

**D**

**O**

**X**

**A**

CUADERNOS DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa>

***In memoriam: Nicolás María López Calera (1938-2012);  
Gregorio Peces-Barba Martínez (1938-2012)***

Pedro Mercado Pacheco:

***Nicolás María López Calera, una semblanza intelectual***

*Nicolás María López Calera, An Intellectual Portrait* ..... 17

Elías Díaz:

***Gregorio Peces-Barba: hombre de leyes, hombre de Estado. In memoriam***

*Gregorio Peces-Barba: Lawman, Statesman. In memoriam* ..... 23

**Sobre argumentación e interpretación**

*On Argumentation and Interpretation*

Thomas da Rosa de Bustamante:

***El carácter argumentativo del Derecho: una defensa del post-positivismo  
de MacCormick***

*On the Arguable Character of Law: An Argument for MacCormick's  
Post-positivism* ..... 41

Amalia Amaya:

***La coherencia en el Derecho***

*Coherence in Law* ..... 59

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz:

***La reducción al absurdo como argumento jurídico***

*Reductio ad absurdum as Legal Argument* ..... 91

Lorena Ramírez Ludeña:

***Los desacuerdos en el Derecho***

*Disagreements in Law* ..... 125

Horacio-José Alonso Vidal:

***Los principios implícitos. Su relevancia en la aplicación del Derecho***

*Implicit Principles. Its Relevance to Law Applying* ..... 157

Xavier Abel Lluch:

**La dosis de prueba: entre el common law y el civil law**

*The Dose of Proof: between Common Law and Civil Law* ..... 173

George Pavlakos:

**Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento sobre la pretensión de corrección de Robert Alexy**

*Correctness and Cognitivism. Remarks on Robert Alexy's Argument from the Claim to Correctness* ..... 201

Lenio Luiz Streck:

**La expansión de la hermenéutica filosófica en el Derecho**

*The Expansion of Philosophical Hermeneutics in Law* ..... 217

Josep Aguiló Regla:

**Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta**

*Constitutional Interpretation. Some Theoretical Alternatives and a Proposal* ..... 235

**Cuestiones de justicia**

*Justice Issues*

Pompeu Casanovas:

**Republicanism y justicia relacional**

*Republicanism and Relational Justice* ..... 261

Juan Manuel Pérez Bermejo:

**El extraño viaje de G. A. Cohen (y de cierta crítica marxista al liberalismo igualitarista)**

*The Strange Trip of G.A. Cohen (and of Certain Marxist Critique of Egalitarian Liberalism)* ..... 281

Hugo Omar Seleme:

**Democracia internacional, derecho humano a la democracia e intervención humanitaria**

*International Democracy, Human Right to Democracy, and Humanitarian Intervention* ..... 321

Federico Arcos Ramírez:

**La justicia distributiva global: del igualitarismo de la suerte al constructivismo político**

*Global Distributive Justice: from Luck Egalitarianism to Political Constructivism...* 361

Isabel Turégano:

**Mujeres, ciudadanía y globalización**

*Women, Citizenship and Globalization* ..... 393

András Jakab:

***Incumplir la Constitución por razones morales en la lucha contra el terrorismo. Un análisis pragmático de las suposiciones implícitas y de las soluciones propuestas en los discursos europeo y estadounidense en el debate «Estado de derecho vs. terrorismo»***

*Breaching the Constitution on Moral Grounds in the Fight against Terrorism.*

*A Pragmatic Analysis of Implied Presuppositions and Proposed Solutions in the European and American Discourses on the Debate «Rule of Law vs. Terrorism»*.....

413

Ricardo Cueva Fernández:

***El «discurso del odio» y su prohibición***

*Hate Speech and its Ban*.....

437

Eusebio Fernández:

***Valores y empresa: el papel del pluralismo***

*Values and Corporations: the Role of Pluralism*.....

457

## **Derecho y neurociencia**

*Law and Neuroscience*

Mercedes Pérez Manzano:

***El tiempo de la consistencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal***

*The Time of Consciousness and Free Will: Basic Elements for an Analysis on*

*Neuroscience and Criminal Responsibility*.....

471

Daniel González Lagier:

***¿La tercera humillación? (Sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)***

*The Third Humiliation? (On Neuroscience, Philosophy and Free Will)*.....

499

## **Alasdair MacIntyre**

Alasdair MacIntyre:

***Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada***

*Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity*.....

513

Rafael Ramis Barceló:

***De la ética al derecho en la obra de Alasdair MacIntyre***

*From Ethics to Natural Law in the Works of Alasdair MacIntyre*.....

527

## Artículos

### Articles

Robert Alexy:

**El concepto de competencia de Alf Ross**

*Alf Ross' Concept of Legal Competence*..... 549

Susan Haack:

**Toda la verdad y nada más que la verdad**

*The Whole Truth and Nothing but the Truth* ..... 571

Ian Shapiro:

**Sobre la no-dominación**

*On Non-domination*..... 589

Pablo E. Navarro:

**¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas?**

*Are Legal Sentences Normative Propositions?*..... 629

Giovanni Battista Ratti:

**Sistemas normativos y proposiciones normativas indecidibles**

*Normative Systems and Undecidable Normative Propositions* ..... 641

Juan Pablo Mañalich R:

**El concepto de acción y el lenguaje de la imputación**

*The Concept of Action and the Language of Imputation* ..... 663

Diego M. Papayannis:

**Derechos y deberes de indemnidad**

*Indemnity Rights and Duties* ..... 691

Álvaro Núñez Vaquero:

**Ciencia jurídica realista: modelos y justificación**

*Realist Legal Science: Models and Justification*..... 717

## Notas

### Notes

Minor E. Salas:

**Sin derecho ni razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real**

*Neither Law no Reason. On Criminal Garatism of L. Ferrajoli: its Cack of scientific validity and practical aplication* ..... 751

Luigi Ferrajoli: <b><i>El constitucionalismo entre principios y reglas</i></b> <i>Constitutionalism between Principles and Rules</i> .....	791
Juan Ruiz Manero: <b><i>A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas»</i></b> <i>Regarding One of Luigi Ferrajoli's Latest Texts. A Note on Rules, Principles, «Abstract Solutions» and «Equitable Balancings»</i> .....	819
Rodolfo Vázquez: <b><i>Filosofía del derecho en Latinoamérica</i></b> <i>Legal Philosophy in Latin America</i> .....	833
 <b>Entrevista</b> <i>Interview</i>	
Juan B. Etcheverry: <b><i>Entrevista con John Finnis</i></b> <i>Interview to John Finnis</i> .....	859

*IN MEMORIAM:*  
**NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA**  
**(1938-2012);**  
**GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ**  
**(1938-2012)**

# NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, UNA SEMBLANZA INTELECTUAL\*

Pedro Mercado Pacheco

*Universidad de Granada*

**E**n primer lugar quisiera agradecer en nombre del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y a la Comisión organizadora de estas jornadas la decisión de dedicar este acto a la memoria de los profesores N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA y G. PECES-BARBA que nos han dejado recientemente.

La razón de mi presencia en este acto es haber sido comisionado por mis compañeras y compañeros del Departamento para intervenir en este homenaje al profesor N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA. Y confieso que no ha sido fácil cumplir con el encargo. Por varias razones: por el propio carácter del acto, por el tipo de intervención que requiere y por la necesidad de condensar, dada la premura del tiempo del que dispongo, muchas cosas que uno no querría, ni podría dejar de decir.

Muchos de los presentes en estas jornadas han conocido y compartido con el profesor LÓPEZ CALERA otras jornadas y otros momentos. Puede que mis palabras no les aporten nada. Incluso algunos podrían hacer de él una semblanza mucho más fidedigna. Por ello, quisiera dirigir estas palabras especialmente a aquellos jóvenes o no tan jóvenes que no lo conocieron personalmente.

Quizás de él sólo sepan que fue un filósofo del derecho que ganó la cátedra muy joven, con tan solo 27 años, en una oposición en Madrid en 1966 en la que, según cuentan, destacó de forma muy brillante y que, tras un pequeño paréntesis de un año en la Universidad de Oviedo, volvió a Granada y dirigió el Departamento de Filosofía del Derecho de aquella Universidad durante más de cuarenta años.

Si tiene valor hoy hacer referencia a su trayectoria como filósofo del derecho es porque ella es fiel reflejo de la propia historia de nuestra disciplina durante los últimos cincuenta años.

Su formación inicial la realizó, según sus propias palabras, en una filosofía neoescolástica y en un contexto académico, el de los años sesenta, «cerrado y encerrado». Llegó a la Filosofía del Derecho de la mano del profesor A. DE ASÍS, del que siempre agradeció su apoyo personal y del que siempre le oí hablar de forma amable y con un profundo respeto y cariño. Él fue quien le propuso una tesis doctoral sobre J. COSTA, obligándole a estudiar el krausismo y la Institución Libre de enseñanza.

---

\* Texto de la intervención realizada en el homenaje al profesor N. LÓPEZ CALERA en las XXIV Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Santander, 15 de marzo de 2013.



Tenía una opinión muy crítica de la filosofía del derecho de aquellos tiempos: «El neotomismo imperante era realmente pobre e ignorante de sus fuentes, además de reaccionario y fascista» y, sin duda, lo que más le repugnaba era «la manipulación de aquella doctrina cristiana para los peores y más malvados fines». Poco a poco fue apartándose de aquella filosofía del derecho que, perversa e hipócritamente, quería servir a los valores más excelentes del cristianismo. Como él mismo reconocía «fue un cambio muy duro, sobre todo por la catarsis interior e intelectual que tuve que efectuar y que conllevó desprecios y amenazas de todo tipo, desde personas muy queridas por mí hasta los Guerrilleros de Cristo Rey».

Un cambio fundamental que le llevó no sólo a una evolución de su pensamiento hacia otros temas y autores, sino, sobre todo, a una defensa comprometida de la democracia y de las libertades.

La ruptura con esa tradición tuvo quizá su momento de mayor expresión en la valiente actitud que mantuvo N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA en el tribunal que juzgaba las oposiciones a cátedra de 1973, cuando con el apoyo de los profesores DELGADO PINTO y GONZÁLEZ VICÉN, deciden votar por los profesores E. DÍAZ y J. J. GIL CREMADES en detrimento de los candidatos oficialistas, y con el consiguiente escándalo de la academia.

Ese cambio y esa evolución se hicieron también patentes de forma paulatina en los temas y en los contenidos de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, la revista que dirigió durante más de cuarenta años y que supo con mucho esfuerzo mantener viva como referente en la filosofía jurídica y política.

En ese tiempo de mudanzas y de cambios, sus estancias en Alemania le sirvieron no sólo para profundizar en el estudio del krausismo, sino también y sobre todo en el idealismo alemán de KANT y HEGEL. Dos autores centrales en la obra de N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA. Y de paso le sirvieron para ponerse en contacto con los autores y temas de la *Hegel-Gesellschaft* que dejaron una huella indeleble en toda su producción intelectual posterior

Pero HEGEL no fue sólo una etapa intermedia sino un compañero inseparable en toda su trayectoria intelectual. Le dedicó libros y multitud de ensayos, desde «El riesgo de Hegel sobre la libertad», «Hegel y los derechos humanos», y otros muchos, hasta el que ha sido su último libro en el que estuvo trabajando durante los últimos años, ya jubilado como profesor emérito, una reflexión madura sobre la *Filosofía del Derecho* de HEGEL que publicaría el año pasado con el título de *Mensajes hegelianos* (Iustel, 2012).

