

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE MIS TRABAJOS EN FILOSOFÍA DEL DERECHO

Some Reflections on my Works in Legal Philosophy

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ

Universidad Carlos III (España)

Es para mí un honor colaborar en este número de los Anales de la Cátedra Francisco Suárez, que publica el Departamento de Filosofía del Derecho de nuestra Facultad de la Universidad de Granada. Lo es por la prestigiosa Alma Mater que respalda la revista como por mis amigos y colegas Nicolás López Calera y Modesto Saavedra, por su editor Pedro Mercado y todos los demás amigos y colegas granadinos. Mi primera publicación, creo que en los años sesenta fue también un pequeño trabajo sobre las razones de mi vocación filosófico jurídica en los Anales, lo cual expresa mi afecto y mi fidelidad. Aunque hasta 1986 dediqué, como es sabido, parte de mi tiempo a la política, siempre fui fiel a la universidad desde que acabé mi carrera en 1962, y en exclusiva en los veinticuatro últimos años, igual que en los once iniciales; sólo en los nueve intermedios compartí mi tiempo entre el trabajo académico y el político. Creo que fue fructífero para el interés general de España, con mi colaboración para la elaboración de la Constitución y de las leyes orgánicas y Ordenamientos hasta 1986, para la puesta en marcha de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, y en la Presidencia del Congreso que desempeñé desde 1982 a 1986.

Empecé mi trabajo como ayudante en el curso 1962-1963 en la cátedra del profesor Ruiz-Giménez, cuando Ruiz-Giménez me informó que no tenía a nadie en Madrid y sólo a punto de llegar de Bolonia, recién terminada la tesis, su único discípulo, procedente de Salamanca, Elías Díaz. Inmediatamente inicié una amistad con Elías que persiste y se acrecienta con el tiempo y que me ha ayudado mucho. Le considero mi segundo maestro. Entonces no se podía vivir con la remuneración de ayudante, ni tampoco de Adjunto de cuatro años renovables y empecé al tiempo a ejercer la profesión de abogado, con mi padre primero y luego desde un despacho propio con Tomás de la Quadra-Salcedo, José María Mohedano, Miguel Cid y otros.

Mi experiencia central en esos años fue la dificultad de desarrollar una carrera universitaria, con dedicación exclusiva y, sobre todo, la imposibilidad de convivir en un régimen rígido, temeroso de las libertades y que impedía cualquier evolución. En mis libros *La democracia en España* y *La España Civil* cuenta algunas de las experiencias más importantes de aquellos años.

Mi carrera académica empieza administrativamente en 1963 como ayudante y culmina como Agregado en 1983 y Catedrático en 1987. Mis publicaciones

comienzan en 1972 y desde entonces tengo publicados, hasta ahora, alrededor de veintinueve libros y más de cien artículos científicos, prólogos, capítulos de libros, etc. También he dirigido desde 1978 hasta ahora dieciocho proyectos de investigación financiados públicos y privados y he participado en diez contratos de investigación con empresas y/o Administraciones. Lo último en esa materia es un proyecto *Consolider* del Estado (Ministerio, ahora de Innovación) por una cuantía de varios millones de euros para acabar el siglo XX de la *Historia de los Derechos Fundamentales* y otros proyectos complementarios. Soy investigador principal con Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Javier Antuátegui. Creo que es el primer proyecto *Consolider* que se da en el ámbito del Derecho. He dirigido diez tesis doctorales. Omito otros méritos en Congresos, Seminarios y Conferencias y creo que en esos cuarenta y cinco años de presencia como docente (nunca he dejado de dar clases) y como investigador he seguido una línea coherente, con unos contenidos fijos y estables y también con algunos temas coyunturales. Creo que mi pensamiento ha ido madurando, se ha perfilado y afirmado con el tiempo pero sus grandes líneas están desde los orígenes, con algunas excepciones que se han ido incorporando, pero sin rupturas con lo anterior.

