



REVISTA JURÍDICA
AUCTORITAS
PRUDENTIUM

FEBRERO 2012

F A C U L T A D D E D E R E C H O



FACULTAD DE DERECHO
Sede Las Américas, 23 calle 15-45 zona 13
Tel. (502) 2327-1548
email: fder@unis.edu.gt - www.unis.edu.gt

ISSN 2305-9729

COMITÉ EDITORIAL

LIC. GUIDO DOMÉNICO RICCI MUADI
DECANO

LIC. MARCOS IBARGÜEN SEGOVIA
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

LICDA. MAYRA FIGUEROA DE POGGIO
DIRECTORA DE ESTUDIOS

LICDA. ANDREA MORALES DÍAZ
SECRETARIA DEL CONSEJO DE LA FACULTAD

LIC. ENRIQUE FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
VOCAL I DEL CONSEJO DE FACULTAD

DRA. JARY MÉNDEZ MADDALENO
DIRECTORA DE CARRERA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

LIC. RODOLFO CLAUTIER
DIRECTOR DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL Y PROMOCIÓN

LICDA. CLAUDIA SOLÓRZANO
ARTES GRÁFICAS

ÍNDICE

EDITORIAL JARY MÉNDEZ MADDALENO	4
LA POLITICA COME AGATOFILIA: IMPLICAZIONI GIURIDICHE GIOVANNI TURCO	5
EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ¿PUEDE SER INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA CONSTITUCIONAL? MARCELO RICHTER	36
PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CODIFICACIÓN CIVIL EN GUATEMALA: LOS CIMIENTOS DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO JULIO PELÁEZ	40
LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA ANTE LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTERNET. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: ¿UN NUEVO PARADIGMA DE “ESTAFA SIN ENGAÑO”? PABLO GUÉREZ TRICARICO	44

EDITORIAL

La labor del jurista es de gran trascendencia personal y social. Es tal el impacto de sus funciones que incluso llevó a Roscoe Pound a afirmar que su actividad era una especie de “ingeniería social”. En esta nueva edición de *Auctoritas Prudentium* se evidencia esta omnipresencia del jurista en las sociedades occidentales. A él corresponde ser mediador entre los sistemas jurídicos y los conflictos de intereses y derechos que se originan en el diario vivir del hombre en sociedad.

Al eco de esta reflexión se concreta este nuevo número en el que dentro de la variedad de sus artículos comparte un sustrato de fondo en cuanto a que, la justicia está en función del derecho, y por tanto, por diverso que sea el ámbito del Derecho, habrá siempre una exigencia actual de lo justo. Ya sea desde las relaciones entre Política y Derecho o Historia y Derecho, como desde la praxis para la protección y el restablecimiento del Derecho a través del ordenamiento jurídico positivo. Cabe decir que ante esta variedad de temas y autores, el hilo conductor es como se mencionaba al principio la justicia como exigencia actual; como consecuencia de los derechos naturales que rigen como criterio de todo sistema jurídico positivo. No cabe duda, que el reconocimiento de lo justo, del *ius*, es una problemática compleja, pero que necesariamente impedirá reducir la practicidad del Derecho a la mera utilidad. Lo que resulta imprescindible para poder entender al Derecho como saber práctico en el sentido de una ampliación del saber especulativo; para dar a cada uno lo suyo, no lo que conviene o se desea y contribuir efectivamente a la función social que como juristas nos corresponde. Sin embargo, no olvidemos también que la justicia tiene un aspecto técnico y que en ese sentido es importante conocer su historia y aplicación práctica.

Una vez más, *Auctoritas Prudentium* presenta su vocación universal al contar con la colaboración de profesores amigos, en esta ocasión el profesor italiano Giovanni Turco que con sus ideas abre nuevas brechas de discusión académica dentro del foro guatemalteco. De igual modo, nuestros catedráticos Marcelo Richter y Julio Peláez con publicaciones que se corresponden directamente al sistema jurídico guatemalteco, lo que sin duda es un impulso en la investigación y tarea docente de nuestra Facultad. Así también el profesor Pablo Guérez, quien recientemente ha colaborado en el programa de especialización en Derecho Penal que se imparte en la Universidad del Istmo con el apoyo de profesores de la Universidad Autónoma de Madrid.

No dudo de que la lectura de todos estos artículos serán de mucho provecho para el lector.

JARY MÉNDEZ MADDALENO

LA POLITICA COME AGATOFILIA: IMPLICAZIONI GIURIDICHE

GIOVANNI TURCO¹

ABSTRACT:

Legal positivism and ensuing, mainstream political theory consider the legal and political order as a technique for and an organisation of power. However, perennial needs arising from human existence in the contemporary condition lead us to reconsider the legal and political order from a classical perspective, as agathophilia, i.e. as having the good as a teleological criterion. This is suggested by various aspects of legal and political practice, and by several authors, if we consider them in a problematic manner. In particular, this need emerges from a critical analysis of legal nihilism, which seems to lead to a kind of udenophilia (a preference for nothingness). This essay explores foundational paths, from a philosophical, legal, and political standpoint.

KEYWORDS:

Authority, Power, Politics, Freedom, Constitution, State, Legal Nihilism, Legal and Political Epistemology.

1.LA REGALITÀ COME PARADIGMA GIURIDICO-POLITICO.

Allorché Platone, in un passaggio tra i più rilevanti della sua riflessione, indica come connotato essenziale del politico l'arte regale², che si esprime inconfondibilmente nella intelligenza del bene della città e si attua attraverso la capacità di intessere legami conformi all'attitudine

naturale (ovvero alla realtà) di ciascuno – dando luogo alla più alta tra le realizzazioni dell'umana capacità artistica, la contestura regia³ – egli delinea un profilo teorico che identifica tanto l'essenza quanto il fine della politica. Tale fisionomia filosofico-politica si coniuga – come in speculare simmetria – con la considerazione filosofico-giuridica dei compiti essenziali del legislatore, individuati nel provvedere a che i membri della comunità vivano mutui rapporti di amicizia. Ove la legislazione è, in essenza, “il filo d'oro [...] del raziocinio” (“λογισμον ἀγωγῆν χρυσῆν”)⁵.

Ora, né è possibile intessere legami, né a maggior ragione è possibile l'amicizia nella comunità politica, senza concordare nel riconoscimento del bene⁶, come analogamente non è possibile né la legislazione né l'amministrazione della giustizia (come rispettivamente la ginnastica e la medicina, per il corpo) senza avere in vista il bene, anzi precisamente “il meglio possibile” (“τὸ βέλτιστον”)⁷.

Nell'uno come nell'altro caso, tanto il diritto quanto la politica si dipanano a partire dall'intelligenza dell'esperienza – e non sovrapponendosi ad essa – trovano la propria ragion d'essere nell'attingimento della natura del *nomos* e della *polis* – senza il quale entrambi resterebbero ciechi – e conseguono la propria finalità nell'ordine del riconoscimento del bene, il quale consente la composizione razionale del comune e del diverso (tale non solo da evitare il conflitto, ma da superarne in radice la stessa condizionalità). In tal senso la regalità – concettualmente intesa – non si identifica con una forma di governo, ma definisce una categoria giuridico-politica.

1. El Doctor Giovanni Turco es investigador de Filosofía política en la Facultad de Giurisprudencia dell'Università degli Studi di Udine (Facultad de Derecho de la Universidad de Udine, Italia), en la que imparte además los cursos de: Lineamientos de la Filosofía del Derecho público, Teoría de los derechos humanos y Ética y deontología profesional. Es socio correspondiente de la Academia Pontificia de Santo Tomás de Aquino y presidente de las reuniones de Nápoles de la Sociedad Internacional Tomás de Aquino (SITA). Anteriormente ha impartido el curso de Historia del pensamiento político en la Universidad Europea de Roma y de Historiografía filosófica medieval en la Universidad Pontificia Salesiana. Ha colaborado en diversas revistas académicas, entre las cuales están: “Sapienza” (Nápoles, Italia), “Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada” (Madrid, España), “Archivo jurídico” (Roma, Italia). Se ha dedicado especialmente al estudio del problema de los valores y de las cuestiones fundamentales de la Filosofía política-jurídica. Entre sus publicaciones están la traducción e introducción para la primera edición italiana del volumen de escritos de Francisco Elías de Tejada, *Europa, tradición, libertad* (Europa, tradición, libertad) (ESI, Napoli 2005) y del Ensayo de José Pedro Galvão de Sousa, *La rappresentanza politica* (La representación política) (ESI, Napoli 2009).

2. Cfr. Pol., 311 c.

3. Cfr. ibidem.

4. Cfr. Leggi, I 628 c. La sua condizione è che le leggi abbiano in vista la virtù (nel più alto grado), e questa – osserva il filosofo greco – in definitiva è “la fedeltà nei momenti difficili, che si potrebbe chiamare giustizia perfetta” (ivi, I 630 c), ovvero, in termini aristotelici, null'altro è se non il “vivere bene”.

5. Ivi, I 645 a.

6. Cfr. Pol., 311 c.

7. Gorgia, 464 c.

6
Essa equivale alla consapevolezza della finalità agatologica⁸ del diritto e della politica, non in quanto fenomenisticamente o convenzionalmente assunta, ma in quanto intellettualmente penetrata. Proprio per questo tale categoria richiede il profilo aletico dell'uno come dell'altra, tanto in re condita quanto in re condenda. Di modo che la regalità come concetto del diritto e della politica costituisce la declinazione teleologica della razionalità del diritto e della politica, intesa in senso classico, in quanto, cioè, intelligenza della natura delle cose, quindi anche dell'ordine delle relazioni umane; in tal senso, non pensata come elaborazione della tecnica o della retorica del potere, ma come suo criterio intrinseco, autentico, vincolante e legittimante. Donde, conseguentemente, il carattere assiologico del diritto come della politica, come intrinseca condizione della libertà da ogni estrinseca tirannia, si tratti di un preteso Zeitgeist come di un presunto Gesellschaftsgeist⁹.

E appunto la consapevolezza dell'esigenza di pensare autenticamente il diritto e la politica, ovvero di pensarle in quanto tali (e della responsabilità derivante), che fanno da sfondo – idealmente ed incoativamente – alla nascita ed allo sviluppo della nuova collana di testi filosofico-politici, ideata e diretta, presso le Edizioni Scire, di Barcellona (Spagna), da Miguel Ayuso¹⁰. I volumi finora pubblicati ne segnalano, con inequivocabile nitidezza, la fisionomia intellettuale e la finalità culturale. La collana è stata aperta da un testo di Danilo Castellano¹¹ e si è snodata attraverso i contributi di Frederick D. Wilhelmsen (1923-1996)¹², di Francisco Elías de Tejada (1917-1978)¹³, di Miguel Ayuso, di Rafael Gamba (1920-2004) e di Juan Fernando Segovia¹⁶.

La denominazione, che individua la collana – De Regno – la quale riprende intenzionalmente la titolazione del noto trattato politico di Tommaso d'Aquino (altrimenti conosciuto come De regimine principum), indica al tempo stesso una traiettoria ed un riferimento. Quest'ultimo – proprio nel riferimento all'esemplarità di tale testo filosofico-politico – attinge un timbro che, nella sua determinatezza, ha il segno della universalità, che va riconosciuta ad ogni riflessione autenticamente teoretica. Donde la traiettoria intellettuale che la collana mira a percorrere ed a tracciare: essa intende essere tematicamente classica (o più precisamente classico-cristiana), ove l'aggettivo indica non una determinazione cronologica o una

indicazione elettiva, ma una connotazione assiologia, tale da indicare la tensione alla problematizzazione dell'esperienza, all'intelligenza della realtà ed alla valutazione che ne promana.

