

ELÍAS DÍAZ Y LA TEORÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA*

FRANCISCO J. LAPORTA**

Resumen: Con la publicación en 1971 de la memoria de cátedra de Elías Díaz se incorpora al pensamiento jurídico español toda una corriente de teoría del derecho inspirada en el positivismo lógico que será determinante del destino de la especialidad en España. En un ambiente de iusnaturalismo asfixiante, tanto esa obra como otras aportaciones de Elías Díaz insisten en la distinción entre el derecho como es y el derecho como debería ser, y logran situar en el centro de la reflexión teórica sobre el derecho los nombres de Kelsen, Bobbio y Hart. A partir de ellos se desarrollará la actual teoría del derecho en España. La llegada de Elías Díaz a la Universidad Autónoma de Madrid, en el curso 1972/73, es el punto de partida de ese desarrollo.

Palabras clave: Elías Díaz, Teoría del derecho. Positivismo, Pensamiento jurídico, Iusnaturalismo.

Abstract: The publication in 1971 of Elías Díaz's academic report to opt to a chair in Philosophy of Law represents the incorporation to the Spanish legal thought of an important trend of legal theory inspired in logical positivism that will determine the destiny of this academic speciality in Spain. In an environment of oppressive classical legal naturalism, both this book and other of his contributions clearly underline the distinction between law as it is and law as it ought to be, and put in the very centre of the theoretical reflection about law the names of Kelsen, Bobbio and Hart. From that moment on, the contemporary legal theory will be developed in Spain. Elías Díaz's arrival to the Faculty of Law of the Universidad Autónoma de Madrid in the academic year 1972/1973 is the starting point of this development.

Keywords: Elías Díaz, Legal Theory, Positivism, Legal thought, Natural Law.

La publicación en 1971 de la memoria de cátedra de Elías DÍAZ, con el título *Sociología y Filosofía del Derecho*, constituyó un hito importante en la modernización de la teoría del derecho en España¹. Libro, según confesión propia, “irremediamente” escrito (era una exigencia de las disposiciones vigentes para hacer oposiciones), que él “preferiría no haber tenido que escribir”, resultó sin embargo decisivo para la orientación que poco después tomaría la teoría del derecho en nuestro país, y puede decirse que es un eslabón

* Fecha de recepción: 15 de abril de 2009.

Fecha de aceptación: 23 de junio de 2009.

** Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: francisco.laporta@uam.es.

¹ ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus Ediciones. Madrid. 1971.

importante de una cadena intelectual que llega hasta hoy mismo, en el trabajo de no pocos discípulos de sus discípulos², que continúan caminando en gran medida por la senda que se apuntaba en aquel libro, que no era otra, evidentemente, que la del positivismo jurídico, pero la de un positivismo cualificado por algunos rasgos de los que después hablaré. Hoy, cuando la teoría del derecho que se hace en España tiene un índice de calidad reconocido voy a recordar algunos datos de aquel itinerario para rendir homenaje al que es para todos un ejemplo vivo de hacer universitario.

Para explicar su importancia debemos empezar por recordar algo especialmente duro y doloroso, que se va a proyectar sobre el periodo subsiguiente de un modo difícil de exagerar. Me refiero, naturalmente, al brutal exilio que determinó en Alemania y en España un empobrecimiento y un retraso de la reflexión filosófica y jurídica que tardaría décadas en ser superado. Quizás otras disciplinas jurídicas simulen que esto no fue tan decisivo, pero en la teoría y en la filosofía del derecho –y por consiguiente en nuestras concepciones del derecho– fue una catástrofe que se prolongó durante muchos años, y que en cierta medida tuvo efectos irreversibles. No estoy exagerando. Cuando se produce el ascenso de Hitler al poder, el pensamiento europeo hablaba en alemán; también el pensamiento jurídico. Doce años después, Alemania había perdido, quizás definitivamente, su supremacía filosófica. Los más grandes pensadores alemanes (o de lengua y cultura alemana) que dibujarían el camino del pensamiento en el siglo XX, o fueron perfectamente ignorados en el caso de que ya hubieran muerto, o habían emprendido el camino de la emigración si aún estaban vivos. Estoy hablando de filósofos de primer nivel: Ludwig WITTGENSTEIN, Gottlob FREGE, Rudolf CARNAP, Kurt GÖDEL, Alfred TARSKI, Karl POPPER, Carl HEMPEL, Hans REICHENBACH, y muchos más. El “giro lingüístico” en filosofía, la lógica matemática, la mejor filosofía de la ciencia social, las bases de la epistemología actual, y tantos otros pilares del pensamiento contemporáneo se ignorarán o se marcharán con ellos. Además, con la persecución o desprecio del neokantismo alemán, dos postulados ineludibles de la filosofía moral y jurídica serán ridiculizados y abandonados: que el ser y el deber ser son dos universos lógicamente diferenciados e irreductibles entre sí, y que los enunciados normativos, los juicios morales, han de buscar un camino propio para encontrar su fundamento. Dos postulados sin los que el pensamiento jurídico no puede dar un paso adelante. Entre los juristas alemanes que mantenían estos postulados como axiomas, y que permanecerían fuera de Alemania ya para siempre, destaca sobre todo Hans KELSEN; pero también Gustav RADBRUCH se vio obligado a pasar esos doce años en el exilio, en la Universidad de Oxford. ¿Qué quedó allí dentro? Pues un neohegelianismo delirante, destinado básicamente a presentar con necia solemnidad filosófica la teoría totalitaria de la *Volksgemeinschaft*, y esa