Y de HEGEL al Estado, el otro gran tema en la obra de N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA, que cristalizaría en su obra *Yo, el Estado* (Trotta, 1992) una «teoría sustancialista que no sustancializadora del Estado», en la que defendía en el fondo una tesis bastante hegeliana: «Que las libertades se “salvan” o se “condenan” en el seno del Estado. No hay, por ahora, otro “lugar” público y colectivo para la realización de las libertades [...] Las libertades individuales dejadas a su juego se destruyen mutuamente, como el neoliberalismo dominante está demostrando de manera muy eficiente. Pero para que se salven es necesario que el Estado sea democrático, un Estado legitimado por la soberanía popular y por el respeto de los derechos humanos».

Al margen de esos dos grandes temas, N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA introdujo, dinamizó y participó en importantes debates abiertos en la filosofía jurídica española.

En 1977 organizó un seminario en Granada junto a P. ANDRÉS IBÁÑEZ y M. SAAVEDRA sobre «el uso alternativo del derecho» que fue el germen de un pequeño libro sobre el tema que tuvo una gran repercusión en el seno de la teoría jurídica y la judicatura española y una proyección importantísima en el ámbito latinoamericano.

Además intervino en temáticas tan variadas como el nacionalismo, el terrorismo, el interés público, o la corrupción y la ética pública. Y, por supuesto, no podemos olvidar su contribución al debate acerca de los derechos colectivos. Una aportación imprescindible en la teoría de los derechos desarrollada en nuestro país. Sobre este tema confesaba que no era un colectivista: «No tengo ninguna convicción dogmática sobre el sentido y el valor de lo colectivo en la vida humana», pero admitía que «hay derechos colectivos porque hay sujetos colectivos y que en el reconocimiento y protección de esos derechos colectivos estaban en juego importantes derechos individuales». Precisamente a los sujetos colectivos dedicó su último libro en activo con el título *Los nuevos leviatanes. Una teoría de los sujetos colectivos* (Marcial Pons, 2008).

Al margen de ideologías y de escuelas, el reconocimiento y la autoridad moral de N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA en el ámbito de la Filosofía del Derecho siempre nos abrió puertas en España y en el extranjero a todos sus colaboradores. Esa autoridad creo que fue decisiva para que se le encargara la organización del Congreso mundial de Filosofía del Derecho en Granada en el año 2005 que contó con la presencia estelar de J. HABERMAS, pero también de R. ALEXY, D. HELD, N. FRASER, I. YOUNG, L. FERRAJOLI, B. SANTOS, y un largo etcétera de participantes. El éxito de aquel congreso creo que fue una de sus últimas y mayores satisfacciones en el terreno académico.

Su trayectoria intelectual fue siempre expresión de compromiso y de independencia. Como apuntaba acertada y cariñosamente A. OLLERO, N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA «era independiente hasta de sí mismo, de cualquier tentación se sentirse autosatisfecho de sí mismo y de su entorno». Sirvan algunos ejemplos:

Cuando más fácil hubiese sido haberse presentado a las elecciones al Rectorado de la Universidad de Granada en los años ochenta como candidato oficial de la izquierda, él se obstinó en presentar una candidatura independiente en la que estaban integrados desde el propio A. OLLERO a un por entonces jovencísimo L. GARCÍA MONTERO. Aquel experimento, quizá por demasiado independiente, acabó fracasando.

Cuando más fácil hubiese sido subirse al barco de lo políticamente correcto y seguir la ola de la política de proliferación de universidades uniprovinciales, más enérgica era su voz en todos los foros públicos denunciando el sinsentido de dicha política. Estos y otros ejemplos que podrían citarse muestran la facilidad que tenía de nadar a menudo a contracorriente.

En política no le faltaron opciones para asumir responsabilidades y cargos políticos, pero siempre tuvo el reparo y el miedo a perder su independencia de criterio.

N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA fue un «maestro» en el sentido más convencional que el término tiene en el ámbito académico y universitario, pero fue un maestro sin «escuela». Una expresión más de esa independencia. Nunca formó un grupo más o menos

homogéneo en cuanto a temáticas y enfoques, sino todo lo contrario. Todos sus colaboradores, desde los primeros como, F. VALLS, A. OLLERO, M. MARESCA, A. JARA o M. SAAVEDRA, hasta las últimas generaciones de profesores que se han ido sumando al Departamento, hemos constituido un grupo heterogéneo y plural en el que han cabido desde el iusnaturalismo al marxismo, la hermenéutica, el utilitarismo, el feminismo y el ecologismo, «analíticos» y «críticos», la argumentación jurídica y la historia del pensamiento jurídico, y bajo su dirección se han realizado tesis de las más variadas temáticas y enfoques. Esa heterogeneidad y ese pluralismo, junto al respeto por el trabajo ajeno, la discusión racional y la crítica, creo que son notas características del grupo de filósofos del derecho que trabajamos en Granada. Características todas ellas que son también reflejo de la propia personalidad intelectual de N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA.

Hay tres pasiones, tres vocaciones, tres constantes imprescindibles en la vida de Nicolás: el amor a su ciudad, la dedicación al trabajo universitario y el sostén personal de su familia.

Su compromiso con Granada es incuestionable. No ha existido debate ciudadano en el que no haya participado e intervenido desde su asidua y constante colaboración en la prensa local de Granada. Casi más de mil páginas dan testimonio de su presencia constante en la vida pública y en la reflexión ciudadana. Y el amor por su tierra, no exento de una profunda y sincera autocrítica, sirvieron para que nos dejara un ensayo central para entender las características peculiares de *El ser granadino* (Comares, 1998).

En la Universidad de Granada constituía todo un referente. Había sido decano, colaborador estrecho en el Rectorado de su amigo F. MAYOR ZARAGOZA, miembro de prácticamente todos los Claustros y Consejos de gobierno. Rectores y candidatos a rectores, decanos y candidatos a decano, compañeros de las más diversas áreas jurídicas y no jurídicas, han buscado su consejo y han recibido su aliento para las más variadas empresas intelectuales.

Su espíritu de servicio público y su dedicación universitaria fueron ejemplares. Era un apasionado de sus clases, algo que cuidaba especialmente, y siempre nos transmitió el respeto y la consideración por el alumno y la responsabilidad social que entraña nuestro trabajo universitario. Cuando, por ejemplo, nos escandalizábamos de algunas decisiones absurdas e incomprensibles de nuestros jueces y magistrados decía que no sólo había que centrar la atención en los que firmaban aquellas sentencias, sino también buscar las responsabilidades en las Facultades de Derecho y en los profesores que habían «amueblado» sus cabezas.

En el terreno personal, Nicolás es impensable sin la presencia inseparable de M.<sup>a</sup> L. ESPADA, profesora de derecho internacional, su compañera de vida. Orgulloso pregonaba que su mejor obra —y el mayor regalo— habían sido sus hijas y sus nietos. En sus últimos años —puedo dar fe— lo único que alteró su rutina y su horario espartano de trabajo en el despacho de la Facultad fue el calendario de los partidos de fútbol de sus nietos y los ratos que dedicaba a «maleducarlos» deliberadamente.

No era amigo de homenajes. Tan es así que ni tan siquiera consintió que organizáramos el tradicional libro homenaje con motivo de su jubilación en el año 2008. A lo más que accedió fue a ser entrevistado por sus dos más estrechos y cercanos colaboradores

—M. SAAVEDRA y M. MARESCA— para el número extraordinario del cincuenta aniversario de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* en el año 2010. Y creo que aceptó más por la revista y los entrevistadores que por él mismo. Una entrevista que con su fallecimiento recobra toda su actualidad e interés y a la que me remito<sup>1</sup> para quien quiera profundizar en la trayectoria intelectual y personal de N. M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA.

Por todo ello, creo que el mejor homenaje que se le puede brindar a Nicolás es intentar hacer en la medida de lo posible lo que él hubiera hecho en este caso. Él no hubiera desaprovechado la ocasión para provocar un debate, encontrar un pretexto para ejercer la crítica y, para bien o para mal, en mayor o menor medida, para no dejar indiferente a cualquier asistente a un acto suyo. Estas palabras mías en este acto pretenden ser lo más fieles posibles a ese estilo.

Para ello, permitidme que en este momento introduzca una anécdota personal.

El fallecimiento de Nicolás coincidió en el tiempo con la jubilación por enfermedad de nuestro compañero y amigo M. MARESCA. Cuando preparaba esta intervención, estaba ayudando a Mariano a dismantelar físicamente su despacho, a desempolvar y expurgar los papeles de más de cuarenta años de trabajo en la Universidad. Cuarenta años en los que ininterrumpidamente compartió con Nicolás el trabajo diario en el Departamento, pero también una amistad profunda. Entre aquellos papeles viejos había de todo, pero hubo una carpeta que llamó especialmente mi atención. Era una carpeta con los materiales teóricos y prácticos del curso 1972-1973, textos mecanografiados y anotados personalmente por ambos. En el cuaderno de prácticas, titulado «Derecho y libertad», uno podía encontrar textos de T. DE AQUINO, HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU, KANT y HEGEL, pero también de MARX y WEBER, pasando por ADORNO y HORKHEIMER, o MARCUSE y los textos de las Declaraciones de derechos de 1789 y 1948. Y entre las lecciones teóricas del programa, tras las obligadas sobre el concepto de derecho y la referencia al derecho natural, estaban —repito, en 1972— derecho y fuerza, derecho y revolución, derecho y cambio social.

La conclusión era obvia: cuán alejado estaba aquel programa de las guías docentes de las asignaturas de Teoría del Derecho de nuestros actuales grados. Es el transcurso inexorable del tiempo, pensé. Aunque hoy no sabría decir cuánto hemos ganado y cuánto hemos dejado atrás en ese trayecto. Aquella carpeta fue una invitación a la reflexión sobre el papel actual de la filosofía del derecho en la formación del jurista, sobre qué tipo de filosofía del derecho y sobre qué modelo de enseñanza del derecho. Una de las preocupaciones constantes de Nicolás.

Su opinión sobre la filosofía del derecho que se hace actualmente en nuestro país era bastante positiva, creía que existía pluralidad y rigor aunque echaba de menos planteamientos críticos y utópicos sobre el derecho, pero sobre todo destacaba que había acabado convirtiéndose en una filosofía jurídica «normalizada» con las de nuestro entorno y tiempo. En cualquier caso, no vislumbraba un futuro claro: «las cosas están mal con la exclusión “de facto” de la filosofía del derecho en las Universidades, que va a tener que refugiarse y trabajar en los “media” y en seminarios de estudio al margen

---

<sup>1</sup> M. MARESCA y M. SAAVEDRA, «Entrevista a Nicolás M.<sup>a</sup> López Calera», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44/2010, 573-581. La mayor parte de las citas textuales utilizadas en esta intervención proceden de esta entrevista.

de los grados y los posgrados. Tiene mal porvenir, pero su mal porvenir va a afectar al porvenir de nuestras sociedades políticas que van así a incrementar sus déficits sobre valores como la igualdad, la libertad y la dignidad».