Quizás mi tesis doctoral *Persona, sociedad y Estado. El pensamiento social y político de Jacques Maritain*, cierra una etapa juvenil previa de inspiración cristiano progresista. Empiezo con trabajos sobre los derechos fundamentales desde 1973, que es la primera edición de *Derechos fundamentales* donde ya se apunta una orientación positivista que debo a Elías Díaz, y que más tarde se refuerza con mi relación con Bobbio. En todo caso es un positivismo siempre abierto a la moralidad. También en esos años se combinan dos dimensiones siempre presentes en mi obra: positivismo y socialismo con el libro de 1982 *Libertad, poder socialismo*. Donde creo que se puede ya ver el núcleo central de mi pensamiento es en la *Introducción a la filosofía del Derecho* de un positivismo abierto a la moralidad pública y mis preferencias por las sociedades democráticas, por el parlamentarismo y por el Estado social. Es evidente que mis trabajos como ponente constitucional y como Presidente del Congreso refuerzan esa línea.

Desde entonces mis líneas de investigación, mis conferencias, mis participaciones en congresos y seminarios y mi docencia se sitúan en el ámbito de los derechos humanos, concepto, fundamento e historia; en los valores jurídicos como la libertad, la igualdad y la seguridad; en aspectos de la Democracia y el Estado de Derecho, como la distinción entre ética pública y ética privada, el principio de las mayorías, la relación entre ley y conciencia, los valores de la cultura europea, sobre la escasez y la solidaridad, sobre la dignidad de la persona, sobre el Parlamento o sobre la Constitución en la cultura política y jurídica moderna, sobre la relación Derecho y poder, sobre el sentido del Estado, sobre la violencia y la resistencia, sobre la paz, sobre el derecho al trabajo, sobre humanitarismo y solidaridad social, sobre la diferencia, igualdad normativa e igualdad real. En el ámbito de la teoría y de la filosofía del Derecho he impulsado y dirigido dos manuales de teoría y de introducción a la filosofía del Derecho y he trabajado sobre la validez jurídica, la Constitución entre la voluntad soberana y la razón,

sobre los planes de estudios y la Filosofía del Derecho y sobre la enseñanza de la materia, sobre la creación judicial del Derecho, sobre la ley y los principios generales del Derecho, sobre los valores superiores, sobre principios y normas, sobre la Justicia Constitucional, etc. Finalmente vinculado con autores y temas concretos, pero en sintonía con la problemática general de mi interés, he trabajado sobre J. Maritain, sobre Hart, sobre Kelsen, sobre Bobbio, sobre Ruiz-Giménez, sobre E. Díaz, sobre F. de los Ríos, sobre C. Arenal, sobre Montaigne, sobre J. Besteiro y sobre G. Zagrebelsky. En cuanto a los temas concretos he investigado sobre la Constitución española en varias ocasiones, sobre la Democracia en España, sobre la España civil, sobre la Educación para la Ciudadanía, sobre los derechos de los animales, sobre el socialismo democrático, sobre la eutanasia, sobre las relaciones entre Iglesia y Estado, sobre el orden jurídico futuro, sobre la Universidad, sobre el Derecho y el amor, sobre desobediencia y objeción de conciencia, sobre libertad ideológica, sobre el genoma, sobre la idea de España en el Estado de las Autonomías, sobre la Izquierda, sobre Derecho y Arte, sobre el patriotismo constitucional. Estos han sido los temas que he tratado con mayor o menor acierto, que no me corresponde a mi juzgar, sino a quienes quieran estudiar mi pensamiento.

En todo caso a lo que más tiempo he dedicado es a la historia, al concepto y al fundamento de los derechos. También progresivamente he ido concretando mi defensa de la laicidad y mi crítica a las actitudes sociales, políticas y jurídicas de la Iglesia Católica. Naturalmente aunque este trabajo de tantos años es autónomo y tiene sus razones exclusivamente académicas, es obvio que mis acciones cultural, social y política, sin duda, han influido en mis planteamientos.

Hay que ver con una cierta distancia todas las posiciones que pretenden tener la buena e incluso la única respuesta y que pretenden encapsularla en una formulación válida para todos los tiempos. No debemos olvidar que las resurrecciones del iusnaturalismo pueden adquirir formas muy dispares. Desconfío, en ese sentido, de todas las respuestas racionales y abstractas que no tengan en cuenta la historia y también de las que prescindan de la relación entre poder y Derecho.

