

ANGUSTIAE IURIS *

«Sólo el instrumento jurídico permite, en las sociedades complejas, establecer, incluso entre los que son recíprocamente extranjeros, las relaciones moralmente necesarias, de respeto mutuo.»

Jürgen HABERMAS, 1992

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2 Visiones actuales de las estrategias y tradiciones medievales.—3. Crudas polémicas en escenarios violentos.—4. El tránsito de la razón por los caminos de la Historia —5 Final.

1. PLANTEAMIENTO

La admirable, por inteligente, independiente y polémica, Johannah Arendt asentó con fuerza de tópico que redactar historia como relato causal de continuidades, conduce siempre a una justificación final de lo que ha sucedido. Por eso, construirla como simple acumulación de información (historiadores empíricos),

* Como homenaje al amigo y colega Francisco Tomás y Valiente reelaboro aquí el texto inédito que, bajo el título «Assaig d'equilibri entre Dret i Poder públic» estaba previsto como mi conferencia, precisamente el 15 de febrero de 1996, en el Seminario «Metodología jurídica II: Historia del pensament jurídico-públic» en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Su exposición hubo lógicamente de aplazarse unos días a consecuencia del asesinato el día anterior del profesor Tomás y Valiente, cuya presencia en esa Universidad se anunciaba para una semana más tarde. Agradezco al profesor Nieto García su invitación a ese Seminario y las valiosas observaciones que, junto a los profesores Marc Castillo y Montagut Estragues, me fueron formuladas por ellos en el debate subsiguiente.

no basta sino como principio de la tarea de escribirla para el presente y el futuro. Ésta implica la obligación de juzgar (historiadores especulativos) y no es suficiente para librarse de ella el alegato de haber cumplido con la función de evitar el olvido.

Quisiera aquí, con ese espíritu, formular algunas observaciones sobre episodios de la historia de la distinción jurídica entre los espacios públicos y privados, tema que en 1977 constituyó una de las póstumas reflexiones de aquella autora y en 1995 ha retomado como aglutinante un volumen colectivo del «Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie» (CURAPP 1995). El equilibrio entre el Derecho y el poder público reside precisamente en esa complicada frontera. Evocaré ahora dos de sus manifestaciones históricas.

2. VISIONES ACTUALES DE LAS ESTRATEGIAS Y TRADICIONES MEDIEVALES

El sistema jurídico visigótico¹ creó, con Isidoro de Sevilla, una ética política que, pese a los esfuerzos conciliares, no cristalizó en un Derecho eficaz para regular el tema aquí planteado. Quizá por eso historiadores y juristas han preferido atender a las mecánicas jurídicas con las que se intentó limitar el poder en la Edad Media.

En la década de los treinta del presente siglo y bajo la sugerencia de Konrad Beyerle, dos discípulos suyos, Robert V. Keller y Eugen Wohlhaupter, estudiaron las huellas que en lo normativo medieval podían espigarse, para interpretarlas como precedentes de la Constitución de Weimar, en lo relativo a las garantías de la persona y la propiedad. Sus ideas encontraron eco en el español Román Rianza.

Ya en los setenta, el norteamericano Gaines Post sintetizó la cuestión de la soberanía y sus límites entre 1050 y 1135, y por su parte, el británico Loades destinó su obra *Politics and Nation 1450/1660: Obedience, Resistance and Public Order* a estudiar esa misma cuestión centrándose sobre el auge y la caída de la dinastía Tudor, desde la rebelión de Jack Cade en 1450, que simboliza el fracaso de los Lancaster para mantener el «good lordship».

¹ Utilizo aquí, como es habitual en mis escritos, la categoría «sistema jurídico». No ignoro ciertos comentarios adversos a su aplicación. Pero no estoy interesado en debatir opiniones de quien no haya demostrado públicamente su solvencia en el tema. Al menos, el estado de la cuestión desde los criterios de Jaspers sobre sistema y sistematización, hasta el día de hoy. La accidentada promoción, típica de los escalafones universitarios y agudizada en los últimos tiempos, no garantiza implícitamente mínimos como esos y la observación puede extenderse a otros muchos campos, como por ejemplo la cuestión del germanismo jurídico medieval, donde es preciso disponer de una preparación conceptual y lingüística previa para manejar las fuentes y bibliografía necesarias para emitir cualquier opinión, etc.

Por fin, en 1980, Alejandro Nieto trazaba un amplio panorama de lo que entonces podía considerarse sabido acerca del Derecho como límite del poder en la Edad Media.

Distinguió limitaciones de orden jurídico y político. Entre las primeras, la tensión y dificultad para aceptar la tesis de los Digestos (1,3,31) según la cual «*princeps solutus est legibus*», así como el derecho de los vasallos a ser oídos y sentenciados en juicio. Limitaciones políticas serían las derivadas de la concepción pactista del Estado, las ocasionadas por la fuerza de las Cortes y las derivadas de la lucha por el poder, donde alcanza especial poder la realidad institucional de las Hermandades. La consecuencia principal de romper esas limitaciones fue la calificación de «desaforadas», es decir rompedores del «fuero» o Derecho, aplicada a las normas que promulgan o aplican las supuestas exorbitancias, lo que equivale a considerar nulo tal precepto.