Classico, in questa prospettiva non è sinonimo di antico, ma di perenne; non identifica un'epoca, ma ciò che non tramonta al trascorrere del tempo; non è il risultato di una corrente, ma permane al di là del vicende; non è soggetto alle mode, ma tutte le trascende. Classico è che ciò che è rilevabile dall'intelligibilità del reale, sotto qualunque latitudine esso sia indagato; ciò che è vero al di là delle preferenze; ciò che è fondato nella natura delle cose e nel loro ordine; ciò che è universale e perciò trasmissibile proprio in quanto razionalmente perspicuo. Classico è, in altri termini, ciò che è conosciuto contemplativamente e non operativamente; ciò che è autenticamente teoretico e non postulatoriamente teorico; ciò che è riconosciuto valido in quanto tale e non in dipendenza di una prassi (quale che ne sia l'origine e lo scopo): in definitiva ciò che, nella ricerca del vero, si rileva appunto tale e proprio per questo – in quanto principio e non in quanto risultato – è in grado di accomunare ed al tempo stesso di distinguere. In questa prospettiva, la filosofia giuridico-politica si connota come pensiero aletico e non come costruzione doxastica. Non si arresta – e non intende arrestarsi – ad alcun "si dice" (alla maniera del man sagt heideggeriano). In altri termini, si tratta di pensare la politica fino in fondo, ovvero di pensare la politica in termini propriamente filosofici. Il che vuol dire, al tempo stesso, sia pensare la politica in termini speculativi e non in termini cratologici, sia pensare la politica alla luce della plenarietà dell'esperienza e non della esclusività di una sua rappresentazione. Di modo che la riflessione politica – sottratta ad ogni soggezione storiologica e ad ogni ipotesi prassiologica – risulti propriamente libera e liberante.

Solo a tali condizioni è possibile sottrarsi alle insidie degli Holzwege – dei sentieri interrotti – ovvero alle aporie delle diverse forme di orizzontalismo metodologico, epistemologico ed ontologico – che non possono che interrompere, appunto, la ricerca, vincolandola ad una ipotesi o ad una opzione preliminare (e pregiudiziale), così finendo per renderle impossibile la penetrazione intellettuale (necessariamente verticale) dell'orizzonte dell'esperienza medesima (e della sua stessa concretezza).

Di modo che, superando ogni forma di agnosticismo metafisico, la filosofia politica che intende pensare la polis (cioè la comunità politica) in chiave teoretica, mira a rendere ragione della realtà, non a giustificare una qualche effettualità (attuale, futura o passata, poco importa). Donde, pensare la politica equivale eminentemente (riprendendo la lezione socratico-platonica) a ricercare il che cos'è, ed il perché. In tal senso, l'esigenza distintiva dell'intelligenza della lex e della civitas è identica a quella del pensare intensivo e verticale: è l'istanza del fondamento. Come la filosofia in quanto tale, l'autentica teoresi della comunità umana traduce l'ansia di capire – e di essa sola come fine – la quale consente, proprio perché tale, di disporsi alla ricerca del bene – leggendolo, per se stesso, in quanto attualità, perfezione, appetibilità e finalità – e quindi di pensare la giusta misura (ovvero la misura del dovuto) e l'ordine (ovvero la retta disposizione al fine) delle relazioni umane.

Talché la inquisitio de regno equivale, in questa prospettiva, alla quaestio de bono civitatis, o, analogamente, all'indagine de ratione et disciplina rei publicae, che altro non è, in definitiva, se non lo sviluppo (giuridico-politico) della trattazione de iustitia (distributiva, commutativa et legalis). L'intentio della collana (che traspare come in filigrana attraverso i diversi saggi pubblicati) ne individua, così, anche l'officium. Si tratta di affrontare i problemi – quelli nuovi come quelli perenni, o analogamente, quelli nuovi alla luce di quelli perenni – che l'esperienza politica fa emergere, non fermandosi al fenomenismo dei diversi tipi di doxa, ma elevandosi al realismo della noesis. Di modo che ciascuno, affrancandosi dalla tirannia del fatto compiuto o della opinione prevalente, può mirare a leggere ciò che è accidentale con riguardo a ciò che è essenziale, senza nulla tralasciare della ricchezza dell'esperienza.

In questa visuale, il diritto e la politica – conformi all'esercizio della recta ratio – non si collocano nel campo della dossocrazia, ma si configurano nell'ordine della agatofilia. Essi, cioè, non costituiscono il terreno di elaborazione delle opzioni autoreferenziali, ma si caratterizzano come riconoscimento della realtà delle relazioni tra soggetti e della comunità politica in quanto tale (quindi della sua teleologia e della sua deontologia). In tal senso, il diritto non è cratonomia, ma arte e scienza del giusto e dell'equo; e la politica non è cratologia, ma arte e scienza del bene comune. Lo studio della polis non è la comprensione della logica del potere (del sovrano, ovvero dello Stato, della classe, della razza, o dei gruppi); né lo studio del nomos

equivale alla conoscenza della volontà del potere (del sovrano, ovvero del parlamento, della nazione, dei partiti o delle lobby). Il potere come tale ha, infatti, un carattere meramente strumentale, ed proprio per questo non ha alcuna logica, nel senso che può assumerne qualsiasi e, soprattutto, può servire qualsivoglia finalità (retta o abietta, nobile o ignobile, che sia). Piuttosto, ciò che appartiene all'ubi consistam del diritto come della politica si riferisce al bene integrale – da riconoscersi in termini di giustizia – dell'uomo in quanto uomo e delle diverse compagini in cui trascorre la sua naturale socievolezza, nonché della comunità nella sua compiutezza.

D'altra parte, tale prospettiva comporta al tempo stesso una triplice esigenza metodologica (ed euristica) che, a ben vedere, determina essenzialmente lo spirito informatore della collana De Regno. Anzitutto, vi si riconosce che il problema della politica e quello del diritto importano, per la loro considerazione, la solidarietà tra i diversi problemi della filosofia¹⁷. Lo studio della comunità umana – come dell'autorità, del governo, della legislazione, della libertà e di tutte le fondamentali questioni giuridico-politiche – implica, infatti, la questione del conoscere, dell'essere e dell'agire. La politica, cioè, come ogni campo della ricerca filosofica importa solidalmente una specifica riflessione – coestensiva e coesenziale – di carattere gnoseologico, metafisico ed etico. Come l'agnosticismo depotenzia in radice la considerazione epistemologica e quella ontologica (anzi, la avvilisce nell'orizzonte di un apparire senza essere) così rende inesorabilmente la libertà (nel campo giuridico-politico, oltre che in quello strettamente etico) indiscernibile dalla prevaricazione e la potestà dalla violenza.

Parimenti, la filosofia della politica non può prescindere dalla filosofia della storia. L'esperienza politica è esperienza storica. Il che non vuol dire che la prima si risolva nella seconda, o che ne sia un mero risultato. La vita politica delle comunità si svolge nell'alveo di una storia e traccia col proprio fluire un sentiero che congiunge le generazioni. La storia politica di una comunità non si riduce mai (in termini assoluti) ad una opzione ideologica, che semmai, in quanto tale, pretende di sovrapporsi alla storia, di interromperne la continuità, di cancellarne l'impronta e crearne una del tutto fittizia¹⁸. La vita giuridico-politica non sorge, nel tempo, come un inizio assoluto, come l'effetto di un contratto ab imis; essa, invece, alimenta, o viceversa può fare avvizzire, una tradizione ed eredita un legato storico (più o meno assiologicamente valido) che nessuna azione di governo, come nessuno che abbia a cuore il bene comune, può ignorare.

8. Tale finalità null'altro è se non l'attuazione della finalità obiettiva di ogni comunità umana in quanto tale, ovvero il bene comune: essa pertanto consiste nell'essere per se stessa ordinata ad bonum commune.

9. In entrambi i casi essi costituiscono aspetti, in fondo, di un Erscheinengeist ovvero di un Phänomengeist.

10. Ayuso è ordinario di diritto costituzionale nell'Università Comillas di Madrid, presso la quale insegna anche Scienza della politica.

11. D. CASTELLANO, La naturaleza de la política, Scire [De Regno, 1], Barcellona 2006, 100 pp.

12. F. D. WILHELMSSEN, Los saberes políticos (Ciencia, Filosofía y Teología Políticas), Scire [De Regno, 2], Barcellona 2006, 88 pp.

13. F. ELÍAS DE TEJADA, Poder y libertad. Una visión desde el tradicionalismo hispánico, Scire [De Regno, 3], Barcellona 2008, 108 pp.

14. M. AYUSO, La constitución cristiana de los Estados, Scire [De Regno, 4], Barcellona 2008, 131 pp.

15. R. GAMBRA, El Exilio y el Reino. La comunidad de los hombres y sus enemigos, Scire [De Regno, 5], Barcellona 2009, 94 pp.

16. J. F. SEGOVIA, Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política, Scire [De Regno, 6], Barcellona 2009, 131 pp.

17. Sulla solidarietà obiettiva ed indagativa tra i diversi problemi filosofici, ovvero sulla loro reciproca ed essenziale implicazione, cfr. N. PETRUZZELLIS, Sistema e problema, 2 voll., Astrea, Napoli-Battipaglia 1975-1976.

18. Sul significato giuridico-politico della memoria storia e sul suo rapporto (oppositivo) con l'ideologia, cfr. G. TURCO, Memoria storica e bene comune, in "L'Alfiere", XIV, 2, pp. 3-4; IDEM, Memoria storica e assiologia storiografica, in "Nova Historica", II (2003), pp. 147-164; IDEM, Europa, tradizione, libertà nel pensiero di Francisco Elías de Tejada, in FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, Europa, tradizione, libertà. Saggi di filosofia della politica, introduzione e cura di Giovanni Turco, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005, pp. 7-90; IDEM, Significati della memoria e senso della storia in prospettiva tomistica, in "Civiltà Europea", I (2008), pp. 173-188; IDEM, L'autenticità della memoria storica: principi fondativi tomistici, in "Nova Historica", VII (2008), pp. 14-32.

Infine, al senso della teoreticità (o filosoficità) e della storicità (o tradizionalità) della riflessione politica può essere accostato, come ulteriormente caratterizzante, un terzo elemento informatore dell'orizzonte complessivo della collana (come può essere evinto dalla sequela dei volumi che ne inanellano lo svolgimento). Si tratta della apertura alla considerazione teologica. La filosofia della politica, infatti, non solo – come appare necessario, se essa sia pensata scevra di pregiudizi positivistic-naturalistici – non esclude per se stessa una considerazione teologica (come, d'altra parte, può essere ricordato anche a partire dal dibattito sulla "Teologia politica")¹⁹ che, a sua volta, ne prosegue e sviluppa il percorso, ma ravvisa (sul proprio terreno) l'interesse per le problematiche ed i concetti che derivano dalla Rivelazione cristiana, anche là dove essi siano intesi in forma secolarizzata (come ha rimarcato Carl Schmitt)²⁰. Le prime ed i secondi, in particolare, non possono non avere attrattiva per ogni ricerca autenticamente desiderosa di intendere, ovvero di intus legere, la realtà, e quindi di praticare la filia della verità, ovunque essa si palesi. Di modo che la ricerca ed il riconoscimento dell'id quod bonum ac iustum est in ordine alla comunità politica ed alla sua legislazione – che secondo la nota definizione di Ulpiano ha relazione tanto con la filosofia quanto con il sacerdozio – trova nell'itinerario teologico non una spuria deviazione frutto di mere preferenze, ma lo svolgimento dell'esigenza teoretica di riconduzione al Principio, coesenziale all'istanza conoscitiva, congenere e cooriginaria alla stessa riflessione filosofica.