Era enemigo de una universidad alejada de la sociedad, como de una formación jurídica de espaldas a la práctica jurídica y a los problemas reales de los ciudadanos. Pero especialmente en sus últimos años asumió públicamente en diversos foros una actitud muy beligerante ante las últimas reformas educativas y, en especial, ante la actual deriva de la Universidad y ante el papel decreciente de asignaturas formativas como la filosofía del derecho en la formación del jurista y, más en general, ante el menguante peso de las humanidades en la enseñanza universitaria:

Un proyecto académico particularmente enfocado a «no pensar» —decía— nunca será un producto razonable de educación superior sino una respuesta obediente a los principios de la rentabilidad y la productividad que alimentan el sistema social vigente.

Por eso, estoy convencido que no desaprovecharía hoy la ocasión para insistir y reivindicar la necesidad de una formación integral del jurista, de proporcionarle materiales de contraste, de la necesidad de una filosofía del derecho entendida como una «teoría radical (que va a la raíz de los problemas) sobre el derecho y sobre la política». No conformarse con lo que el derecho «es» sino afirmar y luchar por su «deber ser», por la posibilidad de «mundos sociales alternativos».

Como defiende M. NUSSBAUM en el libro *Sin ánimo de lucro*, que fue el último que personalmente tuve ocasión de comentar con él, «el pensamiento crítico, la imaginación narrativa, la indagación profunda en las cuestiones perennes del ciudadano, nos hacen mejores personas, sí, pero también construyen más y mejor la democracia».

A Nicolás le gustaba recordar, citando a B. BRECHT, que luchar por lo evidente ha sido y sigue siendo dramático, y confesaba que «después de cuarenta años, he disfrutado ética e intelectualmente de esta tarea y me considero feliz por haber servido modestamente a la afirmación de lo evidente: la igualdad y la libertad de la persona humana, de los grupos y de los pueblos más desfavorecidos».

Gracias de nuevo por dedicar este acto a su memoria.

# GREGORIO PECES-BARBA: HOMBRE DE LEYES, HOMBRE DE ESTADO. *IN MEMORIAM*

Elías Díaz

*Universidad Autónoma de Madrid*

**H**ombre de leyes, jurista conocedor a fondo del derecho, también con destacada práctica de la abogacía (recordado en muy conflictivos procesos políticos bajo/contra la dictadura), catedrático de Filosofía del derecho, estudioso pionero entre nosotros de la historia y realidad de los derechos humanos, rector-fundador de la Universidad Carlos III, siempre atento al trabajo de los estudiantes y eficaz director de sus equipos docentes e investigadores. Hombre de Estado, quiero decir con visión y sentido del Estado, político activo contra el régimen franquista, después en democracia diputado socialista, uno de los siete «padres» de la Constitución de 1978, gran defensor del Estado social y democrático de derecho, de sus instituciones jurídico-políticas, del Parlamento (fue presidente del Congreso de los Diputados entre 1982-1986), de las rectas funciones del poder ejecutivo y del poder judicial sin las cuales y su correlativa sociedad civil no hay democracia posible.

Pero ya todos conocen que G. PECES-BARBA, nuestro buen amigo y compañero, tanto en las líneas básicas del socialismo democrático como en las tareas de profesor e intelectual en la Universidad, murió el pasado 24 de julio de 2012. Ocurrió en la ciudad de Oviedo, en el Hospital Central de Asturias en cuya «Unidad de vigilancia intensiva» había sido internado al advertir —en Ribadesella, donde pasaba largas temporadas— cómo se agravaban algunas de las dolencias renales y cardiovasculares que le venían afectando de manera muy especial en los últimos tiempos. Allí en el pequeño reducto de dicha «Unidad de vigilancia intensiva» le visité muy pocos días antes, el jueves 19 de julio. Se alegró al verme aparecer. A pesar de todo, ese día se encontraba algo mejor. Estaba lúcido y tranquilo, incluso irónico, en la que por desgracia vendría a ser ya nuestra última conversación. Permítaseme aquí esta evocación personal en el comienzo de estas notas como trasunto de su final estado de ánimo y como señales para nuestra común memoria.

En esa mi visita al verle allí tan apacible metido en su acogedora cama, si bien conectado a diversos aparatos médicos, le insté directamente y sin más a que tenía que ponerse bueno enseguida y salir pronto de tan hospitalario lugar. Que con lo que teníamos encima (la famosa «prima de riesgo» subiéndolo y subiéndolo y la moral ciudadana cayendo y cayendo), hacía él mucha falta fuera, que —le espeté— «no olvides que tu eres un hombre de Estado», que en consecuencia por lo que dicen algunos —le sonreí con cierta sorna— «también a ti te cabe el Estado en la cabeza». Captó inmediate-

te la indirecta referencia y, asimismo sonriendo, me contestó marcando la diferencia: «Sí, pero a mí es el Estado bueno, el Estado democrático». Luego bajando el tono se lamentó de que las enfermeras se habían olvidado de afeitarse y de que por ello estaba con esa barba de días. No era para tanto pero se lo rebatí: «Mejor, así ahora pareces de verdad un intelectual de izquierdas, barbado y no tan afeitadito y aseado como vas siempre». Se sonreía otra vez, pero seguía protestando de la rigidez de las mencionadas enfermeras porque no le dejaban hacer nada de lo que él quería (posiblemente comer más y otras cosas). Le apremié, repelente yo, aduciendo nuestros debates iusfilosóficos sobre la importancia y necesidad o no de la obediencia a las normas, puntualizándole que allí las enfermeras eran las celantes de las normas, de las *nomoi* (más válido sin duda tal aserto para diálogos de la Grecia clásica que de la rescatada actual). No parecía muy convencido pero cambiamos a otras cuestiones más personales, durante el tiempo permitido todavía para una visita en esa unidad especial, tiempo algo ampliado por las amables vigilantas dados mis buenos consejos al disidente, desobediente y (poco) paciente. Así seguimos platicando y mirándonos —ése es mi recuerdo final— para una despedida que en mí era esperanzada pero, a la vez, temerosa de lo que tristemente ocurriría de modo inesperado, el martes siguiente, breves días después.

Ahora Gregorio ya no está. Por desgracia hemos perdido al amigo que por fortuna hemos tenido (en mi caso desde hace casi cincuenta años), amigo fraterno, yo hermano mayor, con todos los problemas ínsitos en la fraternidad. Hoy todos sabemos de ciertos intelectuales de los que con razón se dice que «están de más»; en cambio, nuestro amigo siempre estará entre los que se «echan de menos». Quedan los recuerdos, las huellas, los libros, las ideas, los otros comunes amigos (concordantes o discrepantes con él). En definitiva, todo lo que de algún modo nos permite seguir siempre contando con los que serían sus juicios y actitudes ante también los más o menos nuevos o retornados problemas. Asimismo de los que, tras su muerte, están ocupando el primer plano de la más urgente y acuciante actualidad y/o de la más profunda y decisiva realidad política y social. Pero ahí estará —ya que no sus consultas y opiniones directas— siempre del profesor la necesaria referencia de fondo y las aplicaciones concretas de su filosofía jurídica y política.

## 1. DERECHOS HUMANOS Y ESTADO DE DERECHO

Es desde esta su dimensión política e intelectual desde la que debe destacarse cómo la preocupación en la lucha por los derechos humanos y la consiguiente consideración crítica (no indiscriminada) del poder radicado en las instituciones públicas (el derecho y el Estado) constituyen —creo— los dos (tres) ejes centrales y más constantes —siempre aunando a lo anterior los valores de la ética y la justicia— de esa su filosofía jurídica, moral y política. Resaltaría enseguida en el conjunto de estos básicos elementos la aspiración «totalizadora» que —creo— le caracteriza. O, por decirlo en términos más cercanos y menos comprometidos, su permanente preocupación por la coherencia interna, por la sistematicidad de las realidades y los conceptos (derechos humanos e instituciones públicas) que forman parte de aquella.

Especialmente como jurista, en el talante intelectual de G. PECES-BARBA cabe siempre apreciar esa su pretensión de coherencia y sistematicidad. Y vinculado a ello,

como profesor de filosofía jurídica, moral y política, estaría esa su diferenciación entre valores, principios y derechos de raíz rigurosamente racional (adecuada por fuerza a la realidad). Crítico tenaz del iusnaturalismo, sus posiciones axiológicas se manifestaban cercanas a un normativismo crítico y realista o al, por él denominado, «positivismo corregido» (sobre ello, su *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, obra publicada en 2010 revisando lecturas y trabajos anteriores, en una trayectoria de cincuenta años a modo de resumen de su pensamiento. Y antes las contestaciones a la muy completa y aguda entrevista hecha por M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, publicada en *Doxa*, núm. 31, 2008).

El teórico aplicó a la política práctica y en momentos decisivos esas sus «señas de identidad». En su obra sobre *La elaboración de la Constitución de 1978*, el profesor rememora diez años después (Centro de Estudios Constitucionales, 1988) las tareas del diputado socialista PECES-BARBA junto a cada uno de los siete ponentes encargados de redactar —con los adecuados apoyos externos, por supuesto— el texto constitucional que tras la Ponencia, pasaría a revisión y aprobación en la correspondiente Comisión y en el Pleno del Parlamento para finalmente ser sometido al *referéndum* de la soberanía popular. En los debates de entonces, en sus intervenciones constituyentes, y también después en esa genética rememoración, quedan patentes los grandes esfuerzos, yo diría que hasta los «sufrimientos», de G. PECES-BARBA y su «desesperación» ante las incomprendiones de algunos, por lograr en la naciente Constitución una estructuración y una articulación coherente y rigurosa, incluso en el lenguaje, de acuerdo con las exigencias analíticas de la ciencia jurídica y, desde ahí, en cuanto objetivo de dicha totalización, asimismo con la filosofía del derecho como teoría de la justicia y con la filosofía política.

Retomando así, como quedó indicado desde el inicio de estas páginas, ese lugar preeminente para, por un lado, el poder (realidad) y, por otro, los derechos humanos y las instituciones públicas (racionalidad) como categorías propias de la interrelacionada filosofía política y jurídica del durante largos años rector de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre ellas se articulan básicamente las dos grandes dimensiones que, siempre en potencial conflicto, identifican la posición que, por mi parte, suelo yo calificar como «realismo crítico». Por un lado, el del realismo, la concepción normativa, pluralista y con «textura abierta» del ordenamiento jurídico, de la validez del derecho —esto es lo decisivo— fundada en el poder: «hecho fundante básico» lo denomina aquél. Me parece que en G. PECES-BARBA ese poder no se refiere tanto al poder social (economía incluida) —así lo vería yo— sino más bien al que después se institucionaliza desde ahí, como poder político, en el Estado. Sus libros *Libertad, poder, socialismo* (1978) o su *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), ilustran con detalle sobre esa rigurosa pero no formalista ni aislada teoría del derecho —«normativismo realista», es su título— siguiendo la diferenciada estela de los grandes maestros H. KELSEN, H. HART y N. BOBBIO.