Por fin entiende Nieto que son mecanismos defensivos de tales limitaciones prácticas como la reparación en Cortes, la responsabilidad de los oficiales regios, el control jurisdiccional, el Justicia mayor de Aragón y los recursos contra los actos de gobierno.

Paralelamente a este movimiento investigador, otros autores poníamos al descubierto la insuficiencia interesada de muchas fuentes medievales en la percepción de la sociedad real y en la valoración del papel de las oligarquías en el subterráneo de ese edificio jurídico. Moore señaló la formación medieval de una sociedad represora, encubierta bajo el discurso ideológico de la indoeuropea teoría trifuncional, divisora del mundo en «oratores», «bellatores», «laboratores». Entre otras bolsas de marginación, carecen ahí de mención los «rustici», o «pauperes» cuyo trabajo expropiado era el elemento nutriente de una sociedad política que los necesitaba pero no quería integrarlos, así como las mujeres (pomposamente llamadas, como señaló Rosa Lida, la «obra perfecta de Dios») factor fructífero, reprimido bajo un hábil discurso de exaltación. Por mi parte, no dudé en situar Cortes, Hermandades, Uniones y Justicia citado en ese contexto, añadiendo que la reiterada y preparlamentaria distinción «iglesia», «nobleza», no era tal, como ya en el siglo XIII señalaba Alfonso X en un texto esclarecedor. Esa dicotomía (parte de lo «imaginario», como diría Duby) escamoteaba la unión real de los señores jurisdiccionales coligados para arrebatar súbditos y tierras a la Corona, ensamblaje que pudo crecer y fortificarse en la Baja Edad Media, en cuanto la burguesía empezó a configurar cuadros de pequeña nobleza ciudadana.

No es necesario hacer aquí una exposición detallada, ni siquiera en resumen, de lo aportado por unos y otros. Sí interesa destacar que hoy se conoce suficientemente la existencia de una dura pugna bajomedieval entre los intereses de los grupos sociales de libres privilegiados (que se designan a ellos mismos como «el

reino»); los de las monarquías que, por simple autodefensa, empiezan a encarnar una visión más general y pública de la sociedad auténtica, y la eficacia de la práctica social de unos mecanismos jurídicos, nacidos para reforzar aquellos intereses.

Michael Roberts, el especialista inglés de la historia sueca, ha designado como «constitucionalismo aristocrático» el fenómeno por el cual una clase social o una oligarquía, que lucha por sus propias y exclusivas conveniencias, llega, sin proponérselo, a provocar configuraciones institucionales que acabarán por ser de primera importancia para el desarrollo constitucional posterior en la historia general de las formas políticas. Aunque queda mucho por discutir sobre esos efectos de carambola.

3. CRUDAS POLÉMICAS EN ESCENARIOS VIOLENTOS

Una de las más agudas crisis planteadas por la cuestión de los límites jurídicos al poder, o si se quiere de la tensión entre público-privado, se vivió entre Francia, Inglaterra, la Santa Sede y España, a comienzos del siglo XVII. Se trataba de un juramento de fidelidad política impuesto a todos sus súbditos por Jaime I de Inglaterra (antes Jaime VI de Escocia) en 1606, y vendrá acompañado y seguido de una serie de hechos que presentan entre sí una conexión que trasciende las apariencias.

España, gobernada por Felipe III y el pacifista duque de Lerma, había firmado en 1604 y ratificado en 1605 un pacto con Inglaterra y seguía incorporando a Portugal. En Roma el cardenal Camilo Borghese había sido elegido Papa, con el nombre de Paulo V, el 16 de mayo de 1605. En Francia reinaba Enrique IV de Borbón, y había realizado una gestión política muy eficaz con la colaboración de Maximiliano de Bethune, duque de Sully. La conspiración de la «pólvora» en Londres en 1605 por parte del grupo de Robert Catesby, que pretendía una guerra religiosa civil para restaurar el catolicismo, desencadenó una serie de medidas legales persecutorias de los católicos ingleses desde 1606 y hasta 1660 hubo unas sesenta ejecuciones, varios miles de encarcelamientos y proliferaron las delaciones. Poco después, en Francia, Ravillac asesinaba a Enrique IV (1610) y la reina viuda María de Medicis asumía la regencia de Luis XIII, entregando los asuntos de Estado al italiano Concino Concini, marqués de Ancre y mariscal de Francia.

Fue en ese ambiente jurídico y político donde el monarca británico impuso a todos sus súbditos, no sólo a los católicos, el juramento especial de fidelidad política. En su fórmula de redacción no existe referencia teológica alguna, salvo un rechazo genérico del ejercicio de la potestad pontificia para destituir, o aprobar la muerte de los monarcas despóticos.

Aunque apareciese en Inglaterra en un contexto de represiones religioso-políticas a causa de la conspiración de Catesby, esa clase de compromiso era una forma particular más, de las diferentes fórmulas usadas en las monarquías europeas para lograr la fidelidad política, especialmente del clero. En España se aplicaba para lograr lo mismo otro sistema, los recursos de fuerza, pero aun así el propio Felipe III impondría un juramento análogo a sus súbditos belgas.

