

## CONTESTACION A LOS PROFESORES ESTEVEZ, GORDILLO Y CAPELLA

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ  
Madrid

El amable envío previo del escrito de los profesores Estévez, Gordillo y Capella, discrepando de un anterior trabajo mío sobre «Desobediencia civil y objeción de conciencia» me permite contestar en las mismas páginas del Anuario de Filosofía del Derecho en que se publica.

Mi primera reacción tiene que ser de agradecimiento por haberse tomado el interés de leerme y por criticar mis tesis, identificándome como autor de las mismas. Es una consideración cuando circula, a veces, en nuestra familia académica otro tipo de comportamiento consistente en criticar, sin citar, las tesis que defiende otro colega, que todos identifican, pero al que no se le hace el honor de mencionar, en una especie de autismo narcisista que no necesita interlocutores.

Tras esa primera impresión la lectura del trabajo de mis distinguidos compañeros y amigos me suscita dos observaciones generales antes de entrar en una pormenorizada respuesta a sus puntos de vista, puesto que, como me piden, voy a considerar con toda atención sus argumentos.

La primera es que me parece que la comunicación de nuestras ideas no ha podido sustraerse al gazapo que, según dicen, intentan evitar. Tengo la impresión de que me han situado en un determinado grupo de filósofos del Derecho al que reprochan hacer teología política o jurídica, y que ese prejuicio tiñe toda su argumentación. No estoy en mala compañía porque uno de los firmantes de este escrito al que contesto, el profesor Estévez, utilizaba argumentos parecidos para criticar el libro del prof. Elías Díaz «De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular» en el n.º 2 de este Anuario, en los que latía un rechazo del valor del Estado parlamentario representativo y de su Derecho, y ahí creo que está, ésa sí, una discrepancia de fondo, en la distinta valoración del fenómeno estatal y de su Derecho, de la que estas discrepancias puntuales sobre desobediencia y objeción de conciencia son sólo una consecuencia.

También el profesor Capella en toda su obra ha sido un crítico radical del sistema parlamentario representativo, y en sus libros «Entre Sueños», o «Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado», por ejemplo, se encuentran argumentos suficientes para sostener esta opinión, lo que por otra parte estoy seguro que a él le agrada profundamente. Y que el profesor Capella cree que existe este grupo de Filósofos del Derecho se desprende de su «Comentario a la lectura de 'Entre sueños por M. Atienza'», donde alaba en nuestro compañero de Alicante, su inten-

to de elevación del horizonte de la escuela de la que procede «...limitada a la cuadratura del círculo de la legitimación de la forma representativa de dominio político...» (Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo III, p. 649). Si a esto se añade que en ese mismo trabajo parece atribuir a una no identificada «policía del pensamiento» una persecución porque el suyo no es de fiar y es distinto del normalizado, e incluso desde el punto de vista estético está dispuesto según dice a que se le instale la guillotina eléctrica en la Puerta del Sol, «en la Carrera de San Jerónimo mismamente», no parece absurdo pensar que atribuye a este grupo que hacemos teología, unas intenciones represoras, que aunque se queden en el nivel estético son terribles. Es verdad que siempre ha defendido, y también en este trabajo al que contesto, el sentido del humor, y a eso sólo puedo atribuir que a quienes sólo hemos sido reprimidos por el franquismo, y alguno lo seguimos siendo en la Academia, por los residuos de aquellos tiempos, nos descubra virtualidades represoras.

En todo caso si su desconfianza en el Estado Parlamentario representativo le puede llevar a pensar que quienes lo defendemos encarnamos sus maldades intrínsecas, no me parece excesivo decir que parte también de un cierto prejuicio.

Es probable que alguno de los desenfoces concretos que intentaré fijar al considerar sus argumentos, se explique por este juicio «a priori», y es probable también que la raíz del desencuentro esté en esta distinta valoración del poder democrático y de su Derecho.