² La idea de ‘discípulo’ que aquí introduzco para ceder al uso académico –en el que no sólo se usa, también se abusa de ella– es sin embargo extraña a Elías Díaz, que jamás ha afirmado de nadie que sea ‘su discípulo’. Quizás porque, como es obvio, el buen gusto y la prudencia aconsejan que no sea usada por uno mismo, sino sólo por aquellos que quieren identificar a alguien como su ‘maestro’. En todo caso, en el medio intelectual de Elías Díaz, ese término no se utiliza. Como decía Manuel Atienza en una ocasión, no tenemos discípulos, tenemos compañeros que con gran frecuencia son también amigos.

suerte de existencialismo metafísico de Martin HEIDEGGER, que ha sido siempre incapaz de dar una sola idea aprovechable al pensamiento jurídico.

Miremos ahora a nuestro país. Cuando Franco toma el poder en 1939, estaban en el exilio casi todos los grandes discípulos de Ortega, es decir, casi todos aquellos que habían establecido un diálogo fecundo con el pensamiento contemporáneo: José GAOS, Joaquín XIRAU, Eduardo NICOL, Juan David GARCÍA BACCA, José FERRATER MORA, Eugenio IMAZ, María ZAMBRANO, etc. Entre los juristas españoles, estaban en situaciones parecidas RECASENS SICHES, JIMÉNEZ DE ASÚA, AYALA, MEDINA ECHAVARRÍA, GARCÍA PELAYO, GONZÁLEZ VICÉN, y tantos otros. ¿Qué quedaba entre nosotros? Pues para asombro de toda Europa, un renacer insensato y excluyente de la escolástica más rancia, destinada naturalmente a bendecir como justo al nuevo Estado. Lo que había que hacer en filosofía del derecho, según dos jóvenes profesores de entonces que después tuvieron trayectorias divergentes, era “continuar aquella grandiosa y fecunda concepción de que San Agustín, Santo Tomás, y muy especialmente, nuestro genial Francisco Suárez, fueron principales adalides en la historia del pensamiento; y que el imperativo categórico, la idea hegeliana, o los valores, esos famosos valores que flotan sueltos en el aire como ideas platónicas sobre nuestra existencia mundana y crónica, son o soluciones equivocadas, o soluciones insatisfactorias y penúltimas, no últimas y definitivas soluciones”³. Más de un siglo de pensamiento –de KANT a HUSSERL– se tiraba así por la borda tranquilamente.

En el panorama del pensamiento jurídico alemán de finales de los años 30 irrumpió súbitamente el pensamiento irracional, con aquellos juristas furibundos que se entregaron a una pretendida “*Rechtserneuerung*” que no fue renovación jurídica alguna, sino más bien lo que después fue llamado con toda justicia una perversión del orden jurídico occidental. Y en el panorama español, que también coqueteaba con aquel irracionalismo, nos encontramos con el fanatismo de quienes esgrimieron el derecho natural tradicional en su versión más delirante y anticuada, y para articular el régimen político se armaron nada menos que del *Syllabus* de Pio IX, en el que se declaraban funestos errores el racionalismo, el positivismo y el liberalismo. De lo ‘novedoso’ europeo sólo pudimos acceder a la figura atormentada y tramposa de Carl SCHMITT y a algún que otro manualito en la misma línea, como el de Karl LARENZ que acabo de citar. El fraude mayor fue sin duda escamotearnos con argumentos tendenciosos la más grande y compleja teoría del derecho que se haya desarrollado en el continente europeo en el siglo XX, la gran aportación alemana a la teoría del derecho, la teoría pura del derecho de Hans KELSEN. El resultado fue un impase intelectual de treinta años. Para la filosofía y la teoría del derecho española esto fue una pérdida terrible. El citado librito de Karl LARENZ fue reputado de “vademécum” de los opositores a cátedras. Su resultado: que hasta bien entrados los años 60 no se recuperará el pensamiento de KELSEN, ni se abordará con seriedad la gran pregunta de Gustav RADBRUCH, ni se desembarazará la teoría del derecho de ese lastre de retórica poco fundada que impuso un cierto tipo de

³ EUSTAQUIO GALÁN GUTIÉRREZ y ANTONIO TRUYOL SERRA, en su escrito preliminar a KARL LARENZ, *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1942.

pensamiento jurídico extraño a la Europa civilizada. Ello supuso que la armadura básica de la cultura jurídica contemporánea, el normativismo positivista y los fundamentos filosóficos que le dan base, no se impusiera hasta bien tarde entre nosotros. Todos coincidieron en que ese era el enemigo común. En el caso de Schmitt esto fue siempre evidente. Y su presunto viraje, desde el decisionismo como teoría del derecho al llamado pensamiento del “orden concreto”, no afectó en absoluto a su terco antinormativismo. Entre nosotros algunos vieron entonces y ven ahora mucha luz en semejante teoría, aunque es dudoso que tenga alguna. Otros sólo vieron antipositivismo. Yo detecto en él simples contorsiones teóricas para escapar a las exigencias del Estado de Derecho, al venerable ideal alemán del *Rechtsstaat*. Y los tiempos favorecieron esto. En España todo el mundo hacía profesión de fe iusnaturalista, del más rancio iusnaturalismo. En la filosofía y la teoría del derecho ser iusnaturalista se transformó en una condición necesaria para aspirar a ser profesor universitario. Algo, por cierto, que no dejó de tener alguna mala secuela: ser iusnaturalista y ser positivista comenzaron entonces a verse como tomas de postura irreductiblemente enfrentadas, no sólo en el mundo del pensamiento jurídico, sino también en el ámbito de lo religioso, de lo político y de lo social, determinando con ello un deplorable sectarismo académico. Algunos últimos restos de estas actitudes quedan quizás todavía vivos entre nosotros.