Agravaba las cosas que Gran Bretaña se viese afectada por un complejo juego de, al menos, cuatro intereses diversos y aun contradictorios entre sí, que complicaba más que en otras partes el uso de tal tipo de juramento.

Por una parte, el clero anglicano y su jerarquía, liderada por el arzobispo de Canterbury, Richard Bancroft, intentaba afirmar su hegemonía en exclusiva, persiguiendo al catolicismo hasta desterrarlo.

Desde otro lado, Jaime I no sólo quería impedir que los católicos disconformes con su política pudiesen pensar en granjearse el apoyo de la Santa Sede, sino que, como cualquier monarca de su tiempo, buscaba asegurar su poder absoluto mediante el control de la voluntad individual incluso en el terreno de la conciencia.

Un tercer vértice, el del pontificado romano, reunía a su vez los múltiples planos de lo teológico, de la situación inglesa, de lo político y de la tradición canónica. Así, cuando aún no se había producido el atentado de Ravillac, venía tolerando que bastantes teólogos defendiesen la licitud de la desobediencia civil frente al monarca considerado injusto, radicalizando incluso esa doctrina con la absolución del tiranicidio. Sabía de la situación inglesa, con la citada beligerancia anticatólica de la jerarquía y clero anglicanos. Simultáneamente, se movía como una potencia política más en las relaciones y conflictos internacionales. Por fin disponía, como herencia conservada del Derecho canónico medieval, de la posibilidad, jurídicamente eficaz, de desligar a cualesquiera súbditos de la sumisión política a su monarca.

El cuarto protagonista era el conjunto de los católicos de Inglaterra, dirigidos por George Blackwell, quienes apoyándose en los cuidadosos términos en que el juramento se expresaba, veían correcto otorgarle y conservar su religión sin ser por ello considerados súbditos de menor o ninguna confianza política y no sufrir la violenta serie de vejaciones morales y materiales con las que se exigía la prestación a los renuentes.

En el interior de esas contraposiciones tan amplias, interiores y exteriores a las cuatro potencias, anidaba la conciencia de una distinción entre lo público y lo privado, frontera entre espacios que, casi impercibida en el pasado, se veía problemática para el futuro. Esa distinción es la fundadora de la modernidad, sobre todo en lo jurídico.

Pero tal precisión sufrió, como factor de aceleración, la emergencia de un absolutismo, ante cuya presencia, inevitable e inquietante, se suscitó una y otra

vez la controversia entre los defensores de espacios de privacidad e intereses particulares y los panegiristas de una progresiva ampliación de las actividades del Estado, atendiendo a justificarla como una apelación reiterada a los intereses llamados generales o públicos.

El absolutismo, absorbiendo, por necesidad de subsistencia, como una ventosa insaciable, hasta lo más recóndito de la privacidad, es decir la conciencia individual, provocó la cuestión de los límites. Cervantes la expuso con brevedad irónica en el incidente entre Sancho gobernador y aquel mozo fugitivo (segunda parte, cap. 49 de *Don Quijote*) que distinguía entre el poder de quien podía llevarle a la cárcel, la fuerza pública, y el de quien podía hacerle dormir en ella, que sólo era su propia voluntad. Es un debate típico del Occidente europeo que será exportado a otros lugares con más o menos éxito. No sólo está presente en la pugna anglorromana. Aparece en España con las oligarquías disfrazadas de reinos en las Cortes y en los discursos de los foralistas.

En Francia, alcanzará una cota espectacular con las agitaciones que marcan el fin del reinado de Enrique IV y el comienzo del de Luis XIII, simbolizadas en la muerte del florentino Concino Concini. Frente a su gobierno, Enrique de Borbón, príncipe de Condé, lideró el desencanto generalizado de la oligarquía, manifiesto públicamente ya en los Estados Generales de 1614, los últimos de Francia hasta los de 1789 que desembocaron en la Revolución. Asesinado por sorpresa y enterrado en secreto, el cadáver de Concini fue inmediatamente objeto de un febril y sádico tratamiento de antropofagia política. Desenterrado, se le paseó por París y se le colgó por los pies «de manera que todos sus miembros y sus vergüenzas se mostrasen desnudos», se le desorejó, se le cortaron manos y pies, se le castró y se concluyó con la comida pública de su corazón (CURAPP, pp. 45-46).

Concini era, desde su naturalización en Francia en 1601, la pieza política básica, que, al ser dependiente únicamente del poder regio, sublimaba la ruptura del orden tradicional en el cual las decisiones pertenecían a las clases dominantes bajo un habitual discurso encubridor que repetía el latiguillo de la mentida participación de todos («quod omnes tangit, ad omnibus debeat adprobari»). Su estudiada exterminación, que iba de modo público mucho más allá de la simple muerte, simbolizaba la expulsión más radical posible, del extranjero que personificaba lo inaceptable, la distinción entre el interés público del Estado emergente y el interés privado de las antiguas clientelas eclesiásticas y nobiliarias. El rechazo visceral a quien «por no ser de aquí», sólo puede edificar el Derecho por medio de la razón y no por una supuesta encarnación con la tierra y la cultura.

