

Doce preludios a la Filosofía jurídica y política del siglo XXI

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

Mientras dure esta música,
seremos dignos del amor de Helena de Troya [...]
Mientras dure esta música,
creeremos en el libre albedrío,
esa ilusión de cada instante.
[...] sabremos que la nave de Ulises volverá a Ítaca
[...] seremos la palabra y la espada
[...] creeremos en la misericordia del lobo
y en la justicia de los justos.

Mientras dure esta música,
mereceremos haber visto, desde una cumbre,
la tierra prometida.

Jorge Luis Borges, *Música griega* (1985)

Es un error obstinarse en imaginar el futuro, todavía, como un desierto; somos los primeros colonos del futuro, de la vigencia del siglo XXI. De ahí que estos preludios no respondan al impulso, como necesidad prioritaria, de explicar un devenir más o menos inmediato, de ofrecer predicciones o arriesgar desafíos visionarios.

Estos preludios intentarán ser, en exclusiva, una concisa música inaugural, donde afinar lo que desde la Filosofía jurídico-política actual se apronta para el siglo XXI, cuya ejecución en realidad ya

hemos acometido. Porque este ahora-del-hoy es, en sus sonidos, pausas y silencios, asimismo (a un sólo *tempo*) clave, escala y movimiento que la percute y, por tanto, la prepara para ser oída.

Y es que, definitivamente, yo creo que el pendiente mañana está iniciado en el mismo hoy tardío que vivimos, no importa la disputada premura de algunos calendarios (nuevo siglo y nuevo milenio) o la morosa contabilidad de la buena y falaz matemática (ni cambio de siglo, ni cambio de milenio).

El futuro está aquí, es ya algo ganado y seguro. A él hemos llegado luego de dejar atrás todo presente histórico, o sea, el tiempo (parahistórico) que nos hablaba de la historia desde fuera de la historia, y también de descartar todo pretérito imperfecto, es decir, el tiempo (prehistórico) que sólo enunciaba la historia como propensión plausible. En consecuencia, ya estamos situados algo más que «en puertas» del futuro; vivimos del todo adelantados al hoy inercial del ayer más reciente; ahora somos ya instantes del futuro; habitamos el futuro en una continuidad sin huecos, en un tiempo que no está enfermo de tiempo, que no se duele de tiempo, y eso es el futuro mismo, y así éste nos pertenece, por primera vez nos pertenece efectivamente, incluso si todos los aquí presentes aún nos recordamos, o quizá por ello justamente, cautivos de otro tiempo a causa del «peso del sentido» de haber sido hasta ayer (tan lejos, tan cerca) hombres y mujeres de la víspera (la penúltima máscara de ese remoto «fue hace un siglo»), soportando a la espalda, como atlantes, el arquitebe del siglo contemporáneo, que es la carga colosal de su memoria.

Y, por eso, tan lejos como de hacer presagios, de augurar lo que en este preciso momento y hora del futuro ya es innecesario, estos preludios lo están igualmente de pretender fabricar algún repertorio, alguna recopilación de aquella memoria. Durante los días finales del último año hubo bastantes, demasiados, catálogos, inventarios, cánones... antes más que dispuestos a salvarla esforzados en cambio por ampliar con la desmemoria de lo posible, y lo imposible, la libérrima lista de ese naufragio que es el olvido. Pero, por fortuna, la memoria, aunque a veces parezca obstinada en lo contrario, es siempre una marea caprichosa; de modo que en cualquiera de sus resacas, allí donde el tiempo se filtra de tiempo, en el trastiempo, termina siempre por devolver sobre alguna playa del hoy-en-adelante, algún día, más tarde o más temprano, la posesión del recuerdo que es el porvenir del pasado.

Entre tanto, reconozco que estos preludios tampoco han logrado sustraerse del todo a los gastados ecos traídos desde el silencioso y perdido anteaer, ni a las claras voces oídas en un logrado ayer más moderno. Tengo la esperanza de que no sea difícil distinguir los ecos de las voces.

Por lo demás, presentada en formato que raya lo portátil, y en orden impremeditado, aunque no negligente, este ensayo de 12 prelu-

dios a la Filosofía jurídica y política del siglo XXI quedaría como sigue:

1. *El derecho a la felicidad.*—Al examinar los orígenes de la modernidad política, esto es, la distinción entre libertad negativa y positiva, olvidamos con frecuencia cuál fue su objetivo esencial. Kant¹ se refirió, en efecto, a la organización jurídico-política de una sociedad capaz de presentar junto a la máxima libertad, también la más rigurosa determinación y garantía de los límites de esa libertad, y hacer posible que la libertad individual coexistiera junto a la libertad de los demás. De aquel proyecto muy a menudo se olvida que sólo del surgimiento de ese tipo de sociedad, y sólo en ella, le sería posible al hombre alcanzar «la suprema intención de la Naturaleza, a saber: el desarrollo de todas sus disposiciones naturales en la humanidad». A ese *desideratum*, han renunciado, no tanto quizá por indolencia como por rubor, la mayoría de las constituciones desde mediados del siglo XIX y a lo largo del XX. El proyecto kantiano acerca de la felicidad, del que igualmente hablaron los padres fundadores de las primeras colonias americanas y también el mismo Jefferson en la Declaración de Independencia, contenido en la elemental pretensión de organizar la sociedad política (la asociación y constitución civil) como comunidad óptimamente abierta al desarrollo de todas las disposiciones de sus miembros, a materializar la presencia en ella de ciudadanos felices, la idea en suma del derecho político a la felicidad humana, ha venido a dar así en algo semejante al extravío de alguna fantasía melancólica o a una expectativa continuamente retardada. El derecho a la felicidad es, sin embargo, una realidad jurídica que, al menos para unos concretos sujetos, no admite demora, y es preferente a cualquiera otra imaginable.

El preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño² y más recientemente las exposiciones de motivos en algunas de las últimas Leyes de Protección Jurídica del Menor³ hablan de nuevo sobre el derecho a la felicidad. Se reconoce que los niños, las *personas* menores de edad, para lograr el pleno y armonio-

¹ KANT, I., «Ideas para una historia universal en clave cosmopolita» (1784), en Id., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, trad. de C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo, con estudio preliminar («El "utopismo ucrónico" de la reflexión kantiana sobre la Historia», pp. IX-XLIV) de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 11-12.

² *Los Derechos del Niño*, Centro de Derechos Humanos, Oficina de las Naciones Unidas, Ginebra, 1990; ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ª I.; CALVO BLANCO, E. (eds.), *Derechos del Niño*, Prol. de J. Ruiz-Jiménez Cortés, McGraw-Hill, Madrid, 1998; PRIETO SANCHÍS, L., «Los derechos fundamentales del menor», en VV.AA., *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Consejo Superior de Protección del Menor-Ministerio de Justicia, 1983, pp. 181-192; CALVO GARCÍA, M., «La protección del menor y sus derechos», en *Derechos y Libertades*, 2, 1994, pp. 177-199.

³ En España, Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. HIERRO, L., «Los derechos de la infancia. Razones para una ley», en *Infancia y Sociedad*, 27-28, 1994, pp. 85-108.

so desenvolvimiento de su personalidad, deben crecer en un ambiente de *felicidad*. La felicidad de los menores, el derecho del niño a la búsqueda y satisfacción de sus propias necesidades y las de los demás niños, es lo que les convierte en sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad, además, para modificar el propio medio personal y social. La felicidad resulta así un derecho fermental con poder de transformación de toda la comunidad política, de la vida pública en su globalidad, porque permite construirla desde los valores ciudadanos (el menor como ciudadano)⁴ de la paz, la dignidad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad, haciendo de la organización política el teatro necesario de la felicidad de cada uno y de todos.

