene en sus justos límites, para un fin que es el gobierno de la comunidad política en orden al bien común y a la justicia; es un *método*, un camino para tratar el objeto pero no es el objeto mismo. La organización y conservación de ese método y de ese medio estarán en función de la conveniencia o eficacia para el objeto a que se refiere y para el fin a que debe tender; y lo que «hay que salvar» son el objeto y el fin y, si es preciso, corregir el instrumento para que les sirva y haga más asequibles, o rechazarle si conculca una visión moral objetiva del mundo, del hombre y de la vida, o si atenta a unos valores espirituales superiores, o niega y no garantiza las exigencias de la dignidad y derechos de la persona humana.

La extrapolación de la democracia, que constituye un auténtico morbo del mundo moderno, es implacable y certeramente fustigada por Ortega y Gasset en su ensayo, *Democracia morbosa*, afirmando que «toda interpretación democrática de un orden vital que no sea Derecho público engendra las mayores extravagancias y se convierte fatalmente en *plebeyismo*» (3). Pero con

---

(3) José Ortega y Gasset, «Democracia morbosa», en *Obras Completas*, t. II (El Espectador), 3.ª edic., Revista de Occidente, Madrid, 1954,

ser grave esta desviación denunciada por Ortega, lo es mucho más el proceso de degradación de la democracia, simbolizado por el pase de una concepción ética de la democracia a una concepción puramente formal y técnica de la misma. Ello se debe a la influencia del materialismo y del irracionalismo, del impacto demolidor del positivismo y el advenimiento de las masas en el sentido orteguiano del término.

## II

### Democracia y Derecho.

Abandonada la concepción ética original y tradicional de la democracia por el repudio de la moral, de la metafísica y del Derecho natural, que la fundamentaban, la nueva perspectiva formal y técnica se cifra solamente en la formación de la voluntad del Estado y en la selección de los gobernantes a través del sufragio universal, representación y concurrencia de partidos, reconocimiento e institucionalización de la oposición, gobierno de la mayoría, etc. Y a esto reduce la democracia la común menta-

---

págs. 135 y sigs. De la «justicia democrática» también tendría algo que decir hoy Ortega en vista de las amnistías y excarcelaciones masivas, del divorcio y de la despenalización del aborto, en los que tan mal parada queda la institución de la justicia.

Por lo que se refiere a la «universidad democrática», es interesante lo que otro profesor universitario madrileño dice a este respecto: «Yo me beneficié durante años de estancias prolongadas en excelentes universidades de Europa y América y no recuerdo haber oído nunca la palabra democracia en relación con la institución universitaria. Ya sé que hace algunos años se ensayaron, en Francia y Alemania, unas llamadas universidades democráticas que pronto degeneraron en universidades caóticas». Y repitiendo la crítica hecha por Ortega a la extrapolación democrática, este mismo profesor termina: «La democracia es una forma conveniente de organización política del Estado. Y su eficacia se limita a este ámbito exclusivo. Las demás instituciones que no constituyen propiamente el Estado deben estructurarse según su naturaleza» (Carlos Sánchez del Río, «Universidad y Política», en *YA*, núm. 14.164, de 4 de enero de 1984, pág. 5).

lidad moderna. La democracia así entendida aparece desprovista de todo contenido y de toda significación ética, ya que uno de sus rasgos más característicos es, precisamente, un relativismo axiológico o valorativo casi absoluto, según el cual la voluntad del Estado está formada en cada momento —al margen de todo valor ético— por el querer de la mayoría, expresado por «votos» que no se valoran sino que sólo se cuentan (4).

En relación con el Derecho, la idea puramente formal y técnica de la democracia desemboca en una concepción rigurosamente positivista de la validez y legitimación jurídica: el pueblo —que es el titular del poder— decide, de modo soberano, directamente o mediante representantes «elegidos», 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 (5). Pero ni esto es así ni puede serlo ya que, como veremos, son muy poderosos los límites de todo género que se oponen a ello.