En Inglaterra, el ejemplo de este debate estaba en la cuestión del juramento. Jaime I situó siempre el asunto en el terreno jurídico-político, y aunque recibiese la adhesión del clero anglicano por un motivo distinto (la posibilidad anticatólica

que ese colectivo perseguía), no es menos cierto que, por sí mismos, muchísimos católicos ingleses quisieron rechazar la postura de Robert Catesby y aceptaron, pese a ejecuciones injustas como la de Henry Garnet, los argumentos del monarca. Vivían ciertamente bajo grandes coacciones y éstas se agravarían a lo largo de la polémica aquí recordada, incluso con muertes y confiscaciones. Pero no carecían de apoyos exteriores suficientes como para no poder pedirles su ayuda doctrinal al menos en situaciones extremas y en este tema no lo hicieron. Sin embargo, fue Roma quien tomó la iniciativa precisamente contradiciendo a los católicos ingleses.

Tras el fracaso de algunas negociaciones secretas con el monarca inglés, el papa Paulo V declaraba en septiembre de 1606 que tal juramento era incompatible con el catolicismo y en 1607 reiteraba su decisión añadiendo, sin duda para justificar su tajante actitud a poco de ser elegido, que ni estaba mal informado ni actuaba condicionado por nadie. A su vez el cardenal Belarmino, siguiendo sus instrucciones, explicaba esos criterios, en una carta a George Blackwell, anulando su aceptación de la decisión del rey y la petición que había dirigido con éxito al clero católico, de su adhesión personal y actitud positiva respecto del juramento.

Las tesis romanas esenciales eran que tal imposición resultaba políticamente innecesaria, lesionaba la intimidad privada de la conciencia individual de los católicos y encubría una persecución religiosa. La contradicción entre la Santa Sede y Blackwell generó un desconcierto que explica hubiese nuevas negociaciones, con España de intermediaria, en 1607. Las posiciones no variaron, la Corona inglesa planteaba el asunto en términos de su seguridad política general y el Vaticano alegaba el lado teológico de la libertad de conciencia.

Jaime I publicó en 1608, y difundió profusamente dentro y fuera de sus dominios, la obra *An apologie for the oath of allegiance* titulada en latín *Triplixi nodo, triplex cuneus, sive Apologia pro iuramento fidelitatis adversus duo Brevia Papae Pauli quinti et epistolam Cardinalis Bellarmini ad Georgem Blackvellum*.

Parte de un tópico jurídico-político medieval que se encuentra también en otras partes, como el *Espéculo* y las *Siete Partidas* de Alfonso X, el deber general de obediencia de los súbditos al rey como señor natural, basado en la naturaleza o pertenencia personal y física a los reinos que cada monarca gobierna. Considera también que el juramento añadiría una textura religiosa, general también, a ese deber, evitando o dificultando que se excitase a la rebelión de ciertos súbditos so pretexto de la religión. Alega la aceptación de los católicos. Niega el ánimo de perseguirlos sólo por serlo y acusa al Pontífice de inmiscuirse en política interna británica, incitando a la insumisión política y contrariando la tradición cristiana aceptadora de la lealtad política. Considera que hablar

de persecución exalta los ánimos hacia actitudes de martirio y quebranta la normal vida del país.

Por orden de Paulo V, un antiguo amigo de Jaime I, el cardenal Belarmino contestó al *Triplici nodo* con una *Responsio...* (Frankfurt, 1608) afirmando que el poder de todo rey viene de Dios a través del pueblo. Ese pueblo es, en consecuencia, el sujeto natural de la soberanía y tal condición permite la rebeldía ante los reyes, ya que los derechos del pueblo son propios suyos y los delega en una monarquía para obtener un gobierno justo, no para facilitar los intereses de ésta.

Jaime I replicó reeditando su *Triplici nodo* precedido de un violentísimo prólogo («Praefatio monitoria») que, con forma crispada y tosca, resulta ser una arenga en defensa de la monarquía absoluta. Califica al Pontífice de enemigo natural de las casas reinantes europeas, a las que se enviaron ejemplares abundantes de la obra para conocimiento y difusión generalizada. El conflicto transcendía a un nivel extraordinariamente complejo, amplio y delicado.

Ante la situación creada, el secretario de Estado de la Santa Sede se dirigió el 5 de enero de 1610 a la máxima figura intelectual católica del momento, el jesuita granadino Francisco Suárez, catedrático en Coimbra, para que estudiase el debate y diese una solución meditada, con autoridad para prevalecer.

Consta que Suárez trató, pero no pudo, de eludir el encargo y desde luego hay testimonios acerca de sus dudas sobre el éxito político que pudiera esperarse de su análisis una vez publicado, lo mismo que también dudó del éxito de la guerra contra Inglaterra, antes de zarpar la famosa «Gran Armada». En 1613 apareció en Coimbra la obra de Suárez, que conocería luego, hasta el siglo XIX, ocho ediciones más. Se titulaba: «Defensio Fidei Catholicae et Apostolicae adversus Anglicanae sectae errores, cum responsione ad *Apologiam pro Iuramento fidelitatis et Praefationem monitoriam*, Serenissimi Iacobi Magnae Britanniae Regis» (*Corpus hispanorum de pace*, Madrid, CSIC, II, XVIII y XIX).