Uno de los retos heredados por el siglo XXI ha de consistir en volver a hablar, sin sonrojo, del derecho a la felicidad como mediación entre la libertad negativa (el derecho a proteger la *privacy* de la propia esfera de subjetividad personal) y la libertad positiva (el derecho a participar en y de lo que es público), y en recuperar esa dicción especialmente para la infancia como ciudadanos felices y porvenir de una mejor ciudadanía común. La infancia forma, al cabo, el conjunto más vulnerable de los seres humanos en toda nuestra convulsa sociedad contemporánea, y por eso la primera en sufrir los efectos de la injusticia y la desigualdad. No vencer la sobrecogedora incapacidad adulta para ofrecer felicidad a los niños, el derecho a la felicidad de los niños, significa no dar tiempo a la infancia, robarle tiempo al presente de nuestro futuro actual, que este futuro como el hoy en que todo empieza se pierda demasiado pronto. Renunciar a la felicidad de los niños, que son el hoy del futuro, equivale también a reintegrar el más próximo mañana del futuro (los cambios demográficos que se avecinan) sólo con pasado; sobre todo, ahora que Europa envejece, que el viejo continente es cada día más viejo.

2. *Identidad moral como heteronimia.*—La reflexión sobre «el otro» revela el grosor de nuestra identidad moral. Pero, ¿cómo explorar al otro, siempre inconmensurable, desde uno mismo y luego regresar a uno mismo? Se me ocurren dos caminos: ser nadie para ser cualquiera, y ser otro para ser alguien. La literatura ofrece dos ejemplos: Ulises y Don Quijote. En la isla de los Cíclopes, Ulises cambió de nombre diluyendo su identidad en la de Nadie, y para ello se identifica ante al cíclope Polifemo como Nadie. Esto es, a fin de seguir siendo Ulises y reencontrar el rumbo a Ítaca, la patria del yo, para sobrevivir y salvar la vida

⁴ MCCORMICK, N., «Los “derechos del niño”, una prueba para las teorías del Derecho» (1976,), en Id., *Derecho legal y socialdemocracia* (1982), trad. de M.^a D. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-137; FANLO Y CORTÉS, I., «I diritti politico del minore. Alcune considerazioni sull'idea del “bambino cittadino”», y HIERRO, L., «Il bambino e i diritti dell'uomo», ambos en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29, 1, 1999, pp. 169-187, y 189-205 resp., y BARATTA, A., «Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29, 2, 1999, pp. 495-525.

de sus compañeros, hubo de abandonar su propia identidad cambiándola por la de otro cuya identidad era no tener identidad alguna, por aquél cuyo nombre era el de Nadie, por aquel que era «Nadie». Y ser Nadie es como ser Cualquiera; porque para ser uno mismo, para conservar la propia identidad, es necesario a veces despojarse de sí mismo, olvidarse de ser quien se es; regresar a «no ser», volver a la Nada como principio del Ser. Y así, pudiendo ser cualquiera, siendo como otro, como aquél cuya identidad es la de Nadie, la de cualquiera, retornar a ser uno mismo. La novela de Cervantes comienza asimismo con un deseo de olvido: «En un lugar de La Mancha, de cuyo nombre no quiero acordarme...» Vivía allí un viejo hidalgo de antiguo linaje cuyo nombre era Alonso Quijano, a quien del poco dormir y del mucho leer libros de caballerías («se le pasaban las noches leyendo de claro en claro, y los días de turbio en turbio», y «olvidó casi de todo punto el ejercicio de la caza, y aun la administración de su hacienda») «se le secó el cerebro», de manera «que vino a perder el juicio», la conciencia del yo, e «imaginábase» (una forma más de olvidarse) ser otro, y fue al fin así, lanzado a esa aventura, como se hizo Don Quijote. O lo que es igual, arrinconando su ensimismamiento, extrañándose, pasando de lo uno a lo múltiple, «ser» el sujeto Don Quijote, el sujeto particular que «no era» Alonso Quijano, le hizo ser Alguien asimismo («a sí mismo») universal, igualmente Alguien particular cuando de nuevo regresó a ser Alonso Quijano, ya un nuevo Alonso Quijano. Y todavía más: con la «mirada del otro» transformó el mundo: un huesudo rocín trocó en Rocinante, los molinos en gigantes, los rebaños en ejércitos, una bacía de barbero en el yelmo de Mambrino... y, sobre todo, qué (razón de la sinrazón) podría impedirlo, una rústica aldeana, Aldonza Lorenzo, vino así en ser su amada dama Dulcinea.

Los modelos de alteración y alteridad de Ulises y Don Quijote sugieren contemplar el problema de la identidad moral desde nuevos enfoques. Por ejemplo, aprovechando esa pasión por el heterónimo de Fernando Pessoa que Antonio Tabucchi intenta transmitir en la traducción y edición de su poesía⁵. O lo que para la determinación de la identidad moral del propio individuo frente a otros propone la «tercera vía» de Paul Ricoeur⁶, «al debate entre aristotélicos y kantianos, entre liberales y comunitarios, y que abordada desde un sentido amplio de la fenomenología, la hermenéutica dialógica y el personalismo de matriz kantiana, nos muestra a un sujeto no desentendido que en sus acciones se encuentra endeudado con los otros, postulando para ello la primacía de la mediación sobre la afirmación inmediata del sujeto, una identidad que admita sin contradicción el cambio y la variación (identidad narrativa), y la voluntad de poner en juego una reacción dialéctica entre el sí mismo y la alteridad, una alteridad sin la

⁵ PESSOA, F., *Una sola multitudine*, trad., ed. e introd. («Un baule pieno di gente», pp. 9-35), de A. Tabucchi, con notas de J. M.³ Lancastre, Adelphi, Milano, 1976.

⁶ RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, trad. de A. Neira, Siglo XXI, Madrid, 1996.

que será imposible dar cuenta y razón (una narrativa justificatoria) de uno mismo como sujeto responsable.

3. *Revisión de la complejidad del sujeto jurídico.*—En este preludio integro dos movimientos de pensamiento: uno es la idea de «revisión» no como reformulación, sino como «otra mirada», una mirada más en lo profundo, una forma de mirar que hurgue en busca de la perspectiva, en profundizar la entraña de lo que en principio más se ve en el Derecho, de aquello que ha ocupado la entera visión del Derecho. En ese sentido, se ha de partir del que ha sido punto de vista hasta hoy privilegiado (privilegio también como *lex privata*), el androcéntrico, y de lo patriarcal como dominante a primera vista. Con esa óptica se ha producido una completa saturación del *ojo jurídico* en el que la estabilidad de las imágenes únicamente permitía la admisión de lo diferente y la diversidad (un lado femenino del Derecho), a partir del sistema autorreferencial de patrocinio, es decir del reconocimiento a través del ángulo visual varonil, desde la visualización del hombre; el resto se perdía de vista. El estándar jurídico de «valores» femeninos presentaba un estereotipo de imágenes de mujer cuya identidad era así, por tanto, reconstruida y configurada (duplicada⁷) desde los fragmentos en los que el sujeto masculino *reconocía verse*. No existían, pues, en realidad, atributos definitorios, estables, de carácter inherente a la mujer; no había sujeto femenino, sino otra «categoría» de sujeto masculino.

Considerando lo anterior, la idea de «complejidad» aprovecha en la construcción del sujeto jurídico precisamente la base con que la inestabilidad de las formas de identidad femenina y su signo *convencional* (ser a la manera establecida), se muestra susceptible de alojar las imágenes duplicadas del sujeto masculino, de otro sujeto. Es decir, la idea de complejidad del sujeto jurídico trabajaría con una nueva herramienta conceptual: una identidad resultante (en el *solve et coagula* deconstructivista) de lo proteico, contingente, flexible, múltiple; en suma, transformando la diversificación en el rango excelente de la diferencia como posibilidad, finalmente no-contradictoria y coherente, de ser sí mismo siendo de otra manera a la establecida.