Sólo durante los años 60 empieza ya a reintroducirse en España la figura de Hans KELSEN. Todas las cantinelas que habíamos estado escuchando durante años sobre las limitaciones del pensamiento de KELSEN tuvieron entonces que enfrentarse al soberbio edificio de la edición completada, reelaborada y ampliada de la *Teoría Pura del Derecho* de 1960. Aunque no se dispuso de una edición castellana hasta años después, la penetración del pensamiento de KELSEN entre nosotros fue importante. Pero es ya una penetración que se funde con la llegada masiva del pensamiento jurídico anglosajón. En 1961 apareció en Oxford *El concepto de derecho* de HART. Esas dos obras marcan la teoría jurídica de la segunda mitad del siglo XX. En 1971, con la publicación del libro de Elías DÍAZ, estas coordenadas empiezan a determinar el lugar en el que se desarrolle la teoría del derecho española. Junto a ellas, pero no extraño a ellas, se presenta ante nosotros una invitación decisiva al estudio de la figura de Norberto BOBBIO, que durante toda esa década había desarrollado una teoría normativa del derecho particularmente minuciosa y convincente, una teoría, por cierto, que había recibido directamente Elías DÍAZ como ingrediente decisivo de su formación durante su estancia como becario en Bolonia. Con aquel libro de 1971 en la mano, los jóvenes profesores españoles pudimos centrar ya nuestra atención en el pensamiento de los tres grandes pilares en los que descansaba la teoría y la filosofía contemporánea del derecho: Hans KELSEN, Norberto BOBBIO y Herbert HART. Puede decirse que hasta los años 90 va a ser éste el pensamiento jurídico más influyente en nuestro país. BOBBIO tiene una fuerte impronta kelseniana, pero ya está influido por la filosofía del lenguaje inglesa. Y HART, como es obvio, es la primera gran aportación de esa filosofía del lenguaje a la teoría del derecho. Su obra, sin embargo, también tiene ciertas relaciones con la de KELSEN, y dialoga explícitamente con él en múltiples ocasiones.

Lo que más llamó nuestra atención en el libro fue seguramente la recuperación para los problemas jurídicos de la filosofía del positivismo lógico, que no había sido explorada entre nosotros en los ámbitos del pensamiento jurídico. Elías DÍAZ se encontraba en una situación privilegiada para incorporarla a los estudios jurídicos debido a que había convivido durante años con el pensamiento de Enrique TIERNO GALVÁN, que fue uno de los introductores de la filosofía del positivismo lógico entre nosotros, y durante los años sesenta dirigió una colección de libros decisiva, con el nombre de *Estructura y función* en la editorial Tecnos. La mejor filosofía de la ciencia, lógica, filosofía del lenguaje, filosofía moral, etc., europea empezó entonces a venir a nuestro país. Quizás a su pesar, Elías DÍAZ, introducía así en nuestras Facultades el fermento de la actual filosofía analítica, que, andando el tiempo, será el tronco que va a dar lugar a la mejor teoría del derecho, tanto en España como fuera de ella. Sin embargo, sería injusto circunscribir su aportación filosófica a esto. Y ello porque seguramente a Elías DÍAZ le gustaron siempre más otras cosas. Sin ir más lejos, también se registraba en aquel importante libro una recepción muy decidida de los pensadores y sociólogos de la Escuela de Frankfurt. ADORNO, HORKHEIMMER, MARCUSE, BENJAMIN, fueron así familiares para nosotros, aunque no eran propicios para una aplicación fluida al mundo del derecho. El pensamiento de HEIDEGGER en cambio no. Y ello no era muy de lamentar, porque tampoco lograba entrar en el ámbito de la reflexión jurídica. Hasta que el llamado “giro lingüístico” no fecundara ambas corrientes filosóficas, no podrá hablarse de una proyección de ellas en el mundo del derecho. Los primeros “frankfurtianos”, como aquí los llamábamos, desarrollaron un pensamiento predominantemente negativo, crítico con la realidad que les había tocado vivir, pero, con pocas excepciones (Franz NEUMANN, por ejemplo), ajeno a los temas del derecho, que es en gran parte construcción (no destrucción) institucional formal. Los existencialistas heideggerianos, por su parte, eran incapaces de dar cuenta de pautas objetivas, cualesquiera que fueran, que se encontraran en vigor con anterioridad a la situación concreta que se presentaba como problema práctico. Era el actor, en cada momento, quien creaba esas pautas. Sólo cuando el “giro pragmático” llegó a la primera de esas filosofías, se desarrolló en Alemania un pensamiento que acabaría siendo fecundo para el derecho, con la figura de HABERMAS como representante más conocido. Y sólo cuando el llamado “giro hermenéutico” redireccionó los textos de HEIDEGGER, se volvió a DILTHEY y se extendió la influencia de GADAMER, pudo pensarse en concebir la experiencia jurídica desde el punto de vista hermenéutico.