La segunda observación general es de coincidencia con su planteamiento de que no hay que tomar los derechos en broma. La practiqué, con prejuicios personales serios durante la dictadura, y lo empecé a reflexionar desde 1973, fecha de la primera edición de mis «Derechos fundamentales», obra que al cabo del tiempo me parece ingenua, llena de defectos y con muchas lagunas, pero que en ningún caso supone un tratamiento en broma de los derechos. Matizan los autores al final de su escrito que se refieren a «los derechos de ahora», como el derecho a objetar en conciencia, distinción que no entiendo, porque lo habían vinculado algunas páginas antes y con razón con la libertad ideológica, que es uno de los derechos clásicos de siempre, del primer modelo liberal de las revoluciones americana o francesa. En todo caso me parece un progreso, pero no soy yo el destinatario de esa exhortación para tomarse los derechos en serio. Decía en 1986 el profesor Capella en aquella misma contestación al profesor Atienza: «...los derechos civiles, las libertades políticas y las garantías individuales no me parecen connaturales al hombre (no son humanos como es humana la mano y la voz), sino históricos. Por otra parte han cobrado una coloración clasista. Los llamados derechos humanos sociales y culturales tienen por objeto elevar la existencia de las personas a la condición de una existencia burguesa. Y la condición burguesa no es una condición humana. Me parece inconsistente una universalización de las gentes construidas así...». En éste y otros textos sería difícil no encontrar también teología política aunque distinta de la que me reprochan, pero en todo caso no parece que podamos hablar de que es un texto que se toma los derechos en serio, sino que los repudia y los rechaza con las palabras más duras posibles.

¿Cómo entonces, y entro de lleno en mi segunda observación general, se puede concluir el escrito de los profesores Estévez, Gordillo y Capella, diciendo que valdría la pena tomarse los derechos un poco en serio? Tengo la impresión de que no se les puede sin embargo acusar de incoherencia, si entendemos el sentido que

dan al término «los derechos humanos ahora», aunque hay que reconocer que es un sentido peculiar que no asume toda la tradición histórica que ha producido la filosofía de los derechos humanos. Es lógico porque ese sentido generalmente aceptado está indisolublemente ligado al origen del Estado Parlamentario representativo, e incluso se puede decir, con Gauchet, que su paradigma máximo, la Declaración de 1789, surge como criterio de legitimidad del nuevo Estado frente a la de la monarquía francesa.

Descubren un nuevo sentido a los derechos que deberían estipular de manera más clara, porque todos entendemos por esa palabra otra cosa, y son coherentes con ese nuevo sentido, que puede apoyar viejas tesis, antiestatalistas y de constatación de que el viejo modelo socialista, que hoy se identificaría con el Estado Social, no sirve y está agotado. Los derechos en cuanto pueden ser vía para contribuir a destruir ese estado de cosas que rechazan, empiezan a ser tomados en serio. Son los derechos contra el Derecho, como la nueva faz que adquiere hoy el ideal del destructivismo jurídico. Se puede comprender que el encuentro en la comunicación es difícil porque ni siquiera entendemos el centro de la polémica, los derechos humanos, en el mismo sentido. Creo que ahí está la mayor dificultad de este diálogo. Para mí el ideal de justicia posible, está en la vía del Derecho del Estado parlamentario representativo, con los derechos humanos como concreción, siempre insuficiente e incompleta, de los valores de libertad e igualdad, que debe tender a integrar y superar las muchas contradicciones, algunas señaladas por mis colegas y amigos, que encuentra en el camino. Prefiero la reforma, y a eso ellos lo llaman teología política y jurídica. Desde su punto de vista todo en lo que yo creo debe ser destruido y sustituido no sé muy bien por qué, ya que sus formulaciones en éste y en otros escritos me parecen difusas. Tengo también derecho a pensar que hacen teología política, y teología por teología, la mía me parece más acreditada y reforzada últimamente por el homenaje que el Partido Comunista Italiano ha hecho en su bicentenario a la Declaración de 1789, y por la vuelta a la vieja casa, llena de defectos, pero sin modelo alternativo, de Hungría o de Polonia.

Los profesores Capella, Estévez y Gordillo han demostrado sensibilidad en sus escritos para apreciar vivamente las crueldades y el dramático patetismo de la vida del hombre en la historia, y yo creo que también comparto ese sentimiento. Ellos probablemente no renuncian a la redención secularizada que es la revolución, porque piensan que un día se podrá terminar con las contradicciones del hombre y se producirá la reconciliación y la revelación de la esencia moral de la humanidad.

Me parece que deseando también que llegase esa buena nueva, prefiero trabajar en el día a día, reformando las contradicciones, buscando soluciones concretas, avanzando sin pretensiones aunque sin perder de vista el horizonte utópico. No estoy, por consiguiente, por soluciones radicales, pero no por rechazo intelectual sino por realismo histórico.

Con esta identificación de los dos puntos de vista, y espero haber sido fiel y respetuoso con el de mis contradictores, estamos, ahora sí, en situación de afrontar nuestros desacuerdos, no sé si para superarlos pero en todo caso para explicar mi posición ante todos los temas que me plantean.

