

TESIS DOCTORAL

- DOCTORADO CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES -

CONSTITUCIONES INCONSTITUCIONALES, SOBERANOS LIMITADOS.

PRESENTIFICACIÓN Y PROCEDIMENTALIDAD SUSTANTIVA.

LUIS-OLIVER ROALES BUJÁN

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL ESTADO Y SOCIOLOGÍA.
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
MÁLAGA, 2021.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Luis Oliver Roales Buján

 <https://orcid.org/0000-0002-2039-185X>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA



Escuela de Doctorado

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña LUIS-OLIVER ROALES BUJÁN,
Estudiante del programa de doctorado CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: CONSTITUCIONES INCONSTITUCIONALES, SOBERANOS LIMITADOS. PRESENTIFICACIÓN Y PROCEDIMENTALIDAD SUSTANTIVA.

Realizada bajo la tutorización de D. ANGEL J. RODRÍGUEZ VERGARA-DÍAZ y dirección de D. ANGEL J. RODRÍGUEZ VERGARA-DÍAZ (si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 12 de FEBRERO de 2021

Fdo.: LUIS-OLIVER ROALES BUJÁN



EFQM AENOR



Edificio Pabellón de Gobierno. Campus El Ejido.
29071
Tel.: 952 13 10 28 / 952 13 14 61 / 952 13 71 10
E-mail: doctorado@uma.es



DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL ESTADO Y SOCIOLOGÍA.
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CONSTITUCIONES INCONSTITUCIONALES,
SOBERANOS LIMITADOS.

PRESENTIFICACIÓN Y PROCEDIMENTALIDAD SUSTANTIVA.

TESIS DOCTORAL

DOCTORANDO: LUIS-OLIVER ROALES BUJÁN
LICENCIADO EN DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y FILOSOFÍA.

DIRECTOR: ÁNGEL RODRÍGUEZ VERGARA-DÍAZ.
CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.



FACULTAD DE DERECHO
Universidad de Málaga



**Director de la Escuela de Doctorado
UMA**

Málaga, 15 de febrero de 2021

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, Catedrático de Derecho
Constitucional de la Universidad de Málaga,

CERTIFICA:

Que **Luis Oliver Roales Buján** ha realizado, en el área de
Derecho Constitucional de la UMA y bajo mi supervisión el trabajo
de investigación correspondiente a su tesis doctoral titulado:

**«Constituciones inconstitucionales, soberanos
limitados. Presentificación y procedimentalidad sustantiva»**

Y que, una vez revisado el trabajo, estimo que puede ser
presentado para su defensa ante el Tribunal que ha de juzgarlo.

Para que conste a los efectos oportunos, autorizo la
presentación de esta tesis en la Universidad de Málaga.

(Dr. Ángel Rodríguez)



AGRADECIMIENTOS

Sin las personas que ahora citaré este trabajo hubiese sido imposible, tal y como ahora se presenta. Mi profundo agradecimiento.

A mi madre, por enseñarme todo lo importante. Ella sólo aparece en un breve ejemplo para explicar la diferencia entre racionalidad y razonabilidad, pero está presente en cada página.

A mis amigos, Manuel, Luis, David, José Luis e Ildefonso. Por discutir conmigo y ayudarme siempre a mejorar mis argumentos.

A mis maestros. Al profesor Quintín Racionero, por su generosidad. Por haberme enseñado tantas cosas en tan poco tiempo, siempre disponible, incluso en sus últimos meses de vida. Al profesor Ángel Rodríguez, por su infinita paciencia y su cariño. Por haberme dado tantas oportunidades, siempre ahí a lo largo de más de veinte años. Pero sobre todo por enseñarme lo más esencial en la profesión de investigador y docente: trabajo constante y ordenado, humildad intelectual y rigor académico. Espero siempre estar a la altura.

A mi familia. A mi hermana Ruth, que siempre ha estado y siempre estará ahí. A los mejores abuelos, Rafael, Román y Charo. A la madre de mis dos hijos mayores, por su comprensión. A mi querida mujer, pues su amor y su inteligencia lo hacen todo muy fácil. Y a mis queridos Mina, Ramón y Oliver que me iluminan cada día.

ÍNDICE DE CONTENIDOS	NÚM
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD	2
AGRADECIMIENTOS	6
INTRODUCCIÓN	10
BIBLIOGRAFÍA DE LA INTRODUCCIÓN	17
PRIMERA PARTE: LA FUNDAMENTACIÓN	
CAPÍTULO 1: EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN	19
1. ABRACADABRA: EL PENSAMIENTO MÍTICO	22
2. EL PENSAMIENTO LÓGICO-METAFÍSICO Y LA “REALIDAD GARANTIZADA”	33
3. LA CRISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN EN LA EDAD MODERNA	45
3.1 QUÉ SIGNIFICA MODERNIDAD	47
3.2 LA MODERNIDAD. SU CONTEXTO HISTÓRICO	50
3.3 LA COSMOVISIÓN MODERNA	53
3.4 MENTE, SUJETO Y CONTRATO SOCIAL	57
3.5 LA REUNIÓN DEL SUJETO AUTÓNOMO Y MORALIDAD MEDIANTE EL ACUERDO	70
3.6 LA IGUALDAD, PRESUPUESTO DEL NUEVO SUJETO	79
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 1	85
CAPÍTULO 2. LA FUNDAMENTACIÓN JURIDIFICADA.	92
1. LA GRADUAL DISOLUCIÓN DEL RELATO METAFÍSICO	93
2. CONSISTENCIA PRAGMÁTICA Y RELATO MODERNO: EL PAPEL DE LOS VALORES	103
3. LA SOBERANÍA COMO ACTO DE VOLUNTAD INCONDICIONADO: UNA RECONSTRUCCIÓN METAFÍSICA DESDE LA MODERNIDAD	115
4. EL SUJETO AHISTÓRICO, CONSTRUCTO IMPOSIBLE	127
5. LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL	133
6. UNA CRÍTICA AL POSITIVISMO FORMALISTA	137
6.1 ARENAS MOVEDIZAS: ENTRE EL SER Y EL DEBER SER	138
6.2 LA OPOSICIÓN MATERIAL-FORMAL: CUATRO APROXIMACIONES INTERDISCIPLINARES	149
6.2.1 DESDE EL DERECHO: EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO Y SU SUPUESTO CARÁCTER CONTRADICTORIO	149
6.2.2 DESDE LA FILOSOFÍA: LA ADJETIVIDAD SUSTANTIVA	166
6.2.3 DESDE LA CIENCIA COGNITIVA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL	170
6.2.4 DESDE LA TEORÍA POLÍTICA	176
6.3 EL FORMALISMO, OPCIÓN AXIOLÓGICA ENCUBIERTA	180
7. EL SUJETO SOBERANO COMO HIPÓTESIS RACIONAL	183
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 2	189
SEGUNDA PARTE: PRÁCTICA COMPARADA	198
CAPÍTULO 3. LA CONSTITUCIÓN INCONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA	199
1. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA	199
1.1 UN PODER SOBERANO OMNÍMODO E ILIMITADO	199
1.2 LA UNIÓN SUDAFRICANA	201
1.3 LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA Y LA CREACIÓN DEL RÉGIMEN DE APARTHEID	204
1.4 LA RESISTENCIA	208
1.5 LA CRISIS DEL RÉGIMEN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1984	209
2. LA CONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA EN SUDÁFRICA	211
2.1 EL PRIMER ENJUICIAMIENTO DE CERTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DEFINITIVA	215
2.2 CONSISTENCIA PRAGMÁTICA	220
2.3 UBUNTU COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL	222
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 3	224

CAPÍTULO 4. ENMIENDAS INCONSTITUCIONALES: LA DOCTRINA DE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL TRIBUNAL SUPREMO INDIO.	226
1. INTRODUCCIÓN	226
2. LA CONSTITUCIÓN INDIA Y LOS MECANISMOS PARA SU REFORMA	228
3. ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LA ESTRUCTURA BÁSICA	230
4. GOLAKNATH V. STATE OF PUNJAB (1967)	235
5. LA REACCIÓN DEL LEGISLATIVO: LA XXIV ENMIENDA	239
6. KESAVANANDA BHARATI V. STATE OF KERALA (1973)	243
7. “LA EMERGENCIA”	252
8. INDIRA NEHRU GANDHI V. RAJ NARAIN (1975)	255
9. MINERVA MILLS V. UNION OF INDIA (1980)	260
10.. CONSISTENCIA PRAGMÁTICA	264
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 4	267
CAPÍTULO 5. JAPÓN: LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA REDACTADA POR FUERZAS DE OCUPACIÓN	269
1. HISTORIA CONSTITUCIONAL DE JAPÓN	269
1.1 LA DIPLOMACIA DEL CAÑONERO Y EL FIN DEL FEUDALISMO EN JAPÓN	269
1.2 LA RESTAURACIÓN DEL EMPERADOR MEIJI	271
1.3 OCUPACIÓN ESTADOUNIDENSE Y PROMULGACIÓN DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN JAPONESA	274
2. CONSISTENCIA PRAGMÁTICA	277
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 5	281
CAPÍTULO 6. EL IMPOTENTE PODER CONSTITUYENTE: LA REBELIÓN DE THOMAS DORR EN EL ESTADO DE RHODE ISLAND	282
1. ANTECEDENTES	284
2. LA REBELIÓN	290
3. LA DOCTRINA DE LA CUESTIÓN POLÍTICA: LUTHER V. BORDEN (1849)	293
4. CONSISTENCIA PRAGMÁTICA	294
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 6	297
CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES	298
BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO 7	308
BIBLIOGRAFÍA COMPLETA	309

ÍNDICE DE FIGURAS	NÚM
FIGURA UNO. LA PIPA DE MAGRITTE (CUADRO DE RENÉ MAGRITTE)	27
FIGURA DOS. FIGURA DEL LEVIATÁN (ABRAHAM BOSSE)	75
FIGURA TRES. ESCUDO DE LA MONARQUÍA INGLESA	96
FIGURA CUATRO. ESQUEMA DE ELABORACIÓN PROPIA	102

INTRODUCCIÓN

La instauración de un gobierno basado en el principio de la democracia representativa supuso durante la segunda mitad del siglo XIX europeo una fuente inagotable de temores y esperanzas. Mientras las oligarquías anunciaban el desastre, pues la simple lógica cuantitativa entregaría el gobierno a manos de demagogos manipuladores de las incultas clases populares, la mayoría de la población se encontraba cada vez más esperanzada ante la llegada de la tan deseada justicia social.

Sin embargo, la implantación de este nuevo régimen desde las primeras décadas del nuevo siglo sirvió para reconocer que tanto las esperanzas como los temores habían sido hasta cierto punto infundados. Se extendió una sensación generalizada de fracaso que se profundizó durante el periodo de entreguerras. Este desengaño es plasmado en 1922 por Oswald Spengler y su crítica a la democracia: «si se entiende por democracia la forma que la tercera clase, como tal, desea imprimir a toda la vida pública, entonces hay que añadir que democracia y plutocracia significan lo mismo. Son una con respecto a la otra lo que el deseo con respecto a la realidad, lo que la teoría con respecto a la práctica, lo que el conocimiento con respecto al éxito. Hay un elemento tragicómico en la desesperada lucha que los reformadores y maestros de la libertad dirigen contra el efecto del dinero, y es que ellos mismos sostienen esa lucha con dinero. Entre los ideales de la clase formada por los que no pertenecen a ninguna clase está no solamente el respeto al gran número -respeto que se expresa en los conceptos de igualdad, de derecho innato y también en el principio del sufragio universal-, sino también en la libertad de la opinión

pública, sobre todo la libertad de prensa. Estos son ideales. Pero en realidad, la libertad de la opinión pública requiere la elaboración de dicha opinión, y esto cuesta dinero»¹.

Las *ficciones fundadoras* de la democracia representativa, como las denomina ROSANVALLON, P. (2010), no habían funcionado conforme se suponía. Y entre ellas, la más fundamental, la asimilación práctica en las democracias de la voluntad general como expresión mayoritaria. La promesa de ruptura definitiva con los resquicios del Antiguo Régimen se había basado en la instauración de un sistema que permitiese expresar la voluntad general, como medio para lograr el gobierno del pueblo o de la nación, único titular de la soberanía. La propuesta democrática moderna implicaba la expresión de dicha voluntad general mediante la articulación del principio de elección democrática y de representación, en el que se conjugaban contradictoriamente una *técnica de decisión* con un *principio de justificación*. Como técnica procedimental, se equiparaba la voluntad de una fracción -eso sí, predominante- con la voluntad del pueblo en su conjunto, lo que servía a efectos de justificación mediante la sustancialización de aquella ficción operativa. Se procedía *como si* la mayor cantidad valiera por la totalidad y, al mismo tiempo, se identificaba la naturaleza del régimen con sus condiciones de establecimiento, de forma que «la parte valía por el todo y el momento electoral valía por la duración del mandato»². Sin embargo, la *legitimación por establecimiento* -es decir, la consagrada a través de las urnas- se demostró desde el principio insuficiente para sustentar todo el sistema: el procedimiento democrático no parecía servir al debate público y abierto por el que debía alcanzarse el interés nacional, sino que resultó ser tan sólo la antesala del antagonismo partidario. La razón era reemplazada por la cruda negociación de intereses particulares, y el interés general se tornó tan solo otra consigna vacía repetida por las redes clientelares.

¹ Spengler, O. (1966), 354.

² Rosanvallon, P. (2010), 22.

Esta situación pretendió gradualmente corregirse en los regímenes democráticos mediante el establecimiento de complejas maquinarias burocráticas que aspiraban a identificarse con la realización del interés general. El funcionariado, entendido como la administración racional de la ley y el bien común, se constituye entonces como garantía de las minorías e individuos. Sin pretender tomar partido, el funcionariado será seleccionado por su mérito y capacidad, identificándose con la idea de nación en el sentido de pueblo en su conjunto, -es decir, con la generalidad social-, de ahí que Rosanvallon denomine a la legitimidad derivada de este carácter *legitimidad por identificación*³. Esta dualidad, entre la legitimidad resultante del proceso electoral frente a la obtenida mediante el ejercicio de una función sustantiva que pretende la implantación de la racionalidad y el bien común, se relaciona con la oposición clásica entre legitimidad por los fundamentos (*input legitimacy*) y legitimidad por los resultados (*output legitimacy*).

Esta maquinaria se nos presenta desconectada de cualquier valor de contenido político, desprovista de lo que suele denominarse como “elementos ideológicos” para poder actuar según “criterios técnicos” mediante los cuales se alcanzará, ahora sí, la gestión del bien común de manera aséptica, automática y desconectada de la lucha de facciones. Mientras tanto se ha reducido lo político a una dimensión estrictamente representativa, cada vez más reducida respecto a su capacidad de decisión respecto a una agenda político-pública sometida a la dirección de aquellos técnicos. De este modo, no sólo la agenda de lo más cercano, sino también el espacio político de las decisiones fundamentales -particularmente lo relativo a derechos sociales y medioambientales-, queda cada vez más lejos del alcance de nuestros representantes.

³ Pierre Rosanvallon: Op. Cit. 61.

Ante esta situación suele proponerse una vuelta a la política entendida como la expresión de la voluntad frente a los impedimentos técnicos. Ellos nos dicen que no se puede, pero solo tenemos que desearlo. Y así, desde un extremo se nos dice que todo está decidido y que debemos encaminarnos con responsabilidad y sin demagogia hacia la próxima catástrofe migratoria y medioambiental. Técnicamente, sólo son posibles pequeños giros de timón. Mientras, desde el otro extremo se niegan aquellos argumentos técnicos, muchas veces mediante el expediente de cerrar los ojos y derivar el problema al próximo ciclo de gobierno.

El objeto de este trabajo es negar los presupuestos sobre los que pretende sostenerse este falso dilema. Denunciar, por una parte, el carácter axiológico-valorativo de todas las decisiones técnicas, pero al mismo tiempo -y aquí espero que resida nuestra novedad- negando que sea posible seguir representando las decisiones políticas fundamentales como actos de voluntad de un poder soberano representado en el sujeto del pueblo. Es decir, no solo es que las decisiones técnicas que derivan de procedimientos presuntamente asépticos, no son tales pues tienden a reflejar en su diseño formal contenidos sustantivos (a esto nos dedicaremos al tratar el procedimiento sustantivo), sino que las decisiones políticas se encuentran delimitadas por los fundamentos axiológicos de los que deriva la autoridad de los agentes que las toman. Como veremos, lo que suele identificarse como poder soberano originario no puede operar como voluntad absoluta, a riesgo de caer en autocontradicción. Desarrollando un argumento parecido al que el Tribunal Supremo estadounidense expresa para formular en un primer momento la doctrina de la cuestión política, pretendo demostrar que al igual que un tribunal cuyo autoridad emana de un determinado sistema político no podría en el ejercicio de sus funciones decretar la ilegitimidad de ese sistema, de la misma manera, el soberano no puede negar mediante su actuación concreta como tal soberano aquellos elementos que

lo dotan de autoridad, lo que implica en otras palabras que la democracia no puede desmantelarse democráticamente.

Para establecer cuáles sean aquellos valores y principios que sustentan la autoridad del soberano democrático, hemos trazado un itinerario que guiará nuestra indagación desde los primeros modos de fundamentación de la autoridad. Las justificaciones del cosmos como sistema con un sentido propio y cognoscible se remontan a las explicaciones míticas de lo real, de manera que iniciaremos este recorrido desde la llamada fundamentación mítica. Su desarrollo histórico nos llevará a la llamada fundamentación metafísica, muchos de cuyos elementos todavía perduran en el relato explicativo actual, particularmente la representación antropomórfica del poder soberano como pura voluntad -de ahí que nos parezca tan necesario señalar nítidamente la línea de demarcación entre la fundamentación metafísica y la moderna-.

Nuestra indagación no solo busca identificar el fundamento de la autoridad, conforme al respectivo modo de fundamentación, sino sobre todo, identificar los criterios racionales del fundamento moderno como criterio que nos permita señalar cuándo en las manifestaciones del poder legítimo no se verifique la necesaria coherencia interna -que denominaremos técnicamente consistencia pragmática-. No pretendemos por lo tanto elaborar un sistema que identifique universalmente lo legítimo, sino que identifique lo inconsistente -es decir, lo autorrefutativo- dentro de un determinado sistema de legitimidad. Como veremos, la fundamentación moderna se mueve en oposición a los criterios metafísicos hacia argumentos de justificación en los que predomina el enjuiciamiento sobre efectos en el presente respecto a promesas de resultados futuros que pueden demorarse indefinidamente -a esto llamaremos presentificación-, y hacia argumentos de justificación que valoren el cómo frente al qué, es decir, los

procedimientos que en atención a la carga axiológica contenida en su diseño, adjetivaremos como procedimientos sustantivos.

Una segunda parte del trabajo consistirá en el estudio de cuatro supuestos de derecho constitucional comparado a fin de confirmar mediante casos prácticos todo aquello que hayamos demostrado en la primera parte. Para ello acudiremos a situaciones límites en las que pondremos a prueba la viabilidad del sujeto soberano antropomórfico del que emana un poder absoluto como criterio interpretativo. Estos cuatro casos consisten en (1) la declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad respecto a una constitución aprobada por una asamblea constituyente en Sudáfrica; (2) la doctrina consolidada por el Tribunal Supremo de la India mediante la que se han declarado inconstitucionales determinadas enmiendas constitucionales que cumplen formalmente con los requisitos para ello -pero pretenden alterar la estructura básica constitucional, es decir, pretenden refutar los fundamentos por los que esa asamblea obtiene su autoridad-; (3) la imposición del principio de soberanía popular a la asamblea constituyente japonesa por parte de una fuerza de ocupación militar, un acto tan contradictorio como la situación opuesta, es decir, que la asamblea constituyente elegida por el pueblo renuncie al principio de soberanía popular; y (4) una rebelión popular en el estado estadounidense de Rhode Island por la que se pretendió derrocar al gobierno establecido para obligarlo a implantar el sufragio universal masculino.

Estos cuatro casos prácticos tienen en común su aparente ininteligibilidad si aplicamos el criterio de soberanía popular estándar basado en su definición como un mero acto de voluntad. El ejercicio que proponemos en esta segunda parte se basa en volver sobre nuestros pasos y aplicar las definiciones demostradas en la primera parte.

Las posibilidades de aplicación de estos criterios desbordan las posibilidades de este trabajo, puesto que no sólo se refieren a los sujetos soberanos, sino también a todos

los agentes instituidos, y aquí no sólo incluimos a los diferentes órganos institucionales, sino particularmente a los partidos políticos y a las facciones con muy diferentes concepciones del mundo, propias de las sociedades pluralistas postmetafísicas. Esto implica una redefinición del concepto de democracia militante, puesto que ya no se trata de oponerse a los enemigos de la democracia, sino principalmente se trata de identificar aquello que en un sentido lógico no pueden hacer. Es decir, negarse a sí mismos como agentes políticos al refutar mediante sus prácticas aquellos argumentos sobre los que se sustenta el carácter con el que actúan.

- BIBLIOGRAFÍA DE LA INTRODUCCIÓN -

Rosanvallon, P. (2010). *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. Traducción de Heber Cardoso.

Spengler, O. (1966). *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una Morfología de la Historia Universal. Tomo II*. Madrid: Espasa-Calpe, 354. Traducción de Manuel García Morente.

PRIMERA PARTE: LA FUNDAMENTACIÓN.

CAPÍTULO 1. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN⁴.

«Para que lo que se hace necesariamente y bajo todas las circunstancias, por sí y sin ningún fin, aparezca en lo sucesivo como hecho con miras a un fin y se presente ante el hombre como razón y norma última - para esto surge el maestro moral, como maestro del fin de la existencia [...] ¡el hombre *necesita* creer de vez en cuando que sabe *por qué* vive, su especie no puede prosperar sin una periódica confianza en la vida! ¡Sin fe en *la razón inmanente de la vida!* Y siempre de nuevo la especie humana decretará de tiempo en tiempo: “¡Existe algo de lo cual uno ya no debe en absoluto reírse!”»⁵

Ya lo entendamos como un fenómeno que sólo transcurre en nuestro fuero interno, o lo concibamos como un proceso de descubrimiento colectivo que conlleva la comunicación entre varios individuos -dialógica- o entre individuos y audiencias en diferentes contextos -retórica y política-, lo cierto es que el pensamiento, en cualquiera

⁴ Cuando a lo largo del presente trabajo nos refiramos a este concepto, lo haremos conforme a la siguiente definición. **FUNDAMENTACIÓN:** *relato último y completo -en el sentido de que se representa a sí mismo operando en el último nivel posible de explicación aceptable-, que da cuenta y describe esencialmente la realidad en el plano onto-ético, explicando así el sentido de la vida humana en comunidad y justificando, consecuentemente, qué deba ser el poder político legítimo.*

⁵ Nietzsche, F. (1988), 59-60.

de sus posibles desenvolvimientos pragmáticos, parece exigirnos establecer en todo caso, la más nítida distinción entre hechos y opiniones, entre el ser y el deber ser. Suele decirse que sin un conocimiento cierto es imposible un enjuiciamiento acertado, de ahí que todos los escritos forenses obedezcan al mismo esquema: fundamentos de hecho y fundamentos de derecho. Sin el *qué* de lo que es y ocurre en el mundo no podemos ni siquiera imaginar su *para qué*, su *cómo* y su *por qué*. Y sin responder a estas tres preguntas -que delimitan nuestro interés, es decir, el interés que nos vincula a lo referido en el *qué* de las cosas- no podemos establecer juicios de valor ni, por tanto, normas de conducta⁶. En consecuencia, necesitamos conocer los hechos: sólo así, a pasitos cortos pero firmes, podremos trazar una descripción cierta de la realidad en todos sus ámbitos. Una descripción que nos permita, de una vez para siempre, desterrar la incomunicación como fuente o como coartada de los conflictos, ya se trate de una incomunicación real o fingida.

Pero aunque nos gustaría que las claves para descifrar el mundo y actuar en consecuencia obedecieran a este planteamiento tan simple, lo cierto es que en nuestra comprensión del *qué* de las cosas, va implícito su *para qué*, su *cómo* y su *por qué*. Y dado que esas tres preguntas tampoco pueden concebirse separadamente -el *cómo* y *por qué* de las cosas refieren en última instancia a su *para qué*, y todo *para qué* implica un *para o respecto a quién*-, en nuestra comprensión del *qué* -es decir, en nuestro conocimiento- va implícito nuestro interés.

Ahora bien, dado que en nuestras sociedades contemporáneas conviven una pluralidad de visiones del mundo -cada una con sus propias pretensiones de fundamentación moral y cognoscitiva en el plano último-definitivo, aunque no todas se

⁶ Adoptaré a lo largo de este trabajo un planteamiento *cognitivist*, es decir, que vincula a la validez de las normas un contenido cognitivo -de manera que éstas pueden justificarse *en sí mismas* racionalmente-, frente a autores como Hart, que afirman que la validez de una norma depende exclusivamente de que satisfaga ciertos criterios suministrados por una “regla de reconocimiento”, la cual se demuestra válida «por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones». Hart, H.L.A. (1963), 135.

caractericen como omnicomprendivas-, surge el problema de encontrar una perspectiva compartida y de alguna manera agregadora, que permita una visión común que fundamente con carácter definitivo la validez de un sistema público de normas de conducta. Un sistema que, consecuentemente, nadie pueda cuestionar y que sirva entre otras cosas para garantizar -precisamente- ese pluralismo cosmovisivo, que necesariamente subsistiría con carácter subordinado a esa posibilitante perspectiva compartida.

Retrospectivamente, siguiendo esquemas que obedecen a un pensamiento que es heredero de la Ilustración -pues no se puede saltar sobre nuestra propia sombra-, cabe elaborar un relato que identifique etapas, y explique cómo en cada una de ellas se ha ido resolviendo un problema -el de la fundamentación- que paradójicamente podría definirse como la búsqueda histórica de la autodeterminación del ser humano respecto a su *historicidad*. Llevar a cabo esta trayectoria, mediante esa mirada retrospectiva, nos puede dar una idea de lo que verdaderamente se pretende hoy en día al afrontar el problema de la fundamentación, así como de *por qué* para las democracias actuales es tan importante resolverlo adecuadamente.

Podemos identificar tres distintos momentos o modos de fundamentación a lo largo de la historia, cada uno resolviendo de forma característica el problema de la justificación última de lo real: (1) el *pensamiento mítico*, en el que conocimiento y moralidad comparecen indiferenciados pues no existe separación entre lenguaje y mundo; (2) el *pensamiento lógico-metafísico*, que tras la superación del pensamiento mítico por el *logos*, justifica externamente conocimiento y moralidad como sistemas autónomos mediante un dogma religioso monoteísta; y (3) el *pensamiento moderno*, que pretende justificar intrínsecamente esos sistemas, es decir, en y por sí mismos.

1.- ABRACADABRA: EL PENSAMIENTO MÍTICO.

El pensamiento mítico se construye a partir de narraciones acerca de los orígenes del mundo y el ser humano que suelen remontarse a un momento de esplendor y armonía primigenia, perdida ya para siempre. Un relato que, paradigmáticamente, refleja esta Edad de Oro lo encontramos en la narración platónica del mito de la época de Cronos, «cuando [a los hombres] el dios los apacentaba, no había regímenes políticos ni los hombres poseían mujeres ni hijos. Surgiendo de la tierra, en efecto, todos recobraban vida, sin guardar recuerdo alguno de su anterior existencia; y si bien de todo esto carecían, disponían en compensación de una profusión de frutos que les brindaban los árboles y muchas otras plantas que crecían sin necesidad de cultivo y que la tierra proveía como don espontáneo. Desnudos, sin necesidad de abrigos, vivían la mayor parte del tiempo al aire libre, porque, como las estaciones eran templadas, no les ocasionaban penurias y, además, disponían de lechos de un césped abundante que de la tierra brotaba»⁷. Esta forma primigenia de vida, donde un dios apacienta a los hombres *como si fuesen animales*, que viven inocentes y despreocupados en la abundancia, compone un relato repetido en muchas tradiciones -entre ellas el texto del Génesis bíblico-, que mediante una idealización de *todo aquello que por ser humanos no somos*, nos sitúa de lleno en nuestra humanidad: en el reconocimiento de nuestra historicidad y autoconciencia frente a lo que Hans Blumenberg ha denominado *absolutismo de la realidad*⁸, es decir, en la situación de angustia existencial motivada por el hecho de ser conscientes de que no tenemos a nuestro alcance las condiciones determinantes de nuestra existencia, a pesar de

⁷ Platón (1988), 533-534. *Político*, [272a].

⁸ Blumenberg, H. (2003), 11-12.

nuestra capacidad de prevención, de adelantamiento a lo que aún no ha ocurrido. Pues si la razón nos sirve para someter a nuestro entorno, al mismo tiempo nos informa de que somos tremendamente frágiles, al hacernos conscientes de nuestra finitud y precariedad. Nos da ojos gozosos para comprender el mundo al tiempo que nos ciega, exponiéndonos al vacío y al horror, pues es en definitiva nuestra capacidad para predecir lo que nos hace conscientes de lo impredecible. Dominamos el mundo al pronunciarlo con una voz de vibrantes palabras, aunque al mismo tiempo se trate de una voz infinitamente pequeña.

La cesura animal-humano se caracteriza en todos estos relatos como una pérdida de la inocencia⁹. Esta situación presupone esencialmente habernos sobrepuesto a nuestra propia naturaleza como animales para descubrir el bien y el mal, situándonos en la antesala de la moralidad. Sólo en la antesala, pues este descubrimiento es una apertura que, como veremos, no nos colocará frente a la moral sino -tan sólo, y por ahora- ante las preguntas que ésta se plantea. Esta apertura, que en palabras de Hegel supone salir como naturaleza de nuestra indiferente identidad consigo para determinarnos frente a lo otro¹⁰, implica reconocer un universo de determinaciones que, sin embargo, el trabajo de muchos quilates del *logos* en el mito¹¹ no expresará directamente sino a través de «un gigantesco juego de espejos donde se refleja hasta el infinito, se descompone y se recompone perpetuamente la imagen recíproca del hombre y el mundo, en el prisma de las relaciones naturaleza-cultura»¹². Y la principal consecuencia, el resultado de este particular reconocimiento de determinaciones que compone el relato mitológico, es la creación reactiva del *cosmos* como mundo no-histórico que nos dota de sentido frente al

⁹ Cornford, F.M. (1984), 274.

¹⁰ Hegel, G.W.F. (2011), 489.

¹¹ Blumenberg, H. (2003), 20.

¹² Godelier, M. (1974), 379.

desconcertante absolutismo de la realidad al que hemos hecho referencia. La época de Cronos que ya ha terminado es, por tanto, la ausencia del tiempo en sentido lineal, histórico. Es el reino del eterno retorno entendido como lo que se repite biológicamente sin una determinación particular, con esa *indiferente identidad* hegeliana que apareja la inocencia que todavía no ha probado el fruto del árbol de la ciencia y se encuentra al margen del bien y el mal.

Este paso del tiempo del eterno retorno al mundo histórico comportará la diferenciación entre inmortalidad y *eternidad*, algo que para el mundo griego describe muy bien Hannah Arendt: «la preocupación griega por la inmortalidad surgió de su experiencia de una naturaleza y unos dioses inmortales que rodeaban las vidas individuales de los hombres mortales. Metidos en un cosmos en que todo era inmortal, la mortalidad pasaba a ser la marca de contraste de la existencia humana. [...] La mortalidad del hombre radica en el hecho de que la vida individual, con una reconocible historia desde el nacimiento hasta la muerte, surge de la biológica. Esta vida individual se distingue de todas las demás cosas por el curso rectilíneo de su movimiento, que, por decirlo así, corta el movimiento circular de la vida biológica. [...] Por su capacidad en realizar actos inmortales, por su habilidad en dejar huellas imborrables, los hombres, a pesar de su mortalidad individual, alcanzan su propia inmortalidad»¹³. Esta inmortalidad no es la de la vida que no muere por no tener historia, sino la de la vida que sobreponiéndose a la historia desde la propia historia alcanza la eternidad.

El pensamiento mítico es racional, aunque sobre su funcionamiento habrá que destacar ciertas particularidades. Es necesario tener en cuenta que el dominio de la razón es el de la palabra, y en realidad, mito, palabra y razón se refieren genealógicamente al mismo hecho, de ahí que el término griego *μῦθος* (*mythos*) se traduzca como «palabra»

¹³ Arendt, H. (1993), 31.

o «narración» y el término λόγος (logos) pueda traducirse alternativamente por «palabra», «pensamiento», «concepto», «razón» o «verbo»¹⁴. Con la capacidad de nombrar las cosas, el ser humano da completa existencia al mundo y se predispone a dominarlo, entendiendo por dominación su manipulación y transformación. Ahora bien, con *nombrar* hacemos referencia a dos momentos diferenciados aunque mutuamente tributarios: asignar originariamente –referir- y designar reiteradamente. La *percepción* refiere –separando borrosamente un problema o fenómeno- y la *intelección* designa mediante entes de razón.

[1] El acto *imaginario* de referir originariamente que implica el nombrar supone abstraer, lo que comporta en la realidad un proceso de ida y vuelta del que no podemos trazar un origen: primeramente identificamos un aspecto de la realidad, que delimitamos en virtud de ciertas cualidades que le suponemos intrínsecas y que involucran intencionalidad –su esencia-, para posteriormente simbolizarlo mediante la asignación al mismo de una palabra que a partir de entonces lo representa. A pesar de que analíticamente podamos distinguir entre estas dos acciones, en el nombrar se nos aparecen como si se tratase de una sola –es decir, es un acto de referir/asignar-, dado que las cosas tengan nombre es algo tan apropiado y necesario al pensamiento, que solemos sentir que existe una conexión natural, y en cierto modo evidente, entre el significado o esencia representada, y la palabra significante. Sin embargo, que esto no es así lo podemos perfectamente apreciar al aprender otro idioma y descubrir palabras que refieren aspectos de la realidad que hasta entonces desconocíamos como tales y para los que nuestra lengua materna carece de palabra para designarlos, pues conceptualmente los ignora. Este aspecto es clave, pues la palabra no surge de la mera percepción, de manera que si bien,

¹⁴ «Solamente es en el marco de la exposición filosófica o la investigación histórica que, a partir del siglo V, *mythos*, puesto en oposición a *logos*, podrá cargarse de un matiz peyorativo y designar una afirmación vana, desprovista de fundamento al no poder apoyarse sobre una demostración rigurosa o un testimonio fiable». Vernant, J.P. (1992), 17.

como apunta Gadamer, no distinguir entre la «función veritativa del habla respecto al carácter significativo de las palabras»¹⁵ nos lleva a creer erróneamente que podemos poseer la cosa mediante la palabra, lo cierto es que el carácter significativo de las palabras surge desde el ejercicio de esa función veritativa que, por supuesto, no se reduce al nombrar. Es decir, las palabras en cuanto expresivas de conceptos no son producto del pensamiento sino pensamiento mismo, que se da tanto en la formación de la palabra como en su repetición.

[2] Nombrar reiteradamente supone volver a reproducir ese momento original con el propósito de interpretar la realidad en un proceso de manipulación en el que la representación implica apropiación, y donde los significantes son al mismo tiempo símbolos y la cosa misma, dado que en el pensamiento les otorgamos operativamente el valor de lo que simbolizan mediante su transposición ideal. En este sentido, por ejemplo, la expresión de una acción verbal como escribir -no referida a ningún acto de escritura concreta-, sólo es plenamente real en su representación. Esta fluidez percibida en una realidad situacionalmente dissociada entre lo simbólico y lo simbolizado, es la causa de que el famoso lema de la pipa de Magritte nos provoque extrañeza, por ejemplo. La representación gráfica de una pipa no es una pipa, aunque al mismo tiempo es una pipa (representada).

Existen poderosas razones que propician esa delimitación borrosa entre signo y objeto representado, entre ese *poseer la cosa mediante la palabra* al que se refiere Gadamer, sobre todo en el pensamiento primitivo. El animal humano es consciente de su fragilidad, y si para su supervivencia depende de que sus descripciones de la realidad sean lo más precisas posibles, no se contentará con figurarse su razonamiento como un proceso creativo donde el sujeto siempre incorpora algo propio. Ese algo añadido nunca se

¹⁵ Gadamer, H.G. (1977), 494.

correspondería con la realidad misma sino con la perspectiva de un sujeto concreto, intrínsecamente variable y aproximada. Por el contrario, si la descripción no es creación sino descubrimiento, es decir, si al describir la realidad no hacemos sino estrictamente descubrir lo que ya está ahí, y nada más, entonces sí que será posible concebir una descripción como verdadera, en el sentido de ser la expresión de una absoluta correspondencia. Ahora bien, en realidad la absoluta correspondencia no se producirá en la representación del objeto mediante el signo -que simplemente produce una copia más o menos perfecta-, sino mediante la confusión o equiparación de ambos.



Fig. 1. La pipa de Magritte, que no es una pipa sino su representación.

Uno de los más conocidos ejemplos de este hecho se encuentra en el clásico estudio antropológico de Bronislaw Malinowski sobre los indígenas de los archipiélagos de la Nueva Guinea melanésica. Así, cuando en sus indagaciones Malinowski les preguntaba a los indígenas sobre cómo creían que se había originado la magia y cómo la

habían adquirido, no obtenía respuesta alguna. Para los indígenas, la pregunta acerca de cómo se había inventado la magia era completamente absurda, carecía de sentido y por lo tanto no podía responderse. «Pues, según la creencia indígena, incrustada en todas las tradiciones y en todas las instituciones, la magia nunca se concibe como creada o inventada alguna vez. La magia se ha ido traspasando como una cosa que ha estado allí siempre. Se concibe como un ingrediente intrínseco de todo lo que vitalmente afecta al hombre. Las palabras, mediante las cuales el mago ejerce su poder sobre una cosa o un proceso, se tienen por contemporáneas de éstos. La fórmula mágica y su objeto han nacido ambos a la vez»¹⁶. Consecuentemente, la fórmula mágica no refiere al objeto, sino que de alguna manera es el objeto mismo. Las palabras no representan al objeto: son el objeto, de modo que cuando repetimos la fórmula mágica estamos manipulando un aspecto esencial del mismo, igual que si lo hiciéramos con nuestras manos. Con la palabra mágica se escenifica encarnadamente aquello que hacemos con la palabra, traduciéndolo mediante rituales que nos aseguran que las cosas son como las entendemos y, por tanto, como necesitamos que sean. En este sentido, la magia no pretende que sin trabajar la tierra, las cosechas surjan de la nada, o que en nuestra jornada de caza los animales se nos presenten voluntariamente, dispuestos al sacrificio. Lo que la magia procura es asegurar que nuestro conocimiento y nuestra técnica es suficiente para producir esos resultados, aunque a veces esa técnica sea la misma magia. En otras palabras, procura representar materialmente nuestra lucha ante lo impredecible mediante rituales que apacigüen nuestro miedo y nos cohesionen como grupo, recordándonos que debemos estar tranquilos, pues la razón está con nosotros¹⁷.

¹⁶ Malinowski, B. (1986), 388-389.

¹⁷ «Siempre que se manifiesta la magia simpatética en su forma pura, sin adulterar, [...] su concepto fundamental es idéntico al de la ciencia moderna; el sistema entero se entiende como una creencia implícita, pero real y firme, en el orden y uniformidad de la naturaleza». [...] La religión «se sitúa en un antagonismo

En realidad, entre la magia y la ciencia no existe propiamente una diferencia de orden, sino de grado. Es decir, si nos referimos a la ciencia como algo distinto, lo hacemos en tanto refiere a un posterior nivel de sofisticación en el desarrollo de sus argumentos, y en este sentido, Guthrie plantea muy pertinentemente que la aparición de la explicación razonada o la observación científica es algo que se produce lenta y gradualmente, de forma que no «se cruzó de un salto la línea divisoria que existe entre concepciones prerracionales, míticas o antropomórficas y un punto de vista puramente racional y científico. Nunca existió una línea tan claramente delimitada, ni tampoco existe hoy»¹⁸ de manera que podemos rastrear, a través de la observación, cuánto de mitología latente continúa cobijándose en el andamiaje de lo que parece razón sólida. Así, la suposición de la escuela milesia de que la realidad es algo único, o el principio de que lo semejante tiende a lo semejante o actúa sobre lo semejante, así como la convicción de la primacía y la perfección de la forma y el movimiento circular -que influyó en la astronomía hasta Kepler-, serían manifestaciones de este hecho, según Guthrie.

Ahora bien, en el proceso de construcción del cosmos como dique de contención -aunque sea imaginario- frente al absolutismo de lo real, el nombrar mediante la confusión entre signo y objeto representado es tan solo el primer paso. Como ha puesto de manifiesto **HABERMAS, J. (1987, 77)** los objetivos del mito en las sociedades primitivas se alcanzan mediante la indiferenciación en sus relatos entre naturaleza y cultura: «el mito no permite una clara distinción categorial entre cosas y personas, entre objetos que pueden manipularse y agentes, sujetos capaces de lenguaje y acción, a los que imputamos acciones y manifestaciones lingüísticas». Esta confusión se traduce en una falta de

fundamental tanto con la magia como con la ciencia, porque ambas presuponen que el curso natural no está determinado por las pasiones o caprichos de seres personales, sino por la operación de leyes inmutables que actúan mecánicamente». Frazer, J.G. (1944), 74-78.

¹⁸ Guthrie, W.K.C. (1984), 15.

distinción entre *acción teleológica* (instrumental y orientada a cambios en el mundo físico) y *acción comunicativa* (relaciones interpersonales), lo que provoca la confusión entre la *impericia* y la *culpa*: «el fallo moral queda entrelazado con el físico» de manera que malo y dañino -o sus opuestos, bueno y sano-, se presentan como indistinguibles.

Esto, según Habermas, conlleva una *reificación de la imagen del mundo*, puesto que tal superposición de planos supondrá que «la imagen del mundo constituida lingüísticamente pueda ser identificada hasta tal punto con el orden mismo del mundo», lo que obviamente sobrepasa el plano de la mera designación lingüística -ya sea mediante palabras simples o mediante la sintaxis que las estructura- para entrar en los aspectos pragmáticos que, para el pensamiento mítico, tendrán que tenerse en cuenta respecto a la relación que el contenido semántico de esas designaciones tenga con la realidad. En este sentido, la formalización de las imágenes míticas del mundo requerirá -para funcionar como la realidad misma- la solidificación dogmática de ciertos contenidos, cuya pretensión de validez quedará al margen de cualquier crítica. Este operar del lenguaje en confusión con el ámbito material que designa, desconoce completamente el espacio categorial que separa sujeto y objeto, de forma que el conocimiento se nos presentará inmediatamente -en el sentido de no resultar de ninguna mediación- como una evidencia absoluta¹⁹.

Si bien es cierto que la evolución del *logos* tenderá a la separación de los ámbitos del mundo externo -como objetivo- y mundo interno -como social y subjetivo-, la concepción de objetividad nacerá en intrínseca obligación respecto a las finalidades de la palabra mágica. El abandono del pensamiento mítico por la teoría será «el resultado de aquel trabajo milenar del propio mito, [de manera que] la época posmítica está sujeta a

¹⁹ Blumenberg denomina a la experiencia de lo real experimentada por el pensamiento mítico como “realidad como evidencia instantánea”. Blumenberg, H. (2016), 123-146.

los imperativos de unas prestaciones que la precedente había reivindicado, o incluso sólo intentado hacer. La teoría ve en el mito un conjunto de respuestas a una serie de preguntas; y ella lo hace, o lo quiere hacer también así. Cosa que la obliga, aunque rechace las respuestas, a reconocer las preguntas»²⁰. Y un ejemplo de este hecho se encuentra en el diálogo platónico *Crátilo*, que nos permitirá rastrear cómo -casi sin solución de continuidad- el proceder del pensamiento mítico será reemplazado por el *logos*, siempre y cuando éste permita dar cumplimiento a las finalidades de aquél, tal y como hemos descrito.

Así, el diálogo da comienzo cuando Sócrates es invitado a participar en la discusión que Crátilo está sosteniendo con Hermógenes. Mientras que el primero sostiene que cada nombre tiene una forma correcta o exacta por naturaleza, el segundo cree que esa exactitud sólo deriva del pacto y el consenso. Los límites del debate, así como los objetivos de los participantes se ponen de manifiesto cuando nada más comenzar, al establecerse que los seres tienen una consistencia cierta en su propia esencia -objetiva, podríamos decir-, por lo que debe rechazarse la opinión de Protágoras de que esa esencia se manifestaría según cada individuo, tal y como expresa en su célebre frase «el hombre es la medida de todas las cosas».

Aquí, la doctrina platónica comenzará su original esfuerzo -del que posteriormente resultará su teoría de las ideas-, por separar conceptualmente palabra y pensamiento: si el lenguaje es pensamiento y la palabra el resultado de un proceso de división, ordenación y clasificación de elementos percibidos como reales *según un concreto interés*, entonces el lenguaje y la palabra, pero también su fundamento, es decir el concepto, no serían sino productos de la actividad humana y por tanto fuentes de incertidumbre -lo que no sería aceptable-. Dicho de otro modo, el *fundamentum divisionis*

²⁰ Blumenberg, H. (2003), 34-35.

que determina y circunscribe el *definiendum* -es decir, aquello que denominamos- debería proceder de las cosas mismas, pues admitir lo contrario nos alejaría de la necesaria verdad -en sí- de las cosas, desistiendo de la posibilidad de aprehenderlas en su esencia al dominarlas por el acto de nombrarlas. Las cosas son lo que son en sí mismas y por sí mismas, y dado que nuestras afirmaciones pueden ser objetivamente verdaderas o falsas, la verdad o corrección de un nombre dependerá de que exprese o revele la verdadera naturaleza del objeto al que hace referencia. Descartada entonces la teoría convencionalista, le queda a Sócrates por investigar si efectivamente los nombres se sostienen en una relación natural de mimesis con la cosa misma, lo que -aunque ciertamente deseable- es racionalmente insostenible, tal y como pone de manifiesto al pretender, medio en broma, relacionar ontológicamente palabra y cosa mediante la comparación de sonidos -naturales y fonológicos- al objeto de establecer alguna regla de representación fonemática esencial y primaria. Esta búsqueda se revela absurda, concluyéndose por Sócrates que de la misma forma que una imagen exactamente igual a lo imitado no es tal imagen sino su objeto -al ser ambos indistinguibles-, con los nombres ocurre exactamente igual. Requieren una exactitud distinta, pues de lo contrario serían el objeto mismo: «nadie sería capaz de distinguir cuál es la cosa y cuál el nombre»²¹, lo que sería ridículo, afirman. Nótese aquí que desde el momento en que se separan los ámbitos objetivo y subjetivo, la conexión entre ambos tendrá una entidad propia que debe justificarse en sí misma, ya tenga un origen sensible, racional o de una mezcla de ambas en cualquiera de sus combinaciones.

²¹ Platón (1983), 442. *Crátilo*, [433d].

2.- EL PENSAMIENTO LÓGICO-METAFÍSICO Y LA “REALIDAD GARANTIZADA”.

La vida en la *polis* clásica abandona gradualmente la imagen del cosmos basada en las antiguas teogonías en favor de una vida en sociedad regulada por la *isonomía*, igualdad ante las leyes que eran una expresión de la razón, lo que -por medio de la *isegoría*- se reflejaba en igual participación mediante asambleas políticas en el ejercicio del poder para, entre otras cosas, dictar esas normas. Este gobierno de la razón no hubiera sido ni siquiera concebible si paralelamente a esta transformación política no se hubiese producido una revolución en el plano categorial: la desconexión entre naturaleza y cultura, que permitió concebir *physis* y *logos* como ámbitos diferenciados, la distinción de mundo y lenguaje, el abandono del pensamiento dogmático y, sobre todo, el reconocimiento de la subjetividad como plano de la realidad independiente del mundo externo²².

Mantener la justificación que proporcionaba la idea de un cosmos sustentado mediante criterios aceptados como ciertos y definitivos, al tiempo que estos criterios se iban adaptando a la praxis derivada de las nuevas libertades democráticas, supuso añadir un nivel de complejidad al relato de la fundamentación. Esta nueva interacción entre la verdad del cosmos y la verdad de la polis derivó en la problematización del discurso que justifica la realidad, con ecos que se reproducen hasta nuestros días. De esta manera, el conflicto entre lo viejo y lo nuevo, superador desde el *logos* del pensamiento mágico, así como su progresiva sustitución por las nuevas formas sociales tuvo a Protágoras y a los

²² «El pensamiento mítico sólo conoce el principio de indiferenciación de las partes y el todo. El todo es la parte en el sentido de que se incorpora a ella con toda su esencialidad mítico-sustancial [...] todo individuo está contenido en sus cabellos, en sus uñas cortadas, en sus vestidos, en sus pisadas. Cada huella que un hombre deja tras de sí es considerada una parte real de él que puede traer consecuencias y poner en peligro a todo el individuo». Cassirer, E. (1972), 64.

llamados *sofistas* como referentes esenciales de un debate que en última instancia se refiere a la concreción del sistema de fuentes de toda normatividad posible. Para el nuevo pensamiento filosófico que surge con Sócrates y Platón, abandonar los viejos esquemas mitológicos en los que siguen incurriendo los sofistas implicaba necesariamente establecer una distinción entre normas jurídicas y naturales, entre *doxa* y *episteme*, entre opiniones y hechos. Pero atención, no entendiendo a las opiniones como simples relatos fácticos tentativos, en oposición a los relatos fácticos que dan en el clavo, y por tanto son verdadera ciencia. Sino entendiéndolas como argumentos mediante los que se articulan hechos -en tanto que relatos ciertos que comportan explicaciones teleológicas en el referido sentido habermasiano-, orientados a finalidades propias de la acción comunicativa, es decir, relativas a intereses de los sujetos que profieren esas opiniones²³. En palabras de **RACIONERO CARMONA, Q. (2011)**, Sócrates recupera la tradición de la física jónica y muestra mediante la formulación de las preguntas adecuadas la falta de fundamentación tanto de la tradición heredada, como la del cálculo de intereses, tanto «de la idea de que las virtudes expresan formas ejemplares de conducta humana porque responden a la voluntad de los dioses -mundo de la tradición-, pero también de aquellos que piensan que mediante el choque dialéctico de razones enfrentadas pueden llegar a entender por medio de un cálculo [...] un interés que produce bien en la medida en que se hace útil para la sociedad»²⁴.

²³ «Si el conocimiento se refiere a lo que es y la ignorancia a lo que no es, deberá indagarse qué cosa intermedia entre el conocimiento científico y la ignorancia se refiere a esto intermedio [...] Así pues, la opinión corresponde a una cosa y el conocimiento científico a otra. [...] ¿Y conoce lo mismo que el conocimiento científico? ¿Y lo mismo será cognoscible y opinable, o es imposible esto? Es imposible [...] ambos, opinión y conocimiento científico, son poderes, pero cada uno distinto del otro [...] No se opina sobre lo que es ni sobre lo que no es. [...] Por ende, la opinión no es ignorancia ni conocimiento. [...] En tal caso, de aquellos que contemplan [...] múltiples cosas justas pero no ven lo Justo en sí, y así con todo, diremos que opinan acerca de todo pero no conocen nada de aquello sobre lo que opinan». Platón (2000), 291-296. *República*, [477b – 479e].

²⁴ Racionero Carmona (2011), desde el minuto 37:45 hasta el 39:30.

En este sentido, el problema radica en cómo se pasa del ser al deber ser, y viceversa. Tan propio del pensamiento mítico será pretender que los hechos incluidos en un relato fáctico mítico-religioso determinan inmediatamente -es decir, sin mediación alguna- los valores y principios que representan abstractamente nuestras finalidades; como afirmar lo mismo pero al contrario: argumentar a la manera sofista, que son nuestras finalidades las que determinan los hechos. Que éstos son intrínsecamente opinables, y por tanto su existencia es alternativa, dependiendo exclusivamente de nuestro interés²⁵.

Ante la confusión, a la manera de una mitología invertida, que reproducen los sofistas entre acción teleológica y comunicativa, la filosofía adoptará desde sus inicios una posición que pretenderá una separación radical entre hechos y opiniones que, como veremos en el siguiente capítulo, es insostenible. Ahora bien, el paso que permite superar el pensamiento mítico es la distinción entre estos dos elementos: hechos y opiniones. Y es cierto que, con posterioridad, demostraremos que ambos, aunque distintos, no se encuentran radicalmente separados. Pero lo que ahora interesa es subrayar dos cuestiones: [1] la fundamentación metafísica, como algo distinto de la fundamentación mítica, nace de esta diferenciación, que sirve para distinguir entre los argumentos de verdad natural, de la *episteme*, y de verdad de los hombres, de la *doxa*. [2] A pesar de que los esquemas platónicos permitían profundizar en esta diferenciación de manera productiva, es decir, respetando por un lado el papel del logos en el desvelamiento de la verdad natural, y por otro, el papel de la opinión como expresión de la moralidad, entendido como abstracto amalgamado del bien común, es decir, del interés colectivo, el pensamiento que desarrolló

²⁵ Cabría pensarse que nos encontramos describiendo aquí algo muy similar a la doctrina de los hechos alternativos (*alternative facts*) y la postverdad del populismo *trumpista*. Sin embargo, mientras que el sofismo impugna la naturaleza de la verdad apuntando, aunque sea muy rudimentariamente, a cómo el interés y la subjetividad ayudan a conformar lo que conocemos como hechos, la postverdad parte de una postura abiertamente cínica desde la que reconoce que los hechos alternativos constituyen una ficción creada conjuntamente entre el narrador y su audiencia, de manera que la distinción entre verdadero y falso se vuelve irrelevante al ser reemplazada por una «inversión afectiva en narrativas aspiracionales». Kalpokas, I. (2019), 9.

el platonismo fue derivando la doxa hacia su definición como mero conocimiento tentativo, imperfecto (y por tanto, sin valor intrínseco alguno), equiparando al mismo tiempo en lo fundamental la verdad natural a la verdad revelada.

La crítica socrático-platónica a la doxa democrática no sirvió en ese momento para enriquecerla, sino para destruirla. Pero, como decimos, esto no fue tanto debido a los argumentos de la crítica en sí, como al contexto histórico posterior en que aquellos se desarrollaron. En esta reacción antidemocrática, la posición política y filosófica de los pensadores sofistas fue ciertamente exagerada en orden a su caracterización como *enemigos públicos*. Así, podemos comprobar que desde la caricatura platónica del *Crátilo* -anteriormente expuesta- hasta el relato decimonónico que ha llegado hasta nuestros días, el pensamiento crítico sofista se equipara al de mentirosos interesados. En este sentido, es particularmente reveladora la descripción que de ellos hace Burckhardt, uno de los mejores exponentes del planteamiento decimonónico que pretendía sintetizar esta reactividad de aquella primera filosofía: «es de suponer que con la doctrina de que nada es en sí bueno ni malo, sino según opinión y consentimiento, y de que todas las cosas tienen un pro y un contra, y siendo en el aspecto religioso no ya escépticos, sino negativos, sedujeron a los atenienses para todas las aberraciones»²⁶.

Queda aquí claro cuál es el problema: el delito de impiedad que suponía dudar, sospechar, o peor aún, negar los fundamentos politeístas de la tradición mitológica no comportaba simplemente una inocente discusión ontológica -no se trataba de preferir unos ritos o dioses sobre otros, sino de cuestionar el sistema politeísta- que afectaba, en última instancia, a los fundamentos de validez de las normas morales (vigentes) y, en consecuencia -se pensaba-, a la misma convivencia.

²⁶ Burckhardt, J. (2005), 292.

El *quid* del planteamiento sofista consiste en que dudar para repensar una visión cosmológica asentada de manera que de esas dudas resultase una revisión del vigente sistema de valores, y por tanto de los criterios que fundamentan la validez de las normas aplicables, es extremadamente costoso en términos de organización social y funcionamiento institucional. Sin una certeza asentada respecto a la validez de la ley -lo que hoy denominamos legitimidad-, ésta es muchísimo más costosa de implementar y no todas las sociedades pueden permitirse ese esfuerzo (este es el principal argumento que históricamente han esgrimido tradicionalistas y conservadores para defender racionalmente el irracionalismo de la tradición).

Sin embargo, no es cierto que los sofistas carecieran de valores. Su postura filosófico-política tomaba como punto de partida a la razón como fundamento de la libertad del individuo, lo que aparejaba no imponer esta libertad sino *exponerla* al resto de sus conciudadanos, o expresado en otras palabras, poner en práctica los valores morales que resultan como consecuencia de la vida conforme a las reglas de la *isonomía*²⁷. Por ese motivo, su uso de la razón y su doctrina era retórica, y por tanto, práctica. En vez de intentar imponer un teórico deber de respeto a las opiniones de los demás, se dedicaron a demostrar que todas las opiniones eran falibles, aunque al mismo tiempo de todas ellas podía sacarse un punto fuerte. Esto, si no derivaba en el pensamiento mítico invertido al que hemos hecho referencia -donde el interés personal determina el discurso sobre lo verdadero-, no debía necesariamente resultar en caos, desconcierto o descreimiento, sino en una mejora de los argumentos que sustentan intersubjetivamente la convivencia.

²⁷ Es decir, actuar consecuentemente a los valores *sustantivos* expresados en una norma procesal o que se deducen consecuentemente de ella. Sobre este asunto, volveremos en profundidad en el apartado titulado «a propósito de la oposición formal-material: cuatro aproximaciones interdisciplinares sobre un mismo tema» que se encuentra incorporado como anexo.

La potente retórica con la que Protágoras y el resto de sofistas habían derribado el convencionalismo, la irracionalidad²⁸ y el pensamiento mágico, había supuesto el último paso de una revolución cultural sin precedentes. A pesar de que sobre Protágoras -la figura más prominente de entre el grupo de maestros sofistas-, existe un profundo desacuerdo respecto a cómo deberíamos calificarlo, y en este sentido se la ha llegado a llamar «el primer positivista, el primer humanista, el precursor del pragmatismo, un escéptico, un existencialista, un fenomenalista, un empirista, un utilitarista temprano, un relativista subjetivo y un relativista objetivo»²⁹, el aspecto que más nos interesa en relación con nuestra exposición lo marca el hecho de que «los sofistas en general, y Protágoras en particular, tuvieron un papel significativo en la transición griega desde una cultura mitopoiética a una cultura más humanista-racionalista»³⁰. El principio protagórico de que el hombre era la medida de todas las cosas «estaba en el corazón del movimiento sofista para democratizar la *areté* y el conocimiento» de manera que es razonable suponer que fueron estos argumentos los que dotaron de justificación teórica a la práctica de la democracia periclea³¹.

²⁸ Es cierto que todos los defensores de la razón frente al mito, en esta especie de guerra de trincheras reproducida a lo largo de la historia entre la tradición y lo nuevo, nunca han sido demasiado cuidadosos a la hora de expresar en qué consisten las diferencias entre un modo de explicación de la realidad y el otro. Como hemos visto, no se trataba tanto de que el mito fuese irracional, sino de que su racionalidad era incompleta, imperfecta. Haber utilizado esta oposición mito-razón, expresada sin más matices como un arma arrojadiza, pudo tener su utilidad histórica, y sin embargo, seguir reproduciendo este planteamiento es muy peligroso dado que oculta e impide evaluar cuándo la razón (que no es algo monolítico) se encuentra “contaminada” de aquel pensamiento mítico que supuestamente habría superado. Y por este motivo es muy necesario establecer esta delimitación en sus justos términos.

²⁹ Schiappa, E. (2003), 15.

³⁰ Schiappa, E. (2003), 13.

³¹ Esto se sustentaría en varias razones, entre las que cabría destacar las teorías de Protágoras relativas a la génesis y la naturaleza de la sociedad, que se corresponderían con una especie de evolucionismo social derivado del materialismo jónico, destacándose la idea de *respeto mutuo* como cimiento de la vida en la polis. Su teoría de gobierno tiene en cuenta que para hacer frente al constante cambio legislativo en los estados democráticos es necesaria una mente colectiva, la del sujeto político, que es superior debido a que es más que la suma de las partes. El crecimiento en complejidad de la polis ateniense justificaría el pasar del igualitarismo absoluto de Clístenes a confiar en el consejo de los más capaces por su talento o posición.

Los ecos políticos de las enseñanzas protagóricas resonarían en el discurso fúnebre con el que Pericles despide a los ciudadanos atenienses caídos en el primer año de la Guerra del Peloponeso. Así, tras haberse exhibido durante tres días los huesos de los difuntos, una gran multitud de ciudadanos y extranjeros se trasladaron extramuros de Atenas para escuchar la formidable voz de Pericles, líder del partido democrático y amigo de Protágoras. «Tenemos un régimen político que no emula las leyes de otros pueblos, y más que imitadores de los demás, somos un modelo a seguir. Su nombre, debido a que el gobierno no depende de unos pocos sino de la mayoría, es democracia. En lo que concierne a los asuntos privados, la igualdad, conforme a nuestras leyes, alcanza a todo el mundo, mientras [...] en nuestras relaciones con el Estado vivimos como ciudadanos libres [...] porque prestamos obediencia a quienes se suceden en el gobierno y a las leyes»³². Así, los ciudadanos de Atenas son libres e iguales al no estar sometidos a otros hombres, sino exclusivamente a la regla de la razón que dicta la ley. Y sólo en virtud de ese sometimiento que implica el ejercicio de la más humana de las facultades pueden ser plenamente hombres, lo que supone por primera vez en la historia entender el *ser desde el hacer* abandonando el esencialismo de la tradición mitológica: «somos, en efecto, los únicos que a quien no toma parte en estos asuntos lo consideramos no un despreocupado, sino un inútil [...] porque en nuestra opinión, no son las palabras lo que supone un perjuicio para la acción, sino el no informarse por medio de la palabra antes de proceder a lo necesario mediante la acción»³³. Esta comunidad de ciudadanos libres e iguales es heroica, pero no en el sentido aristocrático. Su heroísmo es individual pero no

Vid. Morrison, J.S. (1941). Dada esta sintonía entre sus propuestas, Protágoras habría redactado las leyes de la colonia de Turios, fundada por Pericles en 443 a. C.

³² Tucídides (1990), 450.

³³ Tucídides (1990), 454.

individualista. Se entiende connatural a una forma de ser en sociedad, por lo que no es fruto del acontecimiento, sino todo lo contrario: aspira a expresarse de manera mucho más influyente y perdurable al realizarse mediante los actos cotidianos de aquellos que son libres e iguales: «mostramos nuestro poder con pruebas importantes, y sin que nos falten testigos, seremos admirados por nuestros contemporáneos y por las generaciones futuras, y no tendremos necesidad de ningún Homero que nos haga el elogio ni de ningún poeta que deleite de momento con sus versos³⁴.

Aunque estas palabras resuenan hasta nuestros días recordadas como uno de los más perfectos elogios de la razón y la libertad, también reverberan como el triste presagio de la derrota de una generación, la de la edad de oro ateniense. La temprana muerte de Pericles y el posterior hundimiento de la Liga de Delos tras la derrota de Atenas en la Guerra del Peloponeso en 404 a. C., supuso un punto de inflexión en el clima social y cultural respecto de aquel siglo que había terminado, un siglo que había visto florecer el sofismo como profesión, la del sabio que enseña el *logos*.

Si como acabamos de ver, los sofistas abogaban -entre otras cosas- por un perspectivismo que, respecto a la fundamentación del cosmos, sólo podía ser compatible con una construcción socialmente consensuada de su justificación; para el platonismo la solución pasaba por un planteamiento radicalmente opuesto. La derrota de la democracia ateniense había demostrado que el perspectivismo que no distingue la opinión del conocimiento no servía para fundamentar las certezas imprescindibles con que lograr la estabilidad política y el orden social. Lo opuesto al perspectivismo de los intercambios de opinión (*doxa*), era la búsqueda de la verdad (*aletheia*) como criterio de lo verdadero frente a la ilusión, la apariencia. Para la línea de pensamiento que deriva de Tales de Mileto y el pitagorismo, verdad implica necesariamente permanencia y es un concepto

³⁴ Tucídides (1990), 456.

que se encontrará asociado a un ἀρχή (*arché*), principio del que todo el cosmos deriva (lo que los escolásticos llamaron *principium essendi*) o por el que racionalmente se explica (*principium cognoscendi*). Este origen, ya como sustrato o como causa, se distingue de los orígenes mitológicos -meras enumeraciones jerárquicas- en que refiere estados de cosas concretos entendidos en su interacción, de manera que se nos presenta, no sólo como una causa sino como justificación. Por este motivo, el origen que plantea el *arché* se comprende como *principio de realidad*, que en los inicios del pensamiento griego se identificaba como una sustancia material -o con un elemento de la materia si se trata de los átomos-, con los números, o para el caso de Platón, con las ideas. En definitiva, a lo que se apuntaba es al conocimiento de lo verdadero como fundamento estable del mundo frente a todo lo que es cambiante (que podía ser verdadero o serlo sólo en apariencia).

Este giro, que tras la superación del pensamiento mítico por el *logos*, queda definitivamente marcado en la -retrospectiva- delimitación platónica del pensamiento que él considerara propiamente filosófico respecto del sofístico perspectivista, sentará las bases de un esquema general que desde ese momento, respecto a la fundamentación del cosmos, sustentará pacíficamente el pensamiento filosófico-político hasta la llegada de la era moderna. Estamos hablando de la fundamentación metafísica, que con la llegada del cristianismo propiciará, en palabras de Blumenberg, el paso de la “realidad como evidencia instantánea” a la “realidad garantizada”³⁵.

Tal y como constata FRAZER, J.G. (1944), a pesar de que en las culturas primitivas es común encontrar amalgamadas magia y religión -de manera que el mago es también el sacerdote-, existen fundamentos para creer que esta fusión no es primitiva y que la magia es más antigua que la religión en la historia de la humanidad. Mientras que la magia deriva de una equivocada aplicación de los más simples y elementales procesos de la inteligencia

³⁵ Blumenberg, H. (2016), 123-146.

-asociación de ideas en virtud del parecido o contigüidad-, la religión presupondría una concepción de agentes personales mucho más compleja, algo que Frazer habría constatado a partir de observaciones de los más primitivos aborígenes australianos, supuestamente practicantes de magia pero carentes de religión. Cabría entender, que según va desarrollándose la cultura, en igual sentido habría ido adquiriendo importancia la religión, para terminar sucediendo a la magia en lo que refiere a su función dentro del aceptado estado de cosas necesario para el funcionamiento político-social. Siguiendo este planteamiento, parece lógico apuntar que la evolución que en su momento dio gradualmente paso del mito al *logos*, se vio paralelamente complementada con la que supuso el paso del mito a la religión. Las funciones sociales que tradicionalmente habían sido propias del mito se repartirían ahora entre *logos* y religión, particularmente en lo que se refieren al problema de la fundamentación.

Pero las religiones politeístas dejaban muchísimo espacio a la filosofía en relación al tema que nos interesa, debido a que no son capaces de justificar la fundamentación de la validez de las normas morales en sentido cognitivo. No será hasta la aparición en escena del cristianismo que se aportará desde el hecho religioso una justificación *en sentido jurídico* lo suficientemente completa del cosmos.

Por supuesto, durante el politeísmo ya sabíamos que existían fuerzas poderosas que son la causa de todo en el cosmos y ante las que debemos obedecer y resignarnos. Pero aunque las mismas se encontraban explicadas, no aparecían justificadas. Para eso no existía explicación: *el orden de las cosas no es justo ni comprensible, solo es el que es* (validez sin sentido cognitivo). Este es el sentido de las palabras de Nausícaa a Ulises en la Odisea: «Zeus el olimpio da dicha a los hombres, perversos u honrados, según su talante; a ti te ha dado esos males ahora y es fuerza los sufras hasta el fin»³⁶. Y será por

³⁶ Homero (1982), 191. [Canto VI, 188-191].

esas mismas razones -o más bien por la ausencia de las mismas, dado que todo se reduce a una constatación fáctica sin contenido moral-, por lo que finalmente le ayudará. Es por voluntad de Zeus que el que le está pidiendo ayuda ha sufrido su desgracia, pero es también por esa misma voluntad que él se encuentra ahí ahora, suplicante ante ella.

Sólo a través de la doctrina cristiana, ajustada a los esquemas platónicos que diferencian tanto el ser como el deber ser, la verdad y la opinión, entrará plenamente en juego la fundamentación metafísica de la realidad en el sentido de constituir una explicación omnicomprensiva que mantenga respecto a sus normas morales una pretensión de validez con pleno sentido cognitivo. Sus doctrinas proféticas no solo producen una completa explicación de la realidad, sino que además otorgarán simultáneamente fuerza pública de convicción a su moralidad.

A este respecto, **HABERMAS, J. (1999)** lleva a cabo un interesante análisis genealógico en relación con el basamento monoteístico de validez de la moralidad en las sociedades que denomina metafísicas. Procede a constatar, en primer lugar, que la Biblia atribuye a sus mandamientos morales validez, en tanto en cuanto son la palabra revelada: deben ser obedecidos porque están apoyados en la autoridad de un dios todopoderoso. Sin embargo, la mera confirmación de su carácter imperativo derivado del poder sin límites de un soberano nos deja justo en el mismo lugar que nos encontrábamos al verificar la validez -no cognitiva- de las religiones politeístas. Lo novedoso de este planteamiento es que la moral cristiana excluye su fundamento arbitrario al afirmar que tales mandamientos son consecuencia de la voluntad de un dios que, además de ser omnisciente, es absolutamente justo y bondadoso, lo que implicará un solapamiento de justificaciones que operan a varios niveles.