La obra se estructuró en seis libros en los que se discute la argumentación de Jaime I. El primero examina y niega que tenga potestad eclesiástica el rey de Inglaterra. El segundo defiende la validez de los puntos dogmáticos católicos negados por los anglicanos. El tercero analiza los fundamentos del poder político exhibido por pontífices y monarcas. El cuarto se ocupa del estatuto jurídico especial del clero dentro de los súbditos. El quinto desacredita las propagandas políticas montadas sobre las fábulas del anticristo. El sexto analiza el juramento de fidelidad.

Las tesis de Suárez se pueden resumir en seis principios básicos:

1. El pueblo es soberano por derecho natural.
2. El pacto entre rey y pueblo es la base del poder regio.
3. El pacto establecido debe prevalecer sobre los intereses arbitrarios y particulares, ya procedan del monarca o del pueblo.

4. El juramento de fidelidad política es válido para asegurar el cumplimiento correcto del pacto.

5. No es lícito exigir ese juramento contra la propia conciencia.

6. La arbitrariedad regia justifica la insumisión, pudiendo alcanzar ésta incluso al tiranicidio.

La reacción fue particularmente virulenta en Francia, donde el absolutismo se estaba fortaleciendo por obra de la continuada serie de ministros regios, franceses o no. Antes, Sully y Concini; luego, Carlos d'Albert, duque de Luynes, que se continuaría con la labor de Armand du Plessis de Richelieu y Giulio Mazzarini. Además, el asesinato de Enrique IV hacía muy difícil la circulación de ninguna doctrina, por muy elaborada científicamente que estuviese, si incluía la aprobación, ni aun condicionada, del tiranicidio.

Por eso, en 1614 el fiscal general de ese reino acusaba ante el Parlamento a la obra de Francisco Suárez de poner en peligro la seguridad de Francia. Después de largos dictámenes condenatorios de varios consejeros, en menos de un mes desde la denuncia, se sentenció la quema pública del libro por mano de verdugo. La decisión fue difundida ampliamente por Jaime I en inglés, holandés, alemán, italiano y español. Como solución de compromiso la Santa Sede aceptó condenar la tesis del tiranicidio manteniendo su apoyo a los demás criterios de Suárez. La corona de Francia suspendió entonces la ejecución de la condena del Parlamento.

Las discusiones, sin embargo, continuaron, pero en términos que aquí no interesa tocar. Desde luego Suárez no aplica su doctrina general al caso concreto de la Monarquía hispánica. Pero aun así hay en ella más voluntad de generalidad y futuro que en el efecto-carambola que tanto pondera Michael Roberts. La cuestión del juramento de fidelidad política ya no volvería a plantearse con los mismos designios de Jaime I, hasta que en el decreto de 12 de julio de 1935, Adolfo Hitler lo reimplantase como Führer, para como dice Werner Schöllgen «ligar a sus órdenes a las conciencias, sin reservas y sin límites». Ese es el Derecho del que Kelsen diagnosticaría: «desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el Derecho bajo el régimen nazi era Derecho. Podemos lamentarlo, pero no negarlo». Se trata de «su» ciencia jurídica, desde luego, la de los positivistas y la de su subespecie degradada, los posibilistas, que tanto irritaba a Leopoldo Alas.

4. EL TRÁNSITO DE LA RAZÓN POR LOS CAMINOS DE LA HISTORIA

Los dos momentos históricos, hasta aquí evocados, facilitan ahora una consideración general. En una reiterada y a veces una de sus peores composiciones alegóricas, Francisco de Goya intentó reflexionar sobre las relaciones entre el tiempo, la verdad y la Historia, y sólo en una (sanguina y aguada roja que se con-

serva en el Museo del Prado) consiguió mostrar algo de la genialidad estética que le distingue. Parece que veía al tiempo como una especie de viejo salaz pero vigoroso, que obligaba a la verdad a permanecer desnuda ante una Historia que describía en un papel la imagen que se le presentaba.

Ha hecho falta, en efecto, mucho tiempo para que seamos conscientes de la existencia de un cuerpo de intereses lleno de vida bajo las vestiduras de los discursos de encubrimiento ideológico presentados ante los ojos de generaciones de observadores, que más eran cronistas interesados que historiadores especulativos.

Hoy empezamos a saber que lo que veíamos como limitaciones jurídicas al poder en la Edad Media eran más bien aseguramiento en Derecho de privilegios particulares que buscaban, primero, subsistir y luego ampliar un predominio, que sólo aceptaban compartir cuando no podían ir más lejos.