Creo que debemos desconfiar de las soluciones únicas con pretensión de exactitud y excluyentes de otras posibles. Creo que en el gran esfuerzo del pensamiento jurídico moderno por contestar a la eterna pregunta sobre *¿qué es el Derecho?*, existen muy buenas intuiciones y fragmentos de verdad en mucha de ellas, pero que no podemos plantear el tema como una competición donde queremos ser los primeros y ganar un trofeo. Me gustaría reivindicar la humildad y la modestia y reconocer que debemos enfrentarnos a este tema con discreción. Por eso creo en muy pocas verdades indiscutibles, e incluso en esas no con una convicción definitiva y cerrada. Las reduciré a dos: el Derecho es consecuencia de la acción del poder político, en los Estados y también en las organizaciones supranacionales, aunque en éstos el poder no es único y supremo, ni por consiguiente sus decisiones son siempre las últimas. Creo, con el Kelsen autocrítico con su teoría pura del Derecho, que detrás de toda norma hay siempre una voluntad y de todo ordenamiento un poder, que sólo si es del Estado es irresistible y que éste se puede extender a

aquellas organizaciones más amplias que incorporan fragmentos del Estado y de soberanía como la Comunidad Europea. La segunda es que si diseccionamos a ese Derecho producido por el Poder nos encontramos con la concreción del órgano del poder que decide en cada tipo de norma, parlamento, gobierno, administración o jueces, con un procedimiento preestablecido también para la producción de cada tipo de normas. Además necesariamente podemos afirmar que cada ordenamiento tiene unos objetivos y unos fines, y regula comportamientos e instituciones que pretenden señalar el sentido de las actividades humanas e institucionales en cada sociedad que expresa siempre un punto de vista sobre la justicia, tiene siempre una referencia a valores. A mi juicio no podemos llegar más lejos en constataciones fiables y difícilmente discutibles.

He recorrido el mundo del Derecho vivo, habiendo practicado en casi todos sus escenarios, excepto en el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. He sido abogado en ejercicio, he intervenido, a veces no sin enfrentarme a problemas, con temas concretos difíciles y complejos, he sido legislador, colaborando en la elaboración de la Constitución y de muchas leyes orgánicas y ordinarias que forman el núcleo duro de nuestro ordenamiento. También he contribuido al diseño de nuestras instituciones, Cortes Generales, Defensor del Pueblo, Estado de las Autonomías, Poder Judicial, también a la formación de su personal en el caso del Consejo General del Poder Judicial del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo. He considerado toda esa actividad como un honor, seguramente inmerecido, pero que me ha honrado y producido además mucha experiencia. Mi sentido común me lleva a afirmar que no puedo avanzar en ninguna otra hipótesis sobre el concepto de Derecho que me parezca indiscutible. Creo que mis ideas se sitúan en el ámbito del positivismo con el esquema tripartito para identificar al Derecho: órgano que lo produce, procedimiento para producirlo y punto de vista sobre la justicia, aunque en este último supuesto sólo se puede acreditar su existencia pero no su contenido, desde un pluralismo que expresa contenidos diferentes y fines diferentes que coexisten en la comunidad de naciones en la actualidad y que debemos reconocer como Derecho. Lo contrario sería cerrar los ojos a la realidad, si excluyéramos a los que no coinciden con nuestra tesis de la identificación del Derecho válido. Por eso se debe afirmar la existencia genérica de una referencia a valores y fines en la norma de identificación de normas, aunque sin concretar sus contenidos. Para dar ese paso salimos de lo objetivamente opinable y entramos en lo preferible. Es un ámbito necesario el axiológico, que existe en todos los sistemas aunque no podamos identificarlo con el que preferimos, lo que sería, sin duda, una forma de iusnaturalismo. El pluralismo de contenidos de ética pública que encontramos en los sistemas jurídicos no debe llevarnos a suprimir su dimensión para identificar la validez del Derecho, sino a reconocer que han existido y existen otros modelos históricos, con otros puntos de vista sobre la justicia, que éstos pretenden también el monopolio en el uso de fuerza legítima, dirimir los conflictos desde terceros imparciales, con uso posible de la violencia y producir seguridad jurídica, aunque con parámetros axiológicos diferentes de los existentes en nuestras sociedades occidentales.

