

PROLOGO



os profesores realizamos lo mejor de nosotros mismos con los discípulos que son normalmente unos hijos espirituales, aunque esa continuidad no significa de hecho, ni debe significar como norma que sean una prolongación de nuestra visión de la vida ni de nuestros planteamientos intelectuales. Al contrario, la identificación se puede dar también desde el disenso y desde otros puntos de vista científicos. Lo que importa es que el maestro haya volcado su dedicación, sus enseñanzas y su ejemplo de universitario y que el discípulo, desde sus propias coordenadas éticas, políticas y científicas haya puesto lo mejor de su esfuerzo en entender al maestro. Así la semilla sembrada desde el uno se reconstruye o se desecha en parte desde el otro. Es la dialéctica de la memoria y del olvido que tan magistralmente ha tratado Emilio Lledó ¹. Por esto la tarea educadora en que consiste la relación maestro-discípulo no puede ser imposición de formas y de materias, ni tampoco puede ser recibida con sumisión, temor, desinterés u hostilidad. «Toda educación —dirá Lledó— debe mantener y estimular este intercambio entre semilla que se siembra, palabra, mensaje, discurso que se comunica y permitir que esos objetos verbales, al anidar en la mente de quien los recibe, fomenten y alienten otros vuelos teóricos, crezcan en otras palabras, originen un caudaloso fluir en el cauce del futuro» ². La este-

PROLOGO

rilidad de la relación se produce ante un maestro autoritario que impone su forma de pensar o ante un discípulo que cierra su personalidad con una muralla impenetrable. Son dos formas en que cristaliza el ser cultural de cada uno en un ser cerrado con pretensión de eternidad. Muchas escuelas universitarias se han frustrado precisamente por esas patologías intelectuales, aunque las más de las veces lo han sido por envidias, intereses encontrados o afanes de dominio o de poder, aspectos todos muy alejados de los ámbitos intelectuales, centros teóricos de las preocupaciones de las Academias, aunque no siempre han sido las más realmente presentes.

Este libro del profesor Angel Llamas, discípulo desde que en el curso 1982-83 inició sus estudios de licenciatura, que ha seguido desde entonces un currículum académico paralelo a otro de mis colaboradores, el prof. Rafael de Asís, ya profesor titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política, es un buen ejemplo de una sana relación académica, donde se ve que el autor ha escuchado mis preocupaciones sobre los problemas de validez y de justicia del Derecho pero que lo ha hecho con independencia, desde su propio punto de vista, aunque tomando un testigo que me ha oído machaconamente repetir. Se puede decir que su planteamiento del tema le viene de una preocupación general en nuestra escuela, mía desde luego, pero no sólo mía sino, por ejemplo, de los profesores Eusebio Fernández, Luis Prieto y Rafael de Asís³, aunque él la ha enfocado desde su propia preocupación, con sus criterios, desde su formación y desde sus lecturas. Esta coincidencia en abordar temas de Teoría de la Justicia en el marco de la Teoría del Derecho, es una marca propia del grupo de profesores que trabajamos juntos desde hace varios años, con la común influencia de Ruiz Giménez y de Elías Díaz. No somos los únicos que han arrancado de esa raíz. Hay otros colegas y amigos como Francisco Laporta, Manuel Atienza o Alfonso Ruiz Miguel, con los que tenemos otros muchos puntos en común, pero esta idea de que en la Filosofía del Derecho actual, reflexiones sobre el Derecho justo son inseparables de las del Derecho válido, nos identifican con carácter propio en la Filosofía del Derecho de nuestro país.

Ante la crisis del iusnaturalismo a finales del XVIII y principios del XIX se abrieron varias vías para lo que ya empezaba a llamarse Filosofía del Derecho. A mi juicio tres se mantienen vivas desde entonces, con diversas alternativas y vicisitudes intelectuales, con mayor o menor éxito en la cultura política y jurídica de su tiempo, dependiendo de las circunstancias históricas y de los itinerarios de los pensamientos en general.

La primera, pese a la crisis mantiene viva la llama del iusnaturalismo, a veces mirando hacia atrás con posiciones tradicionalistas y antimodernas, como el renacimiento neoescolástico en el XIX o el aristotelismo en el siglo XX, buscando lo que es justo en el caso concreto. Son las posiciones tópicas. Pero también en los antípodas, otras posturas buscan los principios morales del sistema constitucional, y sin necesidad de entrar por las puertas de las normas que identifican al Derecho válido, consideran Derecho a esos principios. Es la posición de Dworkin que descarta la distinción moderna, que arranca de Tomasio, entre Derecho y moral, y que es uno de los signos identificadores de la ética pública de la Ilustración. Incluso aprovechándose de terribles avatares históricos como el fascismo o el nazismo acusarán a los positivistas, la segunda postura que vamos a identificar, de ser responsables de esos dramáticos acontecimientos al haber debilitado las raíces morales de la libertad desde el empirismo. Es el Radbruch posterior a la segunda guerra mundial o el Maritain del impacto del empirismo en la cultura ⁴. El análisis más próximo a la realidad demostrará sin embargo que los positivistas en general se mantuvieron liberales o socialdemócratas y colaboraron poco con aquellos regímenes totalitarios mientras que iusnaturalistas en España como Legaz y Lacambra, en Italia como Del Vecchio o en Alemania como demuestra Garzón Valdés, muchos de los de su tiempo, sí que les apoyaron práctica e intelectualmente ⁵.

Esta primera posición, continuista con los grandes criterios del iusnaturalismo ha venido manteniendo una gran desconfianza en las posiciones sistemáticas, una idea del Derecho abierta, donde criterios morales eran considerados Derecho, sin ajustarse a las reglas de producción normativa, y donde por consiguiente, Derecho y moral se confunden y se integran. A mi juicio se apartan de los modelos que sirven para explicar el poder y el Derecho en las sociedades democráticas.

La segunda que llamaremos positivista, considera la crisis del iusnaturalismo como un progreso histórico, se desentiende de los esquemas en que se había fundado éste, e incluso en las posiciones más primitivas y más toscas, se desentiende de los problemas de justicia y de moralidad del Derecho. Identificará al Derecho con la Ley y buscará criterios internos para reconocer al Derecho desde la positividad, sin recurrir a la moralidad. Son concepciones formalistas, normativistas y sistemáticas que alcanzaran su máxima expresión científica en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

Es la ideología jurídica del liberalismo y también en el período de entreguerras, de 1919 a 1939, de la socialdemocracia. En gran parte, sin

PROLOGO

desentenderse como personas de los problemas morales, si que metodológicamente consideran que el Derecho se identifica, es el problema de la validez, por criterios formales, órganos de producción competentes y procedimientos de producción, sin necesidad de recurrir a los contenidos materiales para reconocer al Derecho. En sus posiciones tradicionales cuando acepta ocuparse de los problemas del Derecho lo hace desde el positivismo ideológico, es decir confundiendo validez con justicia, y afirmando que el Derecho válido es al tiempo justo. Si se plantea el tema desde el ámbito de sociedades democráticas el positivismo ideológico se refuerza desde el principio de las mayorías añadiendo un nuevo error consistente en pensar que las mayorías pueden crear una moralidad política que luego se transforma en Derecho justo desde su incorporación al Ordenamiento. Es un error de perspectiva puesto que la legitimidad formal del poder —principios de las mayorías— no puede crear un Derecho justo, sólo un Derecho válido, aunque será una condición del Derecho justo, ese poder legítimo. Pero la moralidad que ese poder asume e incorpora al Derecho es externa, al menos en el punto de partida, aunque luego se pueda perfilar y matizar con las deliberaciones políticas y con los razonamientos jurídicos hechos por los distintos operadores jurídicos.

La tercera posición, en la que se sitúa el libro del prof. Llamas, parece un esfuerzo muy interesante que realizan autores como Hart o como Bobbio, y toda la escuela a la que pertenezco, aunque siempre con gran flexibilidad y desde perspectivas abiertas. La he calificado muchas veces como positivista corregida o normativista corregida y supone la toma de conciencia de la necesidad de reflexionar sobre los contenidos morales del Derecho, que es una forma de organización social que tiene como finalidad hacer posible el desarrollo del hombre desde su libertad de elección y hacia su libertad o autonomía moral. Por consiguiente, y congruentemente con ese fin, la moral pública, entendida como el establecimiento de los valores, derechos y principios de organización, que hagan posible la moralidad privada es consustancial con el Derecho, forma parte de la integridad de su concepto y no se puede buscar éste sin la referencia a la moralidad. Del primer modelo la separan los cauces de incorporación de la moralidad al Derecho positivo, que son los mismos que para cualquier otra norma. Por consiguiente la moralidad juridificada se integra en el Derecho en normas principiales, que son normas como las demás, aunque más abstractas y abiertas.

Del segundo modelo la separan que el rigor formal no agota la identificación del Derecho, y que es necesario incorporar a éste una moralidad

previa también al poder político y no creada por éste. Es una posición que tiene en cuenta la moralidad pero no es iusnaturalista porque la moralidad es significativa y eficaz para el Derecho cuando se positiviza. Es una posición que tiene en cuenta la positividad, pero no es positivista, porque el Derecho positivo no se identifica sólo por razones formales de órganos competentes y de procedimientos, sino por la moralidad que incorpora.

En el marco de esta preocupación y planteando los temas al tiempo desde la Teoría de la Justicia y desde la Teoría del Derecho, el profesor Llamas hace un buen análisis de uno de los intentos más serios desde esta tercera perspectiva de entender al Derecho. Es la teorización del sistema español derivado de la Constitución de 1978.

Con ello actuará dentro del esquema general de preocupaciones de un grupo de profesores al que me estoy refiriendo y en el que me encuentro tratando un tema central del Derecho positivo, los valores superiores, la moralidad legalizada, como Constitución material. Es un problema constitucional visto desde la Filosofía del Derecho que tiene un enfoque muy distinto del de los constitucionalistas. Aquí la toma de posición de los filósofos del Derecho se integra con la toma de posición de los constitucionalistas. No siempre comparto las tesis del autor, aunque sí la mayor parte de las veces, pero eso es poco importante. Lo relevante es que siendo él mismo asume una preocupación colectiva de un grupo en el que se inserta manteniendo incólume toda su libertad.

Gregorio Peces-Barba Martínez

¹ Ver Emilio Lledó. *El surco del tiempo. Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y la memoria*. Ed. Crítica. Barcelona, 1992.

² Obra citada. Pág. 169.

³ Quizás el libro mio más próximo a este tema sea *Los Valores Superiores*. Técno. Madrid, 1984. De Eusebio Fernández debemos señalar *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Debate. Madrid, 1984, y *Estudios de Ética Jurídica*. Debate. Madrid, 1990. De Luis Prieto, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Debate. Madrid, 1990, y *Sobre Principios y Normas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992. De Rafael de Asís, *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al Poder*. Debate. Madrid, 1992.

⁴ Ver el artículo de Maritaen en *Le Philosophe dans la Cité*. Alsatie. Paris, 1960.

⁵ Ver Garzón Valdés, la introducción de la compilación de autores alemanes con el título de *Derecho y Filosofía*. Alfa. Barcelona, 1985. También en Fontamara. México, 1988.