Por un lado, una justificación *ontoteológica*, es decir, relativa a un orden natural universal (cosmos) tal y como se encuentra constituido por la divinidad. Ese estado de

cosas se ordena mediante una legislación divina que nos otorga un lugar en el orden natural, justo y bueno. Así, las normas morales son racionales y se encontrarían justificadas en razón de su carácter instrumental respecto al mantenimiento de ese orden universal. Es bueno y justo que las cosas sean como son, de manera que tanto las leyes del cosmos físico como las que atañen al mundo de la moral, sustentarán por voluntad divina ese estado de cosas en el que «lo que las cosas son *según su esencia* tiene un contenido teleológico»³⁷. Consecuentemente, desobedecer las normas morales es *malo*, no solo porque suponga quebrantar la voluntad divina, sino porque implica quebrantar un orden de cosas intrínsecamente bueno.

Por otro lado, una justificación *soteriológica*, es decir, que no se deriva del ser del mundo sino de la promesa de su superación³⁸. Nuestro lugar en el universo no es definitivo, sino que depende de la redención que puede obtenerse mediante nuestro sometimiento al orden natural justo y bueno de la justificación ontoteológica, donde la bondad de la creación se afirma provisionalmente, para negarse en última instancia conforme a un plan divino que se denomina *doctrina de salvación*. En este plan antropocéntrico, tras la expulsión del Edén -materialización del final de la Edad Dorada en el relato cristiano- el ser humano caerá de lleno en la historia, con lo que la creación se orientará desde ese momento hacia su aniquilación para la superación definitiva de la historia mediante el Juicio Final. El acceso a la salvación a través de un juicio a nuestra conducta individual supone conectar la perspectiva ontológica y la de la moralidad. Los mandamientos morales cristianos comportarán no sólo un orden de las cosas sino una concepción de *vida buena*. «También otras religiones universales, e incluso la filosofía

³⁷ Habermas, J. (1999), 35.

³⁸ En la tradición judeocristiana, la existencia de un plan de salvación para la humanidad es algo que se afirma con reiteración en los textos bíblicos. Para exposición detallada, vid. Erickson M.J. (2008), 367-387.

con su ideal del sabio y de la vida contemplativa, concentran la sustancia moral de sus doctrinas en formas de vida ejemplar. Esto significa que en las interpretaciones metafísico-religiosas del mundo lo *justo* se halla entrelazado todavía con determinadas concepciones de la *vida buena*. Cómo debemos comportarnos en las relaciones interpersonales frente a los demás se deduce de un modelo ejemplar de conducta de vida»³⁹. Desobedecer las normas morales supondrá una desviación sobre lo que es justo y bueno. Intersubjetivamente, nuestra mala conducta nos aleja del contenido de lo justo, pues son normas exigibles a todos los seres humanos -y su infracción será juzgada imparcialmente por la divinidad-. Desde la perspectiva individual, la desobediencia nos desvía de lo que es bueno, en tanto que esas normas nos indican el camino a la salvación personal.

A partir de esta base, la escatología cristiana fundamentará todo el sentido en la cultura occidental. Frente al caos y la oscuridad, Dios fundamenta -crea de la nada, según este relato- el cosmos y constituye el basamento del orden y la razón: la posibilidad de todo conocimiento. Si el mundo ha sido creado conforme a la regla divina, podremos entenderlo al descifrar la necesidad implícita en esa regla. Hay razón tanto para lo que comprendemos, como para lo que no comprendemos. Y así, si el hombre ha sido creado por una razón, el devenir histórico se desplegará conforme a la necesidad que se encuentra supuesta en el destino del ser humano. Ese será el sentido de la historia.

3.- LA CRISIS DE FUNDAMENTACIÓN EN LA EDAD MODERNA.

Sin embargo, tras el cisma y las guerras de religión en Europa, el uso de la certidumbre derivada de la necesidad implícita en esa regla sobrenatural, se tornó cada

³⁹ Habermas, J. (1999), 36.

vez más problemático. Europa se encontraba radicalmente dividida, y dado que ninguno de los bandos podía imponerse al otro, la única posibilidad de entendimiento y convivencia pasaba por rehuir, pasar por alto el tema religioso. Se había abierto una enorme brecha en la constitución de la normatividad más fundamental -la que sostenía la realidad-, y por el momento no existía otro fundamento universalmente aceptable capaz de sustituir al anterior.

La necesidad de establecer este consenso determinará los rasgos característicos de esa nueva época que llamamos modernidad: este es el punto de partida para la propuesta interpretativa planteada por Stephen Toulmin⁴⁰. El núcleo del problema planteado por Toulmin en *Cosmópolis* tiene que ver directamente con la contemporánea redefinición del horizonte de expectativas (*Erwartungshorizonten*) del mundo occidental a raíz de la crisis del sistema cultural y de pensamiento que se ha venido a llamar modernidad. Y esta cuestión, que en absoluto es un tema menor, se inserta en el que quizá sea el más importante debate que en la actualidad se libra en el mundo de las ideas, pues -una vez la modernidad parece superada- se trata de visitar críticamente aquél debate moderno sobre los fundamentos mismos de la racionalidad, y por lo tanto, sobre todo aquello que siquiera pueda ser objeto de una discusión en el futuro, un debate del que debe resultar una nueva forma de entender el mundo.

Mucho está en juego, porque como decíamos, de ese debate vivo -no meramente académico- derivará un nuevo horizonte de expectativas, es decir, un nuevo juego de creencias que configuren nuestra visión histórica, delimitando consiguientemente nuestro campo de acción.

En este sentido, no se trata de obtener una base teórica concreta que establezca la política práctica del futuro, sino algo mucho más fundamental: los límites dentro de los

⁴⁰ Toulmin, S. (2001).

cuales se encontrarán los futuros “disponibles” a los seres humanos, futuribles que si bien no ocurrirán por sí mismos, están disponibles a nuestra acción. Y por ello la cuestión es *fundamental* -en el sentido que estamos tratando, relativo a los fundamentos-, pues si bien una teoría política concreta con aspiraciones practicas puede, por supuesto, ser objeto de crítica, de lo que aquí se trata es de *definir los propios límites de la crítica como tal, las fronteras de lo racionalmente concebible*, aunque sea irrealistamente.

Afirmar que la supremacía política y cultural europea ha terminado, es hacer también referencia al ocaso de lo que ha venido considerándose tradicionalmente como su pensamiento, y Toulmin se plantea hacer frente a ese sentido de discontinuidad histórica mediante la clarificación del recorrido histórico que nos ha llevado al momento actual. Es necesario entender qué es lo que acaba, o al menos está en cuestión -es decir, la modernidad-, para poder entender y hacer frente al enorme reto que supone reconstruir en el espacio dejado por ese enorme edificio.

Y llevar a cabo esa labor de interpretación resultará imprescindible porque los nuevos proyectos que se plantean para sustituir a la modernidad, lo son a veces frente a conceptualizaciones de ésta expresadas sobre buscados malentendidos, que solo cumplen una función justificativa respecto a una versión del desacreditado programa de la era moderna, es decir, no resuelven los problemas -en muchos casos las propuestas postmodernas simplemente los ignoran- que el derrumbe de ese edificio ha generado.

3.1.- QUÉ SIGNIFICA MODERNIDAD.

Suele relacionarse a la modernidad con determinados acontecimientos claves. El nacimiento del estado-nación, la industrialización y la revolución industrial, e incluso con los ideales revolucionarios franceses. Sin embargo, su origen intelectual debe situarse,

según Toulmin, en conexión con una específica concepción de la racionalidad que procede de 1630. Esta concepción se extiende al ámbito práctico al reorganizarse el sistema político y diplomático europeo sobre la base de las naciones, lo que implicaba un ejercicio del poder “racional”, que abrió la puerta posteriormente a su crítica. Desde un consenso de fondo, todos los argumentos descansarían en unos presupuestos compartidos sobre la racionalidad, desde nueva perspectiva “científica”.

La tesis oficial, -o en terminología de Toulmin, visión heredada de la modernidad- plantea que este cambio tuvo lugar en oposición al pensamiento medieval, rechazando la tradición y la superstición, transformando la vida y sociedad europeas. Sin embargo, la realidad habría sido otra. Es necesario reconstruir nuestra interpretación de esta transición, pues la modernidad no se constituyó en oposición al medievo, sino en un contrarrenacimiento frente al pensamiento humanista, como respuesta ante un estado de crisis general europea a partir de 1620 (recesión, pestes, penurias y guerras de religión), lo que en vez de ensanchar los límites del debate racional y razonable, tal y como propugnaba, en realidad los estrechó. Y así, si para Aristóteles, la teoría y la práctica habían estado abiertas al análisis racional según argumentaciones particulares en función de la disciplina, difiriendo estas en grado de formalidad o certeza, para los filósofos y científicos del siglo XVII era necesario acudir a unos argumentos teóricos que alcanzasen una certeza y necesidad cuasi geométricas.

En vez de buscar argumentos razonables, sometieron todos los temas al imperio de una teoría formal, de modo que al preocuparse sólo por demostraciones formalmente válidas, acabaron reformulando completamente las estructuras del lenguaje por el que la razón se desenvuelve. Si el humanismo había supuesto la recontextualización de todas las cuestiones, la racionalidad moderna exigía que estas aparecieran como independientes a

su contexto, dando por sentado que las pruebas de la “racionalidad” pasaban en bloque de un contexto -o situación- a otro.

Desde cuatro aspectos básicos⁴¹ se sostiene el ataque al humanismo renacentista. Así, se habría pasado: (1) *De lo oral a lo escrito*. El análisis formal de cadenas de enunciados escritos tendrá más valor que los méritos y defectos concretos de una manifestación persuasiva. (2) *De lo particular a lo universal*. Mientras que para Aristóteles el bien no tiene una forma universal, independientemente de la temática o situación concreta, para la filosofía moral moderna no hay interés por el “estudio de casos” concretos o discriminaciones morales concretas, sino por los principios generales y globales de la teoría ética. (3) *De lo local a lo general*. Descartes consideró que la verdadera comprensión filosófica nunca resultaba de acumular experiencia de determinados individuos o casos específicos. La filosofía tenía que buscar ideas y principios abstractos generales. (4) *De lo temporal a lo atemporal*. Mientras que para los eruditos del siglo XVI, el modelo del quehacer racional no era la ciencia, sino el derecho⁴² (con problemas en los que “el tiempo es lo esencial” y que, según la formulación aristotélica se dilucidan “según lo exija la ocasión”, y donde se ponía de manifiesto el vínculo entre la racionalidad práctica y la temporalidad), para Descartes, las cuestiones temporales no tienen ninguna importancia para la filosofía. Se debe sacar a la luz las estructuras permanentes que subyacen a todos los fenómenos cambiantes de la naturaleza.

Toulmin señala como estos cuatro cambios mentales, a pesar de ser distintos, deben ser considerados en su contexto histórico como correlativos y complementarios,

⁴¹ Toulmin, S. (2001), 60-66.

⁴² Este desplazamiento desde el modo de razonamiento jurídico al científico, como nuevo paradigma de la racionalidad, se desplegará en todos los ámbitos de la cultura, afectando -o infectando, más bien- finalmente el propio pensamiento jurídico. De esta nueva perspectiva que busca, en última instancia, la aséptica -e imposible- autofundamentación de las normas jurídicas, suponen un claro ejemplo las escuelas iuspositivistas y formalistas del derecho.

pues su resultado combinado sobrepasó el que cada uno de ellos habría podido producir por sí solo. Se trataba de privilegiar un plano superior, estratosférico, en el que la naturaleza y la ética se conformaran a teorías abstractas, atemporales, generales y universales. Un plano en el que -como más adelante veremos- la cuestión mente y cuerpo tiene gran importancia. Los racionalistas no sólo restringen la racionalidad a los sentidos y al intelecto, sino que reflejan también los primeros amagos de esa "respetabilidad" que va a ser tan influyente en los dos siglos y medio siguientes. El racionalismo pondrá tierra de por medio entre la razón, por un lado, y las emociones y los intereses de los individuos y casos particulares, por otro; y mediante la progresiva aplicación de un estricto formalismo, procederá a sumir a la cultura occidental en un cada vez más pronunciado escapismo moral, que culminará en las sucesivas tragedias que caracterizaron sobre todo la primera mitad del siglo XX.

3.2.- LA MODERNIDAD, SU CONTEXTO HISTÓRICO.

Ahora bien, para llevar a cabo una crítica informada de la modernidad -y plantear posibles soluciones ante la crisis de sus planteamientos- debemos conocer cuáles eran sus objetivos y en qué circunstancias se desencadenaron estos cambios. Toulmin establece como punto de referencia el asesinato de Enrique IV de Francia al objeto de situar temporalmente el inicio de la gran crisis del siglo XVII. La tolerancia religiosa había fracasado, y en los siguientes cuarenta años se impondría la guerra y la intolerancia. La disposición humanista a convivir con la incertidumbre, la ambigüedad y las diferencias de opinión no había impedido el conflicto, y hasta cierto punto podría decirse que había contribuido al estado actual de cosas. Si el escepticismo nos dejaba indefensos, se imponía la certeza: descubrir un método racional para demostrar la corrección o incorrección de

partida de las doctrinas filosóficas, científicas o teológicas. Para una generación cuya experiencia fundamental había sido la Guerra de los Treinta Años, el atractivo de la certeza geométrica y de ideas "claras y distintas" cartesianas contribuyó poderosamente para que su programa filosófico resultara convincente.

Las ideas de Copérnico y Kepler no son solamente nuevas perspectivas de afrontar viejos problemas, sino que socavan toda la *cosmópolis* heredada. En la Grecia clásica, se suponía que en el mundo existían dos tipos de órdenes: el orden de la naturaleza (cosmos) y el orden de la sociedad (polis). Los filósofos estoicos fusionaron los órdenes natural y social en una sola unidad, pues todo lo que había en el mundo manifestaba de manera distinta pero complementaria el "orden" o razón que mantenía unidas todas las cosas. Tanto las regularidades sociales como las naturales eran aspectos del mismo cosmos y de la misma polis, es decir de la misma cosmópolis. Aunque con San Agustín, el orden natural es solo un telón de fondo del drama humano, en el Renacimiento se reaviva el interés por la armonía entre asuntos humanos y naturales, y así, en el siglo XVI la intelectualidad francesa había creído que la conducta humana solo era correcta si en cierto sentido era "natural" o se daba según la naturaleza⁴³.

Sin embargo, a la muerte de Enrique IV, colapsó ese armazón cosmopolita: la filosofía del escepticismo se convirtió en un lujo que pocos podían permitirse. Al

⁴³ La apelación al carácter "natural" de una práctica social, cultural o política es una manera falaz de evitar el problema de la fundamentación característica de la modernidad y que se sigue reproduciendo en la actualidad ignorando la naturaleza social -construida- de todo el universo humano (dado que lo social constituye fuente de conflicto en oposición a lo supuestamente natural, que justo por ostentar ese carácter es indiscutible). En todo caso, podemos rastrear esta apelación naturalista en los textos clásicos griegos tras el descubrimiento de la desconcertante realidad de las culturas humanas ajenas. Así, por ejemplo, «en cuanto a su oposición, polémicamente destacada por sus adversarios de lo natural y de lo meramente positivo, Platón quiere superarla reduciendo las formas de organización *al a priori* ontológico, es decir, a la idea: la ley y el orden son para él atributos de la naturaleza humana. Con lo cual pone un dique a la tendencia revolucionaria de los iluministas áticos, que separan la sociedad y Estado. Ya en esa época, el propio concepto de sociedad es un arma en la lucha social. La doctrina del *jus naturale* de la izquierda socrática se ponía de parte de los oprimidos, contra los poderosos. Antifonte el sofista, por ejemplo, basaba la sociedad en las leyes de la naturaleza, y el Estado, en cambio, en convenciones humanas surgidas de un contrato, y que son a aquélla como la apariencia a la verdad». Adorno, T. W. y Horkheimer, M. (1969), 27. Se trata de un subtipo de argumentación contenida en lo que genéricamente se ha denominado *falacia naturalista*, que en realidad trata de una cuestión más amplia [vid. nota 72].

dogmatismo teológico solo podía argumentársele en su propio idioma: el de la certeza. De esta manera, la crisis del XVII no fue solo económica y social, sino también intelectual y espiritual, pues supuso el hundimiento de la confianza pública en el antiguo consenso cosmopolita.

El método cartesiano sedujo por dos tipos de razones: *instrumentales* (resolvía problemas en las ciencias empíricas) e *intrínsecas* (eran fuente de certeza). Sin embargo, si el Descartes de las *Meditaciones Metafísicas* es un fundacionalista puro, en los *Principios de la Filosofía*, la demostrabilidad absoluta ya no parece tan urgente, y se contenta con descifrar los fenómenos naturales de una manera general que se pueda aplicar a otros fenómenos que aún no ha tenido ocasión de considerar. De ahí la ambigüedad sobre las prioridades cartesianas (fundacionalista y criptoanalítico no se distinguen claramente). No se propone demostrar que las ideas "claras y distintas" están disponibles en todos los campos de la experiencia. No necesita establecer esto para cada caso, pues todo su método de argumentación ya se basaba en ello. Estas dos caras del programa cartesiano serán las piedras fundacionales de la ciencia y la filosofía moderna.

El programa cartesiano acabó por lo tanto con las incertidumbres y vacilaciones "razonables" de los escépticos del XVI a favor de nuevos tipos de certeza y demostración "racionales". La retórica quedaba subordinada a la lógica: la validez y verdad de los argumentos "racionales" será independiente de quién los presenta y a quién o en qué contexto se presentan.

Este cambio tuvo graves consecuencias: la jurisprudencia académica se propuso unas metas cada vez más formales y teóricas, la teoría política se abordó en términos abstractos y generales, y se tomó al ciudadano o súbdito individual como unidad de análisis, al objeto de explicar la lealtad política del individuo ante el Estado. En teología, observamos como esta y el racionalismo inician una alianza ambigua: aunque aquella

recelaba de que este pudiera suministrar una nueva excusa a los "deístas" (pues la explicación cartesiana del universo material podía hacer pensar que a Dios le hubiera bastado ponerlo en marcha para luego seguir funcionando mecánicamente), agradaba a la Iglesia la insistencia en la absoluta necesidad de certeza. Los católicos no podían seguir rigiéndose por normas anticuadas y poco precisas, y el rigor formal debía también imponerse en la teología.

3.3.- LA COSMOVISIÓN MODERNA.

La consigna principal de la Europa del XVII fue la de luchar por la estabilidad. El sistema europeo de estados necesitaba un fuerte equilibrio y dependía de relaciones sociales estables en el seno de cada nación. Modelar el nuevo sistema de naciones-estado significaba inventar un nuevo tipo de sociedad de clases. La pérdida de la cosmópolis quedó compensada por una nueva imagen del mundo que emergió tras 1700, que trataba a la naturaleza y a la sociedad como "órdenes" gemelos e igualmente racionales: naturaleza y la sociedad, órdenes divinamente y humanamente creados, se veían de nuevo como sendas realidades que se iluminaban mutuamente.

Los sueños de un método racional, una ciencia unificada y una lengua exacta (Leibniz) se unen en un único proyecto. Todos se proponen "purificar" las operaciones de la razón humana descontextualizándolos; es decir, divorciándolos de situaciones históricas concretas. La nueva ciencia se proponía ser a la vez "matemática y experimental" aunque sin quedar claro cómo casarían estos rasgos principales del nuevo método (esta falta de claridad se volvió deliberada).

He aquí una enumeración somera de los presupuestos básicos de esta nueva cosmovisión. *En cuanto al orden natural:* [1] La naturaleza está regida por leyes fijas

establecidas en el momento de la creación (fijada en patrones estáticos, mecánicos, repetitivos e invariables); [2] La estructura básica de la naturaleza quedó consolidada hace unos cuantos miles de años: la historia racional y la causal siguieron siendo temas diferenciados; [3] La sustancia material de la naturaleza física es esencialmente inerte (la naturaleza física era pura extensión, o masa bruta, ninguna acción podía producirse a distancia); [4] Los objetos y procesos físicos no pueden pensar ni razonar; [5] En la creación Dios combinó objetos naturales para obtener sistemas estables; [6] Las cosas superiores e inferiores están unidas de manera que el movimiento de la naturaleza y la acción de en la sociedad pasen de las criaturas superiores a las inferiores. *En cuanto al orden social-humano:* (a) La esencia de la humanidad es la capacidad para el pensamiento y la acción racionales. (b) No puede haber ciencia de la psicología (todas las preocupaciones verdaderamente científicas versan sobre el aspecto natural de la existencia: hasta el siglo XIX los científicos alemanes posteriores a Kant no destruyeron la barrera intelectual entre ciencia natural, por una parte, y lógica y ética). (c) Los seres humanos tienen también poder colectivo para establecer “sistemas sociales”. (d) Los humanos son seres compuestos, parcialmente racionales y parcialmente causales (mente y cuerpo). (e) La razón es mental (o espiritual) y la emoción es corporal (o carnal). (f) Las emociones dificultan o distorsionan la razón.

No todos y cada uno de estos presupuestos eran plenamente interdependientes, ni tampoco consecuencia necesaria de subrayar la dicotomía entre humanidad y naturaleza. La cuestión es que nunca se examinó detenidamente la fundamentación de estas creencias en la razón o la experiencia (la doctrina de que la materia era inerte, por ejemplo no juega ningún papel directo en las explicaciones matemáticas de la gravitación) y por eso estas ideas son efectivamente presupuestos, es decir, no eran verdaderamente “lógicas” o “necesarias” tal y como se autoproclamaban. Así, en lugar de axiomas a partir de los

cuales se infieren consecuencias científicas o filosóficas, conviene considerarlos como un andamiaje intelectual dentro del cual Newton y otros construyen la ciencia moderna, con medias verdades provisionales y especulativas.

Sin embargo, esa falsa pretensión de “autoevidencia” llevará a Toulmin a preguntarse qué otra cosa estaba implícitamente en juego, y para ello propone indagar en subtextos paralelos que no tienen que ver con teoremas matemáticos. Y así, para entender la agenda oculta del sistema-marco newtoniano debemos conocer la receptividad de los lectores ingleses de finales del XVII ante las ideas newtonianas, pues la diferencia entre la cultura dominante de los anglicanos que ostentaban el poder, y la cultura “secundaria” de los inconformistas, afectó a sus respectivas actitudes en relación con el nuevo sistema de ideas. Para los sectarios de la República, cualquier propuesta destinada a privar a la masa física (la materia) de una capacidad espontánea para la acción y el movimiento, era equiparable a la propuesta de privar a la masa de la población de capacidad autónoma para la acción, y por lo tanto, de independencia.

De esta manera, el nuevo pensamiento compartía imágenes y analogías: sus temas implícitos eran la estabilidad y la jerarquía. En este sentido, si para Leibniz la teoría newtoniana no era aceptable, era debido a que estaba desprovista de implicaciones edificantes, pues dios nunca fijaría el orden de la naturaleza de una manera poco racional o prudente. Lo que Dios es para la naturaleza, lo es el rey para el estado, el marido para su esposa o el padre para su familia: función justificadora en el orden de la naturaleza.

La nueva cosmópolis ofrecía una visión global del mundo, abarcadora tanto en términos “político-teológicos” como científicos o hermenéuticos, y así, el sistema global de ideas sobre la naturaleza y la humanidad que formó el andamiaje de la modernidad fue un mecanismo social y político, además de científico, que prestaba legitimidad divina al orden político de la nación-estado soberana. Tal y como ha demostrado **KUHN, T.S. (1962)** las

ideas científicas son el producto de contextos culturales concretos que proveen de explicaciones y modos de interpretación -paradigmas- de las que las nuevas teorías no pueden, en principio, sustraerse. Esto supone que sea posible, mediante una indagación a lo largo de la historia de la ciencia, cuestionarse -como hace Toulmin- respecto a los intereses secundarios que las nuevas ideas científicas comportan en la práctica.

La estabilidad social dependía de que todas las partes de la sociedad conocieran y asumieran el lugar que debían ocupar, de manera que el modelo planetario de sociedad era explícitamente cosmopolita. Sin esta justificación, la imposición de la jerarquía aparecería como arbitraria e interesada. En la medida en que esta jerarquía reflejaba la estructura de la naturaleza, su autoridad era autoexplicativa, autojustificadora y aparentemente racional. Lo que había empezado como mera distinción teórica en Descartes, entre el poder intelectual de la “razón” humana y las “causas” fisiológicas de las emociones, acabó convirtiéndose en una oposición en la práctica entre la racionalidad (buena) y el sentimiento o impulsividad (malos). Y si hasta entonces los problemas de ética social (o valores) no se habían solucionado apelando a una supuesta “tradición” única universal, adquirió el dogma un sentido imperativo y *la teoría ética estableció que las cuestiones morales tenían respuestas únicas, simples y autoritarias.*

Históricamente hablando, concluye Toulmin, si la ciencia había tenido éxito en el marco de la modernidad, ese éxito se había sustentado tanto en consideraciones políticas, como explicativas. El esfuerzo racionalista por descontextualizar los problemas de la ciencia y la filosofía, y por utilizar los métodos de la lógica formal y de la geometría, había sido una reacción retóricamente atinada a la mencionada crisis general del siglo XVII, y ciertamente, la fundación de la cosmovisión moderna se produjo desde un modo de pensamiento y un horizonte de expectativas que la hizo posible negándose a sí mismo. Ahora bien, si este hecho puede categorizarse como adaptación o contextualización, y no

como una ruptura explícita, es debido a que el punto de partida, es decir, el pensamiento humanista, estaba dotado de un horizonte de expectativas que contenía la misma posibilidad del punto de llegada: la abstracta racionalidad moderna. Sin embargo, el ideal racionalista tendrá, como veremos, un obstáculo insuperable: ningún formalismo puede interpretarse a sí mismo, pues los sistemas no pueden auto-validarse, de la misma manera que ningún lenguaje formal puede predeterminar sus propios significados sin recurrir a otro lenguaje natural.

3.4.- MENTE, SUJETO Y CONTRATO SOCIAL.

Este giro de la modernidad, que modifica los modos de razonamiento y comunicación, tendrá consecuencias desde el punto de vista de la teoría política. Podemos identificar tres grandes hitos que jalonarán el camino hacia el constitucionalismo democrático: la invención de la mente por Descartes, el precipitado de la nueva subjetividad moderna y el contractualismo en cualquiera de sus dos versiones, como consecuencia política de lo anterior.

Si, tal y como hemos constatado, los conflictos religiosos iban a impedir seguir operando con la certeza metafísica, se volvió necesario que cualquier reconstrucción de los fundamentos de lo real partiera de aquello que, tras el cisma, hubiese quedado en pie. La nueva descripción del cosmos no podía sustentarse en un punto sobre lo que se mantuviera una viva discrepancia y conflicto si con ella se pretendía servir a la nueva convivencia. Por este motivo se volvió imprescindible descartar la tradicional visión omnisciente -que como hemos visto- hasta ese momento había garantizado la realidad, en el sentido de que nuestras percepciones se correspondían con aquella, constituyendo su fiel y última representación.

Ahora bien, esta perspectiva omnisciente no era percibida como tal *perspectiva* por la filosofía antigua y medieval, precisamente porque el conocimiento se había entendido como algo dado: la metafísica no garantizaba la correspondencia entre realidad y representación sensorial, lo que garantizaba es que esa representación -tal y como se entendió luego- no fuera siquiera problematizada. Así, la radicalidad de la reinención moderna de la razón no derivaría de nuevos argumentos que demostrasen la existencia de una *divinidad constituyente*, quizá mejor fundamentada -esto iba a compartimentarse como teología-, sino de un cambio de perspectiva: se abandonaba el relato omnisciente que no considera al sujeto como tal, sino como un mero componente más de una realidad dada y acabada (ser sujeto implica ser concebido desde el dualismo sujeto-objeto de la teoría de la percepción), construyendo así los nuevos fundamentos desde la constatación de la propia conciencia. La autoconciencia -autorreflexión del *cogito*- será el aspecto más interno de una nueva subjetividad que se demostrará en un movimiento reflexivo de dentro hacia fuera.

Esta nueva subjetividad y la correspondiente invención de la mente, entendida como realidad inmaterial superpuesta a nuestros procesos corporales materiales, aparejará un desplazamiento entre el discurso de lo que existe (ontología) y el que fundamenta su conocimiento (epistemología o teoría del conocimiento). Y esta especificidad -el cuestionamiento de la posibilidad de conocer-, será según **RORTY, R. (1979)** la característica distintiva del nuevo pensamiento que rompe con el paradigma metafísico. Si este nos permitía hablar de ontología, como si el conocimiento de todo se encontrara absolutamente a nuestra mano, a partir de entonces se abandonará ese realismo -al que se califica de ingenuo-, reconociéndose necesario fundamentar racionalmente qué podemos

realmente conocer y cómo⁴⁴. Algo que antes o se había dado por hecho o simplemente no se había tenido en cuenta y que, sin embargo, constituirá desde entonces la razón de ser de la filosofía entendida como saber que se encarga de hacer posible el resto de saberes, estableciendo para ello una demarcación epistemológica: no se trata ya de saber qué es real y qué no, sino de qué podemos conocer mediante el desarrollo de la ciencia, delimitando ese horizonte de expectativas (*Erwartungshorizonten*) al que ya nos hemos referido.

Esta problematización del conocimiento será debida a que nuestro punto de apoyo para la fundamentación del cosmos -la mente como localización de la subjetividad- es ahora un punto de partida finito y bastante precario, a pesar de su pretendido carácter

⁴⁴ Algunos filósofos realistas en la actualidad se quejan de que los constructivistas no hayan entendido que el realismo no defiende una visión puramente pasiva del conocimiento, y señalan que tanto Aristóteles, como Tomás de Aquino o en la actualidad MacIntyre, consideran que la actividad cognitiva incorpora una dimensión activa -constructiva-, tanto a nivel sensible como intelectual. Sin embargo, frente al realismo, el constructivismo no niega que la realidad exista. Lo que afirma es que sin una divinidad que la garantice, no podemos conocer su sentido último. Si fuésemos moscas, por ejemplo, y creyésemos en dios, pensaríamos que nuestra manera de percibir el mundo -aunque limitada- se corresponde con el mundo en sí, no con nuestra manera particular. Los humanos, debido a nuestro aparato perceptivo-cognoscitivo sabemos perfectamente cómo perciben el mundo las moscas y otros animales. Su mundo, su percepción, está contenida en la nuestra porque la podemos concebir. Una mosca puede percibir perfectamente un ejemplar impreso de El Quijote y no tiene duda sobre su “realidad”. Sin embargo, para la mosca todas las páginas impresas son iguales, hay un sentido en la cosa más allá de ser papel impreso al que la mosca nunca podrá acceder. Y eso, el dios de las moscas no lo permitiría. Aunque existiese una mosca omnisciente, que pudiese conocer al mismo tiempo todas las páginas de todos los libros impresos del pasado, presente y futuro, seguiría sin percibir ese *noumeno* o cosa en sí. Sin embargo, dios sí nos asegura que entendemos el sentido del mundo, aunque sólo lo conozcamos mínimamente. Es posible imaginar, por ejemplo, que absolutamente todos los eventos -incluidos nuestros pensamientos- que se producen en la realidad material sean el resultado de una comunicación entre entes subatómicos, de manera que todo el universo, incluidas nuestras acciones “libres”, dependieran de sus decisiones que se desplegarían según una especie de lógica para nosotros absolutamente inaccesible. Sin embargo, dios no permitiría que nuestras vidas fuesen ecos de una comunicación de la que no somos protagonistas y sobre la que no tenemos el más mínimo control. Esta es la duda del pensamiento moderno que se inaugura con Descartes: no sobre cuánto conocemos ni sobre su realidad, sino sobre su razón última, la que da sentido a todas las cosas en sí mismas. Esta razón, sin las mencionadas justificaciones ontoteológica y soteriológica, no solo se nos presenta absolutamente inaccesible, sino que su propia existencia es dudosa. Es cierto que el realismo no niega el perspectivismo, pero si dios existiera, nuestra perspectiva, el sentido con el que accedemos a la realidad debería encajar con el relato de la salvación. Y eso implica que el *noumeno* no puede ser de cualquier manera, como en el ejemplo de la comunicación entre entes subatómicos. Las cosas en sí tendrían que obedecer, aunque sea mínimamente, a los designios de un guion divino. Por eso, la duda contenida en la epistemología y el conocimiento como dimensión subjetiva no tienen que ver con otorgar a las cosas su carácter real, sino más bien con dar sentido a las mismas [*make sense*]. Las implicaciones del constructivismo, como veremos, se extienden a la filosofía moral, trasladándose el centro de gravedad del sentido ético desde las cosas en sí hasta el sujeto social a partir de la obra de Thomas Hobbes.

inmaterial. Por ese motivo, mente, subjetividad y ciencia de la epistemología -en el referido sentido de una meta-ciencia-, van de la mano. Este es el punto esencial, pues «resulta bastante plausible la imagen de que la filosofía antigua y medieval se ocupa de las *cosas*, la filosofía del siglo XVII al XIX de las *ideas*, y la filosofía contemporánea ilustrada de las *palabras*. Pero no debe pensarse que esta secuencia ofrezca tres opiniones contrarias sobre lo que es primario o lo que tiene carácter de fundamento. No es que Aristóteles pensara que la mejor forma de explicar las ideas y palabras era hacerlo en términos de las cosas, mientras que Descartes y Russell adaptaron de otra forma el orden de la explicación. Sería más correcto decir que Aristóteles no tenía -no sentía necesidad de- una teoría del conocimiento, y que Descartes y Locke no tenían una teoría del significado. Las observaciones de Aristóteles sobre el conocer no ofrecen respuestas, buenas o malas, a las preguntas de Locke, lo mismo que las observaciones de Locke sobre el lenguaje no ofrecen respuestas a las de Frege»⁴⁵.

Recapitulando, la nueva fundamentación que se construye desde la teoría del conocimiento, que se apoya en el sujeto, despliega su conocer desde la mente. Para este despliegue de pasos, *siempre ciertos*, es necesaria una nueva forma de razonamiento en la que las demostraciones sólo serán válidas con abstracción de lo particular, correspondiéndose lo sobrenatural con la más absoluta particularidad. Así, la subjetividad como abstracción del dualismo sujeto-objeto hará posible la ciencia objetiva, sobre todo a partir de la teoría kantiana, que describirá el mundo exterior como reflejo de la actividad constituyente del ego transcendental.

Ahora bien, ¿a quién corresponde esa subjetividad, de qué sujeto se trata? La reconstrucción de lo real por la subjetividad no requiere de la asistencia de un individuo cualquiera, sino de cualquier individuo. Este es el quehacer de la regla abstracta,

⁴⁵ Rorty, R. (1979), 242.

presupuesto a la vez que consecuencia del nuevo sujeto moderno, constituido en subjetividad autoconsciente. **MacINTYRE, A. (1987)** describe gráficamente ese nuevo sujeto, al que denomina el yo emotivista. Mientras que en las sociedades tradicionales premodernas el individuo se identifica a sí mismo y es identificado por los demás en función de su pertenencia a diversos grupos sociales, de manera que nos definimos en nuestra conexión con los demás -hermano, primo, miembro de tal familia, pueblo o tribu-, el yo emotivista es una subjetividad soberana en su absoluta desconexión, de forma que el individualismo moderno imagina un sujeto imposible, irreal. Completamente constituido como tal y dotado de racionalidad, el pensamiento abstracto considera al yo como sustancia en sí, anterior a cualquier condicionamiento social. De esta manera, no será la existencia la que permita el pensamiento, sino que para el sujeto cartesiano el pensar es un dato previo, que refiere y del que se deduce la existencia. Sobre este presupuesto, la unidad irreductible del discurso político moderno será el sujeto, cuyos derechos e intereses se afirman previa e independientemente a cualquier lazo social o moral entre individuos. MacIntyre señala que esta desconexión trae una consecuencia importantísima: el sujeto se concibe separado de cualquier proyecto moral dado que «el yo peculiarmente moderno, el yo emotivista, cuando alcanzó la soberanía en su propio dominio perdió los límites tradicionales que una identidad social y un proyecto de vida humana ordenado a un fin dado le habían proporcionado»⁴⁶. Así, los proyectos de filosofía moral (que comportan siempre encarnaciones sociales propias) quedan a su elección porque al encontrarse como sujeto intrínsecamente desconectado de toda colectividad, la moralidad en cuanto proyecto colectivo no radica intrínsecamente en el sujeto. De esta manera, las posibles opciones morales se plantean como contingentes particularidades sociales, afectando al sujeto pero

⁴⁶ MacIntyre, A. (1987), 50.

nunca constitutivamente, sino siempre desde afuera, como algo ajeno. En realidad, lo que hace MacIntyre es constatar en el sujeto la dislocación de la imbricación de los planos ontológico y moral propio de las sociedades postmetafísicas, puesto que al colapsar la autoridad epistémica omnisciente también colapsará el entramado de la justificación soteriológica y ontoteológica: «cuando la práctica moral ya no se encuentra entretrejida, a través de la persona de un Dios redentor -y su función en el plan de la salvación-, con la esperanza de salvación personal y una transformación de la vida según un patrón ejemplar, nos enfrentamos a dos consecuencias desagradables. Por un lado, el saber moral se desliga de los motivos subjetivos de la acción, y, por el otro, el concepto de lo moralmente recto se diferencia de la concepción de una vida buena y querida por Dios»⁴⁷.

Ahora bien, este descarnado sujeto cartesiano que es apertura al conocimiento no es solo espectador, sustancia especular de la representación de todo lo real mediante un juego de proyecciones. Ya se trate de una proyección del exterior al interior del sujeto, como plantean Descartes y Locke, un reflejo del interior al exterior, como es el caso de Kant, o como el proceso de permanente ida y vuelta de la filosofía hegeliana, el sujeto ocupará una posición cada vez más predominante en una fundamentación que -como hemos mencionado- no será ontológica sino gnoseológica. El sujeto *representará* la realidad. En este sentido, Rorty apunta que la filosofía occidental ha utilizado desde sus inicios metáforas oculares relacionados con la idea de representación y así, «la imagen que mantiene cautiva a la filosofía tradicional es la de la mente como un gran espejo, que contiene representaciones diversas -algunas exactas, y otras no- y se puede estudiar con

⁴⁷ Habermas, J. (1999), 65.

métodos puros, no empíricos. Sin la idea de la mente como espejo, no se habría abierto paso la noción del conocimiento como representación exacta»⁴⁸.

Será interesante observar cómo esta metáfora especular funciona también en el ámbito de la teoría política democrática, pero no conviene adelantarse. Digamos, por ahora, que además de posibilitar el nuevo cosmos moderno, el sujeto irá gradualmente definiéndose como centro posibilitador o punto de partida del orden social, de manera que la perspectiva de la subjetividad -lo subjetivo-, irá ganando protagonismo en el ámbito de la política y el derecho. Es decir, la subjetividad como punto de partida gnoseológico dará paso al dominio de lo subjetivo en el discurso público. Esta traslación fundamental desde lo objetivo a lo subjetivo, tendrá efectos prácticos concretos, pues provocará a su vez una extensión formidable de la esfera personal-privada. «El derecho de la libertad subjetiva, constituye el punto central y de transición en la diferencia entre la antigüedad y la época moderna. [...] A su más precisa configuración pertenecen el amor, lo romántico, el fin de la eterna bienaventuranza del individuo, etcétera, así como la moralidad y la conciencia moral, y también las demás formas que aparecerán posteriormente como principios de la sociedad civil y como momentos de la constitución política o bien que se manifiestan en general en la historia, especialmente en la historia del arte, de las ciencias y de la filosofía»⁴⁹.

La culminación en el siglo XIX de esta compleja transformación, se constatará mediante la conocida afirmación nietzscheana sobre la muerte de Dios⁵⁰. Ahora bien, lo

⁴⁸ Rorty, R. (1979), 20. Esta cuestión queda confirmada por la propia etimología de la palabra “idea” (del griego: imagen, forma, apariencia) y la acepción segunda de esta palabra en el diccionario RAE (“imagen o representación que del objeto percibido queda en la mente”).

⁴⁹ Hegel, G.W.F. (1988), 219-220.

⁵⁰ Nietzsche, F. (1988), 147. Aunque quizá a estas alturas no sea necesaria mayor explicación, sirva tan sólo añadir aquí el comentario de Heidegger a esta expresión tantas veces malinterpretada: «en la frase “Dios ha muerto”, la palabra Dios, pensada esencialmente, representa el mundo suprasensible de los ideales,

cierto es que, en el sentido nietzscheano, Dios llevaba mucho tiempo muerto: había sido un proceso jalonado por infinidad de pequeños hitos, atravesado por diferentes intereses y fuerzas, muchas de ellas contradictorias. Así, por ejemplo, cuando Hugo Grocio expone en 1625 sus principios del derecho natural y afirma que son válidos por sí mismos al señalar que «ciertamente estas cosas, que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas»⁵¹, no pretende negar a Dios. Y sin embargo, al desvincularlo de la idea del derecho, en cierto sentido estará sentando las bases para que el orden jurídico vaya adquiriendo independencia y carácter propio. El derecho no será la voluntad divina y «así como el demiurgo platónico no es el creador de las ideas, sino que forma el mundo de la realidad según ellas, modelos no creados, eternamente existentes, así ocurre, según Grocio, en el ordenamiento dentro de la comunidad jurídico-estatal»⁵². De este modo, el planteamiento grociano está lanzando subrepticamente una estocada que al tiempo se demostraría mortal: si la razón tiene existencia al margen de Dios, se estará negando en última instancia su omnipotencia al desconocerse su carácter justificador y fundante de la realidad. Las mismas razones que motivaban estar buscando una nueva justificación a las bases del derecho, eran las que motivaban que esas nuevas bases se presentaran independientes de la metafísica. Por eso, ese carácter autónomo del derecho natural era una condición necesaria para su universalidad.

El discurso de la modernidad fue reconociendo cada vez más abiertamente que las apelaciones metafísicas impedían la comunicación y el consenso en todos los ámbitos, y

que contienen la meta de esta vida existente por encima de la vida terrestre y, así, la determinan desde arriba y en cierto modo desde fuera». Heidegger, M. (1995), 164.

⁵¹ Grocio, H. (1925), 12-13.

⁵² Cassirer, E. (1943), 267.

ese discurso fue perdiendo su inicial carácter mortificatorio (coletillas como “lo que no se puede hacer sin gran delito”) para exponer abiertamente esa incompatibilidad⁵³. Este proceso de apertura cultural culminará con el marxismo en el plano sociológico-político y con el positivismo en el epistemológico-jurídico. Así, por ejemplo, desde el marxismo Engels y Kautsky no solamente plantearán esta incompatibilidad entre metafísica y nueva razón moderna, sino que expondrán cuales son, a su juicio, los motivos subyacentes que la explicarían, al afirmar que se había producido una «secularización de la concepción teológica» mediante su transformación en concepción jurídica, de forma que el derecho humano ha ocupado el lugar del dogma o derecho divino, y el Estado el lugar de la Iglesia⁵⁴. El derecho natural, entendido como afirmación de esa razón de carácter individualista esgrimida por la burguesía, había sido el fulcro sobre el que se apoyaría la concepción jurídica para desplazar primero al dogma, y luego al estado estamental del Antiguo Régimen. Tal y como expone Cassirer, el derecho natural se opone tanto al dogma teológico como al absolutismo del Estado, ya que ambos derivan su autoridad del mismo principio, *stat pro ratione voluntas*, por el que «todo derecho se funda en último

⁵³ Así, uno de los hitos destacables en este proceso será la publicación por David Hume en 1751 de su *Investigación sobre los principios de la moral* donde expone que del examen del lenguaje puede deducirse que las virtudes (que son representadas con adjetivos positivos) se corresponden con cualidades que resultan útiles o inmediatamente agradables, tanto a uno mismo como a los demás, por lo que aquello que resulte inútil o desagradable ha de considerarse como vicio. De ahí, por lo tanto, que virtudes religiosas como «el celibato, el ayuno, la penitencia, la mortificación, la negación de sí mismo, la humildad, el silencio, la soledad y toda la serie de virtudes monacales» son realmente vicios, de manera que la religión habría trastocado y pervertido nuestros sentimientos morales naturales. Y aunque es cierto que está atacando la “falsa” religión y no la religión en sí, en todo caso la somete a la razón. Hume (1993), 173.

⁵⁴ “Juristen-Sozialismus” [Friedrich Engels y Karl Kautsky] en Marx, K. y Engels, F. (1975), Vol. 24.5, 491-509. Nótese que el pensamiento marxista, incluso denunciando el carácter ideológico de los derechos humanos burgueses para explicar las razones subyacentes a la estructura de la razón moderna, no consigue saltar por encima de ellas y se presenta como un producto cultural típicamente moderno, pues mantiene la separación entre el plano ontológico y el epistemológico, de manera que el marxismo se presenta propiamente como una teoría epistemológica. El cambio llegará, ya en el siglo XX, con la intersubjetividad y el predominio del lenguaje, renunciándose a la explicación representacional de la realidad.

término en el poder divino; [y] éste es en sí mismo incondicionado y no está sometido a ninguna regla ni norma limitadora»⁵⁵.

Ahora bien, suponer que esta doble oposición -contra el dogma teológico y el absolutismo- se dedujo simultáneamente, sería una tremenda simplificación. Así, en un primer momento, el absolutismo se planteó como la consecuencia precisamente necesaria de esa razón formalista que oponía la concepción jurídica frente al dogma. Y en este sentido, Thomas Hobbes no se presentará como anti-absolutista al plantear la necesidad de matematizar el derecho mediante deducciones lógicas⁵⁶, ni tampoco Samuel Pufendorf cuando se proponga como objetivo desarrollar la ciencia del derecho natural al modo de otras ciencias demostrativas, como la matemática⁵⁷. Y lo mismo podemos decir del cortesano Gottfried Leibniz, que en sintonía con las afirmaciones anteriores, considerará al derecho no como una ciencia de la experiencia, sino relativa a las definiciones⁵⁸.

Para entender la congruencia de esta trabazón entre absolutismo monárquico y anti-dogmatismo metafísico, es necesario volver de nuevo la vista al desenvolvimiento de la subjetividad como nuevo centro del cosmos político. Como vimos, el moderno individualismo había descartado artificialmente su constitutiva pertenencia a una colectividad social. Esto ocasionaba la ruptura entre el interés individual y la exigencia moral, dado que para este nuevo individuo en la moralidad -entendida como un juego de promesas y mutuas obligaciones sociales- ya no le va el ser. En otras palabras, mientras que el universo premoderno entendía la moralidad como una cuestión de propia identidad -pues una manera incorrecta de comportarse podía cuestionar la intrínseca humanidad del

⁵⁵ Cassirer, E. (1943), 266.

⁵⁶ Hobbes, T. (1998).

⁵⁷ Pufendorf, S. (2009), 7-11.

⁵⁸ Leibniz, G.W. (1991).

agente⁵⁹-, para el individuo moderno, radicalmente autónomo, la moral dependerá de una elección personal mediante la que adscribirse a un modo de vida -buena o mala-, pero contingente.

Ahora bien, que los miembros de las sociedades modernas carezcan *per se* de moralidad en el señalado sentido *constitutivo* no quiere decir que la moral no siga siendo -a diferencia del derecho- un elemento interno al sujeto. Tras la separación que comporta la autonomización del sujeto, la diferencia radicará en el sujeto, no en el lado de la moral. De esta manera, el individuo podrá aceptar esas reglas incorporándolas a su fuero interno mediante un acto de voluntad y este hecho terminó provocando históricamente una asociación entre moralidad y acuerdo.

Sin embargo, esta conexión no resulta tan evidente como ahora nos podría parecer. Y es que cuando hablamos de acuerdo ya no nos estamos refiriendo simplemente a un acto de voluntad -único elemento necesario para refundir sujeto y moral, aunque sea contingentemente- sino a una concurrencia de voluntades respecto a unos mismos contenidos morales mutuamente obligatorios, dado que pasar de la voluntad -individual- al acuerdo -colectivo- comportará, como veremos, un elemento abstracto-procedimental que facilitará la fundamentación racional de esas normas. Así, en la interiorización de la moralidad existen dos momentos éticamente relevantes: [1] la aceptación de las reglas en cuestión y [2] su posterior cumplimiento o incumplimiento individual. Respecto al primer momento, la elección individual nunca podrá enjuiciarse en sí misma como buena o mala pues su valor ético remitirá al contenido sustantivo de las normas que sólo podrán valorarse según criterios externos y ajenos a la decisión individual, si no queremos realizar una autojustificación mediante una petición de principio, o recurriendo a

⁵⁹ Humanidad en el sentido de pertenencia al *nosotros* de una colectividad concreta, de ahí que la pena de destierro se planteara tradicionalmente como una especie de degradación ontológica. La concepción de humanidad entendida como colectivo universal es relativamente reciente y se encuentra conectada con esa desconexión social del individuo moderno.

cualquier otra circularidad. *Es decir, si el hecho en sí de aceptar unas normas morales no las hace buenas, quedará pendiente el problema de su justificación.* Un problema que se mantendrá irresoluble debido a la imposibilidad de acudir a argumentos omniscientes, externos al sujeto, de carácter metafísico: la cuestión de la moralidad remitirá entonces al ámbito de las preferencias, al de una absoluta pluralidad incompatible con el concepto mismo de Estado -no hablamos aquí de una sociedad pluralista, sino de la inexistencia de puntos en común derivada de un pluralismo absoluto-. Esta incompatibilidad se pondrá de manifiesto en el segundo momento ético respecto a la asunción de la moralidad: si las normas morales no se encuentran objetivamente justificadas, su cumplimiento individual puede ser -al margen de la posible incoherencia desde la perspectiva del individuo que las ha asumido- bueno o malo, dependiendo de cuál sea el valor que subjetivamente asignemos a tales normas. Incumplir una norma mala, indudablemente, es algo bueno.

Ahora bien, todo esto cambia radicalmente respecto al acuerdo como acción colectiva. Las voluntades individuales sometidas al acuerdo incorporan procedimentalmente -cada una de ellas- el juicio favorable del resto de participantes en ese acuerdo sobre el contenido sustantivo de las normas, de manera que -como hemos visto en el caso anterior- si las normas son sustantivamente buenas, también lo serán las decisiones individuales que las adoptan. Sin embargo, podría objetarse que igual que ocurría en el caso de la elección individual, un juicio favorable -aunque sea unánime- no puede, por sí mismo, dotar de contenido sustantivo positivo a las normas de nuestra elección. Esto es lo que suelen decirnos de pequeños: no está bien tirarse por un barranco solo porque todos tus amigos lo quieran. Sin embargo, una cosa es la imitación de conductas -como en el caso del barranco- y otra distinta el acuerdo colectivo. Si debemos entender la moralidad como ese juego de promesas y mutuas obligaciones sociales *en interés colectivo* al que nos hemos referido, entonces ciertamente el acuerdo de los

participantes sí demostrará la bondad [para ese colectivo en ese momento concreto] del contenido de dichas normas. La clave del acuerdo respecto a la decisión individual es que transforma el bueno para sí subjetivo en un bueno para nosotros. Y en este sentido, una vez justificada su adopción, la moral construida desde el acuerdo o contrato social, se remitirá al segundo momento de ejecución de las normas. Ahora queda claro que su cumplimiento por los individuos debe éticamente valorarse como positivo y su incumplimiento como negativo.

Dos cuestiones, sin embargo, se mantienen en el aire respecto a esta fundamentación de la cosmópolis moderna mediante el procedimiento del acuerdo sobre contenidos morales y de organización social. Para que esta fundamentación basada en lo que Carl Schmitt denominará *forma en sentido sustancial*⁶⁰ tenga la legitimidad que pretende, debemos por un lado tener en cuenta el asunto de la unanimidad. Un acuerdo implica la aceptación de todos los componentes para los que del mismo se deriven luego consecuencias -consecuencias tales como la obligatoriedad en el cumplimiento de sus contenidos, entre otras-. Como veremos, la teoría política moderna planteará una superación de este problema mediante dos herramientas: la teoría contractualista y la regla de la mayoría. Por otro lado, y en íntima conexión con lo anterior, estará el problema de la constitución de la colectividad concreta que decide sobre esas normas y toma la decisión de poder para aceptarlas fundamental y constitutivamente. Para la superación de este problema se recurrirá a las ideas de soberanía y de pueblo (que constituye al soberano o, en las versiones democráticas del pacto, se constituye como soberano).

⁶⁰ Para Schmitt «toda verificación y decisión envuelve por necesidad lógico-jurídica un elemento constitutivo, un valor propio de la forma», por eso habla de la forma en sentido sustancial para hacer referencia a que «el Estado se convierte en forma en el sentido de configuración vital». Schmitt, C. (2009), 28-29. Y precisamente porque considera que la construcción formal escamotea cuestiones sustantivas -que permanecen subyacentes, pero con plena eficacia y fuera de control- se mostrará tan crítico con la democracia liberal. Para la cuestión de la forma en sentido sustantivo, me remito al anexo de este trabajo.

3.5.- LA REUNIÓN DE SUJETO AUTÓNOMO Y MORALIDAD MEDIANTE EL ACUERDO.

La abstracción que representa al sujeto moderno como autónomo puede rastrearse genealógicamente a través de dos perspectivas confluyentes. Por una parte, desde un criterio ontológico-epistemológico, Descartes en sus obras *Discurso del método* y *Principios de la filosofía*, publicadas en 1637 y 1644 respectivamente, había sentado metodológicamente las bases del conocimiento de lo real desde la percepción del propio yo como algo radicalmente independiente⁶¹. Esta subjetividad precipitará, respecto a sus implicaciones morales y políticas, en las obras de Thomas Hobbes *Tratado sobre el ciudadano* y *Leviatán*, dos publicaciones que coinciden exactamente con el inicio y la conclusión de las guerras civiles inglesas: 1642 y 1651, respectivamente.

La artificiosidad de la representación del ser humano como ente completamente separado de su naturaleza social, se resumirá paradójicamente en el concepto de *derecho de naturaleza* hobbesiano, que refiere a «lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, [...] la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin»⁶². Este derecho -precisamente por su carácter

⁶¹ En realidad el yo cartesiano -y por tanto, el sujeto moderno- se funda en un argumento circular, pues esa percepción del propio yo se encuentra culturalmente mediada, dado que no se piensa que se piensa sin un yo que piense, y ese yo -la *res cogitans*- lleva incorporado todo lo que mediante esta abstracción se pretende demostrar.

⁶² Hobbes, T. (2017), 121. Decimos paradójicamente porque esta definición se ha venido entendiendo aparejada a una representación de la naturaleza humana como esencialmente asocial. Así, por ejemplo, según Leo Strauss, Hobbes se propondría «triunfar allí donde la tradición socrática había fracasado. Hobbes atribuye dicho fracaso a un error fundamental: la filosofía política tradicional dio por supuesto que el hombre es por naturaleza un animal político o social». Strauss, L. (2000), 225. Como veremos, esta interpretación, aunque extendida, merece ser matizada.

aislado, que se concibe previo a cualquier arreglo o componenda social- no comportará deberes correlativos por parte de otros individuos, de lo que resulta que los demás, en ese estado previo de naturaleza, no tengan obligación de respetar eso que el individuo tiene derecho a proteger, es decir, su propia vida. En el sentido expuesto, acabar con mi vida podría estar en el derecho de otros -para proteger la suya-, a pesar de que yo también tenga derecho a proteger la mía. Este derecho de naturaleza no es propiamente un derecho, en el sentido de estar respaldado institucionalmente por una norma que reconozca su legitimidad frente a los demás, sino más bien se trataría de una facultad conformada a partes iguales entre poder hacer y poder racionalmente pretender. En este sentido, GAUTHIER, P.D. (1969) señala que Hobbes deriva *formalmente* esta facultad de la razón -de manera que todo aquello no contrario a la razón constituirá este derecho-, y *materialmente* respecto a la necesidad de preservación física.

Un derecho así concebido supone la guerra *justa* de todos contra todos, dado que deben tomarse todas las medidas necesarias a fin de preservar la propia vida -lo que comportará un hacer o un abstenerse de hacer-. Este es el sentido inicial de la *ley de naturaleza*, que nos requiere mediante la recta razón a materializar el contenido del derecho de naturaleza⁶³. Pues sería contrario a las reglas de la razón destruir la propia

⁶³ «The laws of nature, as we have interpreted them, indicate what is required by reason [...] the question here is not whether the laws of nature are laws restricting our rights. Rather it is whether the laws of nature show the extent to which the right of nature is originally limited, by advising us that certain actions are wrong, contrary to reason». Gauthier, P.D. (1969), 50. Decimos que este es el sentido inicial de la ley de la naturaleza, porque como veremos a continuación, el mandato racional de autoconservación tendrá que interpretarse razonablemente, es decir, de acuerdo al contexto dado desarrollando los debidos cálculos estratégicos. En este sentido, comparto en líneas generales la opinión de Gauthier, que entiende que las leyes de la naturaleza son modulaciones racionales al derecho de naturaleza, es decir, un *cómo* añadido al *qué* de la autopreservación. Ahora bien, todo esto se refiere al estado de naturaleza previo a la construcción de una moral colectiva mediante el pacto, que entiendo que Hobbes sí considera obligatoria *in foro interno* (las obligaciones del contrato social hobbesiano no comportan una simple obligación legal). Así, Hobbes señala respecto al cumplimiento del contrato social que «quien considere razonable engañar a los que lo ayudan no puede razonablemente esperar otros medios de salvación que los que pueda lograr con su propia fuerza. En consecuencia, quien quebranta su pacto y declara, a la vez, que puede hacer tal cosa con razón no puede ser tolerado en ninguna sociedad que una a los hombres para la paz y la defensa» Hobbes, T. (2017), 133. En este sentido, comparto la opinión de Guisan E. (1986) respecto a que el pacto hobbesiano entraña un *compromiso de imparcialidad* para todos los participantes.

vida, o incluso omitir aquello mediante lo cual se piense que ésta pueda quedar mejor preservada, para lo cual «cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene esperanza de lograrla; y cuando no pueda obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra»⁶⁴.

Ahora bien, cuando Hobbes describe la condición humana como de guerra contra todos, se refiere en principio a una situación de permanente competencia por los recursos -bienes materiales y honores inmateriales-, no a que la ley de naturaleza nos empuje al caos y a la mutua autodestrucción. Si interpretamos correctamente el derecho de naturaleza sostenido por la recta razón, será necesario aceptar que de la instrumentalización de los demás al objeto de proteger nuestra propia vida no se deduce necesariamente la aniquilación o la explotación de los otros hasta el extremo de hacer imposible los vínculos interpersonales que posibilitan, en última instancia, nuestra propia supervivencia. Más bien todo lo contrario. De ahí que, como se dijo, debamos esforzarnos por la paz mientras tengamos esperanzas de lograrla. Para entender esta idea, basta interrogarse por el contenido concreto de ese deber de preservar nuestra vida: ¿debemos actuar en relación a las circunstancias del momento actual mediante una decisión que sólo nos favorezca a corto plazo, o debemos ponderar, siempre que sea posible, esa decisión sobre el presente priorizando el medio y largo plazo para así asegurar nuestra pervivencia en el futuro? ¿Sólo la nuestra o también la de nuestra descendencia? ¿Asegurándola mediante una acumulación de bienes razonable, o acaparando todos los que nos sea posible -dado que no existe la certeza absoluta respecto a lo que en un futuro vamos a necesitar-, sin tener en cuenta la supervivencia de los demás, de manera que los coloquemos en una situación desesperada que les empuje a la guerra?

⁶⁴ Hobbes, T. (2017), 121.

A poco que profundicemos en las implicaciones prácticas que se deducen de las decisiones en estricta preservación de nuestra vida, entenderemos que es necesario tener en cuenta -aunque sea instrumentalmente- la supervivencia de los demás. No solo porque un excesivo éxito en nuestras pretensiones de acumulación podría objetivamente reportarnos muy poco en cuanto a nuestra supervivencia, al tiempo que pueden demostrarse contraproducentes a medio y largo plazo, sino sobre todo porque es imposible llevar a cabo el cálculo de decisiones estratégicas en este sentido sin tener en cuenta una gran red de vínculos interpersonales, lo que requiere de la institucionalización de esos vínculos. Así, desde una perspectiva utilitarista Hobbes constata que [1] la ley de naturaleza que tiende a la autopreservación se desarrolla instrumentalmente en una serie de mandatos, o leyes de la naturaleza, que «no necesitan ni publicación ni promulgación, ya que están contenidas en esta sentencia, aprobada por todo el mundo: *No hagas a otro lo que tú consideres irrazonable que otro te haga a ti*»⁶⁵, y que se sustanciarían mediante virtudes como la justicia, la equidad, la modestia y la piedad, entre otras; [2] que la racionalidad estratégica implícita en estas leyes naturales encuentra un serio obstáculo en el impulso irracional del ser humano por el dominio desmedido, motivado por su arrogancia, orgullo, ambición y vanidad; [3] que estos deseos irracionales provocan tres causas de discordia: la competencia, la desconfianza y la gloria. «La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación. La primera hace uso de la violencia para convertirse en dueña de las personas, mujeres, niños y ganados de otros hombres; la segunda, para defenderlos; la tercera, recurre a la fuerza por motivos insignificantes, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta»⁶⁶; [4] que esos impulsos sólo pueden

⁶⁵ Op. Cit, 224.

⁶⁶ Op. Cit, 117.

ser dominados mediante una imposición externa, pues «los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno»⁶⁷; [5] que la única manera de erigir ese poder que imponga sobre todos los hombres la racionalidad necesaria para la propia supervivencia, pasa porque todos ellos -por miedo a la muerte- confieran «todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. [...] Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás [...] la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN [...] El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano»⁶⁸; [6] que este poder se alcanza por dos conductos: por la fuerza bruta -Estado por *adquisición*-, o mediante el acuerdo mutuo -Estado por *institución*-; [7] que en cualquiera de los dos casos, el poder soberano es absoluto y su poder irrevocable: es la única manera de mantener la racionalidad por encima de los intereses particulares.

Para Hobbes, no puede existir quebrantamiento de pacto por parte del soberano, dado que el pacto fundacional es entre los súbditos -la persona soberana no existe antes del pacto-. Además, no existiría juez que pudiese dirimir ese supuesto quebrantamiento, dado que no existe autoridad superior. En este sentido, el pacto hobbesiano no confiere poder alguno sino que crea una nueva subjetividad que comporta una identidad absoluta con los representados, por eso el poder resultante es exactamente el mismo, es decir, absoluto. El pacto no crea condición alguna que limite el ejercicio del poder porque, según Hobbes, técnicamente no lo transfiere: «ningún hombre es tan necio que afirme, por

⁶⁷ Op. Cit, 149.

⁶⁸ Op. Cit, 151-152.

ejemplo, que el pueblo de Roma hizo un pacto con los romanos para sustentar la soberanía a base de tales o cuales condiciones, que al incumplirse permitieran a los romanos deponer legalmente al pueblo romano»⁶⁹.



Fig. 2. La vida humana constituyente del *nosotros* soberano es el Leviatán todopoderoso.

Nótese que Hobbes no niega la intrínseca sociabilidad humana, lo que afirma es que -contrariamente al planteamiento naturalista clásico- esta sociabilidad precisa de la socialización para sobreponerse a ciertos impulsos, que en última instancia son autodestructivos. Así, no se trata de que negar la bondad humana, lo que ocurre es que de la disección del Estado y sus partes -súbditos/ciudadanos- acometida a fin de describir su

⁶⁹ Op. Cit, 155.

funcionamiento, se habrían desvelado las motivaciones y mecanismos relacionados con aquello que llamamos bondad, de forma que ésta se habría mostrado como lo que es: un reflejo sociabilizado del raciocinio natural que nos mueve a la supervivencia.

De ahí que categorizar el pensamiento hobbesiano como pesimismo antropológico que describe al ser humano como intrínsecamente malo sea una simplificación incorrecta y moralizante⁷⁰ construida comúnmente desde su famosa frase *el hombre es un lobo para el hombre*, que suele ser citada fuera de contexto. Si atendemos a la cita completa, veremos que con esta idea lo que Hobbes pretende es mostrar que en el ser humano radican al mismo tiempo el bien y el mal -tanto los medios para la paz y la preservación de la vida, como el impulso de autodestrucción-, de modo que si queremos aflorar el bien debemos ordenarnos socialmente, siguiendo criterios racionales: «con razón se ha dicho estas dos cosas: el hombre es un dios para el hombre, y el hombre es un lobo para el hombre. El primer dicho se aplica a la conducta de los ciudadanos; el segundo, a la de los Estados entre sí. En el primer caso, por la justicia, la caridad y las virtudes de la paz, se aproximan a la semejanza con Dios; en el segundo, por la depravación de los malos, incluso los buenos tienen que recurrir, si quieren protegerse, a las virtudes de la guerra y al engaño, esto es, a la rapacidad animal. Y es el derecho natural que surge de la necesidad de la propia conservación el que impide que esa rapacidad sea un vicio»⁷¹. Es decir, en la naturaleza humana no sólo conviven las tendencias destructivas, sino la racionalidad que nos mueve al pacto -aunque sea motivado por nuestro propio interés- que instituye la

⁷⁰ «Que los hombres sean malos por naturaleza no se sigue de mi principio [...] porque aunque por naturaleza, esto es, desde su nacimiento, por nacer animales, inmediatamente deseen todo lo que les agrada y hagan lo posible, ante los males inminentes, por huir con miedo o por rechazarlos con ira, no por ello se les suele tener por malos; ya que las afecciones del ánimo que provienen de la naturaleza animal no son en sí malas, pero sí lo son a veces las acciones que de ellas provienen, a saber, cuando son nocivas y contrarias al deber». Hobbes, T. (2009), 48.

⁷¹ Op. Cit, 41.

virtud cívica⁷². Y esa virtud que hace al hombre una especie de dios para el hombre, también es un componente esencial de lo que significa ser humano, de manera que «la razón no es menos natural en el hombre que la pasión, y es la misma para todos los hombres, porque todos los hombres están de acuerdo en su voluntad de regirse y gobernarse de suerte que alcancen sus deseos, es decir, su propio bien, lo cual es obra de la razón»⁷³.

Este pacto es una especie de acuerdo implícito que se manifiesta objetivamente en la convivencia ordenada por criterios racionales, y describirlo como *contrato social* servirá para [1] en primer lugar, circunscribir los objetivos de la convivencia social en un marco que aspira a ser estrictamente sinalagmático y equilibrado. Con independencia de otras razones de carácter socioeconómico, esta aspiración se deriva coherentemente del relato ontológico-explicativo de la subjetividad. Es decir, si con el relato metafísico la vida y el cosmos derivaban de la creación de un tercero -la divinidad-, de manera que la vida se dirigía esencialmente a la consecución de su plan -el plan divino-; en el mundo postmetafísico, donde la vida humana se explica a sí misma mediante la subjetividad, no cabe sino orientar los fines de esa vida exclusivamente a la propia vida. Es decir, la vida humana -o al menos la vida humana constituyente de ese *nosotros* soberano-, debe ser un fin en sí mismo porque no está para nada más, pues no tenemos un fundamento que nos permita actuar como si existiese nada más (de ahí que la religión en Hobbes sirva a los intereses del Estado, es decir, la preservación de la vida, y no al revés). Por eso, a partir de ahora el *origen* del poder se entenderá de modo *horizontal*: para Hobbes, el Leviatán -sea quien sea, asamblea de hombres o monarca absoluto- representará subjetivamente el

⁷² «La ley, por el hecho de prescribir los medios para la paz, prescribe las buenas costumbres o virtudes. En consecuencia, se llama moral». Op. Cit, 82.

⁷³ Hobbes, T. (2005), I, 15, 1.

pacto libre de todos y cada uno de los sujetos-súbditos. Y este nuevo planteamiento horizontal de la ordenación social, que busca un compromiso equilibrado y sinalagmático, será -al margen de la autoritaria solución hobbesiana- el punto de inflexión y el fundamento de toda la teoría democrática posterior. Desde entonces, la explicación del poder político se originará de abajo-arriba (y la ciudadanía, la clase obrera, o el *Volk* nacionalista son manifestaciones de esta idea), nunca más de arriba-abajo.

Por otro lado, recurrir en la descripción de la naturaleza humana al contrato social servirá también para [2] vincular la descripción ontológica de la subjetividad a su realización moral y política, lo que como hemos dicho, forma asimismo parte de la propia esencia humana. Aunque sea una esencia construida, artificial, ser *nosotros* es una parte de lo que significa ser yo. Hobbes hace referencia a esta especie de naturaleza por capas -que se realiza de forma artificial- cuando nos compara a los seres irracionales: «la buena inteligencia de esas criaturas es natural; la de los hombres lo es solamente por pacto, es decir, de modo artificial»⁷⁴. No llegamos a desplegar nuestra racionalidad sin la mediación de ese pacto artificial que, precisamente por ese motivo, es connatural a nuestra propia existencia como seres humanos.

De esta manera, si la moralidad es el reflejo de la socialidad, vemos como la subjetividad moderna reconstruye el sujeto abstractamente autonomizado vinculándolo socialmente, pero lo hará sin recurrir a una moralidad sustantiva que, como sabemos, ya no podía justificarse mediante la fundamentación metafísica, abandonada. Así, pondrá los cimientos de una nueva moralidad que podríamos categorizar como instrumental, en el sentido de que sirve a estrictos intereses racionales orientados a la supervivencia de los seres humanos como entes físicos -descritos conforme a sus necesidades biológicas y psicológicas-.

⁷⁴ Hobbes, T. (2017), 151.

3.6.- LA IGUALDAD, PRESUPUESTO DEL NUEVO SUJETO.

Este último aspecto es de gran importancia. Si Descartes, mediante la nueva perspectiva epistemológica, había dado forma a un nuevo sujeto a fin de superar los obstáculos que el desplome de la utilidad comunicativa del pensamiento metafísico había supuesto para la fundamentación ontológica, ahora Hobbes mediante su cruda racionalidad instrumental superará, desde una perspectiva utilitarista, esos mismos obstáculos en orden a la fundamentación de la moral. Si los valores de la convivencia y la virtud cívica ya no se nos imponen por el mandato de una deidad que, constituyéndonos subjetivamente, nos involucre en una pertenencia colectiva como parte del orden universal, instituyamos entonces esas virtudes en función de su utilidad.

Nótese, sin embargo, que ahora el proceso del razonamiento será inverso: mientras que en el relato metafísico se representaba al ser como sustentado en el deber ser -de los mandatos divinos se origina el mundo-, en la cosmovisión moderna, el ser humano precisará de su propio deber ser -que deberá construir a su medida- a fin de persistir en el ser.

Todo lo que llevamos dicho hasta ahora, desde el colapso de la fundamentación metafísica hasta el surgimiento de la nueva cosmovisión moderna, nos ha llevado necesariamente a este punto de inflexión que se traduce en un giro radical en la perspectiva de la fundamentación moral. *Un cambio total de perspectiva que, por sí mismo, propiciará la apertura de una nueva temática que culminará en nuestra actual comprensión de los derechos humanos subjetivos como fundamento de la convivencia democrática.* Y olvidar el carácter necesario de este giro, coherente con los imperativos

que históricamente se plantearon respecto a nuestra propia supervivencia como especie, ha sido motivo de graves malentendidos.

Este giro hobbesiano en filosofía moral ha sido expuesto por **MACPHERSON, C.B. (2005)**, que ha señalado que se trataría de un salto tan radical como el de Galileo respecto a la ciencia natural. Así, si Galileo mediante un simple cambio de supuestos -entender que el movimiento es naturalmente constante, y no al contrario- había revolucionado la ciencia, la inversión de supuestos de Hobbes supuso algo parecido: «desde Platón, los derechos y las obligaciones siempre se habían inferido de las capacidades y los deseos de los hombres, pero la inferencia era siempre indirecta: se iba de las capacidades y deseos de los hombres a unos supuestos designios de la naturaleza o a la voluntad de Dios, y de ahí a los derechos y obligaciones humanos. [...] Hobbes volvió del revés la suposición. En vez de encontrar derechos y obligaciones solamente en una fuerza externa los supuso implicados en la necesidad de cada mecanismo humano de perpetuar su propio movimiento. Y como, para conseguirlo, cada mecanismo humano ha de afirmar sus propias exigencias, no podía tratar de imponerles un sistema de valores desde fuera o desde arriba. De ahí que no resultara relevante buscar una jerarquía de deseos, de derechos o de obligaciones. Había que suponerlos iguales para todo el mundo»⁷⁵.

A Hobbes se le ha criticado que este planteamiento implica un salto ilegítimo desde el ámbito del *ser* al *deber ser*, incurriendo en lo que Moore ha denominado *falacia naturalista*⁷⁶. Ahora bien, tal y como señala **BUNGE, M. (2001)**, a pesar de que la distinción y

⁷⁵ Macpherson, C.B. (2005), 82-83.

⁷⁶ Moore, G.E. (1903), 60-62. El filósofo de la ciencia Mario Bunge con su sorna característica define la falacia naturalista de la siguiente manera: «la reducción de los predicados axiológicos o morales, como “bueno”, a predicados naturales como “sano”, “que ayuda al bienestar” o “útil”. Se trata de una expresión peyorativa inventada por los intuicionistas, que perpetraron los filósofos del lenguaje para defender su territorio contra la invasión de la ciencia. Los teóricos de los valores de orientación científica y los filósofos de la moral cometen deliberada y alegremente la falacia naturalista». Bunge, M. (2001). Voz “falacia naturalista”. No confundir con la *apelación a la naturaleza* [vid. nota 39].

la separación entre hecho y valor se acepta en casi todas las teorías de valores y filosofías morales, y siendo cierto que «los juicios de valor -en particular las normas morales- no se siguen lógicamente de los enunciados fácticos. Sin embargo, la brecha hecho/valor no es un abismo, pues lo cruzamos cada vez que logramos con éxito modificar los hechos para adaptarlos a nuestras normas. Además, no todos los juicios de valor son subjetivos: algunos pueden justificarse. Por ejemplo, la extrema desigualdad social no sólo es mala para los pobres, sino que también afecta a la seguridad de los ricos e impide el crecimiento del mercado. En resumen, los hechos y los valores son distintos pero no están separados»⁷⁷.

Hobbes, por lo tanto, sí considera que desde una igualdad de hecho entre todos los hombres -igualdad de capacidad, e igualdad de expectativas de satisfacer sus deseos- puede establecerse una igualdad de derecho sin introducir juicios de valor o premisas morales. Respecto a la igualdad de capacidad, «no prueba que el hecho implique el derecho; supone, simplemente, que lo implica porque no hay razón alguna en sentido contrario. No hay razón alguna para que un hombre deba considerarse por encima de los demás; luego, es evidente que no debe hacerlo. [Y respecto a la igualdad de expectativas] hace lo mismo [...] dar por supuesto que las consecuencias de la igualdad natural de necesidades de los hombres que no son manifiestamente absurdas o reprobables pueden ser tomadas como consecuencias de derecho. La carga de la prueba se les traslada una vez más, por decirlo así, a los moralistas»⁷⁸.

Ahora bien, para nuestra exposición no será tan importante detenerse en cuál fue la solución dada por Hobbes al problema de la concreta justificación de los derechos

⁷⁷ Bunge, M. (2001). Voz “hecho/valor”. El ejemplo citado por Bunge se adapta perfectamente a nuestra exposición del pensamiento de Hobbes. Sobre la cuestión de la relación entre los ámbitos del ser y el deber ser volveremos con mayor profundidad al inicio del siguiente capítulo.

⁷⁸ Macpherson, C.B. (2005), 81-82.

subjetivos, sino en destacar que sus planteamientos cartesianos le obligaron a fundamentar la moral y el derecho desde una justificación *horizontal*, que presupone necesariamente la igualdad de todos los participantes para una sociedad concreta, planteamiento que subyacerá como cimiento de toda teoría democrática y que, respecto a las teorías contractualistas, irá evolucionando, refinándose⁷⁹.

Como decíamos al exponer el surgimiento de la perspectiva epistemológica, las implicaciones del constructivismo a nivel ontológico debían extenderse a la filosofía moral, pues si careciendo de la justificación ontoteológica y soteriológica, el sentido debía limitarse al *sentido de la vida humana inmersa en el mundo natural* tal y como lo podemos conocer, de la misma manera, el sentido de los preceptos morales dejará de girar en torno a suposiciones abstractas del *en sí* de las cosas mismas centrándose en su funcionalidad para esa vida humana, que no es otra que el sujeto inmerso socialmente. El centro de gravedad del sentido ético se desplazará para afirmar que los valores morales no dependen de un absoluto ajeno a las vivencias del mundo de la vida, lo que no implicará embarcarse en la defensa del casuismo, ni tampoco abandonar el cognoscitivismo, sino afirmar desde una perspectiva intermedia entre el realismo y el no-cognoscitivismo⁸⁰, que la moralidad y la fundamentación normativa son instrumentales a nuestra propia supervivencia, o al menos reconocer -desde planteamientos no utilitaristas- que la moral es consustancial a la persistencia de nuestra particular forma de vida -en

⁷⁹ El contractualismo se desarrollará según dos vertientes: las teorías que consideran que el pacto debe orientarse a la maximización del propio interés, además de la agregación de intereses colectivos (línea de pensamiento que inaugura Thomas Hobbes, y que en inglés se denomina *contractarianism*); y los planteamientos que pretenden justificar el contrato social desde presupuestos de racionalidad y razonabilidad objetiva, teorías que se denominan en inglés con la etiqueta de *contractualism*. Un ejemplo de teoría que se incluye en esta segunda vertiente sería la planteada por John Rawls como un tipo específico de constructivismo kantiano.

⁸⁰ El no-cognoscitivismo ético niega que existan principios morales racionales (la moralidad es mera subjetividad emotivista) y por tanto no existen principios con pretensiones de validez universal, o si existieran no podríamos conocerlos.

cierto punto, biológica y por tanto dada, en otro punto, construida, fruto de nuestra libertad- desde construcciones como la kantiana.

Este constructivismo ético, en cualesquiera de sus versiones, se irá imponiendo como característico de la nueva forma de pensar moderna que reconoce la necesidad de una *justificación* axiológica de la corrección moral y la validez jurídica. A esto se referirá posteriormente Kant cuando deje claro que «todo interés de mi razón (tanto el especulativo, como el práctico) se reúne en las tres preguntas siguientes: (1) ¿Qué puedo saber? (2) ¿Qué debo hacer? (3) ¿Qué puedo esperar?»⁸¹. Y precisamente aquellos que inauguraron el camino para responder a estas preguntas fueron Descartes para la primera, y -como hemos visto- Hobbes para la segunda y, aunque sea indirectamente, para la tercera.

La fundamentación típicamente moderna, que podemos calificar *constructivista*, en tanto comporta no sólo justificación de los medios sino de los propios fines, encontrándose en su ámbito de definiciones no sólo el *cómo* sino el *porqué* -es decir, los intereses concretos por los que la moral y el derecho deben guiarse-, será una fundamentación tremendamente inestable. Y de esta inestabilidad ha sido testigo buena parte del turbulento siglo pasado, que ahora amenaza con repetirse.

Basándose en los presupuestos contractualistas que acabamos de exponer, esta fundamentación tomará a la Constitución como instrumento jurídico en clave fundacional -o constitucional-, cuya legitimidad derivará de una de sus caracterizaciones más explícitas: ser el contrato social juridificado. Así, la Constitución servirá de fundamento a la convivencia cívica y al ejercicio del poder desde planteamientos que hunden su justificación en la concepción moderna del individuo, autónomo respecto a cualquier definición sustantiva previa, excepto la que lo define como *libre e igual al resto de sus*

⁸¹ Kant, I. (2009), 693.

semejantes -integrantes todos ellos de un nosotros particular que se constituye mediante ese documento-. Como veremos a continuación, la caracterización del individuo como libre e igual es el único presupuesto previo a cualquier pacto social posible, que permanecerá siempre, constantemente y en todo caso, como su precondition esencial ajena en sí al pacto mismo. Este es un aspecto de extraordinaria importancia, y sobre el que pivotará el resto de nuestra arqueología de la fundamentación contemporánea.

Fundamentar significa rastrear los criterios de razón que justifican los vínculos normativos que regulan los fenómenos sociales en orden a establecer sus presupuestos de legitimidad. Nuestras sociedades democráticas se esfuerzan cada vez menos en discutir y demostrar la fundamentación, y descuidar la importancia de la crítica de los elementos que sustentan los fundamentos de nuestra normatividad es el primer paso hacia el escepticismo, el caos o el autoritarismo.

Sin fundamentación, sólo queda la lucha por el poder descarnado, faccionalismo que desprecia la razón democrática: confundir lo que es y puede [de]mostrarse, con nuestros propios deseos. Ya porque hayamos renunciado a demostrar la verdad, al entender que no existe o no puede conocerse, o porque creamos dogmáticamente que la conocemos, pero no es posible comunicarla. Olvidar la importancia de la fundamentación significa abrir la puerta al fundamentalismo.

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO UNO -

Adorno, T. W. y Horkheimer, M. (1969). *La Sociedad. Lecciones de sociología.* Buenos Aires: Editorial Proteo. Traducción de Floreal Mazía e Irene Cusien.

Arendt, H. (1993). *La condición humana.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Ramón Gil Novales.

Blumenberg, H. (2003). *Trabajo sobre el mito.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Pedro Madrigal.

Blumenberg, H. (2016). *Literatura, estética y nihilismo.* Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Josefa Ros Velasco, Pedro García-Durán, César González Cantón y Alberto Fragio.

Burckhardt, J. (2005). *Historia de la cultura griega II.* Barcelona: RBA. Traducción de Antonio Tovar.

Cassirer, E. (1943). *La filosofía de la Ilustración.* México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Eugenio Imaz.

Cassirer, E. (1972). *Filosofía de las formas simbólicas. II. El pensamiento mítico.* México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Armando Morones.

Cornford, F.M. (1984). *De la religión a la filosofía*. Barcelona: Ed. Ariel. Traducción de Antonio Pérez Ramos.

Erickson, M.J. (2008). *Teología Sistemática*. Viladecavalls: Ed. Clie, 2008).

Frazer, J.G. (1944). *La Rama Dorada. Magia y Religión*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Elizabeth y Tadeo I. Campuzano.

Gadamer H.G. (1977). *Verdad y método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito.

Gauthier, P.D. (1969). *The logic of Leviathan. The moral and political theory of Thomas Hobbes*. Oxford: Oxford University Press.

Godelier, M. (1974). *Economía, fetichismo y religión en las sociedades primitivas*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores. Traducción de Celia Amorós.

Grocio, H. (1925). *Del derecho de la guerra y de la paz. Tomo I*. Madrid: Editorial Reus. Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll.

Guisan, E. (1986). Ética y política en Hobbes. *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 50. (marzo-abril, 1986), pp. 143-178.

Guthrie, W.K.C. (1984). *Historia de la Filosofía Griega. Vol. I. Los Primeros Presocráticos y Pitagóricos.* Madrid: Ed. Gredos. Versión española de Alberto Medina González.

Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social.* Madrid: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara. Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca.

Hart, H.L.A. (1963). *El Concepto de derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Traducción de Genaro R. Carrió.

Hegel, G.W.F. (1988). *Principios de la filosofía del derecho.* Barcelona: Ed. Edhasa. Traducción de Juan Luis Vermal.

Hegel, G.W.F. (2011). *La ciencia de la lógica. Vol. I, La lógica objetiva.* Madrid: Abada Editores. Traducción de Félix Duque.

Heidegger, M. (1995). *Caminos de bosque.* Madrid: Alianza Editorial. Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte.

Hobbes, T. (1998). *On the citizen.* Cambridge: Cambridge University Press.

Hobbes, T. (2005). *Elementos de derecho natural y político*. Madrid: Alianza Editorial.
Traducción de Dalmacio Negro Pavón.

Hobbes, T. (2009). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Edición electrónica. Traducción de Joaquín Rodríguez Feo.

Hobbes, T. (2017). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. Primera edición electrónica.
Traducción de Manuel Sánchez Sarto.

Hume, D. (1993). *Investigación sobre los principios de la moral*. Madrid: Alianza Editorial. Traducción de Carlos Mellizo.

Homero (1982). *Odisea*. Madrid: Ed. Gredos. Traducido por José Manuel Pabón.

Kalpokas, I. (2019). *A Political Theory of Post-Truth*. Cham: Springer Nature Switzerland AG.

Kant, I. (2009). *Crítica de la razón pura*. México DF: Fondo de Cultura Económica, Universidad Autónoma Metropolitana y Universidad Nacional Autónoma de México.
Traducción de Mario Caimi.

Kuhn, T.S. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press.

Leibniz, G.W. (1991). *Los Elementos del Derecho Natural*. Madrid: Tecnos. Traducción de T. Guillén Vera.

MacIntyre, A. (1987). *Tras la virtud*. Barcelona: Editorial Crítica. Traducción de Amelia Valcárcel.

Macpherson, C.B. (2005). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Juan-Ramón Capella.

Malinowski, B. (1986). *Los argonautas del Pacífico Occidental. Vol. II*. Barcelona: Planeta de Agostini. Traducción de Antonio J. Desmouts.

Marx, K. y Engels, F. (1975). *Werke*. Berlin-DDR: Dietz Verlag.

Morrison, J.S. (1941). The Place of Protagoras in Athenian Public Life (460-415 B. C.). *The Classical Quarterly*, Vol. 35, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1941), pp. 1-16

Moore, G.E. (1903). *Principia ethica*. Cambridge: Cambridge University Press. 1993 Revised Edition.

Nietzsche, F. (1988). *La gaya ciencia*. Madrid: Akal. Traducción de Charo Grego y Ger Groot.

Platón (1983). *Diálogos II. Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo*. Madrid: Ed. Gredos. Traducido por J. Calonge, E. Acosia, F.J. Olivieri J. L. Calvo.

Platón (1988). *Diálogos V. Parménides, Teeteto, Sofista, Político.* Madrid: Ed. Gredos.

Traducción de M^a Isabel Santa Cruz, Álvaro Vallejo Campos y Néstor Luis Cordero.

Platón (2000). *Diálogos IV. República.* Madrid: Ed. Gredos. Traducción de Conrado Eggers Lan.

Pufendorf, S. (2009). *Two books of the elements of universal jurisprudence.*

Indianapolis: Liberty Fund. Traducción de William Abbott Oldfather.

Racionero Carmona (2010). *H^a de la Filosofía Antigua y Medieval. 2, Espíritu Griego*

II, 2. Sócrates. Clase magistral disponible on-line: <https://youtu.be/jsMhjf5bm-E>

[consultado el 30 de diciembre de 2020].

Schiappa, E. (2003). *Protagoras and logos. A study in Greek philosophy and rhetoric.*

Columbia: University of South Carolina Press. Las citas en castellano son traducción mía.

Schmitt, C. (2009). *Teología política.* Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Francisco

Javier Conde y Jorge Navarro Pérez.

Strauss, L. (2000). *Derecho natural e historia.* Barcelona: Círculo de Lectores.

Traducción de Ángeles Leiva Morales y Rita Da Costa García.

Tucídides (1990). *Historia de la guerra del Peloponeso. Libros I-II.* Madrid: Ed. Gredos.

Traducción de Juan José Torres Esbarranch.

Toulmin, S. (2001). *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad.* Barcelona: Ed. Península. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo.

Vernant, J.P. (1992). *Los orígenes del pensamiento griego.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Marino Ayerra.

CAPÍTULO 2. LA FUNDAMENTACIÓN JURIDIFICADA.

«Y a medida que se fue extendiendo con los años la visión de la distribución geográfica de las formas humanas de existencia, de costumbres y mentalidades, hasta llegar a abarcar toda la tierra, fue cundiendo también irrefrenablemente en la mayoría de los hombres una actitud escéptica ante los dogmas; fue menguando la fuerza de la fe en un saber trascendente, primero en las convicciones del investigador científico, después en las clases cultas, por último en la masa de los trabajadores y ningún género de metafísica trascendente logró conseguir ya el grado de autoridad que habían poseído en su tiempo la de Platón o Aristóteles o la de santo Tomás»⁸².

«La plena conciencia de la revolución sólo existe desde la Revolución Francesa. Ya no se trata de un acto de violencia destinado a terminar con este o aquel mal, pero sin poner en cuestión el cuadro total y básico de la ordenación histórico-social, sino a erradicar el mal en sí mismo, de manera que la Revolución se muestra como vía de salvación»⁸³.

«Finalmente se deja oír una nueva exigencia. Enunciémosla: necesitamos una crítica de los valores morales, hay que poner alguna vez en entredicho el valor mismo de esos valores -y para esto se necesita tener conocimiento de las condiciones y circunstancias de que aquéllos surgieron, en las que se desarrollaron y modificaron (la moral como consecuencia, como síntoma, como máscara, como tartufería, como enfermedad, como malentendido; pero también la moral como causa, como medicina, como estímulo, como freno, como veneno)»⁸⁴.

⁸² Dilthey, W. (2015), 18.

⁸³ García-Pelayo, M. (1981), 87.

⁸⁴ Nietzsche, F. (1972), 28.

1.- LA GRADUAL DISOLUCIÓN DEL RELATO METAFÍSICO.

Los pasos hacia la nueva legitimidad de la fundamentación constructivista comportaron un proceso lento y gradual que se extendió desde el inicio de la modernidad hasta su culminación, tras los procesos revolucionarios que acabaron con el Antiguo Régimen. Con el término *constructivismo* venimos haciendo referencia al hecho de que, mientras que en las sociedades basadas en la desigualdad, el poder se considera como algo natural y no precisa ser constituido, «en las sociedades que se basan sobre el principio de igualdad, por el contrario, el poder político tiene que ser constituido, porque no es algo natural, sino artificial, porque es el resultado de “la técnica del hombre”»⁸⁵. Sin embargo, conforme acabamos de ver, debemos matizar este planteamiento afirmando -siguiendo a Hobbes- que ese carácter artificial es connatural al ser humano, de forma que lo construido-constituido no supone necesariamente un desplazamiento del ser al deber ser, al menos no en términos absolutos. En otras palabras, concebir la comunidad humana como una construcción sostenida en primerísima instancia sobre la afirmación de la igualdad de sus miembros participantes, ya comporta ineludiblemente para ese todo y sus partes un propio e intrínseco deber ser. Utilizando una expresión de reminiscencias schmittianas, la *metafísica democrática* que se inaugura por Hobbes -entendida como presupuesto axiológico que permite primeramente concebir el *contrato social* como fundamento de la convivencia, y más tarde a la *democracia representativa* como forma concreta, históricamente situada, de articulación de esa convivencia-, presupone la igualdad. Una igualdad que entonces implica afirmar que la esencia humana se corresponde con esa constitución artificial del poder que traducirá la idea de *humanidad*

⁸⁵ Pérez Royo, J. (1997), 87.

como expresión colectiva de ese ser individual. O lo que es lo mismo: que el *artificio constitucional* es connatural a la esencia humana en tanto profundiza en su ser histórico, como su más íntima y coherente perseverancia. Y será, por ejemplo, en este sentido que Edgar Morin señala que «la evolución verdaderamente humana significa desarrollo conjunto de la autonomía individual, de la participación comunitaria y del sentido de pertenencia a la especie humana»⁸⁶.

Por supuesto que este constructivismo precisó de avances hacia la racionalización del Derecho como sistema autónomo respecto a una moral trascendente, pero como decíamos, éstos se llevaron a cabo solapada y casi imperceptiblemente. En una primera instancia, este solapamiento se manifestó en la convivencia del nuevo pensamiento moderno con los dogmas metafísicos, que sólo poco a poco irán desprendiéndose, por efecto de sutiles, aunque cada vez más profundas, contradicciones⁸⁷.

Tradicionalmente, el indiscutible carácter legitimador que para el orden social había ostentado la figura de Dios en el pensamiento medieval, necesariamente se había correspondido con la idea de que el Derecho no era sino el reflejo del divino orden natural, por el que -como hemos visto- cada cosa y persona existía en su respectivo lugar. Y en la base de aquel orden no se encontraba la razón, sino dos realidades inseparables: *Dieu et mon droit*, tal y como reza el lema de la monarquía inglesa. En este sentido, «la

⁸⁶ Morin, E. (2001), 67-68. Se trata de un pequeño texto sobre pedagogía publicado por la UNESCO que refleja de manera paradigmática el fundamento de eso que hemos llamado *metafísica democrática* y su expresión en el ámbito educativo -la educación como *derecho humano* fundamental-.

⁸⁷ El paso de un modelo a otro implica como decimos cierto solapamiento por el que elementos de la fundamentación metafísica permanecerán, subsistiendo autónoma y contradictoriamente en función de diversas inercias. Así, por ejemplo, la legislación penal sobre el suicidio asistido, donde a pesar de la moderna configuración del derecho a la vida como derecho subjetivo, siguen subsistiendo en la actualidad reminiscencias que remiten a la caracterización de la propia vida como cesión divina temporal e indisponible. De esta manera, pese a que la tentativa de suicidio se despenalizó en la mayoría de los códigos decimonónicos, se mantiene todavía una gran resistencia a declarar la propia disponibilidad del derecho a la vida. Ejemplo de ello, nuestro Tribunal Constitucional, que ha declarado que el derecho a la vida tiene «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte» STC 120/1990 de 27 de junio, FJ 7.

racionalidad no es el criterio definitivo para criticar lo que es el Derecho. El último criterio es la voluntad divina, expresada en el “*ordo naturae*”, al cual se le hace coincidir con el orden social existente»⁸⁸.

El cambio en los fundamentos de esa justificación se propició por la fundamentación racional-formalista del Derecho y de la propia monarquía, que sin renunciar a su pretendido origen divino, empezará progresivamente a ser justificada desde diferentes criterios, incluso los puramente utilitaristas, de los que como acabamos de ver, Hobbes constituye un caso paradigmático. De esta manera, el Antiguo Régimen conjugó mediante el uso de una necesaria ambigüedad, una doble fundamentación -racional y sobrenatural- del poder, de la que debía seguirse que su ejercicio era consecuencia de la aplicación de una regla sustantiva de carácter sobrenatural, que era al mismo tiempo -o precisamente por eso-, racional⁸⁹. El gradual predominio de la justificación racional sostendrá la nueva versión de la monarquía -el absolutismo-, aunque para ello contuviera paradójicamente el germen de su destrucción como tal institución -al menos en lo referido a sus expresiones sustanciales, no simbólicas-, pues aunque sólo fuera al principio como mera posibilidad teórica, esa justificación abría las puertas a la crítica y discusión de la monarquía.

Aunque es muy probable que salvo contadas ocasiones la monarquía absolutista no haya sido tan absoluta, y quizás nunca verdaderamente⁹⁰, lo cierto es que su

⁸⁸ Tomás y Valiente, F. (1983), 135.

⁸⁹ Los textos bíblicos habían contribuido a trazar una tradicional oposición entre sabiduría y ciencia. Así, la sabiduría entendida como temor de Dios (Eclesiastés, 1:14) fundamenta un tipo de monarquía piadosa y limitada (Sabiduría, 6:1-11), mientras que la ciencia sin sabiduría conducía a la irresoluble problematización de la moralidad (Génesis, 2:9 y 3:6-7), y al orgullo antropocéntrico de los constructores de la Torre de Babel (Génesis, 11) de la monarquía babilónica (Apocalipsis, 17). Sin embargo, el Absolutismo moderno superará definitivamente ese prejuicio planteándose como una síntesis novedosa de dogma y razón que comportará una nueva forma de gobierno pretendidamente vinculada, sin solución de continuidad, a la tradición mediante relatos genealógicos que desembocarán en fantásticas construcciones nacionalistas.

⁹⁰ Anderson, P. (1979), 45.

justificación sí se planteaba con carácter absoluto, pues identifica la voluntad del monarca con la misma esencia de la voluntad política. Ahora bien, si ese poder era realmente absoluto y emanado directamente del monarca, habría carecido de sentido establecer estrictos procedimientos para la formación de su voluntad, dado que la manera en que se manifestase ese poder ya constituía una decisión en sí misma, es decir, un acto concreto de ejercicio de ese poder absoluto. Por ese motivo, podemos señalar que los primeros procedimientos establecidos en orden a identificar la formación y el sentido de ese poder, eran ya en sí mismos una limitación y un claro indicio de evolución hacia la justificación racional que posteriormente operó como basamento estructural en las democracias.



Fig. 3. El derecho divino, fundamento de la autoridad.

Un ejemplo de esta superposición de las dos justificaciones se encuentra en la posibilidad de los monarcas absolutos franceses de dictar, a su total discreción, cualquier

tipo de orden especial sin mediación de la justicia ordinaria mediante una carta denominada *lettre de cachet*. Y sin embargo, a pesar de que esta orden se presenta como acto de voluntad incondicionado, precisará de un elemento formal característico: la protocolaria expresión final “porque me place” (*car c’est mon plaisir*). Es decir, sin esa expresión que actúa como condición, la *lettre de cachet* -expresión de la voluntad incondicionada del poder monárquico-, no despliega su efecto. Este caso límite donde se formaliza -y por tanto, se condiciona- la expresión del poder absoluto que se declara incondicionado, nos sirve de ejemplo para entender cómo las distinciones teóricas de carácter formal fueron cruciales a la hora de representar la novedad que introdujo el pensamiento moderno en orden a los mecanismos de justificación del derecho. Este “porque me place” ya no se refiere en realidad a la voluntad de la persona del monarca, sino a la de la institución que encarna y precisamente por ese motivo, será condición imprescindible para la expresión de esa voluntad “absoluta”.

Denotando en este caso que la manifestación de voluntad no es personal sino institucional, se pretende invocar una restricción de la discrecionalidad (la voluntad institucional emitida mediante procedimientos específicos comienza a presentarse basada en argumentos que, por encontrarse formalizados, se plantean con carácter racional-abstracto, aplicados al caso concreto). En este sentido, *si toda forma jurídica contiene la ritualización de los elementos que comportan su justificación sustancial*⁹¹, aquí comenzamos a constatar cómo fórmulas y procedimientos se irán adaptando a las nuevas lógicas modernas, incorporando sus nuevas justificaciones y expresando con fórmulas

⁹¹ De modo que si, por ejemplo, la legislación democrática se justifica mediante un procedimiento reglado de producción normativa del que *a priori* se deducen, mediante los conceptos de competencia y jerarquía, unos efectos posibles vinculados a ese procedimiento, es necesario tener en cuenta que su legitimidad no se verifica simplemente como resultado del cumplimiento de ese mero cauce formal, sino en última instancia de la verificación de que ese modo de producción concreto -su forma- es susceptible de reflejar *sustancialmente* la expresión de la voluntad de un poder representativo y limitado.

no-absolutas una soberanía que sólo idealmente puede representarse absolutamente. La noción de que la representación de lo absoluto es, como tal representación, necesariamente limitada, tiene extraordinarias repercusiones, y no entenderla debidamente ha llevado, como veremos, a numerosas aporías y problemas relacionados con el concepto de soberanía, ya sea en su versión absolutista o democrática.

Ya en 1576, y por tanto muy tempranamente en relación a este proceso, Jean Bodin había trazado los que consideraba únicos límites aceptables para el poder absoluto: «la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural»⁹².

En realidad, la pretensión de las monarquías modernas de identificar el poder como expresión simultánea de dogma y razón, no es sino el intento de cuadrar un círculo con el que volver a fundar el poder absoluto absolutamente, es decir, desde lo irrepresentable⁹³. La contradicción implícita en la idea de un *dogma racional* pretende superarse mediante el siguiente planteamiento: al igual que, por ejemplo, el movimiento de las piezas de un ajedrecista que es capaz de mantener en su cabeza infinidad de posibles jugadas sucesivas puede ser en apariencia irracional, análogamente los planes divinos se desenvuelven misteriosamente. Pero eso no quiere decir que sean irracionales. En este sentido, se justifican dogmáticamente en tanto no admiten crítica o argumentación en contrario, pero esto sólo es debido a nuestro limitado conocimiento. Lo que significaría que su racionalidad sí existe, aunque -y aquí radica el problema- sólo pueda comprobarse

⁹² Bodin, J. (1985), 51.

⁹³ La divinidad como concepto absoluto es algo materialmente irrepresentable.

desde una perspectiva omnisciente⁹⁴. Ahora bien, es obvio que la razón humana -por definición- opera con un conocimiento limitado, y precisamente por eso se entiende que este tipo de justificaciones metafísicas son tramposas, dado que no admiten que su consistencia lógica pueda verificarse racionalmente. Diferir indefinidamente la definición de los parámetros que afectan decisiones concretas en cuanto racionales, situando la justificación de esas decisiones en la provisionalidad más radical -pues se proyectan asintóticamente con lo indefinido, con lo uno y su contrario-, constituye justamente la esencia de lo irracional.

En cualquier caso, en virtud de esta doble fundamentación racional-sobrenatural, la voluntad política emanada de la institución monárquica llegará a pretenderse, simultáneamente, una articulación concreta del orden divino -y en consecuencia expresión misma de lo justo-, al tiempo que razón de Estado. A pesar de que se estuviera afirmando que tanto la monarquía como el Derecho emanado por ésta tenían un carácter eterno y necesario, se elaboraban justificaciones desde el plano de lo contingente que explicarían *leibnizianamente* las injusticias del poder como situaciones aparentes; en todo caso un mal menor de entre los posibles, en el mejor de los mundos posibles. Sin embargo, si realmente monarquía y Derecho tuviesen ese carácter necesario en aplicación de los principios eternos de justicia, habría que concluir que cualquier justificación utilitarista

⁹⁴ En este sentido Descartes afirma que «si recordamos que nuestra mente es finita, mientras que el poder de Dios, por el cual previó, y además quiso y preordenó desde la eternidad todo lo que es o puede ser, es infinito [...] podemos vislumbrar ese poder lo suficiente como para percibir clara y distintamente que está en Dios, pero no comprenderlo lo bastante como para ver por qué deja Dios indeterminadas las acciones libres de los hombres», vid. Descartes, R. (1989), 48. Posteriormente, Leibniz desarrollará esta idea: «Dios quiere las cosas buenas en sí, por lo menos de un modo antecedente, [...] aunque los males no son objeto de la voluntad antecedente de Dios sino en cuanto ésta tiende a apartarlos, sin embargo a veces lo son de su voluntad consecuente, pero indirectamente, porque a veces los mayores bienes no podrían producirse si se apartaran los males, en cuyo caso la supresión de los males no permitiría alcanzar directamente su efecto y aunque esa supresión continúa estando en la voluntad antecedente no llega a la consecuente. [...] A veces los males metafísicos y físicos (por ejemplo las imperfecciones de las cosas y los males de sufrimiento entre las personas) llegan a ser bienes subsidiarios, como medios para bienes mayores», vid. Leibniz, G.W. (1982), 538. En un sentido parecido se han formulado las siguientes expresiones: (1) “ardid de la razón”, con la que Hegel pretenderá conciliar el destino racional de la historia con sus aparentes retrocesos, (2) “plan secreto de la naturaleza” de Kant, y (3) “mano invisible” de Adam Smith. Estos planteamientos apuntan indirectamente al problema de la *heterogonía de los fines*, al que luego nos referiremos.

sería como mínimo redundante, cuando no contradictoria -pues lo justo en el plan general divino no tiene por qué corresponderse con una utilidad actual o previsible-. Y es que, si la regla de fundamentación sustantiva de origen sobrenatural siguiera resultando aplicable -es decir, fuese intersubjetivamente aceptable-, cualquier otra explicación alternativa carecería de sentido, pues incluso para el caso de que funcionara monádicamente -es decir, sin pretenderse actuando en conexión causal o siquiera concomitante con la explicación principal-, sería *a priori* completamente superflua. *Dieu et mon droit*: si nuestra afirmación de que el monarca siempre es justo se basa en la ley divina, no precisará ser justificada mediante la razón de la ley natural.

Este solapamiento evidencia cómo el cambio de modelo se produce mediante un desplazamiento en buena medida inadvertido: hasta su sustitución, los argumentos de la fundamentación metafísica se repetirán cada vez más como meras fórmulas, desconectadas de su sentido radical-originario y sin que apelen, por tanto, a su primordial carácter absoluto. Así, continuando con nuestro ejemplo, mientras Foucault refiere que las *lettres de cachet* «habían constituido toda una práctica represiva, yuxtapuesta a la “justicia regular” y más a menudo todavía opuesta a ella»⁹⁵, señalará sustancialmente que la posición tradicionalista no invoca ya el derecho divino para justificar el derecho de excepción del monarca, sino la excepcionalidad de la razón de Estado. La explicación racional iría desplazando a la sobrenatural, de manera que si en el Antiguo Régimen el poder político había consistido -cada vez de forma más nominal- en la administración de un orden de origen divino, a la llegada del régimen revolucionario, el poder habría terminado su recorrido auto-emancipatorio para mostrarse completamente despojado de aquellas ataduras metafísicas.

⁹⁵ Foucault, M. (1979), 123.

El abandono de los fundamentos metafísicos mediante un tránsito que implicaba el solapamiento de criterios fundacionales puede explicarse acudiendo análogamente a la descripción que **GARZÓN VALDÉS, E. (1992)** hace de la potencia disolutiva-destructiva de la tolerancia, en su carácter de sistema normativo justificante, respecto a un sistema normativo básico para el cual, el acto tolerado está prohibido⁹⁶.

Siguiendo este esquema, y conforme lo visto hasta ahora, podemos describir a la fundamentación metafísica como directamente vinculada con un sistema de creencias y de vida buena que, de acuerdo a sus propias razones intrasistémicas, requería de una actuación decidida contra la herejía y el ateísmo. No tanto por razones de orden público, sino fundamentalmente por un principio de caridad que requiere hacer todo lo posible por salvar a los que se encaminan a la perdición eterna. Por pura coherencia, esta llamada a la acción habría implicado oponerse a cualquier resquicio de tolerancia político-religiosa. Por eso precisamente, como vimos en el anterior capítulo, el desplazamiento de los fundamentos había sido motivado tras constatarse la imposibilidad de seguir manteniendo un discurso público de verdad que hasta ese momento había sostenido entrelazados, como uno solo, dos niveles de justificación del poder político: el ontoteológico -el sentido de la *creación*, donde el orden se justifica desde la finalidad intrínseca a cada sustancia creada- y el soteriológico -el sentido de la *salvación*, donde el orden se justifica para lograr su fin y finalidad, entendida como culminación de la historia misma-.

Que este desplazamiento se hiciera escalonadamente y en el sentido que estamos describiendo, se compadece con la diferente forma en que, respecto a estos dos niveles,

⁹⁶ Para este autor, «(i) la tolerancia requiere conceptualmente la existencia de un sistema normativo básico en el cual el acto tolerado está prohibido; si no existe este sistema, no tiene sentido hablar de tolerancia; (ii) la prohibición es levantada en virtud de razones que provienen de un sistema normativo justificante; la tolerancia intrasistémica sería contradictoria; la tolerancia supone siempre una relación intersistémica; (iii) el levantamiento de la prohibición tiene a veces tal relevancia que puede hasta significar el abandono total del sistema en cuestión. Entonces, la tolerancia adquiere rasgos revolucionarios [...] (iv) por ello, la tolerancia en tanto propiedad disposicional resulta siempre en un delicado equilibrio entre el mantenimiento del sistema básico y su derogación parcial (y en algunos casos, total) en virtud de las razones impuestas por el sistema justificante». Garzón Valdés, E. (1992), 44-45.

se traduce la imposibilidad sobre la que surge la crisis de la fundamentación metafísica, crisis desde la que se cimenta la fundamentación moderna. El cisma religioso protestante no se dirige a cuestionar la *creación* dado que no se trata de un movimiento agnóstico o ateo. Antes bien, todo lo contrario: desde una posición regeneracionista se replantean las vías de la *salvación* y, consecuentemente, el modelo público de vida buena. Y esto implica que, *a priori*, no se esté discutiendo públicamente la justificación del origen del poder, sino sólo sus consecuencias pragmáticas, es decir, aquello que lo sustenta desde o por su finalidad.

Es por este motivo que el desplazamiento de la justificación moderna del poder comportó un tránsito desde un planteamiento inicial donde el origen y la finalidad del poder pertenecían ambos al orden divino; para derivar posteriormente hacia una definición de la finalidad desde presupuestos racional-contingentes (aunque todavía manteniéndose su origen divino); hasta llegar a una última -y por ahora definitiva- definición del poder, donde tanto su origen como su finalidad se conciben contingentes. Esta doble contingencia presentará ambos niveles de justificación en desconexión, o mejor dicho, plantea la conexión entre ambos niveles como no necesaria.

TIPO JUSTIFICACIÓN	ORIGEN	SENTIDO-FINALIDAD	CONEXIÓN AMBAS
METAFÍSICA	DIVINO	DIVINO	NECESARIA
EN DESPLAZAMIENTO	DIVINO	RACIONAL-CONTINGENTE	APARENTE
MODERNA	RACIONAL-CONTINGENTE	RACIONAL-CONTINGENTE	NO NECESARIA

Figura 4. Esquema: modernidad, poder desnudo.

Esta desconexión durante el desplazamiento desde el modelo metafísico al moderno fue cada vez más evidente, lo que apropiándonos de la terminología de Garzón Valdés podríamos calificar como resultado del desbordamiento del “coto vedado” o

núcleo esencial del sistema normativo básico. Un desbordamiento que vació de contenido el modelo (*¿qué sentido tenía un poder de origen divino que no se encontrara sustancialmente vinculado a sus criterios de salvación respecto de un plan de vida buena?*) y que vino a suponer, en última instancia, la completa disolución del esquema metafísico.

2.- CONSISTENCIA PRAGMÁTICA Y RELATO MODERNO: EL PAPEL DE LOS VALORES.

Este desbordamiento del núcleo esencial normativo básico supone, en definitiva, la quiebra de la fundamentación entendida como relato consistente, es decir, como sistema dotado de coherencia interna. En este sentido, podemos rastrear las causas del colapso de cualquier sistema de fundamentación identificando aquellas que provocan la pérdida sustancial de su consistencia pragmática.

Para entender mejor esta idea de consistencia, y como se diferencia de la consistencia lógica, puede servirnos como ejemplo retomar una cuestión a la que acabamos de referirnos: la divinidad como concepto absoluto irrepresentable. Que la divinidad, como tal absoluto, sea materialmente irrepresentable es algo que históricamente han asumido muchas culturas en sus respectivas manifestaciones religiosas, de manera que el paso del ser al deber ser que supone traducir esa imposibilidad ontológica a una obligación moral -la representación de la divinidad mediante una expresión concreta, susceptible consecuentemente de ocupar el lugar del objeto representado, constituye pecado de idolatría para las tradiciones judía e islámica-, se corresponde *en esas culturas* con una orientación sistémica hacia la autopreservación que exige ahí cumplir con ese elemental principio de consistencia. Porque cuando

decimos que todo relato en que se sustente la fundamentación, ya sea mítica, metafísica o moderna-racionalista, debe poseer coherencia interna, no nos referimos meramente a la coherencia lógica -es decir, meramente respecto a su contenido proposicional-, sino al mismo tiempo y fundamentalmente a la correspondencia entre este contenido y los presupuestos facticos en los que éste se expresa y desarrolla, es decir, a su puesta en práctica. En eso consiste la coherencia pragmática. La vida vivida dentro los límites que propicia un relato determinado -fundamento estructuralmente posibilitante de la propia vida- no puede desarrollarse sustancialmente como la refutación de ese relato. Antes al contrario, la consistencia como piedra de toque que sustenta la fundamentación exige evitar contradicciones performativas esenciales, de manera que su desarrollo pragmático se traduzca en la permanente confirmación de los presupuestos que, según su lógica interna, lo posibilitan. Y así, ante situaciones extendidas en diversos ámbitos o reiteradas en el tiempo que comporten la refutación performativa respecto a las reglas del sistema normativo básico, el sistema suele reaccionar exigiendo incondicionalmente el cumplimiento de determinadas reglas jurídicas, normas morales o simples pautas de conducta a las que asigna un carácter basal simbólico. Tal es así que, para cualquier relato de fundamentación, constituye un signo inequívoco de crisis el incremento de la exigencia institucional respecto a la observancia de ciertos formalismos o ritos, pero exclusivamente en función de su valor simbólico, sin importar que los mismos se encuentren cada vez en mayor desconexión pragmática respecto a los valores sustanciales que, en su origen, tales formas idealmente representaban.

El vacío creado por el derrumbe de la metafísica se reflejará políticamente en la lógica revolucionaria: sin una regla *externa* de carácter superior que imponga su finalidad e impregne desde fuera a todo el sistema jurídico-político, los fundamentos del gobierno y del orden civil devienen autónomos, en el sentido de confirmarse que *las razones*

políticas se originan en sus propios actores. El poder político se autonomiza, erigiéndose al margen del orden divino y «alzándose a sí mismo a la categoría de fuente de un nuevo orden terrenal. Por consiguiente, la competencia del poder ya no quedaba limitada a hacer cumplir el derecho, sino que abarcaba también su establecimiento. De este modo, el derecho dejó de ser criterio de validez eterna para convertirse en un producto contingente de la voluntad política»⁹⁷. Aquel criterio de validez eterna se había constituido como un reflejo de la regla de lo justo-sobrenatural que hasta entonces había fundamentado el poder, y sin ese criterio -y a falta de otro de similar naturaleza-, el poder solo podrá sustentarse sobre sus propias prácticas, y en relación con los sujetos a los que éstas afectan, para mal o para bien. Es decir, mientras que para la justificación metafísica, el poder es parte constitutiva e inseparable de un estado de cosas trascendente que se traduce en un ordenamiento justo de todas las cosas del mundo; desde la perspectiva moderna, el poder comparece siempre desnudo. Esa *desnudez* conllevará una repetida confusión desde la que se representará al poder adjetivamente, desde su cualidad instrumental, como una herramienta al servicio de intereses concretos e identificables, en vez de *como sujeto* que en su acción se constituye incorporando pragmáticamente esos intereses.

Este es, en definitiva, el rasgo que define específicamente a las sociedades políticas modernas. Su línea de demarcación, podríamos decir, respecto a los modelos anteriores. Mientras que en los relatos de fundamentación tradicionales, la falta de correspondencia entre la regla externa de fundamentación y su aplicación práctica podía hasta cierto punto corregirse en el relato justificatorio apelando, como vimos, a la implementación de planes divinos inverificables (y por tanto, irracionales) que presumiblemente se sustanciarían en el futuro; en el nuevo modelo, la regla de fundamentación que se origina desde los principios hobbesianos de igualdad y libertad

⁹⁷ Grimm, D. (2006), 30.

para la ayuda mutua entre iguales, es interna a la implementación del propio sistema que debe pues considerarse como fin en sí mismo. Es decir, mientras que en la creación mítico-metafísica, se predica la existencia de una fuerza externa creadora como voluntad ajena al sistema; en la creación moderna, el propio sistema se crea a sí mismo por razones que le son propias, internas al propio proceso de su fundación. Es en ese sentido que podemos decir que la modernidad se *autofundamenta*, de manera que, ante la falta de consistencia entre las razones implícitas a la creación del sistema y su aplicación mediante praxis refutatorias o contradictorias, en la modernidad no será posible acudir a cualesquiera argumentos externos con el fin de aportar criterios de corrección (o al menos no será posible hacerlo en coherencia con las reglas del sistema). Esta es la razón, decimos, por la cual *la fundamentación moderna se sustenta esencialmente en la satisfacción del requerimiento sistémico de consistencia*. Y esto no quiere decir que frente a la fundamentación tradicional sustentada en valores, la modernidad en general, y las democracias en particular, se fundamenten mediante procedimientos desvinculados de cualesquiera valores sustanciales⁹⁸. Al contrario: parece obvio que las democracias no podrán desvincularse de los valores si, como acabamos de ver, el nuevo sujeto soberano democrático se constituye desde una concreta afirmación de voluntad desde la que se reconoce a sí mismo como poder, incorporando intrínsecamente intereses ya reflejados pragmáticamente desde esa primera acción constitutiva. Máxime cuando no se trata de la expresión de cualquier sujeto, sino las de un sujeto-poder colectivo conformado desde presupuestos igualitarios en un territorio y momento concreto para la expresión institucional de una voluntad que sólo puede guiarse por un esencial imperativo

⁹⁸ Esta es la tesis, por ejemplo, de ciertas interpretaciones -a nuestro juicio, y como veremos, incompletas- de la doctrina de Kelsen. Como la de Norberto Bobbio, cuando afirma que «La ragione per cui Kelsen non si è preoccupato del fine dell'ordinamento giuridico sta nel fatto che egli ha del diritto, inteso come forma di controllo sociale, una concezione meramente strumentale, la quale, occorre ripeterlo, va perfettamente d'accordo con il relativismo etico e l'irrazionalismo dei valori». Bobbio, N. (2007), 194-195.

categorico: no puede negarse a sí misma en las condiciones que ha sido inicialmente formulada, es decir, le es imposible contradecirse pragmáticamente negando las condiciones de su posibilidad. Es importantísimo señalar que nos referimos a que le es imposible -no a que debe serle imposible- pues la consistencia pragmática no se predica desde el clásico y, como veremos, problemático *deber ser*. Pero tampoco operará de forma sustancialista (es decir, desde la necesaria correspondencia con una definición que pretenda encarnar un valor superior e incuestionable, tal y como podría resultar mediante la invocación de la racionalidad, la humanidad, la democracia, etc.), sino que se plantea estrictamente con un *carácter procedimental-sustantivo*.

Esto quiere decir: [1] que pretende verificar el cumplimiento del requisito de consistencia interna para todas aquellas expresiones de ejercicio de poder derivadas de la afirmación constituyente de un determinado sujeto-poder; [2] que esa consistencia interna no se predicará de su correspondencia formal con una norma habilitante, pues un acto congruente no es tan solo el legalmente posible, sino el que tiene consistencia sistémica, lo que significa que no contradice sustancialmente el fundamento axiológico que orienta su norma habilitante -es decir, no niega materialmente el fundamento de su posibilidad como tal expresión de poder concreta-; [3] que consecuentemente, la exigencia de consistencia pragmática se presenta, no ya como una especie de doctrina de los actos propios o como exigencia de no-contradicción, sino como un verdadero requisito de *consistencia cuasi-ontológica*, pues la existencia de un sujeto colectivo no puede afirmarse como expresión fenoménica, sino ideal-conceptual (no se trata de constatar la existencia de determinadas personas en un determinado lugar, sino de poder afirmar que esas personas constituyen un determinado sujeto colectivo definido por una concreta expresión de poder que lo constituye como tal sujeto en un determinado territorio); [4] que la inconsistencia pragmática no impide, por tanto, que las cosas sean: sólo se limita

a poner de manifiesto que las cosas no son como dicen ser, y esto no implica que se juzgue un estado de cosas respecto a lo que esas cosas *deban ser*, sino que meramente se estaría apuntando la contradicción dada entre la *afirmación* que establece el carácter con el que se actúa [posición habilitante que permite actuar válidamente] y la *acción* que, derivando de aquella afirmación, se opone pragmáticamente a ella; [5] que la inconsistencia pragmática puede ser *puntual* (se afirma la invalidez de una determinada expresión de poder respecto a sus propios presupuestos sustancialmente habilitantes) o *sistémica* (se trata de una extendida y sustancial falta de correspondencia entre lo que el sistema político dice ser y el modo contradictorio en que ese sujeto político se despliega).

La contradicción debe ser sustancial: todos los valores que no se encuentren directamente relacionados -o en tanto que no puedan en un determinado sentido conectarse- con la reproducción de ese sujeto soberano o sujeto-poder, serán entonces intrínsecamente ajenos, *en ese carácter*, al sistema. Podrán ciertamente constituir un reflejo de legítimos intereses de determinados actores políticos, pero no serán necesariamente constitutivos a la democracia. Esta es, a nuestro juicio, la auténtica solución al tradicional dilema respecto a cómo concebir la democracia (si con carácter procedimental o material), y la respuesta a la aparente contradicción que observan autores como **BASTIDA FREIJEDO, FJ. (1991, 16)** cuando al describir la democracia desde una concepción procesal centrada en la tolerancia y el relativismo axiológico, constatan al mismo tiempo que esos procedimientos democráticos comportan ineludiblemente consecuencias sustanciales.

En relación con esta necesidad de consistencia pragmática, la fundamentación moderna se presentará mediante una proyección permanentemente actualizada de ese sujeto-poder que, desde la inmediatez dominada por las infinitas representaciones de su ejercicio (si observamos el poder como función del sujeto) o de su despliegue pragmático

(si, desde una perspectiva omnicomprendensiva, lo consideramos como sujeto-poder), de manera que el relato moderno no podrá soslayar el momento presente. Tras la caída del Antiguo Régimen, momento en que culmina *en sus aspectos esenciales* el proceso gradual de desvinculación con la justificación metafísica tradicional⁹⁹, el ejercicio del poder político sólo podrá justificarse desde sus consecuencias inmediatas, es decir, *desde la vida vivida -vida concreta, no abstracta o imaginada- que ese poder posibilita*.

Por supuesto que algunos regímenes y teorías políticas modernas seguirán apelando a una proyección trascendente, a una especie de horizonte final que justificaría ciertas prácticas y penurias, pero siempre los paraísos prometidos de la modernidad se circunscriben a este mundo -mundo físico, ya descartado el metafísico-, lo que supone un serio impedimento respecto a la trascendencia imaginada o real de estos nuevos relatos: mientras que en la justificación metafísica, la realización del plan que implicaba una recompensa en el más allá nunca podía verificarse, los paraísos de las ideologías modernas se arriesgan a perder gradualmente su credibilidad a medida que pase el tiempo y no se cumplan esas promesas.

A efectos de una mayor claridad expositiva, cabe señalar que la *presentificación* traduce el siguiente planteamiento: [1] colectivamente, no será posible creer en el futuro sin una finalidad que justifique sistémicamente toda acción política -es decir, no sólo entendida como acción singularmente orientada a una finalidad concreta, sino además como parte integrante de una trama o red interconectada de sentido, un sentido compartido que se origina en la finalidad del sistema-. En otras palabras, el futuro es irrepresentable si la acción política carece de racionalidad sistémica; [2] tal y como hemos señalado, la fundamentación moderna abandonará gradualmente la representación del

⁹⁹ Decimos en sus aspectos esenciales, pues como mencionamos en la nota 83, subsistirán elementos aislados de raíz metafísica, aun a costa de ejercer tensiones contradictorias respecto a las lógicas justificativas modernas.

poder mediante un sentido sistémico de origen trascendente, -y del mismo modo que ocurrirá con la vida humana- el poder dejará de considerarse un ritual de paso, adquiriendo sentido por sí mismo; [3] que el significado de lo legítimo se origine intrasistémicamente implicará centrarse gradualmente en el hacer, frente al viejo *hacer para*. La fundamentación moderna se despliega necesariamente a partir de esta idea, y esta es la razón del imperativo categórico kantiano como fundamento de la acción humana autónoma, no sustentada en una finalidad trascendente: «*actúa de modo que la máxima de tu voluntad pueda, al mismo tiempo, valer siempre como principio de una legislación universal*»¹⁰⁰, no significa otra cosa que justificar a la acción en sí misma (sólo así será posible tratar a los sujetos que soportan esa acción como fines en sí mismos).

La modernidad no justifica el poder como medio hacia el trascendente reino de los cielos, sino como la actualización permanente del reino de los fines kantiano, es decir, la realización del cielo en la tierra.

Pero además, que el relato de la fundamentación moderna se presente, en su concreción pragmática, ramificado presentificadamente a través de una sucesión de proposiciones con un valor axiológico permanentemente actualizado constituye, a nuestro juicio, una razonable superación del problema que, para la representación de las acciones, plantea el principio de *heterogonía de los fines* o de las consecuencias no previstas de la acción¹⁰¹. Si en nuestra comprensión de las acciones del sujeto (y de lo que se trata es de

¹⁰⁰ Kant, I. (2005), 35.

¹⁰¹ Las dificultades que derivan de la representación de las acciones de los sujetos entendidas como medios para un resultado han sido expuestas magistralmente por Luhmann al señalar, en el sentido que acabamos de comentar, que «la fundamentación del ser sobre el sujeto de la autoconciencia ha hecho aparecer radicalmente problemática, desde los inicios de la Edad Moderna, la intersubjetividad del representar. Por ello se buscan nuevos raseros críticos para una determinación del ente que resulten vinculantes para todo ser racional. [...] Los fines se convierten entonces en estaciones de paso -arbitrarias o, en todo caso, socialmente convenidas- de un proceso causal infinito. [...] El esquema de fin/medios también postula en su idea fundamental una relación entre valores. Su peculiaridad no reside, como vulgarmente se piensa, en una relación entre causa y efecto. Un medio no es sólo una causa en su causalidad con respecto a un fin determinado. Y un fin no es sólo efecto en cuanto efecto. Para la calificación de esta relación bastan los

representarnos tanto la acción constitutiva de ese sujeto-poder al que llamamos soberano como sus sucesivas actualizaciones pragmáticas), lo que denominamos causa y efecto es el resultado de una representación mediada axiológicamente en función de la abstracción de unos efectos racionalmente esperables mediante una «estabilización selectiva de un reducido ámbito de causas y efectos relevantes»¹⁰², parece evidente que cuanto más se extienda el proceso causal que se pretenda valorar -dentro de una larga cadena de causas y efectos que sólo podemos conectar imaginariamente-, la representación de un determinado medio para un fin será más y más abstracta. Es decir, se encontrará más desvinculada respecto de la compleja situación axiológica que afecta al caso. Será menos nítida y más ideológica en el sentido de que se habrá procedido a la sustitución del medio *como efectiva causa de algo* respecto al medio *como expresión de un determinado valor abstracto*¹⁰³. En este sentido, por ejemplo, cuando alguien justifica su acción porque al hacerlo cumplió con una obligación legal, nos encontramos en ese alto nivel de abstracción que hemos referido en segundo lugar. Por el contrario, justificar una acción por sus efectos concretos y más o menos inmediatos supondrá, en líneas generales, una representación más nítida -y en el sentido que estamos utilizando, menos ideológica- de su valor.

La fundamentación moderna, que identifica el poder legítimo como conformación de un sujeto colectivo desde presupuestos igualitarios -y aquí no nos limitamos a los

conceptos causales. Los conceptos de fin y medio presuponen una relación causal pero no la describen en cuanto tal, sino que más bien expresan, al igual que el principio de transitividad, una relación axiológica entre los efectos del obrar.» Luhmann, N. (1968), 21-42.

¹⁰² Luhmann, N. (1968), 35.

¹⁰³ Toda comprensión de la acción humana implica cierta abstracción que pretende representar una relación axiológica, de manera que cualquier representación causal derivada de esa acción incorpora necesariamente un componente ideológico, al asignarse abstractamente un valor a la acción tendencialmente referida a una causa en un contexto idealizado. Por ese motivo, cuando decimos que la representación de largas cadenas causales tiene un *mayor* componente ideológico queremos subrayar, en todo caso, que se trata de una diferencia de grado en la aplicación de esa asignación abstracta de valor. *No sustanciar largas cadenas causales tiene una ventaja: evita, en última instancia, operar con formalizaciones que tienden a alejarse del sentido original que justificaba, en primera instancia, esa asignación de valor.*

sistemas democráticos, sino a cualesquiera otros que se representan a sí mismos como expresivos de lo que usualmente se denomina voluntad general, popular o nacional-, reproduce diferentes sistemas típicamente desplegados en dos ejes que representan cómo cada régimen político asume internamente y proyecta su propia imagen de legitimidad-justificación: (1) el eje *futuro-presente*, según esos sistemas se reconozcan a sí mismos como procesos más o menos acabados [no son otra cosa que lo que se ve en la actualidad] o en construcción [son la promesa de algo mejor que se verificará en el futuro, aunque proyectado desde el presente de una manera concreta], y (2) el eje *procedimental-sustantivo*, según más o menos reconozcan su fuente de legitimidad en los procesos de decisión política o, por el contrario, en sus resultados.

El análisis de los diferentes sistemas políticos de la modernidad respecto a su evolución y a cómo, en definitiva, se separan de la fundamentación metafísica puede hacerse comparando las desviaciones que operan simultáneamente en estos dos ejes fundamentales. En este sentido, si en cada uno de esos ejes existe un elemento que podemos caracterizar como típico o necesario para la fundamentación tradicional, elementos que se corresponden, por un lado, con la justificación orientada al futuro no-concreto, y por otro, con la utilización irreflexiva de prácticas ritualizadas en las que la tradición habría perdido el sentido o se habría olvidado el carácter sustancial con el que originalmente estas prácticas se llevaron a cabo en un primer momento, entendemos que es posible identificar a la evolución típicamente moderna con aquella que se aleja simultáneamente de ambos elementos. Es decir, si la evolución hacia el relato moderno supone profundizar en coherencia con las lógicas que motivaron la desvinculación metafísica, esto se traducirá consecuentemente en una tendencia hacia posiciones típicas para ambos ejes, comportándose ambas como mutuamente complementarias.

Siguiendo este planteamiento, la profundización en la moderna emancipación racionalista del poder político respecto a fundamentaciones de carácter mítico-metafísico requerirá por una parte de:

[1] Un gradual y sucesivo desplazamiento hacia el *presente* en el primero de los ejes, de manera que la legitimación política se deduzca de verificaciones actuales, que precisen del menor cálculo estratégico posible respecto de operaciones verificables en el futuro, desfavoreciéndose así aquellos sistemas que incorporen relatos que apelen a una justificación diferida, a veces mitológica. Sin una justificación trascendente al mundo conocido, será necesario limitar todas las explicaciones al aquí y ahora del mundo físico, de manera que los relatos que explican el poder tras la revolución de la modernidad comportan típicamente un desplazamiento en el eje *futuro-presente* que refleja la búsqueda de razones asociadas a la valoración de los medios en sí mismos -esto es, al margen de su potencial capacidad para el cumplimiento de determinados fines en un futuro más o menos lejano-. Será por este motivo que, en un esquema netamente moderno de justificación sistémica, el fin no puede justificar políticamente los medios, ya que éstos deben justificarse *actualmente* y por sí mismos.

Para entender mejor esta afirmación, debemos distinguir entre modernidad como amalgama de procesos sociales en un determinado momento histórico, momento que con el nombre de *era moderna* se extiende hasta nuestros días, aun con determinadas particularidades denominadas postmodernas; y modernidad como *producto cultural o movimiento del espíritu* que surge directamente como respuesta ante las consecuencias de aquellos procesos históricos. Diferenciar entre la situación en la que históricamente se constata un vacío provocado por una imposibilidad sistémica, con enormes repercusiones políticas, religiosas y culturales, y los movimientos que surgen con el expreso propósito de rellenar ese vacío. Es cierto que se han dado actitudes, escuelas filosóficas y

movimientos políticos que, desde posiciones en el fondo *nihilistas*, no se han preocupado por solventar esa situación de falta de fundamentación, en el sentido que llevamos exponiendo. Posturas -modernas en ese primer sentido- que han aceptado el vacío. Ya desde regímenes que han considerado el poder como fin en sí mismo, hasta teorías políticas que asumen que toda justificación del poder político, si es eficaz, no constituye sino un fiel reflejo retórico del poder que se ejerce¹⁰⁴.

Y así, para estas posturas, la explicación menos tramposa respecto al hecho del poder sería aquella que desiste llana y simplemente de justificarlo, y se limita a describirlo como un *factum* derivado de posiciones existenciales. Posiciones que nos representarían exclusivamente -pues esa sería en definitiva la esencia de lo político- de acuerdo a nuestro carácter de amigo-enemigo¹⁰⁵. Esta posición, obviamente, se sitúa al margen de la dialéctica de la fundamentación, entendida ésta como *criterio unificador e irrefutable, posibilitante de acuerdos intersubjetivos por encima de los intereses particulares*. Por eso, cuando afirmamos que determinados elementos sirven o son propios de la fundamentación moderna, no lo hacemos refiriéndonos a la posición de aquellos modernos que niegan la posibilidad de lograr una fundamentación propiamente moderna -la única posible desde los presupuestos históricos de la modernidad -, sino que nos referimos a los planteamientos que, desde el relato ilustrado, pretenden enfrentarse al vacío de fundamentación mediante una justificación cognitivista del poder y el derecho.

[2] Además, y como consecuencia de lo anterior, para la fundamentación típicamente moderna debe producirse complementariamente un desplazamiento en el eje

¹⁰⁴ De manera que cualquier ejercicio de poder real siempre se traduciría, epifenoménicamente, en su justificación.

¹⁰⁵ Así, Carl Schmitt es uno de los teóricos que señalan -al igual que nosotros acabamos de hacer con las justificaciones racionalistas de la monarquía absoluta- la incongruencia de concebir un poder absoluto -en este caso, el poder constituyente democrático- que, al mismo tiempo esté limitado por normas: «una justificación basada en un conocimiento marcadamente racional y “legal” no es legitimidad, sino *legalidad*, pues afirma la inviolabilidad de la “ley” con rigor, sin admitir excepciones». Schmitt, C. (2009), 124.

procedimental-sustantivo que subraye la importancia de los procedimientos respecto de los resultados. Ahora bien -y este asunto es vital- si como veremos más adelante no existen los procedimientos asépticos en el sentido de procedimientos puramente procedimentales¹⁰⁶, la nueva legitimación política debe derivar del cumplimiento de procedimientos cargados de un sentido axiológico que refleje medialmente su finalidad, es decir, que mediante las acciones vehiculadas por esos procedimientos, y con independencia del resultado material obtenido como consecuencia de dichas acciones, se obtengan de forma inmediata como resultado del mero respeto a las formas del procedimiento, objetivos sustanciales reflejados en el diseño del procedimiento en sí. Así, por ejemplo, cualquier juego por el mero hecho de ser jugado, comporta resultados sustantivos para todos los participantes, con independencia de que éstos ganen o pierdan. El diseño del juego puede orientarse al desarrollo de capacidades específicas, a la cohesión social o afectiva de los participantes, a la mejora del entendimiento entre ellos, etc. Estas finalidades son siempre reflejadas en la forma misma del juego, y son compartidas por los participantes en el momento en que aceptan sus reglas, con independencia de que tengan otros objetivos particulares, como ganar el juego. Es decir, en el medio -que es el jugar conforme a determinadas reglas- se reflejan finalidades intersubjetivas que permiten, además, la consecución de finalidades intrasubjetivas apropiadas a ese contexto.

3.- LA SOBERANÍA COMO ACTO DE VOLUNTAD INCONDICIONADO: UNA RECONSTRUCCIÓN METAFÍSICA DESDE LA MODERNIDAD.

¹⁰⁶ Esta cuestión se desarrollará en detalle en el epígrafe 6.2 de este capítulo.

Sin embargo, a pesar de que hubiese sido consecuente y deseable que la legitimidad típicamente moderna hubiese operado siempre mediante estos parámetros basados primariamente en la presentificación y la procedimentalidad sustantiva, lo cierto es que las justificaciones del poder en la modernidad se han situado en muchas ocasiones en el extremo opuesto del espectro de ese eje de coordenadas, mediante sistemas o doctrinas políticas que, aunque situadas en la modernidad -dado que culturalmente no pueden soslayar el derrumbe de la fundamentación metafísica-, son en el fondo reactivas respecto a la evolución moderna. Y aunque no comporten una fundamentación metafísica o mitológica, sí que comparten numerosos elementos reminiscentes de aquellas fundamentaciones. Son, en este sentido, expresiones metafísicas en un contexto post-metafísico: una recreación estructural de aquellas justificaciones, ahora sustentada por nuevos actores intentando interpretar viejos papeles ya conocidos.

Así, aquellos sistemas políticos que se justifican afirmando una legitimidad que se sostendría en promesas de un futuro mejor, frente a la evaluación de los hechos que acontecen en el presente; desde ideaciones abstractas de supuestos resultados que se sustanciarán en el futuro; o incluso desde resultados presentes y concretos, pero que no tienen en cuenta los procedimientos con valor sustantivo que han servido para obtenerlos, son sistemas que en el fondo pretenden sustituir al dios de la metafísica por nuevos ídolos. Abstracciones que sobre el papel lo soportan todo. Lo característico de los procesos de mitificación es la sustracción del ámbito racional respecto a ciertos elementos conceptuales, claves para la comprensión de la realidad. Este componente irracional se construye en tres pasos: [1] su connotación a una fuerte carga emocional; [2] su asociación al pensamiento estratégico agudizado hasta la indecibilidad, de manera que cualquier enunciación al respecto se torne sustancialmente indemostrable; y [3] su ubicación como fundamento axiomático del sistema político.

La etnia o el grupo cultural esencializados mediante el concepto de raza; la nación y la clase social entendidas como sujetos a los que corresponde culminar determinados propósitos históricos; o la abstracta idealización oracular de los mercados, son algunos ejemplos de estos procesos que se sitúan frontalmente en contra de la tendencia moderna hacia la racionalización de la justificación para la legitimación política. Y no queremos decir que estos conceptos u otros con la misma carga totémica no tengan entidad o eficacia real, sino que la reactividad de ciertos sistemas políticos modernos les asignan funciones o efectos inverificables que les sitúan típicamente en el lugar que tradicionalmente ha correspondido a la divinidad y los asimilan mediante argumentos esencialistas -que por propia definición se presentan como proposiciones indecibles-, en el carácter de hitos o axiomas fundacionales que no admiten demostración ni refutación.

¿Cómo se ha llegado hasta aquí? ¿Por qué desde el racionalismo moderno se actúa apelando a estos criterios irracionales? A nuestro juicio, la concepción del nuevo poder soberano democrático como puro acto de voluntad incondicionado, en el más viejo estilo *Ancien Régime*, ha sido uno de los elementos que ha jugado un papel más importante en esta reconstrucción metafísica que ha permitido y sigue permitiendo la vuelta por la puerta de atrás de la modernidad al pensamiento mitológico-metafísico.

Como vimos en epígrafes anteriores, la emancipación del poder político respecto de justificaciones mítico-metafísicas tuvo en una primera instancia un carácter radicalmente negativo, pues antes que el despliegue de un modelo nuevo, la victoria revolucionaria en el viejo continente, donde se enfrentaba más crudamente a las ruinas del viejo sistema, supuso ante todo y simplemente la confirmación de un vacío. La desvinculación respecto al relato metafísico había supuesto un proceso largo al que se ponía una especie de punto final con las revoluciones liberales. Y sin embargo, no fue hasta que contemplaron las ruinas de una estructura de justificación que se encontraba

desde hace tiempo carcomida hasta sus cimientos que los revolucionarios no empezaron a preguntarse *qué hacer*. Mientras que la revolución norteamericana podía permitirse presentar, hasta cierto punto confundidas, la sustitución de un soberano extranjero con la redefinición del mismo concepto de soberanía, en el continente europeo se sufrieron las consecuencias de no entender claramente la diferencia entre meramente sustituir a quien detenta el poder y la necesidad de volver a concebir desde presupuestos completamente distintos lo que sea que el poder, desde ahí en adelante, debía significar.

De esta manera, la escenificación del derrumbamiento de la justificación metafísica mediante el cambio de régimen político no siempre comportó, al menos en un primer momento, la sustitución de aquellos antiguos valores entendidos como finalidades intersubjetivamente compartidas, o cuanto menos aceptadas. Sin esta sustitución, y actuando desde la completa negatividad, el poder revolucionario reflejará descarnadamente cómo el ejercicio del poder emancipado de relatos justificativos y sin incorporar nuevos valores, constituye una cínica expresión nihilista.

A pesar de las reconstrucciones históricas efectuadas por el bando ilustrado, donde todos los hechos del pasado estarían orientados con un sentido determinado hacia el progreso, lo cierto es que en el momento de la caída del Antiguo Régimen, la evolución hacia la nueva fundamentación no se les aparecerá automáticamente a los revolucionarios como una consecuencia natural. Desde la perspectiva moderna que se construía desde una visión cada vez más pluralista, los argumentos que habían sustentado la legitimación sobrenatural del viejo sistema fueron despojados de su pretendido carácter objetivo y absoluto para ser ahora reinterpretados como meros constructos de la subjetividad. En consecuencia, parecía lógico concluir retrospectivamente que el poder, mediante el caduco relato metafísico, había estado *autofundamentándose* desde siempre, sin que existiera una conexión necesaria entre su ejercicio y su supuesto fundamento axiológico,

de manera que en la nueva situación lo único que debía hacerse es procurar cínicamente un nuevo relato.

Tras esta revelación se produce un breve periodo de desengaño catártico donde al ejercicio absoluto del poder del monarca le seguirá su correlato exacto en el despliegue del poder revolucionario. La revolución francesa y su subsiguiente periodo de terror fueron precisamente eso: el abrupto despertar de la razón al *porque sí* del poder. De ahí que, como apunta Sartori, suponga un error pretender oponer sin más, como si se tratara de conceptos contradictorios, absolutismo y poder popular: «una vez abatido el adversario, la soberanía popular puede adquirir todos sus atributos: limitadora del poder en tanto que opuesta a un poder ajeno, se convierte a su vez en un poder ilimitado cuando viene a faltar el contrapoder que combatía»¹⁰⁷.

Si la modernidad significó empezar a comprender que la moralidad nunca había sido un *en sí*, sino siempre un *para qué*, y que su finalidad no había sido otra que la de servir a las estructuras de poder vigentes, ya no serviría elaborar nuevos relatos morales con los que justificar las nuevas estructuras de poder. De lo que ahora se trataba era de cuestionarse su finalidad. Preguntarse por el poder sería preguntar *¿poder para qué y para quién?*

Ahora bien, para responder a estas preguntas, y sin elementos de fundamentación externa al sistema, cualquier justificación del poder político tendría que construirse ya desde el ejercicio del poder mismo, lo que implica en el fondo una legitimación *ex post facto*, es decir, desde los resultados de sus respectivas prácticas como posibilitadoras de formas de vida. Esta es la razón por la que Lenin afirma que es imposible fundamentar la acción revolucionaria sino en sí misma: «es como si el agente revolucionario, antes de arriesgarse a tomar el poder estatal, debiera obtener el permiso de alguna figura del gran

¹⁰⁷ Sartori, G. (2003), 119.

Otro (organizar un referéndum que establecería que la mayoría apoya la revolución). Con Lenin, igual que con Lacan, la revolución *ne s'autorise que d'elle-meme* [sólo se autoriza por sí misma]: se debería asumir el ACTO revolucionario sin la cobertura del gran Otro»¹⁰⁸. Si tras el despertar del dogmatismo metafísico se había comprendido que los argumentos que habían justificado a la monarquía no eran sino la expresión epifenoménica -una especie de síntoma secundario- del ejercicio de su poder, *¿dónde debemos buscar ahora para encontrar una nueva justificación?* Podía pensarse que al igual que había ocurrido con la monarquía absoluta al ser despojada de su ideología, la revolución sería la única fuente de todo lo que sigue. Nada entonces le vincula, podía interpretarse. Sin embargo, como hemos visto, tal interpretación constituye un gravísimo error. Todo sujeto revolucionario se representa para la acción -que se dice externamente incondicionada- desde unos determinados parámetros que lo definen como tal sujeto, y que internamente pretenden servir de propia justificación -parámetros que lo condicionan intrínsecamente mediante una exigencia o deber de coherencia interna que hemos expresado mediante la fórmula *consistencia pragmática*-.

Ya sea, sin embargo, porque tradicionalmente se ha interpretado que esta legitimidad que se construye desde la propia acción no comporta límite alguno -lo que como hemos demostrado, no es cierto-, o ya sea porque se ha entendido que esa especie de límite *ex post facto* no es en absoluto suficiente para fundar la convivencia desde una posición universal incuestionable desde las diferentes posturas que comparten el espacio político pluralista en las sociedades post-metafísicas, lo cierto es que la fundamentación constructivista ha pretendido alcanzar criterios cognitivistas sustentados por argumentos de validez frente a la mera facticidad que caracteriza al poder como la mera constatación de su posibilidad, convirtiendo la legitimidad en una expresión sin sentido.

¹⁰⁸ Žižek, S. (2004), 11.

Existen importantes autores que han defendido la posibilidad del cognitivismo fuerte, desde Habermas, Apel y Alexy desde la llamada *ética del discurso*, hasta Rawls desde planteamientos neokantianos. Sin embargo, a los efectos de nuestra exposición es importante destacar las primeras respuestas que ante este problema se dieron desde el primer constitucionalismo influenciado por el derecho natural pues son estas las que, como decimos, abrieron la puerta de atrás a la metafísica.

La postura de ese primer constitucionalismo iusnaturalista no desconoce el contexto desde el que se sitúa el nuevo constructivismo moderno que, aprovechando la puerta abierta por la cartesiana fundamentación del conocimiento desde la subjetividad, pretende fundamentar la moralidad como legítimo instrumento para la convivencia y la búsqueda del bien común desde el hobbesiano reconocimiento igualitario de las subjetividades que habitan el espacio político. La moral y el derecho no vendrán ya impuestos por una voluntad superior ajena al colectivo, desde un plano al que sólo podemos acceder con nuestra imaginación. Por el contrario, constituirán la expresión de nuestra capacidad autopoietica como grupo humano, y en última instancia, de nuestras capacidades como especie.

Sin embargo, las revoluciones liberales se esforzarán por autotranscenderse mediante la juridificación de los presupuestos básicos que posibiliten el ejercicio *legítimo* del poder político desde este novedoso reconocimiento igualitario de las subjetividades y a esta construcción jurídico-política se la denominará constitucionalismo. Se trata, en definitiva, de trascender aquella fundamentación negativa del poder a la que nos hemos referido mediante la afirmación de la legitimidad como concepto dotado de sentido positivo, reconocible mediante la razón. Establecer, por tanto, los procedimientos para el ejercicio legítimo del poder será la expresión de nuestra voluntad de supervivencia en un mundo sin dioses a los que acudir en auxilio.

El constitucionalismo tratará de establecer los procedimientos para el ejercicio legítimo de un poder constituido mediante un acto de voluntad del poder constituyente, poder que radica en el pueblo soberano. *Pero aquí es donde radica su error fundamental: pretender que, a imagen y semejanza del monarca soberano absoluto, el régimen político democrático deba concebirse como si se hubiese fundado mediante un acto de voluntad emanado también de un poder absoluto. Pretender, en definitiva, que la misma lógica de justificación absoluta que sustentaba al monarca mediante una divinidad actuante desde fuera del sistema podía reproducirse para la razón democrática.* De este modo, se pensó que la regulación del poder no se entendería posible ni necesaria sino desde el momento de constitución, dado que al soberano no hay que justificarlo, ni tampoco limitarlo. El momento constituyente se nos representa entonces como puro *factum*, pura voluntad política sin limitación alguna. El soberano democrático, precisamente por ser democrático, podrá decidir sin restricciones sobre absolutamente todo.

De este primer error irán encadenándose el resto de las piezas que componen la tradicional mitología constitucional. Así, surge entonces el problema de cómo el soberano después de crear los poderes instituidos limitados, puede posteriormente cambiar esa primera decisión. Es decir, cómo debe regularse el proceso de reforma constitucional legítima. La solución más habitual es entender que el soberano puede ejercitar ese poder absoluto absolutamente sólo en una ocasión, es decir, en el momento de la creación de la constitución. Como señala García-Pelayo, a partir de ese instante inaugural, «el momento voluntarista penetra en el normativismo que domina el concepto racional [...] a la síntesis de la superlegalidad constitucional: ya que no es posible sustraer a la constitución al cambio histórico, éste penetrará tan sólo por los cauces previstos por ella, es decir, por un método de reforma llevado a cabo por unos órganos también especiales. De este modo,

además del poder constituyente originario existe un poder constituyente derivado»¹⁰⁹. Es decir, todas las decisiones del constituyente tendrán que pasar por esta decisión primera, en tanto lo decidido en ese primer momento es la condición de posibilidad de todas las subsiguientes decisiones. Tanto, por supuesto, las de los poderes instituidos, como las del soberano, que mediante un sutil cambio conceptual pasaría a ser “derivado”.

Ciertamente, esta solución clásica puede parecer confusa. *¿Por qué en un primer momento el soberano sí podría expresar su voluntad sin límite alguno y no así posteriormente?* Si existen argumentos que lo dan por justificado una primera vez, no parece existir una razón para impedirlo más adelante, sobre todo teniendo en cuenta que, en palabras de Thomas Jefferson, «los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella [...] ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo»¹¹⁰.

La respuesta con la que tradicionalmente se atiende a este problema nos señala que, en realidad, para el poder soberano originario no se podría hablar de un ejercicio absolutamente incondicionado de voluntad, sino que existen restricciones de derecho natural (aunque, como hemos visto que ocurría con la justificación dual del poder monárquico en su carácter divino y racional, sólo podrán ser apreciadas por el soberano originario). Y esas restricciones, mediante su positivación en la norma constitucional, también informarán las decisiones del poder constituyente derivado. Así, los procedimientos para el ejercicio legítimo del poder ordenan no sólo la posterior acción política del sujeto revolucionario representado (constituido), sino también informan

¹⁰⁹ García-Pelayo, M. (1984), 40-41.

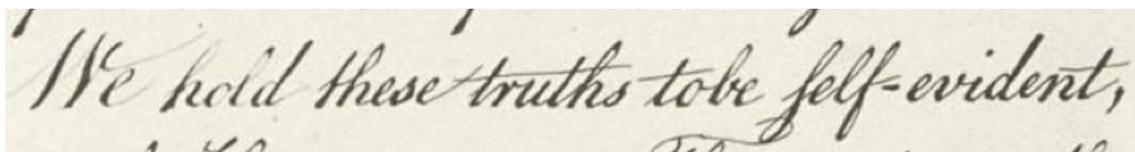
¹¹⁰ Jefferson, T. (1987), 517-521.

normativamente la acción directa del soberano (constituyente derivado) mediante la regulación del proceso de reforma constitucional. La decisión que deriva de ese momento fundamental no sólo será positiva por encontrarse positivizada sino por ser sustantiva y postularse con precedencia respecto al poder mismo. Esa restricción obrante como principio normativo precedente no podría deducirse ni equipararse a las normas constitucionales -que emanan del poder soberano y son, en definitiva, modificables-, pues tendría un carácter anterior-informador, tanto de dichas normas, como de la propia acción del sujeto soberano tanto primera como posterior.

En consonancia con esta idea, la redacción dada por Jefferson a la Declaración de Independencia norteamericana equiparará los principios que contiene a verdades que son «evidentes por sí mismas». Lo que no quiere decir que estas verdades no precisen demostración, sino que no son siquiera demostrables. Es decir, que tendrían ese carácter básico pues no se deducen de otras proposiciones, sino de la evidencia. Y al margen de que podamos aceptar o no estar de acuerdo con la existencia estas verdades evidentes, lo cierto es que la Constitución y el Gobierno norteamericano no sólo afirman basarse en tales principios¹¹¹, sino que éstos son fundamentales en el carácter en que fueron expresados, es decir, en su calidad de verdades autoevidentes. Esto implica que, previamente a cualquier principio o valor que dígase sustentarlo, el sistema político norteamericano se apoya primeramente en la declaración de que los principios que lo sustentan son evidentes por sí mismos. De este modo, y contrariamente a otros sistemas constitucionales que se fundamentan con una simple afirmación normativa -el principio positivizado de la soberanía popular, articulado a través de una versión de la regla de la

¹¹¹ «While such declaration of principles may not have the force of organic law, or be made the basis of judicial decision as to the limits of right and duty, and while in all cases reference must be had to the organic law of the nation for such limits, yet the latter is but the body and the letter of which the former is the thought and the spirit». *Gulf, C. & S. F. R. CO. v. Ellis*, 165 U.S. 150 (1897).

mayoría-, el sistema constitucional estadounidense mediante esta fórmula se presentaría a sí mismo cerrado, formando un esquema autoconcluyente que *aparentemente* encontraría su justificación en un fundamento externo, no autojustificándose.



Ahora bien, debemos cuestionarnos si es posible suponer la existencia de tales verdades autoevidentes, y si es así, bajo qué condiciones. Pues lo interesante realmente no es que las creamos posibles, sino cómo las llegamos a concebir de esa manera. Y respecto a esta segunda cuestión, son muy reveladores los argumentos que sostiene otro padre fundador, Alexander Hamilton, para defender ese carácter evidente. Señala Hamilton, en el ensayo XXI de El Federalista, que «hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los que se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento y se impone al asentimiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto, es porque existe algún desorden o defecto en los órganos perceptivos, o la influencia de algún gran interés, pasión o prejuicio. De esta clase son las máximas de la geometría»¹¹². Es decir, para que tales verdades se nos presenten como evidentes es requisito que los intérpretes aparezcan desinteresados y exentos de prejuicios, por tanto *ajenos a su propia constitución como sujetos concretos*.

No se trata entonces de inquirir si existen o no esas verdades evidentes por sí mismas, sino ante todo de cuestionarse si es posible pretender -y más aun, pretenderlo

¹¹² Hamilton, A., Madison, J. y Jay J. (1943), 124.

desde los presupuestos del liberalismo político-, que los ciudadanos no se encuentren como sujetos primariamente constituidos por su propio interés. Porque la autoevidencia no implica, ni mucho menos, llevar a cabo un proceso de razonamiento que -conforme a una determinada argumentación- nos permita colocarnos en una posición desde la que podamos defender criterios que sirvan a los fundamentos, como sería el caso de la posición original de John Rawls¹¹³, por ejemplo. Para que esos fundamentos sean precedentes a la voluntad constituyente se precisa percibirlos primariamente de manera evidente, sin una argumentación demostrativa que dejase abierta la posibilidad a una contraargumentación. Por eso resulta obvio que, para que podamos al menos concebir tal posibilidad, será preciso representar al sujeto como un ente acabado previamente a lo social, independiente de la sociedad en la que se integra, y dotado de una racionalidad que haya surgido impermeablemente y al margen de la comunidad razonante. Además, quizá como cuestión más problemática, para erigir al sujeto en intérprete-descubridor de tales principios, debemos concebir éstos como previos al *factum* social en que aquél vive y se integra, dado que, en caso contrario, esos principios serían consecuencia en vez de causa. Resultado de las vivencias intersubjetivas, en vez de presupuesto de su posibilidad. Y esta afirmación, desde un planteamiento objetivista que representa a la verdad como descubrimiento, sería inadmisibile ya que el sujeto sería en última instancia juez y parte del mismo proceso, sujeto y objeto al mismo tiempo. El dato supuestamente evidente no se manifestaría ajeno a los intereses del sujeto, sino mediado por su propia constelación de intereses. Por este motivo, la afirmación de cualquier supuesta autoevidencia

¹¹³ Dos de las estrategias que fundamentan la justificación en la teoría rawlsiana, el equilibrio reflexivo, y la obtención de los principios de justicia a través de la posición original, se estructuran en una circularidad relativa, análoga a la que Aristóteles describe como propia del razonamiento ético, el cual vendría a afirmar que para saber lo que tenemos que hacer, hemos de hacer lo que queremos saber. Este planteamiento es justamente el contrario al expresado mediante la autoevidencia que percibe el sujeto radicalmente autónomo, y se condensa en la siguiente sentencia aristotélica: «lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo». Aristóteles (1993), 55. [Ética Nicomáquea, II, 1, 1.103a].

(inmediata) implicará previa y necesariamente la presunción de que una parte sustancial de nuestro bagaje conceptual, especialmente en lo que se refiere a conceptos tales como interés y prejuicio, se encuentra asépticamente al margen de su continua reformulación histórica, permaneciendo pura y sin mediaciones, a completa disposición del intérprete. En otras palabras, afirmar que algo es evidente inmediato o autoevidente implica en el fondo concebir a ese algo como dotado de existencia propia, una existencia previa incluso al hecho de ser pensada, lo que si es afirmado de los principios -como aquí es el caso-, implicará una postura propia del idealismo filosófico que, como seguidamente veremos, es insostenible.

4.- EL SUJETO AHISTÓRICO, CONSTRUCTO IMPOSIBLE.

Es un lugar común del pensamiento ilustrado considerar al particular uso de la razón implícito en la concepción jurídica¹¹⁴ como una praxis liberadora que desmitificaría el entramado de oscuras creencias metafísicas sin fundamento, derivadas de la concepción teológica. Sin embargo, ambas concepciones comparten coincidencias derivadas de esa búsqueda de fundamentación absoluta. La ontología idealista que afirma verdades autoevidentes, explícita en el constitucionalismo norteamericano y subyacente en el constitucionalismo posterior que declara la doctrina del derecho natural y los derechos del hombre, sustituyó bastante eficazmente el modelo de la concepción teológica mediante una simple reformulación de la clásica tesis metafísica de una realidad más allá de la realidad, invisible aunque fundamental a la realidad visible.

¹¹⁴ Como se recordará, la concepción jurídica es la secularización de la concepción teológica [vid. nota 50].

Para llevar a cabo esta sustitución, habría sido necesario dar por sentado los que Norberto Bobbio denomina *dogmas del racionalismo ético*. Para el pensador italiano, cualquier fundamentación axiológica de carácter absoluto se sustenta en dos dogmas. En primer lugar, la *ilusión del fundamento absoluto*, es decir, la afirmación de que es posible demostrar la existencia de un fundamento último que no es discutible ulteriormente y frente al que quien se resiste, se pone fuera de la comunidad de personas razonables. Y en segundo lugar, que «tales valores últimos no sólo se pueden demostrar como teoremas, sino que basta con haberlos demostrado, o sea haberlos convertido en irrefutables e irresistibles, para asegurar su realización»¹¹⁵. Esta construcción dogmática es esencial a la concepción jurídica, pues mientras que en la teológica, la descripción de lo real implica por sí misma un imperativo normativo -y por tanto, cierto automatismo en el paso del ser al deber ser-, en la concepción jurídica se pretendería emular dicha continuidad necesaria mediante la afirmación racional de una necesidad derivada de la irrefutabilidad de determinados argumentos abstractos.

Ahora bien, en cierto modo, este sistema de dos pasos supondrá la reproducción desde el constitucionalismo de la justificación dual absolutista a que nos hemos referido en el apartado anterior, mediante la que lo necesario contradictoriamente se complementa con lo contingente. Así, a pesar de afirmarse el carácter autoevidente -y por tanto necesario-, de los valores constitucionales, lo cierto es que para el liberalismo político, el hecho de que los ciudadanos acepten la aplicación del Derecho y el ejercicio de su poder constituido, considerándolo legítimo, será consecuencia de una compleja interacción de cuestiones prácticas, entre las que se encuentra primordialmente algún tipo de expresión de intereses particulares. Esto supone que, por un lado, se estaría pretendiendo que los intereses particulares son susceptibles de ser superados por la racionalidad abstracta -y

¹¹⁵ Bobbio, N. (1982), 126.

deben serlo en orden a fundamentar el sistema-, mientras que por otro, se admitiría que esos valores se sustentan en decisiones racionales mediadas por intereses concretos.

Conjugar en la práctica estas dos afirmaciones es imposible si no aceptamos que, al contrario de lo que supone el pensamiento formalista, la racionalidad ostenta un carácter esencialmente instrumental. Sirve para encontrar respuestas, pero por sí misma es incapaz de imponernos las preguntas, que derivan siempre de intereses concretos. Así, cualquier afirmación abstracta que se pretenda autoevidente y definitiva estará siempre sustentada por su circunstancialidad, y sólo desde su formulación histórico-concreta podrá afirmarse definitiva. Lo que supone, consecuentemente, que a pesar de que los valores constitucionales se propugnen como fines, sólo puedan concretarse como medios. Este es el sentido de la pregunta de John Dewey acerca de la libertad: «¿se quiere como un fin o como un medio para alcanzar otras cosas? ¿Poseerla implica responsabilidades, y estas responsabilidades son tan onerosas que la masa de hombres rápidamente entregará la libertad en aras de una mayor comodidad?»¹¹⁶

El problema de la autoevidencia de las reglas racionales es que pretende que la razón tendría sentido por sí misma, de manera descontextualizada. Sin embargo, precisamente porque la razón, incluso cuando se fija objetivos aparentemente propios, siempre opera como *un medio que se orienta para algo*, es imposible averiguar el sentido último de tales reglas, ni por lo tanto, valorarlo. La delimitación del horizonte de la racionalidad por la razonabilidad implica no concebir separadamente fines y medios, sino como elementos interconectados dentro de una cadena de sentido. Para entender mejor la diferencia entre lo racional y lo razonable, podemos ilustrarlo mediante el siguiente ejemplo. Cuando yo era pequeño tenía cierta obsesión por el orden, que desgraciadamente perdí con el paso del tiempo. Eso me llevaba a ordenar los objetos de mi casa de maneras

¹¹⁶ Dewey, J. (1988), 65.

que yo consideraba absolutamente racionales. Una vez ordené todos los libros de la enorme estantería de mis padres siguiendo una clasificación cromática ascendente: del blanco, pasando por el amarillo, el naranja, el rojo, y así sucesivamente hasta llegar al negro. Mi madre trató de explicarme que ese orden no tenía sentido, que quizá en una caja de rotuladores podía ser lo apropiado, pero que tratándose de libros -cuya finalidad no es ornamental, sino que tiene que ver con sus contenidos reflejado en los títulos, no en los colores de sus lomos- daba una impresión muy negativa. *Era una ordinarietà*, dijo mi madre, pues la regla de razón que yo había utilizado no se ajustaba a la *finalidad legítima* de los objetos que me había propuesto ordenar. De esta manera, no siempre un orden completamente coherente y racional tiene porqué ajustarse al caso. Se trataría de una aplicación descontextualizada de la razón: mi orden era racional, pero no razonable. Tal y como señala Aranguren al glosar el pensamiento aristotélico, fin y medio tienen carácter situacional, de manera que la misma cosa podrá considerarse medio o fin, según los casos, por lo que -salvo para el fin supremo de la felicidad-, no puede hablarse para Aristóteles de fin de manera absoluta, dado que todo fin siempre es, a su vez, medio para otro fin. «Solamente bajo el dominio de una concepción racionalista y propositiva puede descomponerse una acción, después de realizada, en esas abstracciones que se denominan “medios” y “fines”»¹¹⁷ y por eso, como señala Zagrebelsky, «la ciencia jurídica está continuamente llamada sobre el terreno a la identificación de sí misma a través de sus propias tareas y de su propio sentido»¹¹⁸. Y esta es, en definitiva, la lógica subyacente a la teoría de la ponderación entre diferentes bienes constitucionales en conflicto, y la razón por la que no puede hablarse de valores constitucionales de manera absoluta, sino como integrados en un sistema que, en última instancia se asienta en lo concreto, y por lo tanto

¹¹⁷ L. Aranguren, J.L. (2009), 184-185.

¹¹⁸ Zagrebelsky, G. (2005), 29.

se encuentra en constante redefinición, en vez de entenderse como fundamentado autoconclusivamente en sí mismo.

Las aporías que plantea esta supuesta autoevidencia se hacen -permítasenos la expresión- evidentes mediante la significativa equiparación de Hamilton entre el tipo de verdades que el considera evidentes por sí mismas, y la geometría. Tal y como acabamos de ver, el problema de afirmar la realidad de una construcción altamente formalizada como es la geometría, pasa por encontrar lo que podríamos llamar una *regla de aplicación*, es decir, un vínculo indiscutido que asiente y otorgue a lo que es afirmado formalmente carácter real para todos los casos pertinentes. En el caso de la geometría, y tras el desarrollo de las geometrías no euclidianas, la regla de aplicación que se presuponía universal y absoluta, encogió: no todos los casos posibles se hallaban relacionados pertinentemente con el modelo, lo que claramente evidenciaba que su vinculación con la realidad era mediata, es decir, que no se trata de la realidad misma. En este sentido, no es casual la equiparación llevada a cabo por Hamilton, pues al pretender otorgar realidad en sí a determinados juicios relativos a la praxis humana -tales como la igualdad entre seres humanos, o la misma existencia de derechos inalienables-, estaría desconociendo mediante el mismo tipo de simplificación formalista, la naturaleza siempre actual, histórico-concreta, del ser humano.

Por este motivo, cualquier principio de principios, de carácter último, valor absoluto y sentido originario, se resistirá siempre a ser correctamente formulado y aprehendido por la teoría constitucionalista. Una construcción jurídico-positiva de esa naturaleza sólo podría sostenerse siempre y cuando el sujeto revolucionario fuese susceptible de ser domesticado -más bien autodomesticarse-, renunciando voluntaria y permanentemente a su posición de soberano, para esta y futuras generaciones. Y aquí está el quid del problema: el soberano no puede concebirse con carácter unívoco y definitivo,

pues se trata de un sujeto histórico. No es inmóvil, sino cambiante. De ahí que la abstracción jurídica por la que denominamos sujeto a la fuente legítima originaria del poder político en una democracia, solo pueda tener una limitada eficacia práctica.

Absolutizar esa abstracción, al objeto de fundamentar positivamente el poder político, ha sido y es un *leitmotiv* predominante en la historia del constitucionalismo. Esta es una afirmación que no debe escandalizarnos ni sorprendernos, pues la tendencia a la estabilización y legitimación mediante una argumentación *ex post facto* en la que lo normativo se propone como causa de su causante, no supone sino la reproducción -aunque con nuevos actores-, de los clásicos esquemas que describían la relación entre el poder y el derecho positivo. De ahí que afirme Zagrebelsky que «el poder constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo *ex novo*, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente»¹¹⁹. Paralelamente a la referida argumentación circular, lo que señala significativamente a este afán de fundamentación positiva es la sustancialización de ciertos valores, que por su supuesto carácter fundacional o definitivo, se impondrían como dato en sí mismos.

Sin embargo, la fundamentación abstracta del poder que plantea el constitucionalismo al objeto de emular la autoconclusividad del relato de la concepción teológica, se advertirá por el propio formalismo y sus rígidos presupuestos, como un cierre en falso. Y en la constatación de este problema se dará la paradoja del constitucionalismo: «La semilla de la duda se encontraba ya en una pequeña, profética frase dicha por Joseph De Maistre, el crítico del 89: “¿Cómo puede decirse que la Constitución vincula a todos, si alguien la ha hecho?” [...] Esta es la paradoja del constitucionalismo de nuestro tiempo: éste es su problema máximo: antes de los contenidos, los fundamentos de la Constitución. Si la Constitución es algo bien diferente

¹¹⁹ Zagrebelsky, G. (2005), 36.

de un engaño pálido y burlón del poder; la razón, nuevamente, está en lo que la sostiene, no en la fuerza que la impone»¹²⁰. A esta paradoja, que refleja la tensión entre poder constituyente y forma constitucional, entre el poder de la voluntad soberana y la autoridad de la razón jurídica, también pretende responder Kelsen con su idea de la norma hipotética fundamental.

5.- LA NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL.

¿Qué es entonces lo que da sentido al poder y al derecho, de manera que el fundamento de su obligatoriedad -lo que denominamos su validez para las normas y legitimidad para los actos de ejercicio de poder político-, permanezca incuestionable en todo caso, de forma que nos permita evitar el conflicto permanente? Para Kelsen, el poder político sólo es legítimo mediante su sometimiento a una norma jurídica que habilite su acción, mientras que la validez de las normas descansará siempre en otra norma superior que formalmente la habilite. La legitimidad se corresponderá entonces con la legalidad, y la validez con el cumplimiento de los criterios formales y de procedimiento fijados en la propia ley. Sin embargo, como esos criterios siempre derivarán de otra norma superior, la pregunta por la validez comportaría una búsqueda *ad infinitum*, si no fuera por la hipótesis kelseniana de una primera norma cuya obligatoriedad no se justifica positivamente, sino que desde el punto de vista normativo se presupone: «esta estructura jerárquica desemboca en una “norma fundamental” en la que se basa la unidad del orden jurídico en su automovimiento. Esa norma constituye la constitución en sentido lógico-jurídico, cuando instituye un órgano creador del Derecho. Y la Constitución en sentido

¹²⁰ Zagrebelsky, G. (2004), 22.

jurídico-positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma»¹²¹. Es decir, se establece una diferencia entre el *acto* de constitución positiva de la legalidad que lleva implícito un deber ser [Constitución en sentido lógico-jurídico] y el *contenido* de dicho acto, plasmado en la norma positiva fundamental que denominamos Constitución en sentido jurídico-positivo. La primera [el sentido lógico] es inseparable del *factum*, pura afirmación de poder, del que deriva la segunda [el sentido positivo]. Mientras que la norma deriva su validez de la legitimidad del acto, la legitimidad del acto en sí, es hipotética. O mejor dicho, se presupone derivada de una norma hipotética fundamental.

Esta nos resulta la explicación más coherente de la doctrina de Kelsen. De otro modo, interpretar constitución en sentido lógico-jurídico y en sentido jurídico-positivo, simplemente como dos aspectos o formas de entender una misma norma fundamental, nos llevaría a estar de acuerdo con Hart, cuando afirma que se trata de una duplicación innecesaria: «Si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existe. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la "establecieron") ha de ser obedecida»¹²². Y efectivamente, lo sería. Sin embargo, lo que a nuestro juicio pretende Kelsen con su norma hipotética fundamental no es eso, sino exponer, o más bien dejar constancia, del paso lógico que supone transitar desde el *ser* de la pura afirmación política al *deber ser* de la primera norma.

¹²¹ Kelsen, H. (1979), 325.

¹²² Hart, H.L.A. (1963), 311. Nota al pie 3 de su capítulo VI.

La norma hipotética fundamental es la premisa normativa implícita que se presupone en la acción para justificarla. Por eso Hart señala, con razón, que «la terminología de Kelsen, según la cual la norma básica es calificada de "hipótesis jurídica" (ib. XV), de "hipotética" (ib. 396), de "regla última postulada" (ib. 113), de "regla que existe en la conciencia jurídica" (ib. 116), de "supuesto" (ib. 396), oscurece, si no contradice, el punto de vista destacado en este libro, a saber, que la cuestión de cuáles son los criterios de validez jurídica de un sistema de derecho, es una cuestión de hecho»¹²³. Justamente, sería necesario añadir: es la premisa normativa que sustenta esa cuestión de hecho. Se trata de la afirmación de legitimidad de la acción en sí misma, y esto es algo *en principio* diferente al contenido de la norma derivada de dicha acción. Y decimos en principio porque nuestra tesis se basa en demostrar que *si el resultado de una acción constitutiva no se corresponde sustantivamente con la norma implícita que sustenta dicha acción, estaremos ante una contradicción performativa*. Lo que significa que el texto de la norma fundamental positiva se encuentra implícitamente delimitado, y por tanto limitado, en relación con la necesaria congruencia que el constituyente debe demostrar respecto a los valores que se encuentran lógicamente implícitos en la premisa normativa que justifica su acción y su misma existencia como sujeto político.

Bien es cierto que Kelsen busca lo contrario, porque en el fondo, al igual que los iusnaturalistas, se encuentra cometiendo el mismo error al que nos hemos referido en el epígrafe anterior: sigue considerando la acción del constituyente como un acto de voluntad incondicionado, a pesar de que él mismo está sentando las bases para entender que ese acto realmente se sostiene en una premisa normativa afirmada en la propia acción que no solo otorga legitimidad al acto, sino que para hacerlo hace implícitamente posible al sujeto de la acción puesto que el soberano sólo existe en el momento que se afirma a sí

¹²³ *Ibidem*, 311. Nota al pie 1 de su capítulo VI.

mismo como tal, es decir, desde el momento en que se reconoce a sí mismo como habilitado por la hipótesis jurídica que lo designa como autoridad. La afirmación de la norma hipotética fundamental define y constituye al sujeto soberano, limitando lógicamente a ambos, sujeto y acción.

Kelsen, sin embargo, al separar el acto constituyente de su contenido, diferenciándolos en dos elementos, cada uno de ellos con su propio fundamento de validez, pretendía que el contenido concreto de la norma positiva fundamental resultase irrelevante respecto a su juicio de validez, afirmando así una fundamentación estrictamente formalista que se extenderá al resto de las normas del ordenamiento, en tanto que derivadas de aquella primera. Es decir, imagina la norma hipotética fundamental como una norma habilitante de procedimiento sin contenido sustancial, cuando lo cierto es que ésta se encuentra cargada de contenido. Kelsen nos respondería que *sí, que claro que tiene contenido, pero se trata de un contenido metajurídico*, reproduciendo así el esquema -que hemos demostrado erróneo- que se sustenta en la afirmación de que la racionalidad puede estar dotada de pleno sentido al margen del contexto, más o menos razonable, en el que se encuadra.

El positivismo jurídico habría asumido que el fundamento absoluto al que aspira el iusnaturalismo es imposible, por lo que propugnará «un concepto de validez puramente procedimental, en el que se hace abstracción de consideraciones de índole material y axiológica, en la idea de que, en último término, un sistema normativo no es más que un entramado de procedimientos a cuyo través puede dotarse a las formas jurídicas de cualquier contenido. Las supuestas condiciones materiales de validez no son otra cosa, en puridad, que simples condiciones de procedimiento»¹²⁴. Para los positivistas, el juicio de legitimidad es inadmisibles en la Ciencia del Derecho al tener carácter metajurídico,

¹²⁴ Requejo Pagés, J.L. (1998), 26-27.

achacando a los deseos políticos expresados mediante la ideología, cualquier fundamento pretendidamente basado en valores, dado que «de los valores no puede decirse absolutamente nada desde el punto de vista científico, como no sea para subrayar su naturaleza relativa y, en último extremo, su contingencia»¹²⁵. De ahí que la norma hipotética fundamental prefiera confundirse con una cuestión de hecho. Así lo entiende Ignacio de Otto cuando señala que «la teoría del poder constituyente formula en términos de *poder de un sujeto*, y por tanto normativos, lo que no es más que un problema de *hecho*: la cuestión del fundamento de la validez del ordenamiento en su conjunto y de su norma fundamental en concreto»¹²⁶.

6.- UNA CRÍTICA AL POSITIVISMO FORMALISTA.

Si el formalismo ético kantiano había pretendido deducir la vinculatoriedad de las acciones libres mediante la expresión de un imperativo categórico universalizado, en el sentido de que se plantea, debido a su carácter estrictamente formal, independientemente de cualquier contexto¹²⁷; la teoría de Kelsen llevará la solución formalista un paso más lejos -ignorando que el propio imperativo categórico se sostiene sobre elementos sustantivos-, sobre la base de una suposición incorrecta: que la formalización requerida para el diseño de procedimientos que luego serán aplicables a casos concretos, puede ser axiológicamente neutra, y que en la forma jurídica no se incorporan ya desde un primer momento finalidades relativas a valores e intereses. El positivismo pretende pasar por alto el hecho de que la norma procesal es siempre, en cierto grado, también sustantiva. Y de

¹²⁵ *Ibidem*, 27.

¹²⁶ Otto y Pardo, I. (1987), 55.

¹²⁷ «El imperativo categórico, el cual sólo dice lo que es vinculatoriedad, reza: obra de acuerdo con una máxima que pueda, a la vez, valer como ley general». Kant, I. (1978), 68.

esta forma, cuando quiere solucionar el problema de la fundamentación recurriendo sólo a procedimientos, lo único que consigue es esconder el problema de la justificación de los valores bajo la alfombra.

Y es que, como ahora pasaremos a exponer, dos son los errores graves en que, a nuestro juicio, incurre el positivismo formalista como tal: [1] la pretendida incomunicabilidad de los ámbitos del *ser* y el *deber ser*; y [2] la abstracción reificante de los conceptos *formal* y *material*.

6.1.- ARENAS MOVEDIZAS: ENTRE EL SER Y EL DEBER SER.

Como hemos mencionado, las normas superiores actúan en la teoría kelseniana como criterio de validez respecto a las inferiores mediante un esquema simple: la norma superior determina un acto de creación normativa por el que surge una norma inferior, que determina un nuevo acto para una norma todavía inferior, y así hasta el último acto de ejecución normativa. De este modo, señala Kelsen, «lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma (que ya no es un hecho, mirando hacia arriba) y el puro hecho (mirando hacia abajo) son, de una parte, la norma fundamental suprema, no positiva, sino hipotética, supuesta por la teoría; y de otra, el último acto de ejecución de la norma individualizada»¹²⁸.

Este planteamiento es muy revelador, porque contiene a nuestro juicio la esencia misma de la relación fáctico-normativa. Así, cuando el *deber ser* remite a un estado de cosas al que aspira mediante su mandato obligatorio, supone que para determinados

¹²⁸ Kelsen, H. (1979), 326.

aspectos su prescripción será inmediata [si se trata de una norma performativa o que implica una ejecución directa] o mediata [si requiere de otros medios para su cumplimiento, es decir, de nuevas prescripciones más concretas]. De ahí que cuando hablamos de *deber ser* en realidad nos estamos refiriendo a una cadena del *deber ser* o cadena prescriptiva, que en el caso de situarse en el contexto de un ordenamiento jurídico coherente, debe ajustarse en un entramado prescriptivo compuesto por multitud de otras cadenas. Es importante señalar que cuando decimos cadena prescriptiva no necesariamente nos estamos refiriendo simplemente al desarrollo normativo-ejecutivo de una prescripción general, desde su expresión positiva más genérica hasta la norma más concreta en que se desarrolle, además de los correspondientes actos ejecutivos; sino que se trata de señalar todas aquellos aspectos de una o varias normas genéricas y sus respectivos desarrollos normativo-ejecutivos que sean aplicables a un aspecto concreto de la realidad. En este sentido, cuando hablamos de cadena prescriptiva siempre lo hacemos retrospectivamente, desde lo más concreto. Y lo hacemos sólo para ese caso. No podemos concebir las cadenas prescriptivas como algo fijo: constituyen el específico recorrido del deber ser para un caso concreto.

Si como venimos diciendo, las normas obligatorias tienen un sentido instrumental al estar concebidas como medios para alcanzar fines [ya sea mediata o inmediatamente], respecto de una norma en cuestión, todos sus efectos serán fines inmediatos de esa norma [a pesar de que puedan constituir medios para la consecución final del cambio prescrito] puesto que, como señala Kelsen, son la expresión fáctica de ese mandato [es decir, es su concreción obligatoria en el mundo del ser]. Lo que la norma ordena, si tiene eficacia, pasa del *deber ser* al *ser*. Eso es lo que quiere decir Kelsen cuando afirma que «la serie continuada de fases del proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídico-individuales, a través de la constitución en sentido jurídico-positivo, las

leyes y los reglamentos, caracterízase por un peculiar paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan -como elemento de su contenido- un hecho, que constituye creación de Derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance, precisa realizar realmente el hecho determinado por la norma superior»¹²⁹. Este peculiar paralelismo entre el hecho y la norma al que se refiere Kelsen nos lleva a constatar que la misma relación situacional [o encadenada] que se da en la relación formal-material en la epistemología, es la que se da en la relación medio-fin en la teoría de la acción, y la que se da en la relación prescriptivo-descriptivo en la moral y el derecho. Y a pesar de que existan evidentes diferencias entre los tres ámbitos, nuestra descripción más básica de sus procesos obedece al mismo esquema de partida. Por eso, cuando identificamos el patrón esquemático de un proceso como serie de eventos interconectados en el mundo material -es decir, su forma-, la caracterizaremos, si queremos repetirla, como su *deber ser* entendido como garantía de su reproducción en una relación causa-efecto.

Sin embargo, si nos cuesta entender que *ser* y *deber ser* son conceptos situacionales, es decir, referidos siempre a una concreta posición en un contexto dado, al igual que forma y contenido también lo son -como veremos en el apartado siguiente-, esto es debido a que hemos dado por buenos los presupuestos metodológicos que impone el cientifismo moderno en su irrazonable aspiración de obtener certezas absolutas, al mismo nivel que las que -falsamente- nos aportaba el pensamiento metafísico.

Para conseguir el máximo nivel de certeza, se ha privado de su sentido original a la oposición entre teoría y práctica. Esta oposición la podemos identificar en la historia de la filosofía a través de dos líneas de pensamiento, que genealógicamente derivan de los planteamientos platónicos y aristotélicos respecto al significado de *sophía* y

¹²⁹ *Ibidem*, 326.

*phrónesis*¹³⁰. En el lenguaje griego clásico ordinario, con *phrónesis* quería expresarse una aptitud práctica que propende a dos cosas distintas: por un lado, elegir lo éticamente deseable, y por otro, elegir lo que es más ventajoso para uno mismo. El pensamiento socrático adapta esa expresión del lenguaje ordinario equiparándola al conocimiento teórico -*sophía*-, debido a que, conforme a su doctrina del intelectualismo moral (la virtud es conocimiento), elegir lo éticamente deseable y lo más ventajoso es la misma cosa. Para Sócrates, qué sea lo éticamente deseable es un principio de razón teórica evidente por sí mismo en el sentido que sólo requiere para su desvelamiento de operaciones de la razón, y de esta manera el socratismo, y por lo tanto Platón, utilizará ambas expresiones, *sophía* y *phrónesis*, con un sentido muy parecido. «Para Sócrates significaba la *phrónesis* el poder ético de la razón, sentido modelado sobre el lenguaje ordinario al que Aristóteles devuelve sus derechos en la *Ética Nicomáquea*. [...] pero Platón no carecía de justificación para conservar el nombre de *phrónesis*, en cuanto que el conocimiento del verdadero ser era de hecho un conocimiento de las puras Normas por respecto a las cuales debe ordenar el hombre su vida. En la contemplación de las Formas se amalgaman el ser y el valor, el conocimiento y la acción. Cuando se abandonó la teoría de las Formas, se separaron el ser y el valor, y la dialéctica perdió por ende su significación directa para la vida humana, que era para Platón un rasgo esencial de ella. La distinción entre metafísica y ética se hizo mucho más tajante que antes»¹³¹.

Si para el pensamiento socrático-platónico, la práctica se encontraba contenida inseparablemente en la teoría, Aristóteles traza una distinción entre *sophía* y *phrónesis* que permitirá hablar diferenciadamente de razón teórica y práctica, pero -este extremo

¹³⁰ Para la exposición de esta cuestión me guiaré por los trabajos clásicos de Jaeger, W. (2002) y Aubenque, P. (1999).

¹³¹ Jaeger, W. (2002), 102. El subrayado es mío.

es importante- otorgando un papel a la razón práctica en el proceso de conocimiento. En este sentido, si bien esta diferenciación conlleva -como refiere Jaeger- una separación entre ética y metafísica, en el pensamiento aristotélico se mantendrán fuertes conexiones entre ambas¹³².

Sin embargo, esta distinción se planteará mucho más tajantemente cuando, en pos de la búsqueda de la certeza en las sociedades postmetafísicas, se lleve a cabo una artificiosa separación entre teoría y práctica que, a través de múltiples variantes, ha resultado en la hipóstasis del pensamiento racional, en una falaz reificación de lo abstracto y en una confusión, en última instancia, de pensamiento y realidad. Esta reificación y primacía de la razón teórica en los diferentes modelos filosóficos pareciera obedecer a una tendencia *natural* del pensamiento, que mediante separación entre teoría y práctica, busca patrones abstractos que permiten la reducción de la realidad a términos manejables. Esta pretensión, sin embargo, no encajará bien con el hecho de que «la actividad práctica se ocupa de situaciones individualizadas y únicas, que nunca se repiten idénticas y acerca de las cuales, por consiguiente, no puede abrigarse una seguridad completa. Además, toda actividad implica cambio. Por su parte, el intelecto, de acuerdo con la doctrina tradicional, puede captar el ser universal, y un ser universal es fijo e inmutable»¹³³.

Así, esta división entre teoría y práctica en orden a obtener enunciados de certeza tendrá para John Dewey serias implicaciones filosóficas: un dualismo sujeto-objeto orientado a la búsqueda de una correspondencia completa entre, por una parte, el

¹³² Dar una respuesta precisa respecto a cómo Aristóteles concebía tales conexiones es una cuestión muy difícil, puesto que tal y como refiere Julio Pallí Bonet, la *phrónesis* es uno de los términos aristotélicos que plantea más dudas: «¿Es la *phrónesis* una sabiduría práctica o una sabiduría especulativa sobre las verdades inmutables o, más bien, una síntesis de ambas? La dificultad de encontrar el verdadero significado aumenta por cuanto no siempre Aristóteles da a la palabra la misma acepción y su campo semántico fluctúa. A veces, designa por *phrónesis* algo que es, evidentemente, un saber y, problemáticamente, un bien, y, otras veces, se presenta como algo que es, evidentemente, una virtud y, problemáticamente, un saber». Aristóteles (1993), 415. [Nota al pie, 5 del prólogo a la *Ética Eudemia*].

¹³³ Dewey, J. (1952), 6.

conocimiento en su sentido verdadero -al que se accede mediante la razón teórica-, y la realidad, por otra. Implicaciones que, en definitiva, conducirán a diferentes versiones de un mismo intento, repetido a lo largo de la historia de la filosofía: sustituir la realidad en movimiento por una imagen fija e inteligible proporcionada por la teoría, que ahorrará la descripción de lo concreto a una especie de ejecución imperfecta, o repetición aproximada, del modelo teórico mediante un doble dualismo sujeto-objeto que expresa una re-presentación. Es decir, describe algo que ya se encuentra ahí, antes y con independencia de ser representado.

Frente a este planteamiento se ha situado el llamado *giro pragmático* protagonizado a finales del siglo XIX por los filósofos norteamericanos James, Pierce y el propio Dewey. El pragmatismo comportará una recuperación de la práctica para el conocimiento mediante una actitud que influirá decisivamente en toda la filosofía posterior. «¿Cuál era esa actitud? Al margen de las diferencias personales y filosóficas que existían entre ellos, podemos decir que lo que tenían en común esos [...] pensadores no era un conjunto de ideas, sino una sola: una idea sobre las ideas. Todos ellos creían que las ideas no están “ahí”, esperando que se las descubra, sino que son herramientas - como los tenedores y los cuchillos y los microchips- que la gente crea para hacer frente al mundo en que se encuentra. Creían que las ideas no son producidas por individuos sino por grupos de individuos, que las ideas son sociales. Creían que las ideas no se desarrollan según cierta lógica interior propia, sino que son absolutamente dependientes, como los gérmenes, de sus portadores humanos y del ambiente. Y creían que como las ideas son respuestas provisionales a circunstancias particulares e irreproducibles, su supervivencia no depende de su inmutabilidad sino de su adaptabilidad»¹³⁴. Como acabamos de ver en

¹³⁴ Menand, L. (2003), 13. El llamado “club de los metafísicos” era un club de discusión fundado en 1872 por William James, Charles Sanders Pierce y Oliver Wendell Holmes Jr., que posteriormente sería nombrado juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

el capítulo primero, el germen de este planteamiento, ya se encuentra en los fundamentos constructivistas de la ontología cartesiana¹³⁵, respecto a los que Hobbes deduce su correlato práctico: la filosofía moral debe servir para la vida, en vez de lo contrario: concebir la vida por y para el cumplimiento de un plan moral que no le es constitutivamente propio. Esto es debido a que la apertura de aquella nueva perspectiva subjetiva -no necesariamente subjetivista- comportará, conforme a la lógica de la racionalidad instrumental, nuevas *descripciones* que pondrán el acento en la finalidad/utilidad -lo que no implica necesariamente utilitarismo- y *prescripciones* justificadas por su sentido teleológico.

El objetivismo moral y la noción de verdad como descubrimiento presuponia, por el contrario, un esquema que reproduce dos momentos nítidamente diferenciados: por un lado, el acceso por el sujeto a la verdad de un fenómeno, lo que implica un conocimiento de hechos ciertos; y por otro, la valoración o enjuiciamiento de esos hechos por el sujeto o sujetos interesados. Lo que deriva en una necesaria consecuencia: la consideración del *hecho desnudo* como un elemento que sirve al debate, aunque en relación a sí mismo lo agote, dado que una realidad cierta, demostrada como verdadera, no puede ser en sí y para sí misma objeto de opinión.

Sin embargo, el pragmatismo americano vino a cuestionar que realmente existieran los hechos desnudos, más allá de su condición de meras falacias de reificación,

¹³⁵ Frente a nuestra afirmación respecto al carácter constructivista del pensamiento de Descartes, podría objetarse con Hirschberger, que la intuición cartesiana «de esencia es intuición de idea y, por tanto, de ser, pues para él aquella intuición es asunto de la razón o de la mente en el sentido de los antiguos, es decir, con una fundamental convicción de realismo [...] sin esta fundamental fe realista, su *perceptio clara et distincta* sería una cavilación huera». Hirschberger, J. (2011), 34. Sin embargo, Hirschberger toma aquí a Descartes por sus conclusiones, sin tener en cuenta el proceso mediante el cual ha llegado a ellas. El procedimiento de la duda metódica por el que se duda absolutamente, es inherentemente constructivista, dado que se parte de una constatación: sin una justificación de la realidad en su última instancia -es decir, respecto a su fundamento o razón de ser-, partiendo de un proceso de introspección sobre el que se construye la certeza de esa justificación, ésta no resulta evidente. Y que a Descartes, sólo después de esa justificación desde la subjetividad, y sosteniéndose en ella, le parezca que esos fundamentos -*ya sí*- son perceptibles de manera clara y distinta, no hace sino subrayar el hecho de que su afirmación sobre el *quid* de la realidad se sostiene en el sujeto, y no al contrario.

es decir, como elementos que actúan como impedimento a la comunicación y al debate, y por tanto, al conocimiento. En consonancia con la separación de la razón en los ámbitos incommunicables de la teoría y la práctica, los hechos desnudos jalonarían de espacios de intangibilidad el proceso de razonamiento, imponiendo un punto final a toda discusión en la que se ponga en duda un relato *fáctico* que no se corresponda pragmáticamente con el interés del más fuerte.

Pero, como señalábamos al comienzo del primer capítulo, *¿no debería fijarse un claro criterio de distinción para saber cuándo nos encontramos ante hechos y cuándo ante opiniones? ¿Es que no son cosas distintas?* Sí y no. El pragmatismo no niega que debemos diferenciar entre ambos, lo que afirma es que no son cosas sustancialmente distintas. Así, a modo de ejemplo, en consonancia con los presupuestos generales del giro pragmático que hemos expuesto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido el llamado *criterio de preponderancia* para distinguir hechos de opiniones, reconociendo que la distinción entre ambos no se expresa mediante una relación de contradicción sino de oposición. O en otras palabras, que la diferencia entre la expresión de hechos y opiniones debe tratarse como una cuestión de grado, no de naturaleza. Y en este sentido, afirma nuestro alto tribunal que «es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una

y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante»¹³⁶.

Y es que en realidad, la comunicación de hechos no se da *nunca* en un estado químicamente puro porque los hechos químicamente puros no existen. La descripción fáctica siempre se encuentra mediada por la estructura conceptual del sujeto, esencialmente valorativa. De una manera bastante genérica, pero adecuada a los propósitos de este trabajo, podemos afirmar que el conocimiento es un proceso de ida y vuelta en el que primeramente referimos un objeto, un problema o un fenómeno, mediante una delimitación borrosa en la que predomina nuestra percepción. La acción de apuntar al objeto -es decir, *referir*- es lo más parecido a enfrentarnos directamente con un hecho desnudo, y sin embargo, en tanto que ya lo estamos comprendiendo de alguna manera, lo estaremos apartando de su desnudez figurada, dado que el acto de referir entendido como esa delimitación borrosa no adquiere sentido hasta que su objeto no se encuentra asociado a un ente de razón. Este es el segundo paso: *designar* mediante intelección lo que se encuentra dentro de los márgenes de esa delimitación borrosa para concebirlo mediante un ente de razón en el sentido definido por los escolásticos: un concepto formal del entendimiento que opera designando al objeto, es decir, lo trae a la vista en función de las *intenciones* que la razón ve en los objetos que considera, lo que implicará, entre otras cosas, hacer presentes juicios de valor de una manera más o menos explícita¹³⁷. Y es que no se trata de entender el fenómeno o el objeto sólo en función de para lo que sirve, en relación ya con el sujeto mismo o con otros, sino de forma más genérica, se trata de contemplarlo como un elemento que hemos abstraído o aislado conceptualmente, pero que es parte de un largo encadenamiento de medios para fines que a su vez son medios

¹³⁶ STC 6/1988, de 21 de enero (FJ 5).

¹³⁷ Ferrater Mora, J. (1994). Voz, “Ente de Razón”.

para otros fines, y así sucesivamente, en una cadena situada en un contexto que implica a su vez su entrelazamiento en una red de cadenas de fines y medios, algunas orientadas en interpretación alternativa o compatible a esos fines, mientras que otras se situarán *a priori* en posiciones opuestas.

Ahora bien, como decimos, esa pequeña parcela de realidad que hemos acotado se encuentra en conexión con el resto del contexto, lo que implicará que nuestro conocimiento deba volver a referir y designar, y así sucesivamente en un proceso de ida y vuelta que no termina, pues nos apoyamos en lo que conocemos para conocer. Como puede suponerse, no existe un primer acto de referir que no proceda de designaciones previas -sólo podemos imaginarlo abstractivamente, como mencionamos en el anterior capítulo-, y de hecho, el lenguaje se configura como un set completo de designaciones *a priori* que funcionan adecuándose al contexto, adquiriendo su sentido en el contexto y para el contexto, de la misma forma que ampliamos el sentido mediante cada nuevo acto de referir/designar¹³⁸. Es decir, la *esencia* de los objetos o fenómenos consiste en la razón de ser que el sujeto asigna a los mismos en un contexto con carácter finalista, y puesto que la razón referida a una finalidad no puede ser valorativamente neutra al conllevar siempre un reconocimiento de los fines que constituyen la intencionalidad -lo que supone necesariamente una implícita ponderación de intereses-, es imposible desvincular razón pura y razón práctica, pues constituyen operaciones del entendimiento diferenciadas aunque inseparables.

¹³⁸ Una de las simplificaciones cartesianas que se encuentran en la base del modelo de conocimiento desarrollado durante la modernidad, tiene que ver con la abstracción del pensamiento hasta su completa descontextualización. Esta reducción cientifista ha sido criticada incluso desde las posiciones neopositivistas del Círculo de Viena y un ejemplo de ello es la contundencia con la que Otto Neurath se expresa al respecto: «Each attempt to create a world-picture by starting from a tabula rasa and making a series of statements which are recognised as definitively true, is necessarily full of trickeries. The phenomena that we encounter are so much interconnected that they cannot be described by a one-dimensional chain of statements. The correctness of each statement is related to that of all the others. It is absolutely impossible to formulate a single statement about the world without making tacit use at the same time of countless others. Also we cannot express any statement without applying all of our preceding concept formation». Neurath, O. (1983), “The Lost Wanderers of Descartes and the Auxiliary Motive”, 3.

Entender esta cuestión resulta esencial, sobre todo si tenemos en cuenta que la fundamentación constructivista -tal y como señalamos al terminar el capítulo anterior-, no sólo comportará la justificación de los medios, sino de los fines en su carácter fundamental [es decir, como fundamento del sistema]. *Todos nuestros significantes políticos quedan a expensas del resultado de esa construcción*, y esto tiene implicaciones muy importantes. Si como decíamos,

[1] el sentido mismo de nuestra convivencia y la definición del *nosotros* como sujeto político soberano [el *qué* y el *quién* en la definición del poder político] no se encuentran, *a priori*, cerrados, y

[2] de la construcción final del entramado concreto de valores jurídico-políticos que sirva a la fundamentación del sistema, dependerán escalonadamente todos los significantes del debate político pues su esencia deriva de su razón de ser en una red de fines mediatos, donde hasta las referencias más inequívocamente fáctico-descriptivas se verán connotadas por esa red que compone ese *cosmos* ontológico-deontológico;

entonces, para cualquier acto o prescripción evacuada por el sistema, será posible trazar *genealógicamente* las conexiones que se extienden desde el mismo hacia cualquier punto significativo [fundamental] del ser o del deber ser, dentro de un concreto sistema jurídico-político, e incluso denunciar si esta conexión o falta de la misma es incompatible con dichos fundamentos. Esta operación que, en resumidas cuentas, es la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales con capacidad de revisión constitucional, puede parecer confusa o que opera en terrenos movedizos. Sin embargo, esto es debido a que el iuspositivismo la contempla estrictamente desde un orden abstracto-reificado del deber ser, sin ninguna conexión pragmática con el orden descriptivo, de forma que la justificación de la revisión constitucional sólo puede depender, en última instancia, de

una primera norma hipotética fundamental cuyo carácter imperativo es precisamente hipotético en el sentido de que no podría justificarse.

6.2.- LA OPOSICIÓN FORMAL-MATERIAL: CUATRO APROXIMACIONES INTERDISCIPLINARES.

Como decíamos, el segundo error del positivismo consiste en su abstracción reificante de los conceptos *formal* y *material*. Para entender cómo los términos de esta oposición no pueden ser concebidos absolutamente, nos parece interesante llevar a cabo una indagación que confronte cuatro clásicos debates sobre la cuestión, paradigmáticos en cuatro ámbitos disciplinares: el *derecho constitucional*; la *filosofía en aspectos relacionados con la retórica y la lingüística*; la *ciencia cognitiva y la inteligencia artificial simbólica*; y la *teoría política*.

De esta manera nos proponemos exponer esta cuestión por cuatro veces, tal y como se ha planteado desde cuatro disciplinas diferentes, cada una de ellas de manera independiente a las otras, aunque llegando a los mismos resultados. Este análisis interdisciplinar no solo nos permitirá entender mejor el problema que les es común, sino que servirá indirectamente para ilustrar un caso paradigmático de falta de comunicación entre disciplinas, propio de la hiperespecialización de la era moderna¹³⁹.

6.2.1.- DESDE EL DERECHO: EL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO Y SU SUPUESTO CARÁCTER CONTRADICTORIO.

¹³⁹ Lo que sigue en este apartado es la versión de un trabajo previamente publicado como artículo de revista. Vid. Roales Buján, O. (2020-b).

A.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Con antecedentes que se remontan al otorgamiento de la Carta Magna Inglesa en 1215, en conjunción al desarrollo de una serie de mecanismos de protección que el *common law* o derecho común anglosajón estableció para los encausados criminalmente, la Constitución estadounidense incorporó a través de la aprobación de su Carta de Derechos en 1791, la llamada garantía constitucional del debido proceso. Recogida en su Quinta Enmienda, esta cláusula dispone que «a nadie [...] se le privará de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal». Históricamente, el significado de esta expresión habría conformado una garantía no meramente procedimental sino sustantiva, derivando una obligatoria sujeción al derecho común en los casos criminales de mayor gravedad, circunstancia que refleja **COKE, E. (1642)**, al señalar que las expresiones «*due process of law*» y «*law of the land*» tenían una consideración equivalente, remitiendo ambas en definitiva a todo aquello que es llevado a cabo «por mandato del derecho común»¹⁴⁰.

Una vez incorporada al constitucionalismo estadounidense, la jurisprudencia de su Corte Suprema fue dotando progresivamente a la expresión de un sentido específico, perfilándose -como veremos- más allá de este particular principio de legalidad para desarrollarse como una cada vez más concreta garantía frente al ejercicio arbitrario del poder. Paralelamente a esta evolución respecto a su contenido, que trascendía su inicial configuración en el derecho anglosajón, se produjo también una ampliación respecto a su ámbito de aplicación en lo que constituyó un lento proceso de *nacionalización* de la carta de derechos a partir de las reformas acometidas tras la guerra civil. Y es que, hasta entonces, al igual que el resto de los derechos y garantías contenidos en el *Bill of Rights*

¹⁴⁰ Sobre los límites sustantivos derivados de la aplicación de la garantía del debido proceso en la Carta Magna, vid Keynes, E. (1996), 57-59.

constitucional, el debido proceso se encontraba circunscrito al ámbito federal, es decir, constituía exclusivamente una protección del individuo frente al poder federal, de manera que cualquier salvaguardia de carácter similar ante el ejercicio del poder de los Estados integrados en la Unión quedaba al amparo de lo que se estableciera -o no- en las constituciones estatales. Esto era difícilmente defendible en el contexto político de la posguerra civil, donde buena parte de la opinión pública consideraba que el ejercicio ilimitado e irresponsable del poder estatal había sido causa principal del enfrentamiento. La manera en la que el poder estatal desarrollase su acción afectando a la esfera de autonomía individual no podía seguir considerándose asunto ajeno a la federación pues sus disfunciones podían acarrear consecuencias intolerables desde la perspectiva de la moral pública, pero sobre todo porque -tal y como se había verificado- esas consecuencias se extenderían al ámbito de la economía y el comercio, poniendo en peligro la supervivencia de la federación. Consecuentemente, y en un clima de reforma constitucional de grandísimo calado, la garantía del debido proceso pasó a vincular a todos los Estados de la Unión mediante la aprobación de la Enmienda Decimocuarta. Su ratificación en 1868 incorpora un texto prácticamente idéntico al que de aplicación federal, pero añadiendo expresa mención al poder estatal: «ningún Estado privará a ninguna persona de vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal» iniciándose una lenta y laboriosa expansión de los derechos civiles por el territorio estadounidense. Un progresivo avance en el que la garantía del debido proceso tuvo y mantiene un especial protagonismo, de forma que se encuentra directamente vinculada con cada uno de sus hitos históricos. Desde las sentencias en favor de la igualdad racial¹⁴¹ tras la aprobación de la Ley de Derechos Civiles de 1964, pasando por el reconocimiento del derecho a la

¹⁴¹ Particularmente *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) que en virtud de las cláusulas del debido proceso e igual protección ante la ley invalidaba la ley segregacionista del Estado de Virginia que prohibía (al igual que otros 16 Estados en ese momento) los matrimonios interraciales.

privacidad como límite a la injerencia legislativa en relación a los derechos reproductivos¹⁴², hasta las recientes decisiones sobre matrimonio igualitario *-same-sex marriage-*¹⁴³, el debido proceso se ha revelado como el más poderoso y versátil argumento contramayoritario a disposición de la Corte Suprema en el ejercicio de su función de control del poder político en defensa de los derechos individuales.

El desarrollo jurisprudencial desde el *debido proceso* hasta el *debido proceso sustantivo*, parte del reconocimiento de que lo que deba ser el debido proceso en cada caso y dónde se fijen, por tanto, los límites a la acción de los poderes públicos respecto a los derechos individuales, es ciertamente una cuestión sustantiva que no puede resolverse mediante una remisión procedimental abierta *ad infinitum*. Y así, el procedimiento que ejecute tales actuaciones de injerencia en la esfera individual no ostentará *per se* el carácter de *debido* por el mero hecho de que se ajuste a un procedimiento legislativo previamente designado a esos efectos -un procedimiento que habría sido aprobado mediante una decisión anterior ajustada a un procedimiento de producción legislativa previamente designado a esos efectos-. La garantía del debido proceso no se corresponde con el principio del imperio de la ley, pues implica respecto al ejercicio de los poderes públicos en su conjunto un control sustancial que carecería de contenido efectivo si no abarcara al poder legislativo¹⁴⁴.

¹⁴² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) que en virtud del derecho a la privacidad protegido por la cláusula del debido proceso, invalidaba la prohibición legislativa estatal contra la prescripción, venta o uso de anticonceptivos, incluso entre parejas casadas; *Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972) que establecía por las mismas razones ese mismo derecho para parejas no casadas; y *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) declarando que el derecho a la privacidad comprendía el derecho fundamental de la madre a decidir si quería terminar o no con su embarazo de forma que un Estado no podía interferir en dicha decisión sin mediar un interés legítimo *-compelling interest-* para su regulación.

¹⁴³ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013) y *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), ambas basadas en las cláusulas del debido proceso e igual protección ante la ley.

¹⁴⁴ La cuestión se expone por la Corte Suprema estadounidense al señalar en relación al debido proceso que «it is manifest that it was not left to the legislative power to enact any process which might be devised. The article is a restraint on the legislative as well as on the executive and judicial power of the Government, and

Esta afirmación, que podría concitar dudas desde la perspectiva del derecho continental, se entiende con más claridad a la vista del desarrollo histórico de la garantía, tal y como la hemos referido. Así, la vinculación del monarca con el debido proceso entendido como *law of the land*, es decir, derivado del mandato del derecho común anglosajón, implicaba esencialmente la mediación de un contrapoder al derivar dicho mandato de un origen distinto al de la propia Corona. De este modo, y esta cuestión es clave, no es que la Corona se encontrara vinculada a sus propios procedimientos, dado que éstos le eran ajenos en tanto en cuanto su establecimiento y modificación no se encontraban a su alcance. Este es el aspecto esencial del debido proceso en su perspectiva histórica: que remite el problema de la fundamentación del poder -que en Europa se iría asentando hasta la caída del Antiguo Régimen en la figura del monarca como único punto de partida-, a un punto de fuga de carácter consuetudinario y, por tanto, no-absolutista. Y es precisamente en este sentido *no-absolutista* que debe entenderse la garantía del debido proceso al mediar en los procedimientos democráticos. Es decir, como un instrumento de contrapoder que sustrae de la sede desde la que se origina el poder político el control de la legitimidad de sus procedimientos, algo que en democracia se traduce con carácter necesariamente contramayoritario.

Ahora bien, antes de concretar el principio que fundamenta esta garantía, permítaseme recordar que a la hora de tratar con el pensamiento jurídico del *common law* los juristas de formación continental debemos actuar con prudencia dado que, al igual que ocurre -por ejemplo- con el dominio de una segunda lengua, el derecho comparado requiere volver a pensar conceptos supuestamente conocidos, esta vez desde diferente perspectiva. Tanto los prólogos de los manuales de derecho comparado como los de teoría

cannot be so construed as to leave Congress free to make any process 'due process of law' by its mere will». Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co., 59 U.S. 272 (1856). Opinion of the Court.

de la traducción, nos advierten de la necesidad de tener en cuenta que las expresiones conocidas que son resultado del progresivo decantado de una concreta tradición nunca admiten una traducción directa más que aproximada. Son siempre formas *históricamente situadas* de resolver los mismos problemas en diferentes contextos, y por lo tanto, no serán nunca completamente asimilables.

Parece necesaria esta advertencia dada la intrínseca relación que la garantía del debido proceso mantiene con el principio general de la interdicción de la arbitrariedad del poder político, del que dicha garantía es instrumental. Y así, aunque este principio tiene ecos reconocibles en el derecho continental y español, se trata de una aproximación al problema sustancialmente diferente. Como es lógico, y tratándose de un contexto jurídico anglosajón, la interdicción de la arbitrariedad no se formula en el constitucionalismo estadounidense de manera abstracta, sino referida en concreto: primariamente a aquellos casos en los que del ejercicio del poder institucional pueda derivarse un riesgo *sustancial* para la vida, propiedad, o libertad de los individuos. Es importante subrayar ese carácter sustancial, puesto que al no derivarse de una interdicción de carácter general, la formulación de la garantía en términos concretos requiere del operador que efectúe *prima facie* una especie de juicio de relevancia implícito: no cualquier actuación del poder político estará sometida a las exigencias del debido proceso legal, sino primariamente aquellas actuaciones que supongan o puedan acarrear literalmente una privación -es decir, una afectación *sustancial*- de la vida, propiedad o libertad.

Ninguna garantía constitucional tiene valor en sí al margen de lo que constituye su finalidad o fundamenta, de manera que inicialmente cualquier aproximación jurisprudencial a la garantía suele referirse en primer lugar a su principio, al objeto de delimitar preliminarmente su significado.

Esta delimitación preliminar es de suma importancia, pues sienta la guía y los parámetros que deberían conducirnos a lo largo del posterior desarrollo jurisprudencial. Y en este sentido, una de las primeras exposiciones jurisprudenciales del principio de interdicción de la arbitrariedad del poder político explícitamente en relación con la garantía de la cláusula constitucional del debido proceso, se encuentra en *Hurtado v. California* (1884). En esta resolución la Corte Suprema declara con rotundidad que el proceso debido de la ley no sólo presupone que (1) la voluntad del poder político deba someterse a los formalismos que comporta su expresión reglada, sino que (2) sustancialmente requiere la ausencia de arbitrariedad. El ejercicio arbitrario del poder, «ya se manifieste como el decreto de un monarca personal o el de una multitud impersonal» nunca será ley, al no ajustarse a su debido proceso¹⁴⁵.

El análisis de las condiciones requeridas por la garantía del debido proceso mediante la distinción de dos momentos lógicos, por una parte el sometimiento de la voluntad del poder político mediante una expresión altamente formalizada -susceptible por sí misma de excluir su ejercicio arbitrario según las circunstancias-, y por otra, la exigencia de una justificación efectiva que excluya dicha arbitrariedad más allá del cumplimiento de dichos formalismos, es ilustrativa, aunque sea de modo esquemático, de los dos aspectos -procedimental y sustantivo- mediante los que el debido proceso se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. Esta doble vertiente del debido proceso fue descrita por el Juez Presidente Rehnquist con una fórmula ya clásica: «By requiring the government to follow appropriate procedures when

¹⁴⁵ «It is not every act, legislative in form, that is law. Law is something more than mere will exerted as an act of power [...] and thus excluding, as not due process of law, acts of attainder, bills of pains and penalties, acts of confiscation, acts reversing judgments, and acts directly transferring one man's estate to another, legislative judgments and decrees, and other similar special, partial and arbitrary exertions of power under the forms of legislation. Arbitrary power, enforcing its edicts to the injury of the persons and property of its subjects, is not law, whether manifested as the decree of a personal monarch or of an impersonal multitude». *Hurtado v. California*, 110 US 516 (1884), Opinion of the Court.

its agents decide to “deprive any person of life, liberty, or property” the Due Process Clause promotes fairness in such decisions. And by barring certain government actions regardless of the fairness of the procedures used to implement them [...] it serves to prevent governmental power from being “used for purposes of oppression”»¹⁴⁶.