El positivismo posible es el que he señalado y el positivismo preferible es el de la cultura histórica liberal, democrática, republicana y socialista en el mundo europeo y atlántico que supone una ética pública basada en la dignidad de la persona, centro del mundo y centrada en el mundo, valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, principios y derechos fundamentales, unas instituciones y unos procedimientos basados en el consentimiento y en la participación a través del sufragio universal, con una Constitución, como norma básica puesta, apoyada en el poder democrático como hecho fundante básico. El Estado de Derecho, la separación de poderes, el principio de la legalidad y la posibilidad de reconocer la objeción de conciencia completan un sistema preferible que favorece la autonomía y la autodeterminación de los seres humanos, que es universalizable, pero que otras civilizaciones actuales no comparten y viven también en sistemas jurídicos, algunos muy pujantes con una organización no científica que mantiene la superioridad de las autoridades religiosas sobre las civiles.

Mi positivismo es un concepto histórico, básico, abierto a valores y que se concreta en un modelo de Derecho preferible pero no rompe ese esquema básico del positivismo jurídico, con rasgos de identificación suficientes que concretan desde las preferencias un esquema que me parece posible y objetivo.

La preferencia por el sistema parlamentario representativo, que acabo de describir, no es arbitraria y cuenta con buenas razones para justificarla; razones históricas, basadas en una idea de la dignidad humana y de la autonomía moral de la persona que permiten concluir que su forma de entender el Derecho es razonable y fundada.

Mi teoría en relación con la unidad del sistema jurídico, que he denominado del “hecho fundante básico”, se separa de la teoría kelseniana de la norma básica supuesta por su idealismo y por no responder a la realidad, como el propio Kelsen reconocerá cuando afirma que detrás de toda norma hay siempre una voluntad. Está más próxima a los temas hartianos de la regla de reconocimiento, porque el hecho relevante es la existencia del poder, que en el mundo moderno marca una relación inseparable con el Derecho.

Hecho fundante básico supone cierre del sistema que no reconoce superior. No es una norma porque siempre la construcción gradual del ordenamiento exigiría otra norma de producción y así hasta el infinito. La necesidad del cierre está ya en la idea kelseniana y en la de Hart. Pero me parece que mi punto de vista responde mejor a la realidad. Hay una norma básica puesta que es la Constitución, que cierra el sistema de Derecho positivo y que es sólo una norma de producción de las normas inferiores, pero ya no de ejecución de ninguna norma superior. Es la norma de identificación de las demás normas, el referente de validez de la misma, que establece el órgano competente para producirlas, los procedimientos de producción y los contenidos posibles con sus límites. Las dimensiones formales —órganos y procedimientos responden a la pregunta *¿quién manda?* Y *¿cómo se manda?*— y la dimensión material sobre los contenidos, los comportamientos que se pueden exigir, permitir o prohibir si estamos ante normas primarias, y el tipo de fuerza, los límites, los destinatarios, las instituciones que ejercen la fuerza, si

estamos ante normas secundarias. La validez como pertenencia al ordenamiento exige además que no exista una norma contradictoria —una antinomia— dentro del sistema, y que no haya sido derogada. Finalmente se promulga y se ordena la publicación como requisitos igualmente del procedimiento de producción.

El cierre, desde una perspectiva realista, se debe entender desde la relación poder y Derecho. Es el poder el que hace posible la eficacia del sistema jurídico y consiguientemente su validez, un poder institucionalizado, que responde a valores políticos y que está formado por personas, con referencia a valores y capacidad para ejercer el monopolio de la fuerza legítima. Así se pueden entender las situaciones de excepción, cuando no funciona la normalidad de los procedimientos constitucionales en el cambio jurídico, que es sustituido por situaciones de fuerza. Estamos ante rupturas de la legalidad de carácter revolucionario, como la que se produjo en España en abril de 1931, con la caída de la monarquía de Alfonso XIII y el advenimiento de la Segunda República. Otro modelo deriva de derrotas militares totales que destruyen un país y su sistema político y jurídico como la disolución del Imperio austrohúngaro, al final de la Primera Guerra Mundial, a partir del Tratado de Saint Germain. El hecho fundante básico que mantendrá la eficacia y la validez del sistema anterior es sustituido por la fuerza por otro hecho fundante básico, otro poder diferente, que cambiará la norma fundante básica puesta y a partir de ella toda la eficacia y la validez del ordenamiento jurídico.

El hecho fundante básico actúa como la regla de reconocimiento hartiana pero es menos difuso, es el poder, realidad social identificable que mantiene con la efectividad de su apoyo la existencia del sistema (eficacia y validez). La norma última que expresa las dimensiones básicas del deber ser, formal y material es la norma fundante básica puesta. El hecho fundante básico tiene dimensiones normativas como la moralidad política (ética pública política) que agrupa a las personas que se adhieren y que matizan la dimensión fáctica del poder, y también dimensiones de hecho, como el apoyo que prestan a la Constitución y al resto del ordenamiento, los poderes, los operadores jurídicos, los grupos de presión y los ciudadanos que confirman el poder político como unidad que en el mundo moderno se identifica con el Estado, y con su núcleo esencial que es la idea de soberanía.

En España siempre estas visiones liberales, democráticas y socialistas han encontrado el rechazo tajante de la Iglesia institucional, a partir de la negativa a reconocer como base del sistema de legitimidad política y de justicia del derecho a la dignidad humana y a los valores de la modernidad.

Es conocida la propensión de la Iglesia a apropiarse indebidamente de conceptos que anteriormente han combatido con denuedo, dureza y continuidad. El caso más relevante es el de los derechos humanos, que rechazaban y despreciaban como consecuencia de la Ilustración y del Constitucionalismo liberal democrático, descalificándolo como “pestilente error” o como ataque “a los sagrados derechos de los príncipes” en las Encíclicas del siglo XIX, desde la “*Mirari Vos*” de 1832 hasta la “*Libertas*” de 1888. Hoy las jerarquías eclesiásticas esgrimen los derechos humanos, la principal noción del humanismo laico y protestante en la modernidad, como si fuera creación propia, haciendo una vez más expresión de

su “inocencia histórica” y de su capacidad de olvido de los males propios. Sólo a partir de los discursos de Navidad de 1941 y 1944 de Pío XII empezó a producirse una aproximación de la Iglesia de Roma a los derechos humanos, hasta entonces despreciados o ignorados. El apoyo del Vaticano y de la Jerarquía española al levantamiento militar contra la República es uno de los últimos signos de esa actitud tan criticada por católicos relevantes como J. Maritain o Bernanos. Incluso uno de los líderes principales actuales, Monseñor Rouco Varela, ha tenido la desfachatez intelectual de presentar su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas como un estudio del origen histórico de los derechos humanos como creación de la Iglesia. Lo dijo sin pudor y con la santa desvergüenza que caracteriza a una de las “obras” más reconocida por ellos.

Podríamos rastrear otros muchos conceptos, pero el trato de la “dignidad humana” ha sido parecido. La despreciaban con el futuro Papa Inocencio III que relacionaba en el siglo XIII a los seres humanos con la miseria y la corrupción física y moral, rechazaban su universalidad con la distinción de San Pablo entre justos y pecadores, y negaban su capacidad autónoma, defendiendo que la dignidad humana derivaba de que estábamos hechos a imagen y semejanza de Dios. Finalmente negaban cualquier autonomía en nuestra dignidad, rechazando nuestra capacidad de autodeterminación, sin el apoyo de la gracia producida por el sacrificio de Cristo en la cruz. Frente a este discurso, la modernidad recuperó las luces para las criaturas humanas, con Kant como formulador de esa verdad, distinguió entre los ámbitos del Estado y de la Iglesia con Locke y separó el Derecho de la Moral con Pufendorf y Tomasio. Desde esa plataforma laica construyó un concepto de dignidad humana, a partir del Renacimiento, basado en los rasgos que nos distinguen de los restantes animales y que caracterizan nuestra diferencia, que es nuestra dignidad autónoma. Somos seres capaces de elegir, de construir conceptos generales y de razonar, de crear belleza desde cánones estéticos acreditados, de comunicarnos y de dialogar a través del lenguaje y de los demás cauces de comunicación, de vivir bajo un sistema sofisticado de reglas materiales y procedimentales que llamamos Derecho, y de creer en una ética privada que nos conduce a nuestro fin último, la virtud el bien, la salvación o la felicidad desde posturas laicas o religiosas. La gran mayoría vivimos plenamente desde esos seis parámetros de nuestra dignidad, y la minoría que tiene disminuidos algunos de esos cauces es digna, desde su esfuerzo de aproximación a los mismos. Kant formalizará ese rasgo —base y fundamentos de la moralidad— al afirmar que somos seres de fines, que no podemos ser utilizados como medios y que no tenemos precio.