Porque si fuese así, convertiríamos a la «fuerza», en este caso la «fuerza del número», en creadora del Derecho y legitimadora de su validez. Volveríamos al imperio de la fuerza y la voluntad del más fuerte invocada por Gorgias, Trasímaco y Calicles, elevada a razón única y suprema por el voluntarismo cesarista romano del «*sic volo sic jubeo, sit pro ratione voluntas*», consagrada por el absolutismo de Hobbes, para quien «la autoridad y no la verdad hace la ley», exaltada por Hegel y llevada a sus más brutales manifestaciones por los totalitarismos de nuestros días. La ley del más poderoso fue elevada a sistema por Nietzsche como moral y Derecho propios del «superhombre», cuya única finalidad sería desarrollar la «voluntad de poder»; está en la entraña del evolucionismo de Spencer y Darwin con sus ideas na-

(4) Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, traducción española, Buenos Aires, 1972, págs. 58-59.

(5) Alberto Montoro Ballesteros, «Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XIX, 1976-1977, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1977, págs. 119-182, pág. 123.

turalistas del triunfo de unos individuos sobre otros; y es invocada también por el sociologismo materialista de Durkheim, la teoría de la violencia de Sorél y el racismo de Rosemberg. Y, sobre todo, por el socialismo y otras teorías positivistas de fondo marxista, para quienes el Derecho no es sino un instrumento utilizado por la «clase dominante» para perpetuar su poder y mantener sometida a una clase oprimida. Por eso, en su sentir, el proletariado, como «clase dominante», necesita el Derecho para «aplantar y eliminar a las clases antagonicas y a los elementos hostiles». «El Derecho soviético —dice el jurista ruso Gitsburg— corresponde a los intereses del proletariado organizado como clase dominante».

Pero no; el Derecho no es expresión de fuerza como sostienen el filósofo hegeliano Lasson, los sociólogos Gumpowicz y Somló y los juristas Lundsted, Ross y Olicrona, de la escuela escandinava; ni es exclusivamente el «monopolio de la fuerza por el Estado» lo que caracteriza al Derecho (esto se refiere sólo a la causa eficiente del Derecho), ni únicamente la fuerza es la motivadora del respeto entre los hombres y los pueblos. «Un ordenamiento jurídico existe —dicen los neopositivistas Bobbio y Ross— si y hasta que se hace valer con la fuerza, hasta que se hace eficaz. El Derecho es la expresión de los más fuertes, no de los más justos...». Sin embargo, afirmar la legitimación del Derecho sin más razón que la de la «fuerza del número» que le respalda, es afirmar la sinrazón de la fuerza a secas. Y el derecho de la fuerza es la mayor negación de la fuerza del Derecho; es ésta la que hay que salvaguardar para que pueda el Derecho cumplir su misión de ser ordenación racional de la convivencia social en orden al bien común de la sociedad (que son, respectivamente, causa formal y final del Derecho y de la ley).

La validez intrínseca del Derecho, que es el problema fundamental de la Ciencia y de la Filosofía jurídicas, el «derecho del Derecho» como lo llama algún autor (6), consiste en su confor-

---

(6) Giorgio del Vecchio, «Dispute e conclusione sul Diritto Naturale», en *RIFD*, 1949, págs. 155-162. «Sulla positività, statualità e politicità del

midad o al menos no disconformidad con los principios de la Moral, de la cual, quíerose o no, no puede desligarse el Derecho, y con los principios del Derecho natural, que es la justicia misma. Validez intrínseca del Derecho es, para nosotros, legitimidad y justicia del Derecho. Lo demás será positividad, vigencia, aplicación o eficacia: legalidad formal del Derecho pero no su legitimación, justificación o fundamentación última. Ciertamente que la «legalidad» formal del Derecho puede y debe coincidir con su «legitimidad» o justificación intrínseca, y es medida de prudencia política legislativa que así sea y procurar convertir la legalidad en legitimidad. Y la «validez formal» —dice Verdross— no es justificación suficiente del Derecho. El Derecho formalmente válido requiere un fundamento último y absoluto, algo que valga por sí mismo y que esté sobre las vicisitudes humanas y de las luchas ideológicas de los partidos políticos y de las simples facciones puestas por intereses mezquinos (7). La validez del Derecho, para Passerin D'Entreves, no depende de su «positividad»; el jurista debe admitir que el plano último de la validez del Derecho consiste en los valores que en él se encarnan (8).

La consecuencia, radicalmente positivista, a que nos llevaban las premisas de una concepción puramente formal y técnica de

Diritto», traducida y recogida en el libro *Persona-Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

Emilio Serrano Villafañe, *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*, Madrid, 1970, *passim*. *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 1.ª edic., Editora Nacional, 1967, 2.ª edic., Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977, cap. VIII.4: *Del Vecchio*. También, *Del Vecchio, detractor del positivismo jurídico*, Revista de la Universidad Complutense, 1981/3, págs. 218-226. Del Vecchio, *Del idealismo crítico y ético al industrialismo personalista*, Revista de Ciencias Sociales, núm. 20, Universidad de Valparaíso (Chile), 1982, págs. 439-492, especialmente págs. 475 y sigs.

(7) Alfred Verdross, *La filosofía del Derecho del mundo occidental*, trad. esp., México, 1972. *El fundamento del Derecho*.

(8) Alessandro Passerin D'Entreves, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, London, 1951, traduc. esp., M. Hurtado Bautista, Aguilar, Madrid, 1972, espec. págs. 224 y sigs.

la democracia («voluntad general», poder soberano del pueblo que decide lo que es la ley y lo que ha de valer como Derecho) no puede ser más lógica. Pero que sea lógica no quiere decir que sea cierta y aceptable. En otros términos: ¿puede la democracia, tal como se la entiende en la actualidad, desprovista de todo contenido y significación ética, y en su perspectiva formal y técnica con sus procedimientos institucionales específicos ser, por sí sola, legitimadora del Derecho?

El problema de los límites de la legitimación democrática del Derecho nos permitirá determinar aquello que al respecto puede hacer la democracia y sus instituciones y lo que no podrá su decisión exclusiva y soberana cualquiera que sea el número de representantes y el recuento de sus votos.

No negamos, ni podemos honradamente hacerlo, la influencia e intervención democrática en la legitimación del Derecho si tenemos en cuenta que siendo éste una realidad social —una forma y norma de vida social— se acceda mejor a él cuando sea la misma sociedad la que, viviendo las mismas necesidades y problemas, los plantee exigiendo su regulación jurídica. Y por esto un poder político que no tuviese en cuenta esa realidad social y sus exigencias o se empeñara en legislar contra ella, sería ciego e ineficaz por vivir de espaldas a la realidad. Pero si la apertura del proceso histórico de la participación democrática constituye una exigencia insoslayable del proceso de perfección e integración de la sociedad, no puede ello implicar la reducción de la justicia y del Derecho, justo a lo que en cada momento determine la mayoría, de acuerdo a la máxima roussoniana de que «la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública». Y que si la elaboración democrática del Derecho contribuye a un mayor grado de eficacia y observancia del mismo por la sociedad al ser la democracia un «pathos» sentimental, una «idea» y una «creencia», también es cierto que las creencias —y la democracia en cuanto especie de ellas— tienen sus límites, sus ámbitos específicos de validez, fuera de los cuales no deben extrapolarse, so pena de caer en lo absurdo.



No desconocemos que el «sentimiento jurídico» (9), la aceptación, el reconocimiento (10) y observancia del Derecho sean factores de la mayor importancia para la vida del Derecho. Sí lo son, en efecto, pero de la «explicación» de su positividad, vigencia, aplicación y eficacia, no de su fundamentación y justificación. Y «explicar» y «justificar» no son, en la doctrina ni en la práctica jurídica conceptos equivalentes. No basta con explicar el «hecho» de la existencia del Derecho, sino que hay que llegar al problema del «derecho del Derecho»: ¿por qué vale y obliga el Derecho?; ¿cuál es la causa de la justificación y legitimidad del Derecho? La «explicación» nos dará ciencia jurídica, la «justificación» y «fundamentación» nos llevarán a la filosofía del Derecho. Y es preciso atender a esta última si —como dice Del Vecchio no queremos quedarnos y caer en la «adoración del hecho consumado». Las teorías fácticas de la validez del Derecho —afirma Welzel— dejan de lado el problema mismo de la justificación y legitimación del Derecho. La teoría de la fuerza o imposición coactiva se refiere a un «tener que»; la teoría del

---

(9) En nuestro trabajo *Ser-Persona y Derecho en Rosmini* (Madrid, 1966), significamos la doctrina de Rosmini sobre el amor y el sentimiento y sus aplicaciones al Derecho: el sentimiento y resentimiento jurídico tan subrayado en las teorías contemporáneas del «Rechtsgefühl», en Coing, Del Vecchio y Wolf, como fuente del Derecho, y por Ihering y Radbruch en la doctrina de la Justicia, y aplicada al Derecho público por Duguit, Krabe y Dahm.

(10) Hácese arrancar la teoría del reconocimiento de la célebre frase del *Decreto*, de Graciano, en la que se afirma que las leyes, instituidas con la promulgación, se confirman cuando son recibidas por la costumbre: «*Leges institui cum promulgantur; firmari cum moribus suscipiuntur*». Esta teoría, debida principalmente en la doctrina moderna a Bierling, en sustancia se reduce a afirmar que el Derecho es válido porque y en tanto es reconocido por la comunidad; y en este reconocimiento se halla la esencia del Derecho. Sin embargo, objetamos nosotros, el Derecho exige supraordenación al hecho, porque existe como tal previamente al hecho de su reconocimiento que necesariamente es posterior. Esta teoría —crítica Welzel— es un descendiente tardío de la teoría del contrato social.

reconocimiento se refiere a un «querer», pero ninguna de ellas contiene un «deber ser» (11).

Así, pues, la legitimación o justificación del Derecho no depende del reconocimiento u observancia del mismo, que podrán ser signo pero no causa de la validez, ni tampoco de la imposición mayoritaria de los representantes del pueblo, sino de su contenido valorativo. Si la pretendida legitimación democrática del Derecho no puede eludir los límites ontológicos, éticos y sociológicos que la naturaleza del Derecho y la naturaleza misma de las cosas imponen y que son un freno a la desmedida ambición democrática del poder —«la omnipotencia legislativa, dice Welzel, es el pecado capital del positivismo jurídico»—, no puede sostenerse la legitimación democrática del Derecho en los términos de exclusividad que se pretende por el positivismo de la «voluntad soberana del pueblo y de la mitad más uno», como única y suprema razón de su justificación y validez. El Derecho se legitima y justifica por su contenido ético de justicia y ser garantizador de los auténticos intereses sociales, no por la forma técnica de su creación democrática. Por el *qué* no sólo por el *quién*.

Por eso, lo que nos preguntamos en el epígrafe interrogante general que encabeza este artículo es si la democracia, *por sí sola*, es legitimadora del Derecho, cualquiera que sea el contenido de éste; si la fuerza del número o de la «mayoría» pueden con solo la suma de votos crear Derecho, aun siendo sus prescripciones contrarias a la moral y al Derecho natural, en pugna con la naturaleza de las cosas u opuestas al bien común y a la dignidad y derechos de la persona humana. En otros términos: la legitimación democrática del Derecho, ¿puede ser elevada a principio absoluto?; ¿es el único y último criterio válido de legitimación del Derecho?; ¿habrá algún criterio superior para afirmar que ciertas realidades sociales están o no legitimadas? Estas salvedades que queremos hacer explicarán cumplidamente

---

(11) Hans Welzel, «Derecho y poder», en *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (R. A.), 1962, pág. 61.

cuanto vamos a exponer seguidamente sobre los límites de la legitimación democrática del Derecho.

Existen, en primer lugar, unas limitaciones intrínsecas al principio constitutivo democrático mismo que, por su naturaleza y fines, no puede extenderse más allá del campo político que le es propio. La democracia constituye un método válido para adoptar decisiones en el ámbito político, pero la validez de una teoría científica no puede determinarse en base al principio democrático de las mayorías (la verdad es verdad aunque sólo la defienda uno o ninguno, y el error es error aunque cuente con la adhesión de millones de personas). La democracia resulta una forma válida en cuanto «una pura fórmula jurídica», como una «norma de Derecho político», y aun dentro de esos restringidos ámbitos tiene sus limitaciones (12).

Como límites pragmáticos señala Montoro Ballesteros la carencia de firmeza y continuidad y la inestabilidad del poder del gobierno, que depende constantemente del voto y de la confianza de la asamblea parlamentaria; y esa inestabilidad que suele llevar aparejada la democracia alcanza al Derecho, comprometiendo seriamente su eficacia. Porque al no encontrar su legitimación ni en un criterio trascendente, ni en un principio objetivo de justicia, ni en la herencia de una tradición histórica, sino sólo en su identificación con la voluntad actual y cambiante del pueblo, el Derecho queda reducido a un mero producto de esa voluntad de la mayoría, con la consiguiente frustración y peligro de la seguridad jurídica y de la justicia misma, que son los valores primordiales del Derecho que éste tiene la misión de garantizar (13).

Pero donde se evidencia con mayor claridad los límites de la legitimación democrática del Derecho es bajo una perspectiva filosófico-jurídica, partiendo del supuesto de que el Derecho es una síntesis de factores o elementos: *natural* (dato objetivo de-

(12) Rodrigo Fernández Carvajal, «Razones y límites de la democracia», en *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXIV, 1965-1966, páginas 21-22.

(13) Alberto Montoro Ballesteros, *op. cit.*, págs. 149 y sigs.

rivado de la naturaleza de las cosas); *ideal* (exigencia de la justicia respecto de la ordenación de la vida social); *racional* (o exigencia de una «recta» razón); *real* (que tenga en cuenta las necesidades y fines de la realidad social que trata de ordenar y regular); *histórico* (tradiciones y «pathos» histórico de lugar y tiempo). Constituyen estos elementos lo que Geny llama *le donné* que, junto con *le construit* forman el Derecho. Pero en lo dado, encuentra el ilustre profesor francés los presupuestos reales, históricos, racionales e ideales del Derecho que el jurista ha de considerar sin que sean fruto de su construcción, y que limitan su «omnipotencia legislativa». Son los datos o requisitos que hace ya trece siglos señalara nuestro San Isidoro como condiciones de toda ley para que sea tal, para que sea justa: «Será la ley —dice— justa, honesta, posible, conveniente a las circunstancias de tiempo y lugar...»; y que para su legitimidad o validez ha de reunir al menos estos tres requisitos: que sea «congruente con la religión» —moral—, «conforme con el Derecho natural» —justicia—, y «provechosa al bien común», que es el fin de la ley. Y estos factores o requisitos operan como condiciones y límites de eficacia y legitimación del Derecho. Si la legitimación democrática del Derecho se produce sobre unas leyes que reúnan las condiciones señaladas, dicha legitimación no tendrá otro alcance y significado valorativo que el de una «confirmación» (signo, no causa de validez y justificación), o mejor, «declaración» de lo que, por ser bueno y justo, debe ser Derecho y establecido como tal. Pero, bien entendido que no es la decisión mayoritaria democrática la que «crea» la bondad o malicia de esa ley que establece un mandato o una prohibición, ya que esto es algo objetivo y superior y fuera de la «voluntad democrática». Si, por el contrario, la voluntad democrática pretende legitimar con la sola fuerza de los «votos» un Derecho o unas leyes que, no respondan o se opongan a esas exigencias objetivas de justicia, no habrán producido Derecho (porque un Derecho injusto no es Derecho), ni tampoco habrán dado leyes sino «corrupción de ley», leyes injustas a las que no se debe

acatamiento por los súbditos ni deben aplicarse por los jueces. Y menos establecidas por los legisladores y gobernantes.

La democracia, como instrumento que permite al pueblo designar a los gobernantes, legitima 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. Es decir, que la democracia, en principio, sólo legitima a quien manda pero no lo que se manda, cualquiera que sean su naturaleza y contenido. Una consideración puramente sociológica de la realidad social —del Derecho «hecho»—, dejando de lado los planteamientos filosófico-jurídicos más trascendentales, limitaría la legitimación democrática del Derecho a una visión parcial de la causa eficiente del mismo —el quién— pero hay otras causas (la final —primera y fundamento de las demás—, formal y material) que, al no ser tenidas en cuenta harán falsa esa visión que, por unilateral, es incompleta (14).

Por eso reclamamos para la Filosofía del Derecho la posibilidad de afirmar la existencia de algunos criterios objetivos justificadores por encima de la legitimación democrática. La legitimación democrática en la situación actual —dice Legaz Lacambra— parece ciertamente un principio válido. Pero, ¿es el último criterio de legitimación del Derecho? ¿Hay criterios por encima de él? Hoy estamos —sigue diciendo el docto maestro— en una época dominada por el cambio social, el cambio de estructuras sociales impulsado por un profundo cambio ideológico y de las creencias sociales dominantes. Hay una serie de materias en las que ciertamente la conciencia social está cambiando

---

(14) Nicolás María López Calera, «Legitimación democrática del Derecho», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16 (Granada, 1976), acentúa el aspecto sociológico del Derecho (el Derecho, «hecho» legitimado por la racionalización social de la voluntad popular), su eficacia, reconocimiento y aceptación, prescindiendo expresamente de principios superiores iusnaturalistas, lo cual es certeramente criticado por Legaz Lacambra, que afirma la existencia de unos principios y criterios valorativos superiores y trascendentes, que son lo que legitiman el Derecho.

de criterio y trata de imponerse. En estas circunstancias el Derecho, para no quedarse desfasado, quizá necesite rendirse al cambio de creencias e, incluso, tal vez se trate de algo que de modo ineluctable se produzca (se está refiriendo aquí Legaz —en mayo de 1976— a la supresión de la pena de muerte y a la permisión del aborto). Pero, ¿habrá —se pregunta— algún criterio superior para afirmar que ciertas realidades sociales están o no legitimadas? Y, más adelante, por lo que se refiere al aborto (hoy ya lamentable realidad «legal»), vuelve a preguntarse: «¿es legítimo un criterio último de justificación frente a la legitimación democrática de una norma que lo autorizara?». Termina Legaz afirmando la existencia de unos criterios objetivos universales, de unos valores objetivos, de los derechos humanos y del Derecho natural como «una realidad jurídica primaria radicada en la existencia de la persona humana» (15).

Si la legitimación democrática o racionalización dialéctica del Derecho entiende éste como un hecho social compulsivo, como el empleo organizado de la fuerza; si el Derecho es fundamentalmente eso, y no es una norma que intrínsecamente pretende justificarse y que necesita hacerlo, esto es, una norma que se presenta a aquellos que han de obedecerla como algo que quiere ser obedecido en aceptación pacífica, entonces —opina Delgado Pinto— «carece de sentido plantearse el problema de su legitimación, puesto que no hay legitimación posible de la nuda

---

(15) Luis Legaz Lacambra, en el libro *Derecho y Soberanía*, Actas de la II Reunión de profesores de Filosofía del Derecho (Salamanca, abril de 1976); *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16 (1976), Granada, 1976, págs. 56-59.

La historia de la Filosofía del Derecho —dice en otro lugar Legaz Lacambra— tiene como eje, en torno al cual gira su especulación, la idea de un Derecho superior a toda ley escrita, a toda norma efectivamente vivida; un Derecho con el cual todo Derecho dado en la realidad debe de conformarse y al cual anula en caso de discrepancia. Ese Derecho superior, «escrito en el corazón del hombre», recibe el nombre de Derecho natural como fundado en la naturaleza humana o también —en otras variantes— como expresión de la naturaleza de las cosas (*Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1951, pág. 290).

fuerza». Y si se parte de la imposibilidad de una fundamentación racional de los juicios de valor de las normas, entonces «la democracia tampoco estará legitimada por encima de cualquier otro sistema para llegar a justificar el Derecho... Y si el Derecho es producto de fuerza y opción de voluntad, entonces tampoco la mayoría está privilegiada frente a la minoría para que el resultado de su opción sea lo justo, lo general, lo aceptable generalmente». Termina el profesor Delgado Pinto diciendo que desde una postura que no admita la posibilidad de la racionalidad objetiva de las decisiones, la democracia sólo puede justificarse negativamente: es el régimen menos malo, porque son los más los que deciden, pero no el sistema para alcanzar una verdadera legitimación del Derecho, porque las decisiones adoptadas por la mayoría, que puede ser manipulada, también pueden ser irracionales. Frente a éstas, la Filosofía del Derecho puede ejercer una función crítica para poner al descubierto esa manipulación ideológica a que se puede mantener a una mayoría que adopta decisiones que, si convienen a sus intereses particulares o de partido, no siempre esos intereses coinciden con los intereses humanos compartidos por todos, con lo cual la causa eficiente no sirve aquí a la causa final del Derecho. Y, asimismo, el iusnaturalismo, en su dimensión iusfilosófica, puede llegar, a propósito de los problemas básicos de la convivencia, a unos criterios y valores objetivos (16).

En este objetivismo ético insiste el profesor Macía Manso al afirmar, respecto a la legitimación democrática del Derecho, que «no todo puede ser objeto de voluntad; hay cosas que por más que decida el hombre en contra, seguirán siendo como son. Algo que no es bueno simplemente por ser querido: hay cosas irrenunciables que hay que querer porque son buenas». Por eso y tras esa afirmación ético-metafísica, termina preguntándose, en los términos formulados por Legaz: ¿es que no hay alguna instancia superior por encima de lo que toda sociedad quiera en un

---

(16) José Delgado Pinto, en el libro *Derecho y soberanía popular*, págs. 64 y 80.

determinado momento? ¿No hay valores que debemos respetar comunitariamente? (17).

Lo cierto es que todas estas atinadas observaciones confirmatorias de la existencia de un objetivismo ético-metafísico significan, en definitiva, que la legitimación del Derecho no depende sólo del hecho de emanar de una autoridad democráticamente constituida, sino, además, de la licitud y justicia de su contenido y de los valores y fines a cuya realización se ordene. Lo contrario, reducir la legitimidad del Derecho a la pureza técnica y corrección formal del principio democrático de la voluntad mayoritaria y la suma o recuento de votos, supone subordinar el fin a los medios, la ética a la técnica, la legitimidad a la simple legalidad que fácilmente degenera en arbitrariedad.

El Derecho, pues, es válido y se justifica o legitima por su conformidad (o al menos no disconformidad) con unos principios superiores de justicia o Derecho natural, que son base y fundamento y los que le otorgan «legitimidad» (18).

Porque los que dieron leyes injustas cualquier otra cosa dieron menos leyes. Y quienes abusando del poder corrompen su ejercicio, por muy mayoritario que sea, no ejercen democracia, sino tiranía.

### III

#### Democracia y tiranía.

Por lo que hemos dicho hasta ahora en párrafos precedentes y bajo el punto de vista filosófico-jurídico, la legitimidad de las

(17) Ramón Macía Mansó, *ibid.*, pág. 78.

(18) Emilio Serrano Villafañe, *El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho*, Madrid, 1970, especialmente «Teoría iusnaturalista». Es más, afirma Recasens Siches, «si negamos el Derecho natural o idea de justicia arruinamos los fundamentos del Derecho positivo, convirtiendo a éste en un mero fenómeno de fuerza. Las normas jurídicas no pueden obligar si no en cuanto se reconoce que el Derecho positivo es algo justificado y en cuanto dimana de una autoridad legítima» (Luis Recasens Siches, *Notas a la Filosofía del Derecho*, de G. Del Vecchio, Madrid, 1934, t. I, pág. 34).



normas jurídicas depende de dos requisitos: que tengan su origen en un poder legítimo, esto es, que emanen de un órgano legitimado para poder crear leyes; y que el contenido de esas leyes sea justo. El principio de la soberanía popular sólo responde al primer requisito, resultando por ello incapaz de fundamentar, por sí solo, la legitimidad de un sistema jurídico.

La legitimación del Derecho en base, sólo y exclusivamente, al principio democrático de la voluntad implica un voluntarismo radical en donde el pueblo, o mejor dicho, la mayoría popular, sería la creadora de los valores y el criterio supremo para decidir sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, pudiendo convertir en «legal» cualquier mandato, por monstruoso que sea, si le acompaña el consenso mayoritario (la ley despenalizadora del aborto es, entre nosotros, un triste y reciente ejemplo de esto), lo cual, al repudiar todo objetivismo ético, entraña una grave amenaza para los valores fundamentales de la persona y para la democracia misma, puesto que la voluntad mayoritaria, manipulada oportunamente, puede pronunciarse en cualquier momento contra la igualdad y libertad democráticas y otros derechos, poniéndose al servicio de la arbitrariedad y de la fuerza, que son la negación más absoluta de todo Derecho. No es el «derecho de la fuerza», sino la «fuerza del Derecho» lo que hace que un ordenamiento sea justo.

Para el voluntarismo democrático el Derecho es Derecho «porque está mandado», porque es la «expresión de la voluntad general». Y este voluntarismo radical, del más exagerado positivismo, destruye todo objetivismo moral y jurídico sustituyéndole por el único criterio positivista de validez: la voluntad mayoritaria del pueblo soberano que no admite apelación superior alguna, olvidando que mayoría y justicia no son necesariamente términos equivalentes, y que la voluntad de todo un pueblo (y menos la de una parte de él por muy mayoritaria que sea) no pueden hacer justo lo que es injusto. Ya Aristóteles advierte sabiamente en la *Política*, cuando dice al respecto: «Los partidarios de la democracia llaman justo a la opinión de la mayoría, sea cual fuera, y los oligarcas a la opinión de los que

poseen mayor riqueza... Pero las dos opciones implican desigualdad e injusticia» (19).

Por el contrario, para el objetivismo ético-jurídico y político el Derecho es Derecho «porque es justo» (20). Hay una clara preeminencia del Derecho y la Moral sobre el poder, ya que es el Derecho el que postula y legitima el poder y no viceversa. De este modo el poder público encuentra en el Derecho natural, que es la justicia misma, no sólo el fundamento de su legitimidad, sino, además, un límite más allá del cual ese poder, perdiendo toda legitimidad, degenera en *tiranía*.

La democracia, basada en la naturaleza social del hombre y de la sociedad, se funda en la ley natural, y cuando de ella se separa se corrompe y se transforma en demagogia. Una ley democráticamente establecida, si es contraria a la razón y a la ley natural es una injusticia y una mera imposición arbitraria aunque hubiese sido elaborada con el más escrupuloso respeto a las técnicas más depuradas de gobierno e instituciones democráticas. Nunca podrá constituir una ley legítima, nunca podrá ser Derecho —que es «ordenación racional»— porque la simple decisión humana, de uno o de muchos, aun siendo mayoritaria, no es, sin más, fuente del Derecho, ni puede legitimar o racionalizar democráticamente lo que es intrínsecamente irracional (21).

Y cuando hablamos de «imposición», «arbitrariedad», «totalitarismo», «abuso de poder» o de «tiranía», tenemos una especial tendencia a imaginarnos a una persona o grupo minoritario que impone la fuerza violenta y la tiranía. Pero es evidente que todo esto puede ser ejercido igualmente por una asamblea parlamentaria o por una mayoría. Y no es menos tiránica la democracia poniéndose al servicio de la arbitrariedad y de la fuerza

---

(19) Aristóteles, *Política*, lib. VIII, c. 3.

(20) Emilio Serrano Villafañe, *op. cit.* en la nota 18.

(21) López Calera, defensor entusiasta de la legitimación democrática del Derecho, no puede menos de reconocer honradamente que «un Derecho que legitimara el aborto, sería la confirmación de una sociedad irracional». En *Derecho y soberanía popular*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 16, pág. 63.

por el abuso del poder de la mayoría, que lo que pueda serlo la voluntad despótica de un gobernante con fuerza para hacerse obedecer. Negar esto, conceder a la democracia el carisma creador de la moral y de la justicia es trastocar los términos del problema y manipular el concepto de democracia dándole un sentido que no es el propio; es la extrapolación ridiculizada y condenada por Ortega.

Sobre la técnica del procedimiento y el recuento y suma democrática de «votos» está la ética del contenido de justicia y de los valores humanos. Sobre la «legalidad» formal está la «legitimidad». Sobre el Derecho positivo está el Derecho natural, que es «rasero y medida de las leyes humanas» y criterio para calificarlas de injustas aunque estén configuradas en forma legal. Porque —como dice el insigne jurista y exministro de Justicia alemán, Gustav Radbruch—, sobre la «injusticia legal» está el «Derecho supralegal» (22).

Terminamos así estas breves consideraciones que hemos hecho sobre la democracia, afirmando que la *democracia*, cuyo concepto aún sigue siendo impreciso al cabo de los siglos, tiene un campo propio que es el político. Extrapolar o hipertrofiar ese ámbito pretendiendo extenderle a otros que no le son propios, es *plebeyismo*. Y manipular el concepto de democracia y desconocer sus límites, en un alarde abusivo de la fuerza de la mayoría, es *tiranía*.

Y respecto al Derecho, la democracia no puede, por sí sola, legitimar el Derecho, porque la democracia —en la doctrina y práctica moderna— es una forma técnica y el Derecho es, ante

---

(22) Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Heidelberg, 1946: «No cabe duda —dice— que el Derecho positivo, «legal», pero injusto, deberá ceder el paso a la justicia», porque «sobre el «delito legal» está el «Derecho supralegal»».

Emilio Serrano Villafañe, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, ediciones citadas, «Direcciones valorativas», especialmente G. Radbruch.

Antonio Hernández Gil, *De nuevo el Derecho natural*, discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983, pág. 33.

todo, ética, tiene un contenido de justicia que ni se lo dan los votos, ni la voluntad de la mayoría podrá quitarle.

El Derecho se legitima, justifica y fundamenta por su contenido valioso, por ser una realidad social que tiene como fin la realización de unos valores, sobre todo, del valor de la justicia y el bien común y, en definitiva, de la paz y el orden en la convivencia. Porque la justicia —dice Santo Tomás de Aquino— «se ordena a conservar la paz entre los hombres» (23). Y la paz es obra de la justicia.

---

(23) Santo Tomás de Aquino, *Summa contra gentes*, I, c. 3: «Operationes iustitiae ad servandam pacem inter homines ordinantur».