2. LA NATURA DELLA POLITICA COME PROBLEMA ESSENZIALE.

Una riflessione essenziale sull'ordinamento giuridico-politico incontra come problema primario (ed in sostanza propedeutico ad ogni altro) la questione della natura della politica, ovvero della sua determinazione propria, a cui anche le teorie che negano l'esistenza della natura degli enti o la possibilità di conoscerla non possono non dare una risposta, anche solo in termini di negazione o di riduzione di essa al suo manifestarsi (eventualmente in modi o forme tipici, ricorrenti, o

prevalenti). Su tale ordine di considerazioni si sofferma un testo che intenzionalmente vi dedica una riflessione tematica, dichiarando con ciò, fin dagli esordi, oltre ad una esigenza intellettuale,²¹ una prospettiva di indagine.

Chiedersi, infatti, quale sia la natura della politica significa porsi la questione, radicale e decisiva, dell'essenza della politica, del che cos'è della politica, la quale comporta la considerazione tanto del suo essere quanto del suo dover essere. Come è noto, la natura di un ente – classicamente intesa – indica l'essenza in quanto principio di attività. Pertanto, affrontare il problema della natura della politica (come del diritto) significa anzitutto avvertire l'esigenza – costitutivamente ed ineliminabilmente filosofica – dell'eidos della politica (come del diritto). Significa, quindi, pensare la politica in quanto tale, ovvero in ciò che la distingue sostanzialmente da ogni altra esperienza, realtà ed attività, avendo riguardo, al tempo stesso, a ciò che l'accomuna ad ogni altro ambito del conoscere, dell'essere e dell'agire.

D'altra parte, l'enunciazione stessa dell'oggetto della ricerca importa – consapevolmente – l'intenzione distintiva di volgere lo sguardo dell'intelligenza a ciò che costituisce la meta essenziale della ragione umana, concentrando lo sguardo dell'indagine di modo che non sia catturato dal provvisorio e dall'accidentale, non per ignorare l'uno e l'altro, ma per intenderli autenticamente alla luce di ciò che consente di pensare – e quindi rende intelligibile – sia l'uno sia l'altro. Anche nel caso della politica, infatti, l'hic et nunc (l'empirico nella sua più ampia accezione) neppure sarebbe conoscibile se non riferito all'essenziale ed al permanente, dal cui riconoscimento dipende, obiettivamente, la possibilità (epistemica e ontica) dell'esperienza stessa.

Danilo Castellano²² affronta la questione della natura della politica (e del suo ordinamento) evidentemente consapevole di tale esigenza – senza la quale la stessa filosofia si evacua nella filodossia – e di tale tensione – alla luce della quale l'apertura all'esperienza è immune dalla tentazione della sussunzione della filosofia nella sociologia o nell'ideologia.

Egli, infatti, precisa che il pensiero, mentre è "risposta agli interrogativi posti dall'esperienza"²³, è, al tempo stesso, attento a vagliare criticamente "le conclusioni precedenti sull'argomento in esame"²⁴. In tal senso, il pensiero "positivo" non esclude quello "negativo", nel senso che – come già ebbe ad osservare Tommaso d'Aquino²⁵ – la ricerca della verità, non solo non esclude, ma rende contestualmente necessaria la confutazione dell'errore (e richiede la considerazione delle precedenti soluzioni)²⁶. L'assunzione consapevole di tale compito consente di porre il problema in termini autenticamente filosofico-politico-giuridici, ben diversi, in radice, da ogni espressione teorica (quale che ne siano le premesse). L'istanza filosofica è, infatti, inconfondibilmente, istanza teoretica (e non meramente teorica) e l'istanza teoretica è – simpliciter – istanza della verità.

La filosofia politica è – si tratta di una delle tesi di fondo che caratterizzano il testo in discorso – disciplina teoretica e non teorica: non si limita ad elaborare o ad analizzare teorie, ma mira ad indagare verticalmente la realtà. In definitiva, la questione della natura della politica è "espressione del pensiero dell'ordine delle cose"²⁷, altrimenti essa finisce per essere epistemologicamente ed ontologicamente impensabile. Ciò non comporta – come pare opportuno sottolineare – alcun cedimento alla tentazione razionalista dello "spirito di sistema", che tutto pretende di ridurre a sé (negando o deformando ciò che esorbita dal sistema o semplicemente lo nega proprio nella sua pretesa totalizzante).

In sostanza – come opportunamente rimarca Castellano – la filosofia autentica, anche e soprattutto nel caso della politica (e del diritto), è irriducibile alla sociologia ed alla politologia. Se si identificasse con la prima confonderebbe l'universale con il prevalente, il sostanziale con l'emergente, il concetto con la generalizzazione empirica, ma ancor prima, assimilerebbe l'esperienza all'empirico, e, in ispecie, il sociale al sociologico, ovvero la realtà ad una sua particolare rappresentazione (mediata, anzi posta in essere, dal metodo presupposto ed assunto per strutturarla). Analogamente, se si assume l'identità di filosofia politica e di politologia, si presuppone (surrettiziamente, e comunque, in una prospettiva ipotetica ed operativa) la riduzione della (riflessione) politica a metodo (funzionale al potere), andando incontro inevitabilmente all'aporia di una strumentalità che esclude, pur esigendola, proprio in quanto tale, la finalità (e che dovrebbe essere pensata indipendentemente dalla finalità che la pone in campo). La politica –

in questa visuale – espulsa l'istanza teoretica (ovvero la capacità di rendere ragione di se medesima) dalla neutralità trascorre all'indifferenza (assiologica) e da questa all'esclusione nei confronti dell'istanza aletica, convertendosi in mero strumento del potere (quale che sia: di singoli o di gruppi, di regime o di opposizione).

La filosofia trova, infatti, nella realtà (nel senso più ampio ed intensivo) il suo oggetto ed il suo criterio, la sua misura ed il suo asse. La sua libertà si ancora nella sua verità, nel senso che la libertà del pensiero (diversamente dalla libertà di pensiero) attinge il proprio fondamento (ed il proprio diritto) dalla fedeltà al reale – quindi alla verità delle cose – e non ad una qualsiasi opzione, pur se tale da dar luogo ad una (più o meno) forte convinzione. Negando o epochizzando la prospettiva teoretica, il bene comune diventa inconcepibile (anzitutto come concetto) confondendosi (di fatto) con il risultato di un qualsiasi interesse (legalmente imposto), l'ordine politico viene assimilato ad un qualsiasi ordinamento (vigente o da instaurare), l'ordinamento giuridico si risolve nel formalismo a servizio del potere, e la finalità della vita politica (e della legislazione) diviene equivocamente il vantaggio di (uno o più) gruppi, il cui antagonismo (più o meno regolamentato o condiviso) non potrebbe trovare altro sbocco (sempre provvisorio e precario) che quello rappresentato da una effettualità procedurale regolata.

Ben si intende, così, che l'impostazione di Danilo Castellano, risulta, al tempo stesso, originale – considerati gli orientamenti culturali preponderanti – e classica (o se si preferisce, metafisica). Di conseguenza, risulta coerente e perspicuo l'impianto dell'itinerario di riflessione – che attraversa e sostiene i contributi di cui consta il testo (redatti in diverse occasioni, a seguito di interventi maturati, per quanto riguarda il loro contesto, in ambito ispanico) – che si snoda in quattro tappe. La considerazione della natura e della finalità della politica è preceduta dalla trattazione della politica come regalità ed è seguita da una riflessione sulla negazione della politica.

Castellano, analizzando il significato della politica nel pensiero di Tommaso d'Aquino, conduce una indagine teoretica sulla politica come regalità. In questo contesto ha un rilievo fondamentale l'opposizione concettuale tra sovranità e regalità, ovvero tra la visione (assiologicamente) moderna della politica e quella classica (ovvero teoretica, ed in ispecie tomistica).

19. Relativamente al dibattito sulla teologia politica, oltre alla bibliografia di riferimento contenuta in C. SCHMITT, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, trad. it., a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1992, cfr. H. PEUKERT et alii, *Dibattito sulla teologia politica*, Queriniana, Brescia 1971; S. WIEDERHOFER, *Politische Theologie, Kohlhammer, Stuttgart 1976*; L. SFEZ, *L'enfer et le paradis: critique de la Théologie politique*, Presses Universitaires de France, Paris 1978; J. TAUBES (a cura di), *Religionstheorie und politische Theologie*, Fink, München 1984-1987; M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia 1990; L. SARTORI - M. NICOLETTI (a cura di), *Teologia politica, Atti del Convegno, Trento 17-18/5/1989*, EDB, Bologna 1991; R. PANATTONI - G. SOLLA (a cura di), *Teologia politica. 1: Teologie estreme?*, Marietti, Genova 2004.

20. Per Carl Schmitt, come è noto, "tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati" (cfr. C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, trad. it., a cura di G. Miglio e di P. Schiera, il Mulino, Bologna 1998, p. 61; il testo a cui si fa riferimento è precisamente *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre de Souveranität*, 1 ed., Duncker & Humblot, München-Leipzig 1922).

21. Cfr. D. CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, cit.

22. Sull'itinerario di riflessione di Danilo Castellano, relativamente alla questione della natura della politica e dell'ordinamento giuridico, si veda, particolarmente: D. CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993; IDEM, *L'ordine della politica. Saggi sul fondamento e sulle forme del politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997; IDEM, *La verità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2002; IDEM, *Razionalismo e diritti umani. Dell'antifilosofia politico-giuridica della "modernità"*, Giappichelli, Torino 2003; IDEM, *De Christiana Republica. Carlo Francesco D'Agostino e il problema politico (italiano)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2004; IDEM, *L'ordine giuridico-politico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007; IDEM, *La politica tra Scilla e Cariddi. Augusto Del Noce filosofo della politica attraverso la storia. Un dialogo mai interrotto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010; nonché AA. VV., *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, a cura di Danilo Castellano, Monduzzi, Bologna 1995; AA. VV., *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, introduzione e cura di Danilo Castellano, CEDAM, Padova 2002.

23. D. CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, cit., p. 11.

24. Ibidem.

25. Cfr. S. c. G., I. I., c. 1.

26. Cfr. In Meth., I. I., lect. 4.

27. vi, p. 14.

La sovranità suppone come origine e criterio della politica – ridotta a discorso sulla persona civitatis statuale – un potere autoreferenziale superiore non recognoscens, pertanto senza limiti né verso l'alto né verso il basso, né quanto a compiti né quanto a tempo.