Por otra parte, la legalización del aborto, como despenalización de la mujer que aborta desde unas indicaciones o de unos plazos, no supone sino que no es castigada penalmente, lo que no afecta ni resuelve el aborto como pecado. Más bien, en la mayoría de los casos la despenalización supone respetar la dignidad de la mujer. En cuanto a la eutanasia, el Derecho sólo protege la vida digna, y esa dignidad no es afectada sino que puede ser la razón de la eutanasia en los casos de una vida irremisiblemente deteriorada. Los problemas vienen cuando se simula la eutanasia por terceras personas interesadas en la desaparición de otra

persona por razones inconfesables, casi siempre de tipo económico. Los casos de reproducción asistida no afectan a la dignidad de las personas y muchas veces son camino para hacerla posible. Estos temas exigirían matices y perfiles que en esta respuesta no podemos proporcionar.

Este paradigma de la dignidad ha sido acogido en los Estados liberales-democráticos y en las organizaciones internacionales, después de la Primera Guerra Mundial y definitivamente desde la Segunda Guerra Mundial. La dignidad humana se recoge como fundamento de la ética pública y de sus valores, principios y derechos, en Constituciones del siglo XX, como la alemana de 1949, la italiana de 1947, la portuguesa, la española y otras muchas, y en la Declaración de 1948, los Pactos del 66 ambos de Naciones Unidas y en muchos textos del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Creo que esto es lo relevante y lo que ha convertido a la dignidad humana en fundamento de la ética pública, política y jurídica.

Desde este punto de vista se debe subrayar la creciente importancia de los derechos fundamentales, la distinción entre normas principio y normas regla, las importantes aportaciones sobre la obediencia al Derecho, la innovación de la objeción de conciencia, con sus condiciones y límites, y sobre la desobediencia civil. Creo que no hemos conseguido el respeto de las restantes materias jurídicas, tampoco consiguientemente toda la conciliación en los planes de estudio. La perspectiva preferible de la filosofía del Derecho, aunque haya otras perspectivas posibles, es ésta que ha nacido en Europa, y en su extensión americana y atlántica y ya universal y que ha ido alumbrando el sistema de valores, de principios de derechos, de instituciones y de procedimientos del Estado parlamentario representativo. Considero que en este escenario cultural, político y jurídico se han afinado los conceptos y se ha profundizado en aspectos que han llevado a una gran espiritualización y a perfiles morales inimaginables hace algunas décadas. Me refiero a los derechos de la persona situada y concreta, a la eutanasia, a la incorporación de temas específicos como la corrupción, la ética de los negocios y la profesión, los derechos de las minorías, la pobreza, los ensayos clínicos, etcétera.

Siempre me he considerado un profesor trabajador y organizado y que mis virtudes han estado sobre todo en ese ámbito. Creo que he contribuido a la profundización de las dimensiones políticas y jurídicas de los derechos humanos desde su aproximación como concepto del mundo moderno, especialmente en su historia, en su concepto y en su fundamento. También he trabajado con resultados que espero hayan sido positivos en la distinción entre ética pública y ética privada, en el fundamento del Derecho situado en el poder como hecho fundante básico, en la Constitución como norma básica puesta y sede de la norma básica de proclamación de normas, en los valores superiores y en los principios, en el carácter especial del derecho al trabajo, como derecho a optar por un puesto de trabajo y del derecho de propiedad, que deben, a mi juicio, excluirse del catálogo de los derechos por su imposible contenido igualitario. También en el concepto de dignidad humana como fundamento de la ética pública.