

II. ESTUDIOS

LOGROS DE LA CULTURA JURÍDICA

CHRISTIAN STARCK

SUMMARY

I. CULTURA JURÍDICA, CULTURAS JURÍDICAS, LOGROS. II. ALGUNOS EJEMPLOS DE LOGROS. III. FUNDAMENTOS COMUNES DE LOS LOGROS. IV. RAÍCES DE LOS DERECHOS HUMANOS. V. SOBERANÍA Y DIVISIÓN DE PODERES. VI. EXTRAVÍOS Y PERVERSIONES DEL DERECHO. VII. LA RECEPCIÓN DE LOS LOGROS. VIII. PELIGROS QUE AMENAZAN LOS LOGROS.

Fecha recepción: 23.08.2012
Fecha aceptación: 04.10.2012

LOGROS DE LA CULTURA JURÍDICA¹

CHRISTIAN STARCK

Catedrático de Derecho Público, Universidad de Göttingen

I. CULTURA JURÍDICA, CULTURAS JURÍDICAS, LOGROS

El título de mi intervención pretende poner de relieve que el Derecho es un fenómeno cultural. El Derecho no puede ser reducido a una mera técnica de manejo de normas jurídicas; sin embargo, esa técnica del Derecho también forma parte de la cultura jurídica.

La cultura jurídica es una rama de la cultura que los hombres han generado —y seguirán generando en el futuro— en los más diversos campos: la lengua, la religión, el arte, la técnica, el saber. El término latino *cultura* proviene de *colo*, que significa cultivar, modificar mediante el trabajo, cuidar, preservar e incluso venerar. «Cultura» en sentido translaticio designa formas de vida humanas que han alcanzado un cierto grado de desarrollo y elaboración. La cultura jurídica depende de la cultura política de una sociedad, y a su vez deja su impronta en ella y la afianza. Es, además, el marco normativo de la evolución cultural, como queda de manifiesto, por ejemplo, en la garantía de la libertad de la ciencia y del arte, pero también en la formación de la opinión pública en el Estado democrático de Derecho.

Ahora bien, ¿qué significa exactamente «cultura jurídica» y cómo cabe perfilar su sentido? De lo que se trata es de someter a una consideración sociológica un ordenamiento jurídico actual o pretérito, o el sistema jurídico común a una gran área geográfica formado por varios ordenamientos estatales emparentados

¹ Conferencia pronunciada el 23 de marzo de 2012 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid). Traducción del alemán al español por el Dr. Antonio Pau Pedrón, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

entre sí, con el objetivo de determinar el estándar cultural. El sociólogo del Derecho *Thomas Raiser* entiende por cultura jurídica «la suma de los valores, normas, instituciones, reglas de procedimiento y formas de conducta existentes en una sociedad en lo referente al Derecho»². Esta definición muestra con claridad, al mismo tiempo, que la cultura jurídica no se agota en el conjunto estructurado de normas, sino que también forma parte de ella la conducta tanto de los profesionales del Derecho como de los ciudadanos. La sociología del Derecho contempla el Derecho desde fuera, pero sabe de los contextos y presupuestos normativos de la realización práctica del mismo. La cultura jurídica no opera, así pues, solamente en el plano de la legislación, sino que a éste se añaden la doctrina, el cumplimiento de las normas por los ciudadanos y la aplicación del Derecho por la administración y los tribunales. Lo que se busca es la solución fases diversas, y vinculada a reglas de los conflictos individuales, políticos y sociales. Es importante diferenciar entre legislación y aplicación de la ley, toda vez que la corrupción no suele tener lugar en el plano de la legislación. La corrupción, grave perturbación de la cultura jurídica, viene dada por la falta de escrúpulos de los ciudadanos y por la debilidad del poder ejecutivo y de la administración de justicia. La corrupción puede alcanzar tal magnitud que ya no quepa hablar de cultura jurídica.

Este primer acercamiento al concepto de cultura jurídica y a los riesgos que corre pone de manifiesto, simultáneamente, que también podemos hablar en plural de culturas del Derecho, y ello tanto en una comparación sincrónica como en un estudio diacrónico de la evolución histórica. En el título de mi intervención hablo de los «logros de la cultura jurídica». Me estoy refiriendo con ello a nuestra cultura jurídica, la cultura jurídica alemana integrada en la europea. Sólo es posible constatar logros si se tienen presentes la evolución y el cambio de un ordenamiento jurídico. La consideración de los logros abre, por tanto, una perspectiva histórica. De lo que se trata es de tener en cuenta las buenas y las malas experiencias y cómo las han asimilado la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Esa tarea incluye también la comparación con otros ordenamientos.

II. ALGUNOS EJEMPLOS DE LOGROS

Un ejemplo de los logros de la cultura jurídica que inmediatamente salta a la vista es la institución del contrato en su calidad de equilibrio de intereses regulado autónomamente por declaraciones de voluntad recípro-

² Thomas RAISER, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 2.^a edición, 1995, p. 338.

cas (por ejemplo: compra, permuta, servicios, arrendamiento). Cada parte confía en que la otra cumplirá las obligaciones resultantes del contrato. El principio *pacta sunt servanda* caracteriza esa conjunción de autonomía y fiabilidad. Otro logro importante consiste en que el contrato se pueda hacer valer judicialmente, lo que en Roma sólo sucedía en el caso de determinados tipos de contrato. En el *usus modernus Pandectarum* del siglo XVII —siguiendo la tendencia general a la racionalización propia de la Modernidad— el cumplimiento del contrato se considera reclamable judicialmente por principio³. El contrato civil se basa en la autonomía privada, que se ejerce en un marco legal. Los contratos no son solamente expresión de la libertad de configuración, sino que presuponen la igualdad jurídica de las partes. De ahí que el contrato, en su variante del tratado internacional, sea el instrumento regulador más importante en el Derecho de gentes, basado éste en el principio de la igualdad jurídica de los Estados. La igualdad jurídica tiene como consecuencia, tanto en el Derecho privado como en el internacional, que un contrato o un tratado que han sido formalizados bajo amenazas o con engaños no pueden ser válidos. Y es que la amenaza y el engaño significan un ejercicio de poder que altera decisivamente la simetría de la posición jurídica de las partes.

Otros ejemplos de logros de la cultura jurídica son las reglas de procedimiento, como el derecho a ser oído antes de que se dicte una sentencia judicial (ver, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 103 de la Ley Fundamental alemana) o el principio de que nadie puede ser juez en causa propia. Esas dos reglas son denominadas en Inglaterra *natural justice*⁴. Ejemplos que se pueden tomar del Derecho penal son las reglas de que sólo es legítima la pena si el acto en cuestión estaba considerado como delito en una ley anterior a su comisión (apartado 2 del artículo 103 de la Ley Fundamental alemana, *nulla poena sine lege*) y de que la imposición de una pena en un procedimiento judicial presupone la demostración de la culpabilidad (*nulla poena sine culpa*).

Los logros están consagrados en constituciones y leyes ordinarias. Las evidencias en las que se basan se remontan a épocas anteriores. Un ejemplo de Inglaterra a ese respecto: en el caso del Dr. Thomas Bonham —un médico a quien el colegio de farmacéuticos había impuesto una multa cuya mitad corres-

³ Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª edición, 1967, p. 242.

⁴ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 2.ª edición, 1984, p. 182; H.W.R. WADE/C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 7.ª edición, 1994, p. 467; S.A. DE SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 3.ª edición, 1979, pp. 561 y ss.

pondía *legalmente* al presidente de ese colegio— el famoso juez inglés *Sir Edward Coke* (1552-1634) consideró en 1610 que la correspondiente ley era inaplicable porque estaba en contradicción con el principio del *common law* conforme al cual nadie puede ser juez en causa propia⁵. Dado que el presidente del colegio percibiría la mitad de la multa impuesta, y por tanto tenía un interés económico directo en ese asunto, no era solamente juez, sino también parte en todos los casos análogos sobre los que tuviese que resolver. *Coke* se apoya en el *common right and reason*⁶.

Otro ejemplo de los logros de la cultura jurídica es la reserva de ley para determinadas medidas de la Administración: se trata de un principio que tenemos que agradecer en lo fundamental al siglo XIX. La reserva de ley se dirige expresamente contra la tesis de que la ley constituye solamente una barrera y un marco para una Administración que por lo demás es independiente de la ley⁷ y dirige los «asuntos públicos» en el marco de las leyes «exactamente con la misma libertad y exactamente con la misma falta de ataduras» de que disfruta el individuo para dirigir sus asuntos privados dentro de los límites del ordenamiento jurídico privado⁸. En ese modo de ver las cosas, la idea de la autonomía privada, en la que acabamos de ver el fundamento de los contratos entre personas privadas, se traslada también a la Administración estatal. Pues bien, el logro de la reserva de ley consiste precisamente en no reconocer a la Administración autonomía alguna y en atarla a la ley, que ya ésta no es un mero marco, sino el fundamento de la actividad administrativa. La Administración debe actuar de conformidad con reglas generales establecidas por el legislador, lo cual garantiza la igualdad y la previsibilidad. Incluso las resoluciones basadas en los principios de la equidad deben adoptarse de tal modo que en futuros casos del mismo tipo se resuelva de igual forma⁹. Obviamente, para aplicar las leyes a casos particulares la Administración necesita márgenes de valoración y discrecionalidad, pero éstos no tienen nada que ver con la autonomía ni, por ende, con la libertad.

⁵ Ver a ese respecto John W. GOUGH, *Fundamental Law in English Constitutional History*, 1955, pp. 32 y s.

⁶ 8 Co. Rep. 117b-118b, citado por GOUGH (nota 4), p. 31.

⁷ Así todavía Friedrich Julius STAHL, *Philosophie des Rechts*, vol. II/2, 5.ª edición, 1878, p. 194; un cambio de enorme importancia para la praxis jurídica fue la resolución del Tribunal Administrativo Superior Prusiano (PreußOVG) 9, 353, 363, 376.

⁸ Así Paul LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, 1.ª edición, 1876, p. 200.

⁹ Reinhold ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, 5.ª edición, 2007, p. 80.

Como un último ejemplo de los logros de la cultura jurídica mencionaré el principio de proporcionalidad, en su calidad de instrumento destinado a moderar las intervenciones del Estado. La Administración estatal, concretamente la policía, interviene mediante un acto específico en la esfera del ciudadano, por ejemplo le retira el carnet de conducir si se ha excedido en gran medida de la velocidad permitida. Y el legislador establece requisitos para esas intervenciones. Las intervenciones tienen su razón de ser en la protección del bien común o de los derechos de terceros. La protección de la vida y la salud como finalidad de las mencionadas reglas está sustraída a toda duda y es, así pues, un objetivo legítimo. El principio de proporcionalidad exige que los medios empleados para la consecución de ese objetivo sean idóneos, necesarios y no desproporcionados. Si existe un medio menos radical para conseguir el mismo objetivo, se debe rechazar el que implique una mayor injerencia en la libertad del ciudadano¹⁰. Hemos de agradecer también al siglo XIX, sobre todo a la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Superior Prusiano, el principio de proporcionalidad en el Derecho policial¹¹. En 1958 el Tribunal Constitucional Federal reconoció a ese principio una eficacia amplia —vinculante también para el legislador¹²— y desde entonces así lo viene aplicando. El principio de proporcionalidad como límite para la legislación ha sido acogido en numerosos ordenamientos jurídicos¹³.

III. FUNDAMENTOS COMUNES DE LOS LOGROS

Los ejemplos de logros de la cultura jurídica aquí aducidos no están meramente yuxtapuestos y aislados entre sí, ni tampoco han cobrado vigencia por casualidad. Antes bien, constituyen otras tantas concreciones de la división de poderes y de los derechos humanos, cuya validez fue considerada en la Decla-

¹⁰ Acerca del principio de proporcionalidad, ver v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz*, 6.ª edición, 2010, vol. I, artículo 1, números marginales 277-286.

¹¹ A ese respecto Ernst FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, vol. 1, 10.ª edición, 1973, pp. 70 y s.

¹² Colección de resoluciones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) 7, 377, 405 y ss.

¹³ Karl KORINEK, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2000, pp. 48 y ss.; Heinz SCHÄFFER, *Die Entwicklung der Grundrechte und ihrer Interpretation durch die Verfassungsgerichte in Österreich und Italien*, en: STARCK (editor), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt*, II, 2006, pp. 121 y ss.; Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003; para Portugal, ver resoluciones del Tribunal Constitucional 367/2007, 623/2008 (modélica), 494/2009.

ración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia en 1789, como presupuesto básico de toda constitución política¹⁴. Aplicadas a los mencionados ejemplos, la libertad de contratar y el derecho a ser oído son formas de manifestación de los derechos humanos, y el principio de proporcionalidad es un instrumento para la efectiva protección de la libertad garantizada por los derechos humanos. La reserva de ley y la regla *nulla poena sine lege* son formas de manifestación de la división de poderes. Un juez no puede dictar sin más una pena, sino que ésta se halla necesitada de una base legal. Para imponer una pena, que siempre significa una grave intervención en la esfera de la persona, se necesita la detallada formulación legal de un tipo delictivo y la aplicación de este último a un caso concreto determinado por el juez en virtud de las reglas del Derecho procesal penal. *Nulla poena sine lege* es solamente un caso de aplicación especialmente llamativo del principio de reserva de ley que domina buena parte del Derecho administrativo.

La división de poderes es un principio organizativo del poder estatal. El núcleo de la doctrina moderna de la división de poderes es, según *John Locke* (1632-1704), la distinción entre el poder regulador general (el legislativo), el poder ejecutivo y el poder judicial independiente de los otros dos. El legislativo debe promulgar leyes generales, el ejecutivo ejecutarlas, es decir, aplicarlas a las situaciones concretas de la vida a fin de excluir la arbitrariedad tanto por parte del legislativo como también por parte del ejecutivo¹⁵. La idea de la división de poderes es un principio de filosofía política que se puede concretar en los ordenamientos jurídicos de diversas formas y que en sus posibles variantes conduce a un Estado moderado. El Estado moderado es la consecuencia de la corriente principal de la tradición jurídica europea, que ha reconocido la existencia de principios jurídicos situados por encima del Estado. La división de poderes es la espina dorsal de la idea de los derechos humanos. Por ello, para una efectiva protección de la libertad es más importante una organización del Estado basada en la división de poderes que contar con catálogos de derechos humanos elaborados hasta sus últimos detalles y espléndidamente formulados.

Ya he indicado que los logros de la cultura jurídica tienen profundas raíces que se pueden rastrear en la historia. En aras de una mejor comprensión de esos logros expondré las condiciones subyacentes a la evolución de la idea de los derechos humanos y de la idea de la división de poderes.

¹⁴ Artículo 16: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

¹⁵ John LOCKE, *The Second Treatise of Government*, números 143 y ss.

IV. RAÍCES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Estamos acostumbrados a referir los derechos humanos a la Ilustración —al siglo de las luces—, más exactamente a la Revolución y a su legislación, y a considerarlos logros que hubo que obtener en dura pugna con el absolutismo monárquico y con la Iglesia, estrechamente unida a él, al menos en Francia. Eso es cierto si se hace referencia a la época de las primeras formulaciones de los derechos humanos a modo de catálogos.

Pero las proclamaciones de los derechos humanos tienen su prehistoria. Uno de los capítulos más importantes de esa prehistoria se escribió en España. *Francisco de Vitoria* (1480-1546), teólogo y filósofo, y *Francisco Suárez* (1548-1617), jurista y teólogo, no desarrollaron, ciertamente, ninguna teoría de los derechos fundamentales o de los derechos humanos, pero pusieron de relieve ciertas libertades naturales del individuo frente al Estado¹⁶. De la reflexión sobre la esencia del hombre y su libertad natural, así como sobre los objetivos del poder del Estado, resultan afirmaciones acerca de los límites de ese poder. El descubrimiento de América y de sus pueblos indígenas fue al principio un desafío para los juristas y teólogos españoles. *Vitoria y Las Casas* —en correspondencia con sus tesis teológicas de fondo— llegaron al convencimiento de que los indios habían sido creados a imagen y semejanza de Dios¹⁷, lo cual tenía importantes consecuencias para su posición jurídica.

Según ya dan a entender estas reflexiones, el origen intelectual de los derechos humanos reside en la imagen del hombre que tiene el cristianismo, con sus raíces bíblicas y en la Antigüedad. El fundamento de la dignidad y de los derechos de cada ser humano individual es la concepción bíblico-cristiana de que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza¹⁸. Es también ahí donde hemos de ver la raíz de la igualdad de los hombres¹⁹. Sin perjuicio

¹⁶ Cfr. Heribert Franz KÖCK, *Der Beitrag der Schule von Salamanca zur Entwicklung der Lehre von den Grundrechten*, 1987, pp. 59 y s.; Rainer SPECHT, «Spanisches Naturrecht-Klassik und Gegenwart», en: *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 41 (1987), pp. 169 y ss.; Antonio TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, vol. 2, 4.ª edición, 1995, pp. 76 y ss.

¹⁷ Francisco de VITORIA, *De indis recenter inventis* (1539), edición de W. SCHÄTZEL, 1952, p. 132 (= sección I, n.º 6): «homo est imago Dei per naturam, scilicet per potentias racionales».

¹⁸ *Génesis* 1, 27; *Efesios* 4, 24.

¹⁹ Este punto fue subrayado desde puntos de vista políticos ya por Gustav v. STRUVE, artículo «Menschenrechte», en: V. ROTTECK/WELCKER (editores), *Staatslexikon*, 2.ª edición, 1847, vol. V, p. 180.

de su inclusión en la familia, en la comunidad cristiana y en la colectividad política, la teología cristiana ve al hombre en su relación con Dios como persona individual²⁰. El teólogo evangélico *Ernst Troeltsch* (1865-1923) describió acertadamente el individualismo cristiano subyacente a la idea de libertad con estas palabras²¹:

«El individuo, que es hijo de Dios, está legitimado para considerarse infinitamente valioso, pero solo llega a esa meta a través del sacrificio de sí en la obediencia sin reservas a la santa voluntad de Dios. Me refiero aquí no a la individualidad natural, sino a un valor que solo cabe obtener en la comunidad con Dios. Resulta comprensible que ese individualismo sea absolutamente radical y que a través del ideal del valor religioso del alma supere todas las barreras naturales y todas las diferencias, y no menos comprensible resulta que ese individualismo solo sea posible sobre esa base religiosa. Únicamente la comunidad con Dios confiere al individuo ese valor, y únicamente en la relación común con Dios, que abarca todo lo terreno, desaparecen todas las diferencias naturales».

Este concepto de libertad teológicamente formado ha actuado a lo largo de la historia sobre las realidades seculares de un doble modo. El cristiano, responsable ante Dios, puede entrar en conflicto con los mandatos que establezca el poder secular. Se exigen libertad y derechos frente a la comunidad secular, a fin de estar a la altura de la responsabilidad que se tiene frente a Dios. Este es un camino que, a través de la libertad religiosa garantizada por el Estado²², conduce a un concepto secular de libertad. La otra vía discurre a través de un proceso de secularización. Y es que si se separa la posición de libertad del individuo humano de su fundamento teológico y se la seculariza, es posible hacerla valer frente al poder secular, también, ciertamente, en cuestiones no religiosas.

Según las conocidas tesis expresadas por *Hegel* en su filosofía de la historia universal²³, el Derecho natural cristiano, la Reforma protestante, la Ilustración y la Revolución plasmaron en una teoría del Estado y de la legislación,

²⁰ Louis DUMONT, *Individualismus*, 1991, pp. 58 y ss.; Peter STEIN/John SHAND, *Legal Values in Western Societies*, 1974, pp. 114 y ss.

²¹ Ernst TROELTSCH, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, 1912, pp. 39 y s.

²² Acerca de las raíces históricas de la moderna libertad religiosa, ver Christian STARCK, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, pp. 364 y s., con más referencias.

²³ Edición Lasson, 2.^a edición (reimpresión 1976), 2.^a mitad, pp. 877 y s., 915 y s.

la idea de libertad que germinó en el cristianismo²⁴. El teólogo evangélico *Ernst Wolf*, profesor en Gotinga tras la guerra, caracterizó acertadamente la declaración de los derechos del hombre como «producto de la religión de Occidente»²⁵. Otras altas culturas, como las de China²⁶, Japón o la India, no dieron origen a la idea de la libertad del hombre y, por tanto, tampoco a la idea de los derechos humanos.

El lazo entre cristianismo y derechos humanos no se debe entender en el sentido de que la evolución apuntase intencionadamente a los derechos humanos o de que el Evangelio sea el fundamento de los derechos humanos. Antes bien, lo que sucede es que la Ilustración europea, a la que en último término tenemos que agradecer los derechos humanos, descansa en una prehistoria que favorecería el conocimiento del valor de la persona humana en las diversas comunidades y que condujo a la elaboración filosófica de las relaciones entre el individuo y el poder político (el Estado). Ese conocimiento generó una madurez para la formulación de los derechos humanos, primero como reivindicación y más tarde como Derecho estrictamente vinculante y que se puede hacer valer judicialmente.

V. SOBERANÍA Y DIVISIÓN DE PODERES

La doctrina de la división de poderes, con sus orígenes en la Antigüedad, fue desarrollada sobre la base del convencimiento de que el hombre está hecho de «madera torcida»²⁷. Esta afirmación antropológica fundamental de *Kant* tiene su trasfondo teológico en la doctrina del pecado original de *san Agustín* (354-430)²⁸. El pecado original, que *san Agustín* ve sobre todo en la concupiscencia, fue considerado más tarde, especialmente por *santo Tomás de Aquino* (1225-1274), en general

²⁴ Acerca de Hegel, ver Hermann LÜBBE, *Säkularisierung*, 2.ª edición, 1975, p. 38; Christian STARCK, *Menschenrechte – aus den Büchern in die Verfassungen*, en: NOLTE/SCHREIBER (editores), *Der Mensch und seine Rechte*, 2004, pp. 9, 15 y ss.

²⁵ Ernst WOLF, «Die Freiheit und Würde des Menschen», en: *Recht, Staat, Wirtschaft*, vol. IV, 1953, pp. 29 y ss., 40.

²⁶ Ver a ese respecto Ai-er CHEN, «Das Verständnis der Menschenrechte in China und im Westen», en: NOLTE/SCHREIBER (editores), *Der Mensch und seine Rechte*, 2004, pp. 137, 142 y ss.

²⁷ KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, sexto principio, edición Weischedel, vol. 9 (1968), p. 41.

²⁸ *De Civitate Dei*, XIII 14, 23, XX 12.

como *corruptio naturae* que ha llevado al *defectus originalis iustitiae*²⁹. La doctrina del pecado original dominó intensamente la doctrina política antes y después de la Reforma protestante. Así, los soberanos por la gracia de Dios remitían su soberanía a que la Providencia divina había dado a los pueblos príncipes que domesasen la libertad para el crimen, según se formulaba, aludiendo al pecado original, en las Constituciones de Melfi (1231) de Federico II de Hohenstaufen³⁰.

No obstante, si se tiene en cuenta que también el príncipe es un ser humano y por tanto está afectado por el pecado original, es decir, sufre el *defectus originalis iustitiae*, y si se pasa revista a la historia de los soberanos europeos, con todos sus abusos de poder, es comprensible la búsqueda de otros modelos de soberanía cuyas instituciones estén en una mejor correspondencia con la naturaleza humana. Así, en el *Federalist* (1788), escrito en cercanía cronológica al surgimiento de la Constitución estadounidense, encontramos todavía una fundamentación de corte teológico para la necesidad de la división de poderes. *James Madison* (1751-1836) escribe (en el n.º 51):

«Si los hombres fuesen ángeles, no se necesitaría Gobierno alguno. Si los ángeles gobernasen a los hombres, no se necesitaría ningún control externo ni interno del Gobierno. Sin embargo, si se establece un sistema de gobierno en el que unos hombres ejercen poder sobre otros, las mayores dificultades residen en lo siguiente: de entrada se debe facultar al Gobierno para que vigile a los gobernados (así se dice también en las Constituciones de Melfi), y a continuación se debe forzar al Gobierno a que se vigile a sí mismo. La dependencia respecto del pueblo (y por tanto elecciones democráticas periódicas) es, sin duda, el mejor medio para ello. Pero la experiencia de la humanidad ha enseñado que se necesitan precauciones adicionales». Esas precauciones las describe *Alexander Hamilton* (1755-1804)³¹ cuando exige la distribución del poder entre órganos independientes unos de otros, el establecimiento de dos corporaciones legislativas que se contrapesen y controlen recíprocamente y la creación de tribunales.

Estos instrumentos, que se remontan a autores relativamente antiguos y a la experiencia reunida en la Antigüedad con constituciones mixtas, permiten el control, la publicidad, la articulación de intereses y el debate, elementos todos ellos idóneos para reducir los efectos de las deficiencias de la naturaleza humana. Hoy en día sintetizamos esos instrumentos en los principios de la democracia

²⁹ *Summa Theologiae*, I-II, qu. 82, 3: «Peccatum originale materialiter quidam est concupiscentia; formaliter vero defectus originalis iustitiae».

³⁰ H. CONRAD/Th. v. d. LIECK-BUYKEN/W. WAGNER (editores), *Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien*, 1973, pp. 3 y s.

³¹ *Federalist*, n.º 9.

y del Estado de Derecho. Ya lo hemos subrayado más arriba: solo la división de poderes garantiza una protección efectiva de los derechos humanos.

VI. EXTRAVÍOS Y PERVERSIONES DEL DERECHO

Una vez que hemos expuesto ejemplos de logros de la cultura jurídica y sus hondas raíces históricas, se plantea ineludiblemente la pregunta de cómo fueron posibles los extravíos, es más, las catastróficas perversiones del Derecho que en Europa dejaron su impronta en el siglo XX bajo las formas del comunismo y del nacionalsocialismo. Si se observa de cerca el nacionalsocialismo y el comunismo expresado en las doctrinas de Marx y Lenin se advierte que les subyacen imágenes del hombre que se encuentran en diametral oposición a los fundamentos de los logros de la cultura jurídica que hemos descrito más arriba.

El darwinismo social —una de las bases del nacionalsocialismo— disolvía por un lado al individuo en la comunidad, pero por otra parte veía en el hombre que se conducía como un animal de presa la forma suprema del ser humano que había evolucionado libremente. El darwinismo social convierte la doctrina causal de la ciencia natural en algo filosóficamente axiomático: la lucha inexorable por la existencia, la selección de lo bien adaptado, de lo útil, de lo idóneo para su finalidad propia, el perfeccionamiento mediante la cría selectiva³². Todo ello iba unido al antisemitismo. De ahí resultó después, en el terreno del Derecho político elaborado durante el régimen nacionalsocialista, una des-subjetivación del hombre. En el principal manual de Derecho constitucional de aquel entonces leemos: «Tienen que desaparecer frente al poder del Estado especialmente los derechos y libertades del individuo, dado que no son compatibles con el principio del *Reich* popular y racial. No existe libertad personal alguna pre-estatal o extra-estatal del individuo que deba ser respetada por el Estado. El individuo aislado ha sido sustituido por el camarada popular, integrado en la comunidad como miembro de la misma, subsumido en la totalidad del pueblo político y englobado en su actuación total. No puede haber ya ninguna esfera privada extra-estatal que sea intangible y sagrada frente a la unidad política»³³. Más adelante se dice: «Los judíos no disfrutaban en el *Reich* de la posición de una minoría perteneciente a un pueblo ajeno, sino que les está asignado un estatus especial que tiene su explicación en el objetivo de una total segregación del

³² Ver a ese respecto el análisis crítico de Oskar HERTWIG, *Zur Abwehr des ethischen, des sozialen, des politischen Darwinismus*, 2.^a edición, 1921, pássim.

³³ Ernst-Rudolf HUBER, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 1939, p. 359.

judaísmo»³⁴. Con toda coherencia se rechaza la división de poderes y se considera el Estado de partido único el modelo del siglo XX³⁵.

El segundo paradigma de una imagen del hombre que está en contradicción con los fundamentos de los logros de la cultura jurídica antes descritos es el marxismo-leninismo. En él se ve al hombre como miembro de una clase, de tal modo que en calidad de individuo no es titular de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales socialistas no son, así, derechos humanos universales, sino derechos de clase³⁶ cuyo ejercicio viene determinado por el partido socialista, concretado éste en un órgano rector (el *politburó*) que dice encarnar la verdadera voluntad del pueblo³⁷. La división de poderes es una mera fachada que oculta la soberanía de la dirección del partido socialista. Con base en esa imagen del hombre la crítica a la configuración del Estado y a las decisiones de la cúpula del partido está prohibida y se quiebra en las cárceles mediante un trato degradante.

Cuando el marxismo leninismo consiguió imponerse a comienzos del siglo XX como forma de dominio en Rusia y en la posterior Unión Soviética, amplias capas de su población desconocían los logros de la cultura jurídica antes descritos, y las promesas de los nuevos ostentadores del poder fueron tan grandes que incluso determinados círculos occidentales creyeron, contra toda experiencia histórica, que era posible hacer realidad el paraíso en la tierra.

Distinta era la situación en la Alemania de 1933. Los principios del Estado de Derecho, de la proporcionalidad en el Derecho administrativo y de la reserva de ley para las intervenciones en la esfera de los ciudadanos, la máxima *nulla poena sine lege* y las garantías procesales penales estaban reconocidos ya en la época monárquica y habían sido desarrollados y afianzados por los tribunales alemanes en colaboración con los juristas. La humillación de Alemania por las potencias vencedoras tras la Primera Guerra Mundial, la mala situación económica y la inexperiencia en la práctica de los procedimientos democráticos fueron otras tantas razones del fortalecimiento del partido nacionalsocialista y de su toma del poder, que fue seguida inmediatamente por el apartamiento de los procedimientos democráticos y muy pronto también por el abandono de los logros del Estado de Derecho. Muchos de sus elementos fueron despreciados por los nuevos ostentadores del poder y por sus seguidores como formalismo jurídico, en beneficio de grandes promesas con las que se justificaron también graves

³⁴ HUBER (nota 31), p. 181.

³⁵ Carl SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, 1933, pássim.

³⁶ AUTORENKOLLEKTIV, *Staatsrecht der DDR*, Berlín, 1984, pp. 176 y ss.

³⁷ Tal es el acertado enunciado sintético de la resolución del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 5, 85, 201.

atentados contra el Derecho. Con el transcurso del tiempo la dictadura llegó a estar tan firmemente asentada que ya no resultó posible librarse de ella apelando a los logros de la cultura jurídica. Así fue como en 1945 se hizo necesario un reinicio, que se concretó en 1949 con la promulgación de la Ley Fundamental.

VII. LA RECEPCIÓN DE LOS LOGROS

Los logros de la cultura jurídica son aptos para su recepción. A su vez, los correspondientes procesos de recepción confirman esos logros. Las recepciones del Derecho se inscriben en el amplio fenómeno cultural de la recepción, que se produce en todas las épocas y en todos los campos de la cultura y que habitualmente lleva a asumir lo nuevo, mejor y moderno de otros países. De ahí que se reciba, es decir, que se asuma activamente el Derecho mejor y más moderno que el propio. Las causas de las recepciones del Derecho pueden ser el conocimiento de la imperfección del propio ordenamiento jurídico y el deseo de participar de un Derecho mejor perfilado desde el punto de vista dogmático, más evolucionado y más moderno. Ejemplos de esas recepciones son sobre todo Japón en el último tercio del s. XIX³⁸ y Taiwán desde mediados de los años ochenta del siglo pasado³⁹.

Desde los años setenta de la última centuria se produjeron también en Europa amplios procesos de recepción. Esa fue la época posterior a la superación de sistemas de gobierno autoritarios y dictaduras. Cabe mencionar como ejemplo los países de Europa meridional Grecia, Portugal y España, en los años setenta, y, en los noventa, la mayor parte de las naciones europeas gobernadas hasta entonces por partidos comunistas que seguían el modelo de la Rusia soviética. Si se presta atención a las nuevas constituciones y leyes y a la actual práctica jurídica de esos países se perciben los logros antes expuestos: división de poderes, catálogos de derechos fundamentales y de los instrumentos idóneos para garantizarlos, sobre todo mediante los tribunales constitucionales. Estos últimos aplican el principio de proporcionalidad a la protección efectiva de los derechos fundamentales. A través del Convenio Europeo para la Protección de los De-

³⁸ Christian STARCK, «Deutsches Verfassungsrecht in Japan», en: *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen*, 2005, Gotinga, 2006, pp. 95 y ss.

³⁹ Cfr. los trabajos de Tsai/Lee, Yang, Hsu, Hwang, Lin y Peng, en: HEUN/STARCK/TSAI (editores), *Rezeption und Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht. Viertes deutsch-taiwanesisches Kolloquium*, 2009; Christian STARCK, «Menschenwürde als Verfassungsgarantie», en: *Academica Sinica Law Journal*, Inaugural Issue, Taipei, marzo de 2007, pp. 307 y ss., acerca de la interpretación de la resolución n.º 603, de 28.9.2005, del Tribunal Constitucional taiwanés, en: *The Republic of China Constitutional Court Reporter*, 2004-2006, 2.ª edición, pp. 531, 554 y s.

rechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) los habitantes de esos países participan del logro de la protección efectiva de los derechos fundamentales, que puede ser reclamada por vía de demanda ante el TEDH incluso contra tribunales nacionales. De ese modo, los logros de la cultura jurídica antes descritos disfrutaban incluso de la protección del Derecho internacional.

VIII. PELIGROS QUE AMENAZAN LOS LOGROS

Los logros de la cultura jurídica corren peligro, según lo puso de manifiesto con toda claridad la perversión del Derecho que comenzó en Alemania tras las toma del poder por los nacionalsocialistas. Aquí no podremos estudiar ya esos procesos. Se trata de peligros que avanzan callada y ocultamente y que pueden partir tanto del Estado como del ciudadano. Nos limitaremos a mencionar brevemente los siguientes ejemplos.

Cuando el Estado, impulsado frecuentemente por los tribunales, dicta cada vez más leyes, y leyes cada vez más exactas y detalladas, a fin de, en la medida de lo posible, determinar todo ya mediante la ley e imponer así estrechas ataduras a la Administración, no consigue establecer en la práctica las ataduras deseadas, pero las leyes devienen inabarcables e ininteligibles. También las directivas de la Unión Europea, que se desarrollan en leyes alemanas, tienen esos mismos efectos. De ese modo no sólo queda perturbada la relación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sino que el ciudadano ve como ajeno un Derecho que cada vez comprende menos. La necesaria generalidad de la ley exige, a causa de la multiplicidad de las situaciones vitales, conceptos legales indeterminados y la concesión de márgenes de discrecionalidad. También esto es expresión de la división de poderes, que armoniza con el principio de democracia, dado que la democracia no significa la soberanía absoluta del Parlamento sobre todos los casos particulares. La decisión sobre los casos particulares únicamente viene predeterminada por la ley general.

Una institución propia del Estado democrático de Derecho como la cláusula del artículo 125 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), conforme a la cual la Unión Europea no asume los compromisos de los Gobiernos y de otras autoridades y organismos nacionales ni responde de ellos —igual de poco que un Estado miembro en lo que respecta a los compromisos de otro Estado miembro— no se cumple, o se elude, en el caso de los países de la zona euro que atraviesan dificultades financieras, y ello a costa de los contribuyentes, que pierden toda confianza en las instituciones europeas, con consecuencias

imprevisibles para el futuro de la Unión Europea. Cuando se introdujo el euro se explicó la seguridad de la nueva moneda con la cláusula del artículo 103 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), ahora artículo 125 del TFUE⁴⁰. Esa regla está destinada a forzar al Estado, a la hora de equilibrar los déficits presupuestarios, a atenerse a los mecanismos del libre mercado, que castiga una política presupuestaria poco sólida con primas de riesgo. Esa regla tiene otro importante significado. Pone de relieve que la Unión Europea no es un Estado federal⁴¹ en el que quepa exigir que exista un equilibrio financiero entre los Estados que lo integran, según está dispuesto en Alemania.

Del ciudadano parten riesgos para los logros de la cultura jurídica cuando deja de creer en la libertad que le garantizan los derechos fundamentales. Existe una corriente de la neurociencia que niega la libertad humana y, por lo tanto, cuestiona por principio instituciones como el contrato, la pena y las elecciones democráticas, que presuponen la responsabilidad del ciudadano. Un peligro de otra índole es el que amenaza por el lado de quienes albergan convicciones religiosas que rechazan los derechos humanos y la división de poderes y tratan de orientar la organización del Estado con arreglo a esas convicciones religiosas.

Se podrían aducir otros ejemplos para mostrar que los logros aquí expuestos corren peligro. Del fomento del «sentido de Estado» por los órganos estatales, los partidos políticos, las fuerzas de la sociedad civil y la escuela forma parte la tarea de transmitir y difundir sin descanso la importancia de las instituciones basadas en los derechos humanos y en la división de poderes en su irrenunciable función para la convivencia pacífica de los hombres, a fin de que puedan echar raíces en cada generación.

⁴⁰ Ulrich HÄDE, en: CALLIESS/RUFFERT, *EUV/EGV. Kommentar*, 3.ª edición, 2007, artículo 103, números marginales 2-5; Bernhard KEMPEN, en: STREINZ, *EUV/EGV*, 2003, artículo 103 n.º marginal 1.

⁴¹ Así en las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 89, 155, 184 y ss.; 123, 267, 348 y ss.