Revisar el sujeto jurídico, profundizar su lado femenino, y por extensión el del Derecho, tal vez no consiste entonces en mirar a otro lado, a otra parte, o en mirar del lado del revés, a una faceta opuesta, sino ver y mirar en el lado de lo que no se nombra en la mirada masculina, esto es, la complejidad femenina, incluyendo en ésta, igualmente, aunque sin ingenuidad⁸, las «grandes narrativas» soporte de los relatos no categoriales de la identidad masculina, o sea, que han estado *des-prendidas* del varón, o por mejor decir, *en el margen dife-*

⁷ Inversamente, podría decirse, la femineidad se despliega mediante la «doble» narrativa de la ironía. *Vide*, en este sentido, el relato desenvuelto por Luey Snowe sobre la Justicia Humana ante sus examinadores, profesores Messieurs Boisseac y Rochomorte, en *Villette*, de Charlotte BRONTË.

⁸ *Vide* BRYSON, N., «Two narratives of Rape in Visual Arts: Lucretia and the Sabine Women», en S. Tomaselli-R. Porter, *Rape. An Historical and Social Enquiry*,

rencial con el varón: por ejemplo, los relatos mitológicos sobre la selección de semillas y recolección de frutos (Demeter), sobre la destreza en la manipulación de tejidos (Aracne), sobre la memoria como madre –y la madre como memoria– de todas las formas de representación (Mnemosyne), etc. Porque incluso en esa fragmentabilidad frágilmente reconstructiva (pensamiento débil) de lo femenino se nombra lo que no sólo habla de sí mismo, que no es autorreferencial, cerrado y acabado, sino nutriente, creativo y enriquecedor.

4. *Derechos humanos y pobreza.*—Los derechos humanos son en la sociedad occidental, a finales del siglo XX, parte esencial de su cultura, derecho y política. Pero el programa civilizatorio que con ellos Occidente ha ido construyendo en tránsito hacia la modernidad desde el siglo XVI⁹ se encuentra planteado en este hoy del mañana, también por la propia diacronía de los modelos de su evolución histórica¹⁰, con una dimensión de particular alcance al advertir, igualmente, la incidencia que el legado económico de insolidaridad y pobreza recibido por el siglo XXI ejerce sobre sus inmediatas posibilidades de expansión o en la propensión a mantenerlo dentro los límites de la concepción clásica liberal-democrática¹¹. Se trata, además, de una cuestión no menor o secundaria, pues a la prologación de la función correctora de desigualdades atribuida a los derechos humanos se conectan problemas de tanta embergadura como los concernientes, desde la moralidad o el derecho justo, a la filosofía «de los derechos»; desde la legalidad, al derecho positivo y teoría jurídica de tales derechos; desde la eficacia, a su efectiva realización y cumplimiento.

Y si es lo cierto que, sin duda, se prepara un mundo a la medida de los más favorecidos, no lo es menos que la lucha por la dignidad del hombre –y la pobreza constituye una forma especialmente ultrajante de violencia, de degradación y de exclusión– sigue abierta y se libra en un campo de contradicciones que (conviene recordarlo) no están resueltas ni superadas en ninguna parte, aunque haya partes en donde parezcan más sordas y en otras más agudas. Tal clase de percepción obliga a admitir que en esta hora del futuro, el ayer sin embargo no ha terminado de pasar; o dicho por pasiva, que es la hora en que el futuro debe salir del pasado. Concentrar el empuje para vencer la rémora de ese arrastre exige hacer frente, responsable, imaginativa y, a mi juicio,

Blackwell, Oxford, 1989, pp. 152-173, por ejemplo, al abordar la distinción del Derecho romano entre el estupro de una virgen y el estupro de una mujer casada.

⁹ PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y Derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982; PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad: siglos XVI-XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.

¹⁰ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, II.ª parte, cap. VI, pp. 145-204.

¹¹ TORRES LÓPEZ, J., *Economía Política*, Civitas, Madrid, 1995 (2.ª ed.), tema 17: «Pobreza e insolidaridad: ¿el legado económico del siglo XX?», pp. 411-424. PECES-BARBA, G., «Escasez y solidaridad. Una reflexión desde los clásicos», en Id., *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 67-82.

también conjuntamente, a varios retos aplazados y a determinadas necesarias transformaciones.

Respecto a los desafíos, de todo punto, el que los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración de 1948 no permanezcan por más tiempo como la generación de derechos individuales cuya vigencia universal es todavía en gran medida retórica, convirtiéndose, como conviene a su proceso de emergencia histórica, tardía pero no de distinta índole, a de los derechos civiles y políticos frente al Estado, en cívicamente controlables, a través, por ejemplo, de su objetiva cuantificación en políticas ordinarias y en el efectivo nivel de equidad social que tales políticas logran realizar.

En cuanto a las innovaciones, ante todo, un cambio de mentalidad acerca de lo público como ámbito de responsabilidad colectiva, que de no producirse nos ancla bien a mediados de siglo (años sesenta), bien a sus décadas finales (años ochenta-noventa). Es decir, o a una época en que a la crisis de la esfera pública se presumió como respuesta necesaria y suficiente¹² el recurso a la fórmula de difusión y ensanchamiento de un instrumento jurídico-político original del siglo XVIII, el derecho de sufragio, y que no generalizó el bienestar social, o a la reacción neo-liberal¹³, acudiendo a un instrumento jurídico-civil original del siglo XIX, la libertad (y la igualdad), plasmado en la ocupación de todo el espacio social por la institución del mercado espontáneo, autorregulado y libre, donde la estimulación del crecimiento económico tampoco ha reducido la desigualdad. Ante este panorama, hoy, ya en el futuro, sabemos que el bienestar no deriva mecánicamente de la extensión del derecho de voto; también, que la actividad de intercambio económico y la eficiente circulación de bienes en el mercado —cuya propia existencia implica ciertas precondiciones no desprovistas de relevancia moral—¹⁴ no es por sí sola capaz de generar igual posición en él ni de erradicar con él la pobreza estructural y la escasez, y que más bien asimila y sostiene los actuales niveles de desigualdad sin desarticular su normal funcionamiento.

Ante este panorama, hoy, ya en el futuro, debemos comprender igualmente que a la base del problema del indetenible aumento de

¹² MARSHALL, T. H., *Ciudadanía y clase social* (1950), trad. de P. Linares, Alianza, Madrid, 1998.

¹³ HAYECK, F. VON, *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1985 (2.ª ed.); *Individualism and Economic Order*, Routledge & Paul Kegan, London, 1948; *The constitution of liberty*, Routledge & Paul Kegan, London, 1960; *Derecho, legislación y libertad. I, Normas y orden*, trad. de L. Reig Albiol, Unión, Madrid, 1985; *Derecho, legislación y libertad. II, El espejismo de la justicia social*, trad. de L. Reig Albiol, Unión, Madrid, 1988, y *Derecho, Legislación y libertad. III, El orden político de una sociedad libre*, trad. de L. Reig Albiol, Unión, Madrid, 1976. VELARDE, C., *Hayeck. Una teoría de la Justicia, la Moral y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1994.

¹⁴ BRENNAN, G., y BUCHANAN, J., *The Reason of Rules*, Cambridge UP, Cambridge, 1985, cap. II, sec. V; RUIZ-MIGUEL, A., «Mercado y Democracia», en *Claves de Razón Práctica*, 38, 1993, pp. 34-39; OVEJERO, F., *Mercado, Ética y Economía*, Icaria, Barcelona, 1994.

demandas igualitarias, de pobreza subsistente o siquiera de escasez como defectuosa distribución equitativa en el reparto de riquezas, junto a la crisis de tensión histórica límite en el sistema tradicional de representación política del modelo de democracia liberal y al lado también de los efectos de disgregación social sustanciales a la globalización del capitalismo democrático, comienzan a transparentar asimismo signos propios de una sociedad democrática avanzada, de una democracia más real y profunda: nuevas experiencias de participación y de nuevos valores sociales cohesionantes que ya anuncian a los derechos de la ciudadanía como los derechos humanos del siglo XXI.

5. *Soberanía cívica.*—Soberanía y ciudadanía han estado enfrentadas desde el nacimiento del Estado, y particularmente en conflicto durante los dos últimos siglos. Esa agudización tuvo inmediato origen en la estrecha vinculación competitiva que presidió la victoria ciudadana de los derechos individuales como conquista sobre la soberanía estatal. La paz a dicho antagonismo se firmó entre las partes, ciudadano y soberano, con la progresiva inclusión en las cartas constitucionales¹⁵, mediante paulatinos y diferentes mecanismos de contrapeso, de los derechos civiles, políticos y sociales. Las consecuencias, sin embargo, tuvieron mayor alcance. El Estado, convertido ya en ineluctable, evitaría en adelante quedar de nuevo y más desequilibrado, y para ello absorbió e integró desde luego la acción del poder constituyente de los ciudadanos. Pero tras ello iban a seguirse todavía otras repercusiones: que la soberanía popular se agotaba en el Estado constitucional, con lo que también concluía allí toda posibilidad de abrir cualquier otro episodio de «derechos». Y aún más, que la paz obtenida por el ciudadano del Estado —desde el absoluto, hasta finalmente el liberal y social— acusaba por contrapartida la tendencia a dejar trazado un límite máximo e insuperable al espacio político de la ciudadanía, o lo que es igual, a su autodeterminación para decidir sobre los actos y las creencias de su civismo, haciéndolo coincidir cada vez en mayor medida con la descripción política y social correspondiente al aparato institucional de la democracia liberal y al entramado de relaciones entre particulares en el sistema capitalista. Y al cabo, lo público, el espacio natural ciudadano, escenario por principio de su *participación soberana*, se transformó dentro de la democracia constitucional en el escenario de la *representación política*, mediante el ejercicio de los derechos políticos, en especial del derecho de sufragio, y de la *representación social* con base al reconocimiento de los derechos sociales¹⁶.

¹⁵ McILWAIN, C. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1947), trad. de J. J. Solozábal Echevarría, CEC, Madrid, 1991.

¹⁶ RUIZ MIGUEL, A., «Derechos liberales y derechos sociales», en *Doxa*, 15-16, 1994, vol. II, pp. 651-674; PECES-BARBA, G., «Los derechos sociales, económicos y culturales: su génesis y su concepto», en *Derechos y Libertades*, II, 6, 1998, pp. 15-34.

Ese nuevo escenario de lo público, como bien sabemos, tampoco logró permanecer a salvo de ulteriores recortes políticos durante la crisis de las instituciones representativas, ni de recortes sociales por la sobredimensión del mercado¹⁷.

Por fortuna, como he señalado, el futuro contemporáneo, está inscribiendo una profundización de la democracia, la llamada «democracia crítica»¹⁸ donde la Constitución no extenua el poder constituyente de la soberanía popular¹⁹, donde soberanía y derechos se muestran cooriginales porque mutuamente se presuponen²⁰, donde lo público no se ciñe sólo a la Administración pública del Estado y al Mercado, donde, en fin, es creciente la nostalgia civil por una soberanía no debilitada, el regreso a una ciudadanía pujante y activamente participativa.

Porque, en efecto, el papel de la acción política y social ciudadana, aún sí comprometida a una determinada e incontestable idea de democracia (la constitucional) y de sistema económico (el capitalista), es determinante. Se edifica sobre fórmulas teóricas apoyadas en relecturas de la idea de autonomía política en Kant y Rousseau, aportando traducciones republicanas de la tradición liberal o traducciones liberales de la tradición republicana²¹.

¹⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «La crítica neoliberal al Estado Social. Un resumen y una valoración». *Doxa*, 15-16, 1994, vol. I, pp. 243-370, y DE CASTRO, B., *Los derechos sociales, económicos y culturales. Análisis a la luz de la Teoría general de los Derechos Humanos*, Universidad de León, 1993 y «Estado Social y crisis de los derechos sociales, económicos y culturales», en *Derechos y Libertades*, II, 6, 1998, pp. 51-76.

¹⁸ ZAGREBELSKY, G., *La crucifixión y la democracia* (1996), trad. de A. Pentimalli Melaclino, Ariel, Barcelona, 1996 (Recensión a esta obra, por A. Greppi, en *Sistema*, 131, 1996, pp. 136-140).

¹⁹ PALOMBELLA, G., *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. y Prol. («De la nostalgia civil: la soberanía popular») de J. Calvo González, Comares, Granada, 1999. Asimismo, RIPOLI, M., «Controversie sulla sovranità», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 29, 1999, pp. 219-231.

²⁰ HABERMAS, J., «Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana» (1994), trad. de J. González Amuchástegui, en *Derechos y Libertades*, II, 3, 1994, pp. 215-230.

²¹ DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, Madrid, 1998 (3.ª ed.), «Claus Offe: lógica del capital y democracia representativa», en Id., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 219-266; BARCELONA, P., *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social* (1990), trad. de H. C. Silveira Gorski, J. A. Estevez Araujo, J. R. Capella, Trotta, Madrid, 1996 (2.ª ed.); D. Trend (ed.), *Radical Democracy. Identity, Citizenship, and the State*, Routledge, New York, 1995; *La Democracia de los Ciudadanos*, J. Rubio Carracedo J. M.ª Rosales (eds.) Suplemento I de *Contrastes. Revista Interdisciplinaria de Filosofía* (Universidad de Málaga), 1996; RUBIO CARRACEDO, J., *Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo*, Trotta, Madrid, 1996; ROSALES, J. M.ª, «Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, pp. 281-308, *Patriotismo, nacionalismo, ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997 (Recensión a esta obra, por J. Calvo González, en *Anuario de Filosofía del*

Al propio tiempo, su realización práctica se construye desde el conjunto de las muy variadas experiencias cívicas emergentes en el desarrollo del actual tejido social donde ya están densificando unos nuevos «derechos de la ciudadanía»: derechos (culturales) a la identidad colectiva, y a la participación diferencial (nacionalismo, identidades de género, minorías étnicas) que favorecen la solidaridad y el consenso social en torno a valores civiles compartidos entre grupos sociales diferentes, y compartidos entre las diferentes culturas en que se expresan, también por tanto la tolerancia y el disenso social.

Esta clase *Soberanía Cívica*, no pasiva o meramente receptora, sino protagonista, fruto de la capacidad de los agentes sociales para la organización autorrealizadora, y manifestación de una experiencia ciudadana donde el ciudadano aparece como miembro de una comunidad y no como ciudadano simplemente particular, parece al día de hoy, que es ya el futuro, la única vía de recargar de legitimidad la intervención pública de control sobre los poderes en el Estado de Derecho, incluida su versión jurisdiccionalizada como Estado constitucional de Derecho²², permitiendo establecer y verificar con el poder político de la Administración pública una interlocución e interacción mediadora libre y basada en la confianza, así como con la estructura de mercado, mediante la guía directiva marcada por pautas de consumo responsable.

6. *Versiones/reversiones en el derecho a la intimidad*.—La intimidad es una noción dúctil capaz de desencadenar una deriva interpretativa extraordinariamente versátil. Admite la ambivalencia y la paradoja; v. gr., en el par privado vs. público, pues aunque lo típico de lo público es no carecer de intimidad podemos asimilar para una misma realidad pública la intimidad de lo público y la publicidad de lo íntimo.

Derecho XV, 1998, pp. 468-470) y *Política cívica. La experiencia de la ciudadanía en la democracia liberal*, CEC, Madrid, 1998; VALLESPÍN, F., «Cosmopolitismo y sociedad multicultural», en A. Valencia Saiz (Coord.), *Participación y Representación políticas en las Sociedades Multiculturales*, Universidad de Málaga, 1998, pp. 29-46; GARCÍA-S. LUKES, S. (comp.), *Ciudadanía, identidad y participación*, trad. de J. M. Álvarez, Siglo XXI, Madrid, 1999; TOSCANO MÉNDEZ, M., «El liberalismo político y la educación de los ciudadanos en una sociedad pluralista. Acerca de la autonomía y la tolerancia», en *Contrastes. Revista Interdisciplinar de Filosofía*, III, 1998, pp. 231-257; NUSSBAUM, M. C., *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, J. Cohen (comp.), trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1999; L. C. Bresser Pereira-N. Cunill Grau (eds.), *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Paidós, Buenos Aires, 1999; MOUFFE, C., *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, trad. de M. A. Galmarni, Paidós, Barcelona, 1999; PETIT, Ph. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. de T. Domènech, Paidós, Barcelona, 1999; P. Barry Clarke, *Ser ciudadano*, trad. de A. Mendoza, Siquitur, Madrid, 1999; ARIAS MALDONADO, M., «Democracia verde versus democracia liberal: ¿hacia un nuevo modelo democrático?», en *Revista de Estudios Políticos*, 105, 199, pp. 211-232, y SARTEA, C., «Né uguali é diversi: cittadini. Una riflessione sull'ultimo Habermas», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 1999, pp. 467-486 (J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen. Studie zur politischen*, Frankfurt am Main, 1996).

²² PALOMBELLA, G., «Giudici, diritti e democrazia», en *Democrazia e Diritto*, 1997 («Giudici e diritti»), pp. 241-264.

La ciudad sirve de ejemplo. En algunas poblaciones, existen zonas o barrios bajo la denominación de «ciudad-jardín». Significa que el espacio público de la «ciudad» toma referencia en el «jardín» privado, en lo que logra controlar su crecimiento interior y su desbordamiento externo, en un plegamiento hacia la intimidad que rivaliza con las estaciones y los días, con el tiempo, e igualmente en la alegoría del Edén, que era un jardín privado y un jardín de infancia (*kinder garden* de la humanidad), y en la del regreso adánico, a la ciudad como paraíso terrenal. Pero la ciudad también se ofrece, y con más frecuencia, como la exposición pública de lo íntimo; en la ciudad de los sin-casa (*homeless*), metáfora de la expulsión, en la ciudad del abandono y la miseria, en la ciudad sin-techo, de quienes ya no tienen intimidad alguna²³, en la que les trata como a las basuras, excedentes de intimidad, que igualmente arroja a la vía pública. Pero no voy a tratar de esto ahora.

Con rasgos de ambivalencia y paradoja entre lo privado-público la intimidad se había mostrado ya mucho antes. Pienso en el nacimiento plenamente moderno de la pintura y en los motivos de los maestros holandeses cuyas tablas hacen públicas escenas interiores, intimistas, de espacio doméstico, del a diario de la vida de cada día, representándolas en una atmósfera de quietud y silencio que Bloch describía como «dulzura de la felicidad próxima»²⁴. Es el deleite, el gozo, de la intimidad que disfruta el matrimonio Arnolfini, de Van Eyck, donde el ahondamiento repetitivo que refleja el espejo a la pared de la habitación es capaz de introducir la calle, lo público, en la alcoba, a la que sólo llega el sordo aleteo de las palomas en el alfeizar de la ventana. Era, seguramente, la metáfora de la intimidad y seguridad burguesas. Pero tampoco quiero referirme a ello.

Del generalizado derecho a la intimidad personal y familiar como derecho fundamental, más bien creo que interesa conocer con carácter prelidual en este futuro contemporáneo qué sea todavía lo defendible en una Europa plural, de diversidades multisegmentadas y de libertad de fronteras, pero también de grupos sociales y colectivos cerrados sobre sí mismos, sellados al exterior por sus señas de identidad²⁵. O por expresarlo de otro modo, si el núcleo esencial de protección a la intimidad es propiamente la disposición privada acerca del conocimiento de informaciones sobre la subjetividad, o bien el control de la no disponi-

²³ Vid. *El Diablo Cojuelo*, de Luis Velez de Guevara, que levantaba los techos de las casas de una ciudad para desvelar la intimidad de los hogares.

²⁴ BLOCH, E., *El principio de esperanza* (1959), trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid, 1979, T. II, pp. 375-376.

²⁵ DE LUCAS, J., *Europa, ¿convivir con la diferencia?: racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid, 1992, *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, y *Puertas que se cierran: Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Identidad y diferencias en la Europa democrática: la protección jurídica de las minorías», en *Sistema*, 106, 1992, pp. 71-81; ESCOBAR, R., *Metamorfosis della paura*, Il Mulino, Milano, 1997.

bilidad pública, por otros, de la difusión de aquel conocimiento. Y todo, además, en una Europa de profundas y constantes transformaciones tecnológicas que no sólo han traído un cambio de formas, sino también de conceptos en la comunicación informativa y en la morfología de los mundos privados²⁶. El mundo es ahora, virtualmente, una «aldea global», y su espectador, extravertible, parte del espectáculo. En esta última circunstancia reside uno de los aspectos más polémicos y preocupantes de la intimidad heredados, creo, del espíritu de las viejas culturas comunitarias, del eremitismo societario frecuentemente dado, o al menos muy propenso, a manifestaciones xenófobas.

Podría construir mi reflexión como un relato. En efecto, «érase una vez» una comunidad cerrada (autocrática) donde no había intimidad en cuanto dominio exclusivo de un ámbito personalísimo de información. Todo el mundo sabía todo acerca del otro, y ese todo era «lo mismo». La relación funcionaba simétricamente para el común conocimiento de los «secretos», lo cual hacía que no hubiera secretos: «conozco bien a Fulano», «Fulano no tiene secretos para mí». Se vivía así, entonces, «públicamente». El «otro» era nuestra propia mirada desde fuera de nosotros mismos; al «otro» lo conocíamos como a nosotros mismos, el «otro» era «familiar». Esa no restricción de publicidad, el hecho de que prácticamente todo fuese público, determinaba también la exclusión de obscenidad; no existía noción de «obsceno» porque nada se situaba fuera de escena, todo y todos estaban en escena. Sí se protegía, sin embargo, la difusión de ese conocimiento haciendo que la información no rebasara determinados límites; límites no tanto de contenido sino de alcance, de frontera. Los límites eran la propia comunidad, de la que el sujeto formaba parte. Y así sucedió que un día llegó hasta aquel lugar un forastero, que fue muy pronto recibido de mal grado, porque «entraba en escena» y, por tanto, podía conocer de todos ellos, igualándose en la participación de un poder comunitariamente restringido; pensaron que el extranjero venía a «robarles» su espacio escénico visto que entraba en su intimidad común. Y resultó que la presencia del «extraño» se hizo cada vez más incómoda, porque aquel que era el obsceno, al descubrirles la «subjetividad», les trajo la sensación de «pudicia», les contrajo en su intimidad, que ya no sólo fue disposición privada acerca del conocimiento de informaciones de la subjetividad, sino algo metainformativo: el «recato» y la «reserva» de esa información, su ocultamiento, expresado en términos de autocontrol, ante el riesgo subsiguiente de desconocimiento acerca de quién era conocedor, de quién fuera el que

²⁶ BAUDRILLARD, J., *El otro por sí mismo* (1987), trad. de J. Jordá, Anagrama, 1988; LYON, D., *The Electric Eye. The Rise of Surveillance Society*, Polity, Cambridge, 1994; SAAVEDRA, M., «El riesgo de lo privado y el simulacro de lo público en la sociedad televisiva», en *Derechos y Libertades*, 5, 1995, pp. 463-481; S. G. Jones (ed.), *Cybersociety. Computer-Mediated Communication and Community*, Sage, London, 1995; QUÉAU, PH., *Lo virtual. Virtudes y vértigos*, trad. de P. Ducher, Paidós, Barcelona, 1995, R. Shields (ed.), *Culture of Internet. Virtual Spaces, Real Histories, Living Bodies*, Sage, London, 1996.

conocía, y la no disponibilidad pública, por otros, de aquel conocimiento de informaciones sobre la subjetividad, esto es, la censura, que luego fue extendiéndose cada vez más de los titulares de lo individual particular común, a los titulares de lo público general común, esto es, a los titulares de los poderes públicos. La pudicia, el recato, la «vergüenza», en definitiva, fue desde sus raíces filosóficas, sobre todo pascalianas, resultando paulatinamente sobre todo un conocimiento asimétrico²⁷. Finalmente, el que por entrar desde fuera de escena los había dejado fuera de escena, el obsceno, y que también les hacía sentirse obscenos, porque les exponía a todas las miradas desde cualquier ángulo, les hacía sentir vergüenza, fue él mismo expuesto al estigma, a la censura, al desconocimiento público. Otra vez la vergüenza edénica, la exagerada pudibundez de Adán y Eva, que aparece cuando son arrojados del Paraíso, al quedar fuera de la escena «privada» (la intimidad del jardín), al salir al mundo exterior, a lo público. Lo pudoroso, lo privado, se trasformaría más tarde, «muchos años después», en virtud.

Es en esta deriva interpretativa, que conduce por los caminos del pecado y el castigo al ocultamiento y a la culpa, donde la preocupación por la intimidad como garantía o control protector de la íntima subjetividad, de la privacidad que no deseo dar a conocer de mí, puede transformar en el miedo a no conocer de los otros que conocen de mí, y en el miedo a conocer qué sea lo que conozcan de mí. Es, al cabo, el riesgo no teórico de hacer del derecho a la intimidad, u otros derechos²⁸, por *re-versibilidad*, expedientes de moralización preservativa y censoria de lo público.

Llegamos aquí al ecuador de este ensayo de doce preludios. En los seis restantes me limitaré a probar, a través de algunas breves notas, elegidas al azar entre los pautados de la Filosofía jurídica española, la sugerencia de idea musical, de melodía, que ya suena, o está a punto de hacerlo, o lo hará creo que a no tardar mucho. Y es:

²⁷ McCORMICK, N., «Intimidad y obscenidad» (1978), en Id., *Derecho legal y socialdemocracia*, cit., pp. 139-154; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, cap. 9: «La intimidad en una sociedad informatizada», pp. 345-357, y «Las generaciones de derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, 10, pp. 203-217; ARANGUREN, J. L., et al, *De la intimidad*, C. Castilla del Pino (ed.), Crítica, Barcelona, 1989; H. BÉJAR, *El ámbito íntimo*, Alianza, Madrid, 1990 (2.ª ed.); DANE, P., «The public, the private, ad the sacred: variations of a theme of Nomos and Narrative», en *Cardozo Studies in Law and Literature*, 8, 1996, pp. 15-64; DE JUAN, J. L., *Incitación a la vergüenza*, Seix Barral, Barcelona, 1999; HERMIDA DEL LLANO, C., «Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil», y MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 703-715 y 717-738 respect.

²⁸ CALVO GONZÁLEZ, J., «Ghettoización de la Universalidad y futuro de los Derechos Humanos», en *Derechos y Libertades*, 5, 1995, pp. 405-412, y «Publicidad de las sentencias, intimidad del ofendido y derecho a la información. (Sobre el “relato de los hechos”», en Id., *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

1. *Sobre una teoría de la niebla jurídica*: En la niebla se esfuman los gestos representativos, tal vez por eso es casi siempre más turbadora que la evidencia. Ciertas semitransparencias del Derecho producen particulares efectos de desorientación sobre los operadores jurídicos y sus expectativas «razonables»²⁹. Es lo que así denominaría como *niebla jurídica*. Se trata en algunos casos de niebla «natural»; por ejemplo, la producida en la textura abierta y vaguedad del lenguaje jurídico³⁰, o en la interpretación operativa que trabaja con hechos indiciarios, hechos difusos como disipados, desvanecidos³¹. Otras veces esa niebla es más artificial; la niebla de los conceptos jurídicos indeterminados, de las nociones de contenido variable, o de las lógicas borrosas³². Pero existe también otro campo del Derecho en el que se levanta una relativamente espesa niebla, no del todo artificial ni por completo natural: la niebla jurídica que rodea a la discrecionalidad técnica y que tanto dificulta su control³³.

²⁹ RECASÉNS SICHES, L., «El logos de lo razonable como base para la interpretación jurídica», en *Diánoia*, 1956, pp. 24-54, y «lo razonable a contrario de lo racional en la Vida y en el Derecho», en VV. AA., *X Aniversario: Generación de Abogados*, 1948-1953. Universidad de Guadalajara, México, 1963, pp. 19-35; JORI, M., «Razionalità e Ragionevolezza del Diritto», en *Sociologia del Diritto*, II, 1975, 2, pp. 438-442; PERELMAN, CH., *Le raisonnement et le déraisonnable en Droit*, LGLJ, París, 1984; MCCORMICK, «On reasonableness», en Ch. Perelman-R. Vander Elst, *Les notions de contenu variable en Droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 131-156; ATIENZA, M., «Para una razonable definición de “razonable”», en *Doxa*, 4, 1987, pp. 189-200; AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (1987), trad. de E. Garzón Valdés-R. Zimmerling, CEC, Madrid, 1991; PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, London, 1989; CALVO GONZÁLEZ, J., «Razonabilidad como relato. (Narrativismo en la observancia y divergencia del precedente)» (1994), en Id., *Derecho y Narración*, cit., pp. 13-30; CORTEN, O., *L'utilisation du «raisonnable» par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, Bruxelles, 1997, y «L'interprétation du “raisonnable” par les juridictions internationales: au-delà du positivisme juridique?», en *RGDIP*, 1998, 1, pp. 5-44.

³⁰ CARRIO, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, y *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971; CAPELLA, J. R., *El lenguaje jurídico*, Añel, Barcelona, 1968; LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990. Vid. también POWELL, J., «Transparency, opacity ad openness», en *Journal of Legal Education*, 40, 1990, pp. 161-171.

³¹ CALVO GONZÁLEZ, J., *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1998 (2.ª ed.), p. 21 y 49-85.

³² IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Única solución correcta y conceptos jurídicos indeterminados», en C. Faralli-E. Pattaro, *Reason in Law*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 321-331; MACKAAY, E., «Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision», en *Langages*, 53, 1979, pp. 33-50; WROBLEWSKI, J., «Fuzziness of Legal System», en *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen, XVI Oikeustiede Jurisprudentia*, Vammala, 1983, pp. 315-334; GUASTINI, R., «Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 13, 1983, pp. 449-467; PERELMAN, CH.-VANDER ELST, R., *Les notions de contenu variable en Droit*, cit.

³³ IGARTUA SALAVERRÍA, J., «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 46, 1996, pp. 95-118, «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en *Civitas*.

2. *Sobre las estructuras narrativas del Derecho*³⁴: El origen del Derecho no sólo está en una fábula, sino que es una fábula que se reinventa a sí misma alimentándose de sí misma (v. gr.: la historia evolutiva jurídica como encadenada «novela del Derecho», de Dworkin³⁵) y que, además, sin dejar de ser la misma historia, un universal análogo (historias de la misma historia), cambia cada vez que es contada por un distinto narrador, o por la voz de un mismo narrador bajo diferentes «mascaras narrativas». Hay, pues, también una manera narrativa de acercarse al pensamiento jurídico capaz de presentar el Derecho no sólo como un simple mecanismo de descripción o reproducción de la realidad, sino como el relato acerca del narrador que plasma en su historia la conciencia de lo que le afecta y de qué es lo que le afecta. La interrogación narrativa acerca de quién es el narrador y cuál sea su narración. Su utilidad no se limita a la geología y arqueología narrativa del derecho antiguo, sino que rinde valiosos resultados aplicada igualmente a la obra de los clásicos contemporáneos³⁶.

Revista española de Derecho Administrativo, 92, 1996, pp. 535-554, «La dimensión dialéctica (y sus consecuencias), en la motivación de las sentencias», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 46, 1996, pp. 175-204 y *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998; ROUVILLOIS, F., «Le raisonnement finaliste du juge administratif», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 6, 1990, pp. 1817-1857; FERNÁNDEZ, T. R., *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, y «¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?», en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 83, 1994, pp. 381-401; ATIENZA, M., «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, 85, 1995, pp. 5-26; OTERO PARGA, M., «La arbitrariedad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XII, 1995, pp. 387-400; FERNANDO PABLO, M., «La motivación de los actos urbanísticos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 43, 1995, pp. 81-128; HINOJOSA MARTÍNEZ, E.-GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGUEZ, N. (Coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996; TARUFFO, M., «Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica», en M. Bessone (ed.), *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, Giapichelli, Torino, 1997, pp. 139-153; LOMBARDO, G., «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 1997, pp. 939-986; DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.

³⁴ CALVO GONZÁLEZ, J., *El Discurso de los hechos*, cit. y nota a esta 2.^a ed. («La razón narrativa del post res perditas»), pp. 1-11; *Derecho y Narración*, cit.; *La Justicia como relato. Ensayo de una semionarrativa sobre los jueces*, Agora, Málaga, 1996; «La verdad de la verdad judicial. (Construcción y régimen narrativo)», en Id. (Coord.), *Verdad (Narración) Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38.

³⁵ DWORKIN, R., «La chaîne du droit», en *Droit et Société*, 1, 1985, pp. 51-79, y *El Imperio de la Ley* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988; SHERWIN, R., «The narrative construction of legal reality», *Vermont Law Review*, 18, 1994, pp. 681-719; B. L. Apt, «Aggadah, legal narrative, and the Law», en *Oregon Law Review*, 77, 1994, pp. 943-1006; BARON, J.-B.-EPSTEIN, J., «Is law narrative», en *Buffalo Law Review*, 45, 1997, pp. 141-187.

³⁶ V. gr.: Hart. Vid. FITZPATRICK, P., *La mitología del Derecho moderno* (1992), trad. de N. Parés, Siglo XXI, México-Madrid, 1998, pp. 196-225.

3. *Sobre el minimalismo jurídico*: Qué es la norma jurídica, contemplada en su más perfecto refinado analítico, sino una abstracción minimalista. Sin embargo, los aspectos normativos y analíticos que se derivan de ese aserto no deben identificar ni necesariamente agotar la posibilidad de construir alguna hipótesis de trabajo sobre lo que podría llamarse «minimalismo jurídico». Más aún, no vencer la tentación de orientar un estudio minimalista del Derecho por caminos diferentes a los del formalismo o la jurisprudencia conceptual podría originar equívocos. En ellos, la supuesta «minimalización» se conduce, en todo caso, a través un reduccionismo del momento de la construcción o de la aplicación jurídica. El derecho es para Kelsen una construcción piramidal y escalonada que asciende hasta una hipotética norma fundamental, luego básica; no obstante, el sistema jurídico se explica descendiendo, de modo que la pirámide está, en realidad, en una posición invertida, donde la cúspide, un punto, actúa como el soporte de la línea base. Kelsen más bien parece un cubista³⁷, incluso diría que un picasiano que logra ver a la par, y una en la otra, las dos caras realidad. La jurisprudencia de conceptos, por su parte, representa un abstraccionismo aplicativo del Derecho. La dogmática de un «paraíso de los conceptos», consiste, como escribe Hart, «en una actitud que procura encubrir y «minimizar» la necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de las normas una vez que la regla general ha sido establecida»³⁸. En todo caso, aquella depuración formal y esta minoración del espacio se refieren a un disminucionismo equívoco para con la idea de minimalismo. Se trataría de adoptar otra variante de aproximación a la experiencia jurídica, diferente de las que la crítica jurídica ya ha desarrollado; no de tipo filosófica, interesada por la fundamentación, no histórica, interesada por el origen y la evolución de determinada institución jurídica, ni tampoco pragmática como interesada por los efectos que el Derecho produce en el destinatario, sino sociológica en su vertiente fenomenológica de raíz husserliana, de ir «a las cosas mismas». El minimalismo jurídico pretende ser una aproximación material al derecho mismo, considerado en su pura objetualidad; un enfoque, en suma, que permitiría un nuevo modo de valoración de qué es el Derecho.

4. *Sobre la cultura de la jurisdicción*: A este preludeo afluyen, entrelazados, gran número de temas sobre diferentes vicisitudes, a veces de relevancia en absoluto sólo teórica, relacionadas con la experiencia aplicativa del derecho en la función judicial, y que a su vez ramifican, no siempre libres de contradicciones, en problemas tales que la división de poderes, el modelo de juez del *common law* o del

³⁷ LAVAND, N., «Kelsen ou le cubisme», en *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 9, 1986 («La Philosophie du Droit de Hans Kelsen»), pp. 97-114. (Cito sólo su título, pues el contenido no guarda relación con lo que anuncia).

³⁸ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Nacional, México, 1980, pp. 161-162.

civil law, la legitimación democrática del juez, crisis de la racionalidad formal y sumisión exclusiva a la ley, etc., así como también en otros tantos relativos al par Justicia-Política³⁹. A estos últimos, comunmente planteados hasta ahora en las conocidas variantes de judicialización de la política (subordinación del juicio político al juicio penal, criminalización de la política), politización de la justicia (neutralidad política vs. gobierno de los jueces, «ruido de togas», suplantación del *indirizzo politico*) se suma una nueva: la «judicialización» de la Justicia (*iude-suspectus*⁴⁰ vs. imparcialidad objetiva y subjetiva; *id est*, la mal llamada «contaminación» judicial), que desde ya comienza a desatar, *malgré lui*, una notable inquietud y confusión en ciertos ambientes y sectores de la Magistratura, y en el concreto y cotidiano ejercicio de la potestad jurisdiccional. Se debería, pues, no eludir por más tiempo la oportunidad de confeccionar un *index* del que resultaran convenientemente ordenados los contenidos del sintagma «función judicial».

De cualquier modo y mientras así sucede, la situación y estado de la cultura de la jurisdicción se muestra envuelta hoy, prácticamente al completo, por las tensiones de un cambio cuya más inmediata manifestación incide sobre el terreno de la tarea interpretativa asignada a los tribunales. Se trata, en efecto, de una transformación tan profunda que afecta, en primer lugar, al paradigma interpretativo de la «función judicial» *per se*, es decir, en cuanto actividad destinada *prima facie* a comprender, aplicar y justificar el Derecho. Frente a la función judicial interpretativa como actividad de *cognitiva inventio* (*ars invenienti*, descubrimiento e interpretación jurídica reproductiva) se registra asimismo, con claridad, una versión *volitiva* de la interpretación (discrecionalidad proyectada a la dimensión jurídica creacional). A esta dicotomía le cabe sin embargo, creo, igualmente la posibilidad de un desarrollo metanarrativo de la *jurisdictio* como traducción y no mera lectura o escritura⁴¹, de donde la función judicial interpretativa de la

³⁹ SAAVEDRA, M., «La legitimidad judicial la crisis del imperio de la ley», en *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1/1993, pp. 3-9 e «Interpretación judicial del Derecho y Democracia», en *Travesías, Política, Cultura y Sociedad en Iberoamérica*, I, 1, 1996, pp. 235-244; BERGALLI, R., «Protagonismo judicial y responsabilidad política», en *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 423-445; GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Alfons El Magnànim, Valencia, 1997; FERRAJOLI, L., «Jueces y Política» y ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Control Judicial del Poder Político», en *Derechos y Libertades*, 7, 1999, pp. 63-80 y 81-87, resp.; ATIENZA, M., «Virtudes judiciales. Selección y formación de jueces en el Estado de Derecho», en *Claves de Razón Práctica*, 86, 1998, pp. 32-42; GUARNIERI, C.-PEDERZOLI, P., *Los jueces y la Política. Poder judicial y Democracia*, trad. de M. A. Ruiz de Azúa, Taurus, Madrid, 1999.

⁴⁰ CALVO GONZÁLEZ, J., «*Iudex suspectus*. Semionarrativa y Retórica de la imagen» (1995), en Id., *Derecho y Narración*, cit., pp. 99-104.

⁴¹ CALVO GONZÁLEZ, J., «Jurisdictio como traducción» (1995), en Id., *Derecho y Narración*, cit., pp. 107-118 [versión francesa «Iuisdictio comme traduction» en ΕΥΔΨΚΛΑ. *Revue du Centre International de Philosophie et Theorie du Droit*. (Ateñas), 5-6, 1999, pp. 115-123], y «¿Qué va a ser de la interpretación jurídica? Seis propuestas para el próximo milenio», en P. Ferreira da Cunha (ed.), *Instituições de Direito. Filosofia e Metodologia do Direito*, vol. I, Almeida, Coimbra, 1998, pp. 453-464.

facticidad y legalidad apunte a ser entendible como actividad de *inventio deliberativa* (*ars inventa disponendi, narratio*, interpretación productiva)⁴², de forma que los tribunales sean concebidos como órganos heterónomos de producción jurídica.

5. *Sobre el giro a los principios*: Las transformaciones que la cultura de la jurisdicción operan sobre el cambio de paradigma interpretativo de la «función judicial» alcanzan igualmente a la interpretación constitucional de los derechos en una versión jurisdiccionalizada del Estado constitucional de Derecho como Estado (garantista) de los Derechos⁴³. Trasluce aquí, inmediatamente, incertidumbres (e inquietudes) sobre el rol de «representación suplente» asumido por los jueces, y en una perspectiva algo más profunda de ese mismo conflicto institucional entre legisladores y jueces, entre ley y aplicación de la ley, asimismo que sin discutir a la ley (aun cuando valor abiertamente en crisis) su condición de presupuesto vinculativo de la decisión judicial (juez delegado, juez ejecutor), ésta se vincule también de modo indiscutible al compromiso objetivado por otros valores constitucionales (juez guardián). Pero, ¿cómo «pensar» la mutación del juez guardián en la *megajurisdicción* de la *superjudicatura*?

La vía, en todo caso, es (está siendo, en general, para bien) la del «Giro a los Principios», a una juridicidad habilitante no extranormativa, de moral positivada, que en la interpretación constitucional de los derechos suscita oportunidad *genuina* a una reescritura del conflicto lusnaturalismo vs. Positivismo jurídico, ya no como empeño unilateral de pertenencia (inclusión, sujeción, imposición) vs. separación (segregación, autonomía, elección) de los órdenes de la Moral y el Derecho, sino como reconducción identificativa de las valencias y potencialidades de lo moral en lo jurídico⁴⁴.

Además, TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, PUF, París, 1991, *Les figures du jugement*, PUF, París, 1993 y «La Codification, transcription ou transgression de la loi?», en *Droits*, 24, 1996, pp. 83-93. Asimismo, DE SOUSA SANTOS, B., «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», en *Journal of Law and Society*, 14, 3, 1987, pp. 279-302, D. Bourcier-P. Mackay (dir.), *Lire le droit*, LGDJ, París, 1992, y OST, F.-VAN DE KERCHOVE, M., «Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez», trad. de I. Lifante Vidal, en *Doxa*, 14, 1993, pp. 169-194, y GARCÍA PASCUAL, C., «Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 603-619.

⁴² CALVO GONZÁLEZ, J., «La verdad de la verdad judicial. (Construcción y régimen narrativo)», cit., pp. 33-34, y «Post-scriptum», en id. (Coord.), *Verdad (Narración) Justicia*, cit., pp. 157-159.

⁴³ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez et al., Trotta, Madrid, 1998 (3.ª ed.), y *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de A. Greppi y P. Andrés Ibáñez, e Introd. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1999; PALOMBELLA, G., «La conoscenza nell'interpretazione. (Un modello per la giurisdizione)», en J. Calvo González (coord.) *Verdad (Narración) Justicia*, cit., pp. 71-141, y «Giudici, diritti e democrazia», cit.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, con Epíl. de G. Peces-Barba («Desacuerdos y acuerdos con una obra importante»), pp. 157-173), Trotta, Madrid, 1995. Asimismo, RUBIO LLORENTE, F., «Comentario a Il diritto mite», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 40, 1994,

6. *Sobre el destino de la filosofía jurídico-política en el siglo XXI:* El destino es el fervor y la efímera duración de los días. Alcanzar el destino es, pues, sólo cuestión de tiempo. El destino de la filosofía jurídico-política en el siglo XXI, aunque demorado a la última jornada del último calendario, está ahora lleno de rectilíneos días de futuro. Ninguna curvada interrogación aguarda en ellos que el concurso de la inteligencia no pueda erigir a tiempo. Tampoco ninguna fantasía que el ejercicio subjetivo de la imaginación y la voluntad no sepa convocar. El destino está en la Historia, y la Historia de nuevo está en *marcha*.

Y termino. El único y verdadero plan en la idea musical de estos preludios, urdidos con la levedad fragmentaria de sus epifanías, fue una invitación abierta a ejecutar la duración, la eurythmia, las secuencias armónicas y la fijación definitiva los contrastes tonales. Pero sé que en ellos no siempre he sabido evitar alguna anticipación personal, tal vez incluso todavía demasiado prematura. Ahora me disgusta la descortesía intelectual de esa falta de reserva. Mis disculpas.

pp. 427-435, y la sección monográfica «Hacia el Estado Constitucional: un debate» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996 sobre la obra de Zagrebelsky: GASCÓN ABELLÁN, M., «Presentación: la concepción del Derecho en *El derecho dúctil*» (pp. 17-38), ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «No conviene “matar” al “notario”. A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España)» (pp. 57-63), GARCÍA AMADO, J. A., «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios» (pp. 65-85), GUASTINI, R., «Derecho dúctil, Derecho incierto», trad. de M. Gascón (pp. 111-123), y PRIETO SANCHÍS, L., «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de *El Derecho Dúctil* de Gustavo Zagrebelsky)» (pp. 125-158). También PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica* (1987), Tecnos, Madrid, 1993 (2.ª ed.), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997 y *Ley, Principios, Derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, y ATIENZA, M.-RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.