Una de las claves de aquel libro de Elías DÍAZ fue seguramente la desmitificación de las construcciones mentales que se habían superpuesto artificiosamente al mundo del Derecho. Por ejemplo, su insistencia en la necesidad de una sociología del derecho se basaba fundamentalmente en que el examen de la realidad social empírica arrojaría sin duda una corrección importante del discurso habitual de los juristas de entonces. Ver la realidad del derecho contribuiría a disolver los disfraces y engaños de la mentalidad jurídica dominante. En esto, me parece, sentía una fuerte influencia del pensamiento de MARX, con su sugerencia de que el lenguaje teórico e ideológico no hacía sino ocultar y deformar la realidad de la articulación estructural de la sociedad. Voy a conjeturar que es esta influencia la que

le lleva a su gran apuesta por la desmitificación de las versiones doctrinales de lo que el derecho era y de cómo se comportaba realmente. Esto fue decisivo para la teoría del derecho desde una perspectiva de la que me voy a ocupar ahora.

El pensamiento jurídico español había llegado a la orilla de los sesenta manteniendo una idea y una actitud que son, precisamente, las que va a poner en cuestión Elías DÍAZ. La idea era que el derecho es una parte inseparable de la moral. No hay sino leer a LEGAZ LACAMBRA: “La historicidad del derecho tiene como sentido metafísico ser la expresión de las concretas formas de vida social creadas por el flujo libre de la vida personal. Y como además de la libertad hay la Providencia, y como lo que se hace por la libertad no sólo implica una estructura axiológica sino que esa estructura se determina por la exigencia que dimana de aquellos valores y supremas finalidades que condicionan el destino del hombre, el problema de la libertad implica el de la justificación y, por tanto, la afirmación del sentido metafísico del Derecho como libertad implica el planteamiento de los postulados y criterios justificativos del mismo. Esto –concluye LEGAZ– es lo que confiere sentido y precisión a la afirmación usual de que el Derecho es una parte del orden moral”⁴. La actitud de la que antes hablaba era que el jurista especialista en una disciplina jurídica particular podía entregarse a la mera exégesis de los preceptos jurídicos vigentes sin abandonar por ello su afirmación de que todo aquello, como Federico de Castro escribiera, estaba “legitimado por su armonía con el Derecho Natural”. Lo que Elías DÍAZ vio en esa actitud fue sencillamente una justificación tramposa del derecho positivo del régimen franquista. Si todo derecho era por su naturaleza parte de la moral, entonces el derecho que emanaba de la pluma del dictador estaba necesariamente impregnado de moralidad. Si las normas vigentes estaban así legitimadas, entonces eran justas. Naturalmente esto no era más que una manipulación doctrinal, consciente o inconsciente. Y Elías DÍAZ, que era muy sensible a todo lo que de injusto tenía aquel derecho, se propuso, no sé si con esta claridad con que ahora lo veo yo, pero se propuso cortar de un tajo la presunta conexión necesaria que pretendidamente se daba entre la legalidad franquista y la moral o el derecho natural. Esto fue lo que le llevó a buscar un lugar nuevo para los estudios de teoría del derecho entre nosotros.

Para iluminar con algo de historia estas reflexiones, recordaré que Elías DÍAZ había pasado los años 59 y 60 en el Colegio de España en Bolonia, de donde procede su inicial admiración por Norberto BOBBIO. Y en los años 1961 y 62 había ampliado sus estudios en Múnich, y es imposible suponer que no recibiera allí el impacto de la recién publicada segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de KELSEN. Rastros de esas influencias se pueden percibir en publicaciones de esos años. En 1966 hace una edición española de un libro que con el título *Le droit naturel* había aparecido en Francia en 1959⁵. En realidad, era una recopilación de artículos en torno al problema del derecho natural de Hans KELSEN, Chaim PERELMAN, Alessandro PASSERIN D’ENTREVES, Bertrand DE JOUVENEL, Norberto

⁴ LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*. Segunda edición revisada y aumentada. Casa editorial Bosch. Barcelona. 1961, p. 281.

⁵ H. KELSEN, BOBBIO Y OTROS, *Crítica del Derecho Natural*. Taurus ediciones. Madrid. 1966.