Y por otro lado, la faceta crítica, con la apreciación de que la teoría de la justicia, espacio donde se debate y argumenta sobre las decisivas cuestiones de la legitimidad y la justificación del derecho y del poder, constituye parte fundamental ineludible de la filosofía jurídica; y, como digo, el puente imprescindible de ésta con la filosofía política y con la filosofía moral. Hay que señalar enseguida, en coherencia con lo que se viene



afirmando aquí (y con mi plena concordancia), que para el profesor PECES-BARBA el contenido básico de tal filosofía de la justicia es precisamente los derechos humanos. Aquellos derechos —resaltemos— que vinieron a ser positivizados, legalizados, como detallados derechos fundamentales en nuestra Constitución, en cuanto concreción de los mencionados valores y principios, gracias en amplia medida a su firme personal insistencia dentro de la alta Comisión (bien acompañado desde la izquierda) como título I, arts. 10 a 55 de la misma. Desde otras posiciones políticas, recordemos, se prefería sobre ello un simple reenvío a los textos y declaraciones internacionales. Tales derechos derivan, como depurado resultado histórico y propuesta crítica racional, del mundo moderno y de la más autocrítica Ilustración expresados en la tríada ética y política de la libertad, la igualdad y la fraternidad (solidaridad). De ahí procede, no sin cambios ni conflictos de todo tipo, la «ética pública» —definía nuestro amigo— necesaria de seguir construyéndose hoy en libertad y democracia sobre la base de las fuertes exigencias de carácter universal que definen a la dignidad humana. Para todas estas importantísimas cuestiones tenemos, entre otros, sus libros y monografías sobre *Derechos fundamentales* (1973, con sucesivas nuevas ediciones), *Los valores superiores* (1984), *Ética pública y derecho* (1993), o *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (2002).

Fueron frecuentes y desde hacía mucho tiempo los trabajos de G. PECES-BARBA sobre unos y otros de esos derechos fundamentales, o sobre aspectos concretos de los mismos, y asimismo (Instituto «Bartolomé de las Casas», por él creado) las tesis doctorales que profundizan en ellos bajo su dirección. Es verdad que todos asociamos enseguida su nombre al de los derechos humanos y los derechos fundamentales. Junto a sus propias investigaciones de contenidos más teóricos e históricos habría que mencionar aquí también, ahora como director, la monumental obra colectiva *Historia de los derechos fundamentales*, en nueve volúmenes (desde 1998). Pero al lado de ello, como ya señalé, puede muy bien decirse que en su filosofía política está siempre presente de manera muy prevalente su insistencia por la radical necesidad, el carácter imprescindible del marco institucional y procedimental (democrático) en que como Estado de derecho mejor podrán y habrán de hacerse efectivas esas exigencias de protección y realización de los derechos fundamentales para todos los ciudadanos, entendida esta expresión de la ciudadanía en su sentido más amplio posible. La razón de ser del Estado de derecho es, así, precisamente la protección jurídica y la realización efectiva de esos, siempre en evolución, derechos fundamentales y constitucionales.

Soberanía popular como poder constituyente y como poder constituido (en sus diferenciadas manifestaciones e intervenciones), libertad crítica y de expresión, sufragio universal, regla de las mayorías, respeto a las minorías, voluntad de consenso, el ser humano como agente moral, doble participación en decisiones y en resultados, importancia básica de la cohesión e igualdad social, primacía del Parlamento como sede de la soberanía popular y, en consecuencia, función fundamental de las instituciones y de sus poderes ejecutivo y judicial (en división o separación, suele decirse, pero nunca aislados e incommunicados entre sí). Estos valores y principios constituyen también para él la base de la ya mencionada «ética pública» de la modernidad en su evolución hasta nuestros días. Y junto a otras decisivas derivaciones, son las piezas imprescindibles para esa siempre abierta realización de los derechos fundamentales (y hasta diríamos que de las éticas privadas) en el contexto del Estado social y democrático de derecho.

Dentro de ese ámbito general, en su obra sobre *La democracia en España, experiencias y reflexiones* (1996), el profesor PECES-BARBA —al hilo de su propia autobiografía personal— vino a llamar especialmente la atención en la vida política de nuestro país en esos años (pero creo que valdría casi aún más para hoy) acerca de las deficiencias y patologías (no insalvables, ni incurables) de dos instituciones básicas para la democracia como son nada menos que el Parlamento y los partidos políticos. En otras obras posteriores volverá, como veremos, a una consideración más extensiva de las diferentes causas de esas y otras patologías. La referida ahora al Parlamento formulará una muy insistente propuesta, ante la debilitación injustificada o la pérdida innecesaria de algunas de sus importantísimas funciones, en favor de una necesaria recuperación de su supremacía y posición de centralidad en cuanto legítimo representante de la soberanía popular dentro de una adecuada organización de los poderes públicos en tal Estado social y democrático de derecho. Quien fuera su presidente entre 1982 y 1986 subraya que «hay que hacer un sitio, siempre preeminente, al Parlamento en la democracia del futuro que, como dice TOURAINE —cita aquél—, no será sólo la democracia de la representación y de la deliberación, sino la democracia de la liberación, que intenta generalizar la efectiva dignidad de todos los hombres». Es decir, en una democracia de doble participación —suelo señalar yo— en la toma de decisiones y en la consecución de resultados, propone aquél un consecuente y representativo Parlamento que sea, como siempre, de deliberación y, a la vez entonces y en el futuro, de verdadera liberación.

Y respecto a los partidos políticos, tan imprescindibles y de justificada legitimidad, pero a la vez con tan fuerte proceso de deslegitimación fáctica en las democracias actuales, PECES-BARBA avisaba ya entonces de los gérmenes de fondo y riesgos reales que desvirtúan su carácter y sus importantes tareas. Así, por ejemplo, el clientelismo personalista, el partidismo cerrado, la falta de democracia interna, la selección inversa o negativa, las dependencias económicas, la inamovible profesionalización, el excesivo culto al gran líder, la extralimitación de las funciones y poderes de aquellos, dando lugar a esa criticada partitocracia. Patologías, éstas y otras, ya dijimos, que sólo podrán entrar en vías de solución, complejas en todo caso, fortaleciendo su progresiva democratización y libre crítica interna y un mucho mayor y abierto contacto con la sociedad civil, y con los nuevos movimientos sociales (le señalaba yo), en evitación de su anquilosamiento y dogmatismo burocrático. Junto a otras medidas más concretas bien vistas por aquél (cambios en las leyes electorales, formación de listas mucho menos subordinadas a la jerarquía partidaria, oposición al sistema absoluto de cierre y bloqueo, etc.), una buena solución —piensan muchos— iría asimismo por el paso progresivo del modelo tradicional de partido de «militantes» (no muy grato vocablo) a un mucho más abierto partido de ciudadanos, es decir, de contrastados votantes y coherentes simpatizantes. Conuerdo en gran medida con ello, más aún cuando en ciertas desgraciadas circunstancias (antiterrorismo de Estado, corrupción, aislamiento de la sociedad, falta de sensibilidad intelectual) me he visto impelido a declararme repetidamente en público y en privado, medio en broma, medio en serio, como «militante, no simpatizante».

Todos estos mencionados valores, principios, derechos y hasta los consecuentes procedimientos e instituciones para alcanzar y potenciar aquellos, forman pues parte

de la que se identifica hoy —ya se ha dicho aquí— como ética pública. «Quiero así decir —escribía G. PECES-BARBA, conectando en esa doble participación la inicial libertad fáctica de elección y la final autonomía o libertad moral (*Ética pública y derecho*, 1993)— que en este punto de vista del paradigma de ética pública de la modernidad, la libertad inicial o de elección tiene —subraya aquél— una organización política y jurídica, inspirada y fundada en el valor de la libertad social, a la que completan y matizan, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que permite llegar a las personas a abordar el ideal de la autonomía o libertad moral». Ética pública incluyente, pues, que en su propuesta hasta incluiría (cuestión siempre debatida) a los excluyentes, al menos a los no violentos. Ésta es la grandeza de la ética pública democrática —señalaba aquél— que, por supuesto, en modo alguno se retrae ante la institucionalización en el Estado de derecho de los consecuentes mecanismos —incluso penales— de eficaz y legítima autodefensa. Dicha ética pública sería, así, resultado histórico y producción crítica racional, sometida a su vez a los propios controles internos y externos, en proceso de derivación constante y coherente desde una teoría de la justicia basada en esos valores de la libertad real para todos y de la autonomía moral personal en el marco hoy del Estado social y democrático de derecho.

## 2. LA ESPAÑA CIVIL: EL INTELLECTUAL Y EL POLÍTICO

Toda esta «teoría general» que identifica de manera un tanto esquemática la filosofía jurídico-política del profesor G. PECES-BARBA (se trata en efecto de una muy sucinta y fragmentaria síntesis vista desde mi propia, pero en gran parte compartida, perspectiva personal) se ha elaborado tomando siempre por él como referencia teórica y práctica la concreta circunstancia histórica de este país en ese largo tiempo que va desde la lucha contra la dictadura franquista a la construcción de la actual España democrática. Y lo ha plasmado —uniéndolo una vez más a su propia biografía— en el que, a título individual, podría considerarse como su último libro (*La España civil*, 2005) donde también se resumen y revisan las claves de sus propuestas intelectuales y políticas de siempre pero con no pocas aportaciones nuevas pensando más aún en el presente y el futuro colectivo (con posterioridad a él aparecería en 2007 la obra de los profesores de la Universidad Carlos III, por él dirigida, *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, básica para la buena teoría y la democrática política legislativa sobre esta tan debatida y atacada cuestión).

En esa obra de 2005, dedicada a «la memoria de Antonio Machado, Fernando de los Ríos y Manuel Azaña, apóstoles de la España civil», escribe por su propia parte G. PECES-BARBA: «La España civil expresa una voluntad muy firme de contribuir con mis ideas al futuro de nuestro país, señalando los rasgos de una sociedad bien cohesionada. Es una obra reformista y moderada» —añade— donde «presento un modelo que me parece viable y posible; no es una utopía irrealizable, sino un proyecto difícil, aunque no imposible. Es una utopía reformista que puede hacerse realidad. Me considero —manifiesta aquél— un socialdemócrata, un socialista liberal que rechaza el extremismo, el fanatismo y la imposición». Tal filosofía jurídico-política democrática, con sus valores y principios, instituciones y procedimientos, fortalecidos en comunidad con Europa, constituyen —dice allí PECES-BARBA— los cimientos, «los pilares de

la España civil». Los mismos —concluye aquél vinculando ambas perspectivas— que «constituyen la ética pública recogida en la Constitución Española y que deriva como fundamento último de la idea de dignidad humana».

El punto de vista ético y el punto de vista sociológico —se señala allí recuperando la dimensión histórica de uno y otro— fueron logrando buenas coincidencias genéricas, aunque siempre a su vez con graves insuficiencias por ambas partes, vistas en el ámbito de la modernidad: por ejemplo, juntando aquí lo positivo y lo negativo, la afirmación del humanismo, la autonomía moral y la racionalidad *versus* las muy fuertes desigualdades sociales internas y la violenta explotación colonial internacional. No faltaron tampoco perversas justificaciones de estos grandes males desde posiciones naturalistas y mecanicistas propias después del peor hedonismo y predarwinismo. Proponiendo superar tal dualismo y disensión histórica y actual, que forma parte de las patologías de la Ilustración, asume el profesor PECES-BARBA su propia posición personal. Escribe así: «En el acervo de mis convicciones ideológicas o de ética pública se pueden distinguir tres momentos históricos desde los cuales —afirma— mi conciencia se ha ido formando: el Renacimiento y los humanistas y los libertinos, que están en el origen de conceptos como los de dignidad, felicidad o tolerancia; la Ilustración, en que surgen todos los nuevos ideales que van a acompañar el desarrollo de la dignidad, la Constitución, los derechos humanos, el Estado de derecho, la trilogía de la libertad, la igualdad y la solidaridad, la tolerancia y la paz; y, finalmente —subraya con este término y de manera especial—, el socialismo democrático, abierto a las corrientes moderadas de la satisfacción de las necesidades, de la búsqueda de la igualdad y de la solidaridad, así como a los nuevos valores del medio ambiente y partiendo de la universalización de esos derechos». Esos tres momentos —como vemos— son sustancialmente aquellos que en su día asimismo invocaba entre nosotros Fernando de los Ríos (*El sentido humanista del socialismo*, 1926) como germen y base de su concepción del mundo. G. PECES-BARBA siempre se identificaba más con él (incluso como «cristiano erasmista») que con el otro profesor filósofo socialista democrático más cercano a un cierto marxismo, Julián Besteiro, pese a haber sido éste y él mismo presidentes del Parlamento español, respectivamente en 1931 y en 1982.