Tale potere (sovrano), che può rendersi effettivo in un singolo come in una assemblea, costituisce l'identità dello Stato moderno, nella sua teorizzazione a partire da Hobbes e da Rousseau. Esso è proprio di colui (individuo o istituzione) il quale non dipende se non dalla propria spada (secondo il noto effato bodiniano) ed, in tal senso, è principio e legge a se stesso. Proprio in quanto tale, esso pretende di trasformare la forza in diritto, in una radicale affermazione di volontarismo (o meglio di arbitrarismo), che si traduce nel convenzionalismo del contratto sociale (o parimenti del patto costituyente). Pertanto, la sovranità – dello Stato, della nazione o del popolo – può affermare o negare, comandare o proibire qualsiasi atto: solo importa che il sovrano lo voglia (ovviamente, nel momento in cui lo vuole) e conseguentemente lo decreti (cioè renda legale il suo volere).

In tal senso la sovranità esclude ogni principio (o diritto) che non sia voluto dal sovrano stesso (si tratti di una assemblea costituente, di un parlamento, di una "minoranza illuminata" o di un individuo, nulla muta nella sostanza) nell'atto in cui lo vuole, ed espresso nella forma procedurale da lui stesso fissata (e parimenti sempre modificabile). Il potere proprio della sovranità, in definitiva, è un potere nihilistico, in quanto non sottomesso ad alcuna misura (o principio) che non sia da esso stesso posto (la stessa giustizia non è la sua regola, ma un suo prodotto). Come suo risultato la libertà stessa si configura come una variabile del potere, anche quando – come nelle teorie postmoderne e nelle "ideologie deboli" – la sovranità appare, in misura sempre più ampia, ritrasferita all'individuo (inteso come unicità anomica ed avalutativa). E, come è noto, il nichilismo del potere (sovrano) è la premessa (e la pratica) del totalitarismo (moderno).

La regalità, invece, deriva da un orizzonte gnoseologico, ontologico e teleologico del tutto diverso da quello moderno della sovranità. In nessuno dei due casi si tratta di una considerazione sul monarca, ma sul fondamento dell'ordinamento giuridico-politico della comunità umana. Esso nel caso della sovranità ha un carattere ipotetico-convenzionale, mentre nel caso della regalità trova il suo ubi consistam nella finalità (obiettiva ed intelligibile) ontologicamente iscritta nell'ente medesimo, quindi anche in quel determinato ente di relazione che è la comunità politica, in quanto tale. Il concetto di regalità

ha la sua prima formulazione teoretica (tematizzata) nel pensiero di Platone²⁸ e trova nella riflessione di Tommaso d'Aquino uno svolgimento coerente, in quanto esercizio retto dell'autorità politica, concepita come governo prudente ordinato al bene comune (al di là della distinzione tra le diverse forme di governo). Tale è, appunto, teoreticamente, la regalità: essa costituisce l'essenza della politica,²⁹ come espressione dell'ordine (e di ogni sua attuazione particolare) che fonda l'ordinamento, derivando dalla natura stessa degli enti (e quindi anche da quella della comunità politica, come tale) e che ne costituisce il criterio direttivo nell'adempimento del governo.

La politica, in questa prospettiva, ha la sua radice nella naturale politicità umana. Non è un "male necessario", ma è una realtà in se stessa positiva, ordinata al perfezionamento dell'uomo (e non ipoteticamente risultante da latenti possibilità di conflitto o riduttivamente derivante dalle esigenze della vita materiale). Essa trova compimento attraverso la vita virtuosa, ovvero la "vita felice" o il "vivere bene" – secondo l'espressione di Aristotele³⁰ – cioè la vita vissuta secondo ragione, ovvero conformemente alle esigenze di sviluppo perfetto della natura umana. Castellano ricorda, infatti – riferendosi a Tommaso d'Aquino – che "governare significa condurre convenientemente ciò che si conduce al fine dovuto".³¹ La comunità politica è, quindi, essa stessa naturale (ovvero conforme alla natura umana) ed è anch'essa subordinata (come ogni aspetto della vita umana) al conseguimento del fine ultimo dell'uomo. Di particolare rilievo, inoltre, sono le considerazioni relative alla finalità della politica. Esse hanno un evidente carattere teoretico, restando aliene tanto dalla tentazione delle generalizzazioni empiriche o delle formulazioni tipologiche (che, restano ineludibilmente rinserrate nell'immanenza fenomenica del molteplice e del provvisorio) quanto dalla autoreferenzialità delle ideologie (e delle loro varie opzioni, assunte come visuale posta al di là di qualsiasi argomento). Al riguardo Castellano fa osservare che tanto il vecchio contrattualismo quanto il nuovo assegnano all'esistenza – l'effettualità data o perseguita – il primato sull'essenza (la natura della comunità politica). Anzi, la prima risulta costitutiva della seconda.

Nella prospettiva moderna il fine della politica non è il bene comune, ma il bene pubblico, ovvero il bene privato del corpo politico artificiale (la persona civitatis) derivante dal contratto (in altri termini, l'interesse dello Stato).

Esso è virtualmente totalitario, in quanto è misura di se medesimo ed ha come fine se medesimo: verso l'interno, il suo criterio è il suo stesso ordinamento, mentre verso l'esterno, corrisponde alla capacità di rendere effettiva la propria volontà.³² La sua unicità è tale da escludere (coerentemente) ogni realtà (o principio) che la ponga in discussione, richiedendo (sotto il profilo endogeno) per essere tale la cancellazione della pluralità sociale (come esemplarmente sosteneva Rousseau teorizzando l'abolizione di ogni "società parziale") e l'imposizione dell'egualitarismo della cittadinanza come risultato della attuazione della volontà generale (o dello Stato). I corpi intermedi (dalla famiglia alle autonomie locali) potranno essere tollerati dallo Stato moderno solo come emanazione dello Stato, che assegna loro finalità e modalità attuative. Ciò, fino ad estendere tale impostazione allo stesso soggetto umano, considerato tale in quanto riconosciuto tale dallo Stato, ovvero fino ad essere ritenuto null'altro se non un centro di imputazioni giuridiche, ossia non una realtà per se stessa, ma un quid formale, in sostanza posto dal medesimo ordinamento.

Né si esce da tale impostazione se si capovolgono i termini del rapporto pubblico-privato, restando, però, all'interno della stessa fittizia (o meglio, ideologica) opposizione dei termini propria della modernità, ovvero se si pone il pubblico come costitutivo del privato ed al tempo stesso funzionale ad esso. Analogamente, se l'essenza del bene pubblico è posta nella "libertà negativa", o di autodeterminazione, questa proprio per essere tale (ovvero libertà che ha come criterio la stessa libertà) esclude l'ordinazione di essa a qualsiasi bene e dunque la sua subordinazione al bene comune. In tal caso la conflittualità generalizzata da condizione suppostamente presociale viene assunta come condizione sociale, essa stessa istituzionalizzata (e teorizzata) dallo Stato.

In altri termini, senza il riconoscimento del bene come criterio (razionalmente e prudentemente appreso) del volere (e quindi della libertà) non è logicamente possibile alcuna autentica considerazione del bene comune. Ed, ancor prima, senza l'intelligenza della realtà, ovvero della natura degli enti, non è possibile alcuna considerazione del bene in quanto tale, e del bene comune in ispecie, nonché analogamente dell'ordine politico. Questo, esclusa ogni finalità obbiettiva (ovvero iscritta nella realtà) non può che risolversi in una mera determinazione del potere, ovvero in un dato convenzionalmente (ovvero arbitrariamente) imposto (suscettibile, perciò, dei più diversi contenuti). Esso, in alcuni autori pur apparentemente sensibili all'esigenza di pensare l'ubi consistam dell'ordine civile (ma restando nel circuito della visione liberale) non va al di là dell'accordo sui mezzi,

indipendentemente dai fini. Con la conseguenza di non riuscire a sottrarre all'arbitrio del potere (qualunque ne sia la scaturigine immediata) tanto la legge quanto il governo.

In realtà, se la politica si autoriduce ad una funzione di controllo e di regolamentazione – in sostanza alla strumentalità propria dell'esercizio del potere – in assenza della intelligenza del fine della comunità politica e quindi del bene comune – o assumendo su base ipotetico-convenzionale qualsivoglia finalità "condivisa" – non può riuscire ad esercitare compiutamente né il controllo né la regolamentazione. Infatti, entrambe – in quanto attività razionali – presuppongono il riconoscimento di una finalità obbiettiva, senza la quale esse neppure possono sorgere ed essere esercitate, e particolarmente senza la quale la valutazione precipita al ruolo di assunzione autopostulatoria.

In sostanza, o il bene comune è tale in quanto comune a tutti gli uomini (perciò fondato sulla natura dell'uomo e della comunità politica, in quanto tali) o è indiscernibile dal potere come tale (della maggioranza come della minoranza, di gruppi ristretti o di un gruppo che gode di ampio consenso). Il bene comune – autentico fine della politica – non è né il bene pubblico né il bene privato. Esso è reale e non convenzionale, è riconosciuto e non posto. Consiste nel bene come attualizzazione perfetta della natura umana (ovvero dell'umanità di ciascun essere umano) e quindi della comunità di cui si è membri. In virtù della considerazione del bene comune è possibile tessere la trama dei rapporti umani (secondo la suggestiva immagine platonica della "contestura regia") unificando senza uniformare, sostenendo senza surrogare, e preservando le diversità (legittime) senza condurre alle antinomie (conflittuali). Talché la pluralità (sociale) trova la condizione per essere tutelata al di là di ogni pluralismo (antagonistico) ed articolata razionalmente al di là di ogni razionalismo (perfettistico).

3. PROFILI DEL REALISMO EPISTEMOLOGICO TRA DIRITTO E POLITICA.

La questione della natura della politica (e del diritto) presuppone ed implica – coestensivamente – la questione della sua conoscibilità, anzi delle vie attraverso le quali essa è conosciuta. A sua volta tale problema sollecita la riflessione tematica ed intensiva sulla conoscenza medesima – ovvero sul diritto e la politica come problemi epistemologici – che ha ad oggetto il campo dell'esperienza dei rapporti intersoggettivi di natura giuridica e politica.

28. Cfr. Politico, 310-311.

29. D. CASTELLANO, La naturaleza de la política, cit., p. 35.

30. Cfr. Política, I (A), 2, 1252b.

31. De regimine principum, I, I, c. 14.

32. Cfr. D. CASTELLANO, La naturaleza de la política, cit., pp. 66-67.

La questione non si esaurisce (al modo del riduzionismo positivistic) in un problema di metodo, ma si dipana propriamente come questione epistemologica e gnoseologica. Proprio perché il problema del metodo non è esso stesso pensabile, in radice, se non in riferimento all'orizzonte epistemologico, e questo, a sua volta, richiede una riflessione gnoseologica, per essere consapevolmente affrontato. In ultima istanza, essi rinviano alla tematizzazione del rapporto tra ragione e realtà. Su tale imprescindibile campo di osservazione offre un contributo, in prospettiva realistica (ovvero misurando il conoscere sull'essere e non viceversa), un itinerario di riflessione di uno studioso nordamericano (pur se, in certa misura, di formazione ispanica). I quattro saggi che compongono l'architettura del testo³³ e ne profilano altrettanti pilastri toccano temi essenziali per una epistemologia della politica, che sia autenticamente tale e non teorizzazione di protocolli tipologici o ideologici (aproblematicamente assunti). Dalla scienza della politica alla teologia della politica, Frederic Wilhelmsen (1923-1996)³⁴ ricerca la risposta al significato della conoscenza (relativa alla comunità politica) consapevole del fondamento ontologico di ogni atto conoscitivo. La fa, distinguendo – come può rilevarsi ad una attenta considerazione – oggetto materiale ed oggetto formale, ovvero evidenziando i tratti distintivi di ciascuna forma di conoscenza, pur all'interno del medesimo campo di esperienza indagato. Di modo che – nella linea del realismo metafisico classico-cristiano e tomistico in specie (a cui l'A. si riconnette esplicitamente) – l'indagine sul conoscere non esaurisce il suo compito nel circuito immanente del conoscere medesimo (modernamente ridotto, volta a volta, a rappresentazione, metodo o linguaggio) ma attinge la propria sostanza, e quindi la verità, nel rapporto – obiettivo e perciò liberante – con l'oggetto.