Sitúan sus discrepancias en tres niveles, sobre razones de la obediencia el Derecho, sobre la desobediencia civil y, por fin, sobre la objeción de conciencia, y descubren que mi artículo del «Anuario de Derechos Humanos» al que contestan

parece más claramente representativo de mi pensamiento que otros míos sobre el mismo tema aparecidos en el semanario «El Independiente», y no podrá estar ya de acuerdo con este juicio por la sencilla razón de que, en ambos casos el texto es el mismo. Las razones por las cuales a ellos les parecen distintos son un misterio para mí, que no tiene mayor importancia, aunque me permito suministrarles ese dato por si puede serles de utilidad, así como que el artículo se escribió originariamente para un Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico sobre el tema, y que tuvo lugar en Valladolid en noviembre de 1988.

#### *Sobre las razones de la obediencia al Derecho*

Todas mis apreciaciones en esta parte, como en el resto de mi trabajo, reflejan mis opiniones puesto que no se trata de un estudio que pretenda dar cuenta del estado de la cuestión en la cultura jurídica y política actual, sino de algo mucho más modesto y menos interesante como es expresar lo que preciso sobre el tema. No hago afirmaciones tajantes, ni pretendo tener la razón, e incluso ni siquiera es tema central el de la obediencia, que se plantea al hilo de la desobediencia y de la objeción.

En puridad tienen razón cuando critican mi formulación de que obedecer al Derecho es más «lógico» que desobedecerlo, aunque ellos mismos salvan la objeción sustituyendo «lógico» por razonable.

En realidad me sitúo desde el punto de vista del sujeto activo creador del Derecho, y desde él, es casi una obviedad decir que el Derecho se crea para ser obedecido, con la pretensión de regular de una determinada manera la convivencia en la sociedad, e históricamente es indudable que todos los derechos conocidos han surgido con esa finalidad. Nunca he dicho que es preferible la obediencia en principio, como ellos me atribuyen, sino sólo que con ese objetivo de ser obedecido nace el Derecho. Por eso sitúo el tema de la desobediencia, en su otra cara de la obediencia, en el marco de las sociedades democráticas, del Derecho de los Estados parlamentarios representativos.

En ese modelo acotado se debe entender mi afirmación de que el ordenamiento jurídico es en cierto sentido autónomo. Sacan una consecuencia excesiva cuando identifican esa afirmación con la de que «la interiorización de las prescripciones constituye un requisito para afirmar la existencia o la validez de las normas jurídicas en general...». Fuerzan mi afirmación, que es formal, para situarla en el campo de los contenidos de esas normas.

Precisamente en el origen del Estado parlamentario representativo, ya que no es posible encontrar unos contenidos de justicia aceptables para todos, lo que fue la vieja aspiración del Derecho Natural, se pretende, como decía Pascal, que la fuerza sea justa y la justicia sea fuerte a través de la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal creadora de las normas. En este sentido el Derecho es más autónomo que cuando su creador era un soberano único, el monarca absoluto, y lo es más que con el sufragio censitario y con la represión de las asociaciones obreras. No hago una afirmación absoluta, sino siempre relativa e histórica, pero no me parece razonable negar los avances que se han producido en la participación, muchas veces a costa de mucha represión, de mucha lucha y de mucho esfuerzo. Sería una burla para la memoria de todos los que sufrieron en esa hermosa aventura histórica decir que tan heterónomo es el Derecho con Felipe II que con la Constitución de 1978.

Que existen muchos fallos en esa participación, que se pretende falsear y que existen muchas técnicas de envilecimiento que la desvían y la mediatizan es cierto, pero lo que nos separa, me parece, es que, con todo yo creo que, como demuestra

la historia vale la pena persistir, entre otras cosas porque fuera está el vacío y no se ofrece ningún modelo alternativo si prescindimos de algunas vaguedades.

Buscar ejemplos como el de Tejero, o el del ladrón, supone hacerme decir que la aceptación del sistema debe ser la de todos y cada uno de los ciudadanos de un Estado concreto, a lo que ya Locke o Rousseau, cada uno desde su perspectiva, dieron una respuesta plausible.

Junto a la participación, los derechos humanos, no sólo los de ahora sino todos, y los principios de organización, de la separación de poderes o del imperio de la Ley, aunque sobre éste volveré más adelante, convierten a ese sistema en más propio del que es ciudadano del mismo, y la mayoría piensa en esos casos que es más razonable obedecer. Precisamente una de las líneas de evolución del Estado Parlamentario representativo se sitúa en la voluntad de hacer plausible la obediencia más desde el consenso que desde la fuerza, de ahí la progresiva institucionalización de la resistencia, con lo que disminuyen ostensiblemente las razones de la desobediencia, en lo que están de acuerdo mis distinguidos contradictores, aunque no creo que saquen todas las consecuencias de ello.

Les parece también inexacta mi afirmación de que los gobernantes actúen sometidos a la Ley, y pretenden una vez más convertirla en una afirmación absoluta, lo que no es mi intención.

Y creo que pretenden contradecir este hecho como poco relevante, con unos ejemplos que acepto en parte pero que no me sirven para descalificar el imperio de la Ley. Me parece que es falaz:

1) Privar de importancia, en los sistemas políticos a los que reduzco mi análisis a esta idea del gobierno de las Leyes frente al gobierno de los hombres.

2) No matizar en qué sentido es diferente el cumplimiento de la Ley por gobernantes y gobernados y pensar que siempre esa diferencia es en favor de los primeros. Existen algunos grupos sociales que ofrecen una resistencia al cumplimiento de la Ley, más directa que la que pueden plantear órganos constitucionales. Piénsese en la capacidad de desobediencia de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga por un colectivo de trabajadores y de sindicatos en el ámbito de un servicio público, y reconócese que la capacidad sancionadora y coactiva de los titulares del poder del Estado ha sido prácticamente nula. Por otra parte, aceptando la gran autonomía del Tribunal Constitucional, no se puede olvidar que su actuación está regulada en la Constitución con una Ley Orgánica y que además sus miembros son elegidos en el Parlamento, por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.

Me sitúo en esa corriente que cristaliza definitivamente en la Declaración de 1789, de vincular a la libertad con la Ley, y con todos los fallos y todos los intentos de manipulación que soy el primero en reconocer, sería estar ciego, no ser sensible a que muchas de las explosiones populares en China, o del vasto movimiento de vuelta al constitucionalismo occidental en Polonia o en Hungría, están más vinculadas a esta corriente que a los puntos de vista de mis amigos y colegas de Barcelona.

#### *Acerca de la desobediencia civil*

Aquí me siento más incómodo porque me parece que se hace una lectura sesgada de mis tesis, con un peculiar sentido del humor al analizar mi afirmación

de que muchos ideales —fés militantes les llamaba— que han justificado desobediencia, e incluso resistencias violentas, sin que yo identificase ambas formas de desobediencia, han desaparecido de la cultura política con la evolución histórica.

Me parece que se equivocan cuando pretenden descalificar lo que llaman mi salto a la Filosofía de la historia, porque no hago sino seguir a grandes sectores del pensamiento occidental desde Montaigne o Charron, a Bayle o Fontenelle y los autores de la Ilustración como Voltaire o Diderot, que relativizan el valor de ideales sociales. No se puede negar que se luchó y se murió por los sagrados derechos de los príncipes o por la dictadura del proletariado por poner dos polos muy alejados, y que hoy ya no son ideales que creen entusiasmo ni generen grandes movimientos. Precisamente la defensa y la justificación de la tolerancia desde el tránsito a la modernidad hasta hoy, se sitúan también en razonamientos próximos a los que he pretendido apuntar, por lo que se ve con poca fortuna, aunque me parece razonable seguir pensando que esta idea de tolerancia, y por consiguiente una cierta desconfianza en posiciones muy militantes que pretendan vocación de eternidad, continúa siendo una de las raíces más fructíferas de la democracia.

Y hablando de teología política, hay que señalar que sin discutir sus afirmaciones de que los teóricos de la desobediencia civil rechazan la violencia, y no se sitúan en la dialéctica amigo-enemigo, no se puede olvidar que todos los movimientos son vividos y utilizados a veces con intenciones distintas y que pueden ser desvirtuadas. No se puede afirmar, sin incurrir en idealismo y sin alejarse de la realidad, que como cualquier otro movimiento social, o concepción ética y política, el movimiento de la desobediencia civil se ha usado en España para protestas que no eran incompatibles con el grito de «Eta, mátalos».

Sé que eso es una corrupción y una manipulación de un movimiento mucho más puro y pacífico, pero lo traigo a colación para poner de relieve el talante de los raseros con el que los compañeros Estévez, Gordillo y Capella abordan los problemas. Mientras que el imperio de la Ley, ideal del Estado Democrático es comparado con la dura realidad de sus fallos y de sus defectos incluso, como he indicado, con exageraciones notorias, mantienen al movimiento de la desobediencia civil en el puro mundo de las esencias, incontaminado con cualquier brizna de realidad. Se ve que en un caso son partidarios y en el otro claramente no. A eso lo llamo yo teología política.

Y vamos, por fin en este tema, a la crítica que hacen, por excesiva, de mi justificación de la desobediencia civil a la que acusan de llamar a la desobediencia generalizada. No creo que ésa sea la razón real de su discrepancia. Más bien tengo la impresión de que su rechazo deriva de que construyo una justificación dentro del sistema y ellos pretenden enraizar a la desobediencia fuera del sistema en el que no creen. El desencuentro y la incomunicación están ahí y no en su exageración buscada para descalificar un punto de vista que tiene su raíz en las clásicas concepciones pactistas que vinculan el deber de gobierno con el deber de obediencia. Es evidente que sólo una vulneración del deber de gobierno generalizada en un sector o en la totalidad del sistema, es decir, sólo una ponderación razonable de una desviación estable, consciente y amplia del «compromiso justo», puede dar lugar a la desobediencia civil, con lo que su ironía llamando a mi sentido de la responsabilidad queda un poco en el aire.

#### *Acerca de la objeción de conciencia*

Creo que tienen razón mis contradictores cuando señalan que sólo menciono de pasada la vinculación de la objeción de conciencia con la libertad ideológica, y



probablemente eso puede modificar en algún sentido la relación de la objeción de conciencia con la obligación jurídica general respecto de la cual se disiente, porque la objeción de conciencia se fortalece con esa vinculación a un derecho clásico como la libertad de conciencia, que nuestra Constitución denomina libertad ideológica. Creo sin embargo, que ya aplico este criterio al convertir a la llamada cláusula de conciencia de los periodistas en auténtica objeción de conciencia.

Sin embargo, esa vinculación entre objeción de conciencia y libertad ideológica, que es uno de los clásicos derechos humanos de la primera hornada, de raíz liberal, pone de relieve, como señalaré al concluir estas líneas, la contradicción en la que se mueven Estévez, Gordillo y Capella.

Entran después en el análisis del trato de los objeciones de conciencia y hacen el reproche general de que la ponderación de las diversas situaciones y de los diversos tratamientos se falsean al plantearse «en el pretendido aséptico terreno de la filosofía jurídica», encomendando esa tarea «de interpretar a los profesionales de la retórica». Y aquí, una vez más, incurren en el prejuicio de situarme en un tipo de aproximación que no es la mía, y como a lo que he de contestar es a mis razones, tengo derecho a pensar que no tienen en cuenta, porque sé que conocen mis puntos de vista sobre las relaciones Derecho y Poder, que coincido con ellos en la importancia de las decisiones políticas en este terreno, como en cualquier otra parcela del Derecho.

Creo que su análisis de la objeción de conciencia al aborto no es completa y se argumenta omitiendo datos decisivos y utilizando un término confuso y genérico como el de la autoridad, para referirse al Tribunal Constitucional, al que sólo se identifica dos párrafos más tarde. Si no se dice que el Gobierno y el Parlamento en la Ley no aceptaron la regulación de la objeción de conciencia al aborto, se está ocultando algo importante y es que la ponderación política que hizo el Gobierno socialista y la mayoría parlamentaria, fundamentalmente socialista, comunista y de algún otro parlamentario, coincide con la que ellos hacen en su razonamiento. Por una vez parece que hay una identidad probablemente no deseada y por eso discretamente silenciada entre las posiciones políticas del Gobierno y de la mayoría, y las posiciones políticas de los profesores Estévez, Gordillo y Capella.

Y voy a concluir; para mis queridos amigos tomo en broma los derechos, y me exhortan a que los derechos de ahora como la objeción de conciencia se tomen un poco más en serio. Ya he dicho antes que me alegra esa conversión, e incluso ese celo de neófitos, aunque probablemente deban aceptar que los derechos no son divisibles y que forman un todo, como ellos han reconocido al vincular la objeción de conciencia con la vieja libertad de conciencia o libertad ideológica. Los derechos humanos surgen como un consenso frente al disenso que en muchos produjeron las instituciones del Estado Absoluto, para romper con la legitimidad tradicional y crear una nueva legitimidad. El paradigma será la Declaración de 1789, y nadie puede negar que esos derechos son la moralidad legalizada del constitucionalismo del Estado parlamentario representativo. Hoy los derechos, con una enorme vitalidad, son además de expresión del consenso de la mayoría en ese tipo de Estado y de su Derecho, cauce para proteger a minorías y para institucionalizar el disenso, y ahí viene la objeción de conciencia. Por eso tomar en serio a todos los derechos de origen liberal, democrático y socialista, que son la Constitución material del Estado social y democrático de Derecho. Me parece que si son coherentes y no quieren ser arbitrarios deben tomarse en serio todos los derechos y también el poder político y el Derecho que los ha hecho posibles en la historia.