Así, mientras el proceso debido procedimental *-procedural due process-* es la vertiente de la garantía que atiende posibles vulneraciones de procedimiento en ámbitos de ejercicio del poder altamente formalizados, tales como el judicial y el administrativo, el llamado proceso debido sustantivo *-substantive due process-* se refiere al escrutinio constitucional que impondría esta garantía en relación al ejercicio del poder que, adicionalmente al cumplimiento de los preceptivos formalismos preestablecidos, precise de una justificación razonable más o menos expresa en relación con derechos individuales tales como la intimidad *-privacy-*, o la libertad de expresión *-freedom of speech-*, entre otros. Esta justificación adicional superpuesta a la justificación que con carácter abstracto comporta intrínsecamente la regla de procedimiento, decimos que tiene valor sustantivo porque es concreta, aunque en realidad cualquier formalismo con valor jurídico ya incorpora necesariamente valores sustantivos. Así, a pesar de que la formalización tiene por objeto garantizar la razonabilidad de la actuación, y por lo tanto del resultado, lo razonable no puede en todos los casos circunscribirse a los límites que se deducen de una definición operativa formal. Los sistemas jurídicos -como cualquier sistema coherente- se fundamentan en postulados, es decir, elementos axiomáticos que expresan juicios para casos abstractos formalizados mediante normas, reglas o procedimientos, que precisamente por no necesitar demostración en cada caso, pueden no ajustarse en concreto a los criterios de razonabilidad que abstractamente se les presuponen. Y por eso es necesario en determinadas ocasiones una justificación superpuesta, pues tal y como señala

¹⁴⁶ Daniels v. Williams, 474 U.S. 327 (1986). Opinion of the Court.

la Corte Suprema, la cláusula del debido proceso no es sólo garantía de un proceso justo, y la libertad que protege incluye algo más que la ausencia de limitación física¹⁴⁷.

En atención a esta idea de justificación adicional según los casos, la legislación adoptada conforme al procedimiento de producción legislativa preestablecido podrá someterse a diversos niveles de escrutinio, según su contenido. Y así, en la mayoría de supuestos la legislación conservará su presunción de constitucionalidad siempre que se muestre como un instrumento concebiblemente racional orientado a un fin legítimo del gobierno, es decir, se establecerá un nivel mínimo de escrutinio *-rational basis review-* dado que los procesos políticos comportan en el cumplimiento de sus formalismos un nivel suficiente de justificación. Sin embargo, el nivel de exigencia en cuanto a la justificación del contenido se elevará al máximo cuando el mismo afecte a derechos fundamentales de individuos o minorías, o en palabras de la Corte Suprema, cuando tales procesos políticos -diseñados para dar expresión a la voluntad de la mayoría- puedan dañar a «minorías discretas e insulares»¹⁴⁸.

B.- EL DEBATE DOCTRINAL ACERCA DE LA SUPUESTA IMPOSIBILIDAD LÓGICA DE LO PROCEDIMENTAL-SUSTANTIVO.

Esta aproximación jurisprudencial al problema de la interdicción de la arbitrariedad del poder político ha generado a lo largo de los últimos cincuenta años gran controversia en Estados Unidos sobre cuestiones *fundacionales* respecto a la democracia liberal. El llamado activismo judicial, la legitimidad del control judicial de la

¹⁴⁷ Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997). Opinion of the Court.

¹⁴⁸ El criterio por el cual la revisión constitucional de la legislación debe establecerse mediante diversos niveles de escrutinio, según los casos, se recoge en la célebre nota a pie de página número cuatro de la United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

constitucionalidad de las leyes y la correcta definición de sus límites, así como -en última instancia- el diseño institucional de la democracia constitucional, son algunos de los temas que abarca la amplísima producción doctrinal sobre la garantía del debido proceso. Y así, la vertiente sustantiva de la garantía ha sido puesta en cuestión por un importante sector de la doctrina constitucionalista que considera que el proceso debido sustantivo es un artificio -en el sentido de que se trataría de una construcción jurisprudencial no sustentada de ningún modo en el texto constitucional-, cuya única virtualidad consistiría en vulnerar los límites de la función judicial en un afán por imponer valores y visiones particulares del mundo no refrendadas por los legítimos poderes democráticos expresados mediante mayorías legislativas.

Si bien este asunto ha sido abordado críticamente desde perspectivas muy diversas, existe un particular argumento de carácter lógico-semántico, posteriormente apropiado desde posiciones textualistas y originalistas, que se ha extendido como lugar común del pensamiento legal estadounidense, a pesar de que consiste en la reiteración de un viejo malentendido filosófico pobremente adaptado a la problemática jurídica que nos ocupa, y que constituye un claro ejemplo de la falaz reificación del pensamiento abstracto al que hacíamos referencia al comienzo de este trabajo. Popularizado por John Hart Ely en su *Democracy and Distrust*, el argumento en cuestión expone, en el que se considera uno de los más prestigiosos ensayos del moderno constitucionalismo norteamericano, la imposibilidad lógica de que una garantía procedimental sea al mismo tiempo sustantiva¹⁴⁹. Tratar el debido proceso como una cláusula de contenido sustantivo implicaría no distinguir entre la noción básica que establece la diferencia entre el *qué* y el *cómo*, entre medios y fines. La referencia al proceso en la cláusula constitucional es

¹⁴⁹ Existen al menos tres referencias anteriores de este argumento: W. F. Bowker en 1956, Leonard Levy en 1966, y Hermine Herta Meyer en 1977. Para más detalles, vid. Greene, J. (2016) 270-271.

clara, excluyendo a riesgo de caer en contradicción cualquier enjuiciamiento sustantivo. Expresando un evidente tono de desagrado e impaciencia hacia aquellos que no aceptan la obviedad de este argumento, Ely señala que «es un poco embarazoso sugerir que un texto es informativo cuando tantos desde hace tanto, lo han encontrado evocativo, pero no hay manera de obviar el hecho de que la palabra que sigue a “debido” es “proceso” [...] aparentemente nos encontramos en la obligación de recordar periódicamente que “proceso debido sustantivo” es una contradicción en sus propios términos -del tipo “la rojez del verde pastel”-»¹⁵⁰.

En esta línea, el Juez de la Corte Suprema Antonin Scalia, uno de los más destacados críticos del debido proceso sustantivo, ha utilizado este argumento lógico-semántico en numerosas ocasiones, refiriéndolo tanto en resoluciones judiciales como en su producción académico-doctrinal en concordancia con su *textualismo interpretativo*, según el cual toda interpretación debe producirse del modo semánticamente más preciso posible, dedicando especial atención a las reglas sintáctico-gramaticales, lo que a su juicio minimizaría la discrecionalidad interpretativa judicial y su influenciabilidad respecto a contextos sociales, políticos o morales, calificando en **KANNAR, G. (1990)** al debido proceso sustantivo lisa y llanamente como un oxímoron¹⁵¹. Scalia deriva de este argumento -y en concreto de la pretensión de que lo procedimental excluye lo sustantivo- una interpretación del debido proceso que *textualmente* excluiría cualquier uso o interpretación sustantiva del mismo, pues esta cláusula «en virtud de sus ineludibles términos, sólo garantiza el proceso. Podemos ser privados por el Estado de la propiedad, de la libertad, e incluso de la vida, pero no sin el debido proceso que nuestras tradiciones requieren -particularmente, una ley válidamente promulgada y un juicio justo-. Afirmar

¹⁵⁰ Ely, J. (1980), 18.

¹⁵¹ U.S. v. Carlton 512 U.S. 26 (1994), (Scalia, J., concurring).

lo contrario es abandonar el textualismo y convertir textos adoptados democráticamente en trampolines para la producción legislativa judicial»¹⁵².

Este argumento, *estrictamente en su carácter lógico-semántico*, se ha percibido provisto de gran solidez por la práctica unanimidad de la doctrina constitucionalista estadounidense. Y en este sentido lo expresa el profesor Jamal Greene, cuando afirma que se ha extendido a lo largo de todo el espectro ideológico la idea de que un análisis textual respecto al debido proceso sustantivo es imposible, dado que la formulación de dicha garantía en esos términos constituiría efectivamente un uso impropio o abusivo de la lengua inglesa¹⁵³.

Esta es la razón por la que, en el debate doctrinal que pretende elucidar la congruencia del proceso debido sustantivo como construcción jurisprudencial, así como la posibilidad de su legítima correspondencia con el contenido de la cláusula del proceso debido, la cuestión que ahora apuntamos no se analice por sus propios méritos -es decir, en su carácter lógico-semántico-, sino que, lo usual sea que, o bien se ignore, o bien se aborde mediante aproximaciones indirectas. Y esto, a pesar de que si dicho argumento se confirmara por su propio carácter mediante un análisis de fondo, muy probablemente habría que concluir en un mandato constitucional directo contrario al uso sustantivo de la garantía, derivado de esa literalidad ineludible a la que se refieren los textualistas.

Pero en realidad los textualistas, contrarios a la vertiente sustantiva de la garantía, llevan décadas considerando suficiente demostración en este sentido haberse limitado a remarcar lo que entienden la consecuencia lógica de una *aparente* obviedad: la relación contradictoria entre el fondo y la forma. Ahora bien, si analizamos la cuestión con el debido detenimiento, observaremos que esta supuesta obviedad se fundamenta en un falso

¹⁵² Scalia, A. (1997), 24-25.

¹⁵³ Greene, J. (2016), 254.

sobreentendido procedente de determinados usos del lenguaje ordinario que confunden lo opuesto con lo contradictorio, hasta presuponer la identidad de ambos términos cuando en el fondo tratan de la expresión de relaciones bien distintas. Así, mientras que la contradicción implica relaciones lógicas de carácter mutuamente excluyente -algo que se da con mucha frecuencia en los diferentes lenguajes de manera abstracta, pero nunca en la realidad concreta-, la relación de oposición se basa en una diferencia de grado. El tratamiento superficial de esta cuestión ha derivado por parte de este sector doctrinal en posturas que encuentran muy difícil justificación si aspiran a mantener la coherencia con su planteamiento inicial. Y así, por ejemplo, el propio Juez Scalia habría reconocido que la cláusula del debido proceso sí incorpora ciertas garantías sustantivas «a pesar de su textual limitación al procedimiento»¹⁵⁴. Es decir, que la cláusula del debido proceso presupone ciertas garantías sustantivas al tiempo que las excluye, una afirmación que sí podríamos calificar de contradictoria.

Por otro lado, el sector doctrinal opuesto, favorable al proceso debido sustantivo, adolece de la misma falta de rigor en relación a esta cuestión en concreto. Así, a pesar de haber acusado recibo de esta crítica de carácter lógico-semántico, no la ha rebatido sino acudiendo a una argumentación indirecta. Es decir, no abordando la cuestión en sí, sino considerándola como si se tratara de una especie de juego de palabras, una anomalía del lenguaje que no aportara nada sustancial al debate. Un asunto menor que pudiera combatirse simplemente ignorándolo para seguidamente desarrollar otras vías de razonamiento que sí abarcasen cuestiones supuestamente de fondo, en el entendimiento de que así se estaría rebatiendo *in totum* el argumento de contrario.

Paradigmáticos de este tratamiento indirecto, destacan los trabajos de L. H. Tribe. A pesar de no acometer directamente el problema al despacharlo como cuestión

¹⁵⁴ TXO Production Corp. v. Alliance Resources (92-479), 509 U.S. 443 (1993), (Scalia, J. with Thomas, J. concurring).

*semántica*¹⁵⁵, el profesor Tribe ha puesto de manifiesto que los preceptos constitucionales, incluso los de carácter procedimental, precisan del desarrollo de una teoría de derechos fundamentales que asegure su adecuada comprensión y aplicación. Y, más fundamentalmente, ha señalado que para establecer si en un determinado contexto es preciso acudir a un procedimiento jurisdiccional *-adjudicative process-* o por el contrario a uno de representación política *-representative process-* no podemos tratar la cuestión como si se tratara solo de una cuestión técnica relativa a cómo de eficazmente pueden los diferentes procedimientos reflejar los intereses en juego, sino que es necesario tener en cuenta el carácter e importancia de esos intereses. Es decir, una cuestión de carácter sustantivo relativa a una teoría de valores y derechos¹⁵⁶. El valor de un procedimiento constitucional no puede derivarse de su aptitud como un medio para un fin independiente de aquel, sino que es necesario reconocer que el proceso tiene un valor intrínseco que debe concordar con su finalidad, y así, por ejemplo, ser oído no es sólo instrumental a un fin, sino que es parte de lo que significa ser una persona, de manera que «el proceso en sí deviene, por lo tanto, sustantivo»¹⁵⁷. Tribe expone una idea que podríamos formular mediante estas dos simples proposiciones: [1] los procedimientos en sí no significan nada si no se encuentran contextualmente vinculados a determinados valores sustantivos, y [2] los procedimientos constitucionales sí tienen significado, porque si no serían incomprensibles y, por lo tanto, inaplicables¹⁵⁸.

¹⁵⁵ «Some commentators have called “substantive due process” a contradiction in terms. But a dismissal on semantic grounds of the very notion of substantive due process is unwarranted». Tribe, L.H. (2000), 2569.

¹⁵⁶ Tribe, L.H. (1980).

¹⁵⁷ *Ibidem*, 1.070-71.

¹⁵⁸ A pesar de su aproximación indirecta, Tribe aborda el asunto esencial pues de su exposición se deducen implicaciones éticas situadas en el nudo del problema de lo procedimental-sustantivo y que tienen que ver con el carácter situacional de los elementos que integran los pares fin-medios, materia-forma, o procedimental-sustancial.

Es evidente que Tribe pretende ofrecer una respuesta sólo jurídica a un problema que se plantea inicialmente en términos estrictamente lógicos y semánticos. Es decir, no responde a la pregunta acerca de cómo es posible decir “procedimental sustantivo” sin incurrir en contradicción, sino que se limita a demostrar que el derecho, por su propio carácter, parece funcionar así. Esto es algo que explícitamente reconoce el propio Tribe al manifestar la defensa de sus argumentos al margen de «cualesquiera dificultades lingüísticas»¹⁵⁹ que pudieran suscitarse para entender que la frase “debido proceso legal” incorpora límites sustantivos. O cuando, en respuesta a la crítica de Ely señalando que *no hay manera de obviar el hecho de que la palabra que sigue a “debido” es “proceso”*, Tribe pasa por alto la implicación de contradicción y se limita a añadir que, si bien Ely estaría en lo cierto, «las palabras que siguen a “debido proceso” son “de la ley”, y la palabra “ley” parece haber sido el punto de partida textual para el debido proceso sustantivo»¹⁶⁰.

Abordando el asunto más directamente, aunque todavía sin tratar la cuestión en su necesario carácter multidisciplinar, Frank H. Easterbrook es de los pocos autores que han señalado que no es posible realizar un análisis adecuado de esta garantía constitucional sin entender previamente que *sustancia y proceso son partes de un mismo fenómeno*¹⁶¹. Así, el tipo de procedimiento que sea debido en cada momento variará según el juicio que la Corte lleve a cabo en relación a una cuestión sustantiva: la importancia de los intereses en juego. A mayor interés, afirma Easterbrook, en mayor grado importarán a los interesados los posibles errores, de manera que cuanto más importen, más estará dispuesta la sociedad a invertir para prevenirlos. Esa mayor necesidad se traducirá en una mayor

¹⁵⁹ Tribe, L.H. (1997), 85.

¹⁶⁰ Tribe, L.H. (1980), 1.066.

¹⁶¹ Easterbrook, F.H. (1980), 85.

exigencia constitucional en relación a los procesos relacionados con esos vitales intereses¹⁶².

En palabras de Jamal Greene, el proceso debido sustantivo ha sido considerado como una contradicción textual pese a que en realidad es una expresión redundante. Cualquier juicio en orden a establecer si un determinado proceso es o no debido, no puede ser indiferente a cuestiones sustantivas: el debido proceso comporta una regla o criterio de razón de carácter sustantivo en orden a calibrar la relación entre, de una parte, la naturaleza y la finalidad de la privación, y de otra, el proceso conforme al que se lleva a cabo¹⁶³. Sin embargo, a pesar de esa implicación necesaria que se ha traducido efectivamente en la praxis jurisprudencial de la garantía del debido proceso sustantivo, se ha aceptado la idea de que textualmente ambos términos implicaban contradicción, conformando lo que Greene denomina *meme constitucional*. Siguiendo a **DAWKINS (1976)**, con el término *meme* Greene quiere expresar un elemento cultural -ya sea una idea, una palabra, o un conjunto de suposiciones- cuyo crecimiento y evolución se dice que primordialmente tiene lugar mediante transmisión genética. Es decir, un meme sería una idea o un paquete de información, tan profundamente embebido en nuestra cultura, que a pesar de ser reproducido sin una debida demostración o acompañándose de una posterior elaboración, se le entiende inmune a cualquier argumentación en contrario.

Ahora bien, para Greene la existencia de estos memes es necesaria, dado que cumplen una función retórica necesaria en la argumentación de los operadores jurídicos. Sin embargo -y a pesar de que no podemos estar más de acuerdo en que, efectivamente, la argumentación jurídica no se encuentra orientada a la demostración de una verdad absoluta, sino a la persuasión-, la retórica no es una técnica al servicio de la confusión

¹⁶² *Ibidem*, 89.

¹⁶³ Greene, J. (2016), 253-254.

promovida desde el interés particular, sino todo lo contrario. Ya se utilice en un contexto jurídico, o en cualquier otro, la retórica tiene como finalidad establecer las bases para una comprensión de la realidad compartida que haga posible la convivencia a través de un encadenado proceso de acuerdos por el que se ajusten principios abstractos a las situaciones concretas que comportan un conflicto entre intereses. Lógicamente, cada uno de esos acuerdos no tiene lugar en un periodo de tiempo infinito, sino que es llevado a cabo razonablemente según las exigencias de cada caso.

Las limitaciones contextuales conllevan que la persuasión no persiga el mejor de los argumentos posibles en el mejor de los mundos posibles, sino que debemos contentarnos con un argumento razonablemente aceptable. Es decir, que funcione para el caso en cuestión dadas las circunstancias en las que se expone y discute. Es en este sentido que podemos entender que los memes son de gran utilidad, pues nos proveen de atajos retóricos en nuestra argumentación al constituir hitos compartidos. Es decir, puntos de acuerdo razonable, que aunque limitados sustantivamente, sirvan estratégicamente a la persuasión y al compromiso. Ahora bien, ese acuerdo derivado de la persuasión retórica tendrá bases más firmes si su comprensión obedece a criterios dotados de la máxima coherencia interna posible, dadas las circunstancias. Y en este sentido, en una sociedad culturalmente avanzada, no cualquier meme será adecuado. En el caso del proceso debido sustantivo, el meme constitucional que reproduce la idea de que el proceso sustantivo implica una contradicción textual nos parece lógicamente insostenible y por esa razón comporta más impedimentos que ventajas, de manera que nos resulta adecuada la propuesta del profesor Greene para desmontarlo al desvelar las inconsistencias jurídicas que implica¹⁶⁴. Ahora bien, creemos que Greene no aborda la raíz del problema, pues no

¹⁶⁴ «Constitutional memes are entrenched -indeed, are self-reinforcing- but they are not permanent. [...] Substantive due process might not always be thought incompatible with the constitutional text, and indeed this Essay can be understood, in part, as a step towards that end». Greene, J. (2016), 294.

lo acomete en su carácter lógico-semántico. Es decir, demostrando la posibilidad lógica de lo procedimental-sustantivo desde el análisis de la pretendida *contradictio in adjecto* o contradicción semántica entre ambos términos.

En este sentido, y antes de abordar el asunto desde su perspectiva lógico-semántica, debemos aclarar una cuestión previa. La figura retórica del oxímoron puede formarse mediante el uso de contrarios o mediante opuestos. Decir triángulo-cuadrado es un tipo de oxímoron que implica necesariamente contradicción, dado que los términos cuadrado y triángulo obedecen a construcciones abstractas que no admiten gradación. Sin embargo, azul-amarillo no implica contradicción sino una relación de contrariedad al involucrar opuestos que pueden combinarse. Y esta no es una cuestión novedosa: los debates que pretenden elucidar la relación procesal/sustantivo se remontan a más de dos mil años, reproduciéndose repetidamente en diversos ámbitos del conocimiento como si en cada ocasión se estuviera expresando un problema nuevo.

Así, tras esta primera exposición del problema desde el punto de vista jurídico, en la que hemos considerado que los debates en relación con el proceso debido sustantivo eran particularmente ilustrativos, pasamos a un segundo planteamiento de la misma cuestión. Pero esta vez desde su carácter propiamente lógico-semántico, mediante lo que denominaremos adjetividad sustantiva, algo que nos acercará al pensamiento aristotélico y al nacimiento de la retórica.

6.2.2.- DESDE LA FILOSOFÍA: LA ADJETIVIDAD SUSTANTIVA.

A la hora de representar la realidad el discurso racional se despliega simultáneamente en dos sentidos: [1] *conceptual-sustantivamente*, expresando los elementos de la realidad significándolos (es decir, dotándolos de sentido particular al

asignarles un signo mediante el proceso al que hemos hecho referencia como referir-designar) al objeto de representarlos presentificadamente en una imagen fija; y [2] *procesual-adjetivamente*, representando dinámicamente y estableciendo las relaciones entre aquellas unidades fijas de significante-significado, volviendo sobre el proceso de referir-designar mediante una permanente ida y vuelta.

Cuando afirmamos, por ejemplo, que «un sujeto se define mediante todos los adjetivos que pueden aplicársele válidamente» o que «un objeto cualquiera es el conjunto de sus relaciones para con otros objetos», estamos haciendo referencia a esta idea de representación dual de la realidad mediante el uso de sustantivos y adjetivos como expresión pragmática de los conceptos de materia y forma. Los adjetivos nunca se predicán absolutamente sino en relación con algo, es decir, situacionalmente. De esa manera, solemos entenderlos en relación a un objeto porque sobreentendemos su relación con un contexto más amplio, compuesto de otras relaciones. El contexto dota de sentido al adjetivo. De ahí que digamos que un proceso o una relación tiene carácter adjetivo entendido aisladamente en cuanto tal proceso o relación, mientras que si lo consideramos en conexión con otros procesos o relaciones, su carácter será sustantivo.

Este modo dual de descomponer nuestro pensamiento fue expuesto por Aristóteles subrayando su naturaleza racional-discursiva, y la descripción de su funcionamiento ha comportado desde entonces una potente herramienta analítica aplicable a todos los aspectos de la realidad representada mediante ese pensamiento, es decir, a todo lo concebible. La teoría aristotélica de la materia y la forma es superadora de la idea de un mundo contradictorio y en permanente movimiento, y se complementa mediante la utilización de categorías que constituyen criterios de razón que apelan al fundamento -o esencia- de las cosas mismas. Sin embargo, el desarrollo histórico de esta herramienta ha aparejado el asentamiento de una tradición esencialista que ha pretendido la búsqueda de

certezas imposibles mediante una separación entre lo sustantivo y lo procedimental excesivamente nítida, distorsionando la relación adjetivo/sustantivo, una relación que es intrínsecamente dinámica, hasta el punto de ignorarla casi por completo. Esta tradición esencialista, cuyo desarrollo histórico y sus causas no rastreamos aquí, se encuentra tan arraigada que nos resulta natural, por ejemplo, que la enseñanza de la gramática de la lengua describa sustantivos y adjetivos como realidades completamente diferenciadas, ocultando el hecho de que la sustantivación siempre se produce a través de la asimilación a una unidad conceptual fija con valor pragmático (es decir, con utilidad en un contexto concreto) de cadenas adjetivas complejas, o dicho en otras palabras: que todo sustantivo se compone y se descompone en un conjunto de expresiones adjetivas solidificadas en torno a un criterio de razón contextualmente relevante. Cada sustantivo en cuanto ente contiene una serie de cadenas adjetivas que le refieren esencialmente, es decir, que se le predicen per se -en terminología aristotélica-, de manera que comportan el núcleo de su definición. Ahora bien, toda delimitación sustantiva requiere señalar qué adjetivaciones son relevantes para el caso y cuáles no, lo que implica un posicionamiento previo respecto a lo real, -un posicionamiento que no es neutral-.

Como suele decirse, la adjetivación no es neutra. Lo que ocurre es que esa expresión suele referirse al empleo de un adjetivo sobre un sustantivo ya formado (es decir, al que se le ha asignado su forma que ya le es propia). Sin embargo, lo destacable es que la adjetivación nunca es neutra, especialmente la que compone cada sustantivo en su estructura interna. Así, en un clásico ejemplo, Hombre se descompone en la cadena animal + racional y no en otras alternativas tales como animal + bípedo + implume, precisamente porque la línea de demarcación que constituye el juicio de razón que delimita el concepto es la característica ser-racional, y no otra. Y esa decisión no es neutral.

Para entender mejor el carácter de esta transducción de componente axiológico entre lo adjetivo y sustantivo, puede resultar interesante acudir en el nivel gramatical a la descripción ficticia que Jorge Luis Borges hace de Tlön, un mundo imaginario en el que se renuncia a otorgar un valor intrínseco a ningún tipo de cadena adjetiva, de manera que en sus lenguas no existen los sustantivos. El lenguaje de Tlön no se encuentra connotado por la primacía de ningún criterio de razón que, en un determinado contexto, suponga la elección de un valor sobre otro. Las cosas se representan como un conjunto de relaciones adjetivas puestas de manifiesto por el hablante, nunca por el propio lenguaje, de manera que dichas expresiones carecen lingüísticamente de significado objetivo. Y así, en su hemisferio austral el lugar del sustantivo es ocupado por «verbos impersonales, calificados por sufijos (o prefijos) monosilábicos de valor adverbial. Por ejemplo: no hay palabra que corresponda a la palabra luna, pero hay un verbo que sería en español lunecer o lunar. Surgió la luna sobre el río se dice hlör u fang axaxaxas mlö o sea en su orden: hacia arriba (upward) detrás duradero-fluir luneció. (Xul Solar traduce con brevedad: “upa tras perfluyue lunó”. Upward, behind the onstreaming it mooned.) [...] En los del hemisferio boreal [...] la célula primordial no es el verbo, sino el adjetivo monosilábico. El sustantivo se forma por acumulación de adjetivos. No se dice luna: se dice aéreo-claro sobre oscuro-redondo o anaranjado-tenue-del cielo o cualquier otra agregación»¹⁶⁵. Como cada hablante establece su propia sustantivación al no existir criterios comunes, todos los nombres son metáforas (es decir, para generar la sustantivación presuponen la elección de criterios de razón que no pueden calificarse de razonables, pues carecen de valor intersubjetivo). Esa absoluta neutralidad del lenguaje en Tlön, que lo lleva a desvincularse por completo de cualquier contexto posible -y por lo tanto de la realidad misma-, puede

¹⁶⁵ Borges, J.L. (1971), 21-22.

resumirse en la siguiente sentencia: «el hecho de que nadie crea en la realidad de los sustantivos hace, paradójicamente, que sea interminable su número»¹⁶⁶.

Lo dicho hasta aquí nos permitiría retomar el problema desde el punto de vista jurídico, señalando que la réplica más pertinente -y por tanto más eficaz- frente a los que aspiran a conceptualizar los procedimientos constitucionales desvinculados de su componente axiológico no consiste solamente en demostrar que el derecho no admite esta posibilidad. Es decir, no es suficiente con hacer lo que se ha hecho hasta ahora: afirmar que el derecho no funciona así, aun a pesar de la incongruencia textual -aparentemente inexplicable- de la expresión proceso sustantivo.

En verdad, si pretendemos zanjar la cuestión debemos demostrar porqué el derecho no funciona así. Para ello, tal y como venimos diciendo, es necesario afrontar el problema en sus justos términos: el de la relación expresada mediante los pares procedimental/sustancial o adjetivo/material. Esos términos de oposición configuran una relación que es la misma en cada disciplina o ámbito del conocimiento, y que ha sido descrita desde los textos aristotélicos hasta los del segundo Wittgenstein, repitiendo siempre un esquema fundamental que puede revelarse mediante comparación interdisciplinar. Aquí, por una evidente limitación de espacio, nos centraremos sólo en dos aproximaciones adicionales que creemos serán suficientes para mostrar la identidad que subyace en la diversidad de estos enfoques.

6.2.3.- DESDE LA CIENCIA COGNITIVA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL SIMBÓLICA: LA INTELIGENCIA COMO UN ENTRAMADO DE SISTEMAS DE REGLAS.

¹⁶⁶ *Ibidem*, 22.

La Ciencia Cognitiva tiene por objeto describir las relaciones entre mente y cerebro, y en última instancia establecer una definición de ambas. Esta ciencia se desarrolla a partir de los trabajos de Newell y Simon, y particularmente en base a su *Hipótesis del Sistema de Símbolos Físicos*¹⁶⁷, según la cual toda acción y conducta inteligente puede ser necesaria y suficientemente descrita y explicada por símbolos y sus reglas operativas que tendrán también forma simbólica o formalizada, siendo así que tales reglas y símbolos serán dadas dentro de todo sistema del que se predique acción o conducta inteligente.

En definitiva, la Ciencia Cognitiva y su subdisciplina, la Inteligencia Artificial Simbólica (dedicada a la representación computacional de los sistemas de símbolos físicos), pretenden la descripción formalizada de la inteligencia a través del análisis de sus procesos. Esta pretensión de que el pensamiento pueda reproducirse solo mediante el concurso de procesos computacionales, equiparando así pensamiento y computación, implica presuponer necesariamente cierta permeabilidad entre los niveles sintáctico y semántico. Y justo esta cuestión se encuentra en el núcleo del problema planteado por la llamada Inteligencia Artificial Fuerte¹⁶⁸ al afirmar que de verificarse supondría no sólo inteligencia sino el surgimiento de conciencia y consciencia.

A partir de los referidos objetivos se ha desarrollado un debate académico que nos resulta pertinente al replantear problemáticamente -como si se tratara de algo novedoso- la relación formal/material en términos muy parecidos a los hasta aquí expuestos. El comienzo de esta controversia se sitúa en la publicación por John Searle en 1980 de *Minds, Brains and Programs*, donde el célebre filósofo del lenguaje pone en cuestión la

¹⁶⁷ Newell y Simon, (1976).

¹⁶⁸ La inteligencia artificial fuerte (Artificial General Intelligence) es una hipótesis que se verificaría al constatarse que una máquina puede llevar a cabo cualquiera de las tareas intelectuales que se le presuponen a un ser humano con una inteligencia normal.

posibilidad de formalizar la inteligencia mediante su asimilación a procesos computacionales, impugnando por tanto el concepto de Inteligencia Artificial Fuerte al aseverar que para deducir la existencia de inteligencia, conciencia y consciencia, no es en sí mismo suficiente haber constatado que para un determinado sistema se siguen reglas. Para apoyar esta afirmación, **SEARLE, J. (1980)** propuso un argumento que denominó *experimento mental de la habitación china*. Imaginemos una habitación en la que se encuentra encerrado el propio Searle con una lista de símbolos en chino -un idioma que desconoce- y unas instrucciones en un idioma que sí entiende por las que se relacionan esos símbolos chinos en razón de su forma, de manera que para cada símbolo o cadenas de símbolos existe una respuesta, es decir, otro símbolo o cadena de símbolos en chino. Searle no entiende la pregunta ni la respuesta, pero sí entiende las instrucciones -o programa- de manera que puede «responder» mecánicamente conectando pregunta con respuesta sólo por razón de su forma. Le van llegando mensajes en chino que él contesta al relacionar el símbolo que se le entrega con su respuesta predeterminada en la lista. Imaginemos ahora que Searle pasase suficiente tiempo encerrado en la habitación y adquiriese mucha práctica relacionando preguntas y respuestas, de manera que siempre devolviera la respuesta correcta en un intervalo corto de tiempo. Para ese caso, cualquier persona situada en el exterior de la habitación que sí entendiera el chino y pretendiese comunicarse con él mediante ese sistema de envío de mensajes podría llegar a pensar que nuestro filósofo sí entiende chino. Pues bien, continua Searle, esto es lo que ocurriría si un ordenador exhibiera un comportamiento indistinguible al de los seres humanos, dado que el filósofo encerrado en la habitación se habría comportado exactamente como un ordenador: habría realizado operaciones computacionales sobre elementos especificados

sólo formalmente. Y no habría entendido nada, a pesar de *aparentemente* haber mostrado inteligencia¹⁶⁹.

En su propio artículo pretende dar respuesta a varias críticas o réplicas a su argumento y en la que denomina «réplica de los sistemas»¹⁷⁰ expone que, a pesar de que efectivamente la persona encerrada en la habitación no habría entendido, en realidad esa persona es sólo una parte de un sistema que se compone de más elementos: la lista de símbolos o programa, papel y lápiz para realizar los cálculos, y las «bases de datos» de las posibles preguntas y respuestas. Así, la comprensión no podría predicarse de una sola de las partes del sistema, sino del sistema en su conjunto del que la persona en ese ejemplo es parte. Searle responde a esta replica suponiendo que la persona encerrada memorizara las reglas y el resto de los elementos del sistema llevando a cabo todos los cálculos en su cabeza: aun así, seguiría sin entender nada.

Sin embargo, Searle parece no entender las implicaciones de su réplica. En primer lugar, es un error decir que el filósofo encerrado en la habitación no ha entendido nada. A pesar de que no pueda entender la comunicación que se imita mediante el intercambio de mensajes, sí entiende perfectamente lo que está haciendo: asigna a preguntas que le son dadas respuestas predeterminadas en una lista identificándolas por la forma de cada signo. Su entendimiento es incompleto, pero si consideramos al filósofo encerrado en la habitación como un sistema, ese sistema sí puede describir perfectamente lo que hace si describe la regla que sigue. Igualmente, el sistema que constituye la lista de preguntas y respuestas también «entiende» algo, aunque sea de manera incompleta. Entiende que a la cadena de signos chinos «hola, ¿cómo te llamas?» corresponde, por ejemplo, la respuesta

¹⁶⁹ Es decir, supera el Test de Turing al demostrar capacidad para exhibir comportamientos, conductas o respuestas inteligentes que son equivalentes, o al menos *indistinguibles*, de las humanas. Aunque existe controversia al respecto, desde que fuera diseñado por Turing, A.M. (1950) ninguna máquina/programa ha superado hasta ahora el test y sus sucesivas reformulaciones.

¹⁷⁰ Searle (1980), 419.

«soy Searle, el filósofo», así como entiende el resto de correspondencias. *Este sistema puede ser ininteligible para Searle, pero eso no significa que no tenga sentido.* Y seguirá siendo ininteligible aunque lo memorice, ya que en realidad, aunque parezca haberlo integrado, el sistema-filósofo no ha interiorizado las reglas del sistema-programa que se encuentran en relación directa y obedecen al lenguaje chino. Esto es a lo que se refiere la «réplica de los sistemas» cuando afirma que sólo si se integran todos los sistemas que toman parte en la acción se entiende plenamente el sentido de lo que el filósofo encerrado en la habitación está haciendo.

En términos muy parecidos expone **RAPAPORT (1988)** su *argumento de la habitación coreana* como respuesta a Searle. Imaginemos un profesor coreano de literatura inglesa que, pese a no entender inglés, fuese una autoridad en Shakespeare. Sólo ha leído a Shakespeare a través de excelentes traducciones al coreano, y basándose en sus lecturas y en sus propias capacidades ha escrito en coreano numerosos artículos sobre la obra del dramaturgo inglés que han sido traducidos al inglés para prestigiosas revistas académicas. Rapaport se pregunta si el profesor coreano «entiende» a Shakespeare y responde que sí. No lo entiende directamente, por supuesto, sino por mediación de un sistema que lo traduce, así que en realidad la comprensión sólo se produce mediante la integración de los sistemas involucrados. Esto es lo que Narayanan (1997) denomina *réplica de sistemas -systems reply-* de manera que la inteligencia surge de procesos computacionales y de las interacciones entre esos procesos. Si esos procesos son mentales, físicos o conductuales, es irrelevante. El sistema en su conjunto se mueve a través de varios estados denominados estados representacionales, de manera que el siguiente estado es determinado por el anterior como suma de todas las entradas -inputs- o integraciones.

Para Rapaport la comprensión «semántica» es una cuestión de correspondencia entre dominios: un agente cognitivo entiende un dominio en referencia a otro, que a su

vez referiría a otro sucesivamente hasta llegar a un dominio -puramente sintáctico o formal- que pudiese entenderse exclusivamente en referencia a sí mismo¹⁷¹. Esto le lleva a afirmar la posibilidad de una sintáctica con valor semántico, algo que nos parece un error en términos absolutos, dado que aquí Rapaport estaría desconociendo que cuando decimos que algo es formal o material lo hacemos necesariamente con un carácter *situacional*. Es decir, no podemos predicarlo absolutamente, sino siempre con respecto a algo¹⁷². Y así, por ejemplo, el tipo penal será material respecto al derecho procesal que lo aplica, y será formal respecto a los hechos que se aplican o, más técnicamente, subsumen a ese tipo¹⁷³. Es decir, tal y como afirman los teóricos de la Inteligencia Artificial, los procedimientos sí tienen un componente o valor semántico, pero este valor no puede predicarse absolutamente sino situacionalmente, es decir, siempre ya sea en relación a otros procesos-funciones o en relación a sí mismos en un momento lógicamente anterior.

¹⁷¹ «What does it mean to understand language? "Semantic" understanding is a correspondence between two domains; a cognitive agent understands one of those domains in terms of the other. But if one domain is to be understood in terms of another, how is the other understood? Recursively, in terms of yet another. But, since recursion needs a base case, there must be a domain that is not understood in terms of another. So, it must be understood in terms of itself. How? Syntactically! Put briefly, bluntly, and a bit paradoxically, semantic understanding is syntactic understanding». (Rapaport, 1995, p. 49).

¹⁷² Desde un máximo nivel de abstracción, donde la interpretación no derive de la correspondencia o llamada a otros dominios, surge la idea de recursividad. Un objeto es recursivo si en parte se encuentra formado por sí mismo, de manera que la recursividad consiste en la propiedad que tienen procedimientos y funciones de llamarse a sí mismos para resolver un problema. Pero, *incluso en ese caso la definición formal del objeto opera como procedimiento para la primera y sucesivas llamadas*. «El método recursivo de definición de funciones está íntimamente conectado con el método de inducción matemática, un proceso que puede verse implícitamente en el trabajo de Euclides». (Adams, 2011, p. 2).

¹⁷³ Identificar el derecho procesal como derecho adjetivo es incorrecto, pues la relación situacional adjetivo-sustantivo no sólo se da entre derecho procesal y sustantivo, sino entre las propias normas procesales. Así, «hay normas procesales que miran a la sustancia misma de la situación que regulan, como la que da derecho a terceros que se creen lesionados, para concurrir a un juicio; la que otorga el derecho de pedir la ejecución del deudor con base en un título ejecutivo; la que consagra el derecho de apelación o el recurso de casación. Y hay otras normas que miran a la forma de los actos, a la manera como esa intervención de terceros, o esa demanda ejecutiva, o esos recursos, deben formularse o ejercitarse; estas son normas formales propiamente dichas». (Devis Echandía, 1966, p. 42). «En conjunto, la idea de que el derecho procesal es, por su función y en relación al derecho material, un *quid secundario*, mediato o instrumental, se halla tan arraigada, que en las doctrinas más dispares la vemos aparecer con denominaciones y fórmulas más o menos afortunadas; esta idea, en efecto, es la que ha llevado a construir las conocidas dualidades de derecho sustantivo y derecho adjetivo, de derecho material y derecho instrumental, o, todavía peor, derecho formal, de derecho determinador y derecho sancionador». (Guasp, 1943, p. 38).

6.2.4.- DESDE LA TEORÍA POLÍTICA.

Las teorías con base procedimental-formal denominadas habitualmente procesualistas o formalistas, ya en el ámbito del Derecho o en el de la Teoría Política, se caracterizan por su pretensión de fundamentación de los sistemas a los que hacen referencia mediante reglas que, dada su naturaleza estrictamente formal-procesal, no comportarían en cuanto tales una toma de posición axiológica. En este sentido, estas teorías se orientarían a establecer, desde ese suelo común, criterios de legitimidad procedimental irrefutables en nuestras democracias actuales, socialmente caracterizadas por el multiculturalismo, la complejidad y la falta de consenso respecto a incuestionables valores básicos sustantivos. Solo los procedimientos, en virtud de ese supuesto estatuto de neutralidad e imparcialidad, serían susceptibles de garantizar el consenso que conformaría ese sólido cimiento al que aspira toda democracia.

Mientras que las interpretaciones metafísico-religiosas del mundo nos proveían de una cómoda certeza en relación a lo que podíamos saber y a lo que debíamos hacer, la situación se trastoca radicalmente en la modernidad. Tal y como señala Habermas, «con el paso al pluralismo cosmovisivo en las sociedades modernas, la validez de las normas morales universalmente vinculantes ya no se puede explicar en ningún caso con razones e interpretaciones que presuponen la existencia y el papel de un Dios creador y redentor trascendente»¹⁷⁴, lo que comportará además un desplazamiento de la autoridad epistémica, que pasa de las doctrinas religiosas a las modernas ciencias experimentales. A raíz de la modernidad, el *ethos* común se encuentra en ruinas, de forma que para

¹⁷⁴ Habermas, J. (1999), 37.

Habermas la filosofía moral se enfrenta a la obligación de tejer una nueva fundamentación postmetafísica de nuestras sociedades democráticas.

En este sentido, los teóricos de la llamada *democracia deliberativa*, en sus dos vertientes rawlsiana y habermasiana, llevan más de cuarenta años intentando desarrollar modelos de democracia procedimental basados en modelos formales que en sus fundamentos deriven su normatividad estrictamente de su carácter racional. Si esto fuera efectivamente posible, estos modelos comportarían una gran ventaja dado que el consenso respecto a los procedimientos que sustenta la democracia liberal tendría carácter necesario, so pena de irracionalidad. Es decir, no estaríamos hablando de un mero acuerdo estratégico, sino de un verdadero consenso racional motivado por razones epistémicas capaces de establecer una definición intersubjetiva del bien. Y en este sentido, la teoría habermasiana entiende que este consenso es susceptible de lograrse mediante la implementación de procesos imparciales que favorezcan el debate público racional y la apertura de sus participantes, a fin de que sean receptivos al mejor argumento. En este sentido, la propuesta habermasiana de la «comprensión paradigmática de fondo» del derecho y de la Constitución pretende exponer el carácter racional de la autocomprensión práctico-moral de la modernidad en su conjunto, y por lo tanto, su valor epistémico-normativo. Para ello, «la teoría del discurso es una tentativa de reconstruir esta autocomprensión, de modo que pueda afirmar su propia especificidad normativa, tanto frente a las reducciones cientifistas, como frente a las asimilaciones estéticas»¹⁷⁵. Desde el planteamiento procesualista se pretende, en definitiva, reconstruir -en un sentido kantiano- una fundamentación del ejercicio del poder político susceptible de reemplazar en sus funciones tradicionales a la legitimación metafísico-religiosa, de manera que el

¹⁷⁵ Habermas, J. (1998), 59.

cumplimiento del orden jurídico legítimo obedezca a razones morales deducidas mediante procedimientos racionales.

Ahora bien, para Habermas es esencial que estos procedimientos no presupongan las razones morales que se pretenden deducir, dado que en ese caso se estaría incurriendo en una petición de principio. Y es a esto a lo que se refiere cuando señala que la justicia como equidad de Rawls es sustantiva en vez de procedimental, pues su constructivismo político «le arrastra *nolens volens* hacia la disputa en torno a los conceptos de racionalidad y verdad»¹⁷⁶.

En relación al asunto que nos ocupa, resulta muy interesante la réplica de Rawls a Habermas respecto a esta cuestión, pues al señalar la relación entre la justicia procedimental y la justicia sustantiva, Rawls deja entrever cuáles son, a nuestro juicio, los verdaderos límites, y hasta dónde puede aspirar cualquier fundamentación procedimental del poder y el derecho. En este sentido, tanto la justicia procedimental (referida a la justicia o equidad de un procedimiento) como la justicia sustantiva (referida a su resultado) comportan para Rawls valores que «van juntos en el sentido de que la justicia de un procedimiento siempre depende (dejando a un lado el caso especial del juego) de la justicia de su resultado probable, o de la justicia sustantiva. Así, la justicia procedimental y la sustantiva están conectadas y no van separadas»¹⁷⁷, de manera que no puede existir acuerdo sobre la primera que no presuponga un consenso entrecruzado en relación a la segunda. Y precisamente por esto, Rawls entiende que la concepción de Habermas también es sustantiva en el fondo, aun cuando los elementos sustantivos de ambas teorías puedan diferir.

¹⁷⁶ Habermas (1998a), 71.

¹⁷⁷ Rawls (1998), 129.

Esto se traduce, a juicio de Chantal Mouffe, en la imposibilidad de ambas teorías procesualistas para llevar a cabo lo que anuncian, de manera que «la teoría democrática debería renunciar a estas formas de escapismo y enfrentarse al reto que conlleva el reconocimiento del pluralismo de valores. Esto no significa aceptar un pluralismo total, [sino] reconocer la naturaleza política de los límites en lugar de presentarlos como un conjunto de requisitos exigidos por la moral o la racionalidad»¹⁷⁸. El verdadero problema no sería encontrar argumentos que sean aceptables para toda persona racional o razonable, pues los principios liberal-democráticos sólo pueden defenderse como elementos constitutivos de nuestra forma de vida. Siguiendo a Wittgenstein, Mouffe señala que los procedimientos se pueden seguir y pueden ser aceptados debido a que se hallan inscritos en formas compartidas de vida y en acuerdos sobre juicios. O dicho de otro modo: las reglas son siempre formas abreviadas de las prácticas, inseparables de las formas específicas de vida.

De esta manera, «la distinción entre lo que es de carácter procedimental y lo que es de carácter sustancial no puede estar tan clara como la mayoría de los teóricos liberales querrían»¹⁷⁹. En el caso de la justicia, señala Mouffe, esto implica que no es posible oponer justicia procedimental y sustancial *sin reconocer que la justicia procedimental implica ya la aceptación de ciertos valores*, pues el diseño de cualquier procedimiento presupone necesariamente compromisos éticos sustanciales. Y esto tiene consecuencias muy importantes, pues no será posible defender los valores que sustentan la democracia liberal en virtud de un consenso racional que no implique un compromiso axiológico. Sino justamente al contrario: debemos asumir que el *ethos* democrático no tiene carácter

¹⁷⁸ Mouffe, Ch. (2012), 107.

¹⁷⁹ *Ibidem*, 82-83.

neutro ni necesario, sino que procede de una concreta decisión histórica y que sus valores son contingentes en cuanto se vinculan a determinadas formas de vida.

6.3.- EL FORMALISMO, OPCIÓN AXIOLÓGICA ENCUBIERTA.

Como acabamos de ver, las construcciones de carácter procedimental-formal pretenden evitar el problema de la fundamentación axiológica del poder y el derecho en sociedades multiculturales complejas que no pueden describirse a sí mismas mediante un solo relato de carácter metafísico-religioso unificador, dado que en el seno de dichas sociedades conviven simultáneamente gran variedad de relatos omnicomprensivos, y por tanto, contradictorios. Resulta tranquilizador pretender que las garantías procesales carecen de carácter sustantivo, y que pueden por tanto fundar el consenso al margen de conflictos de valores y disputas políticas. Pretender que el procedimiento debido no es sustantivo porque es procedimental, y que por lo tanto la jurisprudencia constitucional se sitúa al margen de estos conflictos cuando decide sobre procedimientos. *Sin embargo, la realidad es que los procedimientos funcionan justamente al contrario, de manera que si son efectivamente útiles en las sociedades democráticas es porque precisamente incorporan acuerdos axiológicos previos.*

Los procedimientos contienen elementos adjetivos y sustantivos en función de la situación en la que consideramos esos elementos, es decir, en relación a si determinan o son determinados en la cadena de eventos que constituye la acción definida por el proceso. Constituye un error presentar al proceso como algo ajeno o en situación de aislamiento respecto a cualesquiera elementos sustantivos pues la relación formal-material en el sentido lógico-semántico a que hace referencia la norma jurídica debe interpretarse pragmáticamente -es decir, en su aplicación a casos prácticos- de acuerdo a los mismos

principios definidos por Aristóteles con carácter general para la relación forma-materia. Y así, la afirmación aristotélica que señala que «la materia es algo relativo, pues para una forma se requiere una materia y para otra forma otra materia»¹⁸⁰, refiere el carácter situacional con el que debemos interpretar la relación forma-materia en cuanto obedece a esos mismos principios lógicos. Un ente determinado puede ser, según el caso, forma y materia al mismo tiempo (los ladrillos, por ejemplo, son al mismo tiempo la materia de la casa y la forma del barro cocido del que se componen) y así, el «concepto de materia no es absoluto, sino relativo: no indica una cosa o realidad determinada, sino un punto de vista desde el que mirar cualquier cosa o realidad, punto de vista correlativo al de forma o estructura. Todo compuesto es materia estructurada, pero lo que es materia respecto a esa estructura es forma respecto a su propia materia. [...] materia y forma no se refieren a realidades absolutas, sino a puntos de vista que en cada caso enfocan algo distinto»¹⁸¹.

Del mismo modo, sobre el par formal/material se construyen campos semánticos intercambiables precisamente porque obedecen a nuestra situación al describir la realidad y a la voluntad denotativa del proferente. Así, decimos que lo retórico tiene un carácter formal, y eso significa ampuloso, ceremonioso, vacuo y superficial, mientras que lo lógico tiene también un carácter formal pero con un significado de algo muy preciso y con contenido. Ambos términos son formales, pero a distinto nivel, es decir, nunca uno respecto al otro. El salto lógico consiste en modificar inadvertidamente ese nivel de referencia, pues siempre uno será (más) formal con respecto al otro, que será (más) sustantivo. Desde el punto de vista del razonamiento práctico se incurre en este error al categorizar dicha oposición como estrictamente binaria, desconociendo el resto de niveles de referencia. Es decir, algo puede tener carácter procedimental-formal (en referencia a

¹⁸⁰ Aristóteles (1995), 139.

¹⁸¹ Mosterín (2000) 125-127

algo más sustantivo) y al mismo tiempo poder entenderse como sustantivo-material (en referencia a algo más procedimental).

De esta manera, lo sustantivo no es algo diverso y contradictoriamente opuesto a lo formal, sino que es lo formal nuevamente, pues «la materia de algo, en cuanto tal materia, es siempre incognoscible. Solo es cognoscible en cuanto provista de forma, pues la forma es lo único que podemos conocer»¹⁸². Lo sustantivo es otra vez lo formal, aunque esta vez expresado desde un nivel superior, asignándole o pretendiendo deducir de él un significado de contenido más tangible y concreto, más contextualizado, y por eso, de alguna manera “más real”. Esta última idea es de la mayor importancia, pues evidencia lo característico del par formal-material, que no es directamente equiparable ni subsumible en lo abstracto-concreto. Lo sustantivo no es simplemente lo concreto, sino lo concreto en un nivel pragmático, de manera que lo sustantivo no puede darse mediante un ajuste automático de los límites adjetivos, sino que precisa referirse a un contexto. Y así, por ejemplo, la formalización lógico-matemática de un escrito en lenguaje ordinario representa su contenido formal al señalar su estructura adjetiva, mientras que ese discurso escrito, al constituir la traducción en lenguaje común de su fórmula lógica, es sustantivo con respecto a ésta pero será adjetivo respecto a su contextualización retórica, pues la prosodia, el contexto entendido como entramado referencial, y la oportunidad de su expresión en un momento y lugar concreto, implicarán una nueva concreción sustantiva ceñida a los límites *a priori* del texto escrito.

La tentación formalista consiste en creer que es posible la toma de decisiones que involucren juicios de valor mediante procedimientos abstractos que no presupongan elementos valorativos previos, de manera que el consenso sobre un supuesto carácter de neutralidad axiológica de los procedimientos impregne de legitimidad tales decisiones

¹⁸² *Ibidem*, 127.

respecto a sus resultados. Sin embargo, nos parece que de lo expuesto hasta ahora se deduce que no es posible obtener coherentemente -es decir, sin incurrir en una contradicción performativa- un resultado justo sin que medie un procedimiento que se ajuste *en sí mismo* a los parámetros sustantivos básicos que definan ese resultado justo. No existen procesos de toma de decisiones axiológicamente neutros que den como resultado juicios de valor. Y los que se presentan como tales, sólo remiten a dos posiciones: [a] o bien se configuran desde un consenso de valores previo que difumina el hecho de que esos valores no son los únicos racionalmente posibles, de manera que sí han sido efectivamente elegidos entre otras alternativas -que desde esa situación de consenso *parecen* contextualmente inconcebibles-, o [b] se pretenden fundados en ese consenso que hemos definido en [a] con el propósito de ocultar otras alternativas posibles que sí son concebibles en esas circunstancias.

7.- EL SUJETO SOBERANO COMO HIPÓTESIS RACIONAL.

Varios son los hitos expresados en lo que llevamos de este trabajo que conviene ahora recapitular en orden a la redefinición del sujeto soberano y a la refutación del poder constituyente originario como poder absoluto e incondicionado. Primeramente, la constatación de que el sujeto democrático soberano, como todo sujeto revolucionario, se crea a sí mismo como sujeto en el mismo acto por el que afirma ser titular de la norma hipotética fundamental kelseniana, en cuanto ésta constituye la constitución en sentido lógico-jurídico al instituir un órgano creador del ordenamiento en el que se incluye la Constitución en sentido jurídico-positivo.

En segundo lugar, es importante recordar que este *factum* de afirmación del propio poder se expresa como hipótesis en el sentido que sustenta su autoridad en el *relato*

metajurídico moderno expresado mediante la ontología de la igualdad de los sujetos integrantes de una comunidad que desde la tradición hobbesiana se representa establecida en interés mutuo. Según este relato, la fundación del espacio político se sustenta en la igualdad de cada una de las piezas que integran el conjunto del espacio de acuerdo intersubjetivo, un espacio de acuerdo que es previo en sentido lógico al actual concepto de democracia, aunque históricamente se irá desplegando hacia esa forma política como modo más coherente de su desarrollo. La igualdad en este esquema es conceptualmente previa a la libertad, pues se representa como instrumental a la expresión de las iguales subjetividades dentro de una comunidad orientada a la libre asociación y colaboración, medio propio a los fines intrínsecos a la naturaleza humana.

En tercer lugar, la puesta en escena de este leviatán de la soberanía popular comporta, desde un primer momento, los límites que se encuentran contenidos en su definición como sujeto soberano, de manera que la expresión pragmática del poder soberano -entre las que se contienen sus acciones y decisiones- no puede refutar las condiciones de posibilidad de su existencia como tal sujeto con autoridad legítima, y esto necesariamente implica el sometimiento a ciertos valores que se deducen de ese carácter de sujeto colectivo conformado por un conjunto de subjetividades iguales que se expresan libremente. *¿En qué consisten estos valores?*

Bobbio sostiene que es posible distinguir tres modos de fundar los valores: «deduciéndolos de un dato objetivo constante, por ejemplo la naturaleza humana; considerándolos como verdades evidentes por sí mismas; y por último descubriendo que en un determinado periodo histórico obtienen la adhesión general»¹⁸³. Como venimos planteando, a pesar de que afirmar la existencia de un *factum* constante de la subjetividad humana es una posibilidad muy problemática, pues parece obedecer a una abstracción

¹⁸³ Bobbio, N. (1982), 131.

imposible que pretendería despojar al ser humano de su historicidad y socialidad; quizá sí podría afirmarse un *factum en el plano intersubjetivo*, un modo de ser y de hacer como especie que, cuando se verifica, tiende siempre a la reproducción de la vida. Un sistema-red intersubjetivo que para reproducir la vida presupone tan sólo dos elementos formales, o de su intrínseco deber ser: la igualdad y -como su estricta consecuencia-, la libertad en orden a la mutua asociación y colaboración.

Esto, por supuesto, nos aleja de la posibilidad de una fundamentación cognitivista fuerte en el sentido de pretenderse absoluta y separada de la historia. Se trataría de una fundamentación condicional sobre la afirmación de un hecho que sostenemos que históricamente se ha verificado, lo que no significa que se trate de una verdad que siempre deba verificarse. Esta interpretación del momento fundacional del poder político sería propiamente moderna, ya que evitaría dos rémoras del pensamiento tradicional que como hemos visto son muy problemáticas: [1] la identificación del soberano con una pura voluntad que expresa su poder; y [2] la pretensión de una fundamentación absoluta, en cuanto es expresada axiomáticamente como elemento externo al sistema.

Concebir así el momento fundacional implica entenderlo, no como la expresión de una voluntad soberana, sino como el resultado de una búsqueda racional llevada a cabo por un sujeto colectivo que es autónomo y soberano exclusivamente en función de que *lo presumimos* (argumentación condicional) dotado de unas particulares características: estar conformado por subjetividades iguales que colectivamente son capaces de llevar a cabo intersubjetivamente procesos racionales.

Es decir, en este esquema la voluntad del soberano no se concibe como origen sino como causa que se deduce de las características que le presuponemos y de las que derivaría su poder como tal soberano. Sin esas características, la afirmación de ese sujeto como tal sujeto autónomo sería pura y simplemente algo absurdo. Por esta razón, si

cualquier decisión soberana se fundamenta ineludiblemente en la suposición de que es llevada a cabo por ese tipo de sujeto, sus decisiones no podrán resultar en la negación de sí mismo como tal sujeto. Sustancialmente eso implica que el soberano no puede soberanamente decidir que no es soberano, algo que tiene importantes implicaciones respecto a los límites de la reforma constitucional, así como a la misma definición de la democracia: toda democracia, según esta concepción es militante en el sentido de que la soberanía no puede, sin negarse como tal sujeto dotado de autoridad, actuar democráticamente contra sí misma.

No tratamos de demostrar, pues, que la fundamentación del cosmos moderno trascienda su condición histórica y que, por tanto, debamos presumir esa fundamentación infalible desde todo punto de vista. Sólo afirmamos que a priori sólo sería posible refutarla si previamente nos situásemos fuera, completamente al margen de nuestras actuales sociedades democráticas, so pena de incurrir en una contradicción performativa. Hacerlo desde parámetros democráticos es lógicamente imposible. Es decir, ya sabemos que los elementos que sustentan lógicamente al sujeto soberano democrático no permiten establecer como definitivamente demostrado que el pueblo, como soberano, tenga siempre y en todo caso las capacidades que se le presumen, de forma que quede ahistóricamente establecida su infalibilidad, o al menos su preferibilidad desde presupuestos racionales frente a otros posibles soberanos, así como consecuentemente la preferibilidad, de las formas políticas que actualmente entendemos como democráticas, así como de los derechos humanos. Ni mucho menos. Pero, sin embargo, la suposición que define al sujeto político soberano en los sistemas democráticos liberales sí comporta lógicamente que: [1] si esas características efectivamente se dieran, el sujeto soberano conformado como tal, no las podrá negar sin incurrir en falsedad, mientras que [2] si no

se dieran, el sujeto soberano no podrá pronunciarse en ese sentido -al menos con efectos performativos soberanos-, sin incurrir en autocontradicción.

El sujeto-poder soberano no puede negar estar conformado por subjetividades iguales, capaces de llevar a cabo procesos racionales que fomenten desde esa intrínseca igualdad, la colaboración, porque si lo hiciese estaría radicalmente negando su posibilidad de decidir nada y, por tanto, la posibilidad de negarse a sí mismo. *Es de su propia definición como tal sujeto soberano que derivan las reglas que posibilitan -al mismo tiempo que constriñen- en todo momento su acción, y por lo tanto si afirmamos que el poder soberano no es absoluto, no lo hacemos ahora apelando a una verdad -ya sea demostrable o autoevidente- sino que nos encontraríamos acudiendo estrictamente a la coherencia interna del sistema, que como ya expresamos mediante la noción de consistencia pragmática no se refiere meramente a la ausencia de contradicción entre las proposiciones que fundamentan el sistema -actos y normas- sino que exige que de su desarrollo práctico no se deduzca una contradicción performativa de la que resulta una refutación del mismo.*

El enjuiciamiento de la consistencia pragmática debe llevarse a cabo, tal y como hemos señalado, mediante parámetros basados primariamente en la constatación de la coherencia performativa de los distintos agentes respecto a los valores que sustentan su autoridad. Este enjuiciamiento debe situarse desde coordenadas que favorezcan un control respecto a argumentos reducibles a cadenas causales cuyos efectos se deducen en el presente -presentificación- mediante procedimientos legítimos que expresen aquellos valores -procedimentalidad sustantiva-.

Las consecuencias de esta consideración del poder soberano como hipótesis racional originada en un espacio de racionalidad colectiva frente a su tradicional concepción como expresión de voluntad de un poder incondicionado emanado de un

sujeto real -el pueblo soberano-, son como trataremos de demostrar en la segunda parte de este trabajo, de grandísimo calado. Frente al poder concebido como una voluntad de poder en permanente tensión con la autoridad de la razón jurídica, el ejercicio del poder concebido desde los parámetros de racionalidad hace posible entender muchas respuestas que el derecho constitucional comparado ha ido desarrollando como respuesta al imposible encuadre democrático de las mayorías que, por muy variadas razones, no están circunstancialmente dispuestas a expresarse democráticamente. En la segunda parte de este trabajo nos dedicaremos a estudiar cuatro casos del derecho constitucional comparado que resultan de interés para lo hasta aquí expresado: una constitución inconstitucional, enmiendas constitucionales inconstitucionales a pesar de haber seguido el procedimiento constitucional de reforma, un poder constituyente sin la suficiente autoridad democrática y una constitución redactada al dictado por unas fuerzas de ocupación.

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO DOS -

Adams, R. (2011). *An Early History of Recursive Functions and Computability. From Gödel to Turing.* Boston: Docent Press.

Anderson, P. (1979). *El Estado Absolutista.* Madrid: Siglo XXI de España Editores.
Traducción de Santos Juliá.

Aristóteles (1993). *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia.* Madrid: Ed. Gredos. Traducción de Julio Pallí Bonet. Revisada por Quintín Racionero Carmona.

Aristóteles (1995). *Física.* Madrid: Gredos. Traducción de Guillermo R. De Echandía.
Revisada por Alberto Bernabé Pajares.

Aubenque, P. (1999). *La prudencia en Aristóteles.* Barcelona: Crítica-Grijalbo-Mondadori. Traducción de M^a José Torres Gómez-Pallete.

Bastida Freijedo, F.J. (1991). Constitución, soberanía y democracia. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* No. 8, enero-abril 1991.

Bobbio, N. (1982). *El problema de la guerra y las vías de la paz.* Barcelona: Gedisa.
Traducción de Jorge Binaghi.

Bobbio, N. (2007). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del diritto.* Roma-Bari: Editori Laterza. [Edición digital, noviembre de 2015].

Bodin, J. (1985). *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos. Traducción de Pedro Bravo Gala.

Borges, J.L. (1971). Tlön, Uqbar, Orbis Tertius. En compilación del mismo autor: *Ficciones. El jardín de Senderos que se Bifurcan*. Barcelona: Alianza.

Coke, E. (1642). *Institutes of The Laws of England, Part II*. London: E. & R. Brooke.

Dawkins, R. (1976). *The selfish gene*. Oxford: Oxford University Press.

Descartes, R. (1989). *Principios de Filosofía*, en Descartes y Leibniz (1989). Sobre los principios de la Filosofía. Madrid: Editorial Gredos. Traducción de E. López y M. Graña.

Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar.

Dewey, J. (1952). *La busca de la certeza: Un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Eugenio Imaz.

Dewey, J. (1988). *The later works. Volume 13*. Carbondale: Southern Illinois University Press. Las citas en castellano son traducción mía.

Dilthey, W. (2015). *Teoría de la concepción del mundo*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Eugenio Imaz.

Easterbrook, F.H. (1982). Substance and Due Process. *The Supreme Court Review*, Vol. 1982, 85-125.

Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press.

Ferrater Mora, J. (1994). *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Círculo de Lectores.

Foucault, M. (1979). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.
Traducción de Aurelio Garzón del Camino.

García-Pelayo, M. (1981). *Los mitos políticos*. Madrid: Alianza Universidad.

García-Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad.

Garzón Valdés, E. (1992). No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia. *Claves de razón práctica*, No. 19, 1992, 16-23.

Greene, J. (2016). The Meming of Substantive Due Process. *Constitutional Commentary*, 21, 253-294.

Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Trotta.
Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz Simón.

Guasp, J. (1943). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Aguilar.

Habermas, J. (1998a). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta. Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

Habermas, J. (1998b). Reconciliación y Uso Público de la Razón. En F. Vallespín (Ed.) *Debate Sobre el Liberalismo Político* (pp. 41-74). Barcelona: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.

Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.

Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Traducción de Genaro R. Carrió.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay J. (1943). *El Federalista: o la nueva Constitución*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Gustavo R. Velasco.

Hirschberger, J. (2011). *Historia de la filosofía. II. Edad Moderna, Edad Contemporánea*. Barcelona: Herder Editorial. Traducción de Luis Martínez Gómez.

Jaeger, W. (2002). *Aristóteles, bases para la historia de su desarrollo intelectual*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Versión española de José Gaos.

Jefferson, T. (1987). *Autobiografía y otros escritos*. Madrid: Ed. Tecnos. Traducción de Antonio Escohotado y Manuel Sáenz de Heredia.

Kant, I. (2005). *Crítica de la razón práctica*. [Edición bilingüe alemán-español]. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de María Granja Castro.

Keynes, E. (1996). *Liberty, Property, and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process*. University Park: Pennsylvania State University Press.

Kannar, G. (1990). The Constitutional Catechism of Antonin Scalia. *Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 6, 1297-1357.

Leibniz, G.W. (1982). *Escritos Filosóficos*. Buenos Aires: Ed. Charcas. Traducción de R. Torretti, T.E. Zwanck y E. de Olaso.

L. Aranguren, J.L. (2009). *Ética*. Madrid: Ed. Biblioteca Nueva.

Luhmann, N. (1968). *Fin y racionalidad en los sistemas*. Madrid: Editora Nacional. Traducción de J. Nicolás Muñiz.

Kant, I. (1978). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Versión del alemán de Felipe González Vicen.

Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Estado*. México DF: Editora Nacional. Traducción de Luis Legaz Lacambra.

Menand, L. (2003). *El club de los metafísicos: historia de las ideas en América.* Barcelona: Editorial Destino. Traducción de Antonio Bonnano.

Morin, E. (2001). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro.* Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. Traducción de Mercedes Vallejo-Gómez.

Mosterín, J. (2000). *Conceptos y teorías en la ciencia.* Madrid: Alianza.

Mouffe, Ch. (2012). *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea.* Barcelona: Gedisa.

Narayanan, A. (1997). Biomolecular Cognitive Science. En Nualláin et al. (Ed.). *Two Sciences of Mind* (pp. 21-37). Amsterdam: John Benjamin Publishing.

Neurath, O. (1983). *Philosophical Papers 1913-1946.* Dordrecht: Reidel Publishing Company. Traducción al inglés de Robert S. Cohen y Marie Neurath.

Newell, A. y Simon, H.A. (1976). Computer Science as Empirical Enquiry: Symbols and Search. *Communications of the ACM*, 3 Vol. 19 (March), 113-126.

Nietzsche, F. (1972). *La genealogía de la moral. Un escrito polémico.* Madrid: Alianza Editorial. Traducción de Andrés Sánchez Pascual. Edición revisada en 1997.

Otto y Pardo, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona: Ed. Ariel.

Pérez Royo, J. (1997). *Curso de Derecho Constitucional.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Rapaport, W.J. (1988). Syntactic Semantics: Foundations of Computational Natural-Language Understanding. En James H. Fetzer (Ed.). *Aspects of Artificial Intelligence* (pp. 81-131). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

Rapaport, W.J. (1995). Understanding Understanding: Syntactic Semantics and Computational Cognition. *Philosophical Perspectives*, Vol. 9, 49-88.

Rawls, J. (1998). Réplica a Habermas. En F. Vallespín (Ed.) *Debate Sobre el Liberalismo Político* (pp. 75-146). Barcelona: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.

Requejo Pagés, J.L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Roales Buján, O. (2020-a). A propósito de la oposición formal/material: cuatro aproximaciones interdisciplinarias sobre un mismo tema. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 83-103.

Scalia, A. (1997). Common-Law Courts in a Civil-Law System. En A. Gutmann (Ed.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* (pp. 3-49). Princeton: Princeton University Press.

Sartori, G. (2003). *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus. Traducción de Alejandro Pradera.

Searle, J. (1980). Minds, Brains, and Programs. *Behavioral and Brain Sciences*, 3, 417-457.

Schmitt, C. (2009). *Teología política.* Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez.

Tomás y Valiente, F. (1983). *Manual de historia del derecho español.* Madrid: Tecnos.

Tribe, L.H. (2000). Substantive Due Process. En L.W. Levy y K.L. Karst (Ed.). *Encyclopedia of the American Constitution* (pp. 2569-2575). New York: Macmillan.

Tribe, L.H. (1980). The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 6, 1063-1080.

Tribe, L.H. (1997). Comment. En A. Gutmann (Ed.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* (pp. 65-94). Princeton: Princeton University Press.

Turing, A.M. (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind, New Series*, Vol. 59, No. 236 (October), 433-460.

Zagrebelsky, G. (2004). La ley, el Derecho y la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004. pp. 11-24.

Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell.

Žižek, S. (2004). *Repetir Lenin*. Madrid: Akal. Traducción de Marta Malo de Molina Bodelón y Raúl Sánchez Cedillo.

Sin otra indicación expresa las citas en castellano son traducciones mías.

SEGUNDA PARTE: PRÁCTICA COMPARADA.

CAPÍTULO 3. LA CONSTITUCIÓN INCONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA¹⁸⁴.

«Cuando un bando abarca la mayoría, la forma del gobierno popular le permite sacrificar a su pasión dominante y a su interés, tanto el bien público como los derechos de los demás ciudadanos. Poner el bien público y los derechos privados a salvo del peligro de una facción semejante y preservar a la vez el espíritu y la forma del gobierno popular, es en tal caso el magno término de nuestras investigaciones»¹⁸⁵.

1.- HISTORIA CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA.

1.1.- UN PODER SOBERANO OMNÍMODO E ILIMITADO.

La historia escrita de la región del cono Sur de África luego conocida como República de Sudáfrica comienza en 1652 con el establecimiento por la Compañía Holandesa de las Indias Orientales del Fuerte de Buena Esperanza, en lo que ahora es Ciudad del Cabo. Sin embargo, a pesar de que se haya pretendido sostener por sectores de ascendencia europea que los sudafricanos blancos llegaron a la región al mismo tiempo que las poblaciones africanas, lo cierto es que los antecedentes políticos de estas comunidades se remontan a un periodo muy anterior al inicio de su historia escrita. Y así,

¹⁸⁴ Lo que sigue en este capítulo es una versión de un trabajo previamente publicado como capítulo de una publicación colectiva. Vid. Roales Buján, O. (2019a).

¹⁸⁵ Escrito número 10 de El Federalista, por James Madison. Vid. Hamilton, A., Madison, J. y Jay J. (1943).

la expresión en zulú *sasikhona*, «estuvimos [siempre] ahí», se ha opuesto como lema frente a esa distorsión histórica, recordatorio de que previamente a la llegada de europeos ya existían poblaciones organizadas en reinos, principados y confederaciones que, si es posible utilizar estas denominaciones, traducen los sistemas sociales y políticos de unas culturas ricas y llenas de particularidades. Principalmente, nos referimos a tres grupos: los *Khoikhoi* -pastores trashumantes- y los San -cazadores/recolectores- radicados en el Oeste del cono Sur, y los pueblos de idioma bantú dedicados al agropastoralismo en el Este. En Europa conocimos de la existencia de estos pueblos en la denominación despectiva que se les dio en lengua holandesa: hotentotes (tartamudos), bosquimanos (hombres del bosque) y cafres (de kaffir, pagano)¹⁸⁶, respectivamente.

Las diferentes poblaciones autóctonas sufrirán desde entonces un proceso de colonización, tanto de origen holandés como británico, que se traducirá en la implantación en los distintos territorios coloniales de dos tradiciones jurídicas de procedencia europea, aunque muy diversas entre sí. Por un lado, el sistema jurisprudencial de derecho romano-holandés, empleado en esa metrópoli durante los siglos XVII y XVIII hasta la implantación del código napoleónico, pero que continuó plenamente vigente en territorios autónomos de ultramar tales como la República de Transvaal y el Estado Libre de Orange. Por otro lado, el sistema de derecho anglosajón, o common law, que regía en los territorios británicos. Y así, tras la victoria británica en la Segunda Guerra Anglo-Bóer y una vez que todos los territorios sudafricanos confluyen en la entrada del siglo XX bajo un mismo dominio, esta doble tradición se extenderá problemáticamente mucho más allá de la oposición -propia de derecho privado- entre derecho civil y jurisprudencial, trascendiendo

¹⁸⁶ El término *cafre*, que significa /1/ “habitante de la Cafrería, antigua colonia inglesa en Sudáfrica” ha evolucionado en castellano hacia las acepciones /3/ “bárbaro y cruel” y /4/ “zafio y rústico”. Paralelamente, *kaffir*, el término utilizado en Sudáfrica para denominar despectivamente a las poblaciones del Este se transformó, a comienzos del *apartheid* en la década de los cincuenta, en la típica expresión racista para referirse a las personas de raza negra, el equivalente a “nigger” en inglés.

a cuestiones que son centrales en el plano constitucional: el locus de la soberanía, la supremacía constitucional, y el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, entre otras. *El predominio en este contexto concreto de las instituciones británicas de derecho público, del que derivan cuestiones como el principio de soberanía parlamentaria y la reducción a la mínima expresión de la revisión judicial de las normas* (limitándose a un control procedimental según reglas de producción legislativa que pueden modificarse por el propio Parlamento), *comportó el diseño de un poder soberano omnímodo, ilimitado y sobre todo presente -es decir, sin mediación alguna- en cada momento de la vida política de la muy imperfecta democracia sudafricana a lo largo de prácticamente todo el siglo XX.*

1.2.- LA UNIÓN SUDAFRICANA.

Al derrotar el poder británico a las repúblicas bóeres, los territorios que las conformaban, conjuntamente con las colonias británicas de la región, iniciaron dentro de ese nuevo marco político un proceso de negociación al objeto de constituir una república unida. A pesar de que el punto de partida para este acuerdo se basaba en el convencimiento sobre la necesidad de lograr la unidad política de los blancos en la región, la cuestión racial supuso el aspecto más complicado. Esto se debió principalmente a que la colonia británica de Ciudad del Cabo mantenía entonces un sistema de sufragio censitario no limitado racialmente, sino abierto a todos los “hombres civilizados”, y ese sistema fue consecuentemente propuesto en las negociaciones para que se asumiera con carácter general por la futura unión de los territorios, lo que contó con la frontal oposición de las antiguas repúblicas autónomas, que no admitían un censo no conformado bajo criterios raciales. Finalmente, se llegó a una solución de compromiso: limitar el sistema de sufragio censitario no-racial sólo al territorio de Ciudad del Cabo, lo que si bien

permitiría mantener cierto acceso al poder institucional para los no-blancos, supuso un tremendo retroceso para una mayoría que había disfrutado hasta entonces de la Constitución más liberal del Imperio Británico. En palabras de **WOOLMAN Y SWANEPOEL (2013, 2-13)** esto se produjo como resultado de una traición gravísima por parte de la administración colonial británica hacia la mayoría de la población sudafricana, cuya magnitud sólo puede calibrarse si tenemos en cuenta que, tal y como señala **DEVENISH (1998, 554)** en aquel momento en la Colonia del Cabo existía un porcentaje de población no-blanca incluida en el censo electoral muy superior al que entonces se daba para la clase obrera en Gran Bretaña.

El Parlamento de Westminster aprobó este acuerdo, dando carta de naturaleza mediante la Ley de Sudáfrica de 1909 a la Unión Sudafricana, un dominio de la Commonwealth que unificaba los territorios de Colonia del Cabo, Natal, Transvaal y Río Orange -además de la anexión en 1915 del África del Sudoeste, actual Namibia-. Esta ley constitutiva establecía una estructura de gobierno típica de los dominios británicos, con un Gobernador General nombrado en la metrópolis por el monarca para ejercer la Jefatura del Estado en su nombre, y que sería encargado a su vez de nombrar al líder del grupo parlamentario mayoritario como Primer Ministro, jefe del ejecutivo. Además de la Cámara de la Asamblea, se crea el Senado como cámara de representación territorial, con el mismo número de miembros para cada una de las cuatro provincias, aunque enclavado en un sistema de bicameralismo imperfecto que fijaba para cualquier desacuerdo la sesión conjunta de ambas cámaras, lo que servía para hacer valer el predominio de la cámara baja, dado su mucho mayor número de miembros. Cada provincia era gobernada por un Administrador nombrado por el gobierno central, contando además con un Consejo Provincial, unicameral.

La ley constitutiva de la Unión Sudafricana mantenía el derecho al sufragio para cada provincia en los mismos límites y condiciones previas a la unificación, y esto quiere decir que para Natal, Transvaal y Río Orange, el derecho al sufragio se restringía a hombres blancos, mientras que en El Cabo era restringido en función de la propiedad y alfabetización, pero no en base a criterios raciales. Esta situación suponía, en cualquier caso, un derecho al sufragio en la práctica muy restringido para el conjunto del país, otorgando un control casi absoluto de las estructuras políticas a la minoría blanca.

Una de las primeras medidas del nuevo estado fue profundizar en el racismo institucional mediante la aprobación de dos leyes fundamentales: **(1)** la Ley Reguladora del Trabajo Nativo de 1911, que restringía los trabajos cualificados a los blancos y que, en conexión con la legislación para el trabajo minero aprobada ese mismo año, sometía a los trabajadores africanos en las minas a un control más exhaustivo. Se estableció un sistema institucionalizado de práctica anticompetitiva que fijaba salarios máximos para los mineros, lo que condujo a niveles salariales extraordinariamente bajos. Se reguló además como delito el incumplimiento de contrato laboral -aunque exclusivamente para los trabajadores nativos- de manera que los mineros desertores eran perseguidos y sancionados con multas e incluso con penas de prisión, lo que en muchos casos conllevaba una situación peor que la esclavitud, al superar la cuantía de la multa el ingreso salarial y no existir obligación por parte del empresario de prestar alimentos; y **(2)** la Ley de la Tierra de los Nativos de 1913, que establecía limitaciones a la propiedad de la tierra en base a criterios raciales, estableciendo zonas acotadas sólo para blancos (un 92.5% del total) y solo para negros (un 7,5% del total), para los que además se limitaba la libre elección de residencia: sólo podían vivir fuera de la zona acotada en caso de encontrarse empleados por blancos. Con la imposición de “reservas para nativos” -en la mayoría de ocasiones terrenos comunales administrados por caciques tribales a los que de ese modo

se les reforzaba al integrarlos en la administración estatal- pretendidamente se trataba de impedir que todas las tierras fuesen adquiridas por blancos, aunque eso comportó una mayor segregación, por otro lado instrumental en la reestructuración económica en la que los nativos llevaban la peor parte. Así, la prohibición de las servidumbres y aparcerías aparejó gravísimos efectos negativos para los nativos no residentes en zonas acotadas, pues debían abandonar sus actividades tradicionales y optar por empleos asalariados en las condiciones de extrema precariedad ya descritas.

Ante esta situación se funda en 1912 el Consejo Nacional Africano (ANC por sus siglas en inglés) con el propósito de defender los derechos y libertades de los sudafricanos no-blancos, siempre por vías pacíficas y conforme a la legalidad. Sus fundadores creían que el gobierno británico había aparejado numerosos beneficios, tales como la educación, el estado de derecho y la cristiandad, y consideraban que en virtud de esos principios era necesario abolir la legislación basada en criterios racistas. Sin embargo, a lo largo de las cuatro siguientes décadas el movimiento antirracista no consiguió ninguno de sus objetivos y sus numerosas huelgas y protestas fueron reprimidas violentamente.

1.3.- LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA Y LA CREACIÓN DEL RÉGIMEN DE APARTHEID.

Tras la victoria electoral del Partido Nacional (NP por sus siglas en inglés) en 1948, este sistema legal de base racista evolucionó hacia posiciones exacerbadas implementándose una serie de políticas de segregación, racismo institucional e ingeniería social conocidas como apartheid (que en afrikáans, significa separación). Este régimen se justificaba internamente mediante dos argumentos aparentemente autónomos, pero interconectados: (1) la apelación -clásica, en la imaginería racista- a la necesidad de mantener la supremacía blanca como elemento esencial para preservar la civilización, que

a su vez enlazaba con (2) una desconfianza cerval ante los peligros que para las minorías conllevan las democracias liberales en sociedades compuestas de grupos sociales con intereses y diferencias muy marcadas y percibidas como irreconciliables, lo que se traducía -desde esta perspectiva- en la imperiosa necesidad de autodefensa para una minoría blanca que constituía tan solo un 22% del total de la población a comienzos del siglo pasado y que fue relativamente decreciendo hasta situarse en torno al 9% a finales de siglo¹⁸⁷ .

El régimen del apartheid no implicó en ningún momento un proyecto de exterminio, ni tampoco de expulsión del territorio, pues la continuidad de una gran masa de población nativa se consideraba imprescindible a fin de garantizar mediante su servidumbre económica, la prosperidad del país -principalmente de los blancos-. En este sentido, la sociedad se encontraba racialmente dividida en blancos, indios, de color (mestizos), y nativos (o bantúes), que debían vivir y trabajar coordinadamente pero separados a fin de preservar las diferentes culturas y los roles asignados a cada una de ellas. Y así, si históricamente el concepto de raza se ha pretendido vincular a marcadores o elementos de carácter biológico, en el caso del apartheid es mucho más evidente su naturaleza principalmente cultural y social, de ahí que la Ley de Registro de la Población de 1950 remitiera para la definición de cada raza en todo caso a la aceptación social de cada individuo como perteneciente a esa determinada raza -o al menos como no perteneciente a otra distinta-. Y así, por ejemplo, se señala que «persona blanca es aquella persona que lo es obviamente por su apariencia, o que es generalmente aceptada como tal, pero no incluyendo como tal a una persona que, aunque obviamente por su apariencia

¹⁸⁷ A lo largo de la evolución del régimen el primero de estos argumentos fue cediendo en importancia respecto al segundo, de manera que, en su proceso de desmantelamiento en la década de los noventa, el principal interés de la minoría blanca se centró en desarrollar suficientes mecanismos constitucionales para la protección de las minorías, algo que -como veremos- se reveló perfectamente factible, demostrándose así que tales recelos tenían poca base real y que se fundaban en presupuestos racistas.

sea blanca, sea generalmente aceptada como de color»¹⁸⁸. Con pureza racial se quería significar principalmente integridad cultural, pues una persona de apariencia blanca que hubiese sido criada en una familia negra, conforme a esa definición legal muy probablemente no sería considerada blanca sino de color, es decir, que la negritud era contagiosa y no solo por razón de la herencia genética, de ahí la necesidad de separación (apartheid).

Para garantizar la pureza racial, la Ley sobre Inmoralidad de 1949 y la Ley de Matrimonios Mixtos de 1950 prohibían tanto el sexo como los matrimonios entre blancos y negros, y en ese mismo sentido, se establecieron leyes que promovían la contratación de personas de color residentes en las ciudades con preferencia a la importación de mano de obra desde las reservas de nativos, a fin de mantener los niveles urbanos de población no blanca al mínimo estrictamente necesario.

A pesar de que los blancos constituían una minoría, se retrataban así mismos como la nación sudafricana más numerosa, al entender que los nativos se repartían en diferentes naciones -hasta diez-, actuales o potenciales. En consecuencia, el apartheid se dedicó a profundizar esta división de los nativos por particularidades nacionales, fomentando así diversas identidades. Todo lo contrario respecto a la supuesta nación blanca, identificada como portadora de un interés común que trascendía al resto de naciones, a pesar de que se encontraba dividida en dos identidades diferenciadas según su procedencia colonial, determinante de religión y lengua materna: británicos y afrikáners -de ascendencia holandesa y mayoritarios-. Esta mayoría dentro de la población blanca, extremadamente cohesionada mediante un fuerte sentimiento nacionalista, logró victorias electorales ininterrumpidas para el NP desde 1948 hasta 1989, invocando el relato del pueblo elegido

¹⁸⁸ Population Registration Act, no. 30 of 1950, section 1 (XV).

típico del nacionalismo afrikáner, un relato que desembocará en un identitarismo racista que, enmarcado en un proyecto antiliberal de ingeniería social, sería finalmente objeto de condena tanto por la comunidad internacional como por la Commonwealth. Estas condenas no causaron el efecto pretendido y serían utilizadas en clave interna como acicate a las políticas aislacionistas que explotaban un sentimiento de permanente excepcionalidad y asedio -interno y externo-, conjugándose con un progresivo alejamiento de la metrópoli: desde la aprobación de la ley de ciudadanía sudafricana en 1949, cambio en los símbolos nacionales -himno y bandera- en 1957, hasta la retirada de la Commonwealth y creación de una república independiente en 1961.

En el *apartheid* se eliminó cualquier vestigio de participación de los no-blancos en la política institucional, modificándose en 1956 -tras un tortuoso proceso político y judicial- el derecho al sufragio en la provincia de El Cabo para limitarlo por criterios raciales a los electores de raza blanca, como ya ocurría en el resto de las provincias, lo que se tradujo en una pérdida de representación del Partido Unido (UP por sus siglas en inglés), en la oposición. En 1951, mediante la Ley de Autoridades Bantúes se había abolido el Consejo Representativo de Nativos, única institución africana de ámbito estatal, reagrupándose las reservas en ocho territorios -posteriormente diez, uno por cada nación nativa-, que a partir de entonces se encontrarían bajo la administración de las denominadas autoridades bantúes (nativos tutelados por el poder blanco). Sobre cada bantustán se mantenía un diferente nivel de tutela, y algunos tenían incluso concedida la independencia, si bien con carácter nominal. Al definirse cada bantustán como la patria de cada una de las naciones nativas, se estableció que dichos territorios fuesen étnicamente homogéneos, lo que comportó una mayor limitación del derecho de residencia para los llamados nativos y el desplazamiento forzoso de poblaciones, sometidas a control mediante un sistema de pases (pasaportes internos). Este control del

derecho de residencia, que no siempre fue estricto, otorgaba en todo caso a las autoridades una excusa para detener y coaccionar a cualquier elemento opositor.

1.4.- LA RESISTENCIA.

El 21 de marzo de 1960, entre 5.000 y 10.000 manifestantes se congregaron en las puertas de la comisaria de la pequeña localidad de Sharpeville para entregarse a las autoridades pues ninguno portaba consigo su preceptivo pase -al haberlo destruido públicamente con anterioridad en un acto de protesta-. La policía ordenó al grupo de manifestantes que se disolviera, lo que no se llevó a cabo en un primer momento pues la multitud exigía que se cumpliera con la ley y los detuvieran a todos. Finalmente, la policía abrió fuego matando a 69 personas -según cifras oficiales- e hiriendo de gravedad a otras 180, muchas de las cuales fueron atendidas por impacto de bala en la espalda. Tras la matanza, el Congreso Nacional Africano (ANC) fue ilegalizado, lo que provocó su decisión de abandonar las vías de protesta pacífica y resistencia pasiva como medios para la reforma política. Para ello, Nelson Mandela y otros líderes del ANC fundaron la organización paramilitar denominada *Umkhonto we Sizwe* (Lanza de la Nación) como su brazo armado, con el objetivo declarado de “fomentar la revolución violenta” mediante actos de guerrilla y sabotaje.

Sin embargo, ninguna de las organizaciones que se opusieron violentamente al *apartheid* se encontraban a la altura del aparato militar estatal y tanto el Umkhonto, como el *Poqo* (brazo armado del Congreso Panafricano, escisión del ANC), el Movimiento Africano de Resistencia (una organización multirracial compuesta principalmente por profesionales blancos y estudiantes) y el Partido Comunista de Sudáfrica (SACP), fueron completamente desarticulados y sus líderes detenidos. A pesar de que causaron numerosos daños materiales en instalaciones gubernamentales, ferrocarriles, generadores

de energía eléctrica y oficinas de correos, no se produjo ninguna víctima mortal. Mandela sería procesado por terrorismo tan solo ocho meses después de la formación de su guerrilla antiapartheid. Fue condenado a cadena perpetua.

A pesar de ello, la resistencia pacífica contra el régimen continuó mediante la convocatoria de huelgas, y la lucha fue particularmente activa en el ámbito estudiantil donde se promovieron infinidad de campañas de concienciación y resistencia. En la llamada *Revuelta de Soweto* de 16 de junio de 1976, 23 estudiantes fueron tiroteados por la policía según la versión oficial, aunque se estima que los muertos rondaron el número total de 700, superándose el millar de estudiantes heridos. La policía los disolvió a tiros cuando participaban en una serie de simultaneas concentraciones y manifestaciones que congregaban alrededor de 10.000 estudiantes negros en lo que se había planteado como una masiva protesta antiapartheid contra la obligación de recibir enseñanza en idioma afrikáans. Uno de los líderes estudiantiles de Soweto era Steve Biko, detenido meses después por la policía y sometido durante semanas a torturas en reiterados interrogatorios de más de veinte horas seguidas. Biko finalmente entró en coma y falleció por una hemorragia cerebral causada por las brutales palizas. A su funeral asistieron más de 20.000 personas.

1.5.- LA CRISIS DEL RÉGIMEN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1984.

A finales de la década de los setenta el régimen de *apartheid* entró en crisis debido a una serie de causas que, actuando relacionadamente y sin que ninguna de ellas fuese por sí sola determinante, socavaron el régimen hasta sus cimientos provocando una crisis irreversible. Por un lado, las consecuencias sociales de la recesión de la década de los setenta y el descenso en términos relativos de la población blanca propiciaron la necesidad de reformas económicas. Conforme a la tendencia económica global, se trataba de

abandonar progresivamente el modelo de explotación intensiva de mano de obra barata y no cualificada por un modelo de capital intensivo. Para el régimen, estas reformas aparejaban indirectamente dos debilidades: (1) una economía dependiente de grandes concentraciones de capital sería más vulnerable a embargos y presiones procedentes de las instancias de la economía financiera globalizada; y (2) la población blanca, cada vez más urbana y cualificada profesionalmente, renovarían su propia identidad adoptando desde un punto de vista cultural –no necesariamente político- una mayor permeabilidad al discurso de los derechos humanos. Un sector importante de la población blanca no quería ver más matanzas. Por otro lado, aunque la necesidad derivada de esa nueva sensibilidad social, más en sintonía con los derechos humanos, de dotar de mayor legitimidad al sistema político y adecuarlo de alguna manera, no implicaba necesariamente una reforma sustancial, lo cierto es que las reformas políticas que se llevaron a cabo tuvieron un efecto contrario al que pretendían: no aportaron más legitimidad al sistema sino que profundizaron en sus contradicciones.

Así, una nueva Constitución fue aprobada en 1983 mediante referéndum, en el que participaron exclusivamente votantes blancos, con el propósito más o menos explícito de *compartir el poder manteniendo el control*. Para ello, el nuevo texto constitucional comportó el diseño de (1) un gobierno fuertemente centralizado y un poder ejecutivo con amplios poderes, tanto propiamente ejecutivos, como legislativos; en contraposición a (2) un nuevo Parlamento que incorporaba a las poblaciones indias y de color -no así a la negra- mediante una composición tricameral definida según criterios raciales donde los miembros de cada cámara y sus electores pertenecían exclusivamente a una raza determinada: la Cámara de la Asamblea integrada por 178 blancos; la Cámara de Representantes, por 85 mestizos; y la Cámara de Delegados, por 45 indios. La proporción entre las cámaras era aproximadamente de 4:2:1 lo que garantizaba que, en caso de

votación conjunta, el voto blanco fuese siempre mayoritario. La decisión de excluir a la población negra en este diseño supuso un acicate a la movilización y protesta social, que se intensificó desde ese momento, provocando reiteradas declaraciones del estado de emergencia durante la segunda mitad de la década de los ochenta, e incluso bombardeos contra supuestos objetivos militares vinculados al ANC en Bostwana, Zambia y Zimbabue. En los llamados *townships* (guetos de población no-blanca situados en la periferia de las ciudades), la situación se volvió tan inestable que fue preciso el envío de efectivos militares para un establecimiento excepcional que derivó en permanente.

2.- LA CONSTRUCCIÓN DEMOCRÁTICA EN SUDÁFRICA.

Las sanciones internacionales profundizaron la recesión económica de un país desmoralizado, con un sistema institucional extravagante que triplicaba sus estructuras políticas mediante una racialización ineficiente desde cualquier punto de vista (con triplicidad tanto de cámaras legislativas como de departamentos ministeriales clave, tales como educación, sanidad y bienestar social) y que era cada vez más dependiente del ejército para la provisión de paz y seguridad en su territorio. Estas circunstancias empujaron gradualmente a las élites políticas sudafricanas a posiciones cada vez más proclives a la negociación.

En 1988 el gobierno propone a Nelson Mandela, líder de la oposición ilegalizada, la concesión de la libertad condicional a cambio de su moderación política (lo que se resumía en tres cuestiones: abandono de la lucha armada, ruptura de su alianza con el Partido Comunista, y renuncia a su objetivo de un gobierno de la mayoría), algo que Mandela no aceptó, respondiendo que la lucha armada era una legítima forma de autodefensa contra un sistema de gobierno moralmente repugnante, que la cooperación

con los comunistas se limitaba a la lucha contra la opresión racial, y que nunca habría verdadera paz sin un gobierno nacional regido por el principio de la mayoría. Sin duda, esta última cuestión -la de una posible tiranía de la mayoría- constituía el mayor impedimento a las reformas, sobre todo teniendo en cuenta que, tras el colapso en 1990 de los regímenes comunistas en el Este de Europa, cualquier posible interpretación del conflicto desde la lógica de bloques había quedado desacreditada.

El mayor problema, sin duda, era el pánico que la minoría blanca tenía a la regla de la mayoría en una nueva sociedad donde los negros, indios y de color ocuparan su espacio político con participación igualitaria y plena. En un sistema constitucional, que como hemos mencionado, concebía el poder soberano como una voluntad omnímoda e ilimitada, y con una distribución demográfica en la que, año tras año, los que eran legalmente identificados como blancos constituían una minoría cada vez más pequeña: del 20% del total en 1946, a tan sólo un 13% en 1990.

Las democracias suelen proteger a las minorías mediante un sistema constitucional de derechos individuales que sólo puede modificarse mediante mayorías reforzadas. Sin embargo, la minoría blanca sabía que en esta situación no podía seguir utilizándose un criterio cuantitativo. Sabían que se encontraban a una sociedad dividida, con grandes sectores de población que llevaban décadas esperando una revancha. *Las políticas de reconciliación pasaban necesariamente por entender que el poder constituyente no podía interpretarse como el acto de voluntad de un sujeto conformado mayoritariamente. Era necesario superar el clásico criterio cuantitativo y acudir a los fundamentos racionales de la decisión.* Tal y como referimos en la primera parte de este trabajo, era necesario invocar los argumentos que sostienen la propia definición de la autoridad de los sujetos políticos, de manera que éstos no pudiesen actuar en contradicción con esos argumentos. Y la redacción del nuevo ordenamiento

constitucional en Sudáfrica mediante una aprobación en dos pasos es el más perfecto ejemplo de las tesis que estamos defendiendo.

En 1991, con el fin de adoptar una constitución que reflejase la voluntad de la mayoría, al tiempo que garantizase la debida protección a las minorías, las partes negociadoras en la Convención por una Sudáfrica Democrática (CODESA, por sus siglas en inglés) partían de posiciones contrapuestas. De un lado, el gobierno sudafricano y las autoridades bantúes abogaban por la redacción de un texto constitucional que surgiera de la misma mesa de negociación y que la población consideraría eventualmente legítimo por sus resultados, de manera que solo tiempo después de su entrada en vigor sería propuesto para su ratificación mediante referéndum. En el otro extremo, y opuesto frontalmente a esa posibilidad, el ANC consideraba esencial que la constitución surgiera de la voluntad de una cámara legislativa elegida para tal fin y que, por tanto, representara legítimamente el poder constituyente. Ahora bien, en una sociedad tan fragmentada, ambas alternativas comportaban serios peligros: la *constitución redactada por expertos* que proponían blancos y bantúes carecía, en principio, de la suficiente legitimidad, lo que ponía seriamente en cuestión su viabilidad en una sociedad tan radicalmente dividida; mientras que la *constitución mayoritaria* -aunque legítima en cuanto a su procedimiento de elaboración- se presentaba como la fórmula perfecta para ahondar en el conflicto mediante un previsible ajuste de cuentas de la mayoría contra la minoría.

Ante un problema que se planteaba irresoluble, se acordó finalmente proceder mediante un ingenioso sistema de elaboración constitucional por etapas. En una etapa inicial, se promulgaría una primera constitución cuyo objeto consistiría esencialmente en sentar las bases y el marco jurídico imprescindibles para el desarrollo de un debate constituyente abierto, pero limitado a previas condiciones democráticas. En este sentido, la llamada *Constitución Interina* se encargaría de establecer las necesarias instituciones

democráticas, así como la carta de derechos fundamentales, a las que deberían ajustarse tanto los procedimientos constituyentes como su resultado -el texto constitucional de la llamada *Constitución Definitiva*-, elaborada en una segunda etapa conforme a esos requisitos formales *a priori*.

La Constitución Interina de 1993 estableció estos requisitos mediante *treinta y cuatro principios* que debían servir de parámetro o medida de constitucionalidad respecto al texto constitucional definitivo, que una vez aprobado por el legislativo constituyente debía ser “*certificado*” como compatible con los mismos -es decir, declarado constitucional- por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, órgano de nueva creación. La Asamblea Constituyente encargada de la redacción del documento se componía de la reunión de los miembros de ambas cámaras parlamentarias: los 400 representantes de la Asamblea Nacional, elegidos en 1994 *por primera vez mediante sufragio universal* en sistema proporcional de lista partidista cerrada, y los 90 miembros del Senado, elegidos en partes iguales por las nueve cámaras legislativas provinciales. Tras extensas deliberaciones, en las que se recogieron numerosas iniciativas y propuestas ciudadanas, el texto constitucional fue aprobado el 8 de mayo de 1996 por un 86% de la Asamblea. Sin embargo, el Tribunal Constitucional otorgó la razón a la minoría y consideró algunas de sus provisiones incompatibles con los mencionados treinta y cuatro principios, por lo que el texto fue devuelto a la Asamblea Constituyente. La Constitución de la República de Sudáfrica -o más técnicamente, su borrador presentado por el poder constituyente a su certificación por el Tribunal Supremo- había sido declarada inconstitucional y, por tanto, debía enmendarse para superar la certificación. Finalmente la Asamblea procedió a enmendarlo en las seis cuestiones problemáticas remitiéndolo nuevamente al Tribunal Constitucional para un segundo juicio de certificación que -esta vez, sí- declaró el texto

plenamente constitucional. Una vez satisfecho ese trámite, el Presidente Mandela promulgó la Constitución Definitiva el 18 de diciembre de 1996.

Por su trascendencia en relación con el objeto de este trabajo, en el siguiente apartado nos detendremos a examinar los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo para dar sentido a este peculiar poder de revisión jurisdiccional.

2.1.- EL PRIMER ENJUICIAMIENTO DE CERTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN DEFINITIVA.

Al responder a la solicitud de certificación del nuevo texto constitucional planteada por la Asamblea Constituyente, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica sabía que se encontraba ante una tarea extraordinariamente compleja dado que nunca antes en la historia de las naciones democráticas un órgano político actuando como poder constituyente había depositado tanta responsabilidad en una concreta decisión de un órgano jurisdiccional. Se trataba, en pocas palabras, de establecer si el texto constitucional aprobado por una amplísima mayoría de los representantes del pueblo elegidos a tal efecto, se ajustaba o no a las *disposiciones de carácter sustantivo* recogidas en el articulado de un texto constitucional previo, disposiciones que habían sido acordadas *precisamente* al objeto de limitar la capacidad del poder constituyente.

Como hemos visto anteriormente, la cuestión principal que concierne al pensamiento político específicamente moderno tiene exclusivamente que ver con la cuestión de la legitimidad del poder político fundamentado sobre sí mismo. Desde Rousseau hasta Schmitt, el pensamiento occidental -descartada la propuesta del positivismo- ha pretendido resolver un problema aparentemente irresoluble: el poder político que se ejerce por el sujeto colectivo que mediante un acto concreto se manifiesta

como tal sujeto autónomo, constituyéndose como unidad política en un territorio concreto, es un poder que solo encuentra justificación en sí mismo. Pareciera que no existe razón que lo oriente más allá de la constatación de un hecho: la afirmación de su propia existencia, lo que implicaría que no exista otra limitación a ese poder más allá de las limitaciones que conlleven las circunstancias de esa existencia concreta. O dicho en otras palabras: que el poder constituyente puede encontrarse circunstancialmente limitado, pero que no parece que *con carácter universal* pueda justificarse una limitación *en sentido normativo* a ese poder -absoluto, aunque de acuerdo a sus circunstancias concretas no pueda, obviamente, calificársele como omnipotente-.

Sin embargo, justamente eso es lo que pretende la Constitución Interina: limitar en sentido normativo el ejercicio del poder constituyente derivando al Tribunal Constitucional la responsabilidad del control de su ejercicio. Es decir, le encarga el control de un poder que -al margen de que esta suposición sea o no cierta, cosa que veremos- ha sido tradicionalmente considerado por la teoría constitucional como absoluto por su propia definición.

De ahí que fuera ineludible en el momento de proceder a esta certificación constitucional atender a los posibles problemas de legitimidad que pudieran surgir tras la decisión, reconociéndose como absolutamente necesario que la resolución judicial resultante del procedimiento de certificación debía mantener un extraordinario nivel de *legitimidad técnica* -es decir, que la decisión se considerase legítima, no tanto en virtud del carácter en que actúa quién la dice, sino por lo que efectivamente dice-.

En este sentido, la resolución de casi trescientas páginas¹⁸⁹ por la que se pronuncia el enjuiciamiento constitucional es excepcionalmente pedagógica, sobre todo -y este es el

¹⁸⁹ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996).

aspecto de mayor interés para nuestro trabajo- respecto a la contextualización de la función de certificación y a la fundamentación del procedimiento seguido por el Tribunal para enjuiciar y resolver las cuestiones concretas que se le plantean. Y así, la decisión sobre la certificación, antes de entrar en el análisis de las cuestiones planteadas, y al objeto de dotar a la posterior argumentación del suficiente contexto, hace un recorrido histórico que llega hasta la aprobación por la Asamblea Constituyente del Nuevo Texto (NT) sometido al proceso de certificación. Seguidamente refiere el procedimiento seguido por el Tribunal a la hora de llevar a cabo las correspondientes vistas, exposiciones orales y escritas, así como el criterio utilizado para reconocer la legitimación activa de todos los partidos, asociaciones y entidades de carácter público o privado y particulares que alegaron interés en presentar alegaciones, señalándose para todas estas cuestiones se siguió el más amplio criterio al objeto de fomentar la mayor participación posible, lo que en palabras del Tribunal obedecía al principio subyacente de «ampliar al máximo el espectro de puntos de vista potencialmente relevantes»¹⁹⁰.

Constatando que las partes habían malinterpretado en numerosas ocasiones el objeto del procedimiento y el rol del órgano constitucional en el mismo, el Tribunal se detiene a elaborar una descripción detallada de la naturaleza de la función de certificación, tal y como se deduce del Artículo 71 de la Constitución Interina de 1993, señalando que:

- (1) Al Tribunal Constitucional, a través del procedimiento de certificación no se le ha encomendado en ningún caso ejercitar una función política, sino judicial. En ese sentido, a este órgano jurisdiccional no le corresponde una función positiva sino negativa, pues no se trata de completar la voluntad expresada por el poder constituyente, sino al contrario: su función estrictamente se limita a

¹⁹⁰ Ibidem, Párrafo [24].

verificar que en el proceso de la formación de esa voluntad, los representantes del sujeto constituyente se han sometido a las limitaciones que, al aceptar el procedimiento diseñado por la Constitución Interina, previamente se habían autoimpuesto. El Tribunal no se encuentra mandatado para elevar sus opiniones respecto a las opciones que en el ejercicio de su capacidad política haya llevado a cabo la Asamblea Constituyente, sino tan solo verificar que su resultado es compatible con los Principios Constitucionales (CP) recogidos en el Anexo Cuarto de la Constitución Interina.

- (2) Las alegaciones opuestas al dictado de la certificación favorable deben ostentar un carácter principalmente sustantivo en el sentido de que no es objeto de este procedimiento poner en tela de juicio la metodología adoptada por la Asamblea Constituyente siempre que la misma no sea incompatible con las provisiones que bajo el título “*la adopción de la nueva constitución*” se establecen en el Capítulo 5 de la Constitución Interina (y que conjuntamente a los CP constituyen un bloque irreformable en virtud de la cláusula de intangibilidad del Artículo 74).

Ahora bien, aunque esto es cierto, debemos tener en cuenta que esas reglas específicas para la adopción de la nueva constitución se integran en un texto constitucional que les provee del necesario contexto, un contexto sin el que serían irrealizables. Esa es la razón, por ejemplo, de que el Capítulo 1 de la Constitución Interina se denomine “provisiones constituyentes y formales”.

(3) La inconstitucionalidad que podría impedir la obtención de la certificación no se deriva de la comparación entre el NT y la Constitución Interina, sino de la comparación entre el NT y los CP, exclusivamente. Esta cuestión es de gran importancia, porque supone que el cuerpo de la Constitución Interina es -como su nombre indica- transitorio e instrumental, orientado exclusivamente para (a) crear un contexto propicio que favorezca la adopción de la Constitución Definitiva; y (b) diseñar el *procedimiento sustantivo* más adecuado para ello (en el sentido de que establezca mecanismos procedimentales orientados *a priori* a un abanico limitado de resultados posibles -los que se ajusten a los CP-, de manera que no cualquier resultado sea válido). En palabras del Tribunal, al haber sido la Constitución Interina “*redactada por las partes negociadoras no mandatadas, no aspira a una legitimidad duradera o a un estatus ejemplar. A la Asamblea Constituyente, compuesta de representantes debidamente mandatados, le ha sido confiado el oneroso deber de concebir una nueva constitución para el país, sin que la Constitución Interina le imponga otra restricción que aquellas contenidas en los Principios Constitucionales*”¹⁹¹.

Este último párrafo merece ser analizado con el mayor detenimiento dado que plantea una cuestión de gran trascendencia a la hora de entender la naturaleza jurídico-política del proceso de certificación constitucional. Veamos: **(a)** si la Constitución Interina no ha sido redactada por representantes mandatados del pueblo, es decir, si no es el resultado del ejercicio de la soberanía del pueblo de Sudáfrica actuando como poder constituyente, es posible que afirmar que dicho texto no pueda aspirar a una “legitimidad

¹⁹¹ Ibidem, Párrafo [29].

duradera” podría ser quedarse corto, máxime cuando, dadas las circunstancias, lo que podría estar en discusión es su carácter legítimo en todo caso. Es decir, la Constitución Interina carecería de la legitimidad necesaria para someter *por sí misma* a la Asamblea Constituyente a procedimiento sustantivo alguno, de manera que cualquier vinculación de la asamblea con la misma no sería normativa sino circunstancial en tanto que derivada de su voluntad política en ese momento; **(b)** lógicamente, si tales normas carecen de valor normativo, el cumplimiento de las mismas no podrá ser revisado por órgano jurisdiccional alguno; **(c)** y esta es una de las razones por la que -a nuestro juicio-, el Tribunal insiste en remarcar que la vinculación de la Asamblea Constituyente a la hora de elaborar el NT no es con la Constitución Interina, sino con los CP (que, de acuerdo con nuestra tesis, son los elementos que, reiteramos, sustentan racionalmente la autoridad del constituyente de forma que al declarar el Tribunal Supremo la inconstitucionalidad de determinadas cláusulas del NT, lo único que está haciendo en el fondo es identificar la contradicción performativa en la que incurre el sujeto de la soberanía o sus representantes).

2.2.-. CONSISTENCIA PRAGMÁTICA.

La Constitución Interina no puede pretender ostentar valor normativo respecto a cualquier proceso constituyente posterior -incluso aunque se tratase de un proceso expresamente referido en su articulado, como es el caso- debido principalmente a dos motivos. En primer lugar, por una cuestión procedimental: no haber sido elaborada por los legítimos representantes del poder constituyente es un argumento más que suficiente para cuestionar su legitimidad, que en todo caso sería meramente transitoria a la espera de un nuevo texto que sí satisficiera ese requisito. Efectivamente, si el poder soberano constituye la más alta instancia del poder político en un territorio, no existe argumento

para pretender vincularlo obligatoriamente a la decisión de otra instancia definitivamente inferior. Y claro que el pueblo soberano puede voluntariamente decidir vincularse a la decisión de un tercero, pero entonces la vinculación no procede de la norma sino de la voluntad del que la acata. Es decir, no tendrá carácter normativo. En segundo lugar, por una razón más de fondo. Aun en el caso de que la Constitución Interina hubiese sido aprobada mediante un procedimiento que reuniera todas las garantías de legitimidad democrática, dado que dicho procedimiento es el que otorga su legitimidad al texto constitucional, sería totalmente inconsecuente que ese mismo texto negara dicha legitimidad en el futuro para el caso de que -siguiendo ese mismo procedimiento- se pretendiera modificar ese texto o aprobar uno nuevo, incluso totalmente contrario. *¿Cómo se podría justificar que el ejercicio democrático del poder constituyente puede legítimamente ejercerse de un modo, y al mismo tiempo afirmar que en el futuro deben cumplirse procedimientos mucho más gravosos para hacer lo mismo o directamente negar que ningún procedimiento sería posible, tal y como afirma la Constitución Interina respecto a la intangibilidad de sus principios constitucionales?*

La legitimidad en cualquier sociedad pluralista debe siempre proceder en virtud de criterios de carácter técnico que, como decimos, son los que sustentan la autoridad del principio de la mayoría. Si aceptamos que podemos equiparar el criterio de una facción, aunque se trate de una facción mayoritaria, en la expresión de Madison, haciéndolo pasar por el criterio general -eso es en definitiva la regla de la mayoría- esto no es debido a que redondeemos un criterio cuantitativo de manera que cuando cometemos “mucho” entendamos “todo”, sino a que implícitamente, además de la cantidad también tenemos en cuenta los criterios cualitativos que dotan de autoridad la decisión. Es decir, la decisión mayoritaria no se justifica por sí sola, sino en virtud del respeto a los valores democráticos que derivan del reconocimiento factico de la igualdad de subjetividades que se asocian

libremente, tal y como nos hemos referido en la primera parte de este trabajo. Como puede comprobarse en este primer caso límite que hemos recogido de la práctica del derecho constitucional comparado, el número nunca es suficiente y en numerosas ocasiones se nos olvida lo que permanece implícito, y solemos dar por hecho: que el principio procedimental operativo por el que asignamos a cada persona, un voto, se deduce previamente de una serie de valores que no son nunca objeto de votación, sino que se presuponen al estar recogidos en la fundamentación sustantiva del principio de la mayoría.

2.3.- UBUNTU COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

Este esfuerzo de conciliación que parte de reconocer la importancia democrática de lo cualitativo sobre lo cuantitativo tiene, a nuestro juicio, el reflejo mediante un principio constitucional característico: la invocación colectiva de un principio filosófico propio de las sociedades tradicionales sudafricanas. *Ubuntu*, término que en lenguas nguni-bantúes se traduce como “humanidad”, pero no en el sentido de colectivo abstracto sino como un conjunto de interacciones generadoras de intersubjetividad, que en los individuos se manifiesta en ciertos rasgos compartidos que nos hacen propiamente humanos. Solo la sociedad hace humanos a los individuos, y de esa manera la humanidad es una cualidad que nos damos unos a otros.

Este término guarda a nuestro juicio un extraordinario paralelismo con la idea de sociedad de ayuda mutua a la que naturalmente -es decir, en expresión de su natural inclinación como seres humanos-, acuden los individuos. Sólo mediante la asociación podemos salir del inhumano estado de naturaleza, para formar igualmente parte de un todo común. Esta, como ya hemos expuesto, es nuestra interpretación del leviatán

hobbesiano, distorsionado históricamente por lecturas acentuadamente moralistas que preferirían que esa colaboración en pos de la ayuda mutua hubiese sido formulada en otros términos, motivada quizá en el fuero interno de cada individuo por no se sabe qué tipo de intenciones angelicales, en vez de por la biológica tendencia natural hacia la supervivencia.

La Constitución Interina expone en su epílogo la importancia política de esta idea: «esta Constitución provee un vínculo histórico entre el pasado de una sociedad profundamente dividida, caracterizada por la lucha, el conflicto y un sufrimiento e injusticia incalculables, y un futuro fundado en el reconocimiento de los derechos humanos, la democracia y la pacífica coexistencia y desarrollo de oportunidades de todos los sudafricanos, independientemente de su color, raza, clase, creencia o sexo. [...] Todo esto puede abordarse ahora admitiendo que son necesarios el entendimiento mutuo y no la venganza, la reparación y no la represalia, ubuntu y no víctimas propiciatorias»¹⁹². En este sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional, al afirmar que ubuntu implica un «énfasis en la comunidad y en la interdependencia de los miembros de la comunidad» lo que supone regular «el ejercicio de los derechos con un énfasis en el compartir, en la corresponsabilidad y en el recíproco disfrute de los derechos por todos»¹⁹³

¹⁹² Constitución “definitiva” de Sudáfrica promulgada en 1996. Epílogo.

¹⁹³ State v. Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC) [224]- [225].

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO TRES -

Asmal, K. (1995). The Making of a Constitution: The Case of South Africa. *Dublin University Journal*. Vol. 17, 1-17.

Beinart, W. y Dubow, S. (2003). *Segregation and Apartheid in Twentieth-Century South Africa*. London: Routledge.

Devenish, G. (1998). *Commentary on the South African Constitution*. Durban: Butterworths.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay J. (1943). *El Federalista: o la nueva Constitución*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Gustavo R. Velasco.

Klug, H. (2010). *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis*. Portland: Hart Publishing.

Roales Buján, O. (2019a). República de Sudáfrica. En Gordillo Pérez, L.I. (Ed.) *Sistemas constitucionales europeos y comparados*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.

Ross, R. (1999). *A Concise History of South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sachs, A. (1996). Constitutional Developments in South Africa. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*. Vol. 28, 695-709.

Thompson, L. (2000). *A History of South Africa*. New Haven: Yale University Press.

Woolman, S. y Swanepoel, J. (2013). Constitutional History. En Woolman, S. y Bishop, M. (eds.) (2013). *Constitutional Law of South Africa*. Cape Town: Juta & Company Ltd.

CAPÍTULO 4. ENMIENDAS INCONSTITUCIONALES: LA DOCTRINA DE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL TRIBUNAL SUPREMO INDIO¹⁹⁴.

«El Tribunal Supremo Indio es probablemente el único tribunal en la historia de la humanidad que haya reivindicado el poder de revisión judicial respecto a enmiendas constitucionales»¹⁹⁵.

1.- INTRODUCCIÓN.

¿Puede el Parlamento mediante el debido procedimiento de reforma constitucional suprimir los derechos fundamentales? ¿Podemos suponer que revocar tales derechos supondría, no ya una modificación, sino la supresión de la Constitución democrática? En definitiva, ¿son los derechos fundamentales respecto a la democracia verdaderamente fundamentales -en el sentido literal de servir de base o fundamento-, o por el contrario son elementos contingentes, meros “juguetes” en manos de una mayoría cualificada? Para

¹⁹⁴ Lo que sigue en este capítulo es una versión de un trabajo previamente publicado como artículo de revista. Vid. Roales Buján, O. (2020-a).

¹⁹⁵ Baxi, U. (1985), 64. Esta afirmación era cierta en 1985, aunque debe ser matizada dado que la jurisprudencia constitucional alemana sí ha reconocido que las enmiendas constitucionales pueden someterse a revisión constitucional, si bien es cierto que -hasta la fecha- en ninguno de los casos en las que se ha presentado una impugnación de estas características, la misma ha prosperado. Véanse en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE 1, 14/1951 (caso del Estado del Suroeste); BVerfGE 30, 1/1970 (caso de la privacidad de las comunicaciones); y BVerfGE 109, 279/2003 (caso de las escuchas masivas).

el Tribunal Supremo de la India, estas cuestiones vislumbradas por los jueces Hidayatullah y Mudholkar mediante sus votos particulares en el caso *Sajjan Singh v. State of Rajasthan* (1965)¹⁹⁶, supusieron el fulcro o punto de partida que dio lugar, tan solo unos años después, a un giro radical en su doctrina respecto al significado y alcance de las enmiendas constitucionales en democracia. Esta nueva doctrina, objeto de un desarrollo progresivo que ha comportado hasta la actualidad sustanciales reformulaciones, se establece a partir de *Golaknath v. State Of Punjab* (1967)¹⁹⁷, una decisión en la que el Tribunal Supremo determina que *el poder de enmienda a la constitución que el propio texto otorga al Parlamento encuentra su límite implícito en los derechos fundamentales*, lo que en posteriores decisiones reformulará, no identificando ese límite implícito con un precepto o institución concreta, sino con el requisito de identidad sustancial de la estructura básica que se deduce de ambos textos -antes y después de la reforma-, para cuyo análisis será necesario tener en cuenta las características básicas en esa estructura, tales como secularismo, democracia, supremacía de la constitución, revisión judicial, independencia del poder judicial, Estado de Derecho, y separación de poderes, entre otros.

A pesar de su desarrollo tentativo -a veces, incluso contradictorio al expresarse mediante múltiples votos concurrentes-, la denominada doctrina de la estructura básica ha supuesto una valiosísima reflexión en el ámbito del derecho constitucional comparado en relación con la teoría de los límites implícitos a la reforma de la Constitución, lo que ha dado lugar a un fructífero debate doctrinal en el contexto de la Commonwealth

¹⁹⁶ AIR 1965 SC 845: 1965 SCR (1) 933. [Supreme Court of India].

¹⁹⁷ AIR 1967 SC 1643: 1967 SCR (2) 762. [Supreme Court of India].

Británica, con una clara influencia en la jurisprudencia constitucional sudafricana¹⁹⁸ y colombiana¹⁹⁹. Las cuestiones a las que pretende dar respuesta la doctrina de la estructura básica se encuentran en el corazón de los fundamentos de la teoría constitucional y directamente relacionadas con las intrínsecas limitaciones del sistema democrático: las relaciones entre poder constituyente y poder constituido, la posibilidad jurídica de las cláusulas pétreas y los límites constitucionales implícitos. En este sentido, el estudio de esta doctrina y su evolución jurisprudencial puede resultarnos de utilidad al tener gran potencialidad para trascender el mero análisis *descriptivo* de derecho comparado. Y con esa intención, en este trabajo se plantea una exposición sintética de esta doctrina de la estructura básica conforme ha sido elaborada por el Tribunal Supremo Indio a través de un hilo de decisiones clave, que relacionaremos una con otra en su contexto histórico.

2.- LA CONSTITUCIÓN INDIA Y LOS MECANISMOS PARA SU REFORMA.

Tras la aprobación por el Parlamento Británico de la *Indian Independence Act* en 1947, por la que se promulgaba la independencia del denominado Dominio de la India, se procedió por su Asamblea Constituyente a la creación de un comité específico para la redacción de una constitución para el país. Sin embargo, dado que este órgano constituyente había sido formado casi un año antes de la declaración de independencia, este proceso comportó en la práctica la *superposición* de dos legitimidades -las de la soberanía india y británica-, que operaron simultáneamente. Una vez ratificado por esa

¹⁹⁸ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996). [Supreme Court of South Africa].

¹⁹⁹ Sentencia C-544/92 de Revisión de Constitucionalidad contra los artículos 380, transitorio 59 ambos de la Constitución y artículo 2 del Acto Constituyente N°1 de 1991. [Corte Constitucional de Colombia].

misma Asamblea Constituyente -que a tal efecto no consideró necesario someterlo a un referéndum-, el texto constitucional de 395 artículos entró en vigor el 26 de enero de 1950, lo que supuso el nacimiento de un nuevo Estado: la actual República de la India.

No existen cláusulas pétreas o de intangibilidad que expresamente declaren inmutable algún artículo, capítulo o aspecto concreto de la Constitución. Desde su entrada en vigor y hasta la fecha, la constitución ha sido enmendada un total de 103 veces, existiendo tres mecanismos constitucionales para proceder a la modificación de lo regulado en su texto:

(1) para un pequeño número de cuestiones, mediante *mayoría simple parlamentaria en ambas cámaras* (tales como la configuración de los estados en la estructura federal, formando nuevos estados, ya sea mediante separación o unificación de territorios, incrementando o disminuyendo sus áreas o alterando sus fronteras o sus nombres, y los privilegios e inmunidades parlamentarias y lenguas vehiculares en las cámaras parlamentarias estatales y nacionales, así como en los órganos jurisdiccionales, entre otras cuestiones)²⁰⁰.

(2) para la enmienda de la mayoría de provisiones constitucionales, solo será posible mediante la introducción de un proyecto de ley en una de las cámaras parlamentarias aprobado por una *mayoría* (superior en cualquier caso a la mayoría absoluta) *de dos tercios* de sus miembros que se encuentren presentes y votando; y que será sucesivamente aprobado por la *mayoría absoluta* de la otra cámara legislativa²⁰¹.

²⁰⁰ Artículos 3, 4, 11, 105.3, 120, 196.3, 345 y 348.

²⁰¹ Artículo 368.

(3) al procedimiento del párrafo anterior se le añadirá la exigencia de ratificación de *al menos la mitad de las cámaras legislativas estatales* para asuntos del ámbito de interés federal, (tales como la elección del Presidente de la India; la regulación del poder ejecutivo nacional y de los estados, así como la del poder judicial; el poder legislativo de estados y federación, así como la distribución competencial entre ambas esferas; y la representación de los estados en el Parlamento)²⁰².

3.- ANTECEDENTES DE LA DOCTRINA DE LA ESTRUCTURA BÁSICA.

Al haber formado parte del aparato represivo de la administración colonial británica, el ejército y el poder judicial fueron tratados con una natural desconfianza, tanto por la mayoría de la ciudadanía como por sus representantes en el poder ejecutivo y legislativo durante el periodo posterior a la consecución de la independencia. A la judicatura se la representaba como una institución particularmente conservadora, de ahí que la posibilidad de incluir una cláusula constitucional del “debido proceso legal” similar a la estadounidense fuera contemplada durante los debates constituyentes con gran inquietud, al entenderse que podría dotar a los jueces de un poderoso instrumento con el que pretenderían evitar la implementación de la agenda social para la reconstrucción económica. En relación con esta posibilidad, el entonces Primer Ministro Interino Nehru declaró que *«ningún Tribunal Supremo, ningún poder judicial puede juzgar la voluntad soberana del Parlamento que representa la voluntad de toda la comunidad. Si nos equivocamos aquí y allá nos lo podrá señalar, pero en el análisis definitivo, en lo que*

²⁰² Conforme a lo regulado en el Artículo 368, lo establecido en los Artículos 54, 55, 73, 162, 241, Capítulo IV de la Parte V, Capítulo I de la Parte XI, Anexo Séptimo y en el propio Artículo 368.

*respecta al futuro de la comunidad, ningún poder judicial puede interponerse»*²⁰³. Y así, a pesar de las cautelas expresadas en este sentido por las minorías -de las que el líder de la casta de los intocables, B.R. Ambedkar fue contundente portavoz al señalar la necesidad de la revisión judicial constitucional como contrapeso institucional de carácter contramayoritario²⁰⁴-, se optó por adoptar una supremacía constitucional mitigada en la práctica por su relativa flexibilidad, y en la que su Artículo 21 finalmente sustituiría el “debido proceso legal” por la expresión “procedimiento establecido por la ley”, pretendiendo así despojarse de cualquier connotación de carácter sustantivo. Esta flexibilidad se constató durante las primeras casi dos décadas de rodaje constitucional, en las que su procedimiento de reforma más agravado pudo acometerse por mayorías parlamentarias cualificadas alcanzadas fácilmente por el partido en el Gobierno, que pudo así superar cualquier tipo de limitación constitucional a su agenda política y legislativa.

En estos primeros años, iniciando la sustitución del sistema latifundista feudal de los *zamindar*²⁰⁵ por una redistribución de las tierras que permitiese su acceso a las capas de población más desfavorecidas, el país acometió con carácter urgente las medidas tendentes a la reforma agraria prometida. Sin embargo, el carácter perentorio de estas reformas impidió llevarlas a cabo mediante -por ejemplo- una progresiva reforma fiscal en todos los ámbitos de la economía que no solo gravase las rentas altas, sino particularmente la tenencia de grandes parcelas de tierra no ocupadas por sus propietarios. Esta u otras medidas probablemente hubiesen generado los recursos públicos suficientes para evitar el carácter confiscatorio que tuvo dicha reforma agraria, ejecutada en abierta

²⁰³ Official Reports of the Constituent Assembly Debates, Vol. IX, Lok Sabha Secretariat, Fifth Reprint (2009), 1195.

²⁰⁴ Official Reports of the Constituent Assembly Debates, Vol. VII, Lok Sabha Secretariat, Fifth Reprint (2009), 1000.

²⁰⁵ Del persa, *terrateniente*, *zamindar* es la denominación genérica tradicional de la aristocracia en India. El *maharajá* (gran rey), *rajá* (rey), y *nabab* (virrey) son sus figuras más relevantes.

contraposición al derecho liberal de propiedad privada, que en ese momento se encontraba reconocido en la constitución india como fundamental conforme a sus artículos 19.1(f) y 31, posteriormente derogados²⁰⁶.

Consecuentemente, las leyes de reforma agraria de los estados y del poder central fueron impugnadas judicialmente por los terratenientes, que obtuvieron el reconocimiento de la inconstitucionalidad de tales medidas legislativas confiscatorias. Obligado entonces por las decisiones judiciales desfavorables, el Parlamento constitucionalizó dicha legislación en la Cláusula Novena de la Constitución mediante las enmiendas primera²⁰⁷ y cuarta²⁰⁸ con el propósito de hacerlas inmunes a la revisión judicial. De acuerdo con el entonces enmendado Artículo 31, las leyes recogidas en la Cláusula Novena (sobre la expropiación forzosa de bienes y el cálculo de la compensación abonable en cada caso) no podrían ser declaradas nulas sobre la base de que violasen derechos fundamentales. Además, esta protección podía tener carácter retroactivo: es decir, si una ley declarada inconstitucional era posteriormente incluida en la Cláusula Novena, se entendería que la misma había radicado en dicha cláusula desde su promulgación, por lo que la declaración de inconstitucionalidad quedaría sin efecto²⁰⁹. Este mecanismo dejaba vía libre a las medidas legislativas de reforma agraria, evitando más interferencias del poder judicial.

²⁰⁶ The Constitution (Forty-fourth Amendment) Act, 1978 (Bill No. 88 of 1978).

²⁰⁷ The Constitution (First Amendment) Act, 1951 (Bill No. 48 of 1951).

²⁰⁸ The Constitution (Fourth Amendment) Act, 1955 (Bill No. 64 of 1954).

²⁰⁹ En la primera enmienda (1951) se incluyeron trece leyes bajo ese paraguas de protección, al que luego se añadieron otras seis por virtud de la cuarta enmienda (1955); cuarenta y cuatro más en la enmienda decimoséptima (1964); y otras veinte leyes más en la enmienda vigesimonovena (1972). En la actualidad, la Cláusula Novena (*Ninth Schedule*) recoge un total de 284 leyes. A pesar de que el artilugio constitucional del Artículo 31-B fue diseñado con la manifiesta intención de proteger aquella legislación en conflicto con el derecho de propiedad privada, lo cierto es que este paraguas ha sido posteriormente utilizado para blindar leyes que nada tienen que ver con el derecho de propiedad, completamente desvinculadas del propósito de cambio socioeconómico invocado en un primer momento.

Será entonces cuando por primera vez se cuestiona ante el Tribunal Supremo el carácter supuestamente ilimitado de los poderes de enmienda constitucional que la ley fundamental reconoce exclusivamente al poder legislativo. El principal argumento de los demandantes en *Shankari Prasad v. Union of India* (1951)²¹⁰ mediante el que pretendían justificar *in abstracto* la revisión sustantiva de constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución se basaba en el siguiente silogismo: dado que las enmiendas tienen el carácter de leyes elaboradas por el Parlamento; y puesto que el Artículo 13.2 de la Constitución establece que serán nulas aquellas leyes que supriman o limiten derechos fundamentales; se deduce que el poder de revisión judicial constitucional que el Artículo 32 confiere al Tribunal Supremo con la finalidad de proteger tales derechos deba extenderse necesariamente a las leyes de enmiendas constitucionales.

Sin embargo, el Alto Tribunal entendió entonces que no existía nada en el texto constitucional que no fuese susceptible de ser modificado -incluyendo el mismo procedimiento de reforma constitucional-, de manera que el poder de enmienda constitucional *ex* Artículo 368 sí incluiría a los derechos fundamentales pues conforme a la *doctrina de la construcción armoniosa* (que propende a la armonización del ordenamiento y particularmente de los preceptos constitucionales mediante su interpretación sistemática y finalista) quedaría perfectamente claro que la palabra “ley” a los efectos del Artículo 13, se refiere exclusivamente a las leyes ordinarias promulgadas en ejercicio del *poder legislativo*; no incluyéndose las enmiendas constitucionales, que derivan del ejercicio del *poder constituyente* -aunque se trate de un poder constituyente *derivado*, podríamos añadir-. Consecuentemente, y siempre que cumpla con el procedimiento de reforma previamente establecido, cualquier enmienda constitucional será perfectamente válida, incluso si suprimiese o limitase uno o varios derechos

²¹⁰ AIR 1951 SC 455: 1952 SCR 89. [Supreme Court of India].

fundamentales. En palabras del entonces Secretario Permanente del Ministro de Justicia, R. S. Gae: «la decisión del Tribunal Supremo supone, en pocas palabras, que aunque los derechos fundamentales conferidos por la Parte III impongan limitaciones y restricciones al poder legislativo y ejecutivo, no son inviolables ni trascendentales, sino sujetos al poder del Parlamento para enmendar la Constitución conforme se establece en el Artículo 368»²¹¹.

Este mismo planteamiento fue reiterado por la mayoría del tribunal en *Sajjan Singh v. State of Rajasthan* (1965) al decidir sobre la constitucionalidad de la enmienda decimoséptima²¹², que incorporaba numerosas leyes al Anexo Noveno con objeto de sustraerlas del poder de revisión judicial. Ahora bien, a pesar de que se repitieron los argumentos por la mayoría, los votos particulares de esta sentencia plantearon cuestiones interesantes que serían luego retomadas en posteriores decisiones.

Así, el Juez Hidayatullah puso de manifiesto la dificultad de conjugar, por un lado, la existencia de un sistema de múltiples garantías constitucionales relacionado con la Parte III (reguladora de los derechos fundamentales), y al mismo tiempo aceptar la idea de que tales garantías no sean en absoluto más importantes que el resto del texto constitucional, y que incluso respecto a las que tienen repercusión en la esfera federal, fueran más fáciles de modificar.

Por otro lado, el Juez Mudholkar indicó que, a pesar de que aceptaba que las enmiendas constitucionales debían ser excluidas de la definición de ley a los efectos del Artículo 13, entendía que existen en cada constitución determinados principios básicos que no pueden modificarse, y en ese sentido se preguntó si la modificación de un rasgo básico (*basic feature*) en una constitución debería considerarse meramente una enmienda,

²¹¹ Gae, R. S. (1967), 483.

²¹² The Constitution (Seventeenth Amendment) Act, 1964 (Bill No. 46 of 1964).

o por el contrario, se trataba más propiamente de la aprobación de una nueva ley fundamental.

Esta distinción entre (1) reforma constitucional y (2) aprobación de un nuevo texto tendrá gran relevancia de cara a identificar el quién y el cómo en el proceso de reforma constitucional, y posteriores sentencias señalarán para este segundo caso la necesidad de una nueva Asamblea Constituyente, convocada por el Parlamento en virtud de su competencia residual (ítem 97 de la denominada Lista de la Unión, contenida en la Cláusula Novena) dado que la Constitución no contempla explícitamente un mecanismo que comporte una reforma total.

4.- GOLAKNATH V. STATE OF PUNJAB (1967).

Durante la década de los cincuenta del siglo pasado, en todos los estados de la República de la India se abolieron los derechos que sobre la tenencia de la tierra tenían los que en relación con su explotación eran considerados intermediarios, es decir, aquellos que arrendaban la tierra, generalmente mediante contratos de aparcería, o la mantenían sin explotar. Para los hermanos Golak Nath, la reforma agraria supuso que cada uno solo podría mantener la titularidad de 30 de los más de 500 acres de tierra que poseían entre ambos, pasando una parte a la propiedad de los aparceros que la ocupaban en ese momento, y disponiendo el Estado del Punjab del denominado *excedente* de tierra restante conforme a su legislación de 1953²¹³. Habiéndose incorporado dicha ley estatal a la Cláusula Novena en virtud de enmienda constitucional, los Golak Nath impugnaron su legitimidad ante el Tribunal Supremo alegando vulneración de derechos fundamentales

²¹³ Punjab Security of Land Tenures Act, 1953. Punjab Act No. 10 of 1953.

(derecho a la propiedad privada, tanto para adquirirla como mantenerla, así como el derecho a la libre elección y práctica de profesión conforme a los Artículos 19 (f) y (g); e igual protección e igualdad ante la ley del Artículo 14). En su petición cuestionaban la validez de las tres enmiendas sobre el derecho de propiedad (primera, cuarta y decimoséptima), de manera que su mera admisión a trámite supuso un hito para el tribunal, pues al cuestionarse una doctrina ya consolidada en anteriores sentencias, requería para su examen y decisión de un panel de once jueces, es decir, la totalidad de sus miembros. Algo nunca visto hasta entonces.

Tal y como ha señalado el entonces Presidente del Tribunal, juez Subba Rao, ante el tribunal se plantearon, alternativamente, dos argumentos contra la constitucionalidad de las enmiendas: [1] que el procedimiento de reforma constitucional recogido en el Art. 368 comportaba un acto legislativo sujeto a revisión constitucional conforme al Art. 13, lo que suponía la nulidad de las enmiendas que suprimieran o limitasen derechos fundamentales; y [2] que en el ejercicio de su poder de enmienda el Parlamento no podía destruir la estructura básica constitucional, sino sólo modificar sus preceptos en orden a una mejor consecución del marco establecido en el documento original, marco del que los derechos fundamentales forman parte²¹⁴. Mientras que el primero de los argumentos era de sobra conocido, pues se trataba del que ya se había empleado por los demandantes de *Shankari Prasad* y *Sajjan Singh*, el segundo era original. Se trataba de una elaboración doctrinal debida a Dietrich Conrad, un profesor alemán experto en derecho sudasiático cuya conferencia en la *Banaras Hindu University* sobre los límites implícitos del poder de enmienda constitucional había causado gran impresión en uno de los letrados de los demandantes, que presentó ante el tribunal con la autorización de su autor el texto íntegro

²¹⁴ Rao, K.S. (1973).

en que basó dicha conferencia²¹⁵. Ahora bien, aunque el primero de los argumentos sería aceptado por una estrecha mayoría de 6-5, el segundo no fue tenido en cuenta a pesar de que el tribunal reconoció que estaba dotado de “fuerza considerable”. Según la opinión mayoritaria, no era necesario expresar un criterio respecto a “tan importante asunto”, dado que, «en lo que respecta a los derechos fundamentales, la cuestión planteada puede responderse de manera más restringida (*on a narrower basis*)»²¹⁶. El tribunal optaba así por resolver el caso mediante un argumento procesal que aceptaba la aplicación de la revisión constitucional para las leyes de enmienda como manera de soslayar la cuestión sustantiva, de mucho mayor calado. En la práctica, esto comportó una invitación al poder legislativo para cambiar ese procedimiento, lo que inauguraría un decenio marcado por la confrontación entre poder legislativo y Tribunal Supremo en pos del control de lo que podríamos denominar la constitución de la Constitución. No cabe duda de que en el ordenamiento indio se había optado por la supremacía constitucional frente a la parlamentaria, de tradición británica. Sin embargo, quedaban cuestiones abiertas respecto a quién tenía la última palabra a la hora de modificar el marco constitucional. ¿Era el ejercicio del poder de enmienda equiparable al poder constituyente? ¿Cuáles eran los límites del poder constituyente derivado y quién debía decidirlos?

En este sentido, *Golaknath* dará por resueltas -aunque no será por mucho tiempo- las siguientes cuestiones:

[1] Sobre la naturaleza del poder de enmienda, se señala que el Art. 368 sólo describe un procedimiento, pero del mismo no se deriva la competencia para llevarlo a cabo. La capacidad del Parlamento para enmendar la Constitución se deduce

²¹⁵ Sobre la influencia de Conrad y la exposición de su texto en las alegaciones de *Golaknath*, vid. Noorani, A.G. (2006). Sobre la doctrina en cuestión vid. Conrad, D. (1970) y Conrad D. (1977-78).

²¹⁶ *Golaknath v. State of Punjab* [Ref. Cit.]. Párrafo 55. Rao y otros [Op. mayoritaria].

procedimentalmente de la regulación constitucional del ejercicio del poder legislativo (artículos 245, 246 y 248) y sustancialmente de la cláusula residual de competencia (*residuary power*) respecto a las competencias exclusivas del Parlamento (ítem 97 de la denominada Lista de la Unión, contenida en la Cláusula Novena);

[2] El procedimiento legislativo no es *per se* incompatible con el ejercicio del poder constituyente, de manera que «no es esencial, por supuesto, que deba existir siempre una diferencia de procedimiento entre el ejercicio del poder constituyente y el poder legislativo»²¹⁷. Sin embargo, «no es necesario poner reparos a la categorización del poder de enmienda como poder soberano, dado que es soberano sólo dentro del alcance del poder conferido por una constitución particular»²¹⁸, es decir, se trata sustancialmente de un poder delegado y por tanto limitado en alguna medida. Interpretar la norma fundamental para establecer en qué medida será una tarea del máximo órgano jurisdiccional, no del que debe pasar por esos límites;

[3] La expresión “ley” recogida en el Art. 13.3 incluye leyes de enmienda constitucional, de modo que el poder conferido al Parlamento para la enmienda vía procedimiento legislativo se encontrará sujeto a las limitaciones intrínsecas derivadas del entramado de derechos fundamentales. Esto no significa que el Parlamento no tenga capacidad para regular y modular el contenido de los derechos fundamentales, sino que -so pena de nulidad- tendrá que hacerlo en la forma y con las limitaciones que prescribe la Parte III de la Constitución (relativa a los derechos fundamentales)²¹⁹;

[4] Las enmiendas primera, cuarta y decimoséptima traspasan ese límite y consecuentemente, son nulas;

²¹⁷ *Golknath v. State of Punjab* [Ref. Cit.]. Párrafo 159. Hidayatullah [Op. concurrente].

²¹⁸ *Golknath v. State of Punjab* [Ref. Cit.]. Párrafo 53. Rao y otros [Op. mayoritaria].

²¹⁹ Rao, K.S. (1973).