Wilhelmsen (come ricorda Miguel Ayuso, nella sua densa presentazione del testo³⁵) è stato filosofo teoretico nel senso proprio del termine, che ha spaziato dalle questioni gnoseologiche a quelle metafisiche – come testimoniano, tra l'altro, i suoi lavori, da *Man's Knowledge of Reality*³⁶, a *Being and Knowing*³⁷ – ed analogamente dai temi essenziali della filosofia politica alle diagnosi di problemi attuali – come si evince da saggi come *Telepolitics*³⁸ e *Christianity and Political Philosophy*³⁹ – senza escludere interessi che confinano con la teologia propriamente detta. In certo modo l'attitudine intellettuale di Wilhelmsen come filosofo – che, come ricordato, ha disteso la sua attenzione di studioso dalla

metafisica alla valutazione del costume contemporaneo (dilatando il suo impegno anche attraverso una estesa pubblicistica) – esprime emblematicamente il timbro dei saperi politici che egli indaga. Essi sono autentici saperi proprio essendo concentrati autenticamente sul proprio oggetto, conosciuto nella sua irriducibile realtà e peculiarità, essendo, cioè, propriamente saperi della politica. In quanto tali la loro autenticità epistemica – scevra di riduzionismi – trova compimento nella penetrazione della plenaria vastità dell'esperienza politica, nella valutazione dei dati che essa volta a volta presenta, nella indicazione delle soluzioni (conformi alla finalità evinta dall'oggetto medesimo) ai problemi che dall'esperienza stessa emergono.

Per quanto riguarda la filosofia della politica, Wilhelmsen evidenzia il suo carattere propriamente contemplativo e perciò (operativamente) disinteressato. Sotto questo profilo, disinteresse significa libertà da ogni finalità estrinseca all'ordine conoscitivo, non sterilità o irrilevanza pratica. Anzi – egli ricorda sagacemente (e non senza un certo implicito paradosso) – “quanto meno abbia operato da parte degli stessi filosofi una finalità pratica nello sviluppo della filosofia, tanto maggiore impatto pratico hanno avuto le loro filosofie”⁴⁰. In altri termini, la filosofia della politica, se resta autenticamente tale, non costituisce una filosofia piegata o, ancor peggio, strumentale alla politica. Essa è, piuttosto, una teoresi vero nomine, che ha come proprio criterio non l'appartenenza, ma la pertinenza, non la preferenza ma la rilevanza. In questo senso, l'aggettivo (politico) non segnala una curvatura prassiologica, ma indica un genitivo oggettivo (della politica); non determina una eteronomia dell'azione, ma individua l'oggetto di studio. La filosofia politica è una scienza pratica, ovvero è una indagine teoretica sull'agire umano, che ha come scopo “l'intelligenza delle finalità che reggono le diverse comunità che gli uomini formano naturalmente e spontaneamente”⁴¹. Come ogni riflessione filosofica sull'agire umano, l'intelligenza politica è anzitutto intelligenza della finalità: non è raziocinio degli mezzi, dell'organizzazione o dell'esercizio del potere. Essa prende le mosse, quindi, dal riconoscimento della finalità dell'uomo in quanto tale, il quale, in virtù delle potenzialità iscritte nella propria natura, è chiamato ad attuare, attraverso (e con) la comunità domestica, quella professionale, quella locale (eventualmente quella/e elettiva/e) e quella propriamente politica, lo sviluppo perfettivo conforme alla propria natura, e quindi a perseguire

la felicità. Parimenti, tenendo conto del carattere proprio delle scienze pratiche, possono essere distinti due scopi per la filosofia politica: uno di carattere propriamente teoretico (ovvero conoscitivo), l'altro di ordine propriamente etico (ovvero valutativo). In questa prospettiva, le finalità riconosciute a partire dallo studio della natura della comunità politica sono, a loro volta, da perseguire come mete da parte dell'autorità politica, nella sua attività di governo.

La filosofia della politica, quindi, è ricerca l'episteme e non la doxa. scienza (filosofica) e non retorica (prassiologica). Insomma, è propriamente filosofia e non filodossia. I suoi principi hanno il loro fondamento non in una presupposta opzione (assunta aprioristicamente), ma nella natura delle cose, quindi nell'essenza della comunità politica e della persona umana. Si tratta, cioè, di un sapere che, pur riferito ad una realtà sempre storicamente determinata, non cessa, per questo, di essere universale: “la specificazione qui riguarda il soggetto storico e non l'intelligibilità del predicato”⁴².

Così, anche per quanto concerne la filosofia politica, è l'amore del vero a fondare l'amore del bene: è la filo-sofia a fondare l'agato-filia. Come l'intelligenza del vero è premessa per la conoscenza del bene, e quindi del fine. Anche nel caso della comunità politica solo l'amore del vero sorregge intimamente alla ricerca della sapienza. Ma l'amore del bene è, in riferimento alla civitas, l'amore del bene della comunità in quanto tale: è, propriamente, l'amore del bene comune. Il filosofo politico – secondo l'attitudine intellettuale delineata da Wilhelmsen – lungi dall'essere “organico” al potere in vigore o da instaurare, vive allo stesso tempo la tensione (o meglio, l'amore) per la sophia e per la polis, per il vero e per il bene, anzi per la sophia della polis e per il verum del bonum commune. Di modo che non solo l'uno non esclude l'altro, ma il primo introduce al secondo e lo sostanzia, e questo invero quello.

È chiaro che, per l'autentico filosofo della politica l'oggetto di studio – la comunità politica – non è oggetto di dominio o di manipolazione. Non è teso ad elaborare una tecnologia (del potere) o una ingegneria (costituzionale), ma a pensare verticalmente, e perciò anche a valutare ed a proporre (ciò che però non è possibile senza capire fino in fondo). La conoscenza non si compie, pure in questo campo, se il soggetto non si sottomette all'oggetto, non lo assimila per ciò che è, non lo pensa per se stesso. Tale accostamento incondizionato all'oggetto non confonde, quindi, fatto e valore, effettualità e realtà, come parimenti non assimila esperienza ed empirismo o storicità e storicismo.

Se la comunità politica si identifica con il fluire permanente delle situazioni, essa sarà indistinguibile come tale – sia nel suo essere, sia

nel suo dover essere – e nessuna valutazione come nessuna proposta razionale sarà logicamente possibile. Se tutta la realtà è storia (fatto o occasione) e null'altro che storia, e ad ogni situazione corrisponde una volizione – secondo la nota formulazione crociana – allora la stessa filosofia politica non diviene altro che un capitolo dell'autocomprensione del proprio tempo (da parte dell'unico soggetto che si svolge e si attua, ovvero dello Spirito), ove tutto muta e nulla permane (salvo la stessa pretesa di comprensione totalizzante). Da tale impostazione si pretende di ricavare ciò che dialetticamente dovrebbe trascorrere dal presente al futuro, secondo la necessità imposta dalla stessa autoimmanenza del divenire (poco importa se la storia stessa è pensata secondo la dialettica dello Spirito o delle classi, dei popoli o delle razze, delle nazioni o degli imperi, dei gruppi o delle specie, delle etnie o dei generi). Il giudizio di Wilhelmsen al riguardo è teoreticamente inequivocabile: “lo storicismo è la morte della filosofia politica. Al di là di una intelligenza della storia, lo storicismo si riduce ad un relativismo totale”⁴³. La filosofia politica, proprio in quanto tale, ha riguardo – come sottolinea il filosofo americano – all'ontico e al normativo⁴⁴. In questa prospettiva, l'epistemologia della politica è indissociabile dalla metafisica della politica e questa, a sua volta, fonda la teleologia e la deontologia della politica. Anche per quanto riguarda la politica, il conoscere è tale solo in relazione all'essere (e non viceversa), e l'essere stesso è il fondamento del fine e della perfezione (di ciascun ente, conforme alla propria natura). Al riguardo Frederic Wilhelmsen ricorda (facendola propria) la considerazione aristotelica secondo cui l'etica e la politica formano una sola scienza, che si articola in due parti, delle quali la prima ha riguardo al bene particolare e la seconda al bene comune. Analogamente, egli presenta una ulteriore vivida osservazione, secondo la quale la filosofia della politica è forse la parte meno filosofica della filosofia, ma insieme ne è la più umana⁴⁵. Per quanto riguarda le scienze empiriche che hanno ad oggetto la politica, il pensatore statunitense è ben attento a non assumerne acriticamente lo statuto epistemologico nella forma in cui esso è proposto dalla prospettiva (specificamente) weberiana o (generalmente) positivista. Secondo tale visuale, la scienza della politica si autocodifica attraverso generalizzazioni empiriche – che hanno la pretesa di stare in luogo della universalità dei concetti – e rappresentazioni interpretative, che hanno la pretesa di rendere (tipologicamente) permanente il transeunte (empirico), supponendo come intrascendibile l'orizzontalità dell'empiria e purtuttavia ritenendo di poterne fissare modi e forme dell'esistere.

33. Cfr. F. D. WILHELMSSEN, *Los saberes políticos* (Ciencia, Filosofía y Teología Políticas), cit.

34. Wilhelmsen ha insegnato metafisica e filosofia della politica nell'Università di Dallas, acquisendo una ampia considerazione nel panorama del pensiero speculativo nordamericano contemporaneo.

35. Cfr. M. AYUSO, *Presentación a F. D. WILHELMSSEN, Los saberes políticos* (Ciencia, Filosofía y Teología Políticas), cit., pp. 9-12.

36. Prentice Hall, Englewood Cliffs (N. J.) 1956.

37. *Preserving Christian Publications*, Albany (N. Y.) 1991.

38. Tundra Books, Plattsburgh (N. Y.) 1972.

39. University of Georgia Press, Athens 1978.

40. F. D. WILHELMSSEN, *Los saberes políticos* (Ciencia, Filosofía y Teología Políticas), cit., p. 15.

41. Ivi, p. 16.

42. Ivi, p. 26.

43. Ivi, p. 23.

44. Cfr. ivi, pp. 30-31.

45. Cfr. ivi, p. 32.

Ora, se si può osservare, da una parte, che le scienze della politica (concepite positivisticamente e weberianamente) pretendono di sostituire con le proprie classificazioni le trattazioni filosofiche, assumendo, più o meno implicitamente, un carattere di esclusività e di monopolio di scientificità (in tal modo riproponendo questioni e conclusioni filosofiche, ma affrontate intenzionalmente con esclusione del metodo filosofico); dall'altra può essere rilevato che esse vanno incontro alla ricorrente aporia della pretesa di leggere il non ancora come riproduzione (sia pure tipologica) del già dato, senza avere come fondamento di questa pretesa se non la presenza stessa della classificazione tipologica (cadendo, così, in una evidente petitio principii). Tali scienze – come ancora può essere osservato – finiscono per assumere come oggetto di studio il risultato della applicazione del proprio metodo, identificando in tal modo il politico con il politologico, il sociale con il sociologico (o, analogamente, il giuridico con il legale o con il giurisdizionale, e l'economico con l'econometrico) e, prima ancora, l'umano con l'antropologico. In un contesto epistemologico, peraltro, ove l'orizzontalità della prospettiva d'indagine risulta posta in crisi, al suo stesso interno, dalla pretesa di conoscere (o di prevedere) l'originalità (per se stessa imprevedibile) di ciò che si presenta o si può presentare, essenzialmente per darsi (o essere suscettibile di darsi) in modo ricorrente o in forma di risultato eventuale.