A este respecto con alguna frecuencia nuestro buen amigo gustaba de explicitar los nombres propios individuales (me parece muy bien, yo también lo hago) de los ilustres por los que, dentro de esas y otras corrientes históricas de pensamiento, se considera, en mayor o menor medida, influido. Aparecen allí los que serían, pues, sus mejores polos de referencia: entre los clásicos PLATÓN, ARISTÓTELES, CICERÓN, SÉNECA, SANTO TOMÁS, GIORDANO BRUNO, SUÁREZ, VIVES, MONTAIGNE, ERASMO, GROCIO, DESCARTES, SPINOZA, LOCKE, LEIBNIZ, VOLTAIRE, DIDEROT, ROUSSEAU, CONDORCET, MONTESQUIEU, PAINE, TOCQUEVILLE, STUART MILL, BLANC, HEGEL, COMTE o MARX, «a mi juicio —señala aquél— los más relevantes hasta el siglo XX». Sin pretender ser exhaustivas, me extraña de todos modos la ausencia de I. KANT en estas listas, aunque sea cierto que en otros pasajes más sistemáticos de sus obras venga invocado. Entre las gentes del XIX y XX recupera en diferentes ámbitos a WEBER, HUSSERL, BERGSON, E.-A. CHARRIER —conocido como ALAIN—, E. BERNSTEIN, G. SOLARI, P. GOBETTI, H. KELSEN o J. MARITAIN; más recientemente J. RAWLS, R. DWORKIN y, sobre todo, N. BOBBIO. Entre otros autores españoles del siglo XX, el iusfilósofo PECES-BARBA se reconoce de manera particular en F. DE LOS RÍOS, P. DORADO MONTERO, G. DE AZCÁRATE, L.

JIMÉNEZ DE ASÚA; ya contemporáneos suyos, F. GONZÁLEZ VICÉN, J. RUIZ GIMÉNEZ y (generosa pero sé que sinceramente) él siempre añadía E. DÍAZ.

Pero, además —como vemos— de profesor de filosofía jurídica (ética y política), además de un teórico y un intelectual comprometido, de todos es sabido, G. PECES-BARBA fue también un político: como tal ejerció de manera muy influyente y activa hasta 1986, pero reservada y potencialmente siguió siéndolo hasta el final de sus días. El intelectual y la política: pocas de las gentes de su generación podrían representar mejor que él esa efectiva dedicación y vocación hacia estas dos tan decisivas e imprescindibles tareas que, de manera especial, en la España de todo este nuestro tiempo se han dado tan íntima, testimonial y fructíferamente relacionadas. No ha sido aquél un político que como tal optara por prescindir de su filosofía, de la necesidad de coherencia teórica y fundamentación ética. Ni ha sido un profesor —como muy principalmente siempre se reconocía él—, que, en diferentes momentos, haya rehusado estar incluso en primera línea de la práctica política; se desdoblaba y compatibilizaba muy bien ambas dimensiones, siempre ayudado y secundado en tan diferentes tareas por leales y eficaces equipos de colaboradores. El profesor de filosofía del derecho fue así sucesivamente diputado desde 1977, secretario general del grupo parlamentario socialista, miembro destacado —ya se ha dicho aquí— de la ponencia que elaboró la Constitución de 1978 y, finalmente, presidente del Congreso de los Diputados de 1982 a 1986.

Como es bastante lógico y normal que ocurra en relación con esos u otros dualismos de carácter personal, no ocultaré aquí en estas notas (biográficas, para nada hagiográficas) que entre sus críticos más severos algunos le consideraban tal vez por su aptitud para las relaciones públicas, su capacidad de trabajo o sus dotes organizativas, incluso conspirativas, es decir, como político práctico pero no estrictamente (a mi juicio, de modo en exceso estricto o, incluso, distorsionado) por sus creaciones iusfilosóficas. Otros, en cambio, poniendo en cuestión su talante de auténtico político (por no transigir, sino imponiendo sus propios criterios, ante determinadas decisiones públicas, incluso institucionales, invocando razones morales o jurídicas, recuérdese que con frecuencia se le acusaba de «juridicista»), sin embargo le reconocían y ensalzaban —¿puente de plata?— por sus méritos como profesor y después como rector (y creador) de la Universidad Carlos III de Madrid. Aparte de ello, es obvio que sus «enemigos», que los ha tenido, le negaban sin más y a la vez con contumaz ignorancia y malevolencia ésas y cualquiera otra de sus cualidades personales, intelectuales o políticas. Esto es algo que por desgracia se puso indignamente de manifiesto en amplios sectores de la derecha política y mediática con agresividad y aversión inusitada hacia él con ocasión de su nombramiento en 2004 como «Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo».

Sé que G. PECES-BARBA se sentía muy identificado (como, por lo demás, también el autor de estas páginas) con las reflexiones y el modelo propuesto por nuestro común maestro N. BOBBIO para el buen entendimiento de esa relación con tensión entre el intelectual y la política: las ha expuesto éste en diferentes momentos y escritos suyos pero principalmente en su obra *Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea* (1993). Señalaba allí N. BOBBIO que la particular actitud prescriptiva y optativa que define al intelectual, como hombre de cultura, se halla en su base firmemente radicada en los propios factores y valores que hacen posible, más fiable y

segura, la vida intelectual misma, la existencia y subsistencia de la cultura: son éstos el estudio, la indagación científica, la argumentación racional, la pluralidad crítica, la libertad para discrepar, el diálogo con la comunidad científica, etc. Pero, a su vez, hacia observar (también Kelsen, recuérdese, al tratar de su concepto de justicia) que todo ello constituye la base de lo que entendemos por democracia, por convivencia pacífica, libre y civil tan reclamada siempre para España por G. Peces-Barba y de nuevo en este libro sobre *La España civil*.

De este modo N. Bobbio subrayaba de manera consecuente que a los hombres de cultura les corresponde una tarea eminente en defensa de las condiciones básicas que permiten precisamente la supervivencia misma y el desarrollo de un mundo civil. Y unida a ella —dando un paso más— el compromiso (la responsabilidad) de actuar para la defensa efectiva de las condiciones y los postulados reales de la cultura. Desde esas condiciones y postulados básicos y de fondo, la filosofía política del maestro italiano se orienta de modo coherente a posiciones personales sobre las que hay general consenso en calificar —así lo hace también él— como muy concordantes con el denominado socialismo liberal. O —como yo más bien puntualizaría, entre otras cosas, por su insistencia en la importancia de la igualdad y de la presencia del Estado —como más identificadas con lo mejor de la socialdemocracia y, sin entrar aquí y ahora en mayores diferencias, con el propio socialismo democrático. Recuérdese que para N. Bobbio (*Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, 1994; traducción española, 1995) la igualdad es precisamente la nota que caracteriza a la izquierda y que —en una u otra graduación cuantitativa— expresa la diferencia cualitativa con la derecha. Como actitud seriamente asumida, con éstas y otras mencionadas influencias, como político e intelectual G. Peces-Barba vino siempre a identificarse dentro de esas muy concordantes características socialistas.

### 3. LAS PATOLOGÍAS DE LA DEMOCRACIA. POR UN SOCIALISMO LIBERAL

En esta perspectiva de un socialismo liberal, con el cual, junto al de socialismo democrático, prefería identificarse él, y en relación con sus referidas propuestas de presente y de futuro para una España civil y laica, Peces-Barba va a resaltar y a estructurar la parte crítica de este su libro de 2005 en torno —dice— a tres patologías de la democracia que ahora, incluso en los últimos tiempos después de su muerte, han adquirido entre nosotros una aún mayor y más grave actualidad. Son —escribe aquél— los «principales obstáculos que identifiqué —señala— con tres cuestiones: el nacionalismo, porque no acepta la idea de España; la Iglesia, entendida como institución, porque no acepta plenamente lo que significa la democracia; y la derecha política, representada por el Partido Popular, porque no acepta en toda su profundidad, pese a los más de veintisiete años de arraigo, las bases fundamentales con las que se construyó el consenso, el gran pacto social [...] que hizo posible la Constitución de 1978». Son, como se ve, observaciones que más allá de sus derivaciones de carácter coyuntural, las que aquél denomina como «patologías de la autonomía, de la autoridad y de la crispación», reenvían a cuestiones muy de fondo que son, cada una de ellas, amplia e intensamente debatidas en la filosofía política actual.

a) Sobre la primera —nacionalismo como exacerbación de la autonomía en el actual Estado constitucional— con riesgos, dice, de dar lugar a una ilegítima «patología de la autonomía», de carácter soberanista y secesionista, en definitiva, de minorías que pretendan imponerse a las mayorías, la posición de G. PECES-BARBA (descontando algunos excesos y desajustes verbales de carácter ocasional) está bien clara. En todo caso los Estatutos, las reformas estatutarias de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, los poderes derivados de aquellos, tienen que respetar los límites y procedimientos de la Constitución así como las competencias exclusivas del Estado. Proponer, los tales poderes, la ilegal desobediencia a la Constitución, obrar a sabiendas en contra de ella, implica autorizar a los demás órganos institucionales a hacer lo propio (situación, diríamos prehubbesiana) socavando toda democrática legalidad y legitimidad. Los Estatutos, normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas, están autorizados por la Constitución, ya que emanan de ella. Ésta es —insiste— la norma fundamental básica del conjunto del sistema que autoriza y es responsable del resto del ordenamiento, incluidos los Estatutos. Y ése es el marco en el que, por de pronto, ha de situarse toda invocación (no se olvide que por unos u otros) del legítimo «derecho a decidir».

Por otro lado, sigue aquél, si se asume el título de «comunidades históricas», éstas no habrían de reducirse a las que ya habían puesto en marcha su Estatuto durante la Segunda República (aunque a su vez pudieran aducirse razones históricas para ello) sino que lo reivindica también para otras, quizás para todas, pues —recuerda— entre todas ayudaron a identificar a una de las primeras naciones y de los más viejos Estados de la Europa moderna. Respecto a España como nación, acuña G. PECES-BARBA la idea de España como «nación de naciones» (algo, pues, muy diferente al mero «Estado plurinacional»), en la cual los planteamientos soberanistas y los proyectos separatistas —dice— carecen de sentido. No tendrán además apoyos suficientes en esta sociedad y en el seno de Europa, una Europa que es ya de los Estados y de los ciudadanos y que no deja espacio para derechos colectivos ni para identidades cerradas. La nación española —concluye aquél— era el poder constituyente y, por consiguiente, previa a la Constitución. Las otras naciones se reconocían jurídicamente en la Constitución. Culturalmente tenían también una existencia anterior, pero su juridificación se produce desde la entrada en vigor de la Carta Magna.