[5] Sin embargo, en aplicación de la doctrina de la derogación prospectiva de los antecedentes (*prospective overruling*), esta decisión sólo tendrá efectos prospectivos, es decir, desde el momento en que se dictó en adelante. De esta manera, era posible dejar intactas las reformas constitucionales y todas sus consecuencias jurídicas (incluso las futuras, derivadas de nueva legislación que desarrolle tales enmiendas), aunque

[6] a partir de entonces el Parlamento no podrá mediante enmienda afectar, más allá de lo permitido constitucionalmente, al entramado de derechos fundamentales (en ese momento existente, cabría apuntar). Es decir, debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales que limitaban el poder de enmienda han mutado en una nueva imagen, que no será ya la del primer texto constitucional, dado que los cambios en relación al derecho de propiedad de las tres enmiendas impugnadas quedaban consolidados;

[7] Por último, y dado que la Constitución no establece un procedimiento de reforma constitucional que no comporte el ejercicio de un poder delegado, se indica a modo de corolario, que cualquier reforma constitucional que pretenda traspasar los límites señalados requerirá de una nueva Asamblea Constituyente, que -a falta de provisión constitucional expresa- podrá ser convocada por el Parlamento en el ejercicio de su poder residual que deriva, conforme hemos mencionado, de la cláusula residual de competencia²²⁰.

5.- LA REACCIÓN DEL LEGISLATIVO: LA XXIV ENMIENDA.

La reacción a la sentencia fue inmediata. Apenas cinco semanas después, Nath Pai del Partido Socialista Unido (SSP) presentó un proyecto de enmienda constitucional en

²²⁰ *Golaknath v. State of Punjab* [Ref. Cit.]. Párrafo 79. Rao y otros [Op. mayoritaria].

la *Lok Sabha* (cámara baja) con el propósito de reforzar el poder de enmienda en el Parlamento. Apoyada por el Gobierno del Congreso Nacional Indio (INC) de Indira Gandhi, el espíritu de esta iniciativa podía resumirse en el crudo planteamiento del entonces Ministro de Justicia, G. Menon, que declaró que *si bien el Tribunal Supremo había dictaminado que el Parlamento no podía enmendar los derechos fundamentales, nada había dicho sobre que no pudiese enmendar el artículo que regulaba el procedimiento de enmienda*²²¹.

Mediante un gradual enrocamiento que se retroalimentaba con la supuesta confirmación que otorgaba cada derrota judicial²²², fue ganando fuerza el argumento populista de la Primera Ministra Gandhi que describía a los derechos fundamentales como un serio obstáculo para el cumplimiento de las reformas sociales que reclamaban los Principios Directivos de Política Estatal recogidos en la Parte IV de la Constitución. Estos principios, se decía, también suponían un mandato constitucional y de su incumplimiento o de su cumplimiento tardío el Parlamento tendría que responder políticamente.

De nada sirvieron las objeciones de destacados socialistas como Madhu Limaye y Rammanohar Lohia, que señaló sarcásticamente que todo lo que precisaba el proyecto de enmienda de Nath Pai era una declaración de suspensión constitucional como la que

²²¹ Citado por Austin. Para un relato detallado de los acontecimientos que rodearon la aprobación de la vigesimocuarta enmienda vid. Austin, G. (1999), 196-258.

²²² En este sentido, dos decisiones del Tribunal Supremo tuvieron una enorme trascendencia política. El 10 de febrero de 1970, en *Rustom Cavasjee Cooper v. Union Of India* (1970 AIR 564, 1970 SCR (3) 530), caso conocido como *de la Nacionalización de la Banca* se dictaminó por el alto tribunal en una decisión casi unánime (10-1) que la Constitución garantiza el derecho de compensación (pago equivalente al valor de la propiedad en la expropiación forzosa) cuyo control no puede sustraerse legislativamente del escrutinio judicial, lo que obligó a iniciar nuevamente el proceso de nacionalización recalculando las compensaciones. En diciembre de ese mismo año, y sobre la reasignación de los pagos vitalicios (*privy purse*) a los titulares de los principados que habían cedido mediante tratados su territorio y soberanía, sumándose al del dominio británico en la conformación de la nueva república, el Tribunal Supremo dictaminó en *Madhav Rao Scindia vs Union Of India* (1971 AIR 530, 1971 SCR (3) 9) que no era posible abolir tales privilegios mediante una orden ejecutiva de revocación del reconocimiento como tales soberanos (no se había contado con los necesarios apoyos parlamentarios para plantearlo como una enmienda constitucional), básicamente porque esos príncipes eran ahora nacionales indios con derechos constitucionales que debían ser garantizados como los de cualquier otro ciudadano.

recogía el Art. 48 de la Constitución de Weimar (que permitió la ley habilitante de 1933 por la que la república parlamentaria cedió sus poderes). Lohia le recordó a Pai que -tal y como ocurrió en Alemania-, sin la protección de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho serían comunistas y socialistas los primeros en correr peligro, por lo que le solicitó infructuosamente que retirara su proyecto de enmienda²²³.

En cualquier caso, y aunque el proyecto de enmienda de Nath Pai no generó los suficientes apoyos parlamentarios para su aprobación, señaló el camino. Para llevar a cabo la enmienda que borraría los efectos de *Golaknath*, recuperando la supremacía parlamentaria, la Primera Ministra Gandhi tendría que esperar a las elecciones legislativas de 1971, donde su partido, el Congreso Nacional Indio obtendrá en la cámara baja un incremento de 69 representantes respecto a las elecciones de 1967. Se trataba de una mayoría aplastante (352 representantes de un total de 545) que Gandhi interpretó como un claro mandato del pueblo que le permitiría impedir las interferencias de los jueces frente al ejercicio del poder popular.

Si *Golaknath* había utilizado un argumento procesal -pues se trataba de una interpretación de los límites que se derivaban de una regla de procedimiento (la regulación del mecanismo de enmienda del Art. 368) en conexión con una regla de atribución de competencia (la capacidad de revisión judicial constitucional establecida en el Art. 32.1 delimitada por el Art. 13 en relación con los límites materiales del Capítulo III sobre los derechos fundamentales)-, la reforma constitucional que revocase esa doctrina del Tribunal Supremo no precisaría para lograr su objetivo sino modificar ese procedimiento. Para ello, se plantearon dos nuevas redacciones para los artículos 13 y 368.

Respecto al primero de ellos -que como sabemos decreta la nulidad de la legislación contraria a los derechos fundamentales-, se incluía un nuevo apartado (4) con

²²³ Austin, G. (1999), 203-204.

la siguiente provisión: «nada en este artículo será aplicable respecto a cualquier enmienda de esta Constitución llevada a cabo en virtud del artículo 368». Y en relación al segundo, el Art. 368 se modificará en tres aspectos: [a] su título, que pasa de “procedimiento para la reforma de la Constitución” a “poder del Parlamento para enmendar la Constitución y procedimiento para ello” (con lo que se pretende señalar el carácter constituyente del poder de enmienda); [b] su apartado (1) que en el mismo sentido señalará expresamente que «no obstante lo dispuesto en esta Constitución, el Parlamento podrá en ejercicio de su poder constituyente modificar mediante la adición, variación o derogación cualquier disposición de esta Constitución de acuerdo con el procedimiento establecido en este artículo»; y [c] su apartado (2) que reducirá el poder de veto presidencial respecto en el procedimiento de enmienda, convirtiendo su asentimiento en un mero trámite.

El Parlamento con su reforma había seguido al pie de la letra los criterios procesales utilizados por el Tribunal Supremo para deducir límites implícitos al poder de enmienda.

Según ese planteamiento, una modificación de los criterios procesales (procedimiento de enmienda y regla de atribución de competencia) implicaría necesariamente una modificación, o incluso la disipación de esos límites. Consecuentemente, si el criterio jurisprudencial de *Golaknath* debía respetarse, la revisión judicial de la constitucionalidad de las enmiendas debía entenderse abrogada por completo a partir de la entrada en vigor de la vigesimocuarta.

Tras la aprobación de esta enmienda vigesimocuarta, y una vez libres de la restricción de la doctrina *Golaknath*, el Parlamento aprobó las enmiendas constitucionales vigesimoquinta, vigesimosexta y vigesimonovena, que afectaban a derechos fundamentales en varios aspectos.

6.- KESAVANANDA BHARATI V. STATE OF KERALA (1973).

El swami Kesavananda Bharati era la máxima autoridad en un monasterio de Kerala al que el gobierno de ese Estado pretendía imponer restricciones a su propiedad de acuerdo con sus leyes de reforma agraria. Recientemente estas normas estatales se habían incorporado a la Cláusula Novena (*Ninth Schedule*) en virtud de la enmienda vigesimonovena. Por ese motivo, la representación procesal del swami procedió a impugnar ante el Tribunal Supremo la constitucionalidad de las enmiendas vigesimocuarta, por un lado, y vigesimoquinta y vigesimonovena por otro, en cuanto habilitadas por la anterior. El demandante basaba su pretensión en que tales enmiendas habrían violado su derecho constitucional a establecer y mantener instituciones por razones caritativas o religiosas, manejar los asuntos propios en materia de religión, poseer y adquirir muebles o inmuebles para estos fines, así como administrarlos conforme a la ley, tal y como se encuentra recogido en el artículo 26 de la Constitución.

Para este caso -al que posteriormente se adhirieron otros demandantes con peticiones similares- se conformó el panel más amplio hasta el momento: trece jueces conocieron del asunto durante un periodo de vistas que se prolongó casi cinco meses, emitiendo una de las más decisivas sentencias hasta la fecha en el derecho constitucional indio. Ahora bien, esta sentencia no proporciona una lectura cómoda dado que los trece miembros del tribunal emitieron nada menos que once votos particulares, que al no respetar entre sí una misma estructura a la hora de dar respuesta a las cuestiones planteadas, dieron lugar a una exposición muy desordenada. Este desorden sólo viene mitigado en dos aspectos: cada voto particular incluye sus conclusiones, y nueve de los trece jueces suscribieron una brevísima declaración conjunta que doctrinalmente se

interpreta como la opinión de la mayoría aunque pretendía ser la constatación de esa opinión mayoritaria y por tanto debió haberse suscrito por todos.

De los diez partidos que concurrieron a las elecciones legislativas en 1971, ocho llevaban en sus programas enmiendas constitucionales, muchas de gran calado²²⁴. Existía un fuerte descontento popular y de esta situación los partidos responsabilizaban políticamente al intervencionismo del Tribunal Supremo que, consecuentemente, se encontró bajo una enorme presión a la hora de decidir este caso. Los miembros del tribunal eran seguramente conscientes de las graves consecuencias desestabilizadoras que para la joven democracia podría acarrear una sentencia que, manteniendo *Golaknath*, hubiese declarado inconstitucionales las enmiendas ahora cuestionadas. Pero al mismo tiempo, muchos también eran conscientes de que el baipás que para la revisión jurisdiccional de constitucionalidad suponía la incorporación en masa de legislación ordinaria en el texto fundamental era un camino seguro hacia la tiranía de la mayoría y el autoritarismo. No parecía fácil ceder en relación a la cuestión que concretamente se planteaba sin que al mismo tiempo el tribunal renunciara -quizá definitivamente- a su posición de garante de la supremacía constitucional²²⁵.

Como primera cuestión, es importante destacar que todos los jueces consideraron unánimemente -revocando así la doctrina *Golaknath*- que la enmienda vigesimocuarta era válida dado que el Parlamento podía enmendar, en el ejercicio de su legítima capacidad

²²⁴ G. Austin, Op. Cit, 235.

²²⁵ Este posición dilemática, en la que el tribunal sabe que (1) si da la razón a los poderes mayoritarios (ejecutivo y/o legislativo) perderá legitimidad al situarse en una posición subalterna; mientras que (2) si no les da la razón también la perderá, dado que se sabe incapaz de disponer de los medios necesarios para ejecutar su decisión, nos recuerda a *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Es bien conocido que entonces, el Tribunal Supremo estadounidense superó esa falsa dicotomía mediante una decisión que estableció jurisprudencialmente el principio de la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos ejecutivos y legislativos. Como veremos ahora, en este caso el Tribunal Supremo indio también superará una falsa dicotomía para ampliar su capacidad de revisión constitucional y, en este sentido, podríamos decir que este es su *Marbury v. Madison*.

constitucional, cualquier artículo o precepto de la Constitución, incluyendo aquellos que reconocen derechos fundamentales. Además, este poder de enmienda para todo el texto, no emanaría de la enmienda vigesimocuarta, sino que ya debía deducirse de la redacción inicial del artículo 368. Esta decisión unánime podría parecer una victoria del poder legislativo, y sin embargo se trataba de todo lo contrario: una mayoría del tribunal (7-13) abandonaba la doctrina procesal de *Golaknath*, pero lo hacía para profundizar más sustantivamente en los límites implícitos que aquella primera decisión había trazado tentativamente.

Tras la anulación de la doctrina *Golaknath*, las enmiendas vigesimocuarta (tangibilidad de toda la Constitución), vigesimoquinta (naturaleza no compensatoria de los pagos en las expropiaciones forzosas cuyas cantidades no son jurisdiccionalmente revisables) y vigesimonovena (blindaje constitucional de leyes estatales de reforma agraria), se declaraban constitucionales con la única excepción de la cláusula de escape del artículo 31C, a la que luego haremos referencia. Sin embargo, la mayoría consideraba que si bien el Parlamento podía enmendar sin excepción cualquier apartado de la Constitución, el resultado de esa modificación textual no podría en ningún caso afectar a su estructura básica. Haber pretendido que las leyes de enmienda constitucional podían equipararse al resto de la legislación al objeto de entenderlas jurisdiccionalmente revisables, no sólo era difícilmente sostenible sino que además dependía de que la constitución mantuviera respecto a la regulación constitucional del procedimiento de enmienda y a la protección de los derechos fundamentales una específica redacción que no había sido declarada intangible en ningún momento. Y sin cláusulas pétreas expresas no podía predicarse intangibilidad sobre ninguna parte del texto, derecho en concreto o institución particular.

Por este motivo, los límites implícitos tendrían que trazarse sustantivamente en relación al resultado de cada modificación concreta, apreciándola -mediante una visión de conjunto- integrada en una estructura que debería seguir proyectando una imagen esencialmente reconocible. Tal y como señalaron los jueces Hegde y Mukherjea en su voto particular concurrente, «cuando hablamos de la “abolición” o “derogación” de la Constitución no nos referimos a ninguna forma sino a la substancia. A que si una o más características básicas de la Constitución se eliminasen hasta tal punto, la Constitución quedaría abolida o derogada. A que si todas las características básicas de la Constitución fuesen derogadas y se incorporasen otras disposiciones incompatibles con aquellas características, lo que quedaría no sería la Constitución a que se refiere el Artículo 368. A que la personalidad de la Constitución debe permanecer sin cambios»²²⁶.

Tal y como señala Jayadevan, es el carácter derivado del poder constituyente que se ejerce durante la enmienda lo que motiva que los jueces reconocieran las limitaciones implícitas al ejercicio de tal poder, subrayando así que «los representantes del pueblo no son el pueblo mismo»²²⁷. Pero esta idea merece a nuestro juicio desarrollarse un poco más. Porque el pueblo no puede concebirse como un concepto estático, sino que se corresponde con su organización en un lugar y momento histórico concreto (este es el sentido del constitucionalismo). Y de esta manera, el pueblo al que se refiere la Constitución india (o cualquier otra constitución), es el que la produce al afirmarse como tal sujeto colectivo, sin otra limitación. Y de esta manera, si el Parlamento no es el fideicomisario de un sujeto impreciso y vago, producto de una idealización del relato histórico, sino que representa un sujeto soberano concreto -que se define y constituye

²²⁶ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [AIR 1973 SC 1461: (1973) 4 SCC 225]. Párrafo 690. Hegde y Mukherjea. [Op. concurrente].

²²⁷ Jayadevan, V. R. (2010), 270.

como tal a través del acto constituyente por el que delega su poder en una Asamblea al objeto de elaborar una norma fundamental que debe diseñar el entramado jurídico del poder constituido-, parece evidente que dicha delegación como tal imponga ciertos límites, de manera que el delegado no pueda transformar el sujeto delegante, tal y como se ha autodefinido constitutivamente. Ahora bien, nótese que la propia determinación de un pueblo a través de su acto constituyente no requiere tan solo de la enumeración de los habitantes de un territorio delimitado, sino muchísimo más. El acto constituyente, si lo entendemos como una propia emanación del sujeto que se constituye, debe presuponer -ya preexistentes o al menos simultáneos- una serie de derechos políticos e individuales que harán posible su expresión como producto colectivo. Ese mínimo entramado democrático y de derechos que, respecto al ordenamiento que se está constituyendo, se manifiesta como un *factum*, es lo que permite la primera expresión de la voluntad colectiva, y por tanto, su delegación. Y ese proceso, que va desde aquel *factum* previo hasta la determinación de lo constituido, es el que define el sujeto colectivo que se representará mediante el diseño institucional. Todos los elementos de ese proceso determinan una estructura previa -un sujeto- que no puede modificarse sino mediante otro acto afirmativo de similares características.

Al reconocer los límites implícitos como resultado sustantivo y no como una prohibición sobre el procedimiento (tal y como ocurre con las cláusulas de intangibilidad implícitas) estos límites conformados como aspectos o características básicas *estructuralmente* reconocibles, quedaban para siempre fuera del alcance del poder constituyente delegado que se ejerce en la sede legislativa. Además, y dado que se trata de un límite sustantivo derivado de un análisis de conjunto que tiene en cuenta el funcionamiento de todos los elementos dentro de la estructura resultante, la delimitación previa de esas características básicas nunca podrá ser exhaustiva ni definitiva pues las

garantías constitucionales que se derivan de esas características son siempre interdependientes. La falta de concreción mediante una enumeración exhaustiva y definitiva de estas características básicas ha sido muy criticada por un sector de la doctrina jurídica india²²⁸, que a nuestro juicio no aprecia la importancia de ese análisis sistemático y teleológico. En este sentido los jueces Hegde y Mukherjea continúan señalando que se encuentran «convencidos de que el Parlamento no tiene el poder de derogar o anular los elementos básicos o las características fundamentales de la Constitución, tales como la soberanía de la India, el carácter democrático de nuestra forma de gobierno, la unidad del país, las características esenciales de las libertades individuales aseguradas a los ciudadanos. Tampoco tiene el Parlamento poder para revocar el mandato para construir un Estado de Bienestar y una sociedad igualitaria. [Pero que] estas limitaciones son solamente ilustrativas y no exhaustivas»²²⁹. De ahí que las diversas enumeraciones que en este sentido refieren los diferentes votos concurrentes no deban entenderse contradictorias o incompatibles, sino más bien complementarias.

Subrayando la idea de control sobre el resultado, el Juez Presidente (*Chief Justice*) Sikri considera que «cualquier provisión constitucional puede modificarse siempre que en el resultado el fundamento y la estructura constitucionales permanezcan inalterados. La estructura básica puede decirse que consta de las siguientes características: (1) Supremacía de la Constitución; (2) Forma de gobierno republicana y democrática; (3) Carácter secular de la Constitución; (4) Separación de poderes entre la Legislatura, el poder ejecutivo y el poder judicial; (5) Carácter federal de la Constitución»²³⁰. En una

²²⁸ El autor que más se ha prologado y de manera más influyente en esta crítica posiblemente sea el que fuera Secretario de la *Indian Law Society*, profesor S. P. Sathe. Vid. S. P. Sathe: *Judicial Activism in India: Transgressing Borders and Enforcing Limits*. (New Delhi: Oxford University Press, 2002).

²²⁹ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [Ref. Cit.]. Párrafo 705. Hegde y Mukherjea. [Op. concurrente].

²³⁰ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [Ref. Cit.]. Párrafo 316. Sikri. [Op. concurrente].

línea similar, los jueces Shelat y Grover señalan la necesidad de un planteamiento histórico y teleológicamente situado que permita una interpretación sistemática con sentido, subrayando que «la estructura básica de la Constitución no es un concepto vago y las preocupaciones expresadas en nombre de los demandados de que ni el ciudadano ni el Parlamento serían capaz de entenderlo, son infundadas. Si tenemos en cuenta el contexto histórico, el Preámbulo, el proyecto constitucional en su conjunto, las provisiones relevantes, incluido el artículo 368, no puede haber dificultad en discernir que los siguientes pueden considerarse elementos básicos de la estructura constitucional»²³¹. Y recordando que estos elementos no constituyen un catálogo exhaustivo sino ilustrativo, reproducen una lista similar a la del Juez Presidente a la que añaden la dignidad del individuo asegurada por los derechos fundamentales, el mandato constitucional para construir un Estado de Bienestar y la unidad e integridad de la nación. Para concluir con estas enumeraciones, la del juez Jaganmohan Reddy expresa gráficamente la conexión entre los elementos o características básicas y la estructura adoptando un símil arquitectónico: «el edificio constitucional se ha construido y se sostiene sobre varios puntales, si eliminamos cualquiera de ellos, la Constitución colapsa. Estos son: (1) la república democrática soberana; (2) la justicia social, económica y política; (3) la libertad de pensamiento, expresión, creencias, religión y culto; (4) la igualdad de estatus y oportunidades»²³².

Pero en todo caso, es importante reiterar que las características básicas no son intangibles *per se*, sino de acuerdo a determinadas circunstancias que derivan de su reflejo en una estructura, y por eso una enumeración exhaustiva no sólo es innecesaria sino en

²³¹ *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [Ref. Cit.]. Párrafo 620. Shelat y Grover. [Op. concurrente].

²³² *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [Ref. Cit.]. Párrafo 1206. Jaganmohan Reddy. [Op. concurrente].

realidad imposible. Para ilustrar esta idea, nótese que de los siete jueces que conforman la mayoría, seis²³³ consideran que el núcleo de los derechos fundamentales forma parte de la estructura básica, y sin embargo ninguno establece limitación al poder de enmienda respecto a derechos fundamentales concretos -todos pueden ser objeto de modificación- sino siempre en relación con la estructura resultante. Este hilo conductor, que puede servir para unificar las distintas opiniones concurrentes en sus muchos matices, se encuentra a nuestro juicio muy bien desarrollado por los jueces Shelat y Grover, que consideran que entre los derechos fundamentales (Parte III) y los Principios Directivos de la Política Estatal (Parte IV) debe lograrse un equilibrio armónico, pues solo así podrán alcanzarse los objetivos constitucionales que refiere el Preámbulo, necesarios para la dignidad del individuo. Y así, tanto los derechos fundamentales como los principios directivos son elementos constitucionales básicos, si bien no considerados separadamente sino como aspectos de un contexto (*background*) en equilibrio -este es el verdadero elemento básico- sin el cual la Constitución perdería su identidad²³⁴.

Nuevamente, ahora mediante el concepto de equilibrio, se está implicando la idea de relación entre los distintos elementos constitucionales en una estructura armoniosa. De esta manera, podríamos apuntar que la reconocibilidad de la estructura constitucional y su mantenimiento a nivel esencial dependerá, no tanto de la subsistencia de todos sus

²³³ Sikri, Shelat, Hegde, Grover, Jaganmohan Reddy y Mukherjea.

²³⁴ «The Sovereign Democratic Republic has been constituted to secure to all the citizens the objectives set out. The attainment of those objectives forms the fabric of and permeates the whole scheme of the Constitution. While most cherished freedoms and rights have been guaranteed the government has been laid under a solemn duty to give effect to the Directive Principles. Both Parts III and IV which embody them have to be balanced and harmonised -then alone the dignity of the individual can be achieved. It was to give effect to the main objectives in the Preamble that Parts III and IV were enacted. The three main organs of government legislative, executive and judiciary and the entire mechanics of their functioning were fashioned in the light of the objectives in the Preamble, the nature of polity mentioned therein and the grand vision of a united and free India in which every individual high or low will partake of all that is capable of achievement. We must, therefore, advert to the background in which Parts III and IV came to be enacted as they essentially form a basic element of the Constitution without which its identity will completely change». *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* [Ref. Cit.]. Párrafo 564. Shelat y Grover. [Op. concurrente].

elementos o de que estos mantengan cierta integridad -núcleo de los derechos, etc.-, sino fundamentalmente de que se respete la estructura de sus relaciones teleológicas y sus respectivos equilibrios, pues ese diseño finalista comporta su sentido irrenunciable. Esta nítida distinción entre una intangibilidad estructural -centrada fundamentalmente en la finalidad del diseño constitucional entendido en su conjunto- que jurisdiccionalmente comporta una *verificación sustantiva*, y la intangibilidad material de determinados preceptos, derechos o instituciones, -como límite competencial en el procedimiento de reforma constitucional- que jurisdiccionalmente comporta una *verificación procedimental*, otorga a la doctrina de la estructura básica una carta de naturaleza autónoma y novedosa respecto a técnicas de intangibilidad constitucional más clásicas.

En línea con lo expresado hasta aquí, la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula de escape del artículo 31C (por la que se excluía la revisión jurisdiccional de cualquier ley que se autodefiniera como aplicación de determinados Principios Directivos de la Política Estatal de la Parte IV) parece una consecuencia necesaria²³⁵. A pesar de que no se trataba de una modificación sustantiva que afectase actualmente a ese equilibrio entre derechos fundamentales y principios directivos, pretendía abrir una vía de escape que impidiera la capacidad jurisdiccional de revisión constitucional en el futuro. Y dado que esa revisión judicial constituye el único instrumento dentro del entramado institucional de poderes apto para garantizar la pervivencia de ese equilibrio estructural,

²³⁵ Este artículo establecía que para determinadas leyes, al constituir un desarrollo de determinados preceptos de la Parte IV (Principios Directivos de la Política Estatal), no les serían aplicables como criterio de validez los parámetros derivados del bloque de derechos fundamentales. Esta exención respecto a dicho criterio general se otorgaba exclusivamente al objeto de que el Estado garantizara la distribución de la propiedad y control de los recursos materiales conforme al bien común y que del desarrollo del sistema económico no resultare una concentración de riqueza y medios de producción en detrimento general (Art. 39 en sus letras (b) y (c) respectivamente). Lo problemático es que al mismo tiempo se insertaba una *cláusula de escape* que impediría revisar judicialmente que una ley en concreto desarrollaba sustancialmente tales preceptos quedando exenta por tanto de tal criterio de validez general. La justificación de esta exención resultaría, para cada ley que se pretendiera inmunizar frente al control judicial, de la mera incorporación en su texto de una cláusula declarativa a tales efectos.

deberá entenderse en sí mismo y respecto a esa estructura básica, un elemento irrenunciable.

Y aunque de todas las enmiendas impugnadas este fue el único aspecto que consideró inconstitucional, la sentencia no tuvo en líneas generales una buena acogida. No fue bien recibida ni por el gobierno, ni por la mayoría del Parlamento. De hecho, tan sólo dos días después de su publicación, y aprovechando la jubilación del Juez Presidente Sikri, el Presidente V.V. Giri nombró para ocupar este cargo al Juez Ray -que había firmado un voto minoritario- anteponiéndolo a tres jueces del Tribunal Supremo que ostentaban más antigüedad (Shelat, Grover y Hegde) pero que habían votado con la mayoría. Esto constituía una ruptura sin precedentes del criterio tradicional mantenido desde la creación del tribunal en 1950, y constituía clarísimamente un ataque directo a su independencia. Pero además, si la opinión pública no había aceptado la doctrina *Golaknath*, en un primer momento esta situación de rechazo no mejoró en absoluto con *Kesavananda* pues se trataba de una decisión que, como hemos visto, suponía profundizar en lo que se entendía un antidemocrático activismo judicial.

Sin embargo, el curso de los acontecimientos modificaría en pocos años esta percepción general.

La doctrina de la estructura básica se había planteado como un último elemento de contención ante un eventual derrumbe de la democracia en manos de un gobierno autoritario -algo que para muchos parecía entonces imposible-, pero los movimientos del gobierno venían de largo en esa dirección, y pronto todo se precipitaría.

7.- “LA EMERGENCIA”.

Raj Narain, que había perdido frente a Indira Gandhi las elecciones parlamentarias de 1971 en la circunscripción de Raebareli, las impugnó. Alegaba que su contrincante

había violado la ley electoral al haber hecho la campaña asistida de un funcionario de la Gaceta Oficial, además de las fuerzas armadas y policía local, haber utilizado para la campaña vehículos gubernamentales, excedido el límite de gasto electoral y haber distribuido alcohol y mantas entre el público para ganar sus votos. Tras una larga tramitación y a pesar de que las imputaciones más graves por fraude no fueron tenidas en cuenta, el 12 de junio de 1975 (siete semanas después de *Kesavananda*) la Corte Suprema de Allahabad consideró que Gandhi sí había utilizado medios públicos para su campaña, por lo que anuló su elección como parlamentaria en la *Lok Sabha*, inhabilitándola además para concurrir a otras elecciones para los próximos seis años.

Gandhi recurrió la decisión ante el Tribunal Supremo, que el 24 de junio confirmó que se le retiraban sus derechos como parlamentaria, incluida la votación en el pleno, aunque le permitió continuar como Primera Ministra al estar pendiente el recurso. En ese mismo día, Gandhi solicitó del Presidente Fakhruddin Ali Ahmed que proclamara el estado de emergencia en todo el país alegando una amenaza contra la seguridad nacional. La emergencia se acordó en la noche del día siguiente, y en la misma mañana del 26 de junio -antes incluso de su publicación en la Gaceta Oficial- comenzaron una serie de detenciones en masa. Durante esa jornada 676 políticos de la oposición fueron detenidos *preventivamente* de entre una lista aprobada por Gandhi en persona. Al mismo tiempo, se cortó el suministro eléctrico a los principales periódicos del país que, desde ese momento y durante los veintiún meses que duró la emergencia, serían sometidos a un control de censura previa. El día 27 una orden presidencial suspendió el derecho de amparo jurisdiccional frente a violaciones de derechos fundamentales e igualdad protección ante la ley (Art. 14); la garantía del proceso establecido por la ley respecto a la posible privación de la vida y libertad personal (Art. 21); y el derecho a ser informado de las razones de la detención (Art. 22). Las reuniones de más de cinco personas quedaban

prohibidas. Tres días más tarde se acordó que el gobierno pudiera llevar a cabo cualesquiera otra modificaciones temporales en otras leyes. El Censor Jefe prohibió expresamente que se informara sobre la inminente sesión en el Parlamento y sobre el procedimiento ante el Tribunal Supremo sobre las irregularidades electorales imputadas a la Primera Ministra.

Con las calles colapsadas por manifestaciones de apoyo popular y buena parte de la oposición parlamentaria detenida, no fue complicado aprobar una serie de enmiendas constitucionales que tenían como único objeto proteger la posición de la Primera Ministra. Así, con una tramitación parlamentaria brevísima -de tan solo un día-, se aprobó el 23 de julio de 1975 la enmienda trigésimo octava²³⁶ que, con carácter retroactivo, vetaba el control jurisdiccional de las proclamaciones de emergencia ya fueran acordadas para hacer frente a amenazas internas, externas o financieras; impidiendo además cualquier reclamación jurisdiccional que invocara vulneración de derechos fundamentales frente a legislación promulgada por el Presidente o los gobernadores durante dichas emergencias. Unos días más tarde, el 10 de agosto se aprobó la enmienda trigésimo novena²³⁷ que retiraba la competencia del Tribunal Supremo para decidir sobre determinados recursos electorales estableciendo un aforamiento y procedimiento específico para los parlamentarios que resultaren elegidos Primer Ministro o Presidente de la cámara baja. En estos casos, la competencia sobre recursos electorales correspondería exclusivamente a un órgano o autoridad que nombraría el Parlamento a tal efecto. Por otra parte, las leyes electorales pasaban a incluirse en la Cláusula Novena, al objeto de blindarlas frente a la revisión jurisdiccional. Además, esta enmienda -aprobada el día anterior a la fecha prevista para el comienzo de las sesiones en el Caso

²³⁶ The Constitution (Thirty-eighth Amendment) Act, 1975 (Bill No. 54 of 1975).

²³⁷ The Constitution (Thirty-ninth Amendment) Act, 1975 (Bill No. 60 of 1975).

Indira Gandhi-, dejaba sin efecto todas las normas previas o decisiones judiciales en contradicción con la misma. Y esto significaba que la decisión de la Corte Suprema de Allahabad quedaba anulada.

¿Quería esto decir entonces que el Tribunal Supremo debía suspender inmediatamente las sesiones del caso Indira Gandhi, dado que (1) constitucionalmente ya no tenía competencia para conocer del asunto, y además (2) la sentencia recurrida había sido anulada? Por supuesto que no, pues según la doctrina establecida en *Kesavananda*, la enmienda en sí no quedaba exenta de revisión jurisdiccional. De ser impugnada de contrario -cosa que así hizo la parte recurrida en su primera comparecencia-, habría que estarse a la declaración respecto a su validez y alcance en relación con el recurso concreto.

8.- INDIRA NEHRU GANDHI V. RAJ NARAIN (1975).

Como decíamos, el nuevo Art. 329A introducido por la enmienda trigésimo novena establecía en sus tres primeras cláusulas que ninguna elección como parlamentarios de los que antes o después de la misma ocuparan el cargo de Primer Ministro y Presidente de la *Lok Sabha* podría ser cuestionada excepto ante la autoridad parlamentaria en cuestión o ante el organismo que legislativamente se designase a tal efecto. El objeto de esa legislación específica -que no podría ser cuestionada ante ningún tribunal-, consistiría en diseñar un concreto procedimiento y los motivos para este tipo de impugnación, que no tendrían que ser los mismos que rigieran para la elección de parlamentarios de manera general. Cualquier impugnación previa a estos nombramientos decaería en su trámite normal y pasaría -si fuera el caso- a ser tratada por el trámite especial.

Ahora bien, para las elecciones previas a la reforma constitucional, y concretamente -y en lo que de verdad interesaba- para las inmediatamente anteriores, la cláusula cuarta de este mismo artículo establecía mediante una prosa que es un prodigio de la farragosidad jurídica²³⁸, una situación insólita: a las elecciones parlamentarias de los que entonces estuvieran ocupando los referidos cargos no les sería de aplicación ninguna legislación anterior [aunque tampoco se decía nada de la posibilidad de aplicársele una posterior a la que se refieren las tres primeras cláusulas] señalándose que tales elecciones no podían ser [o haber sido] objeto de impugnación judicial en ningún caso y por lo tanto no podrían ser [o haber sido] invalidadas.

Teniendo en cuenta que esta reforma constitucional era susceptible de invalidar por sí misma todo el proceso sin dar la posibilidad a una vía procesal alternativa, la representación procesal de Raj Narain -como parte recurrida-, impugnó la constitucionalidad de dicha cláusula cuarta. Era la primera vez que se atacaba la validez de una enmienda constitucional con un argumento no relacionado con el derecho de propiedad, y la primera vez además que se hacía invocando la doctrina de la estructura básica elaborada en *Kesavananda*. Algo que *a priori* parecía muy complicado, dado que se planteaba ante un panel compuesto por cinco jueces de aquel tribunal, de los cuales sólo uno (Khanna) había pertenecido a su mayoría, mientras que los otros cuatro habían expresado mediante sus votos particulares posiciones explícitamente contrarias a dicha

²³⁸ El texto dice así: «No law made by Parliament before the commencement of the Constitution (Thirty-ninth Amendment) Act, 1975, in so far as it relates to election petitions and matters connected therewith, shall apply or shall be deemed ever to have applied to or in relation to the election to any such person as is referred to in clause (1) to either House of Parliament and such election shall not be deemed to be void or ever to have become void on any ground on which such election could be declared to be void or has, before such commencement, been declared to be void under any such law and notwithstanding any order made by any court, before such commencement, declaring such election to be void, such election shall continue to be valid in all respects and any such order and any finding on which such order is based shall be and shall be deemed always to have been void and of no effect».

doctrina²³⁹. Por otra parte, y dado que la doctrina no se había articulado en *Kesavananda* mediante un solo documento que fijara claramente su contenido, parecía necesario aclararlo mediante un esfuerzo de síntesis que lo reflejara sin género de dudas como tal decisión del tribunal, al margen de las opiniones particulares. Y en este sentido, tal y como señala el profesor Upendra Baxi, la representación de la Primera Ministra, desde una posición defensiva, en vez de haberse opuesto a la doctrina de la estructura básica, pudo haber cuestionado su misma existencia subrayando las contradicciones que se derivaban de una redacción compuesta de múltiples votos concurrentes y ninguno propiamente mayoritario²⁴⁰. Sin embargo, quizá la superioridad aritmética que *a priori* otorgaba una gran ventaja a la recurrente, así como su interés en atacar frontalmente esta doctrina, llevó paradójicamente a la representación de la Primera Ministra a colaborar en esa síntesis necesaria.

El procedimiento no se alargó demasiado, y en una situación de excepcionalidad que se traducía en fuertes medidas represivas ante cualquier disidencia, el Tribunal Supremo dictó el 7 de noviembre de 1975 una sentencia inesperada. Quizá debido a los recientes acontecimientos, aquellos miembros del tribunal entendieron que la situación de eventual tiranía de la mayoría, que hacía tan solo unos meses se planteó en *Kesavananda* en términos meramente hipotéticos, estaba verificándose real y concretamente. Entendiendo por tanto que era preciso volver a releer aquellas advertencias y reconsiderar la necesidad de una doctrina que reconociera límites implícitos al poder de reforma constitucional con objeto de preservar las estructuras

²³⁹ Se trataba de los jueces Ray (premiado políticamente por esa razón con el cargo de Juez Presidente), Beg, Mathew y Chandrachud, pues aunque este último había suscrito la declaración conjunta que suele entenderse como opinión mayoritaria, lo hizo -tal y como él mismo manifestó- con la única intención de reconocer que esa era la opinión de la mayoría.

²⁴⁰ Baxi, U. (1985), 71.

democráticas del país. En cualquier caso, el Tribunal Supremo Indio demostró un valor y una talla extraordinaria ante tan difíciles circunstancias, declarando nula por una sorprendente mayoría de 4-1, buena parte de la enmienda trigésimo novena. Y así, el tribunal declararía inconstitucional el mencionado Art. 329A (4), pues entendió que la doctrina de la estructura básica era jurisprudencialmente vinculante y aplicable al caso concreto²⁴¹.

En este sentido, el juez Chandrachud señaló que la cláusula cuarta del Art. 329A creaba un vacío jurídico dado que su intención y significado consistía en alejar la elección de los actuales cargos de Primera Ministra y Presidente de la cámara baja «fuera del alcance de cualquier ley, pasada o presente», lo que a su juicio, claramente suponía una negación radical del derecho de igualdad establecido en el artículo 14, además de constituir una clara arbitrariedad con el calculado propósito de dañar o destruir el estado de derecho al afectar gravemente a la separación de poderes. Y el mantenimiento de estos dos elementos -igualdad y estado de derecho-, son para Chandrachud fundamentales para la estructura básica de la constitución, conjuntamente al carácter de república soberana, y al secularismo y la libertad de conciencia²⁴². El juez Ray pone de manifiesto una cuestión interesante: en un estado de derecho, cualquier hecho dotado de consecuencias jurídicas debe derivar en cuanto a su significado jurídico -es decir, en tanto sus consecuencias- de la aplicación de una norma durante todo el tiempo por el que se extiendan sus pretendidos efectos. Y dado que aquí no estaríamos ante la aplicación de ninguna norma, con excepción de aquella que señala que no se aplicará ninguna, subraya con estas palabras las consecuencias de este vacío legal: «la validación de la elección en el presente caso no responde, por tanto, a la aplicación de ley alguna y esto,

²⁴¹ *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* [AIR 1975 SC 2299: 1976 SCR (2) 347].

²⁴² *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* [Ref. Cit.] Párrafos 664, 678 y 681. Chandrachud [Op. concurrente].

consecuentemente, atenta contra el estado de derecho»²⁴³. El juez Khanna, por su parte, construye el argumento de forma similar aunque con otros matices: para que existan unas *elecciones libres y limpias* es preciso que su validez sea susceptible de ser impugnada conforme a los requisitos que las definen como tales. Y de lo que se trata aquí es que la reforma constitucional en cuestión, para la concreta elección que nos ocupa, elimina cualquier posibilidad de reclamación ante cualquier órgano, judicial o de otro tipo, y además impide la aplicación de cualquier norma jurídica. Consecuentemente, dicha elección *es válida conforme a cualquier principio* dado que no se le aplica ninguno, y esto es justamente lo contrario a unas elecciones libres y limpias²⁴⁴. Y siendo así que tal principio es esencial a la democracia, y ésta a su vez es esencial a la estructura básica de la Constitución, la norma impugnada vulneraría esta estructura básica y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional.

En relación con la validez de las reformas en materia de legislación electoral, y sobre su posible incompatibilidad con la estructura básica de la Constitución²⁴⁵, el Tribunal Supremo declaró que al tratarse de una modificación de carácter legislativo, no se puede aplicar esta doctrina ya que la propia Constitución rige como límite al poder legislativo en virtud del principio de primacía constitucional, y al legislativo se le otorga tal capacidad en virtud del Art. 368, con una única limitación: la que deriva del respeto a los derechos fundamentales, conforme a su Art. 13. Consecuentemente, no será sino el Parlamento el encargado de fijar qué sea “práctica electoral corrupta” y qué no, incluso con carácter retroactivo.

²⁴³ *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* [Ref. Cit.] Párrafo 59. Ray.

²⁴⁴ *Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain* [Ref. Cit.] Párrafos 204-207. Khanna [Op. concurrente].

²⁴⁵ En este sentido, dos reformas legislativas vulnerarían la estructura básica de la Constitución, según la parte recurrida: [1] Representation of the People (Amendment) Act, 1974 (Central Act 58 of 1974); y [2] The Election Laws (Amendment) Act, 1975 (Central Act 40 of 1975).

En el caso en cuestión esto tenía implicaciones muy concretas. Puesto que la nueva definición legal de “candidato” requería haber presentado la documentación administrativa a tal efecto²⁴⁶, y dado que dicha documentación fue presentada por la Sra. Gandhi con posterioridad a la fecha en la que acreditadamente recibió ayuda de oficiales públicos, no podía considerarse que existiera práctica corrupta en este sentido. Lo mismo ocurría respecto al límite de gasto electoral: conforme a la nueva legislación no podía entenderse la comisión de práctica electoral corrupta, por lo que la elección de la Primera Ministra debía considerarse plenamente válida.

9.- MINERVA MILLS V. UNION OF INDIA (1980).

Durante los primeros meses de la emergencia, la principal preocupación del círculo de confianza de la Primera Ministra fue proteger su situación personal y política -algo que se había resuelto favorablemente en el caso *Indira Gandhi*-, de manera que la cuestión de los límites del poder constituyente había quedado momentáneamente en un segundo plano. Aunque no sería por mucho tiempo. El 1 de septiembre de 1976, todavía durante la emergencia, se presentaría para su debate en el Parlamento la enmienda cuadragésimo segunda²⁴⁷, con el propósito de modificar radicalmente la Constitución.

Estos cambios eran tan profundos que afectaban a prácticamente todas las cuestiones de relevancia constitucional, y por ese motivo se denominó informalmente a

²⁴⁶ Section 123(7) of The Representation of The People (Amendment) Act, 1975. La anterior redacción definía como candidato a “aquella persona que ha sido o afirma haber sido nominada candidata en cualquier elección y se considerará así desde el momento en que, con la elección a la vista, comenzó a tenerse a sí misma como posible candidata”. La redacción posterior objetivaba muy restrictivamente este concepto entendiendo que “candidato es aquella persona que ha sido o dice haber sido debidamente nominada como candidata en cualquier elección”.

²⁴⁷ Constitution (Forty-fourth Amendment) Bill, 1976 (Bill No. 91 of 1976), posteriormente numerada como enmienda cuadragésimo segunda.

esta enmienda “mini constitución”, o “Constitución de Indira”. Entre sus modificaciones y en lo que aquí nos interesa, se plantearon dos reformas: (1) una nueva redacción del Art. 368 confería al Parlamento «para despejar dudas» poderes ilimitados de reforma constitucional, sin posibilidad de revisión judicial sobre las correspondientes enmiendas²⁴⁸; y (2) se ampliaba el alcance de la excepción a la regla general del Art. 13 que establece la conformidad de todas las normas a los parámetros derivados del bloque de derechos fundamentales, excepción que conforme al Art. 31C se había establecido para dos únicos casos (los señalados en las letras (b) y (c) del Art. 39) y que ahora se extendía para cualquier Principio Directivo de la Política Estatal (Parte IV), lo que implicaba el absoluto predominio de estos principios sobre los derechos fundamentales de la Parte III.

Al Tribunal se le planteó en este caso la inconstitucionalidad de estas reformas constitucionales de acuerdo a la doctrina de la estructura básica. Y su respuesta fue contundente. Así, por una parte acordó por unanimidad la inconstitucionalidad del Art. 368 (5), al entender que, según se había declarado en *Kesavananda*, el Parlamento podía realizar cualquier reforma constitucional siempre y cuando respetara la básica estructura constitucional. Y comportando el carácter limitado del poder parlamentario de enmienda constitucional un elemento básico de esa estructura, «el Parlamento no puede, conforme al artículo 368, expandir su poder de enmienda hasta adquirir por sí mismo el derecho a derogar la Constitución o destruir sus básicas y esenciales características. El donatario de un poder limitado no puede por el ejercicio de ese poder convertir el poder limitado en

²⁴⁸ Al Art. 368 se le añadían dos apartados: (4) No amendment of this Constitution (including the provisions of Part III; made for purporting to have been made under this article (whether before or after the commencement of Section 55 of the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976) shall be called in question in any court on any ground. (5) For the removal of doubts, it is hereby declared that there shall be no limitation whatever on the constituent power of Parliament to amend by way of addition, variation or repeal the provisions of this Constitution under this article.

ilimitado»²⁴⁹. También por unanimidad acordó la inconstitucionalidad del Art. 368 (4) pues al impedir la revisión judicial de las enmiendas constitucionales, estaría dando lugar a que la legislación ordinaria aprobada por esta vía quedara también al margen de su revisión. Y esto dejaría en letra muerta el criterio de validez legislativo por el que se exige la conformidad de las normas con los criterios del bloque de derechos fundamentales (Parte III), algo que en última instancia, los convertiría en irrelevantes²⁵⁰.

Por otro lado, por una mayoría de 4-1 acordó la inconstitucionalidad de la reforma del Art. 31C, al considerar que aquí la principal controversia «se centra en la cuestión de si los Principios Directivos de la Política Estatal contenidos en la Parte IV pueden tener primacía sobre los derechos fundamentales de la Parte III de la Constitución. Ese es el meollo del asunto [...] pues el enmendado Art. 31C [...] establece que para una ley en ejecución de cualquier principio directivo no podrá cuestionarse su nulidad sobre la base de que viole los derechos conferidos por el artículo 14 o el artículo 19. Por consiguiente, la cuadragésimo segunda enmienda [...] subordina los derechos fundamentales conferidos por los artículos 14 y 19 a los principios directivos»²⁵¹ y tanto la Parte III como la Parte IV forman parte de un diseño integral e indivisible, que como ya se dijo en *Kesavananda*, debe constituir una estructura armoniosa. Algo que aquí se desarrolla en un sentido muy interesante: la armonía entre ambas partes -derechos individuales y principios directivos de afección colectiva- no debe interpretarse como una componenda entre elementos que expresan intereses contradictorios (lo individual y lo colectivo) sino conformarse como una cadena medial en la que los derechos individuales se orientan *por*

²⁴⁹ *Minerva Mills v. Union of India* [AIR 1980 SC 1789: 1981 SCR (1) 206]. Párrafo 22. Chandrachud y otros [Op. mayoritaria].

²⁵⁰ *Minerva Mills v. Union of India* [Ref. Cit.]. Párrafos 25-27. Chandrachud y otros [Op. mayoritaria].

²⁵¹ *Minerva Mills v. Union of India* [Ref. Cit.]. Párrafo 45. Chandrachud y otros [Op. mayoritaria].

su misma naturaleza hacia la consecución de aquellos fines colectivos. «La Constitución india se fundamenta sobre el equilibrio de las Partes III y IV. Otorgar primacía absoluta a una sobre la otra es perturbar la armonía de la Constitución. Esta armonía y equilibrio entre derechos fundamentales y principios directivos es una característica esencial de la estructura básica de la Constitución. Esto no es mera semántica [los derechos fundamentales] no son un fin en sí mismos sino medios para un fin. El fin se especifica en la Parte IV»²⁵².

Minerva Mills consolidaba así la doctrina de la estructura básica -en vigor hasta la actualidad- al concluir la turbulenta década de los setenta, años que para India estuvieron cargados de esperanza y decepción, y cuyas enseñanzas podrían resumirse en la necesaria búsqueda de ese equilibrio: lograr los objetivos del Estado Socialista al que se refiere la cuadragésimo segunda enmienda, y que se encuentran reflejados en la Parte IV nunca será posible si no aceptamos que el interés colectivo es una composición de intereses individuales, de manera que aquellos fines engloban necesariamente unos medios específicos y no cualesquiera otros. Como señaló el tribunal en una de sus más célebres citas: «tres artículos de nuestra Constitución, y sólo tres, se encuentran entre el cielo de libertad en el que Tagore quería que su país despertara y el abismo de poder desenfrenado. Son los artículos 14, 19 y 21 [derechos fundamentales y sus garantías]. El artículo 31C ha eliminado dos lados de ese triángulo dorado que ofrece al pueblo de este país una garantía de que la promesa del Preámbulo se llevará guiando una era igualitaria mediante la disciplina de los derechos fundamentales, es decir, sin emascarar los derechos de libertad e igualdad, únicos que pueden preservar la dignidad del individuo»²⁵³.

²⁵² *Minerva Mills v. Union of India* [Ref. Cit.]. Párrafo 61. Chandrachud y otros [Op. mayoritaria].

²⁵³ *Minerva Mills v. Union of India* [Ref. Cit.]. Párrafo 79. Chandrachud y otros [Op. mayoritaria].

10.- CONSISTENCIA PRAGMÁTICA.

Al igual que vimos con la certificación constitucional sudafricana, la doctrina de la estructura básica pretende acudir a los fundamentos de la autoridad soberana, interpeándolos para obtener un sentido prescriptivo, que es muy similar en relación a todos los sistemas políticos basados en la democracia liberal.

La conexión entre las dos doctrinas estudiadas -estructura básica y certificación constitucional- hasta ahora en este segundo capítulo es más que evidente, pero además el Tribunal Supremo sudafricano la recoge expresamente en su sentencia que resuelve negativamente el primer proceso de certificación²⁵⁴ dado que allí se identifican dos cuestiones: (a) por un lado, y antes de entrar a valorar la correspondencia o no del nuevo texto con las provisiones recogidas en cada uno de los treinta y cuatro principios de la Constitución Interina, *debía verificarse que el nuevo texto cumpliera con las premisas y estructuras básicas de esos principios constitucionales* -es decir, un umbral mínimo conformado por ciertos estándares democráticos básicos-, y solo después de verificar este punto, (b) el tribunal pasaría a analizar la concordancia del nuevo texto con los treinta y cuatro principios²⁵⁵.

Por otro lado, igual que afirmamos que la certificación constituía una verificación respecto a los elementos que sustentan racionalmente la autoridad, de forma que no

²⁵⁴ Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (CC) (6 September 1996).

²⁵⁵ Según KLUG, H. (2010, 154-157) esto quiere decir que, a pesar de la falta de provisión expresa en este sentido, el Tribunal Constitucional sudafricano entiende -en un sentido similar a la doctrina que a ese respecto mantiene el Tribunal Supremo de la India-, que cualquier reforma constitucional futura podrá ser objeto de control judicial respecto a su constitucionalidad, basándose en los estándares establecidos en las premisas y estructuras básicas de los treinta y cuatro principios constitucionales recogidos en la Constitución Interina. Los derechos fundamentales son parte de una tradición constitucional que trasciende un solo país y que conecta con la idea de humanidad (ubuntu), y es así como debe entenderse el mandato constitucional que refiere tener en cuenta el derecho internacional en el momento de la interpretación de los derechos fundamentales (Art. 39).

concederla equivalía a la constatación de la inconsistencia del poder constituyente al no cumplir con esos principios mínimos que lo definen como tal, aquí nos encontramos con la misma idea. En la India de finales de los años sesenta y setenta, tanto el gobierno como la mayoría del poder legislativo partían de un hecho que consideraban indiscutible: la desigualdad económica y la pobreza en la que se sumía una buena parte de la población hacían necesaria la implementación de medidas reales y efectivas de reforma agraria. Desde criterios orientados en un valor presente, la acción no se podía demorar pues el reparto de las tierras para hacer frente a la necesidad de la población era urgente. Sin embargo, desde criterios procedimental-sustantivos debe subrayarse como igualmente necesario proceder a ese reparto con medidas que no implicasen una expropiación confiscatoria y que, por tanto, respetasen el necesario equilibrio de derechos. Esto es así porque, nuevamente, los argumentos igualitarios que sustentan la autoridad democrática no justifican el sacrificio hasta la cosificación y anulación como individuos miembros de la colectividad de ninguna facción o persona individual. Toda ponderación debe servir para afirmar en última instancia los derechos colectivos, no para actuar contra una parte de la comunidad. Como vimos en el caso sudafricano, el deseo de revancha de una parte no justifica nunca su autoridad sobre la otra ya que la autoridad según el principio básico de asociación igualitaria de la que derivan los valores democráticos se ejerce siempre en beneficio de todas las partes.

El parlamento y el gobierno indio podrían haber procurado respetar tanto la urgencia del presente como los valores procedimentales habilitando mecanismos no confiscatorios que en última instancia hubiesen sido sufragados por todos, y en buena medida también la clase terrateniente. Sin embargo, se decidió no hacerlo porque al presentar unas medidas más directas y menos respetuosas con los procedimientos democráticos, se pretendía obtener un rédito electoral superior que el que se pudiese haber

obtenido simplemente llevando a cabo las medidas algo más lentamente. Y sin embargo, una distribución de los recursos que no respete los derechos de las minorías, nunca será justa porque nunca se sustentará en la autoridad democrática. Y aquellos en necesidad de un reparto justo que son circunstancialmente beneficiados por esa circunstancia son en realidad los primeros que deben temer frente a este tipo de decisiones arbitrarias, puesto que saben lo que es sufrir la arbitrariedad.

En este sentido, el respeto de los procedimientos siempre obedece a la misma lógica y los atajos del gobierno Gandhi tienen el mismo valor que las medidas punitivas de administraciones penales justicieras. Cuando la multitud abuchea al abogado defensor de un más que probable criminal, se olvida que la autoridad del *ius puniendi* se deduce del respeto a los derechos de todos -investigado incluido-, y ese respeto precisa cumplir con un procedimiento que demuestre suficientemente que tienen lugar las circunstancias objetivas que lo autorizan. El abogado defensor vela por los derechos de los que en ese momento le abuchean, pues le exige a la maquinaria penal esa actividad demostrativa y nada impide que mañana cualquiera de nosotros podamos ser investigados.

Al igual que sin respeto a los derechos individuales el procedimiento penal incurre en contradicción respecto de aquello que supuestamente persigue -que en última instancia no es sino proteger a todos los miembros de la sociedad-, de la misma manera, la distribución de los recursos en vulneración de los derechos de todos es también una contradicción, en concreto una autorrefutación pragmática de los argumentos que dicen sustentar su autoridad democrática.

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO CUATRO -

Austin, G. (1999). *Working a Democratic Constitution. The Indian Experience.* New Delhi: Oxford University Press.

Baxi, U. (1985). *Courage, Craft and Contention. The Indian Supreme Court in The Eighties.* Bombay: N.M. Tripathi Private Ltd.

Conrad, D. (1970). Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. *XV-XVI The Indian Yearbook of International Affairs*, 347-430.

Conrad, D. (1977-78). Constituent Power, Amendment and Basic Structure Doctrine of The Constitution: A Critical Reconsideration. *Delhi Law Review*, Vol. 6 & 7, 1-23.

Gae, R.S. (1967). Amendment of Fundamental Rights. *Journal of The Indian Law Institute.* Vol. 9. Number 4, Oct-Dec, 475-520.

Jayadevan, V.R. (2010). Interpretation of the Amending Clause: The Brawl between the Spirit of Natural Law and the Ghost of Analytical Positivism. A Comparative Overview of the American and Indian Experiences. *Hamline Law Review* 33, no. 2.

Klug, H. (2010). *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis.* Portland: Hart Publishing.

Noorani, A.G. (2006). *Constitutional Questions and Citizens' Rights. An Omnibus Comprising Constitutional Questions in India and Citizens' Rights, Judges and State Accountability.* Oxford: Oxford University Press.

Roales Buján, O. (2020-b). Democracia militante, nuevas perspectivas: los casos de España y la India. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 27.

Rao, K.S (1973). The Two Judgments: Golaknath and Kesavananda Bharati. *Supreme Court Cases*, 2 (Journal). Fecha de última consulta: 21/11/2019. Contenido on-line en http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com_content&itemid=1&do_pdf=1&id=401

CAPÍTULO 5. JAPON: LA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA REDACTADA POR FUERZAS DE OCUPACIÓN.

1.- HISTORIA CONSTITUCIONAL DE JAPÓN.

1.1.- LA DIPLOMACIA DEL CAÑONERO Y EL FIN DEL FEUDALISMO EN JAPÓN.

La llegada a las costas japonesas en 1853 de una imponente flota de guerra comandada por el Comodoro de la marina estadounidense Matthew C. Perry, supuso para Japón el fin de su aislamiento internacional y el golpe de gracia definitivo a un sistema feudalista que, en ese momento, se encontraba en crisis. Con su flota atracada en el puerto de Uraga y sus cañones apuntando a la ciudad, Perry rehusó abandonar ese puerto prohibido a extranjeros indicando a sus tropas que hicieran entrega a las autoridades japonesas, al tiempo que enarbolaban la bandera blanca, de una carta en la que les indicaba que, en caso de agresión serían completamente aniquilados. Una vez hecha esta advertencia, y a pesar de que había atracado en puerto el día 8 de julio, manifestó a dichas autoridades que procedería a celebrar el día de la independencia estadounidense mediante la descarga de una serie de salvas usando sus *setenta y tres cañones*.

Esta política intimidatoria forzó al shogunato a aceptar una salida honorable mediante la conclusión del Tratado de Kanagawa que, suscrito al año siguiente, daba por finalizada la era de aislamiento que Japón había mantenido por más de doscientos cincuenta años. Y así, tras Kanagawa el imperio japonés se vio compelido a suscribir con otras potencias extranjeras sendos tratados desiguales, y tan sólo cuatro años después, a

la firma del Tratado Harris de 1858, denominado de *Amistad y Comercio entre Estados Unidos y Japón*, por el que se profundizaba en la concesión de ventajas a los estadounidenses, entre ellas la extraterritorialidad para los extranjeros en territorio de Japón y la imposición de aranceles de cuantía simbólica.

La tradicionalista sociedad japonesa rechazó una situación que interpretó como una grave ofensa, de manera que cuando el Emperador se negó a sancionar los tratados dejó al shogunato en una situación muy complicada. Esta pérdida de legitimidad política, solapada a la grave crisis que arrastraba el modo de producción feudal, fue el detonante de un levantamiento que acabó con el régimen de poder dual en Japón: poder *militar y político* para el Shōgun (abreviatura de Sei-i Taishōgun, «*comandante en jefe del ejército contra los bárbaros*»), y poder *espiritual* para el Emperador.

Iniciado en 1603, El shogunato Tokugawa había basado su feudalismo en la más estricta delimitación de las clases, de forma que la movilidad entre clases se encontraba formalmente prohibida, aunque no era imposible. Se instauró el *Bakufu* o gobierno de los guerreros, relegando a la nobleza cortesana y al propio Emperador a un papel simbólico a pesar de ser considerado *literalmente* una divinidad viviente. Se desarmó al campesinado, otorgando a los samuráis el derecho exclusivo de portar espadas, una atribución que, aunque cargada de simbolismo, no era sólo simbólica pues les estaba permitido ajusticiar a cualquiera de un estamento inferior que no les guardara el debido respeto. Pero la jerarquía, percibida como valor moral proveedor de orden, sentido de pertenencia y seguridad, se extendía por la sociedad japonesa a todos los niveles, de manera que una fuerte estratificación permeaba también el interior de las propias clases e incluso las relaciones familiares. Y así, mientras el Shōgun detentaba el poder supremo, la mayoría de los guerreros samuráis tenían acceso a rentas muy bajas, por lo que hacían gala de frugalidad como un rasgo de carácter, lo que no sólo transmutaba en virtud la

necesidad, sino que efectivamente se correspondía con un sentimiento de clase fuertemente interiorizado, que representaba al guerrero como portador de valores espirituales y guardián de la hegemonía de esos valores sobre la materia.

Sin embargo, y a pesar del fuerte componente de cohesión social que comportaba el predominio de los valores de espiritualidad, lo cierto es que esta ideología no protegía a Japón de las inclemencias de la materia. Y así, tras la *Gran Hambruna de Tenpō* ocurrida entre 1832 y 1836, tuvieron que iniciarse las llamadas reformas Tenpō con el objetivo de atajar una crisis que se percibía con ramificaciones en los planos militar, religioso, económico-productivo y financiero, y que se extendían a todos los aspectos de la sociedad. Para ello, se introdujeron en 1842 una serie de medidas con el propósito de reducir el gasto público, acabar con las deudas y controlar los precios, iniciándose al mismo tiempo un movimiento filosófico y político que proponía una vuelta al pasado.

1.2.- LA RESTAURACIÓN DEL EMPERADOR MEIJI.

La crisis de legitimidad del shogunato, detonada por la imposición estadounidense de la apertura económica mediante tratados desiguales, debe situarse por tanto en el contexto de la formación, dentro del propio shogunato, de un movimiento favorable a la restauración del pasado que se denominó *sonnō joi* («venerad al Emperador, expulsad a los bárbaros»), expresión posteriormente utilizada como consigna del levantamiento contra el Shōgun Tokugawa. De esta manera, tras el derrocamiento del shogunato occidente interpretó -en un primer momento- que la restauración del poder imperial en 1868 era simplemente un movimiento de enroque, de ensimismamiento y estéril recordatorio de momentos más gloriosos. Sin embargo, los planes de la burocracia imperial eran muy diferentes, y de sus resultados hablaría el nombre póstumo del

Emperador Mutsuhito: *Meiji*, que puede traducirse como «gobierno de la luz» o «gobierno ilustrado».

Inmediatamente a la caída del shogunato los dominios feudales fueron abolidos y sustituidos por prefecturas, se eliminaron las distinciones basadas en el sistema de clases feudal, y el poder político -en manos de una oligarquía burocrática- emprendió radicales reformas al objeto de incorporar la tecnología y cultura occidental como defensa ante la agresión extranjera. Así, se consideró imprescindible dotar a Japón de un sistema legal occidentalizado, de forma que para la redacción de los códigos legislativos en materia civil y penal se contó con el auxilio de académicos franceses. Sin embargo, algunas cuestiones, sobre todo en lo relativo al derecho de familia, se entendieron incompatibles con la tradición japonesa, por lo que se acudió para este y otros asuntos al derecho germánico, aunque manteniendo influencias francesas. En cualquier caso, debemos tener en cuenta que el cambio de mentalidad que se precisaba para transitar desde un sistema legal basado en la costumbre como fuente principal del derecho a un sistema de derecho continental, fue de tal entidad que los redactores legislativos tuvieron incluso que inventar palabras japonesas referidas a nuevos conceptos, tales como “derecho” o “libertad”, así como crear la noción de derecho de propiedad sobre la tierra a fin de establecer un moderno sistema fiscal.

A pesar de que el gobierno Meiji no consideró, en un primer momento, necesaria la promulgación de una Constitución al estilo occidental, las críticas sobre el ejercicio excesivamente despótico del poder, así como las demandas para la creación de un cuerpo representativo, finalmente desembocaron en los trabajos de redacción de la Constitución Meiji, guiados por el modelo prusiano. En 1889, y con su redacción finalizada, la Constitución fue *otorgada* por gracia del Emperador, dado que uno de sus principios fundamentales era la soberanía imperial, al proceder su linaje directamente de la antigua

diosa del sol Amaterasu. Al Emperador se lo consideraba inviolable y sagrado, al ser de hecho, una divinidad viviente detentadora de la soberanía (Artículo 4), si bien se establecían débiles mecanismos tendentes a la separación de poderes y al establecimiento de una democracia parlamentaria. Así, la Dieta Imperial se configuraba como una asamblea bicameral compuesta de la *cámara de los pares* (integrada por la nobleza y miembros de la familia imperial y la *cámara de representantes* (elegidos por sufragio censitario muy restringido), debiendo asistir mediante su consentimiento al Emperador en el proceso legislativo (Artículo 5), que ostenta el derecho de veto (Artículo 6) y la facultad de legislar respecto a situaciones de emergencia (Artículo 8) así como sobre normas de desarrollo legislativo (Artículo 9). Por otra parte, se establece un Gobierno en el que el Primer Ministro no tiene una función destacada sobre el resto de ministros, de manera que no ejercerá ningún poder efectivo. Además, a pesar de que dicho gabinete ministerial debía, teóricamente, aconsejar al Emperador en el ejercicio de su actividad legislativa y ejecutiva, lo cierto es que dicha función se veía constantemente interferida por la actividad del Consejo Privado del Emperador, de lo que puede inferirse que los mecanismos para el ejercicio real y efectivo del poder político no se encontraba realmente descrito -o al menos no con el suficiente detalle- en el texto constitucional, manejándose de manera opaca a la opinión pública aunque siempre en nombre del Emperador, una figura de la que también desconocemos su verdadera implicación en los asuntos de gobierno, su iniciativa y su poder real de decisión.

Japón se modernizó con una celeridad y extensión extraordinarias, pasando de ser una economía agrícola feudalista a una industrializada y capitalista en menos de treinta años, de forma que a comienzos del siglo XX podía competir al nivel de las potencias occidentales. Ahora bien, la concentración capitalista necesaria para llevar a cabo esta reforma, sobre todo en lo referente a la industria pesada, tuvo lugar mediante el

establecimiento de conglomerados de empresas controladas por una sola familia en las que una empresa matriz -generalmente un banco- era propietaria de una sucesión de empresas subsidiarias que llevaban a cabo actividades monopolísticas conectadas en una cadena productiva. Cada conglomerado o *zaibatsu* no sólo ostentaba un enorme poder económico sino que podía llegar a controlar un partido político al que consideraba, a efectos prácticos como una subsidiaria más del conglomerado²⁵⁶, lo que añadía un nuevo nivel de complejidad informal respecto al ejercicio efectivo del poder político en el Japón de la era Meiji.

1.3.- OCUPACIÓN ESTADOUNIDENSE Y PROMULGACIÓN DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN JAPONESA.

Los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki condujeron a la rendición incondicional de Japón, ocupada por las fuerzas aliadas bajo el mando del General MacArthur en la Comandancia Suprema de las Potencias Aliadas (SCAP, por sus siglas en inglés), el 30 de agosto de 1945. El objetivo aliado era neutralizar completamente la capacidad militar japonesa y guiar al país hacia una transición democrática rápida y poco traumática. Para ello, se desmanteló el ejército imperial y se purgaron a todos los ultramilitaristas de empleos públicos y puestos gubernamentales, se disolvieron los conglomerados *zaibatsu*, se abolió la legislación restrictiva de derechos individuales y se inició una reforma agraria.

En 1946, el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente procesó por crímenes de guerra a 28 líderes políticos (delitos de Clase A) y a más de 10.000

²⁵⁶ Caso, por ejemplo, del partido político más influyente en el Japón de preguerra: el Rikken Seiyukai (Amigos del Gobierno Constitucional) públicamente financiado y bajo el control del grupo Mitsui.

soldados y oficiales por delitos de Clase B y C, de los que alrededor de mil terminaron condenados a muerte. Sin embargo, contrariamente a la opinión pública internacional, que clamaba por su procesamiento, el Emperador Hirohito no fue juzgado y permaneció en su puesto tras la declaración del *Ningen Sengen*²⁵⁷ al considerársele esencial para implementar las políticas de ocupación al dotarlas con su marchamo imperial de un carácter simbólico de continuidad. Por este motivo, MacArthur ni siquiera tuvo en cuenta la posibilidad de que abdicara en favor de una regencia, tal y como se llegó a plantear en el Consejo Privado. Los restantes miembros de la familia imperial con responsabilidad en la guerra gozaron de la misma impunidad.

Ahora bien, para la SCAP uno de los puntos clave para la consecución de estas políticas pasaba por llevar a cabo una profunda reforma constitucional, algo que el gobierno japonés no consideraba necesario al entender que un cambio interpretativo sería suficiente para implementar la democracia requerida. Sólo tras reiteradas presiones de los ocupantes aliados, el gobierno encargó el estudio del asunto a una comisión técnica que concluyó que sólo se precisarían reformas constitucionales mínimas. Las conclusiones del estudio fueron publicadas por el gobierno sin el visto bueno aliado con la finalidad de dar por resuelto el problema. MacArthur tomó entonces la iniciativa, ordenando preparar el borrador de una nueva Constitución que se basara en: (1) el principio de la soberanía popular, (2) la renuncia a la guerra y prohibición de las fuerzas armadas, (3) el desmantelamiento del sistema feudal y (4) la implantación de un sistema democrático institucional que reconociera derechos individuales y sus garantías. Redactado

²⁵⁷ El 1 de enero de 1946, el Emperador Hirohito suscribió bajo sugerencia aliada un decreto imperial conocido como *Ningen Sengen* (en castellano, *declaración de humanidad*) en el que manifestaba que los lazos que lo unían con su pueblo habían sido siempre basados en el afecto y confianza mutua. *Y no basados en la creencia falsa respecto a su divinidad y a la superioridad del pueblo japonés sobre otras razas.* Se trataba de un intento de reescribir el pasado aparte de renuncia formal a ser tratado como un dios viviente que, en todo caso, no constituía renuncia alguna respecto a su pretendida vinculación genealógica con la diosa Amaterasu.

enteramente por el equipo técnico de la comandancia aliada, el borrador constitucional fue preparado y remitido al gobierno en tan solo ocho días, con la advertencia de que si no lo aceptaban y presentaban inmediatamente a la asamblea legislativa y a la opinión pública como si se tratase de un documento propio, la comandancia aliada lo haría público. Todo el *establishment* nipón, incluidos los miembros del gobierno, conocía perfectamente qué significaba esa amenaza: colocar la reforma constitucional como foco de interés principal en las inminentes elecciones conllevaría perderlas frente al bloque socialista favorable a la reforma. Ante esa disyuntiva, el gobierno accedió. Siguiendo el procedimiento recogido en el Artículo 73 de la Constitución Meiji, procedió a someter el borrador al Consejo Privado y posteriormente a la Dieta Imperial resultado de las primeras elecciones de posguerra, introduciéndose entonces ligeros cambios respecto al texto inicial. Aprobada por el Emperador el 29 de octubre de 1946, la actual Constitución de Japón se promulgó y entró en vigor el 3 de mayo de 1947.

El inicio de la Guerra de Corea en 1950 supuso, sin embargo, importantes cambios en la política de ocupación: la SCAP prohibió la huelga para empleados públicos, obteniendo además de los gobiernos locales la promulgación de ordenanzas sobre seguridad pública que limitaban las manifestaciones. Al desplazar sus tropas a Corea, MacArthur ordenó la creación de la Reserva Nacional de Policía, que contaba con verdaderos efectivos y material militar, aunque bajo nombres civiles para no vulnerar formalmente la prohibición constitucional de rearme. Así, los tanques se denominaron “vehículos especiales” y los militares del antiguo ejército imperial pasaron a ser “policías en la reserva”. Como elemento importante de este giro político, la comandancia aliada permitió a los ultra-militaristas previamente purgados que regresaran a ocupar sus anteriores puestos, iniciando la llamada *purga roja* por la que se expulsó del sector público y de las principales empresas a todo el que fue considerado simpatizante

comunista. Y así, a punto de comenzar la Guerra Fría y con Japón plenamente alineado en el bloque occidental, la ocupación aliada concluye el 28 de abril de 1952, fecha de entrada en vigor del Tratado de San Francisco por el que Japón había suscrito la paz con 49 países.

2.- CONSISTENCIA PRAGMÁTICA.

Para los intereses del bloque occidental durante la Guerra Fría, Japón constituyó una pieza importantísima del tablero geopolítico por lo que para Estados Unidos no solo se propuso como objetivo prioritario durante la ocupación -tal y como hemos visto- la instauración de un sistema de democracia liberal en el país, sino que durante las décadas posteriores se ocupó de garantizar su estabilidad política, aun a costa de la propia democracia japonesa. Así, tal y como publicó el diario *New York Times* en 1994, el servicio de inteligencia estadounidense (CIA) durante los años cincuenta y sesenta gastó millones de dólares en una campaña encubierta de apoyo y financiación del conservador Partido Liberal Democrático (PLD), al objeto de afianzarlo en el poder.

Esos intereses geoestratégicos dictaron: **(1)** la imposición en la práctica de una Constitución redactada por técnicos estadounidenses, que si bien era vista con buenos ojos por la mayoría de la población, se trataba de un documento otorgado, del que la sociedad japonesa no había sido partícipe en ninguna medida; **(2)** la impunidad y continuidad en el poder de la élite japonesa (personajes influyentes con probada responsabilidad en las políticas imperialistas japonesas que condujeron a la guerra, tales como destacados miembros de la familia imperial y el propio Emperador) y **(3)** la continuidad de su rígido sistema de movilidad social, que en la actualidad continúa siendo cuasi-estamental.

Estas circunstancias provocaron: **(1)** el desarrollo de un sistema de *clientelismo* político generalizado; **(2)** una *corrupción* que podría calificarse como estructural y que se extiende a todos los niveles -tanto político, administrativo, como empresarial-, de la que existen numerosas evidencias, tales como el caso *Lockheed* durante los años setenta (por el que se condenó a prisión al Primer Ministro Tanaka en 1983) y el escándalo *Recruit Co.* en los noventa (trama de sobornos e información privilegiada en la que se encontraban involucrados el Primer Ministro Takeshita y el anterior Primer Ministro Nakasone, además de destacados miembros del gobierno y de la oposición); y **(3)** una gran ineficiencia económica provocada por estas dos cuestiones.

Este clima político ha favorecido tradicionalmente el abstencionismo y la desafección ante un sistema político que la ciudadanía percibe como algo muy distante y que funciona de manera autónoma, mayormente por razones técnicas o vinculadas con las élites políticas y económicas. Existe un importante sector de población que acepta el relato fundacional democrático -igualdad, autonomía individual y principio de soberanía popular- de manera muy superficial, y aunque en Japón sería muy necesaria la aprobación de un profundo programa de cambios económicos, políticos y sociales que profundizasen en la democracia, ningún cambio se ha planteado seriamente con excepción de la reciente propuesta de reforma constitucional para modificar su carácter pacifista. Por todo esto, no nos sorprende que en el Índice de Democracia, informe publicado anualmente por *The Economist Intelligence Unit* en el que para el año 2016 ha analizado la calidad democrática de 165 estados independientes y dos territorios, Japón haya obtenido una baja puntuación (7,99) que según la clasificación del informe lo sitúa como “democracia imperfecta” (flawed democracy).

Las causas de esta evidente desafección, añadidas a la influencia de la tradición cultural japonesa, pueden rastrearse hasta ese momento constituyente que no respetó los

más mínimos presupuestos de consistencia pragmática. Así, tan contradictorio es que los representantes democráticos del pueblo no afirmen su legitimidad, prefiriendo sustentar la soberanía dinástica de la Constitución Meiji, como que los altos mandos de unas fuerzas de ocupación militar pretendan que esos representantes reconozcan su propia autoridad democrática forzando su voluntad. Actuar tanto en un sentido como en el otro, constituye una evidente refutación de los argumentos que supuestamente sustentan la autoridad del poder democrático soberano y de sus supuestos representantes. Y aquí nuevamente está en juego la necesidad urgente que se origina por un difícil momento presente, que requiere soluciones orientadas a ese momento, pero sobre las que no se observan los debidos procedimientos que deben ser la expresión de los valores que justifican la autoridad que tomará esas decisiones urgentes.

Podría objetarse que el respeto a los procedimientos sustantivos no es sino en última instancia una acción en el presente que se demora en atención de un horizonte futuro y eso es lo contrario de la presentificación de la justificación moderna. Sin embargo, la clave del encaje entre los valores del presente y los valores procedimentales sustantivos se encuentra en que estos últimos ya son una acción actual con efectos verificables en el momento, por mucho que se quiera plantear el cumplimiento de los valores procedimentales como un falso dilema que comportaría una especie de ahora o nunca. La autocontradicción que supone el reiterado incumplimiento de los valores democráticos por parte de la autoridad supuestamente sustentada por esos mismos valores, debe tener lógicas consecuencias en la percepción de su función y su legitimidad. Si, como decíamos, el poder soberano democrático se sustenta en la coherencia interna de su acción política, una constante autorrefutación comportará desafección y un general descreimiento respecto a la fundamentación de la convivencia que quizá en sociedades como la japonesa puede sustituirse en la práctica mediante viejos esquemas tradicionales,

pero estos podrían dejar de funcionar en el caso de una crisis económica de la suficiente entidad como para cuestionar la legitimidad de resultados sobre la que actualmente se sustenta la clase política japonesa.

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO CINCO -

Benedict, R. (2003). *El Crisantemo y la Espada*. Madrid: Alianza Editorial.

Matsui, S. (2011). *The Constitution of Japan*. Oxford: Hart Publishing.

Roales Buján, O. (2019b). Estado del Japón. En Gordillo Pérez, L.I. (Ed.) *Sistemas constitucionales europeos y comparados*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.

Rothacher, A. (1993). *The Japanese Power Elite*. New York: MacMillan Press.

Woodall, B. (1996). *Japan under Construction: Corruption, Politics, and Public Works*, Berkeley: University of California Press.

CAPÍTULO 6. EL IMPOTENTE PODER CONSTITUYENTE: LA REBELIÓN DE THOMAS DORR EN EL ESTADO DE RHODE ISLAND.

Este conflicto larvado durante años trascendería «la mera disputa sobre la extensión de las restricciones al sufragio [...] La cuestión principal era constitucional [y esto] no meramente implica cuestiones sobre la validez de ciertas leyes o acciones durante los tres años que duró la disputa; el punto principal en cuestión era la elaboración de una Constitución para el estado. [...] Las cuestiones pronto surgirían: *¿Quién es el pueblo? ¿No tiene el pueblo un derecho a promulgar constituciones para su gobierno?»*²⁵⁸.

En la mañana del tres de mayo de 1842, cientos de visitantes llegados desde el interior del estado se congregaron en la ciudad atlántica de Providence a fin de asistir y ser testigos de un evento extraordinario. Muchos sentían que se trataba de un acontecimiento histórico, quizá el de mayor trascendencia desde la revolución, en todo caso el de mayor carga emocional, para los habitantes del estado estadounidense de Rhode Island. Amplios sectores sociales sentían gran expectación tras décadas de una espera que, hasta el desarrollo de los acontecimientos recientes, había resultado infructuosa. En los discursos y las conversaciones de aquellos días se repetía frecuentemente la misma palabra, esa que figuraba en el escudo estatal como lema inscrito en azul, bajo el ancla dorada circundada por las trece estrellas: *esperanza*.

²⁵⁸ Mowry, A.M. (1901), 4.

Acompañados de la usual parafernalia patriótica -banderas, banderines, pancartas, estandartes y escarapelas- un desfile de casi tres mil personas según los medios locales abarrotaba las calles de la capital. Habían acudido a Providence para asistir al discurso inaugural de toma de posesión de Thomas Wilson Dorr como nuevo Gobernador de Rhode Island, desoyendo el aviso que los tres jueces de su Tribunal Supremo habían emitido solo dos meses antes mediante una carta abierta a la ciudadanía. En un inusual comunicado, los más altos jueces de ese estado habían hecho públicas una serie de consideraciones, entre las que se recogía la siguiente advertencia: dado que la autodenominada Constitución del Pueblo era ilegal, cualquier intento de llevarla a efecto constituiría delito de traición al Estado, así como traición al Gobierno Federal de los Estados Unidos de América.

Dadas las circunstancias, y considerando el clima de tensión y amenazas de los últimos meses, el despliegue era impresionante: encabezados por una banda de música, compañías de milicianos armados, así como de representantes de distintos oficios, desde obreros y artesanos a comerciantes, constituían una congregación multitudinaria. Sobre todo teniendo en cuenta la magnitud de este tipo de actos en un estado donde los terratenientes -es decir, los ciudadanos con derecho al voto- se contaban en total en torno a diez mil .

Sin encontrar resistencia de ningún tipo, la comitiva partió desde High Street en dirección a la sede de la Cámara Estatal de Representantes, donde se suponía que tendría lugar el acto. Sin embargo, una vez llegados allí nadie se atrevió a forzar la entrada del edificio, que en aquel momento se encontraba vacío y prácticamente sin vigilancia. Testigos que comparecieron en el proceso en el que Dorr fue posteriormente juzgado y condenado por delito de traición, declararon que el recién elegido Gobernador intentó persuadir a sus partidarios para ocupar dicha asamblea legislativa, algo que fue rechazado

tras cierta deliberación, optándose por continuar el desfile hasta una fundición a medio construir, llena de goteras y en un deplorable estado, donde finalmente se llevó a cabo la jura del cargo y el discurso inaugural. Esta prudencia excesiva quizá supuso la puntilla definitiva, la pérdida del impulso que el movimiento sufragista de Dorr había adquirido durante los últimos años. Algo que parece difícil de entender, al menos a simple vista. ¿Cómo fue posible que hombres que colocaron ilegalmente urnas por todo Rhode Island para aprobar una nueva Constitución y luego un nuevo Gobierno estatal paralelo, arriesgándose a condenas por traición que suponían hasta cadena perpetua, no se decidieran a forzar ahora una cerradura? *Era como si hubiesen pretendido hacer la revolución, pero siguiendo en todo lo posible los trámites legales.*

1.- ANTECEDENTES.

Para entender los antecedentes de lo que podríamos calificar -a pesar de su carácter incruento- como la primera guerra civil estadounidense, tenemos que remontarnos a 1663. En aquel año, el Rey Carlos II de Inglaterra otorgó a la colonia de *Rhode Island y Plantaciones de Providence* una Carta de autogobierno muy avanzada que garantizaba, entre otras cosas, la libertad religiosa. Conforme a dicha Carta, *sólo los propietarios de tierras tenían derecho a elegir a sus representantes* para el gobierno de la colonia, aunque sin contemplar expresamente un procedimiento para su modificación o reforma al tratarse de una Carta otorgada. Desde su fundación veintisiete años antes por Roger Williams -colono expulsado de la Bahía de Massachusetts por sus creencias religiosas-, la ciudad de Providence se había asociado a la libertad religiosa y de expresión, y en particular al derecho a manifestar la discrepancia. Fiel a esos principios, Rhode Island había procurado con celo aumentar su autogobierno y así, fue la primera de las trece colonias en declarar

su independencia respecto a la Corona Británica, y la última en ratificar la Constitución federal para su incorporación a los Estados Unidos en 1790, al haber exigido que previamente se le garantizase la incorporación de una Carta de Derechos (*Bill of Rights*) en el texto constitucional. Y precisamente esta aspiración de máxima autonomía, que motivaba su desconfianza en sus relaciones con el exterior, influyó en la decisión de mantener la Carta Colonial de 1663, adoptándola sin cambios sustanciales como Constitución del nuevo estado, dado que la limitación del derecho de sufragio a los propietarios de tierras se consideraba una razonable y necesaria traba a la participación política de inmigrantes o de personas sin suficiente arraigo, que pudieran poner en peligro ese autogobierno.

Tiene sentido que una Carta Colonial, al ser otorgada por el monarca, no contenga provisión alguna sobre su modificación. Si el monarca retiene el poder que se ejerce en su nombre, sólo corresponderá a éste -y sin restricción alguna- la capacidad para su modificación, sustitución o incluso revocación de esta Carta, entendida como autolimitación voluntaria. Además, desde la perspectiva del monarca, cabe afirmar que no sólo tiene sentido sino que es *prudente* no dar excesivas explicaciones en una Carta otorgada en relación al origen y legitimación del propio poder. Una Carta en la que se especificara que su procedimiento de reforma pasaba necesariamente por una nueva decisión del monarca conforme a un determinado procedimiento, podría dar a entender que, a partir de entonces, el poder derivaba de las especificaciones de la Carta misma, situando tanto a súbditos como a monarca bajo su dominio, -reproduciendo el viejo debate medieval acerca de si Dios se guía por las reglas de la razón, y si de hacerlo así se vería afectada su omnipotencia-. Una cuestión especialmente sensible para la recién restaurada monarquía inglesa, y sobre la que, por tanto, era completamente inoportuno pronunciarse.

Ahora bien, tras la Guerra de Independencia esta situación cambia radicalmente. La decisión de los revolucionarios, *en su calidad de representantes del pueblo soberano*, de trasponer la Carta Colonial en texto constitucional estatal -eliminando exclusivamente las referencias al monarca y su lealtad debida-, implicaba efectivamente para ese mismo poder del pueblo soberano, su capacidad de modificarla o reformarla eventualmente, incluso sustituyéndola por completo llegado el caso. Y de ese modo, que entonces tampoco se especificara procedimiento para su reforma ya no quería decir que no pudiese reformarse, ni que el pueblo careciese de esa capacidad o renunciase a ese poder. Como la Carta no contenía otra cosa y nada al respecto se había añadido, debía entenderse que el ejercicio de ese poder constituyente popular quedaba formal y procesalmente en manos de sus legítimos representantes, tales como habían sido descritos en la Carta que, por decisión popular, había mutado en texto constitucional. O al menos esta sería, durante los siguientes cuarenta años, la interpretación que esos representantes dieron a la cuestión de la reforma constitucional. Y así, no cabe pensar que tal omisión a la hora de explicitar un procedimiento de reforma se debiera a un olvido o descuido, sino nuevamente a una decisión de fondo: situar la soberanía en sede legislativa trascendía lo estrictamente procedimental respecto al control del diseño constitucional futuro, que quedaba objetivamente en manos de las poblaciones rurales del estado en detrimento de las industriales, favoreciendo a propietarios de tierras respecto a los demás ciudadanos, entre los que se encontrarían los provenientes de las sucesivas olas migratorias que iban a ser necesarias para mantener la pujante producción industrial de las grandes ciudades. Una decisión, además, que se justificaba en defensa de la democracia con los mismos argumentos utilizados en aquel momento por los defensores del sufragio restringido en todos los estados de la Unión, dada la falta de preparación intelectual e inexistente cultura democrática que se achacaba a la población inmigrante.

En relación con el derecho al voto, las trece colonias británicas de América del Norte se habían regido por el patrón de la metrópoli. Así, para participar en la elección de sus respectivas cámaras de representantes, cada elector en las colonias -al igual que ocurría en la metrópoli-, debía justificar la propiedad de tierras en valor suficiente al objeto de acreditar dos cuestiones: independencia y arraigo. Históricamente, mediante el aseguramiento de estas dos condiciones se pretendía propiciar una decisión colectiva que fuese al mismo tiempo racional y orientada al bien común del territorio concreto. En primer lugar, el criterio de la *racionalidad* se derivaba de la independencia económica de los electores, que teóricamente debía posibilitar dos aspectos: la deliberación individual -que daría lugar a un voto informado- y las garantías frente a la corrupción. Se consideraba muy difícil poder emitir un voto informado sin los suficientes medios económicos que garantizaran una vida por encima de la mera subsistencia, pues la deliberación requiere de tiempo y recursos. Pero al mismo tiempo, esos recursos constituían una garantía imprescindible para la formulación colectiva de una decisión no forzada ni mediatizada por terceros, pues si bien no se podía impedir la corrupción a nivel individual, el incremento en el precio de cada voto conllevaría que la manipulación a una escala electoralmente relevante mediante la compra de votos deviniera económicamente inviable. En segundo lugar, la agregación de los intereses individuales de cada votante sólo precipitaría en el denominado *bien común* para un territorio concreto si esos electores mantenían su interés individual vinculado a dicha demarcación territorial, algo que en principio quedaría acreditado mediante la propiedad inmueble que asociara sujeto y territorio.

Hoy en día estos argumentos no parecen servir para justificar el sufragio censitario sino que ponen de manifiesto la necesidad de superar la igualdad formal como presupuesto de la democracia misma, y sin embargo debemos tener en cuenta el contexto

de gran desigualdad en que se formularon. Durante la primera mitad del siglo diecinueve, la relación de supeditación que se creaba entre el dueño de la fábrica y sus trabajadores no encontraba limitación de ningún tipo, y tampoco existían los más elementales mecanismos que garantizaran el voto secreto. Si además consideramos el caso particular de la industrializada Rhode Island, donde a la papeleta de cada partido le correspondía un color característico²⁵⁹ -de manera que resultaba bastante fácil saber qué votaban deudores, inquilinos, empleados y otras personas bajo algún tipo de relación de dependencia-, quizá podamos entender las razones que motivaron a los pequeños propietarios de tierras de aquella colonia rebelde para constituirse en la más decidida oposición a la ampliación del sufragio. Unas razones que derivaban de un conflicto social complejo, que no era exclusivamente el resultado de la básica oposición de intereses de clase, sino que además se veía afectado por otras dos relaciones de oposición que actuaban concurrentemente respecto a la primera: por una parte, la existente entre protestantes autóctonos con mayor cultura democrática, frente a inmigrantes católicos de procedencia irlandesa, imagen típica del obrero conservador, fácilmente manipulable y con mentalidad propia del antiguo régimen; por otra, la oposición entre la propiedad rural (de pequeños propietarios autónomos) y la urbana-industrial (grandes concentraciones de capital en el estado más industrializado de toda la Unión).

En todo caso, las limitaciones económicas propias del modelo de sufragio restringido importadas de la metrópoli nunca tuvieron la misma repercusión en las colonias, probablemente debido a la gran disponibilidad de tierras, así como a la creciente expansión del pensamiento democrático e igualitarista. Y así, por ejemplo, en la Carta de Rhode Island se reservaba el voto para aquellos propietarios -y sus primogénitos- de tierras valoradas en al menos 40 libras o arrendadas por al menos 40 chelines al año, un

²⁵⁹ Coleman, P.J. (1963), 268.

requisito que en 1788 cumplía alrededor del 60 por ciento de los varones adultos²⁶⁰, una cifra muy elevada si la comparamos con el 17,2 por ciento de Gran Bretaña en 1754 o el 12,7 por ciento de Inglaterra y Gales en la década de 1820²⁶¹. Este diferente acceso a la propiedad en los recién creados Estados Unidos, propició tras la independencia una rápida evolución del sufragio restringido. En 1792, año de la reelección de George Washington, siete de los quince estados habían ya abolido el requisito de la propiedad y en al menos otros tres la inflación había dejado prácticamente sin efecto dicha restricción, siendo así que el requisito del pago de impuestos, aunque subsistía, suponía un obstáculo mucho menor. Y aun cuando el sufragio restringido todavía tenía implantación, el principio del sufragio universal masculino se fue extendiendo gradualmente, de manera que para 1812 casi todos los adultos varones blancos podían ejercer el derecho al voto sin demasiada dificultad a lo largo de quince de los dieciocho estados de entonces, constituyendo la única excepción Rhode Island, Luisiana y Virginia²⁶². *Tras 1830, y después de que Virginia aboliera el requisito de la propiedad de la tierra, Rhode Island permanecerá como único estado en el que se mantiene dicha exigencia con carácter general.*

A pesar de que durante las primeras décadas de la República se habían sucedido por parte de los sufragistas de Rhode Island diversos intentos para hacer llegar a la cámara legislativa del estado la propuesta de una reforma constitucional, ninguno había prosperado. La ansiada reforma constitucional que debía acometer la ampliación del cuerpo electoral se sentía cada vez más necesaria por cada vez más amplios sectores de la sociedad rodislandesa, sobre todo tras la promulgación de la nueva Constitución de Virginia en 1830. Y sin embargo, y a pesar de que en los Estados Unidos del Presidente

²⁶⁰ Ratcliffe, D. (2013), 226.

²⁶¹ *Ibidem.* 221.

²⁶² *Ibidem.* 233.

Andrew Jackson el clima era muy favorable a las reformas democráticas, los legisladores del estado de Rhode Island siguieron ignorando sistemáticamente las peticiones sufragistas. La representación bipartidista -a pesar de contar con un importante número de independientes- había demostrado ser absolutamente incapaz de procesar las demandas de la población de las grandes ciudades, que exigían el derecho al voto, y esta situación se enquistaría a lo largo de la década de 1830 sin vislumbrarse alternativas para el cambio.

2.- LA REBELIÓN.

Para hacer frente a este bloqueo político, en enero de 1840 comenzó a distribuirse por todo el estado un panfleto denominado *“Discurso a los Ciudadanos de Rhode Island a los que se les ha denegado el derecho de sufragio”* suscrito por la Primera Asociación Para la Reforma Social de Nueva York, supuestamente vinculada al Partido Demócrata del entonces Presidente de los Estados Unidos, el también neoyorquino Martin Van Buren. En este panfleto se invitaba a la ciudadanía a celebrar elecciones en las que participaran todos los ciudadanos hombres mayores de veintiún años para la elección de delegados para una convención estatal, de manera que si el número de votos emitido superara al emitido para la última elección de representantes al Congreso, «entonces la convención representará, incuestionablemente, a la mayoría del pueblo y por tanto, tendrá incuestionablemente el derecho soberano de aprobar una Constitución para el estado»²⁶³. Este respaldo desde ámbitos -aunque sea informales- del poder federal fue determinante para la creación de diversas asociaciones sufragistas que se extendieron por todo el estado, de forma que para la primavera de 1841 cada núcleo de población importante en

²⁶³ Mowry, A.M. (1901), 48.

el estado de Rhode Island contaba con la suya propia, todas con el propósito expreso de llevar a efecto un proceso constituyente al margen de la legalidad establecida.

No se demoraron, y entre octubre y noviembre de 1841 se celebró la convención que aprobaría el borrador constitucional, posteriormente sometido a referéndum popular entre los días 27 y 29 de diciembre de 1841. De entre una estimación total de 23.142 ciudadanos adultos blancos en todo el estado, habrían participado en la consulta 13.944, de los cuales sólo 52 votaron en contra, pues los partidarios de la Carta Colonial habían llamado al boicot del referéndum. Tras el recuento los sufragistas consideraron ratificada la llamada “Constitución del Pueblo”, al haber obtenido un resultado que no sólo superaba ampliamente la mayoría absoluta respecto al número total de ciudadanos blancos mayores de edad (incluyendo aquellos sin derecho al voto) sino también respecto al total de ciudadanos con derecho a voto según el sistema cartista (exclusivamente considerados)²⁶⁴.

Dado que el referéndum se había celebrado al margen de la legalidad cartista, las instituciones no reconocieron su validez. En este sentido, el Tribunal Supremo del estado fue requerido por un grupo de ciudadanos a fin de que manifestara su opinión, que fue expresada por unanimidad de sus tres jueces en una inusual carta abierta a la ciudadanía en la que se recogían las siguientes advertencias: «que la convención que redactó la “Constitución del Pueblo” se reunió sin fundamento legal; que en su redacción procedieron sin fundamento legal; que los votos a favor de la misma se emitieron sin fundamento legal, y por mucho que puedan ser una expresión de la opinión pública, en vez de ley suprema, carecen de carácter vinculante alguno; que ningún acto en ejecución de la misma podrá justificarse o excusarse por su obediencia; y que cualquier intento de

²⁶⁴ Los ciudadanos con derecho al voto constituían aproximadamente el 40% del total de blancos mayores de edad, lo que suponía algo más de nueve mil. En el referéndum habrían votado afirmativamente casi cinco mil ciudadanos con derecho al voto (un poco más de la mitad del total).

llevarla a efecto por la fuerza constituirá traición al estado». Es decir, que la autodenominada *Constitución del Pueblo* era ilegal y cualquier intento de llevarla a efecto constituiría delito de traición al estado, así como traición al Gobierno Federal de los Estados Unidos de América.

Al mismo tiempo, el gobierno cartista empezó a tomar la iniciativa, y a pesar de que hasta entonces había desatendido las peticiones de los dorritas, comenzó a componer una nueva legitimidad mediante la convocatoria de una convención constitucional propia, a pesar de que, como ya hemos visto, la Carta Real no contemplaba esa posibilidad. Además, en una política que hábilmente mezclaba el palo y la zanahoria, las instituciones cartistas obtuvieron el respaldo del Presidente de los Estados Unidos, que invocó una ley del Congreso de 1795 para declarar que las fuerzas federales estarían dispuestas a intervenir militarmente para asistir, en caso necesario, al gobierno de la Carta contra los rebeldes.

Ambas cuestiones, añadidas a la referida falta de determinación revolucionaria de los dorritas, sirvieron para desmontar la rebelión que se saldó sin víctimas por ninguno de los bandos. Thomas Dorr, aun considerándose Gobernador del estado de Rhode Island, se exilió en Nueva York por una corta temporada, para posteriormente entregarse en octubre de 1843. Sería entonces juzgado por rebelión y condenado por el Tribunal Supremo estatal a trabajos forzados de por vida. Del clamor popular ante lo riguroso de esa condena se hicieron eco los legisladores estatales, que aprobaron una ley de amnistía general que resultó en la liberación de Dorr, habiendo cumplido sólo doce meses de su condena. En cualquier caso, su salud se había resentido mucho y Dorr terminó falleciendo poco después. Sin embargo, su rebelión tuvo consecuencias: en 1843 una nueva constitución que declaraba el sufragio universal masculino fue aprobada y ratificada popularmente.

En la actualidad, y de manera simbólica, el gobierno del estado de Rhode Island lo reconoce oficialmente como uno de sus gobernadores.

3.- LA DOCTRINA DE LA CUESTIÓN POLÍTICA: LUTHER V. BORDEN (1849).

Martin Luther, que había tomado parte de la rebelión de Dorr, fue arrestado por las autoridades cartistas, que procedieron al registro de su domicilio, dos cuestiones para las que Luther negaba que se encontrasen sustentadas por la legalidad vigente, dado que sólo reconocía a Dorr como legítimo Gobernador. Luther argumentaba que el gobierno cartista no reunía los requisitos constitucionales que exige el Artículo IV, Sección 4 de la Constitución (*guarantee clause*): «los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cada uno en contra de invasiones, así como contra los disturbios internos, cuando lo soliciten la legislatura o el ejecutivo (en caso de que no fuese posible reunir a la legislatura)» y que por tanto, era un gobierno ilegítimo que no podía ser reconocido constitucionalmente.

El Tribunal Supremo responderá a esta cuestión mediante su doctrina de la cuestión política: «Judicial power presupposes an established government capable of enacting laws and enforcing their execution, and of appointing judges to expound and administer them. The acceptance of the judicial office is a recognition of the authority of the government from which it is derived. And if the authority of that government is annulled and overthrown, the power of its courts and other officers is annulled with it. And if a State court should enter upon the inquiry proposed in this case, and should come to the conclusion that the government under which it acted had been put aside and displaced by an opposing government, it would cease to be a court, and be incapable of pronouncing a judicial decision upon the question it undertook to try. If it decides at all

as a court, it necessarily affirms the existence and authority of the government under which it is exercising judicial power». ²⁶⁵ Es decir, no se puede actuar como tribunal que deriva su autoridad de un determinado régimen político para, en ese ejercicio, negar la autoridad de ese régimen, pues esto implicaría incurrir en una autocontradicción evidente. Nuestra posición que amplía este argumento en lo que hemos denominado *consistencia pragmática* añade que, para cualesquiera poderes democráticos -ya sea un poder constituyente originarios o derivado, o incluso cualquier tipo de poder instituido- se incurre en la misma autocontradicción cuando en vez de negar la fuente que sustenta el origen del poder que se ejercita, se niega su fundamento. Es decir, se niegan -o en todo caso se refutan mediante una actividad con contenido pragmático- los valores que, a modo de argumentos dotados de coherencia interna, sustentan la autoridad que sirve para legitimar el poder que se ejerce.

4.- CONSISTENCIA PRAGMÁTICA.

En el sentido que estamos indicando, la rebelión de Dorr como acto revolucionario no puede sustentarse en el enjuiciamiento de ningún poder institucional, pero desde ese movimiento sí parece del todo legítimo alegar a la falta de consistencia interna del régimen cartista, que como bien se afirmaba por Luther, no cumplía claramente con los presupuestos de gobierno republicano sobre los que pretendidamente sustentaba su autoridad. Este es precisamente el argumento de los dorritas, y nos parece que al respecto no hay mucho que objetar pues se encontraban cargados de razón.

Sin embargo, de la crítica a la falta de consistencia pragmática de un régimen político mediante la puesta de manifiesto de las contradicciones mediante las que el

²⁶⁵ Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

propio régimen refuta su autoridad, no se deduce necesariamente que de la actividad crítica deba surgir una nueva autoridad, esta vez legítima. Tal y como apunta **ACKERMAN, B. (2016, 134)** el boicot que llevaron a cabo los defensores del gobierno cartista hace muy difícil afirmar si efectivamente los dorritas eran mayoría.

Además, existe una cuestión adicional que nos parece de gran interés: la rebelión de Dorr fue efectivamente un movimiento revolucionario en el sentido que pretendía promover un cambio de régimen político mediante la ruptura con las reglas institucionales establecidas, pero sin embargo esta impugnación no se hacía en su totalidad. La rebelión pretendía en cierto modo defender la verdadera legalidad vigente, y por eso en todo momento los rebeldes entendían que estaban actuando en defensa de una legalidad mayor: la que exige a su gobierno estatal que cumpla con los principios de la forma de gobierno republicano. Es decir, no se impugna todo el sistema sino que sólo se pretende corregir una desviación -grave, eso sí- en el mismo. Esto, a nuestro juicio, explicaría la actitud poco comprometida de los revolucionarios que acompañaban a Dorr, una actitud abierta al compromiso y la negociación que no pretende llevar la revolución hasta sus últimas consecuencias.

Con independencia de las enormes discrepancias respecto a los argumentos que sustentarían, por una parte la crítica al sistema político, y por otra el movimiento revolucionario por el que se pretende reemplazar ese sistema, lo cierto es que existe un claro paralelismo respecto a la rebelión dorrita y la convocatoria del referéndum ilegal en Cataluña del 1 de octubre de 2017, y también respecto al asalto al Capitolio por el movimiento trumpista del 6 de enero de 2021. En los tres casos, observamos como el sujeto revolucionario se desinfla fácilmente dado que no están claros los límites que separan la insurrección y la protesta, lo que no quiere decir que en ninguno de esos tres

casos, si se hubiesen dado las condiciones esos límites se hubiesen más claramente sobrepasado.

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO SEIS -

Ackerman, B. (2016). *We the people II. Transformaciones.* Madrid: Traficantes de Sueños.

Coleman, P.J. (1963). *The Transformation of Rhode Island, 1790-1860.* Providence: Brown University Press.

Gettleman, M.E. (1973). *The Dorr Rebellion: a study in American radicalism: 1833-1849.* New York: Random House.

Mowry, A.M. (1901). *The Dorr War. The Constitutional Struggle In Rhode Island.* Providence: Preston & Rounds Co.

Ratcliffe, D. (2013). The Right to Vote and the Rise of Democracy, 1787-1828. *Journal of The Early Republic*, 33 (Summer).

CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES.

A efectos de conseguir una mayor claridad expositiva, es necesario aclarar que los títulos que presentamos a continuación no son afirmaciones que se agotan en sí mismas, sino que sirven tan sólo para agrupar nuestras conclusiones según su temática predominante o sus repercusiones prácticas.

PRIMERA: LOS VALORES SON INDICADORES QUE EXPRESAN LA CONSISTENCIA PRAGMÁTICA DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS.

Los valores constituyen el intento -mediante una importantísima abstracción reductora- de dotar de *sentido primario* a las posibles concreciones que, para una compleja red de relaciones representadas causalmente, se nos plantean como alternativas en la ejecución de las diversas finalidades a las que se orienta la constitución del sujeto-poder. Su sentido tiene un valor que se representa espacialmente, de manera que lo axiológicamente positivo *nos acerca* -al menos en los parámetros de esa representación esquemática- a esas finalidades; mientras que lo axiológicamente negativo *nos aleja*. Y por supuesto, la potencia obtenida mediante la reducción de la realidad que el valor como *algoritmo axiológico* comporta no nos debe hacer pasar por alto los numerosos problemas que, precisamente en ese carácter reductor-simplificador, vienen dados para este método de interpretación que orienta la acción. Pero este innegable carácter instrumental que está orientado a finalidades constitucionales es la medida de su racionalidad y, por tanto, nos parecen poco fundadas las posiciones positivistas que califican a los valores como irracionales. Son racionales precisamente porque, aun con todas las dificultades, los valores sirven para orientar *a priori* la acción de todas las expresiones pragmáticas del sujeto-poder, además de para juzgar *a posteriori* su consistencia pragmática.

Ahora bien, alguien podría calificar nuestro planteamiento, por el que los valores se expresan como mera orientación para la congruencia sistémica -y por el que, por consiguiente, podríamos deducir valores caníbales para una sociedad caníbal y valores racistas para una sociedad racista- como propio del relativismo ético. Sin embargo -y esta es una cuestión de gran importancia-, contemplar a los valores en su carácter instrumental (como *algoritmos* que conectan y procesan información con sentido axiológico) no implica en absoluto desconocer que para cualquier sociedad esos valores se conforman desde un punto de partida concreto: una elección con sentido meta-axiológico que viene dada mediante la específica auto-afirmación constituyente de cada sujeto-poder (cuyo contenido lógico se corresponde con la kelseniana *norma hipotética fundamental*), dentro de los parámetros propios de la fundamentación moderna.

Por todo ello entendemos que es posible defender al mismo tiempo: [1] que los valores no son irracionales, pues se conforman como herramienta que sirve para juzgar la consistencia pragmática del sistema y en el sistema -según se trate de una inconsistencia generalizada o puntual- y en ese carácter, desde la perspectiva del propio sistema, llevan a cabo una función *descriptiva*; [2] que los valores son la expresión del desarrollo congruente de una decisión meta-sistémica con valor meta-axiológico -o sea, una decisión que no es en absoluto neutral-, y esto implica que para cualquier sociedad moderna y los valores que intrasistémicamente la orientan, no puede predicarse la neutralidad en tanto se derivan de esa decisión fundamental (y en este sentido, afirmamos que los valores cumplen una función *prescriptiva* desde una perspectiva meta-sistémica); [3] que consecuentemente, teniendo en cuenta este doble carácter con el que actúan los valores (función descriptiva intrasistémica y prescriptiva extrasistémica) es posible defender un punto de vista cognitivista moderado para afirmar que las normas sí se encuentran efectivamente vinculadas por un contenido cognitivo y pueden justificarse en sí mismas

racionalmente (de acuerdo a la racionalidad derivada de esa elección meta-axiológica que se expresa mediante la norma hipotética fundamental).

Más allá de las razones que hemos expuesto en el capítulo segundo, y que son efectivamente argumentos situados históricamente pues tienen que ver con nuestro actual estado de conocimiento, e incluso con nuestro propio momento evolutivo como especie, razones que desde ese punto de vista sirven para defender la decisión meta-axiológica propia de las democracias representativas actuales, entendemos que no es posible defender una determinada decisión meta-axiológica absolutamente, al margen de su contexto histórico, y por eso entendemos que defendemos un cognitivismo moderado. Aquellos autores que, como Habermas, pretenden demostrar que es posible justificar esas normas por sí, exclusivamente en virtud de su contenido cognitivo, señalarían aquí que nuestra postura -al igual que la de los positivistas- se fundamenta en un momento de pura decisión, un *factum* irracional que no puede ser justificado para cualquier interlocutor procedente de cualquier cultura o tradición. Y por supuesto, tendríamos que conceder que así es, pero porque no puede ser de otro modo. Porque las decisiones racionales solo resultan pragmáticamente inteligibles si se encuentran mínimamente situadas en un horizonte de razonabilidad que las sitúe contextualmente. La razón es una brújula que nos orienta, pero necesitamos fijar un espacio de intencionalidad -de razonabilidad- para entender hacia dónde nos dirige.

La principal tesis de este trabajo ha consistido en demostrar que la decisión que nos sitúa en ese espacio es la misma que constituye al sujeto-poder -es decir, la que *nos* constituye como tal sujeto en las sociedades democráticas-, y esto quiere decir que no solo nos encontramos políticamente vinculados con esa decisión a un nivel axiológico puesto que las implicaciones de una posible contradicción en esa afirmación se traducen a nivel existencial. En este sentido, creo que hemos demostrado que la contradicción que

comporta la inconsistencia pragmática no es simplemente una falta de cumplimiento con el deber, sino una verdadera negación cuasi-ontológica: si tras el análisis histórico de la fundamentación, entendida como relato último y completo que da cuenta de la realidad a nivel onto-ético, demostramos que *la modernidad a ese nivel fundamental consistía en abandonar la sustentación tradicional extrasistémica por una intrasistémica* (decíamos que el poder político en la modernidad se caracterizaba por tener necesariamente que justificarse desde sus propias prácticas, pero no entendiendo el poder como un fin en sí mismo, sino entendiéndolo como una serie de acciones encadenadas en las que -ya desde la primera de ellas, constitutiva de la serie- se definen intrínsecamente en un sentido pragmático sus propios fines) *y esto quiere decir que si el sujeto-poder se conforma estrictamente por sus decisiones, cualquier contradicción pragmática sustancial implica la negación de esa conformación como tal sujeto-poder*. Es decir, el sujeto-poder no es lo que dice ser. No existe como tal, en los términos que se constituye como propia afirmación de sí mismo.

Esto tiene una enorme trascendencia a todos los niveles. Así, un ejemplo típico de inconsistencia pragmática puntual (es decir, contradicción en el sistema y no necesariamente del sistema) consiste en la actuación por la que el poder legislativo sobrepasa los límites de su fundamento constitucional habilitante. Es estrictamente esa contradicción entre lo que se dice (representar a la ciudadanía porque me autoriza una norma) y lo que se hace (actuar contra esa norma, no cumpliendo sus límites o anulándola de facto mediante otra legislación jerárquicamente inferior) lo que justifica lógicamente -es decir, desde la ínsita contradicción del propio acto que se controla- la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. Y desde los parámetros en que nos sitúa esta ínsita contradicción es posible explicar novedosamente los llamados *límites intrínsecos de la democracia*, de forma que cualquier sistema de democracia militante no se exprese como

el necesario cumplimiento de un *deber ser* primigenio que no puede justificarse por sí mismo -un deber ser que se traduce para el antisistema en un *porque sí*-, sino como la necesaria congruencia interna que sustenta cualquier acción, máxime cuando de esa congruencia depende el carácter con el que esa acción se da, es decir, la conceptualización de dicha acción que la reconoce típicamente como legítima para expresar un *poder hacer* concreto. En otras palabras, la consistencia pragmática supone la imprescindible congruencia interna que se precisa -entendida como mínimo requisito- para el ejercicio de cualquier poder que se pretenda legítimo.

SEGUNDA: DE LA NECESIDAD DE CONSISTENCIA SE DEDUCE QUE TODA DEMOCRACIA ES MILITANTE.

Estos planteamientos nos sitúan frente al tradicional desenfoco con el que la doctrina jurídica mayoritaria ha conceptualizado la democracia militante, y fundamentan como apuntábamos en un anterior trabajo²⁶⁶ la necesidad de una relectura muy crítica de la clásica definición que de la *Verfassungsschutz* o defensa de la Constitución, dejó fijada en nuestra doctrina Ignacio de Otto. Esta expresión afirma de Otto, «designa una técnica constitucional específicamente moderna que consiste en declarar ilegales actividades que no suponen infracción de normas constitucionales ni constituyen ilícito penal, pero tienen por finalidad atacar el orden constitucional. Se trata, dicho de otro modo, de ilegalizar fines cuando los medios sean *en sí mismos* correctos»²⁶⁷. Al constatarse que nuestra constitución no contemplaba formalmente un mecanismo constitucional semejante al que establecía la Ley Fundamental de Bonn, conjuntamente con el hecho de que el art. 168

²⁶⁶ Roales Buján, O. (2020-b).

²⁶⁷ De Otto Pardo, I. (1985), p. 15. El subrayado es mío.

CE reconocía la posibilidad de llevar a cabo lo que denomina como revisión total de nuestra Constitución, llevaron a la práctica unanimidad de la doctrina española -utilizando el esquema conceptual reproducido en una serie de definiciones similares a la mencionada del profesor de Otto- a categorizar nuestro sistema como de democracia abierta-pluralista en oposición al modelo de democracia militante.

Sin embargo, si un medio es solamente tal en relación a una o varias finalidades concretas, considerarlo como medio *en sí mismo* es sólo una manera de retorcer las palabras. Por este motivo, carecerá totalmente de sentido juzgarlo *en sí mismo* como correcto o incorrecto. Cuando, por ejemplo, conforme establece el art. 6 CE concebimos a los partidos políticos como consecuencia de la expresión del pluralismo político y como medios para la participación política, además de la formación y manifestación de la voluntad popular, no podemos entenderlos en abstracción a sus finalidades a riesgo de vaciar de sentido una de las instituciones fundamentales de la democracia. Y esto es a lo que se refiere el Tribunal Constitucional español cuando, resolviendo sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la nueva Ley Orgánica de Partidos Políticos, señala que concluir que los partidos se cualifican, en tanto asociaciones, por la relevancia constitucional de sus cometidos, y concluir que sólo están sometidos a los límites constitucionales fijados a las asociaciones «sería tanto como admitir que las previsiones del art. 6 CE se agotan en el contenido de una norma no sancionada, lo que es tanto como decir, simplemente, en una proposición no normativa [y consecuentemente, esos límites no serán tan solo] el de la obligación de tener una estructura y un funcionamiento democráticos, sino *también, y como cuestión previa, el respetar los contenidos que ese precepto enumera como definidores de la condición de partido político*»²⁶⁸. Es decir, el medio se encuentra en relación directa con su finalidad de igual manera que el

²⁶⁸ STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 6. El subrayado es mío.

procedimiento recoge un fundamento axiológico irrenunciable. Sin ese fundamento axiológico que lo dota de finalidad un medio “por sí mismo” carece de sentido -también en su significado originario de estar orientado o dirigirse hacia algo-. Esta constatación por el Tribunal Constitucional nos resulta de gran profundidad a pesar de que no desarrolle en mayor detalle este argumento, y a nuestro juicio justifica por sí misma la reformulación de la doctrina constitucional sobre partidos políticos.

TERCERA: LA LEY ES EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD POPULAR PERO LA VOLUNTAD POPULAR SE EXPRESA MEDIANTE LA LEY.

En los sistemas democráticos, el huevo es la gallina: esto es lo que hemos querido significar mediante la expresión sujeto-poder. La inteligibilidad de la voluntad popular, entendida decisión colectiva orientada a una finalidad, precisa de un mecanismo de traducción que nos sirva para representar en distintos ámbitos y en cada momento concreto la expresión de esa decisión popular. Esta traducción implica una simplificación aun mayor que la operada en el terreno de los valores, pues se plantea a niveles mucho más abstractos. Tal y como señalábamos en el capítulo segundo, cuanto más larga sea la cadena causal mediante la que queremos representar la ejecución de una determinada cadena de medios para uno o varios fines, más inconsistente será la abstracta construcción ideológica mediante pretendemos justificarla. Así, decíamos, una conexión larga y compleja mediante una larga cadena medial implicará un mayor uso de la imaginación (pues implica representarnos una situación ideal, con abstracción de una multitud de elementos que en la realidad siempre operan), mientras que si la conexión es más directa, su expresión será más nítida y menos ideológica. Por ese motivo, una decisión en referéndum *parece* más democrática que otra tomada por un órgano institucional no electivo. Y sin embargo, esto no necesariamente tiene que ser siempre así.

Primeramente, porque la decisión en referéndum requiere también de mediación. Nunca se trata de una “traducción” directa, puesto que el propio sujeto-poder sólo puede concebirse mediatamente, nunca de manera inmediata. Tal y como vimos en el capítulo seis, ni siquiera el poder constituyente es inteligible sin un aparato conceptual y de reglas que lo traduce como tal soberano, y por eso el sujeto-poder soberano no es sinónimo de multitud, ni siquiera cuando esa multitud pudiera constituir por su número una mayoría. Y esto implica que las reglas de traducción para el referéndum pueden ser tan tramposas (o por decirlo con una expresión ya familiar, tan inconsistentes pragmáticamente) como el diseño institucional que traduce esa misma expresión para un órgano no electivo como puede ser el Tribunal Constitucional. Y obviamente, esto no quiere decir que para la expresión de cualquier cadena causal sea preciso el mismo aparataje conceptual, ni mucho menos: la legitimidad del órgano de origen no electivo debe ser más claramente justificada y su actuación debe ser pragmáticamente consistente con la finalidad de su función, pero -y este punto también es una de nuestras tesis esenciales- esa justificación no debe ajustarse a la clásica legitimidad de procedimiento o de resultado, pues consistencia pragmática implica una legitimidad procedimental-sustantiva. Es decir, [1] el diseño institucional de la acción por la que se refleja la voluntad del sujeto-poder, si es consistente, debe orientarse por los valores que expresan las finalidades que justifican la acción; y al mismo tiempo [2] la acción que se ejecuta mediante esos parámetros normativos, si es consistente, no puede dar como resultado la negación de los fundamentos axiológicos que orientan y posibilitan esos parámetros.

En otras palabras, la intrasistémica finalidad mediante la que se auto-constituye el sujeto-poder democrático requiere, como hemos señalado en el capítulo segundo, que todas las expresiones del sujeto político se justifiquen, *al mismo tiempo*, como parte de un sistema y en sí mismas. En nuestro ejemplo, los parámetros normativos por los que se

guía la actividad del órgano no electivo nos dan la justificación sistémica al situar esas acciones en una lógica compartida, orientada hacia finalidades colectivas. El resultado concreto producido mediante el ejercicio de la acción, al no poder contradecir esencialmente el fundamento axiológico que es su condición de posibilidad, justifica la acción por sí misma.

Por ese motivo, la supuesta paradoja popperiana de la tolerancia -según la cual, la tolerancia ilimitada debe conducir a la desaparición de la tolerancia-, no comporta en realidad paradoja alguna²⁶⁹. Si la tolerancia es una exigencia democrática que se deduce conforme a los mismos principios que los intolerantes pretenden negar, es obvio que la contradicción no se encontrará en la limitación que la democracia pueda operar frente a las conductas intolerantes, sino que radicará en tales conductas en sí. Lo mismo ocurrirá con la que Popper presenta como paradoja de la democracia o del gobierno de la mayoría -la posibilidad de que la mayoría decida que gobierne un tirano-, pues como señala Ferrajoli, «ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece, es decir, sobre la supresión o la restricción de aquellas normas constitucionales que confieren derechos fundamentales y que pertenecen [...] a cuantos -todos y cada uno- no son sólo sus destinatarios sino también sus titulares»²⁷⁰, de ahí que sea necesario, como creemos haber demostrado a lo largo de estas páginas, abandonar los criterios formalistas de democracia en pos de un modelo que conjugue al mismo tiempo el carácter formal de los procedimientos con su dimensión sustantiva.

Así, cuando Ferrajoli afirma conforme a un criterio ya conocido que «para que un sistema sea democrático se exige al menos que la mayoría no tenga el poder de suprimir

²⁶⁹ Para ambas paradojas, vid. Popper, K.R. (2006). Nota al pie número 4, Capítulo 7, p. 585.

²⁷⁰ Ferrajoli, L. (2011-2013), 12.

la posibilidad de que las minorías se conviertan en mayoría»²⁷¹, podemos añadir ahora: en esa supresión de las minorías, la mayoría estaría suprimiéndose a sí misma. Es decir, negando aquellos argumentos que hacen posible que la consideremos como tal mayoría, con todo lo que comporta en una democracia ser mayoría. Como hemos visto, en esa negación debe considerarse la actuación de esa mayoría en un contexto concreto, inserta en una cadena de fines-medios, donde una cosa es medio para la siguiente. Y donde, a pesar de que ese bloque sea susceptible de descomponerse en muchas partes (fines o medios en relación al sentido de la cadena causal) tiene un sentido total que denominamos pragmático.

Consecuentemente sólo mediante una consideración pragmatista de la sucesión causal podemos dotar de sentido real a todos sus elementos, entendiéndolos tal y como son: nunca axiológicamente neutros, ya que para ser caracterizados como tales medios deben encontrarse ya orientados hacia un fin concreto. Esta consideración en conjunto es la que nos ha llevado a expresar la consistencia del sistema en su valor pragmático.

²⁷¹ Op. Cit, 15.

- BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO SIETE -

De Otto Pardo, I. (1985). *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ferrajoli, L. (2011-2013). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia: 2. Teoría de la Democracia*. Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

Popper, K.R. (2006). *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*. Barcelona: Paidós

Roales Buján, O. (2020-b). Democracia militante, nuevas perspectivas: los casos de España y la India. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 27.

BIBLIOGRAFÍA COMPLETA.

Ackerman, B. (2016). *We the people II. Transformaciones.* Madrid: Traficantes de Sueños.

Adams, R. (2011). *An Early History of Recursive Functions and Computability. From Gödel to Turing.* Boston: Docent Press.

Adorno, T. W. y Horkheimer, M. (1969). *La Sociedad. Lecciones de sociología.* Buenos Aires: Editorial Proteo. Traducción de Floreal Mazía e Irene Cusien.

Anderson, P. (1979). *El Estado Absolutista.* Madrid: Siglo XXI de España Editores. Traducción de Santos Juliá.

Arendt, H. (1993). *La condición humana.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Ramón Gil Novales.

Aristóteles (1993). *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia.* Madrid: Ed. Gredos. Traducción de Julio Pallí Bonet. Revisada por Quintín Racionero Carmona.

Aristóteles (1995). *Física.* Madrid: Gredos. Traducción de Guillermo R. De Echandía. Revisada por Alberto Bernabé Pajares.

Asmal, K. (1995). *The Making of a Constitution: The Case of South Africa.* *Dublin University Journal.* Vol. 17, 1-17.

Aubenque, P. (1999). *La prudencia en Aristóteles.* Barcelona: Crítica-Grijalbo-Mondadori. Traducción de M^a José Torres Gómez-Pallete.

Austin, G. (1999). *Working a Democratic Constitution. The Indian Experience.* New Delhi: Oxford University Press.

Bastida Freijedo, F.J. (1991). Constitución, soberanía y democracia. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* No. 8, enero-abril 1991.

Baxi, U. (1985). *Courage, Craft and Contention. The Indian Supreme Court in The Eighties.* Bombay: N.M. Tripathi Private Ltd.

Beinart, W. y Dubow, S. (2003). *Segregation and Apartheid in Twentieth-Century South Africa.* London: Routledge.

Benedict, R. (2003). *El Crisantemo y la Espada.* Madrid: Alianza Editorial.

Blumenberg, H. (2003). *Trabajo sobre el mito.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Pedro Madrigal.

Blumenberg, H. (2016). *Literatura, estética y nihilismo.* Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Josefa Ros Velasco, Pedro García-Durán, César González Cantón y Alberto Fragio.

Bobbio, N. (1982). *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa.
Traducción de Jorge Binaghi.

Bobbio, N. (2007). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Editori Laterza. [Edición digital, noviembre de 2015].

Bodin, J. (1985). *Los seis libros de la República*. Madrid: Tecnos. Traducción de Pedro Bravo Gala.

Borges, J.L. (1971). Tlön, Uqbar, Orbius Tertius. En compilación del mismo autor: *Ficciones. El jardín de Senderos que se Bifurcan*. Barcelona: Alianza.

Burckhardt, J. (2005). *Historia de la cultura griega II*. Barcelona: RBA. Traducción de Antonio Tovar.

Coleman, P.J. (1963). *The Transformation of Rhode Island, 1790-1860*. Providence: Brown University Press.

Conrad, D. (1970). Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. *XV-XVI The Indian Yearbook of International Affairs*, 347-430.

Conrad, D. (1977-78). Constituent Power, Amendment and Basic Structure Doctrine of The Constitution: A Critical Reconsideration. *Delhi Law Review*, Vol. 6 & 7, 1-23.

Cassirer, E. (1943). *La filosofía de la Ilustración*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Eugenio Imaz.

Cassirer, E. (1972). *Filosofía de las formas simbólicas. II. El pensamiento mítico*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Armando Morones.

Coke, E. (1642). *Institutes of The Laws of England, Part II*. London: E. & R. Brooke.

Cornford, F.M. (1984). *De la religión a la filosofía*. Barcelona: Ed. Ariel. Traducción de Antonio Pérez Ramos.

Dawkins, R. (1976). *The selfish gene*. Oxford: Oxford University Press.

De Otto Pardo, I. (1985). *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Descartes, R. (1989). *Principios de Filosofía*, en Descartes y Leibniz (1989). Sobre los principios de la Filosofía. Madrid: Editorial Gredos. Traducción de E. López y M. Graña.

Devis Echandía, H. (1966). *Nociones generales de Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar.

Dewey, J. (1952). *La busca de la certeza: Un estudio de la relación entre el conocimiento y la acción*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Eugenio Imaz.

Dewey, J. (1988). *The later works. Volume 13.* Carbondale: Southern Illinois University Press. Las citas en castellano son traducción mía.

Dilthey, W. (2015). *Teoría de la concepción del mundo.* México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Eugenio Imaz.

Easterbrook, F.H. (1982). Substance and Due Process. *The Supreme Court Review*, Vol. 1982, 85-125.

Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust.* Cambridge: Harvard University Press.

Erickson, M.J. (2008). *Teología Sistemática.* Viladecavalls: Ed. Clie, 2008).

Frazer, J.G. (1944). *La Rama Dorada. Magia y Religión.* México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Elizabeth y Tadeo I. Campuzano.

Ferrajoli, L. (2011-2013). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia: 2. Teoría de la Democracia.* Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

Ferrater Mora, J. (1994). *Diccionario de filosofía.* Barcelona: Círculo de Lectores.

Foucault, M. (1979). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión.* Madrid: Siglo XXI. Traducción de Aurelio Garzón del Camino.

Gadamer H.G. (1977). *Verdad y método I*. Salamanca: Ediciones Sígueme. Traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael Agapito.

Gae, R.S. (1967). Amendment of Fundamental Rights. *Journal of The Indian Law Institute*. Vol. 9. Number 4, Oct-Dec, 475-520.

García-Pelayo, M. (1981). *Los mitos políticos*. Madrid: Alianza Universidad.

García-Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Universidad.

Garzón Valdés, E. (1992). No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia. *Claves de razón práctica*, No. 19, 1992, 16-23.

Gauthier, P.D. (1969). *The logic of Leviathan. The moral and political theory of Thomas Hobbes*. Oxford: Oxford University Press.

Gettleman, M.E. (1973). *The Dorr Rebellion: a study in American radicalism: 1833-1849*. New York: Random House.

Godelier, M. (1974). *Economía, fetichismo y religión en las sociedades primitivas*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores. Traducción de Celia Amorós.

Greene, J. (2016). The Meming of Substantive Due Process. *Constitutional Commentary*, 21, 253-294.

Grimm, D. (2006). *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Trotta.
Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz Simón.

Grocio, H. (1925). *Del derecho de la guerra y de la paz. Tomo I*. Madrid: Editorial Reus.
Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll.

Guisan, E. (1986). Ética y política en Hobbes. *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 50.
(marzo-abril, 1986), pp. 143-178.

Guasp, J. (1943). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Aguilar.

Guthrie, W.K.C. (1984). *Historia de la Filosofía Griega. Vol. I. Los Primeros Presocráticos y Pitagóricos*. Madrid: Ed. Gredos. Versión española de Alberto Medina González.

Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara. Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

Habermas, J. (1998a). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta. Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

Habermas, J. (1998b). Reconciliación y Uso Público de la Razón. En F. Vallespín (Ed.) *Debate Sobre el Liberalismo Político* (pp. 41-74). Barcelona: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.

Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política.* Barcelona: Paidós Ibérica. Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay J. (1943). *El Federalista: o la nueva Constitución.* México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Gustavo R. Velasco.

Hart, H.L.A. (1963). *El Concepto de derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Traducción de Genaro R. Carrió.

Hegel, G.W.F. (1988). *Principios de la filosofía del derecho.* Barcelona: Ed. Edhasa. Traducción de Juan Luis Vermal.

Hegel, G.W.F. (2011). *La ciencia de la lógica. Vol. I, La lógica objetiva.* Madrid: Abada Editores. Traducción de Félix Duque.

Heidegger, M. (1995). *Caminos de bosque.* Madrid: Alianza Editorial. Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte.

Hirschberger, J. (2011). *Historia de la filosofía. II. Edad Moderna, Edad Contemporánea.* Barcelona: Herder Editorial. Traducción de Luis Martínez Gómez.

Hobbes, T. (1998). *On the citizen*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hobbes, T. (2005). *Elementos de derecho natural y político*. Madrid: Alianza Editorial.

Traducción de Dalmacio Negro Pavón.

Hobbes, T. (2009). *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid: Universidad Nacional de

Educación a Distancia. Edición electrónica. Traducción de Joaquín Rodríguez Feo.

Hobbes, T. (2017). *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y*

civil. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. Primera edición electrónica.

Traducción de Manuel Sánchez Sarto.

Hume, D. (1993). *Investigación sobre los principios de la moral*. Madrid: Alianza

Editorial. Traducción de Carlos Mellizo.

Homero (1982). *Odisea*. Madrid: Ed. Gredos. Traducido por José Manuel Pabón.

Jaeger, W. (2002). *Aristóteles, bases para la historia de su desarrollo intelectual*.

México DF: Fondo de Cultura Económica. Versión española de José Gaos.

Jayadevan, V.R. (2010). Interpretation of the Amending Clause: The Brawl between the

Spirit of Natural Law and the Ghost of Analytical Positivism. A Comparative Overview

of the American and Indian Experiences. *Hamline Law Review* 33, no. 2.

Jefferson, T. (1987). *Autobiografía y otros escritos*. Madrid: Ed. Tecnos. Traducción de Antonio Escohotado y Manuel Sáenz de Heredia.

Kalpokas, I. (2019). *A Political Theory of Post-Truth*. Cham: Springer Nature Switzerland AG.

Kannar, G. (1990). The Constitutional Catechism of Antonin Scalia. *Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 6, 1297-1357.

Kant, I. (1978). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Versión del alemán de Felipe González Vicen.

Kant, I. (2005). *Crítica de la razón práctica*. [Edición bilingüe alemán-español]. México DF: Fondo de Cultura Económica. Traducción de María Granja Castro.

Kant, I. (2009). *Crítica de la razón pura*. México DF: Fondo de Cultura Económica, Universidad Autónoma Metropolitana y Universidad Nacional Autónoma de México. Traducción de Mario Caimi.

Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Estado*. México DF: Editora Nacional. Traducción de Luis Legaz Lacambra.

Keynes, E. (1996). *Liberty, Property, and Privacy. Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process*. University Park: Pennsylvania State University Press.

Klug, H. (2010). *The Constitution of South Africa. A Contextual Analysis.* Portland: Hart Publishing.

Kuhn, T.S. (1962). *The Structure of Scientific Revolutions.* Chicago: The University of Chicago Press.

L. Aranguren, J.L. (2009). *Ética.* Madrid: Ed. Biblioteca Nueva.

Luhmann, N. (1968). *Fin y racionalidad en los sistemas.* Madrid: Editora Nacional. Traducción de J. Nicolás Muñiz.

Leibniz, G.W. (1982). *Escritos Filosóficos.* Buenos Aires: Ed. Charcas. Traducción de R. Torretti, T.E. Zwanck y E. de Olaso.

Leibniz, G.W. (1991). *Los Elementos del Derecho Natural.* Madrid: Tecnos. Traducción de T. Guillén Vera.

MacIntyre, A. (1987). *Tras la virtud.* Barcelona: Editorial Crítica. Traducción de Amelia Valcárcel.

Macpherson, C.B. (2005). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke.* Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Juan-Ramón Capella.

Malinowski, B. (1986). *Los argonautas del Pacífico Occidental. Vol. II.* Barcelona: Planeta de Agostini. Traducción de Antonio J. Desmouts.

Marx, K. y Engels, F. (1975). *Werke*. Berlin-DDR: Dietz Verlag.

Matsui, S. (2011). *The Constitution of Japan*. Oxford: Hart Publishing.

Menand, L. (2003). *El club de los metafísicos: historia de las ideas en América*.
Barcelona: Editorial Destino. Traducción de Antonio Bonnano.

Morin, E. (2001). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Barcelona:
Ediciones Paidós Ibérica. Traducción de Mercedes Vallejo-Gómez.

Morrison, J.S. (1941). The Place of Protagoras in Athenian Public Life (460-415 B. C.).
The Classical Quarterly, Vol. 35, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1941), pp. 1-16

Moore, G.E. (1903). *Principia ethica*. Cambridge: Cambridge University Press. 1993
Revised Edition.

Mosterín, J. (2000). *Conceptos y teorías en la ciencia*. Madrid: Alianza.

Mouffe, Ch. (2012). *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

Mowry, A.M. (1901). *The Dorr War. The Constitutional Struggle In Rhode Island*.
Providence: Preston & Rounds Co.

Narayanan, A. (1997). Biomolecular Cognitive Science. En Nualláin et al. (Ed.). *Two Sciences of Mind* (pp. 21-37). Amsterdam: John Benjamin Publishing.

Neurath, O. (1983). *Philosophical Papers 1913-1946*. Dordrecht: Reidel Publishing Company. Traducción al inglés de Robert S. Cohen y Marie Neurath.

Newell, A. y Simon, H.A. (1976). Computer Science as Empirical Enquiry: Symbols and Search. *Communications of the ACM*, 3 Vol. 19 (March), 113-126.

Nietzsche, F. (1972). *La genealogía de la moral. Un escrito polémico*. Madrid: Alianza Editorial. Traducción de Andrés Sánchez Pascual. Edición revisada en 1997.

Nietzsche, F. (1988). *La gaya ciencia*. Madrid: Akal. Traducción de Charo Grego y Ger Groot.

Noorani, A.G. (2006). *Constitutional Questions and Citizens' Rights. An Omnibus Comprising Constitutional Questions in India and Citizens' Rights, Judges and State Accountability*. Oxford: Oxford University Press.

Otto y Pardo, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ed. Ariel.

Pérez Royo, J. (1997). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Platón (1983). *Diálogos II. Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo.* Madrid: Ed. Gredos. Traducido por J. Calonge, E. Acosia, F.J. Olivieri J. L. Calvo.

Platón (1988). *Diálogos V. Parménides, Teeteto, Sofista, Político.* Madrid: Ed. Gredos. Traducción de M^a Isabel Santa Cruz, Álvaro Vallejo Campos y Néstor Luis Cordero.

Platón (2000). *Diálogos IV. República.* Madrid: Ed. Gredos. Traducción de Conrado Eggers Lan.

Pufendorf, S. (2009). *Two books of the elements of universal jurisprudence.* Indianapolis: Liberty Fund. Traducción de William Abbott Oldfather.

Popper, K.R. (2006). *La Sociedad Abierta y sus Enemigos.* Barcelona: Paidós.

Racionero Carmona (2010). *H^a de la Filosofía Antigua y Medieval. 2, Espiritu Griego II, 2. Sócrates.* Clase magistral disponible on-line: <https://youtu.be/jsMhjf5bm-E> [consultado el 30 de diciembre de 2020].

Rao, K.S (1973). The Two Judgments: Golaknath and Kesavananda Bharati. *Supreme Court Cases*, 2 (Journal). Fecha de última consulta: 21/11/2019. Contenido on-line en http://www.supremecourtcases.com/index2.php?option=com_content&itemid=1&do_pdf=1&id=401

Rapaport, W.J. (1988). Syntactic Semantics: Foundations of Computational Natural-Language Understanding. En James H. Fetzer (Ed.). *Aspects of Artificial Intelligence* (pp. 81-131). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

Rapaport, W.J. (1995). Understanding Understanding: Syntactic Semantics and Computational Cognition. *Philosophical Perspectives*, Vol. 9, 49-88.

Ratcliffe, D. (2013). The Right to Vote and the Rise of Democracy, 1787-1828. *Journal of The Early Republic*, 33 (Summer).

Rawls, J. (1998). Réplica a Habermas. En F. Vallespín (Ed.) *Debate Sobre el Liberalismo Político* (pp. 75-146). Barcelona: Paidós. Traducción de Gerard Vilar Roca.

Requejo Pagés, J.L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Roales Buján, O. (2019a). República de Sudáfrica. En Gordillo Pérez, L.I. (Ed.) *Sistemas constitucionales europeos y comparados*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.

Roales Buján, O. (2019b). Estado del Japón. En Gordillo Pérez, L.I. (Ed.) *Sistemas constitucionales europeos y comparados*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.

Roales Buján, O. (2020-a). A propósito de la oposición formal/material: cuatro aproximaciones interdisciplinares sobre un mismo tema. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 83-103.

Roales Buján, O. (2020-b). Democracia militante, nuevas perspectivas: los casos de España y la India. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 27.

Rosanvallon, P. (2010). *La Legitimidad Democrática: Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica. Traducción de Heber Cardoso.

Ross, R. (1999). *A Concise History of South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rothacher, A. (1993). *The Japanese Power Elite*. New York: MacMillan Press.

Sachs, A. (1996). Constitutional Developments in South Africa. *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*. Vol. 28, 695-709.

Sartori, G. (2003). *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus. Traducción de Alejandro Pradera.

Scalia, A. (1997). Common-Law Courts in a Civil-Law System. En A. Gutmann (Ed.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* (pp. 3-49). Princeton: Princeton University Press.

Schiappa, E. (2003). *Protagoras and logos. A study in Greek philosophy and rhetoric*. Columbia: University of South Carolina Press. Las citas en castellano son traducción mía.

Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Madrid: Ed. Trotta. Traducción de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez.

Searle, J. (1980). Minds, Brains, and Programs. *Behavioral and Brain Sciences*, 3, 417-457.

Spengler, O. (1966). *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una Morfología de la Historia Universal. Tomo II.* Madrid: Espasa-Calpe, 354. Traducción de Manuel García Morente.

Strauss, L. (2000). *Derecho natural e historia.* Barcelona: Círculo de Lectores. Traducción de Ángeles Leiva Morales y Rita Da Costa García.

Thompson, L. (2000). *A History of South Africa.* New Haven: Yale University Press.

Tomás y Valiente, F. (1983). *Manual de historia del derecho español.* Madrid: Tecnos.

Tribe, L.H. (2000). Substantive Due Process. En L.W. Levy y K.L. Karst (Ed.). *Encyclopedia of the American Constitution* (pp. 2569-2575). New York: Macmillan.

Tribe, L.H. (1980). The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 6, 1063-1080.

Tribe, L.H. (1997). Comment. En A. Gutmann (Ed.). *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law* (pp. 65-94). Princeton: Princeton University Press.

Toulmin, S. (2001). *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad.* Barcelona: Ed. Península. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo.

Tucídides (1990). *Historia de la guerra del Peloponeso. Libros I-II.* Madrid: Ed. Gredos.

Traducción de Juan José Torres Esbarranch.

Turing, A.M. (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind, New Series*, Vol. 59, No. 236 (October), 433-460.

Vernant, J.P. (1992). *Los orígenes del pensamiento griego.* Barcelona: Paidós Ibérica.

Traducción de Marino Ayerra.

Woodall, B. (1996). *Japan under Construction: Corruption, Politics, and Public Works,*

Berkeley: University of California Press.

Woolman, S. y Swanepoel, J. (2013). Constitutional History. En Woolman, S. y Bishop,

M. (eds.) (2013). *Constitutional Law of South Africa.* Cape Town: Juta & Company Ltd.

Zagrebelsky, G. (2004). La ley, el Derecho y la Constitución. *Revista Española de*

Derecho Constitucional, núm. 72, 2004. pp. 11-24.

Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y constitución.* Traducción de Miguel Carbonell.

Žižek, S. (2004). *Repetir Lenin.* Madrid: Akal. Traducción de Marta Malo de Molina

Bodelón y Raúl Sánchez Cedillo.