También empezamos a vislumbrar, apartados los disfraces tejidos en la modernidad, que esos intereses de lo particular, en una amplísima gama de manifestaciones (que corre desde la conciencia individual hasta el provecho de lo oligárquico) se fajaron en largos y variados asaltos de un mismo combate, con los intereses de lo público, esto es, el interés general que, más allá de la persona, la familia o la clientela, permite la subsistencia de la comunidad política. Sin su marco, esas otras referencias se perderían al carecer de soporte que los alimente, pero al que no se les puede permitir que lo devoren del todo, si no se quiere que mueran víctimas de su antropofagia política. La verdad social (es decir, la lucha secular entre lo público y lo privado) ha aparecido así obligada por efecto del tiempo a quedar desnuda ante los ojos de la Historia, que puede dibujar entonces sus formas.

Una forma de esa verdad es la certeza de que el hombre es un ser para la convivencia. Pero no para cualquier convivencia, también se convive en un rebaño de ovejas. Lo que tipifica la convivencia humana es la tendencia a la competitividad. Nadie, por abúlico que quiera retratarse en su autopresentación, deja de ser, en alguna medida, competitivo. La historia humana es siempre historia de la lucha entre convivientes. Se podrá negar ese rasgo o minimizarlo, pero no se eludirá entonces la hipocresía o la alienación.

La constante convivencia competitiva ha obligado secularmente a cada uno a jerarquizarse respecto del otro, creando y recreando unas clasificaciones que son el fruto de la lucha entre los jerarquizados, y esos resultados sólo han durado lo que permaneció cada una de las correlaciones de fuerzas establecidas sucesivamente entre los competidores.

Esa convivencia humana es, además, dinámica e infinita. Eso ha implicado que todos los acontecimientos históricos sean constantes ejercicios y discursos correspondientes a alguna de las fases sucesivas de la historia, que para mí (entre

Hegel y Arendt) son las de dominación, rebelión y revolución, ligadas en un engarce despojado del optimismo de la teoría del progreso.

La dominación consiste en concretar o definir con éxito una acción social hegemónica de prevalencia. Eso es lo que denomino «poder» y no es «violencia» necesariamente.

La rebelión es la negación de una específica acción social hegemónica de «poder», en cuanto definidora de una convivencia determinada en la Historia.

La revolución existe cuando se consigue la sustitución real de la definición negada en la rebelión, por una concreción de poder distinta.

Cualquier momento que tomemos de la historia corresponde a una de esas tres situaciones. Toda dominación es corroída por rebeliones, en uno y otro momento de su presencia. El fracaso de la rebelión implica que la dominación negada sobrevive bajo formas históricas más o menos variables. Su triunfo consolida una revolución, que se metamorfoseará en una nueva dominación. Así la historia humana es la crónica de un camino que resulta ser el círculo trazado por el ejercicio de una fuerza, violenta o no.

No está el historiador fuera del círculo. Su análisis de aquellos acontecimientos se sitúa en el seno de alguno de tales discursos y ejercicios. Consciente o alienado, se impregna de ellos. Es decir, que toda historia no es otra cosa que historiografía, se asuma o no.

Cada generación que ha vivido en el mundo ha tenido, sabiéndolo o no, que posicionarse *con* la fuerza. No *ante* ella. No puede salir de su ámbito general, que es como una atmósfera. Algunas personas, muy pocas, sí lo han sabido, es decir, han sido conscientes de que se respira, en general, en una alienación. Dicho de otra forma, han radicalizado la distinción entre *ejercicios* y *discursos* y han intentado difundir esa conciencia con éxito variable, generalmente escaso.

En todo momento de la historia se hace, pues, uso de alguna fuerza, ya sea para mantener el poder, negarlo o establecerlo.

Podría esperarse que aquí se diga ahora, con Alf Ross, que el instrumento histórico conveniente aplicado para usar de la fuerza es el Derecho. Así es, pero es necesario matizar que como, dada su esencia, no existe ningún poder «legítimo», pues todo poder es un ejercicio de dominación entre iguales, sólo habría posibilidades de «legitimación» temporalmente limitada de poderes concretos. Esa única posibilidad de «legitimación limitada» es el Derecho.

Pero es necesario detenemos aquí con cuidado ante dos puntos. El primero se presenta con una frase de Nieto: «la fuerza engendra al Derecho para legitimarse con él». Ahí se nos advierte sobre la tautología de llamar Derecho a cualquier sistema normativo coactivo construido de modo formalmente correcto con arreglo a un mecanismo productor de leyes que actúe exento de contradicciones internas y, por tanto, coherente. Ejemplos históricos muy claros de esa impecabilidad jurídi-

co-formal de lo perverso serían el prodigio técnico de la Inquisición, el desarrollo legislativo del III Reich alemán a partir de las elecciones de 1933 o la línea de pensamiento que va desde Ihering a Kelsen (Ballesteros, J.: *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, 1984 y 1986).