D'altra parte l'avalutatività delle scienze sociali è essa stessa conseguenza di una valutazione: almeno quella secondo cui la valutazione stessa va esclusa. L'avalutatività, lungi dal rendere superfluo ogni riferimento filosofico, è essa stessa la conseguenza di una implicita (ma aproblematica o meglio deproblematizzata, ed in tal senso antifilosofica) assunzione filosofica (tale almeno materialiter), ovvero quella dell'agnosticismo fenomenistico-empiristico.

Wilhelmsen, consapevole dell'interesse teoretico di tale questione, ne evidenzia la sostanza, considerandola dal punto di vista delle implicazioni: "la Werturteilfreiheit [di Max Weber] costituisce il centro del pragmatismo politico che ancora domina attualmente lo studio delle cosiddette «scienze politiche»".⁴⁶ In particolare, per quanto riguarda l'agire umano, l'avalutatività è obiettivamente impossibile (tanto in via di fatto, quanto in linea di principio). L'atto umano è per se stesso – in quanto cosciente e libero – un atto morale, riguarda gli atti immanenti o quelli transeunti, l'ambito individuale o quello sociale, il campo giuridico o quello politico. Esso presuppone un giudizio, per intendere il quale, va, appunto, considerato come giudizio (nel suo

rilievo logico e ontologico), ovvero, razionalmente, per ciò che è, pena il non riuscire ad intenderlo affatto.

Certo, il filosofo della politica non può che essere interessato a tutta la ricchezza dell'esperienza ed ogni contributo alla sua conoscenza non può che essere di vantaggio alla sua riflessione. Ma qualsivoglia ulteriore apporto documentario – che sicuramente costituisce un arricchimento sotto il profilo euristico ed estensivo – costituisce una condizione materiale e non formale della ricerca filosofico-politica. Non è l'essenziale di essa, che è costituito piuttosto – secondo una felice espressione – da "un entender por dentro",⁴⁷ e come tale si riflette in un giudizio di valore, o, nella terminologia di Wilhelmsen, in un "giudizio normativo".⁴⁸ Nessuna raccolta (per quanto ampia) di dati e di fatti può sostituire l'intelligenza dei principi, senza la quale neppure l'esperienza stessa è conoscibile. Conseguentemente, anche la considerazione di quel complesso di dottrine, costumi ed istituzioni che formano quella che il filosofo nordamericano denomina "ortodossia pubblica", non è un mero riscontro sociologico, ma un concetto teoretico, il quale, perciò, richiede una attitudine valutativa. In questa prospettiva ben si intende che – come Wilhelmsen sostiene, riprendendo la lezione dei classici – lo studio del particolare richiede la luce dell'universale, per essere inteso per ciò che esso stesso è. Ogni autentica diagnosi ricerca il particolare per leggerlo nella prospettiva dell'universale, altrimenti la diagnosi stessa non potrebbe avere luogo (né avrebbe senso). Neppure lo studio delle istituzioni può essere considerato come un ambito avalutativamente fattuale. La sua intelligenza richiede la considerazione di quel bene (reale o apparente) che ciascuna di esse è tesa (o meno) a realizzare. Esso – fa notare Wilhelmsen – interessa la filosofia nella considerazione delle finalità secondo cui "gli uomini si istituzionalizzano [ovvero danno luogo ad istituzioni] per riguardo ai rispettivi beni comuni";⁴⁹ da attuare e da conseguire.

In definitiva, l'inequivocabile realismo epistemologico di tale prospettiva consente di evitare ai saperi politici ogni equivoca assimilazione a domini di carattere fenomenistico, razionalistico o ideologico (che ne costituirebbe un obiettivo svuotamento). Frederic Wilhelmsen mette in guardia da ogni corriva ipostatizzazione di preferenze in luogo della sapienza dei principi, giungendo a ricordare che una dottrina politica, intesa come un corpo compiuto di tesi che pretenda di esaurire l'esperienza e la sua stessa intelligenza, non esiste (e non può esistere) in se stessa. Egli prende posizione distinguendo nettamente la filosofia

politica dall'ideologia. Questa si dispone in termini antagonistici rispetto al reale, intendendo sostituirvisi. L'ideologia – nella diagnosi di Wilhelmsen – è animata da un odio nei confronti dell'essere e si converte costantemente in una forma di gnosi. Anzi, propriamente l'ideologia esprime una forma di gnosi, ovvero un sapere come potere, e precisamente come potere ultimo, demiurgico, soteriologico, capace di determinare l'indeterminato e di ricondurre il determinato all'indeterminato. L'ideologia riduce la complessità del reale all'uniformità del proprio punto di vista, con la conseguenza di "sopprimere o dimenticare qualsiasi fatto che non sia capace di entrare nel suo sistema".⁵¹ La sua "mancanza di pazienza rispetto ai fattori che si collocano al di fuori delle sue dottrine";⁵² si associa alla simulazione di un carattere scientifico, di cui in realtà non può che essere radicalmente sprovvista (proprio in virtù del volontarismo dei presupposti). Tanto che si può osservare come l'ideologia (paradossalmente) associ al relativismo delle premesse il razionalismo delle conclusioni.

Infine, il significato di una "filosofia politica cattolica" pone, a sua volta, un problema epistemologico, ovvero il problema di uno spazio conoscitivo specifico che consenta un accostamento obiettivamente intrinseco (e non meramente estrinseco) dei tre termini. Essa non si confonde – precisa Wilhelmsen – né con un ideario (che ha finalità essenzialmente pratiche), né con una ideologia (la quale costituisce, in radice, una contraffazione tanto della filosofia quanto della teologia). Egli, riprendendo (mutatis mutandis) l'analisi di Etienne Gilson,⁵³ evidenzia l'influsso propulsivo e chiarificatore dei principi teologici (cristiani), che si riverbera fecondamente non solo nell'ambito della metafisica, ma anche in quello della filosofia morale e della filosofia politica. Questa, in quanto tale, è sollecitata, a contatto con l'esperienza, ad una radicale apertura alla verità (nulla escludendo riduzionisticamente dal proprio orizzonte). Propriamente, una filosofia politica cattolica, considerando il rapporto tra Dio e le creature (quindi il carattere soprannaturale del fine ultimo dell'uomo, attinto alla Rivelazione cristiana) riflette in termini di analogia, evitando accuratamente le fallacie tanto dell'univocismo quanto dell'equivocismo. Le quali sono tali sia dal punto di vista logico, sia da quello propriamente teologico e politico. Ciò che acquista un particolare rilievo quando si pone a tema il fondamento ed il fine dell'autorità, le condizione di

rettitudine del suo esercizio, il significato^{3e} la determinazione dell'ordinamento giuridico, l'ordine e lo sviluppo della vita civile.

4. AUTORITÀ, POTERE, LIBERTÀ.

Se la riflessione sulla natura della politica e quella sull'epistemologia della politica hanno un rilievo preliminare e fondativo (a maggior ragione ove si intenda il diritto e la politica in prospettiva agatologica), nondimeno la questione del potere e della libertà si presenta come problema essenziale ed imprescindibile per pensare la politica e la legislazione nel suo esercizio. Si tratta di una tematica che ha conosciuto nella modernità una dilatazione amplissima, derivante dalla relazione oppositiva con la quale sono stati assunti i due termini, e dalla impossibilità di superarla in termini di immanenza. Un volume⁵⁴, pubblicato al cadere del trentesimo anniversario della scomparsa di Francisco Elías de Tejada⁵⁵, raccoglie quattro saggi di filosofia della politica, che, pur redatti in occasioni diverse, si dispongono organicamente a delineare una articolata riflessione sul significato della libertà politica (e del suo rapporto con il potere politico). Essi, d'altra parte, offrono contestualmente una duplice possibilità di indagine: sia quella di considerare la questione della libertà in relazione ai fondamenti dell'ontologia sociale, sia quella di acquisire una visione complessiva di alcuni tra i temi caratterizzanti la riflessione filosofico-politica di Elías de Tejada.

I saggi che compongono il testo (altrimenti reperibili solo con un certo impegno di ricerca) sono stati resi, così, immediatamente accessibili grazie al lavoro costante ed accurato della Fondazione che si intitola al pensatore ispanico e che, accogliendone l'eredità ideale ed intellettuale, ne prosegue con l'impegno di pubblicazione delle opere (presentando non raramente anche significativi inediti) e di sagace animazione culturale, l'itinerario di ricerca e di approfondimento, particolarmente sotto il versante giusfilosofico e filosofico-politico.

51. Ivi, p. 62.

52. Ivi, p. 63.

53. Cfr. E. GILSON, *L'esprit de la philosophie médiévale*, Vrin, Parigi 1932 (trad. it., Morcelliana, Brescia 1969).

54. F. ELÍAS DE TEJADA, *Poder y libertad. Una visión desde el tradicionalismo hispánico*, cit.

55. Per un inquadramento filosofico-giuridico-politico del pensiero di Tejada, cfr. M. AYUSO TORRES, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Fundación Francisco Elías de Tejada Y Erasmo Pèrcopo, Madrid 1994; AA. VV., *Francisco Elías de Tejada. Figura y pensamiento*, Universidad Complutense Facultad de derecho, Madrid 1995; AA. VV., *Napoli e le Spagne. Atti del Convegno Francisco Elías de Tejada, realismo giuridico e istituzioni ispano-napoletane* (Napoli, 15 maggio 1998), Fundación Francisco Elías de Tejada - Editoriale il giglio, Napoli 1999.

46. Ivi, p. 40.

47. Ivi, p. 43.

48. Ibidem.

49. Ivi, p. 44.

50. Cfr. Ivi, p. 46.

Autore fecondissimo, Elías de Tejada⁵⁶ è stato uno studioso che ha spaziato, sempre con indiscutibile competenza (ed assumendosi l'onere di documentare tesi generalmente molto distanti da quelle invalse nella letteratura prevalente) dalla filosofia del diritto⁵⁷ e della politica⁵⁸ alla storia del pensiero politico (con una produzione tale da abbracciare quasi tutto l'universo culturalmente ispanico, dall'antico Regno di Napoli, alla Sardegna, dall'America ispanica al mondo lusitano, senza trascurare peraltro anche le culture africane e quelle dell'estremo oriente)⁵⁹.

Tejada è stato innegabilmente uno dei più insigni filosofi del diritto nella linea del giusnaturalismo classico-cristiano del secolo appena trascorso, ed "uno degli archetipi del tradizionalismo ispanico"⁶⁰ di matrice tomista. La sua riflessione (e la sua vis polemica) ha forse lasciato, però, maggiore traccia (anche al di là degli ambienti accademici) nel campo della politica. Non senza, però, un apparente paradosso. Se, infatti, più noto è il suo contributo nel campo giusfilosofico – anche grazie al suo cospicuo *Tratado de Filosofía del derecho*⁶¹ o alla densa voce *Derecho político*⁶² – in certo modo meno palese è il suo apporto nell'ambito della filosofia della politica, in quanto la prematura scomparsa non gli ha consentito di disporre in modo sistematico la pur ampia messe di contributi.

Il suo pensiero politico si presenta incisivamente nel quadro di lavori intenzionalmente programmatici (ove l'argomentazione assume necessariamente un carattere essenziale) come *¿Qué es el Carlismo?*⁶³ e *La monarquía tradicional*⁶⁴. D'altra parte, se si fa riferimento ai numerosi saggi dedicati fin dagli anni giovanili (particolarmente in occasione di Convegni internazionali) a questioni politiche, sia storiche sia teoretiche (e di cui dà testimonianza la *Bibliografía*, curata da Consuelo Caballero Baroque⁶⁵) viene alla luce innegabilmente una solida e multiforme elaborazione⁶⁶. Di essa presenta un quadro complessivo tanto la silloge

pubblicata in (prima) traduzione italiana *Europa, tradizione, libertà*⁶⁷ quanto la raccolta *Poder y libertad*. Una vision desde el tradicionalismo hispánico⁶⁸.

Nel saggio che apre quest'ultimo volume – e che ne costituisce una sorta di vestibolo – Tejada affronta il tema del rapporto tra potere e autorità. I due concetti richiedono una attenta distinzione, giacché la loro assimilazione, nonché in radice erronea, sarebbe foriera di molteplici equivoci. Intendere, infatti, ogni potere come autorità significherebbe pensare un fatto come valore ed escludere, quindi, la possibilità di distinguere tra potere legittimo (ovvero retto nell'origine e nell'esercizio) e potere illegittimo (ovvero ingiusto nell'origine e/o nell'esercizio). Viceversa, pensare ogni autorità come potere ridurrebbe un valore a fatto: pretenderebbe cioè di pensare ogni autorità semplicemente come potere, ovvero di intendere l'una e l'altro in termini avalutativi e meramente strumentali, negando (in contraddizione con l'esperienza e con la sua penetrazione razionale) ogni possibile qualificazione assiologica al potere stesso. Ciò importerebbe il misconoscimento del fatto che non raramente si registrano situazioni ove l'autorità (autentica) è priva di potere ed il potere (effettivo) risulta privo di autorità, nonché l'oblio dell'incidenza sull'esercizio del potere della crisi dell'autorità, originata (sotto il profilo intellettuale) dalle negazioni del soggettivismo e dal razionalismo moderni.

Il potere, in quanto tale, pone il problema del suo essere e del suo dover essere. Il potere, per se stesso, è mero fatto: come tale può esprimere un valore o un disvalore, può essere ordinato o disordinato, può servire la giustizia o l'ingiustizia. *Tertium non datur*. Il potere non si autofonda, come il mero fatto per se stesso non è idoneo a rendere ragione di se stesso. Il potere è essenzialmente forza, come tale bisognosa di giustificazione diceologica. Per se stesso appartiene all'ordine della

strumentalità (fisica): come tale rivela la sua qualificazione anzitutto dalla finalità che persegue. In sostanza – precisa il giusfilosofo spagnolo – "il potere [...] si giustifica quando serve il diritto"⁶⁹; ovvero la determinazione della giustizia, ed in ciò trova la sua misura. Priva di legittimazione etico-giuridica la forza precipita in violenza. Il diritto (in quanto tale)⁷⁰ rende legittimo il potere (che Tejada considera come connaturato all'esigenza di sicurezza di ogni uomo) ponendolo al suo servizio.

Elías de Tejada scrive inequivocabilmente che "la forza non crea il diritto, e senza il diritto, che è giustizia viva e oggetto della giustizia, la guerra dà luogo ad un mero potere di rigida tirannia"⁷¹. La potestas⁷² è anteriore all'ordinamento (ma si può rilevare che lo è solo materialiter sed non formaliter); rispetto ad essa le leggi esercitano la funzione di disciplinarla e di limitarla⁷³. La potestas, in questo quadro, ha in radice una sua obiettiva naturalità e giuridicità, tanto che "esistono tante «potestates» quanti sono gli ambiti di capacità giuridica"⁷⁴.

A sua volta l'autorità appare inconfondibile con il mero potere: essa importa, come tale, la trascendenza del fondamento e del fine. Rileva in termini di verticalità assiologica e di intima qualificazione etica. Essa – da augeo (far crescere, accrescere, aumentare) – costituisce un potere ordinato all'agire ed allo sviluppo conformi alla natura propria di chi vi è sottoposto. L'autorità rende visibile la trascendenza del bene nella visibilità del prendersi cura, ovvero del disporre secondo giustizia e prudenza (come nel classico modello del gubernator della nave) in prospettiva agatologica. *Auctoritas* – osserva il pensatore ispanico – ha anche relazione con *auctor*, ovvero con colui che fa, che attua e che quindi dirige, evidenziando così una relazione di sovraordinazione in ragione di tale capacità e di tale dovere. La corretta impostazione del rapporto tra potere ed autorità – esemplarmente riferita da Tejada al "pensiero politico tradizionale spagnolo"⁷⁵, con riguardo particolarmente a Francisco de Vitoria – importa che "non è possibile esercitare la potestas se si manca dell'*auctoritas*"⁷⁶. L'autorità (elemento naturale, ovvero essenziale, connesso alla naturale socialità umana) è la misura intrinseca del potere, senza la quale ogni capacità di far assumere ad altri una determinata condotta non può che risultare arbitraria. Senza l'autorità il potere è semplicemente tirannia, al di là di ogni formalismo legalistico e di ogni consenso sociologico.

Il divorzio tra potere ed autorità – e la riduzione dell'autorità al potere – caratterizza in radice la modernità. Con la conseguenza (solo apparentemente paradossale) che l'eclissi dell'autorità si accompagna non già (come potrebbe apparire di primo acchito) alla dilatazione della libertà (responsabile), ma alla ipertrofia del potere. Tejada osserva che ciò che caratterizza lo Stato moderno è precisamente "il rafforzamento del potere appaiato al crollo dell'autorità"⁷⁷. Anzi, nella misura in cui l'autorità si indebolisce il potere (privo di autorità) si dilata e si inasprisce, fino a caratterizzarsi nel modo onnivoro ed onnipervadente, già preconizzato da Hobbes, verificato dallo Stato totalitario moderno. L'autorità così come la naturale socievolezza umana si esplica anzitutto (e primariamente) nella famiglia e nei diversi corpi intermedi che costituiscono l'organismo sociale, a partire dalle comunità locali (i "municipi") Parimenti va riconosciuto – con consapevole riferimento metafisico – che ciascuna autorità variamente partecipa di ciò per cui ogni autorità è autorità, secondo una forma di analogia entis. Tejada, in evidente opposizione ad ogni forma di individualismo (come di collettivismo) – evidenzia che famiglia e municipio (insieme a tutti gli altri corpi sociali) costituiscono le basi dello sviluppo della comunità politica. Di modo che essa consta – nella prospettiva classica o tradizionale – di una *communitas communitatum*, ovvero di un "ayuntamiento de familias" (come con efficace espressione osserva il giusfilosofo spagnolo)⁷⁸. Realisticamente considerata, la comunità civile non è ridicibile, quindi, né all'assemblage des individus (secondo la definizione di Sieyès), né all'Etat (ovvero alla persona civitatis, autoreferenziale e totalizzante, come viene teorizzato da Hobbes al costituzionalismo contemporaneo). In questo quadro, Elías de Tejada critica l'individualismo della concezione illuministica dell'uomo e della società (rimarcando, peraltro, che già Hegel ne colse l'insostenibilità). Tejada, ricercando le costanti del rapporto tra famiglia e autorità politica (anche se – va detto – egli, al riguardo, adopera il termine "Stato") evidenzia che fin dall'antichità la relazione della famiglia con il luogo, ove essa vive, non è meramente geografica (né puramente naturalistico-utilitaristica). Essa è, piuttosto, profondamente umana e religiosa. Il terreno abitato e coltivato è quello dove sono sepolti i propri morti: "le tombe segnalano i confini delle proprietà"⁷⁹.

56. Tejada ha insegnato Diritto naturale e Filosofia del diritto nelle Università di Murcia, Salamanca, Siviglia e Madrid, con interessi che hanno spaziato dalla storia del pensiero politico a quella delle istituzioni, alla filosofia della politica. La sua bibliografia conta oltre 300 titoli (comprendenti monografie, saggi, articoli, interventi in Convegni).

57. A partire dalla *Introducción al estudio de la Ontología Jurídica*, Madrid, Ibarra, Madrid 1942 e dalla *Historia de la Filosofía del derecho y del Estado*, 2 voll., Escélicer, Madrid 1946.

58. Ove vanno registrati numerosi lavori, il cui itinerario si snoda da saggi quali *La causa diferenciadora de las comunidades políticas (tradición, nación y imperio)*, in «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», LXXXVII (1942), pp. 113-136 e 342-365, o volumi come *La monarquía tradicional*, Rialp, Madrid 1954, fino a *El Estado de Derecho en el pensamiento germánico y en la tradición de las Españas*, in «Verbo», XXII (1983), pp. 23-29.

59. Di cui sono testimonianza, tra l'altro, *Las Españas: formación histórica, tradiciones regionales*, Ediciones de Ambos Mundos, Madrid 1948; *Las doctrinas políticas en la Cataluña medieval*, Aymá, Barcellona 1950; *Historia del pensamiento político catalán*, 3 voll., Montejuara, Sevilla 1963-1965; *Las doctrinas políticas en Portugal (Edad Media)*, Escélicer, Madrid 1943; *El pensamiento político de los fundadores de Nueva Granada*, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, Siviglia 1955; *Filosofía Jurídica brasileña*, in «Estudios Americanos», III (1954), pp. 175-181; *Nápoles Hispánico*, 5 voll., Montejuara, Madrid - Siviglia, 1958-1964; *Cerdeña Hispánica*, Montejuara, Siviglia 1960; *El Franco-Condado Hispánico*, Jurra, Siviglia 1975.

60. M. AYUSO, *Presentación a F. ELÍAS DE TEJADA, Poder y libertad. Una vision desde el tradicionalismo hispánico*, cit., p. 10.

61. 2 voll., Universidad de Sevilla, Siviglia 1974-1977.

62. Per la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Editorial Seix, Barcellona 1950, pp. 875-905; ora ripubblicato presso Marcial Pons, Madrid 2008.

63. Editorial Escélicer, Madrid 1971, scritto in collaborazione con R. Gamba e F. Puy Muñoz.

64. Rialp, Madrid 1954.

65. Università degli studi di Perugia, Perugia 1984.

66. A testimonianza della posterità intellettuale di Tejada si segnalano due importanti contributi (ri)pubblicati postumi: *Historia de la literatura política de la España*, 3 voll., Real Academia de Ciencias morales y políticas - Fundación Francisco Elías de Tejada Y Erasmo Pèrcopo, Madrid 1991; *La tradición portuguesa. Los orígenes (1140-1521)*, Actas - Fundación Francisco Elías de Tejada Y Erasmo Pèrcopo, Madrid 1999; oltre al già menzionato *Derecho político*, cit.

67. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007.