Puedo concordar en gran parte con las posiciones de PECES-BARBA, sobre todo en la que fue fundamental condena absoluta del terrorismo y, en cualquier caso, la afirmación de la libertad para el pacífico disidente proveniente de allí. Pero yo también recomendaría (todavía Ortega y Gasset) «conllevar» serenamente en nuestros días, con mayores dosis de realismo, de diálogo y de esperanza activa, la existencia fáctica de tales nacionalismos. Para así buscar hoy vías de solución a nivel político —la cuestión es de largo recorrido— con su posible incardinación explícita en un Estado federal que, por lo demás, en cuanto a competencias no estaría —pienso— muy lejano de un evolucionado Estado actual de las Autonomías. Y para un tiempo futuro quizás podamos ir a la integración y progresiva «disolución» y pérdida de sentido en Europa de todos los actuales radicalismos nacionalistas de ese carácter soberanista.

Digo esto sin poder olvidar a la vez, en la filosofía política y social, las connotaciones más bien conservadoras, incluso en ciertos casos explícitamente reaccionarias de

unos u otros de esos nacionalismos. Son los derivados por lo general (siglos XVIII-XIX) de ciertas concepciones historicistas (ejemplo el mismo SAVIGNY) y de algún romanticismo no liberal donde se sueña como místico e irracional el alma de los pueblos y de la misma historia, es decir, donde lo real se hacía y se veía como racional precisamente para que —como desvelaba el MARX hegeliano— lo racional pudiera hacerse real (re-enviaría aquí al capítulo II de mi libro de 1966, *Estado de derecho y sociedad democrática*, en radical oposición a los idearios totalitarios inspiradores del otro no «periférico» nacionalismo, el del régimen franquista, por todos definido, según se configuraba por él mismo como nacional-catolicismo).

b) El segundo para PECES-BARBA de esos principales obstáculos a la pretérita, actual y futura España civil y laica es, ya veíamos, «la Iglesia, entendida como institución, porque —dice— no acepta plenamente lo que significa la democracia». Frente a ese obstáculo está, por de pronto, la crítica a toda teocracia, pero también hoy al fundamentalismo religioso y/o teológico que pretende imponer su dogma, su verdad (para ellos verdad absoluta), incluso en y frente a las sociedades democráticas y sus libres decisiones públicas, políticas y jurídicas. Como profesor y estudioso de estas cuestiones, aquél también ha dedicado frecuentes trabajos en revistas especializadas y en artículos periodísticos contra esa que llama «patología de la autoridad» (yo preferiría decir «patología de la verdad») referida muy en especial a la Iglesia católica. La ejerce ilegítimamente ésta, cuando sus jerarquías y sus seguidores políticos —en línea con el actual «fundamentalismo teocons»— sostienen que en el Parlamento no se pueden debatir ciertos temas, ni aprobar ciertas leyes, por entenderse que son contrarios a la verdad por aquella considerada como dogma intangible y como norma moral inmutable, eterna y natural. «En la actualidad —repetía siempre PECES-BARBA— se trata de temas como el divorcio, la eutanasia, el aborto o el matrimonio entre homosexuales, pero en el siglo XIX lo eran entre otros, el derecho de sindicación, el sufragio universal o la libertad de expresión y de conciencia». Recuérdese el *Syllabus* de Pío IX (1864) o el libro del presbítero F. SARDÁ I SALVANY, *El liberalismo es pecado* (1884), con nueva edición crítica (en los dos sentidos de la palabra) de S. HIBBS-LISSORGUES. Sobre Pío IX y su tiempo véase ahora publicada, en 2000, la sugerente obra de F. SOSA WAGNER.

Ésta es la tesis que, puede decirse, en líneas generales ha mantenido la Iglesia durante toda la Edad Media e incluso en la Edad Moderna, en clara oposición con el espíritu de la Ilustración. Se trata en definitiva de un iusnaturalismo teológico (y ontológico), basado en la triada jerárquica de ley eterna, ley natural y ley positiva, definidas siempre éstas por los poderes eclesiásticos, explícitamente opuesta tal doctrina a los caracteres propios de la democracia entendida, entre otras exigencias éticas y políticas, como libre expresión de la soberanía popular. Se volverá aquí sobre ello más adelante. Recordemos que, entre nosotros, G. PECES-BARBA se opuso con decisión y con toda razón a las pretensiones dogmáticas y antidemocráticas de semejante concepción que cercena sin más la libre soberanía popular.

En este punto lamento tener que constatar que la Iglesia católica no ha tenido el menor reparo ni prudencia alguna para condenar *nominatim* y de modo directo y explícito a nuestro amigo, todo hace pensar que a causa de esa su actitud crítica y democrática en defensa de la España laica y civil. Lo ha hecho ahora en concreto, días antes de la muerte de aquél, nada menos que a través de una muy alta jerarquía del Va-



ticano, en la solemne carta oficial emanada —así reza el texto— por «Tarcisio cardenal Bertone, secretario de Estado de Su Santidad» el pasado 11 de julio de 2012, quizá a instancias de la propia Conferencia Episcopal Española. En dicha misiva cardenalicia, carente de la más mínima consideración y respeto, se menciona al «señor G. PECES-BARBA» (es decir, a quien fue catedrático de filosofía jurídica, moral y política de la Universidad Carlos III de Madrid, fundador y primer rector de ella, Presidente del Congreso de los Diputados del Estado español) como una de las personas que dan pretexto a la «perplejidad» y reacción contraria del Vaticano frente los «reconocimientos» habidos a aquél, a causa de su otorgamiento del doctorado *Honoris Causa*, por la Pontificia Universidad Católica del Perú prohibiendo a ésta seguir utilizando los títulos precisamente de Pontificia y Católica. A los profanos, no expertos en esos asuntos eclesiales, todo esto nos suena a lo que otrora (y aquí, en nuestro país no tan otrora) hubiera sido sin más una especie de «anatema», de formal o informal «cédula de excomuniación», aunque ahora ya sin pasar el encausado al poder del «brazo secular» (*vid.*, con toda razón y fundamentación histórica el artículo del profesor J. SAUQUILLO sobre «La implacable “jurisdicción” de la Iglesia Católica», en *Cuartopoder*, 9 de noviembre de 2012).

Pero más allá de estos dogmatismos religiosos o patologías de la «verdad», la cuestión de fondo que siempre y también aquí se plantea, desde perspectivas muy diversas e incluso radicalmente contrarias, es la que hace referencia a la formulada como exigencia de «límites y limitaciones» de las mayorías y, por tanto, de la propia democracia. Sobre ello contestaba con contundencia PECES-BARBA: «Pero eso no es posible; no hay cotos vedados, ni política ni jurídicamente, a la deliberación por mayorías que no sean los que están en normas superiores (principio de jerarquía) o en materias para las que no está habilitado el órgano que pretende deliberar (principio de competencia)». Estimo que aquél está del todo en lo cierto cuando habla, como es su caso, en términos políticos y jurídicos en el marco de soberanías y/o mayorías ya constituidas, es decir constitucionales. Sin embargo, cuando se plantea con mayor radicalidad la cuestión de esos límites no sólo política y jurídicamente sino desde el punto de vista ético y en un marco constituyente —en él es donde, me parece, se sitúa nuestro común amigo E. GARZÓN VALDÉS cuando habla de «coto vedado» (cláusula que con todo yo también evitaría, prefiero la de «ciudad libre o abierta») —, entonces no cabe duda que la tal cuestión se hace más compleja exigiendo otras imprescindibles y complementarias argumentaciones. Reenvío aquí a mi escrito titulado precisamente «Entrada libre en el “coto vedado”», en el núm. 30 de *Doxa* (2008) en *Homenaje a Ernesto Garzón Valdés*. Yo casi lo dejaría aquí recordando lo siguiente: que mejor que de «límites» o «limitaciones» de la democracia —tan arteramente pregonados y aprovechados por muchos limitadores que nunca limitan a las dictaduras— yo preferiría hablar, digamos, de exigencias coherentes o, mejor, de imperativos de coherencia con los mismos principios éticos y políticos —así como con las posteriores secuencias de derivaciones en derechos humanos— que definen y justifican a las democracias. Con ello, por supuesto, que para nada pretendo yo dar por definitivamente zanjada la discusión ni, mucho menos, resuelto sin más el fondo último de la cuestión.

Como base de ese imperativo estaría —y esto me parece lo fundamental— la afirmación del valor prioritario de la autonomía moral individual, del ser humano como agente moral, en definitiva de la libertad (tomada en serio) sin la cual nada es posible,

tampoco la igualdad. Así, pues, como exigencias y derivaciones inmediatas, la libertad pública de expresión, de crítica, de deliberación, de participación tanto en decisiones (con libres elecciones y correspondiente representación parlamentaria...) como en resultados (de carácter social, económico, cultural...). La difícil y muy responsable valoración ética y política del cumplimiento, más o menos gradual, de tales exigencias o imperativos (llámensele, si se prefiere, derechos humanos), reconozcámoslo así, habrá de quedar otra vez ineludiblemente en manos de la entera comunidad, no de iglesias, institutos armados o grandes poderes económicos. Sobre esas bases, tal comunidad, que, no se olvide, se compone a su vez pluralmente de mayorías y minorías en relaciones de compleja interacción, actuaría ya en dicha posición incluso como hipotético nuevo poder constituyente.

Lo que sí es cierto, en cualquier caso, es que una dictadura que, supongamos, quisiera legitimarse y justificarse por su hipotético origen en elecciones democráticas (es el caso tan alegado de la llegada al poder de Adolf Hitler en la Alemania de 1933), tendría forzosa, es decir, coherentemente, que respetar —en su ejercicio— esas básicas e insuprimibles libertades y de modo especial tendría que seguir alimentando esa misma génesis legitimadora, por ella misma alegada, para que pudiera seguir considerándose como tal (democracia). Tendría que permitir la libre crítica (en la calle y en los medios de comunicación), tendría que existir un reconocimiento legal de la oposición política (partidos, sindicatos etc.), tendría que seguir convocando periódicas y regulares elecciones libres, etc. Eso no pasa en las dictaduras: lo que de verdad hay en ellas, incluso en esos casos tan frecuentemente citados, es un golpe de Estado dado por el propio Estado. Aquellas exigencias, imperativos de libertad son, en consecuencia, quienes definen e identifican a la democracia. Los llamados «límites», las «limitaciones» (si se prefiere utilizar estos términos) derivan única y exclusivamente de la insuprimible autonomía moral de —reitero, esto es lo fundamental— la conciencia individual, del ser humano como agente moral y, desde ahí con mediaciones a debatir, de la coherencia interna de la democracia misma.

c) Junto a esas dos mencionadas «patologías», de la «autonomía» y de la «autoidad» como las denominaba PECES-BARBA, la tercera de las que se presentan como obstáculos a la democracia viene asignada a la «derecha política», que aquí y ahora está «representada —dice bien— por el Partido Popular». Se la puede denominar, escribía aquél en 2005, siguiendo el anterior paralelismo, como «patología de la crispación» frente al espíritu de consenso y de entendimiento que caracterizó a la transición y a la redacción de la Constitución. Sus fuertes críticas a esa derecha política y a su correlativo partido son una válida y muy justa respuesta, ya se indicó en estas páginas, a los ataques desleales, agresivos e indignos de que había sido víctima con motivo de su nombramiento en 2004 como «Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo». Pero más allá de esta circunstancia, está la crítica de fondo a las connotaciones socioeconómicas muy conservadoras de esa derecha política, críticas a las que se refiere con alguna brevedad PECES-BARBA, desde el socialismo liberal, en su severa crítica al capitalismo del «todo vale», causa profunda de la tan creciente y corrosiva actual corrupción.

Lo que llama aquél «el enriquecimiento excesivo e injusto», que ha desempeñado —dice— un papel destacado para obstaculizar la implantación de una sociedad libre

y bien cohesionada en nuestro país, es —señala— una ideología de la sociedad capitalista que florece en tiempos de dictadura pero que convive y puede desarrollarse también en la democracia. Este capitalismo sin límites, con la carrera consumista y el egoísmo de la gran acumulación de bienes y riquezas, hace imposible la igualdad y la solidaridad y por eso daña también la libertad, incluso la de los propios beneficiados. Con frecuencia G. PECES-BARBA, en su crítica a la simulación de la economía como moralidad, es decir, de la reducción de ésta a aquélla y de la superioridad de las reglas técnicas del mercado sobre las que derivan de la dignidad de la persona, se acoge al veredicto clave de F. DE LOS RÍOS en su muy relevante obra, ya recordada aquí, sobre *El sentido humanista del socialismo*. Escribía éste, en efecto, en 1926: «El problema de la justicia social no es un problema de la libertad sin límites, sino —puntualiza— de la libertad para las personas y de subordinación de las cosas a los fines humanos». Pero en el capitalismo —acusa— son «lo primero las cosas, después las personas»; lo propio del capitalismo es «desentenderse del carácter de hombre de quien se utiliza como mercancía, comprando su trabajo». Nada extraño, pues, la conclusión de que «capitalismo y humanitarismo son, en efecto, dos términos antitéticos, contradictorios; la oposición en ellos es —dice— esencial».

Resultará oportuno recordar aquí algunos otros textos de quien, junto a otros, es nuestro común inspirador, el socialista liberal y democrático F. DE LOS RÍOS, también con el apoyo en las posteriores y valiosas investigaciones de V. ZAPATERO sobre él: «Así como el capitalismo ha significado —insiste DE LOS RÍOS— la exaltación de la idea de libertad aplicada a los objetos económicos con el fin de hacer más fácil la servidumbre de los hombres, el socialismo en cambio representa el sometimiento de la economía a un régimen disciplinario para hacer posible un mayor enriquecimiento de la libertad de las personas». Ese «régimen disciplinario» se llamaría hoy necesaria regulación democrática de los mercados. Lo que en definitiva habrá que hacer con respecto del hombre es —reclama en efecto aquél— «sustraerle del mercado» y con respecto a las cosas «someter la vida del mercado a las exigencias del interés general». El juicioso institucionista y el cristiano erasmista, que se integraban y formaban parte asimismo de su talante socialista, era muy duro en estas cuestiones: «Toda la política del imperialismo económico —escribía en ese su libro, recordemos de nuevo, publicado en 1926— ha consistido precisamente en apoderarse de los pueblos económicamente para poder justificar después el intervenir en su vida política» [...] «Tras los capitales —constata el “moderado” F. DE LOS RÍOS— están, pues, los Gobiernos; tras los Gobiernos, los ejércitos». Su posición no es nada *soft*, nada *debole*, sino muy fuerte (para hoy): «Lo que afirmamos es que el capitalismo en sí mismo es una organización no de lucha, sino de guerra y, como tal, enemigo de la paz entre los pueblos».

No parece que hayamos inventado, construido, mejor vía para ir liberándonos de todo ello, para «someter la vida del mercado a las exigencias del interés general», para evitar su sacralización fundamentalista (de pretendida justificación científica) que la del Estado democrático y la sociedad democrática, es decir, el Estado social y democrático de derecho. Eran frecuentes las conversaciones y las concordancias con G. PECES-BARBA sobre estas cuestiones. También para dar cuenta y razón, no nos olvidemos, del otro gran fundamentalismo de nuestro tiempo, el de carácter teocrático —antes tratado aquí— derivado del iusnaturalismo teológico tradicional. Por mi parte, últimamente vengo insistiendo en las coincidencias y la gran conjunción actual que de

hecho forman esos dos fundamentalismos, el tecnocrático del mercado y el teocrático de la religión: coalición fundamentalista de *neocons* y *teocons*, por decirlo en la jerga política actual. Al lado de las diferencias objetivas y subjetivas entre ellos, lo que les vincula y unifica es, precisamente, su contumaz rechazo del Estado, muy en especial su recelo y aversión a las intervenciones del Estado democrático. A ello se aludía en el fondo, como hemos visto, de esas críticas de G. PECES-BARBA hacia las patologías de la autoridad (de la verdad dogmática) eclesial, del no entendimiento y de la exclusión social en el conservadurismo de esa derecha política que, aquí y ahora, él identificaba en el partido popular. Es bien conocido que no pocos neoconservadores, presuntamente liberales (en realidad liberistas), para nada le han hecho ascos a su colaboración con Estados autoritarios y dictatoriales. En cambio, esos recelos crecen y se manifiestan con mayor insistencia en el día a día y en las grandes teorías ante la presencia activa y las decisiones de las instituciones públicas de representación popular, es decir, ante los Estados de mayor contenido y formato democrático. El mercado —es decir, las intervenciones de sus gestores, grandes bancos y otras agencias financieras— es para ellos la gran panacea contra tal maldad estatal. Y aquél es, por tanto, quien debe restringir, debilitar o incluso suprimir —Estado mínimo— tal intervencionismo. El Estado, según ello, sólo debiera intervenir, en la conservación y custodia vigilante del orden (económico y demás) establecido precisamente desde su no intervención.

Con aún mayor claridad y rotundidad se alecciona por parte de las iglesias y en esos mismos términos discriminatorios contra las intervenciones del Estado democrático. Aquí no es necesariamente el omnipotente mercado quien subordina y debe subordinar al Estado democrático, sino la doctrina de la jerarquía eclesiástica que, ya lo veíamos, se define como encarnación de la ley eterna y de la misma ley natural. Pero tal conjunción fundamentalista se dobla y refuerza, como con frecuencia ocurre por ambos bandos hoy, cuando la «*lex mercatoria*» se identifica sin más con la ley natural. Cuando se predica que el orden natural consiste exclusivamente en dejar hacer, dejar pasar, y en no intervenir desde las instituciones públicas en defensa del interés general y, por tanto, de los intereses individuales que no tienen así otra mejor y más eficaz defensa (excepto sólo tal vez a través de la vieja caridad y de alguna más moderna filantropía). En cualquier caso, la jerarquía, el poder eclesiástico se autoproclama como supremo y dogmático censor, incluso querría ser soberano decidor, sobre aquello derivado de su propia moral, que, según ella, el Estado no puede hacer, de aquello de lo que el Parlamento no puede tratar ni de ese modo legislar. Tales legítimas intervenciones del Estado se convierten sin más para ella en ilegítimas intromisiones de las cuales aquél se debe abstener.

Desde estas bases hablamos aquí del fundamentalismo como actitud teórico-práctica propensa o, incluso, esencialmente ínsita en tal dogmatismo metodológico y epistemológico. Es decir, como definidora acrítica de una única y verdadera ortodoxia: bien sea fundada, desde siempre, en el fideísmo religioso (fundamentalismo teocrático), bien, en los tiempos actuales, producida desde instancias económicas con pretensiones ideológicas cientificistas (fundamentalismo tecnocrático). Según una u otra, la ley civil no puede, por razones obvias (orden de los grandes poderes económicos), alterar para nada los dictados del mercado; ni puede la ley civil legislar en lo no permitido por tal concepción religiosa y moral (eterna y natural). En ambos casos, también con ciertas diferencias objetivas y subjetivas entre ambas como ya quedó señalado, el resultado es

la subordinación del Estado democrático, de la soberanía popular, a las absolutas necesidades de la determinación económica y a las, aún casi más absolutas, imposiciones de la potestad eclesial.

Es, pues, de suma importancia la crítica a esos fundamentalismos en su conjunción y efectiva coalición. Así como, por tanto, la recuperación y reconstrucción de las muy positivas funciones del Estado y el derecho, de las instituciones políticas y de una bien cohesionada y activa sociedad civil. Como señalaba también el ya antes recordado A. TOURAINE hoy el objetivo principal de la política teórica y práctica es «recuperar la capacidad de acción de un Estado debilitado —dice— desde hace dos décadas por el triunfo mundial del liberalismo»; y añade con rotundidad: «Por todas partes resurge la idea de la necesidad de las intervenciones del Estado». De lo que se trata, en definitiva, es de que la soberanía (oligarquía) del mercado no sustituya, subordine o anule a la soberanía (democrática) del Estado, es decir, del Estado social y democrático de derecho que es justamente lo que prescribe el art. 1.1 de nuestra Constitución. Todo ello, tales objetivos, que me parecen muy concordes con lo mejor del socialismo democrático, son los que —a mi juicio— han identificado de siempre a la filosofía jurídica, ética y política de G. PECES-BARBA.

Las derivaciones concretas de aquélla en su tarea como intelectual crítico y como político siempre activo, son las que veo yo —con más de cincuenta años de comunidad y amistad— como las grandes dimensiones de su vida pública, de su ética pública. Las que, junto a las de carácter más privado y personal, conformaban el complejo talante de quien más allá de la cercanía, afecto e incluso jovialidad para con sus gentes, también a veces se evadía y distanciaba de los demás cuando lo quería o lo necesitaba. Entonces evitaba tenazmente hablar de lo que no quería, de asuntos o cosas de diversa índole que le incomodaban o disgustaban. Tomando en consideración algunos de los rasgos de ese su carácter íntimo pero, sobre todo, del conocimiento de su personalidad pública, política e intelectual, en memoria suya, he querido yo concluir precisamente así este tan grato homenaje que en estos momentos han querido rendirle los comunes amigos y colegas de la tan prestigiosa revista *Doxa*.

**SOBRE ARGUMENTACIÓN  
E INTERPRETACIÓN**

*ON ARGUMENTATION  
AND INTERPRETATION*

# EL CARÁCTER ARGUMENTATIVO DEL DERECHO: UNA DEFENSA DEL POST-POSITIVISMO DE MACCORMICK \*

Thomas da Rosa de Bustamante \*\*

*Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil)*

**RESUMEN.** En los escritos de N. MACCORMICK, existe tanto una teoría del derecho —la denominada teoría institucional— como una teoría de la argumentación jurídica. La atención que MACCORMICK presta a la justificación de las decisiones jurídicas le hace plantear asuntos que no pueden ser contestados por una teoría positivista del derecho. Esta es, claramente, una de las razones por las cuales este autor defendió abiertamente, en sus últimos trabajos, una teoría post-positivista del derecho. En este ensayo, dicha teoría es comparada con el positivismo contemporáneo, que puede ser ejemplificado por medio de la teoría jurídica de J. RAZ. Se concluye, después de un breve análisis de las tesis centrales del positivismo y de algunos argumentos de MACCORMICK que lo apartan de estas tesis, que el post-positivismo es superior a todas las versiones del positivismo jurídico. En el caso específico de MACCORMICK, los siguientes argumentos son contribuciones relevantes para el desarrollo de la ciencia del derecho más allá de los límites del positivismo jurídico: 1) la caracterización del derecho como un concepto «argumentativo»; 2) la teoría reflexiva de las fuentes del derecho, adoptada por MACCORMICK; 3) la concepción kantiana de la justificación jurídica que da fundamento a su teoría de la argumentación jurídica; 4) la tesis del caso especial; 5) la tesis de la pretensión de corrección del derecho y la obligación, que se deriva de ella, de hacer justicia conforme el derecho, y 6) la tarea desempeñada por la eticidad y por la moralidad política en la creación y en la aplicación del derecho.

**Palabras clave:** MACCORMICK, post-positivismo, tesis de las fuentes sociales, teoría de la argumentación jurídica.

**ABSTRACT.** In N. MACCORMICK's legal writings there is both a legal theory —the so-called institutional theory— and a theory of legal argumentation. His concern with the justification of legal decisions has made him ask questions which cannot be answered by a positivistic theory of law. This is, beyond any doubt, one of the reasons why this author has openly advocated a post-positivistic theory of law. In this paper, this theory is contrasted with contemporary positivism, which can be exemplified by J. RAZ's juridical writings. I conclude, after a brief analysis of the central theses of J. RAZ and of some of the theses advanced by MACCORMICK against positivism, that his post-positivism is a superior form of legal theory. In the case of MACCORMICK, the following points are both relevant for the development of legal science and incompatible with positivism: 1) his characterization of law as an argumentative concept; 2) his critical theory of the sources of law; 3) his Kantian conception of legal justification and his theory of legal argumentation; 4) the special case thesis; 5) the thesis of the claim to correctness and the obligation to do justice in accordance with the law; 6) and the role played by the ethical life of the community and by the political morality in the development and application of law.

**Keywords:** MACCORMICK, post-positivism, social sources thesis, theory of legal argumentation.

---

\* Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2012. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2012.

\*\* Profesor y miembro del cuerpo docente permanente del Programa de Postgrado en Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais. Doctor en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro. Contacto: *tbustamante@ufmg.br*.

## INTRODUCCIÓN

**E**n este ensayo se investiga la plausibilidad de la aserción de que el derecho es argumentativo, la cual está situada en el núcleo del post-positivismo de N. MACCORMICK. En nuestra interpretación de los trabajos de este autor, la insistencia del positivismo en la pretensión de que la validez de una ley puede ser identificada sólo por sus características formales —de suerte que el teórico del derecho debe limitarse a identificar la «fuente» de una norma jurídica para afirmar su validez— siempre fue incoherente con la teoría de la argumentación jurídica de MACCORMICK, incluso en su versión inicial.

Quizás la forma más fácil de entender eso sea comparar el post-positivismo de MACCORMICK con el positivismo excluyente de J. RAZ, que es la concepción positivista más radical sobre el carácter del derecho como hecho social y el método para atribuirle a una norma particular el status de una regla jurídica válida. El hecho de que la mayor parte de los positivistas incluyentes han desistido de su tesis original de que es posible una conexión contingente entre el derecho y la moral, es una buena razón para empezar nuestra argumentación con los trabajos de RAZ, que pueden ser descritos como la versión más robusta del positivismo jurídico contemporáneo.

Mi camino será el siguiente. En la primera sección, que es substancialmente menos extensa que la segunda, analizo algunas de las tesis de RAZ sobre la naturaleza del derecho. Estas tesis, según pienso, son aceptadas por las vertientes más importantes del positivismo contemporáneo. Ellas pueden suponer, por tanto, un punto de partida para cualquier investigación post-positivista sobre la naturaleza del derecho. En la segunda sección, por su parte, intento subrayar las afirmaciones centrales del post-positivismo de MACCORMICK, que parecen ser suficientes para que podamos abandonar el positivismo como proyecto teórico.

### 1. CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS CENTRALES DEL POSITIVISMO CONTEMPORÁNEO

Pese al debate entre los positivistas incluyentes y los positivistas excluyentes, referido a las diferentes interpretaciones de las «Tesis de la Separabilidad» entre el derecho y la moral, me parece que los positivistas contemporáneos hoy día tienen una nueva agenda para la teoría jurídica, que se refiere a la denominada «Tesis de las Fuentes Sociales». Quizás la formulación más exacta de esta tesis sea la elaborada por J. RAZ, que pone particular énfasis en la idea de que «todo el derecho está basado en alguna fuente», ya que «su existencia y contenido pueden ser identificados tomándose como referencia hechos sociales, sin recurrir a cualquier enunciado evaluativo» (RAZ, 1994: 195).

Es probable que la forma más sencilla de comprender la concepción de RAZ sobre el derecho sea retomar su distinción entre las dos fases de la argumentación práctica. Cuando consideramos la actitud de una persona respecto de una cierta acción propuesta, podemos diferenciar entre la etapa *deliberativa* y la etapa *ejecutiva*. En instituciones como el Estado, por ejemplo, frecuentemente es el caso de que algunos actores



son competentes para tomar decisiones, mientras que otros deben meramente *ejecutar* las decisiones tomadas por terceros. En la etapa deliberativa, según RAZ, «la cuestión sobre lo que debe hacerse está abierta a argumentos basados en todos los tipos de consideraciones», incluso razones morales, mientras que en la etapa ejecutiva la cuestión sobre lo que debe hacerse «será identificada sin recurrir a ulteriores argumentaciones morales», pues sólo consideraciones «positivas» pueden pertenecer a este sector de la racionalidad práctica (RAZ, 1994: 191).

Cuando pensamos en las instituciones jurídicas, la principal premisa que caracteriza la teoría de RAZ como positivista es la tesis de que el derecho «consiste únicamente en consideraciones positivas dotadas de autoridad». Esta presuposición desplaza todas las consideraciones morales, éticas, políticas y también pragmáticas hacia fuera de las fronteras del derecho y de la argumentación jurídica. Según RAZ, «consideraciones positivas son aquellas cuya existencia y contenido pueden ser aseveradas *sin recurrir a valoraciones morales*» (RAZ, 1994: 189). Puede decirse, por tanto, que para RAZ el derecho no es más que una autoridad institucionalizada.

Esta concepción estricta del derecho supone un ámbito restringido para el razonamiento jurídico y para la teoría del derecho. Un juez puede muy bien ser capaz de dejarse influenciar por consideraciones morales o cualquier otro tipo de consideraciones no-positivistas, pero cuando lo hace ya no está aplicando el derecho. Por el contrario, estará ejerciendo su competencia para *crear* una nueva regla jurídica, aunque dicha regla sea contraria al sentido literal de un enunciado normativo preexistente. Esta demarcación de los límites entre la *aplicación* y la *creación* del derecho es muy clara en la teoría jurídica de RAZ.

La esencia del positivismo jurídico contemporáneo, por tanto, está plasmada en la pretensión de que los *criterios de legalidad* son «independientes de su contenido» (*content-independent*), pues las denominadas «consideraciones positivas» serían suficientes para establecer la validez de cualquier regla jurídica particular. En efecto, incluso las figuras más prominentes del positivismo incluyente parecen haber abandonado ya su tesis original de que son posibles conexiones contingentes entre el derecho y la moral y pasan a reconocer que la versión de positivismo jurídico desarrollada por RAZ es más interesante que aquella anteriormente sostenida por esos autores. Para expresar esa idea en términos literales, cito el siguiente extracto de un artículo reciente de J. COLEMAN:

Aunque la visión convencional sea que el positivismo es definido por medio de la tesis de la separabilidad, la concepción más precisa es la de que el positivismo se define por su comprometimiento con la tesis de los hechos sociales. Una afirmación familiar de la tesis de los hechos sociales es la que RAZ denomina de tese de las «Fuentes Sociales». De acuerdo con esta tesis, la identidad y el contenido del derecho puede ser determinado únicamente por hechos sociales (COLEMAN, 2007: 586).

Podemos percibir, claramente, por tanto, que esta visión constituye un cambio significativo en la teoría jurídica de COLEMAN, pues su positivismo incluyente no puede ser establecido sin la Tesis de la Separabilidad. El autor parece claramente abandonar, por tanto, el positivismo incluyente que él mismo creó.

Sin el positivismo incluyente, las teorías jurídicas positivistas parecen retroceder a lo que BOBBIO entendía que era la esencia del positivismo metodológico, es decir, a la

tesis de que la validez del derecho no depende de su contenido, y de que el derecho debe ser estudiado como es, y no como sus estudiosos piensen que deba ser (BOBBIO, 1998: 23).

Uno de los modos de definir el post-positivismo, por tanto, es analizar las tesis que sus proponentes sostienen contra la Tesis de las Fuentes Sociales, pues basta que se descarte esta tesis para que se pueda definir a alguien como no-positivista o, si la persona en cuestión pretende apartarse también del iusnaturalismo, como post-positivista.

En las secciones siguientes, se hará un análisis del post-positivismo de N. MACCORMICK a fin de demostrar que su teoría trasciende los límites del positivismo. Se sostendrá, en lo siguiente, que el carácter argumentativo del derecho y las conexiones entre la argumentación jurídica y el discurso práctico no pueden ser reconciliados con el positivismo, y por tanto implican la necesidad de buscar un nuevo tipo de teoría del derecho.

## 2. EL DERECHO, LA MORAL Y LA ARGUMENTACIÓN: LA NATURALEZA DEL POST-POSITIVISMO DE MACCORMICK

Aunque MACCORMICK sólo adopte el rótulo de post-positivista en los últimos años de su carrera, su relación con el positivismo nunca ha estado libre de problemas. Incluso en sus escritos iniciales el autor nunca estuvo satisfecho con la posición positivista sobre la naturaleza del derecho. Pese a la influencia de HART sobre sus trabajos, siempre hubo críticas por parte del autor a la neutralidad científica absoluta de los proyectos teóricos de HART y KELSEN. Quizás el más expresivo de estos desacuerdos se refiera a la cuestión de la justificación de las decisiones sobre la validez de las normas jurídicas, consideradas desde la perspectiva interna. Como MACCORMICK enfatizó repetidamente, los teóricos del derecho deben, según su pensamiento, llevar el *insight* de HART sobre el punto de vista interno más allá de donde HART lo dejó en sus escritos teóricos<sup>1</sup>. Cuando los teóricos del derecho tienen en consideración todas las implicaciones del punto de vista interno, el problema de la justificación de las decisiones jurídicas se torna central, como se puede leer en el siguiente pasaje de los escritos iniciales de MACCORMICK:

Una descripción positivista del sistema tal como opera *no puede* contestar a un tipo particular de interrogación que puede ser formulada *internamente* en un sistema jurídico: la cuestión puede ser formulada ante un juez, en un caso difícil, de la siguiente manera: «¿Por qué nosotros debemos tratar todas las decisiones alcanzadas en conformidad con una regla válida según nuestro criterio de validez como suficientemente justificadas?», y este es un interrogante que ocasionalmente puede ser planteado, y de tiempos en tiempos lo es. Además, el positivismo tampoco logra contestar a la cuestión planteada por los jueces con aún

<sup>1</sup> Para ilustrar este punto, puede mencionarse el siguiente fragmento de MACCORMICK en una entrevista concedida a M. ATIENZA en la ocasión de publicación de su libro *Institutions of Law*: «El aspecto en el que la obra de HART resulta más iluminadora y perdurable se refiere a la necesidad de entender la conducta gobernada por reglas desde el “punto de vista interno”. Esto es esencial para desarrollar una teoría clara y convincente de las normas; pero las reglas son sólo un tipo de normas. El análisis del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, aunque lleno de intuiciones valiosas, es, al final, incompleto e insatisfactorio. Se necesita un nuevo comienzo» (ATIENZA, 2006: 482).