El segundo punto es reflexionar, por mucho que extrañe, sobre lo indispensable que es, entre juristas, abandonar la palabra «legítimo» y sus derivados. Etimológicamente «legítimo», nos lleva a «lex» a través de «legitimus» y en ese sentido el Derecho injusto sí que «legitima», pero eso nos devuelve a un punto de partida desechado, pues equivale a «legalizado». Los esfuerzos de constitucionalistas y administrativistas para evitar ese efecto han conseguido, amontonando palabras y deducciones, un solo resultado, llevar lo «legal» a la forma y lo «legítimo» al fondo, con distinciones (legitimidad de origen, de ejercicio, etc.) que, se asuma o no, remiten a una especie de códigos más bien morales y con unas pretensiones de fijeza y seguridad que, fuera del discurso de sus autores, ven quebrantada su integridad y eficacia.

No es sólo una cuestión de palabras, aunque esas son las únicas cuestiones que corresponden por oficio a los juristas. Ocurre aquí algo análogo a lo puesto de manifiesto respecto del ser por el primer Heidegger. Resulta que con Platón y Aristóteles comienza el ocultamiento, hasta nuestro tiempo, del Ser, una laguna de más de veinte siglos entre los presocráticos y *Sein und Zeit*. Trasladado ese problema a la historia de los conceptos jurídicos, resulta que hay que negar toda «legitimación» (como Heidegger niega toda filosofía intermedia) para recuperar el «ser jurídico», que es la «justificación», el «*iustum facere*», pues el Derecho sólo podría *justificar temporalmente* al poder, pero no puede dejarlo *legitimado* en un firme estar-ahí, que resista la historia.

Por eso a lo largo de esa historia el establecimiento de cualquier Derecho ha venido precedido y (con menos frecuencia de la deseable) *soportado* por una percepción, explícita o implícita, vencedora o derrotada, pero siempre presente en alguna medida, del grado de justicia que encierra ese Derecho. Y eso aun antes de que Caracalla pida a Papiniano que declare legal, que legitime, la muerte violenta de Geta. Papiniano posee el «*ius respondendi*» y puede decir «fue legal», y «legitimaría», pero sabe que no puede pensar «fue justo», no «justificaría». Mejor que las posteriores decenas y decenas de monografías y teorías de la legitimidad, sabía el romano lo que significan las palabras en nuestro oficio.

No basta la burda comodidad del positivismo jurídico al concebir al Derecho como las normas de regulación social de la fuerza. En una banda de forajidos hay reglas internas y observadas que ordenan su fuerza y difícilmente alguien las consideraría Derecho. Volvamos a Goya, que en una espeluznante composición, *Asalto de bandidos*, muestra las pautas regladas de jerarquía interna que los criminales aplican en la violación de las mujeres capturadas.

En otra parte he escrito que el valor «lo justo» es equívoco. Tiene tres significaciones distintas. Lo justo normativo, cuando se considera justo lo que dice la norma, sólo porque ésta aparece correctamente instalada en la pirámide kelseniana. Lo justo trascendente, que nuestro Suárez definió como la «lex gubernatrix mundi, in mente Dei existens». Lo justo histórico; la respuesta dada por los humanos en cada circunstancia histórica, cuando han revisado lo legal a la luz de su conciencia.

Yo, hombre, rechazo lo justo normativo por identificar legitimidad (esto es, «legalidad») con justificación. No alcanzo lo justo trascendente, por carecer de mente divina. Sólo puedo operar en conciencia con lo justo histórico. Entendiendo así lo justo, defino el Derecho como el medio para realizar lo justo en la convivencia humana, convivencia cuyos rasgos he señalado antes.

A lo largo de la historia resulta que a veces el Derecho, así entendido, ha luchado por justificar el poder, limitándolo. Resulta pues que, poder, es usado para modelar poder. Dados los rasgos esenciales de la convivencia humana, el poder no puede ser desarraigado de ella. Sólo se puede intentar reducirlo a la mínima dosis, la inevitable para eludir los abismos alternativos de la anarquía, que otorga igual poder a todos, y del despotismo, concentrador de todo el poder en uno sólo, según la vieja y lacónica fórmula de Bodenheimer.

Para lograrlo sólo se dispone de la crítica racional constante aplicada a las leyes. Cada generación, aunque sólo fuese por necesidad instrumental, estuvo y estará obligada a definir lo que considera justo entre las diferentes alternativas de la convivencia humana. Esa definición deberá ser el lecho de Procusto de los juristas, la imprescindible arma de medida para hacer justas las leyes.

Todo escrutinio de historiadores especulativos acerca del paso del tiempo y de los hombres enseña que no es posible acertar en ello usando de una razón contaminada. Las intoxicaciones históricas de la razón jurídica han venido de un amplio catálogo de bacterias diferentes, como los intereses privados o los elementos emocionales, así la religión o los nacionalismos, etc. Los primeros han usado con eficacia el disfraz de hablar en nombre del bien público. Los segundos borran o atenúan la radical igualdad de los seres humanos entre sí, efecto inevitable si parten de afirmarse en hechos diferenciales, no siempre reales tampoco fuera de las reconstrucciones de la historia que urden para autoedificarse.

Las limitaciones al poder, planteadas por el Derecho de la Edad Media, se apoyaban en intereses de grupo, encubiertos ideológicamente por la doctrina de los tres órdenes y su efecto trifuncional. Su efecto limitador de las exorbitancias fue engañoso, porque no se apoyaba en mucho más que en la contaminación de disfrazar de conveniencia general al interés privado. Y en buena medida por eso, el replanteamiento de la cuestión de fondo, qué es lo realmente privado y qué lo

público, desenmascarando las definiciones sesgadas, se dramatizó espectacularmente en la Edad Moderna.