BOBBIO, Marcel PRELOT y Charles EISENMANN. Hasta donde yo sé, en este libro se da la primera aparición en España de un largo texto de KELSEN que, con variantes, había elaborado a lo largo de esos años y desembocará en el importante apéndice a la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, con el nombre de *Das Problem der Gerechtigkeit*.⁶ Un texto en el que KELSEN resume sus argumentos contra el derecho natural y vuelve a adoptar ante los valores morales una posición claramente relativista. El derecho positivo es un cosa, objetivamente vinculante, y a la que se accede mediante procedimientos científicos, y la moral otra, relativa, y que expresa un ideal irracional. Dejando a un lado la aporía en la que se introduce KELSEN al postular la objetiva vinculatoriedad de una norma y la imposibilidad racional de establecer pautas morales, lo cierto es que su mensaje de ruptura entre derecho positivo y criterios éticos era importante en el contexto español. Lo mismo que el contundente artículo de Norberto BOBBIO, cuya vigencia aún hoy día muchos mantienen, titulado *Algunos argumentos contra el derecho natural*, y que mantenía que el derecho natural no era derecho con el mismo título que el derecho positivo, y que la noción de ‘natural’ era tan equívoca que permitía todo tipo de contradicciones, además de ser un predicado fáctico del que no podía extraerse ninguna consecuencia normativa. Aunque el libro contenía trabajos de autores muy lúcidos y reputados del moderno iusnaturalismo, como PASSERIN D’ENTREVES, creo no equivocarme si afirmo que los trabajos de KELSEN y BOBBIO eran la inspiración central de Elías DÍAZ, y que, comparados con los nacionales, los iusnaturalistas del libro no cabían fácilmente en el solar hispano de los sesenta porque casi todos ellos postulaban como valores y principios de derecho natural exigencias políticas y funcionales (procedimientos democráticos, derechos de libertad, etc.) que no tenían cabida de momento en los proyectos del sistema político. Es decir, que el iusnaturalismo castizo seguía siendo el clásico y se utilizaba para legitimar el régimen preliberal. De ahí la importancia del libro.

Respecto a los dos temas que antes he mencionado (la unidad entre derecho y moral, y la sacralización del derecho positivo) Elías DÍAZ proponía con un lenguaje cauteloso pero muy preciso dos cosas que siempre vale la pena repetir: Primero, y en la senda de KELSEN, que “lo que el positivista sobre todo reivindica es la autonomía científica del Derecho positivo, pero admitiendo después que, desde una plataforma de valores históricos, que por muy relativa que sea puede no coincidir con la del legislador, este Derecho pueda ser calificado de justo o injusto; desde el positivismo se posibilita así una actitud crítica y de discrepancia...”. Segundo, y aquí viene un párrafo que vale la pena reproducir entero:

“El espectáculo de un sistema jurídico compuesto por filósofos iusnaturalistas y juristas “positivistas”, funcionando ambos estratos en pleno acuerdo, es consecuencia de esa deificación que de un determinado orden positivo realiza el Derecho

⁶ Las más importantes de sus versiones anteriores son *Was ist Gerechtigkeit*, F. Deuticke, Wien 1953, y *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, aparecido en University of California Press en 1957, y en la que vierte al inglés algunos de sus ensayos de los años inmediatamente anteriores.

Natural. Los juristas ideológicamente iusnaturalistas y jurídicamente “positivistas” se autocalifican así tranquilamente de “técnicos”, sin plantearse más problemas mientras, claro está, el Derecho positivo concorde con su consciente o subconsciente ideología iusnaturalista subsista; por supuesto, ante el posible cambio de ese sistema de legalidad, lo neutros técnicos “positivistas” alegarían inmediatamente criterios valorativos que ahora dicen menospreciar” (pp. 25-26).

Lo que Elías DÍAZ puso en circulación como “sociología del derecho natural” daba mucho más de sí que una mera aplicación de la sociología; iba en definitiva al corazón de dos de los grandes problemas que toda reflexión sobre los quehaceres jurídicos, teóricos o prácticos, suscita, y que si bien se mira, son dos problemas conectados entre sí por la gran cuestión de qué papel juegan los “valores”, es decir, los juicios de valor moral y los enunciados éticos, en la práctica del derecho y en la elaboración doctrinal de ese derecho. Un tema que está lejos de ser resuelto.

Claro que todo esto no era sino la proyección sobre la teoría del derecho de lo que Elías DÍAZ había manifestado muy claramente en su fundamental estudio de Teoría del Estado⁷. Allí se iniciaba la reflexión con unas palabras que se hicieron famosas:

“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”.

Dejando a un lado la anécdota histórica de su aparición como respuesta a un panfleto publicado con fondos del Ministerio de Información y Turismo regentado entonces por Manuel Fraga Iribarne, en el que se afirmaba que España era un Estado de Derecho, la significación profunda de este planteamiento era, en los términos jurídicos que después ampliaría y profundizaría el autor en su libro de 1971, que la pura legalidad (el Estado y su derecho positivo) no debía confundirse con la legitimidad (el Estado de Derecho como imperio de la ley democrática, separación de poderes, legalidad de la Administración y derechos fundamentales). O que la simple validez del derecho como vigencia no implicaba en absoluto su justicia. Y en España –se venía a leer por entre la líneas del libro– había lo primero, un Estado y un derecho, pero no había lo segundo, un Estado de Derecho. Es decir, que en España había derecho válido pero no derecho justo. Esto, que no se escribía en ninguna página del libro, fue sin embargo entendido así por todo el que lo leyó, incluidas las autoridades de la censura que iniciaron un expediente para impedir la difusión del libro.

⁷ ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Edicusa. Madrid. 1966.

Pero sigamos con nuestro itinerario teórico. Quizás el impulso más decidido hacia la diferenciación conceptual entre el derecho y la moral, y con él hacia la posibilidad de juzgar como inmoral a un derecho positivo dado, fue el que salió en 1958 de la pluma de Herbert HART⁸. Puede decirse que durante más de cuarenta años, las discusiones en torno a las relaciones entre el derecho y la moral han tomado como punto de partida ineludible las tesis contenidas en este artículo, desarrolladas después por el propio autor en *El concepto de Derecho* de 1961 y en otros trabajos posteriores. Pues bien, esas obras de Hart fueron vertidas al castellano muy pronto por un gran jurista argentino al que muchos tenemos en la memoria: Genaro CARRIÓ. En 1962, y con el título general *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, aparecía entre otros el importante artículo mencionado, y en 1968 su libro fundamental *El concepto de derecho*. En ellos HART, apelando muy explícitamente a sus antecesores en el pensamiento inglés, Jeremy BENTHAM y John AUSTIN, mantenía dos postulados que son precisamente aquellos que Elías DÍAZ trató después de incorporar al pensamiento jurídico español: en primer lugar, que una cosa es el derecho que es y otra muy distinta el derecho que debe ser (AUSTIN). Después, que si así lo reconocemos no nos habremos desposeído de la capacidad crítica para ver y juzgar los problemas que plantea la existencia de leyes que no *deberían* ser derecho, es decir, de leyes inmorales. O, como lo expresaba HART, que “hay normas jurídicas que pueden contener cualquier grado de iniquidad o de torpeza y, no obstante ello, ser normas jurídicas”, y al mismo tiempo que “las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas”. La condición de jurídicas de ciertas normas podría así seguir manteniéndose sin que ello nos obligara a acatarlas como justas; es más, que podría constituir una obligación moral perentoria luchar contra la vigencia de esas normas.

Todos esos instrumentos conceptuales de análisis se fueron incorporando al pensamiento de nuestro autor a lo largo de la década de los sesenta⁹, y acabaron, naturalmente, en el libro de 1971, en el que, si no mencionados por primera vez en España, es seguro que sí fueron por primera vez alegados claramente como una base de sustentación de la mejor filosofía del derecho. En efecto, su capítulo más importante para las generaciones que vinimos inmediatamente después, es sin duda el titulado precisamente: “El problema de los valores y la actual filosofía positivista del derecho”. En él, partiendo de una clara concepción normativa del derecho, es decir, de una concepción del derecho como compuesto fundamentalmente por normas, se incorporaban las aportaciones básicas que antes he mencionado de los tres grandes teóricos europeos para tratar de obtener de sus libros y escritos una posible respuesta a la cuestión que él mismo había adelantado en las primeras páginas sobre las relaciones entre derecho y ética:

⁸ HERBERT L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, nº 4. 1958.

⁹ En la nota preliminar a la tercera edición del libro, en 1976, afirma el autor que ya tenía una primera redacción en 1965, y que fue ampliándolo y revisándolo a lo largo de los años siguientes, urgido en algunos casos por la necesidad de presentarlo como “Memoria” en las oposiciones, de las que luego diré algo.

“No importa adelantar –escribía– que frente a la tesis de la mayor o menor confusión entre Moral y Derecho, por un lado, y la de la más o menos radical ruptura y falta de comunicación entre ambos niveles, por otro, la actitud a que aquí se llega está centrada en la idea de la diferenciación clara pero, a la vez, de la conexión básica, ineludible y útil entre estos dos sectores, moral y jurídico. Sólo desde una plataforma ética cabe, en última instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho. Se trata de no confundir el Derecho que “es” y el Derecho que “debe ser”; pero se trata también de que ambos niveles no se desconozcan ni ignoren” (p. 17).

Un positivismo jurídico poco elaborado aspira sólo a proporcionar criterios científicos para establecer lo que el derecho “es”, pero está expuesto a dos peligros: puede acabar por hipostasiar el derecho positivo como derecho justo, o puede quedar mudo ante la pregunta por lo que el derecho “debe ser”. En efecto, el positivismo jurídico puede caer en la trampa que Bobbio había bautizado como “positivismo ideológico”, es decir, una actitud que no se limita a afirmar que el derecho es el derecho positivo vigente, sino que va más allá hasta demandar para ese derecho vigente una vinculatoriedad que exige acatamiento. La ley es *esto*, y, en consecuencia, *esto* es justo y obligatorio. Paradójicamente, el fin del camino de ese positivismo es el mismo que el del iusnaturalismo: la sacralización del derecho positivo, aunque recorrido desde el otro lado. Hasta Kelsen mismo cayó en tal trampa al postular que la “validez” de las normas jurídicas equivalía a su “fuerza vinculante”. Por eso se le ha llamado a veces “criptoiusnaturalista”. Pero también se puede caer en la otra trampa, la de quedar mudo ante las demandas de justicia o de moralidad que se pueden dirigir al derecho positivo. Mucho del positivismo de la primera mitad del siglo cayó también en ella al mantener una teoría no cognitivista de la ética, es decir, una teoría de la ética que afirme que los juicios morales no tienen valor de verdad, que es imposible acceder racionalmente a su conocimiento y que son por ello necesariamente infundados. Es decir, que son irracionales y arbitrarios. El propio KELSEN afirmó que la Justicia es un ideal irracional. Y muchos otros positivistas se han hecho eco de posiciones parecidas, que sitúan el origen de los juicios de justicia en las pasiones o las emociones de cada cual.

La operación que lleva a cabo Elías DÍAZ en ese capítulo está diseñada precisamente para evitar estas dos trampas, manteniendo al mismo tiempo el mensaje sustancial del positivismo jurídico: el derecho que “es” es el conjunto de normas “válidas” o “vigentes”. Los tres autores que analiza, que han suministrado su base más poderosa a la teoría contemporánea del derecho, mantienen ese mensaje sustancial. Lo que sugiere Elías DÍAZ en su examen es que en sus teorías también pueden encontrarse herramientas para construir una plataforma de valores, de teoría de la justicia, destinada a juzgar al derecho positivo, y una plataforma además que no esté artificialmente desligada de ese derecho positivo. En la teoría de KELSEN la encuentra precisamente en su relativismo. En pleno ascenso del nazismo KELSEN afirmó que del relativismo se podrían obtener algunas pautas para la vida práctica: por ejemplo, la tolerancia y el pluralismo. Que en una marea de dogmatismo y fanatismo, como lo fue la

cultura nacionalsocialista, alguien levante la bandera del relativismo y la tolerancia no puede sino suscitar simpatías. RADBRUCH mismo se enroló en esa bandera durante aquellos años. Sin embargo, el argumento constituye un perfecto *non sequitur*: La tolerancia presupone la aceptación no relativa de valores y normas morales. Del relativismo y el emotivismo no se infieren necesariamente los enunciados de tolerancia ni las actitudes a ellos correspondientes. En este sentido, y pese a haber practicado toda su vida el credo liberal y tolerante que constituye la médula de la civilización y la cultura europea, de la teoría metaética de KELSEN no puede extraerse aquello que practicaba el autor. Un caso muy distinto es el de HART, porque desde sus primeros escritos defendió la autonomía normativa de la práctica social que el derecho “es”, y la autonomía cognitiva de la ciencia del derecho, al mismo tiempo que mantenía una metaética heredada del utilitarismo que le posibilitaba adoptar actitudes críticas y reformadoras del derecho positivo. Además, como señala Elías DÍAZ en ese capítulo, la idea, heredada de HUME, de que existen unas circunstancias naturales que constituyen verdades obvias, y sin las que esa práctica social que llamamos derecho no tendría sentido alguno, contribuye también a sugerir que existe un camino hacia la crítica del derecho que pueda ser inmanente a la práctica misma del derecho: si los seres humanos no fueran vulnerables a la violencia, aproximadamente iguales, limitadamente altruistas, débiles y solitarios ante la posibilidad de satisfacer sus necesidades, etc., el derecho no sería preciso para la supervivencia humana. Y de esos postulados evidentes pueden quizás obtenerse principios que se acerquen a lo que un ideario liberal propone como mejor plataforma valorativa. Elías DÍAZ cita en este sentido el siguiente párrafo de HART: “Es posible incluso que la filosofía pueda demostrar que una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración, encierra alguna contradicción interna, dogmatismo o irracionalidad. De ser así, la moral esclarecida que reconoce esos derechos tiene título especiales para ser considerada la moral verdadera y no solamente una entre las muchas morales posibles” (p. 376).

Pero la principal influencia que va a orientar la filosofía del derecho de Elías DÍAZ va a ser sin duda el pensamiento de Norberto BOBBIO. Aunque en años posteriores nuestro autor va a alimentarse sobre todo del pensamiento político de BOBBIO, en esos años estructura sobre todo los aspectos jurídicos de su pensamiento con la obra del irreplicable intelectual italiano. Él mismo lo afirma así: “... en esos tiempos –se refiere a su estancia en Bolonia y a los primeros años sesenta– me ocupé yo allí preferentemente y con aplicada dedicación de sus trabajos más relacionados con el mundo del Derecho: *Teoria della scienza giuridica*, *Studi sulla teoria generale del diritto*, *Teoria della norma giuridica* y *Teoria del ordinamento giuridico*. La filosofía analítica de BOBBIO fue en aquellos momentos para mí un excelente riguroso contrapunto del idealismo todavía prevalente de la iusfilosofía académica boloñesa; y no digamos frente al prepotente y dominante tradicional iusnaturalismo hispánico de la época”¹⁰. Esto se nota muy especialmente en el capítulo que estamos examinando, en el que BOBBIO defiende una filosofía del derecho que resulta ser casi exclusivamente una teoría de la justicia, pero no sólo una teoría de la justicia ‘teórica’, sino una teoría de la justicia

¹⁰ ELÍAS DÍAZ, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*. Alianza Editorial. Madrid. 1994, p. 128.

con fuertes dimensiones prácticas. En efecto, a la hora de diferenciar la filosofía jurídica de la ciencia del derecho, BOBBIO mantiene que ésta, la ciencia jurídica, es una *toma de posesión* de la realidad del derecho, mientras que aquella, la filosofía del derecho, es una *toma de posición* frente a la realidad del derecho. Difícilmente podía expresarse mejor la disposición que tenía Elías DÍAZ en aquellos momentos históricos de España: admitir por razones científicas como derecho positivo el derecho del régimen de Franco, pero posicionarse frente a él desde la filosofía. Comentando la idea de BOBBIO, escribe allí así: “Lo que, en efecto, interesa salvar en la Filosofía jurídica de nuestro tiempo es, por un lado, la validez y certeza del Derecho positivo –así como la autonomía, intercondicionada por supuesto, de la Ciencia jurídica–, junto, por otro, con la posibilidad de una valoración ética, de carácter racional e histórico, que venga a incidir críticamente sobre una determinada normatividad jurídica positiva” (p. 385). Acepta así lo que él mismo llama las dos ideas centrales de la filosofía de Bobbio: “la no aceptación del Derecho positivo como última instancia o criterio último para la orientación del comportamiento, de la praxis humana”, y la afirmación de que el derecho positivo es sin embargo necesario para una mejor convivencia humana. El análisis del pensador italiano en este respecto se cierra precisamente con un canto a la teoría general del derecho que Elías DÍAZ reproduce y que merece la pena recordar:

“La teoría general del derecho ofrece a quien sepa valerse de ella, instrumentos conceptuales útiles para comprender tanto el derecho que está parado como el derecho que se mueve, tanto el derecho pasado como el derecho futuro. Solamente no ofrece nada a aquellos cuya rebelión contra la objetividad de la ciencia ha llegado a convertirse en pretexto para una plena absolucón y justificaci3n de las formas más disparatadas del pensamiento tendencioso. Es más, considero que el análisis conceptual constituye el ejercicio más sano y eficaz para remover tantos escombros ideológicos que siguen estorbando en el camino de la investigación, para obligar a hacer un poco de penitencia a los impacientes, para poner contra la pared a los abstrusos, y *last but not least* para desmitificar a los desmitificadores”.

Agudas palabras que tantos deberían leer hoy para repensar sus actitudes hacia la teoría del derecho.

El lector joven de estas líneas, o el poco informado, corre seguramente el riesgo de suponer que aquella teoría y filosofía del derecho mantenida y adoptada por Elías DÍAZ no resulta ser hoy sino algo un tanto común y corriente, y que seguramente no merece que se alimente con ella ninguna suerte de hagiografía personal. Siendo quizás esto cierto, y tratando de evitar cualquier tendencia hagiográfica, que incomodaría al propio autor, es necesario también recordar las circunstancias históricas y personales en que se desarrolla ese esfuerzo intelectual, pues sin tenerlas en cuenta no se puede saber con certidumbre lo que va de ayer a hoy. En diciembre del año 1969, en plena redacci3n de esa memoria de cátedra, Elías DÍAZ fue confinado durante el estado de excepci3n en un pequeño pueblo de la provincia de Jaén, Villargordo, sin informaci3n ni conocimiento alguno de las causas y razones (sinrazones)

que había para ello, sin darle la más mínima cuenta de los cargos que pudiera haber contra él y, lo más importante, sin ningún tipo de certeza sobre lo que el futuro le depararía a él y a su familia. Cuando, meses después, se acaba su confinamiento, se siente tentado a dejarlo todo y emprender una suerte de exilio voluntario, y de hecho pasa un año entero enseñando en la Universidad de Pittsburg, en Estados Unidos. De vuelta al país se enfrenta con una oposición a cátedras con la memoria que sirve de base al libro. En una decisión bochornosa se le excluye injustamente, dando paso a candidatos subalternos cuyo mérito estribaba al parecer en plegarse a los mandatos del mandarín tradicionalista de turno y jurar la sempiterna validez del derecho natural escolástico. Cuando el libro aparece en 1971, las probabilidades de acceder a la cátedra eran, pues, muy limitadas. Pero entonces surge, y me va a permitir el lector que lo subraye, la figura de Aurelio Menéndez, el catedrático y maestro de Derecho mercantil sobre el que recae todo el peso de echar a andar la Universidad Autónoma de Madrid. Y el profesor Menéndez llama a Elías DÍAZ para decirle que los estudiantes de derecho tienen que saber también filosofía y sociología, y que es muy importante que se articule en el *curriculum* un curso inicial de teoría del derecho, porque los profesores de los distintos departamentos que estaban dando en primer curso una introducción al derecho tenían algunas dificultades. En el curso 1972/73 un grupo de profesores jóvenes dirigidos por Elías DÍAZ se encargan de estas enseñanzas. Entonces aparece quizás por primera vez en España un curso de teoría del derecho puesto al día, basado muy linealmente en la teoría del derecho de Bobbio, casi podría decirse que reproduciendo textualmente los epígrafes de sus dos libros sobre la norma y el ordenamiento, a lo que se añade mucho KELSEN y la aportación de HART a la teoría de las normas. Es a partir de esto como se produce en nuestro país la recepción de la teoría contemporánea del derecho.

Para resumir: La principal lección que transmitió entonces Elías DÍAZ es que frente a quienes pretenden convencernos de que la exégesis y el comentario de los preceptos vigentes es la suma del saber jurídico también debemos recordar siempre que todo profesional del derecho, todo jurista y todo juez, y todo especialista en alguna de las ciencias jurídicas particulares, mantiene siempre por detrás de sus decisiones y elaboraciones positivas una concepción subyacente del derecho. La teoría del derecho trata precisamente de explicitar y refinar esas concepciones de forma que puedan presentarse como coherentes, fundadas y plausibles. Sin ella andaremos irremediabilmente dando tumbos interpretativos, nos abandonaremos a la exégesis coyuntural y de oportunidad, o acabaremos incluso por ser engañados o defraudados por pretensiones jurídicas inciertas, destinadas algunas veces a engañar o perseguir intereses inconfesables, pero en todo caso endeble y faltas de fiabilidad.