

BENIGNO PENDÁS GARCÍA

DISCURSO CONSEJO DE ESTADO

(27 – enero – 2022)

Excma. Sra. Presidenta...

Acaso tenía razón Mircea Eliade al estudiar el mito del eterno retorno. Quiere la Fortuna, en efecto, que tenga hoy la ocasión de ingresar por segunda vez en este Consejo de Estado, de nuevo en calidad de Consejero Nato. Tomé posesión entonces, el 9 de febrero de 2012 (¡hace casi diez años!), en mi condición de Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Tempus fugit*. Presidió aquel acto solemne como Vicepresidenta del Gobierno doña Soraya Sáenz de Santamaría, hoy Consejera electiva. Presidía todavía la institución el profesor Rubio Llorente, siendo Consejera Permanente la Presidenta actual, doña María Teresa Fernández de la Vega. Falta desde hace poco, entre otros, el muy añorado Consejero y también Académico de Morales y Políticas don Landelino Lavilla, que presidió a su vez en días lejanos y convulsos del año 1981, incluida la mañana del 23-F, el tribunal de las oposiciones en que gané plaza de letrado de las Cortes Generales. Cuántos buenos recuerdos confluyen en esta hora, para mí muy feliz, del retorno a este Alto Cuerpo Consultivo del que puede afirmarse, como del personaje barojiano, que “ha trabajado *como el que más* por el triunfo de la Constitución y de la libertad”.

Citaba en el acto de mi recepción como Académico, en la cercana Casa y Torre de los Lujanes, a 2 de diciembre de 2014, un hermoso texto de Constantino Kavafis, el poeta de Alejandría, de notoria inspiración neoplatónica: “Para pisar este peldaño / has de ser ciudadano / en su plenitud de derechos, de la *Ciudad de las Ideas* / y es difícil estar en esta Ciudad / y raro que en ella te censen...” Fui recibido en nombre de la Corporación por don Miguel Herrero de Miñón, que me honra también hoy como padrino de este acto. “Un político que nunca olvidó su condición de jurista”, según sus propias palabras. Más aún, un “legista de Estado”, porque su vida y su obra solo se conciben desde su vinculación radical (en el sentido orteguiano) con este Consejo. Representa Herrero, escribí hace poco en una notable revista cultural, la brillante “alternativa historicista” que apenas llegó a cuajar en el Derecho Constitucional

español, imbuido en algún caso de riguroso positivismo jurisprudencial. Concluido su fecundo mandato como Presidente de la Academia, la benevolencia de mis colegas permitió mi elección como nuevo Presidente para el trienio 2022/2024. Entre ellos está mi otro padrino en el día de hoy, el profesor Muñoz Machado, jurista de referencia en la plenitud de su madurez intelectual y máximo responsable como guardián del *tesoro* de nuestra lengua “castellana o española”, según dijera el erudito Sebastián de Covarrubias en su “Diccionario”. Se cumplen por cierto cuarenta años de su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, libro de gran influencia en la vertebración jurídica de nuestro modelo territorial. Gracias muy sinceras a quienes me acompañan en esta ceremonia solemne.

Son muchos y muy notables los vínculos que unen al Consejo con nuestra Academia. Me limito a recordar que el único Jefe de Estado que fue miembro activo de la misma, don Niceto Alcalá-Zamora, era también letrado de esta institución. Académicos han sido también 24 Presidentes del Gobierno o del Consejo de Ministros; el más reciente, Leopoldo Calvo-Sotelo y Bustelo. Es muy abundante asimismo el número de Académicos que reúnen al mismo tiempo la condición de Consejeros (como es el caso, hoy día, de María Emilia Casas Baamonde) o de letrados de esta Casa. Sucedo, en fin, a Marcelino Oreja y a Juan Velarde como miembro del Consejo en nombre de la Academia.

Las Reales Academias, bajo el Alto Patronazgo de Su Majestad el Rey, ocupan un lugar de máxima relevancia en el panorama intelectual de nuestra época confusa: como tengo escrito en otra ocasión, la lechuza hegeliana ha perdido el rumbo en esta encrucijada y no consigue iluminar el camino de los mortales afectados por la fiebre helenística, agravada ahora por la Pandemia. Las grandes naciones cuentan con grandes instituciones. Una institución, escribió el maestro Hauriou, es una idea de obra o empresa que permanece y dura jurídicamente en un medio social. La Corona, máxima institución; este Consejo de Estado; las Reales Academias... son elementos que vertebran una sociedad abierta en el marco de la democracia constitucional que es –a estas alturas de la Historia– la única forma legítima de gobierno capaz de sustentar la *eleutheria* propia de la Atenas de Pericles. Desde entonces sabemos, en efecto, que la libertad *bajo el imperio de la ley* es la única forma digna de la vida genuinamente humana.

Concluyo, cómo no, esta primera parte del discurso dedicada a memorias y gratitudes con una referencia a mi admirado maestro don Luis Díez del Corral, otro ilustre letrado de esta Casa, miembro de tres Reales Academias y Presidente (y luego Presidente de Honor) de Morales y Políticas. Quien les habla es, ante todo y sobre todo, un profesor universitario, formado en la escuela del autor de *El rapto de Europa* que dio frutos muy fecundos en aquella Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Complutense, tan ligada a su vez con el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (y antes al Instituto de Estudios Políticos). Orientó don Luis mis primeros pasos en la docencia de esa asignatura seminal llamada “Historia de las Ideas y Formas Políticas”. Me puso además en la pista de Jeremías Bentham como objetivo doctoral porque –decía– España necesita menos pasiones ideológicas y más sentido común utilitarista. Somos hijos espirituales de nuestros maestros. En este terreno, como en otros todavía más sensibles, he sido y soy una persona afortunada: alumno también de Antonio Truyol y de Jaime Guasp, entre otros; discípulo (y amigo) de Eduardo García de Enterría. ¿Qué más se puede pedir?

Sra. Presidenta, Señoras y Señores:

Vivimos seguramente en un *umbral de épocas*. La Historia no terminó en 1989 con la caída del Muro ni el supuesto choque de civilizaciones comenzó el 11 de septiembre de 2001 con el atentado contra las Torres Gemelas. Vivimos en el mundo *post*: posmoderno, posdemocrático, poscapitalista o poswestfaliano, pero también en el mundo *ex*, cuando hablamos por ejemplo de la antigua Unión Soviética. En estos tiempos, los intelectuales se dejan seducir por las ideologías, los expertos buscan refugio en la eficiencia y los ciudadanos contemplan perplejos la escena, cuando deberían ser protagonistas principales.

Era ya una época incierta, insegura, confusa... Y entonces llegó la Pandemia y nuestras vidas sufrieron (sufren todavía) una profunda conmoción. Nuevas preocupaciones, antes insospechadas o apenas incoadas: teletrabajo, clases “on line”, reuniones telemáticas... Acaso el anticipo de una sociedad virtual, bajo la amenaza de una seria crisis económica y de un desafío (cierto, aunque poco definido todavía) al Estado constitucional. La respuesta, aquí y en todas partes, ofrece luces y sombras. Por ejemplo: aunque la Pandemia es global por definición, la respuesta resulta ser estrictamente local y refuerza así la soberanía del Estado, esa forma política de origen renacentista cuya crisis terminal se anuncia cada poco pero no llega nunca. Felizmente, en mi opinión.

Estamos, pues, lógica y legítimamente preocupados. Recuerden el comienzo impactante de *Masa y Poder*, la obra formidable de Elías Canetti, ilustre sefardí, cuyo apellido familiar era en origen Cañete: “nada teme más el hombre que ser tocado por lo desconocido”. Sin caer en el pesimismo hobbesiano, nos inquieta el futuro en lo político, lo social y económico, lo cultural. También, por supuesto, en cuanto atañe al Derecho. Todos los opositores hemos recitado alguna vez aquel párrafo del Castán en el tema de la prescripción: “el tiempo, *que todo lo muda*, no puede dejar de influir sobre el Derecho”. A ciertas alturas de la trayectoria vital, hemos vivido ya el tránsito desde un positivismo estrecho a un principialismo desbocado. Pasando, eso sí, por un curioso proceso intermedio: porque, como ha escrito el propio Herrero, quienes no han podido eliminar el Derecho Natural han pretendido positivizarlo, y de ahí los “valores superiores” de nuestro ordenamiento jurídico, ubicados nada menos que en el artículo 1.1 de la Norma Fundamental.

Era preciso en aquella circunstancia superar la pereza intelectual, y nuestros maestros jugaron su partida con brillantez. No era lógico continuar preguntando por la “insula in fluminis nata”, como escribe irónicamente Ihering contra los habitantes del paraíso de las Pandectas. El nuevo paradigma pasó a ser la teoría ordinamental de Santi Romano. Su tesis es bien conocida: toda institución es un ordenamiento jurídico; el Derecho, antes de ser norma, es organización; el ordenamiento funciona como sistema o estructura, al modo de un tablero de ajedrez, donde cada pieza solo tiene sentido en relación con el conjunto. Y así aprendimos, de la mano de don Federico de Castro y, en Derecho Público, del ya citado maestro Enterría, a manejar las relaciones entre ordenamientos jurídicos. Por fortuna, los autores de la Constitución eran grandes juristas: gracias a ello, y a la muy digna jurisprudencia constitucional, aprendimos a integrar los ordenamientos que rompen (pero no quiebran) el monopolio de la soberanía estatal, ya fuera el Derecho de la Unión Europea o del Estado de las Autonomías. Prefigurada por el título preliminar del Código Civil (y aun antes por las leyes inspiradas por la “generación de la RAP”), la Constitución nos enseñó y nos obligó a distinguir entre la ley y el Derecho, entre *Gesetz und Recht*. Superamos gracias a ellos aquel estéril “Derecho autista” que solo vive en un presente sin pasado ni futuro, como tiene escrito Alejandro Nieto, otro ilustre miembro de nuestra Academia.

Estuvo entonces y sigue estando el Consejo de Estado a la vanguardia de ese desafío. Debe estarlo también, a partir de ahora, ante nuevos retos: *soft law*, Derecho dúctil y líquido, pautas y estándares técnicos obra de expertos no siempre sujetos al control del Estado democrático. Es preciso llevar hasta el límite las fronteras del *rule of law*, la seguridad jurídica, el principio de legalidad, los viejos y eternos cánones del Estado de Derecho. Es decir, tenemos que invocar de nuevo al famoso “genio expansivo” de nuestra juventud. De nada sirve lamentarse, porque resulta inútil poner barreras al hombre fáustico, al tsunami de la Historia. O, mejor dicho: después del ejercicio natural de melancolía, es preciso buscar nuevas fórmulas para salvaguardar las señas de identidad del Derecho. Y el Consejo de Estado, por tradición y por vocación, puede y debe actuar como motor y guía en esta tarea apasionante.

Se avecinan (o ya han llegado) cambios sustanciales en el núcleo mismo de lo jurídico. Recuerdo de mi etapa anterior en esta Casa un Pleno acerca del dictamen sobre el “non nato” proyecto de Código de Comercio. Véase la evolución. Nació como

Derecho estatutario, la “lex mercatoria”. Pasó a ser el Derecho de los “actos de comercio”, con criterios objetivos. De nuevo volvió a la concepción subjetiva, como Derecho de la empresa. Y aquel proyecto nos convertía otra vez a todos en sujetos potenciales de un Derecho mercantil que casi llegó a consumir el objetivo de borrar del mapa jurídico al viejo *ius civile*, benemérito, sin duda, pero a veces arcaico.

Y tantas y tantas cosas más. Entre otras: el abuso del Decreto-Ley por parte de todos los Gobiernos en contraste con la desaparición práctica del utilísimo Decreto-legislativo. Las leyes promocionales cargadas de retórica estéril, y a veces dañina. La muy mejorable calidad técnica de los textos normativos, que tanto preocupa (y con razón) a este Cuerpo Consultivo. Los defectos notorios del procedimiento legislativo, y aún del prelegislativo. La insólita atribución al juez de lo contencioso de potestades cuasiadministrativas previas al ejercicio de su genuina función jurisdiccional. En suma: hay que legislar menos, mucho menos, y legislar mejor, mucho mejor: sean pocas y buenas las premáticas, aconsejaba Don Quijote al gobernador “in fieri” de la ínsula Barataria. Y, ciertamente, hay que atender cuanto antes a las novedades que ya no lo son tanto: derechos digitales; régimen jurídico de los robots o prestación de servicios por vía telemática, entre otros muchos ejemplos. Persigamos cualquier quiebra del Estado de Derecho, esas nuevas inmunidades del poder, con la misma tenacidad que el capitán del “Pequod” empleaba con Moby Dick, aunque con mejor estilo y, cómo no, con mayor sosiego.

Todo sea para evitar el camino de regreso del *logos* al mito, que en política se llama populismo. “Representa lo mejor que puedas el papel que te han encomendado”, es un sabio consejo que recibían los habitantes de Utopía. Y hagámoslo pronto y bien, no sea que se cumpla la temible profecía de Franz Kafka en el inquietante y ambiguo comienzo de “El castillo”: “Cuando K. llegó, ya era tarde”.

Muchas gracias.