5. FINAL

La tensión y ajustes correlativos de fronteras entre lo público (interés general) y lo privado (interés particular) se hizo el vector esencial de la historia humana desde la modernidad hasta nuestro tiempo y se manifestará siempre en cualquier terreno; jurídico, económico, cultural, incluso sexual.

La atención desorbitada sólo a lo público hará nacer el Estado de máximo desarrollo, el Leviathan hobbesiano, que en la forma más enloquecida de su autología llegará a la radical negación de lo privado por los Estados totalitarios, con los efectos criminales y desastrosos que son bien conocidos (Johannah Arendt, y aún con el filtro de Barbara Goodwin).

La reacción en beneficio de lo particular tendrá también una larga historia. Incluirá el elogio de Adam Smith a una «mano invisible» que llevaba a la convergencia espontánea de los intereses en una especie de bien común. Comprende elementos y nacionalismos varios. Incluso a los anarquistas (Proudhon, Stimer, Bakunin, etc.) que percibieron la autonomización creciente de lo público como un agente de la desapropiación, frente al cual se imponía buscar el reencuentro del hombre consigo mismo.

Los Estados que *han llegado a ser*, se ven ahora combatidos por todas partes, quizá porque en su día creyeron ser suficiente apoyarse en «quia nominor Leo». De negárseles (quizá con razón por eso) ser los gerentes de lo público, se ha llegado a cuestionar incluso que exista un interés general que tenga que ser gestionado. Se proclama, como Nietzsche dijo de Dios, o Hegel de la Historia, la muerte o el final del Estado y se acelera su testamentaría con las carreras para privatizar el capital de las empresas estatales o la gestión de los servicios públicos; con la introducción de empresas multinacionales en todas partes; con la primacía creciente de los organismos supraestatales (ONU, OTAN, GATT, UE, etc.) o de las entidades autonómicas, fragmentos de Estado, como diría Jellinek, en vías de emancipación... Es evidente que para los que así piensan y desean, el paradigma africano, donde el Estado es, simplemente, *inencontrable* (CURAPP, pp. 211 y ss.) supone una meta, quizá no querida, no sospechada, aunque sobrecogedora, si se tiene la inteligencia de verla venir. Pero sea como fuere, inevitable, si se avanza por ciertos senderos.

Esa contradicción entre lo público y lo privado, el hilo conductor principal, desde la Edad Moderna, al menos para la justificación del poder por medio del Derecho, es de muy difícil análisis, por venir integrada en múltiples estrategias

históricas que desorientaron tanto ayer a los protagonistas, como hoy a los historiadores, por más sutiles que nos creamos.

Así, ha costado mucho percibir la realidad profunda de que (pese al enorme esfuerzo de Condé y sus gentes) el Concini descuartizado y vilipendiado revivirá en Luynes, en Richelieu o en Mazarino (recordemos nosotros a Olivares) y con ellos la dicotomía público-privado se afirmará desde entonces a favor del primer elemento, pero girando espectacularmente al llegar a los días de hoy, donde ya no sólo el Estado-providencia, sino el Estado mismo, será el cuestionado en las apologías de la privatización.

Esa dialéctica presente, lejos de señalar el fin de todo modelo estatal, contribuye a reactualizarlo. El Derecho debe ahora justificar un poder que ordene de nuevo la ecuación público-privado. Pero ya no sobre el positivismo jurídico, muerto desde que fue coherente con la defensa procesal de Adolfo Eichmann. Si un teólogo tiene que reflexionar, y mucho, de nuevo para formular un concepto de Dios después de Auschwitz (Hans Jonas), un jurista no puede eludir un ejercicio análogo para transmitir hoy a sus alumnos el «imperativo categórico» de Kant. Tenemos un camino estrecho. Nuestro tiempo es el de la «angustiae iuris», como bien sabían, en 1970, los universitarios neoyorkinos que se reunían para preguntarse: «Is the Law Dead?»

Otro Derecho, centrado en una sola realidad, la igualdad esencial de los humanos, debe buscarse. Allí es donde los Estados democráticos (en el número menor que sea posible) resultan imprescindibles como instrumentos de garantía de esa igualdad, que es el interés general primordial a proteger ante los clientelismos religiosos, sociales, nacionalistas, económicos, etc., que inevitablemente harán siempre competitiva nuestra convivencia.

Todo destructor cruento de esos Estados podrá escuchar con coherencia que, quienes siempre rechazaron la pena de muerte, les diga como Johannah Arendt a Eichmann: «tú apoyaste y cumplimentaste una política de unos hombres que no deseaban compartir la tierra con otros pueblos, como si tuvierais el derecho de decidir quién puede y quién no puede habitar el mundo... Nosotros consideramos que ningún miembro de la raza humana puede desear compartir el mundo contigo. Esta es la razón, la única razón, por la que has de ser ahorcado».

JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACÓ