

XII  
2019

Anuario de la  
Facultad de Derecho

UAH

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ



**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE  
LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ  
VOL. XII-2019**



# ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### PRESIDENTE

José Enrique Bustos Pueche (*Universidad de Alcalá*)

### DIRECTORA

M<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*)

### SUBDIRECTORA

Margarita Viñuelas Sanz (*Universidad de Alcalá*)

### COORDINADOR DE EDICIÓN

José Manuel del Valle Villar (*Universidad de Alcalá*)

### SECRETARIOS ACADÉMICOS

Francisco Javier Díaz González (*Universidad de Alcalá*) y Jorge García-Andrade Gómez (*Universidad de Alcalá*)

### VOCALES

José Ignacio Rodríguez González (*Universidad de Alcalá*), Juan Antonio Bueno Delgado (*Universidad de Alcalá*), y Ángeles Martín Rodríguez (*Universidad de Alcalá*)

## COMITÉ ASESOR

Eugenia Ariano Deho (*Universidad San Marcos de Lima*), Philippe Auvergnon (*Universidad de Burdeos*), José Manuel Calderón Ortega (*Universidad de Alcalá*), Carmen Chinchilla Marín (*Universidad de Alcalá*), Luis Javier Cortés Domínguez (*Universidad de Alcalá*), Eva Desdentado Daroca (*Universidad de Alcalá*), José María Espinar Vicente (*Universidad de Alcalá*), Alfonso García-Moncó Martínez (*Universidad de Alcalá*), Carlos García Valdés (*Universidad de Alcalá*), M. Isabel Garrido Gómez (*Universidad de Alcalá*), José Luis Gil y Gil (*Universidad de Alcalá*), Juana M. Gil Ruiz (*Universidad de Granada*), Fernando Gómez-Carbajo de Viedma (*Universidad de Alcalá*), Emiliano González Díez (*Universidad de Burgos*), Juan Carlos González Hernández (*Universidad de Alcalá*), Santiago Hierro Anibarro (*Universidad de Alcalá*), Miriam M. Ivanega (*Universidad de Buenos Aires*), Carlos Jiménez Piernas (*Universidad de Alcalá*), Michael Lang (*Universidad de Viena*), Diego-Manuel Luzón Peña (*Universidad de Alcalá*), María Marcos González (*Universidad de Alcalá*), Isabel Martínez Jiménez (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Carolina Martínez Moreno (*Universidad de Oviedo*), Luis Martínez Vázquez de Castro (*Universidad Jaume I*), Isaac Merino Jara (*Universidad del País Vasco*), Esteban Mestre Delgado (*Universidad de Alcalá*), Carlos Molina del Pozo (*Universidad de Alcalá*), Emma Montanos Ferrín (*Universidad de A Coruña*), Malina Novkirishcka-Stoyanova (*Universidad de Sofía*), Juan

Ignacio Peinado Gracia (*Universidad de Málaga*), Nazareth Pérez de Castro (*Universidad de Alcalá*), Miguel Rodríguez Blanco (*Universidad de Alcalá*), Teresa Rodríguez Montañés (*Universidad de Alcalá*), Miguel Sánchez Morón (*Universidad de Alcalá*), Vittorio Santoro (*Universidad de Siena*), Silvia del Saz Cordero (*UNED*), Balázs Schanda (*Universidad Católica de Budapest Pázmány Péter*), Achim Seifert (*Universidad de Jena*).

## CONSEJO EDITORIAL

Avelina Alonso de Escamilla (*Universidad CEU San Pablo*), Kai Ambos (*Universidad Georg-August de Göttingen*), Mercé Barceló Serramalera (*Universidad Autónoma de Barcelona*), Raúl Canosa Usera (*Universidad Complutense de Madrid*), Jesús M. Casal Hernández (*Universidad Católica Andrés Bello*), Raffaele Caterina (*Universidad de Turín*), Alberto Ricardo Dalla Via (*Universidad de Buenos Aires*), Sionaidh Douglas-Scott (*Universidad de Oxford*), Francisco J. Eguiguren Praeli (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Fernández de Buján y Fernández (*Universidad Autónoma de Madrid*), Carlos Fernández Rozas (*Universidad Complutense de Madrid*), Javier García Roca (*Universidad Complutense*), Mónica Guzmán Zapater (*UNED*), María Ángeles Parra Lucán (*Universidad de Zaragoza*), Claudio M. Radaelli (*Universidad de Exeter*), Pablo Ruiz Tagle (*Universidad de Chile*), Agustín Squella Narducci (*Universidad de Valparaíso*), Ángeles Solanes Corella (*Universidad de Valencia*), Rik Torfs (*Universidad Católica de Lovaina*), Marco Ventura (*Universidad de Siena*), Javier de Vicente Remesal (*Universidad de Vigo*).

## SUSCRIPCIÓN

Facultad de Derecho.  
C/ Libreros 27. 28801 Alcalá de Henares (Madrid)

*Para la suscripción, adquisición de ejemplares o colaboración con el Anuario, consultar las Instrucciones para los autores y la Hoja de pedido/suscripción.*

ISSN: 1888-3214

Depósito legal: M-3.445-1992

El Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá es una publicación de periodicidad anual que se publica en el primer trimestre de cada año. El Anuario se encuentra indexado en las Bases de datos ACNP -italiana- CIRC, COPAC, CSIC, DIALNET, DICE, DULCINEA, EBSCO, IN-RECJ, ISOC, Directorio y Catálogo LATINDEX, MIAR, OCLC WorldCat, RESH, SUDOC, vLEX y ZDB

# ÍNDICE

## I. ESTUDIOS

- Interpretación y calificación jurídica de hechos..... págs. 3-31  
por *Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz*
- Il diritto di contestazione delle decisioni automatizzate  
nel GDPR..... págs. 33-69  
por *Claudio Sarra*
- Interés superior del menor y deporte profesional ..... págs. 71-93  
por *Carmen Florit Fernández*
- Menores de edad: ¿Un derecho a la propia muerte?..... págs. 95-116  
por *Santiago San Antonio Márquez*
- La exclusión de los menores Trans en el ámbito de la  
Ley 3/2007, de 15 de marzo..... págs. 117-148  
por *Alfonso Vicente Lorca*
- Estudio sobre la responsabilidad contractual desde la  
perspectiva del derecho comparado bajo el contexto de la  
modernización del derecho contractual ..... págs. 149-167  
por *Yun Li*
- Incumplimiento contractual del artículo 50 del estatuto de los  
trabajadores por modificación sustancial de condiciones  
de trabajo..... págs. 169-193  
por *Macarena Castro Conte*
- Las cláusulas MAC (*Material Adverse Change*) en los  
procesos de fusión y adquisición de empresas en el  
ordenamiento jurídico español..... págs. 195-220  
por *María Fenollar González*

## II. NOTAS

- El fiscal: notas sobre ética y deontología..... págs. 223-234  
por *Justino Zapatero Gómez*
- Pronunciamento del TJUE sobre los contratos excluidos  
en el artículo 10, letra H, de la Directiva 2014/24/UE:  
sentencia TJUE de 21 de marzo de 2019 (C-465/17) ..... págs. 235-243  
por *Carlos Francisco Molina Del Pozo*

- Cuestiones controvertidas en la aplicación de la ley integral  
contra la violencia de género ..... págs. 245-254  
por *Silvia Pascual Lopez*

### III. ACTOS ACADÉMICOS

- Conferencia en la fiesta de San Raimundo de Peñafort  
curso 2018-2019: “Tensión y extensión de los derechos” ..... págs. 257-266  
por *Consuelo Madrigal*
- Conferencia en la fiesta de San Raimundo de Peñafort  
curso 2018-2019: “Tensión y extensión de los derechos” ..... págs. 267-271  
por *Angel Francisco Llamas Luengo*
- Foro de debate. Curso 2018-2019 ..... págs. 273-276  
por *José Manuel del Valle*

### IV. RECENSIONES

- Autobiografía en fragmentos. Conversación jurídico-política  
con Benjamín Rivaya ..... págs. 279-285  
por *Guillermo Escobar Roca*
- La seguridad social en España y la idea de solidaridad ..... págs. 286-289  
por *José Manuel del Valle*
- La gran reforma social de 1900. Filantropía social y  
emergencia de las primeras leyes obreras ..... págs. 290-294  
por *Aránzazu Roldán Martínez*
- El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica ..... págs. 295-298  
por *Tatsiana Ushakova*
- Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros ..... págs. 299-302  
por *Alejandro Martín Zamarriego*
- La prueba de ADN como prueba científica. su virtualidad jurídico  
procesal ..... págs. 303-310  
por *Antonio Villanueva Martínez*

### V. INFORMACIÓN DE PUBLICACIONES ..... págs. 313-318

### VI. INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES ..... págs. 319-321

**DÍAZ, ELÍAS.**  
***AUTOBIOGRAFÍA EN FRAGMENTOS.***  
***CONVERSACIÓN JURÍDICO-POLÍTICA CON***  
***BENJAMÍN RIVAYA,***  
**Trotta, Madrid, 2018, 160 págs.**  
**ISBN: 978-84-9879-739-8**

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

*Universidad de Alcalá*

El profesor Elías Díaz (ED), uno de los más importantes filósofos españoles del Derecho del siglo XX (y también de estos inicios del XXI), es un auténtico intelectual, diría que uno de los pocos que nos quedan, y ello en el sentido de la definición que más me gusta, la de Ortega (aunque no localizo ahora la cita), “profesional de la cultura con vocación política”... , aunque su castellana modestia le impide calificarse como tal. Su rica y amplia obra tiene el mérito, entre otros muchos, de resultar accesible (algo muy de agradecer, en especial por parte de quienes no somos filósofos “profesionales”): ED escribe para todos, y siempre en un estilo muy característico, matizando continuamente sus posiciones (frecuente uso de paréntesis y frases yuxtapuestas), como si quisiera dialogar con un hipotético oponente (el “diálogo como vía para el conocimiento ético”, p. 24), evitando todo dogmatismo o imposición de las propias ideas. Su llamada a la tolerancia y al respeto de las opiniones contrarias es una constante en sus escritos.

La entrevista que le realiza el profesor Rivaya le sirve (y me sirve) para repasar su obra, pero añadiéndose ahora, como elemento más original de este último libro, su continua conexión con el momento histórico en que la escribió, la mejor prueba de que ninguno de sus trabajos es “inocente”, y que todos (o casi todos) tuvieron (y ojalá tendrán, pues todos esperamos que siga escribiendo) una intencionalidad concreta, y casi siempre de transformación social. Ya desde sus inicios: “me matriculé en la Facultad de Derecho, quizás ya entonces más atraído por el ideal de la justicia que por las leyes mismas” (p. 20); “praxis y teoría no son nunca términos escindibles” (p. 55). La cita de Marx en la p. 119 resulta más que pertinente. Y, lo que todavía es más importante para mi generación: ellos tuvieron que trabajar para criticar al franquismo y construir la democracia, a los siguientes nos toca analizar las deficiencias de la democracia actual y trabajar por su mejora (p. 143), y eso intentamos.

En espera de poder elaborar un trabajo más elaborado y sistemático sobre la obra de ED, me centraré ahora en cinco de los ejes temáticos (reelaboración propia) que aparecen en la entrevista publicada, en un diálogo (crítico) con el autor, como creo él mismo preferiría. Solo dos anécdotas personales sobre su talante, que muestran su optimismo antropológico (en la entrevista él lo atribuye a Peces-Barba, pero

ED le supera con creces): conocí a ED en su despacho de la Autónoma en junio de 1986, recién terminada mi licenciatura en Derecho en Valladolid (yo 22 años, él 52), donde le manifesté mi interés por la Filosofía del Derecho, quizás como profesión, animándome él a ello y realizándome una recomendación que resultó ser, por suerte para mí, negativa: me incitó a que fuera de su parte a hablar con Jaume Brufau, el catedrático de Valladolid, y eso fue peor, pues me echó de su despacho en cuanto le mencioné su nombre... no imaginaba ED que no solo era odiado por “el otro Elías” (de Tejada). La sombra del franquismo era alargada. Dos años más tarde, cuando le comuniqué mi cambio al Derecho constitucional y mi traslado a Madrid, me dijo que me veía como futuro magistrado del Tribunal Constitucional, y creo que lo decía en serio (no practica mucho la ironía)..., poco imaginaba él que cada vez más los dos “grandes partidos” se repartirían esos puestos y que si no eras “de los suyos” no había nada que hacer.

**1. La Universidad.** ED siempre ha sido un universitario vocacional, rechazando siempre los cargos públicos (p. 112), salvo un breve período como director del entonces Centro de Estudios Constitucionales (“me aburría”, me confesó en una ocasión), con una gran dedicación a sus estudiantes (recuerdo su frase cuando estaba corrigiendo: “cada examen es un alma”), que es lo que más echa de menos tras su jubilación (p. 139), amor a sus discípulos (por cierto, me ha sorprendido que haya calificado a Atienza y Laporta como los mejores, no porque pueda ser cierto sino por esta confesión de predilección) y, lo que más me llamó la atención de la entrevista, con un proyecto personal y a largo plazo (“me había trazado un cierto plan personal de investigación de la que quería ser, a la vez y en conjunción, una (o mi) filosofía jurídica y política”, p. 36), navegando siempre por encima de las modas (“yo no he sido mucho de estar al día”, p. 141), como si no quisiera perder el norte.

Poco antes de la muerte de Franco logra la cátedra de la Universidad de Oviedo, y en vez de integrarse a fondo en la incipiente política democrática, cuando todo estaba por hacer y eran muchas las tentaciones, se dedica a sus alumnos, y se muestra feliz con los resultados: “a lo que yo había ido a Oviedo [...] era para ocuparme de la enseñanza [y allí] pude cumplir de modo satisfactorio con mi deber”, p. 89). Hoy se escribe más bien a retazos, a mataballo, son muchos los colegas que sueñan con un cargo público y no es fácil encontrar profesores que trabajen a largo plazo, y así nos va, carentes todavía de grandes construcciones (pienso ya en mi “gremio” constitucional) sobre los principios constitucionales y sobre los derechos fundamentales. Con envidia constato que la Universidad de ED ya no existe (lapidario en p. 80: “en aquella época había, y lo sabíamos bien, una Universidad mucho mejor”). Su Universidad tenía estos caracteres, y casi todos están en decadencia: conversaciones sobre todo tipo de temas con personas que leen, admiración por los maestros, espíritu de escuela y de trabajo en equipo, afán en todas partes por aprender. Paradójicamente, parecía una Universidad más libre y tolerante: entonces cada uno manifestaba su ideología, hoy tiende a ocultarse; había más respeto por las opiniones ajenas, hoy hemos perdido el don de saber escuchar: el “término ideología, de dual

significado, se entendía y funcionaba bien entonces, a diferencia de los simplismos y reduccionismos democráticos de ahora”, “todos allí [en “Cuadernos para el Diálogo”] eran (éramos) liberales, en el buen sentido (no reductivo) de la palabra” (p. 46). ¿Cuándo comenzó la decadencia? ED da la clave: cuando empezaron a organizarse los partidos y unos y otros se vieron como competencia (p. 48). Aunque, a mi juicio, el principal problema de la Universidad española actual es la decadencia de la cultura, empezando por los profesores (hace unos días, en la cafetería de la facultad, un joven ayudante –eso sí, con varios artículos en revistas “indexadas”- me confesó no conocer a Keynes y Gramsci simplemente “le sonaba”), y la formación previa de los estudiantes, carentes cada vez más de sentido crítico. Relata ED que su primer manual de 1971 fue creciendo gracias a las aportaciones de los estudiantes (p. 65)..., yo las ideas que he recibido de mis alumnos para mejorar mis libros se contarían con los dedos de una mano, y quizás hasta sobrarían dedos.

Después de todas sus vicisitudes para acceder a la cátedra (pp. 73-86), en tribunales dominados por auténticas mafias (el problema continuaría hasta la Ley de Universidades de 2001), tras obtenerla finalmente en Oviedo decide pronto regresar a Madrid para crear un equipo en la Autónoma (su intención integradora era muy clara, pp. 92-94 y 99-105; “consolidar y normalizar el plural proyecto intelectual”, p. 102), algo que él logró pero que hoy no se entendería, y ni siquiera se podría hacer legalmente. Me atrae el modelo alemán, de contratación más libre de profesores, con proyecto y equipo.

**2. El franquismo y su oposición.** Yo tenía doce años cuando murió Franco y todavía llegué a ver el “franquismo sociológico”; niño de clase media, nieto del secretario de los ministros de Asuntos Exteriores (de Serrano Suñer a Castiella) y de un represaliado de la dictadura, ni en mi casa ni fuera escuchaban críticas al “régimen”. En el relato de ED se reconoce que pese a todo había cierta tolerancia, y en especial en la Universidad; al menos, ED no refiere ningún caso de limitación a su libertad de cátedra.

La oposición era minoritaria y no pocos de los compañeros de viaje de ED se guardaban de criticar en público al sistema, cuando no colaboraron con él; como ejemplo, su admirado Aranguren, preguntado en 1969 (en las famosas *Conversaciones en Madrid* de Salvador Paniker) sobre el régimen, afirmaba: “Yo me conformaría con muy poco; me conformaría, simplemente, con que el Régimen fuera, de verdad, lo que dice que es”. La represión no fue tan brutal y la transición a la democracia venía fraguándose lentamente mucho antes de 1975, favorecida por el crecimiento económico y de la clase media. Sin un potente movimiento intelectual previo no parece posible ningún cambio de sistema, y por eso fracasó el 15-M, intelectualmente anodino. ED lo ejemplifica en los puentes que él mismo tendió entre Tierno y Morodo (p. 45) y sobre todo en “Cuadernos para el Diálogo” (p. 48). En tiempos de confrontación entre tesis revisionistas e idealizadas de la transición, su equidistancia es de agradecer: alude a la “nunca perfecta ni cerrada transición” (p. 107), elude “una connotación triunfalista y perfeccionista de la transición y de la Constitución”, y concluye, con buen criterio: “a pesar de todo más luces que sombras” (p. 108). Y me permitiría añadir, también a modo de resumen: “hicieron (no sin riesgos) lo que les

dejaron”, y algo sobre estos condicionantes, y en especial sobre los económicos (que quizás expliquen nuestro nefando art. 53.3 CE), se dice en la p. 118.

**3. Su filosofía política (el socialismo).** ED, como casi todos los grandes intelectuales, procede de la clase media (hijo de un modesto funcionario del Ayuntamiento, nieto de médico y estudiante de posgrado siempre con becas), y casi llega a confesarse burgués (p. 88), pero desde joven, marcado quizás por la penuria de la posguerra, tiene una clara conciencia social... aunque sin apenas contacto con la clase obrera (p. 88), causa quizás de la falta de un análisis (aunque referencias también hay) en su obra del mundo del trabajo. Siempre se ha considerado socialista, y añadido que de los de verdad, si bien con alguna evolución en su concepción del socialismo. Desde luego, el socialismo democrático, esto es, respetuoso con el Estado de Derecho y la alternancia (afirmación hoy obvia, pero no tanto en los años sesenta), de forma tal que si hubiera que elegir entre socialismo y democracia, el primero tendrá que esperar (y creo que esperaremos muchos años todavía). El socialismo de ED es difícil de calificar (no se define como socialdemócrata ni como socialista liberal, aceptando ambos términos como sinónimos, p. 111) ha sido poco estudiado, y es necesario hacerlo, habida cuenta del persistente desconcierto intelectual de la izquierda, al menos desde 1989. Las características de su socialismo, evidentemente alejado del PSOE actual (recordemos su famosa frase. “militante pero no simpatizante”), son las siguientes: a) un control riguroso del capitalismo, el principal responsable del actual estado de cosas (p. 57), excluyendo del mercado los sectores estratégicos y la gestión de los bienes colectivos (aquí su concepción evoluciona, pasando de la autogestión defendida en sus primeros escritos a una suerte de economía mixta con planificación democrática); b) un Estado fuerte pero no totalizador, abierto al diálogo y a la colaboración permanente con la sociedad civil, y en particular con los movimientos sociales. Un socialismo posible pero que ni está ni se le espera, en épocas de capitalismo desbocado y creciente burocratización y aislamiento del poder.

Este lector echa de menos más datos sobre su militancia. Sabemos tan solo que conoció a Felipe González y a Alfonso Guerra en la cuenca minera asturiana en torno a 1974 (p. 88), que acudió a varios congresos del partido (pp. 120-121) y que asesoró a Gregorio Peces-Barba en la ponencia constitucional (p. 111, aunque desconocemos en qué partes de la Constitución llegó a influir), y poco más. No despliega críticas al PSOE en ningún momento, y hubiera sido interesante conocer su opinión sobre el socialismo realmente existente, esto es, el desarrollado por el partido en la práctica durante los mandatos de Felipe González y de José Luis Rodríguez Zapatero.

**4. La Constitución.** Como constitucionalista y no filósofo, me atrevo a realizar alguna crítica, más bien metodológica, a la teoría y (a ratos) dogmática constitucional (que quizás no sea tal sino teoría del Estado) de ED de nuestra Constitución, en la seguridad de que la aceptará con agrado. En primer lugar, creo que no separa bien los elementos de nuestra forma de Estado, y separarlos resulta necesario para identificar bien lo que, como principios constitucionales, cada uno de ellos quiere decir:

- a) el Estado de Derecho incluye para él demasiadas cosas (p. 56) y es más bien el Estado material de Derecho; no he localizado el que llama “increíble anti-informe” de 1964 “España, Estado de Derecho” pero quizás en la España de Franco sí tuvimos un cierto Estado formal de Derecho (aunque con violación flagrante de los derechos humanos), esto es, con unos mínimos de seguridad jurídica, independencia judicial y control de la Administración: prueba de ello es que los jueces del franquismo continuaron en la democracia, las grandes leyes administrativas tardaron décadas en modificarse (la ley de procedimiento en 1992 y la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en 1998), y algunos dicen que para peor, y el propio ED comprobó cómo algunas de las arbitrariedades del poder sufridas en sus propias carnes eran corregidas por los tribunales (pp. 60 y 84).
- b) el Estado democrático es entendido también en un sentido muy amplio. Primero, como participación en las decisiones (también en la sociedad, apuntando claramente en favor de la hoy casi olvidada democracia industrial, p. 124), pero la compatibilidad entre representación y participación (apuntada en p. 122) acaba escorándose a favor de la primera (“una vez constituido el Estado es la democracia representativa quien decide”, p. 123) y se elude la crítica a la representación, y de esta forma se diluye la radicalidad del proyecto democrático; apuntando bien contra el populismo (pp. 122) e incluso contra la democracia directa (p. 143), apuesta por “la existencia y fortalecimiento de una homogeneización crítica entre ambos niveles”, y aquí está la clave. Segundo, democracia es también participación en la riqueza (en los resultados dice él), lo cual en el fondo compartiría (esta es también la tesis principal de Mario Bunge, para quien no hay democracia real sin socialismo) pero a esto no suele llamársele democracia, y al final un concepto tan amplio puede resultar contraproducente, pues si se mezclan elementos tan dispares se pierde la unidad conceptual del principio constitucional y se identifican peor sus carencias.
- c) El Estado social (*rectius*, Estado de bienestar) ya que es objeto de una original crítica, creo que de inspiración marxista, en su primer libro (1966), y siempre me pareció una de las tesis más interesantes de aquella obra clásica. Aunque la crítica parece haberse diluido (en el libro que ahora reseño encuentro más bien una visión positiva del Estado social, aunque quizás este sea diferente del Estado del bienestar), convendría no olvidarla del todo. Ya hemos visto cómo su socialismo desconfía de un Estado demasiado grande, o burocratizado, y entre sus preocupaciones constantes se encuentra la participación social en las instituciones, lo que parece compatible con fórmulas de colaboración de la sociedad en la gestión concreta del Estado social. En todo caso, nuevamente se plantea el problema conceptual: ED definió en 1966 el Estado social de forma poco convencional (y después apenas ha vuelto sobre el tema), y en mi opinión hubiera sido más útil (para que el entendimiento con los constitucionalistas fuera más fructífero) incluir dentro de él, y no en el Estado democrático, la participación en los resultados.

En su crítica a Atienza y en su mayor coincidencia con Laporta (pp. 146-149) hay una idea clave que me interesa mucho, porque me ayuda a quitarme las anteojeras de constitucionalista y porque de algún modo rectifica la identificación de su concepción del Estado con la concepción de nuestra vigente Constitución, tesis que (matizadamente, como siempre) defendió en un memorable trabajo de 1982 (“El Estado democrático de Derecho en la Constitución española de 1978”, que todo constitucionalista debería leer y que sigue siendo, por razones obvias, uno de los trabajos suyos que más me interesa), si bien reconociendo al final que se trataba de *su* interpretación, no de la única interpretación posible. Yo también creo (y con ED debo ser el único) que nuestra Constitución no solo admite esa interpretación sino que además se trata de la interpretación más correcta. Aquí es donde advierto una cierta evolución: cuarenta años después, esta concepción no ha triunfado sino todo lo contrario; piénsese por ejemplo en preceptos que bien se corresponden con el socialismo de ED, como el 9.2 (el “corresponde a los poderes públicos” ha sido leído como “puede” y no como “debe”), el 40 (el pleno empleo se utiliza como justificación de la flexibilidad laboral y de la distribución de la riqueza, mencionada también en otros preceptos, nunca se ha sabido nada) o los nunca aplicados 129.2 (la participación en la empresa se entiende como mera información a los representantes de los trabajadores) o 131 (planificación nunca realizada). Así las cosas, ED camina hacia el realismo, retrocede, y regresa del Derecho constitucional a la Filosofía del Derecho. En definitiva, la Constitución llega hasta donde llega, la propuesta de ED se mantiene, pero ahora desde fuera. Extraordinaria línea de trabajo, pues nos advierte sobre los riesgos del positivismo inclusivo (después volveré sobre ello) y en especial sobre las carencias de un análisis del Derecho constitucional idealizado y solipsista. Hay valores fuera de la Constitución.

Me interesa también su perspectiva sociológica, que no deja lugar a dudas: ED constata un creciente aumento de la distancia entre la Constitución y la realidad, léase un incumplimiento casi estructural de los principios constitucionales: “Nada es fácil, es verdad, pero también lo es que [...] se podía y debía haber hecho mucho más y mucho mejor en ámbitos de regulación económica, de mayor participación real para los sectores sociales más perjudicados y con mayor determinación ante esos principales causantes y beneficiados de aquella” (p. 109); véase, para mayor detalle, su otro gran trabajo de Derecho constitucional, el publicado en el libro-homenaje a González Campos, reeditado en *De la Institución a la Constitución*, con el título “La Constitución democrática de 1978: realidades y posibilidades” (2009). Sagazmente ED nos da la clave del trabajo futuro: si la Constitución se incumple de esa manera, no queda otra salida que reformarla, y ello al menos en tres ámbitos fundamentales (pp. 109-110 y 113-117), la laicidad del Estado (tema por cierto del que se habla poco), los derechos sociales (no sabe ED el espaldarazo que así me otorga a mi último libro, donde casi en solitario defiende esta misma idea) y el problema territorial. En la entrevista, ED se detiene sobre todo en esta tercera línea de reforma. Defiende el federalismo como salida (pero no solo) al conflicto de Cataluña, iniciado “sin legitimidad ni legalidad” (p. 115), aunque él mismo reconoce que los independentistas no lo iban a aceptar; no es extraño que su defensa (matizada) de la democracia repre-

sentativa le lleve a no plantearse la posibilidad, en mi opinión más útil, de reconocer el derecho a la convocatoria popular de referéndum, que existe en otros países, y que debería ir seguida, como ED bien apunta, de un referéndum nacional de reforma constitucional. Quizás ED no ha extraído todavía las consecuencias de sus críticas, no demasiado contundentes, al estado actual de la democracia representativa, y la necesidad de corregirla parcialmente apenas se ha desarrollado en su obra.

**5. Su filosofía jurídica (el positivismo abierto).** La crítica de ED al iusnaturalismo ha sido siempre constante, pero quizás más coyuntural (por el rancio iusnaturalismo dominante en el franquismo, esp. pp. 35 o 40) que otra cosa. Ya no se considera que resulte imprescindible optar entre iusnaturalismo y positivismo, y el propio ED se ve obligado a matizar: “prefiero un iusnaturalista crítico a un positivista aséptico, adióforo, avalorativo, indiferente a valores éticos y políticos”. Al final, la crítica a ese mal positivismo (sobre todo, p. 67) termina llevándole, casi a regañadientes, a una “tercera posibilidad” (pp. 64-65), cercana al positivismo inclusivo que yo mismo he defendido... aunque ED, siempre sagaz, ya nos advierte sobre su cierta trampa (“se saca por la puerta principal lo que (referencia a valores) se ha introducido antes por la ventana trasera o lateral”. p. 68) y sobre sus limitaciones (“puede servir para una estricta y reducida (aislada) Teoría del Derecho pero no para una más amplia y compleja Filosofía del Derecho”, p. 69). Por último, y ya sin espacio, dos ideas telegráficas sobre los presupuestos epistemológicos de una buena ciencia del Derecho, que los no filósofos deberíamos practicar, y con estas últimas enseñanzas me quedo, para seguir trabajando: los juicios de valor no son emociones sino que pueden racionalizarse y se construyen entre todos, desde una cierta concepción consensual de la verdad (p. 148); para avanzar racionalmente necesitamos acudir a los conocimientos de otras disciplinas (p. 149). Seguimos necesitando, y más que nunca, entre otras cosas, una buena sociología del Derecho, que sigue ausente entre nosotros. Gracias Elías por tu magisterio y por tu ejemplo, que nos inspira de continuo, y de los que esperamos disfrutar muchos años más.