68. Scire, Barcellona 2008.

69. F. ELÍAS DE TEJADA, *Poder y libertad. Una vision desde el tradicionalismo hispánico*, cit., p. 28.

70. Da non confondersi con ogni e qualsiasi ordinamento positivo.

71. F. ELÍAS DE TEJADA, *Poder y libertad. Una vision desde el tradicionalismo hispánico*, cit., p. 26-27.

72. Particolarmente considerata con riferimento al diritto romano.

73. ELÍAS DE TEJADA, *Poder y libertad. Una vision desde el tradicionalismo hispánico*, cit., p. 22-24.

74. Ivi, p. 23.

75. Ivi, p. 33.

76. Ivi, p. 33.

77. Ivi, p. 21.

78. Ivi, p. 53.

79. Ivi, p. 44.

In tal senso, esso smette di avere un rilievo meramente quantitativo e strumentale, per assumere un significato civile e persino sacrale. Il luogo abitato è lo spazio della *koinè*, dove vive la continuità delle generazioni, dove il passato si fa presente, dove il tempo si incontra con l'eterno. Il territorio cessa di avere un rilievo per se stesso, per acquisire la denotazione della comunità. Talché dimensione verticale e dimensione orizzontale, ovvero semantica religiosa e semantica sociale, si incrociano e si saldano nella *traditio familiaris*.

La famiglia e gli altri organismi sociali (che, in certo modo, ne ripetono la configurazione e ne proseguono il compito) sono essenziali ed insopprimibili per lo sviluppo autentico di ciascuno: grazie a loro la vita umana si sviluppa umanamente e trova le condizioni per attuare la propria essenziale finalità perfetta. In questo contesto, Tejada evidenzia che le diverse comunità umane non sono relative al territorio, ma, viceversa, quasi lo specificano. Egli precisa – riprendendo una espressione di Seneca – che la famiglia esercita un *dominium* sul territorio che possiede, il quale consiste nella “ascrizione giuridica di una serie di cose o persone ad un fine determinato, che sarà sempre limitato, benché sia esercitato con compiti [...] di buon governo”.⁸⁰ Diversamente dal *dominium* – come osserva ancora il giurista spagnolo – lo Stato esercita un *imperium*, inteso come potestà suprema politicamente ordinata. Sicché, secondo questa analisi, il *dominium* dei corpi sociali – dalla famiglia al municipio – è inteso come sinonimo di “attività sociale” e l'*imperium*, proprio dello Stato, è inteso come equivalente di “attività politica”. Contestualmente, egli rileva che la famiglia e gli altri corpi intermedi hanno un “carattere naturale”, mentre lo Stato ha un “carattere derivato”.⁸¹ Ciò trova conferma nel fatto che talvolta le famiglie e i corpi sociali hanno svolto compiti politici propri dello Stato, ma mai lo Stato è riuscito a surrogare i compiti propri della famiglia e delle altre entità sociali.

Donde un primato (genetico, come si potrebbe specificare) delle comunità sociali rispetto allo Stato.

In verità, Tejada riconosce la naturalità dello Stato – sia pure di una naturalità “di ordine secondario e posteriore”⁸² rispetto alla famiglia – e non riduce lo Stato alla *Herrschaft* o alla *Macht*. Lo Stato ha qui essenzialmente il timbro (classico o tradizionale) della politicità, ovvero il carattere della potestà per se stessa ordinata al bene comune, da esercitarsi secondo il criterio della giustizia (ovvero secondo il diritto naturale). Tuttavia emergono qui almeno due questioni, che richiederebbero ulteriori precisazioni. Anzitutto, la irriducibile duplice

significazione del termine Stato, passibile di essere inteso come sinonimo di autorità politica oppure di Stato moderno (basato sul principio di sovranità). La mancata esplicitazione della distinzione fa sì che il riferimento allo Stato sia gravato (implicitamente) dalla semantica moderna, pur se al tempo stesso tale concezione è esplicitamente criticata e la politica è intesa come dimensione naturale e permanente.

Da ciò, ancora, una seconda questione, ovvero la problematica della dicotomia tra società e Stato. Se essa da una parte si può intendere nella prospettiva della critica antistatalista, o meglio nei confronti dello Stato moderno, artificiale ed onniassorbente; dall'altra rischia di assumere come soluzione alla pretesa totalizzante di questo la alterità-opposizione rispetto alla società, come suo limite estrinseco. Sicché, in certo modo, si giunge a ritenere possibile, almeno teoricamente, uno Stato senza società o una società senza Stato. In tal caso, però, si presuppone (implicitamente) che lo Stato non possa essere altro che lo Stato moderno (identificato, peraltro, sagacemente con la “secolarizzazione del potere di comando”)⁸³ e che il suo rapporto con la società debba essere pensato in termini estrinseci, di modo che la limitazione (a propria volta, in definitiva, esogena) dei suoi compiti sia sufficiente ad evitare la sua onnivora invadenza. Mentre la questione, a ben vedere, riguarda piuttosto lo Stato moderno e non l'autorità politica (intesa, nella sua estensione, per analogia e per partecipazione) per se stessa cooriginaria, coesistente e necessaria alla vita sociale nel suo complesso ed in ogni sua fase. Onde appare opportuno, precisare che la priorità “genetica” della famiglia rispetto all'autorità politica non equivale ad una sua priorità “formale”, che piuttosto è da riconoscersi (al di là dei soggetti che la esercitano) a quest'ultima.

Comunque (al di là di tali questioni, al confine tra semantica e teoretica) va evidenziato che nella riflessione di Elías de Tejada la visione dell'uomo, quella della società e quella della libertà sono saldamente omogenee. Esse riprendono e sviluppano, con accenti di peculiare intonazione, la concezione propria del realismo classico-cristiano (secondo l'impostazione tomistica, particolarmente nella sua matrice ispanica). L'uomo, secondo una incisiva espressione, è “metafisica che [...] forgia storia”⁸⁴: Egli è sempre un essere concreto, che dà compimento a sé e ad altro da sé nella storia. Ma non per questo nella storia si risolve, né è un risultato del suo divenire (come nelle diverse forme di storicismo), in quanto è un ente sostanziale con una finalità trascendente.

Pertanto, l'uomo non è mai un astratto “cittadino del mondo”, alla maniera del cosmopolitismo illuministico. Egli vive (beninteso, razionalmente e liberamente) nell'alveo di una tradizione. Il suo agire nella comunità politica è, quindi, sempre erede di un patrimonio di civiltà (da cui è connotato ab imis). Egli ha la responsabilità di custodirlo, arricchirlo e perfezionarlo, o viceversa corre il rischio di sciuparlo, impoverirlo e dissiparlo (fino al rischio, in certo modo, di annichilirlo). Analogamente, la sua libertà politica è, realisticamente considerata (in certe esperienze storiche e nel suo dover essere), una libertà concreta, ovvero una libertà nell'alveo del diritto (e quindi di ogni ordinamento conforme a giustizia), così come esso si è storicamente specificato, determinato e sedimentato, secondo le esigenze dell'equità.

Alla luce di tali premesse acquista perspicuità l'alternativa concettuale tejadiana tra libertà concreta e libertà astratta, e la tematizzazione in chiave giusfilosofica degli ordinamenti e della prassi giurisprudenziale secondo la dottrina forale (particolarmente nella consapevolezza che essa assume nella tradizione giuridico-politica ispanica). La libertà concreta è quella dell'uomo concreto, ovvero di ciascuno in quanto vive in una concreta comunità storica, la quale ha nella giustizia la sua condicio sine qua non ed al tempo stesso svolge la sua esistenza attraverso un complesso di determinazioni particolari. L'uomo concreto è il soggetto umano in quanto essenzialmente (quindi universalmente) caratterizzato dall'*appetitus socialis*, e naturalmente (quindi razionalmente e liberamente) capace di “trasmettere sociologicamente i saperi”,⁸⁵ ovvero di accogliere e di consegnare una tradizione (segno espressivo – come sottolinea Tejada – dell'umanità dell'uomo). L'uomo concreto è erede di una tradizione, della quale in certo modo inevitabilmente si alimenta. In tal senso ogni uomo è naturalmente “tradizionalista”.⁸⁶ Costui è l'uomo, nella realtà. Ben altrimenti che l'uomo allo “stato di natura” o il “buon selvaggio”, teorizzato (in ipotesi) dal contrattualismo moderno. L'uomo concreto, fin dal primo istante della sua esistenza, vive in un organismo storico, naturalmente differenziato al suo interno, la cui prima cellula è appunto la famiglia. La libertà concreta, in sostanza, è quella esercitata secondo il diritto – inteso giusnaturalisticamente come determinazione della giustizia – espresso dalla molteplicità delle possibilità, delle consuetudini e degli ordinamenti che, in certa misura, concretamente lo visibilizzano, e sempre ulteriormente determinabile attraverso la deliberazione giurisprudenziale e l'introduzione di ulteriori diritti connessi ad ulteriori doveri.

Viceversa, la libertà astratta è la libertà dell'uomo astratto ed atemporale, dell'individuo asociale ed anomico, pensato come numericamente (ed ideologicamente) uguale ad ogni altro, il quale, secondo la prospettiva moderna, costituisce la compagine statale a motivo della (estrema) rischiosità dello “stato di natura” e/o per dare tutela effettiva ai suoi “diritti umani” (ovvero alla sua libertà “naturale”). Si tratta della libertà autoreferenziale ed ateleologica, i cui limiti possono essere dettati unicamente come estrinseci, dal potere volontaristicamente costituito. La concezione della libertà astratta assume, quindi, il presupposto dello stato di natura – ove la libertà sarebbe onnilaterale e coincidente (nel suo oggetto) con la spontaneità – e del contratto sociale, ove la libertà avrebbe solo limiti convenzionali (e come tali sempre ridefinibili) fissati dallo Stato allo scopo di neutralizzare il conflitto (ovvero, kantianamente, di rendere possibile la coesistenza degli arbitri). La libertà astratta – osserva, però, Tejada, evidenziandone l'ipoteticità (e l'ideologicità) delle premesse (smentite, peraltro, dalla testimonianza dell'esperienza) – è negatrice della storia, proprio in quanto presuppone l'orizzontalismo naturalistico e lo spontaneismo vitalistico. La sua teorizzazione (ed applicazione) si capovolge nella solitudine (ed impotenza) dell'individuo di fronte allo Stato e parimenti nella onnipotenza dello Stato (come della “volontà generale”, “popolare” o “nazionale”). Sicché “la democrazia rousseauiana non è, in definitiva, altra cosa che l'eliminazione delle conseguenze della storia nella politica e l'esaltazione dell'uomo astratto che è stretta naturalità [come spontaneità] sull'uomo concreto che la storia è andata elaborando”.⁸⁷ L'autentica libertà – argomenta il giurista spagnolo – è la libertà concreta, la quale – va precisato – trova la sua condizione fondativa, il suo criterio e la sua verifica nell'obiettività della giustizia (e quindi nell'equità degli stessi ordinamenti particolari). Di essa costituiscono una espressione esemplare i fueros della tradizione giuridico-politica ispanica. Tejada ne rimarca incisivamente il valore, il quale, per se stesso, va al di là della stessa esperienza storica dove sono sorti ed ove si sono affermati. Il loro significato viene lumeggiato efficacemente, evidenziando che “la parola castigliana «fuero» deriva da quella latina *forum*, nome del luogo dove si amministrava la giustizia, passando in seguito a significare le sentenze dettate e, più tardi, le leggi particolari di una città o di un ceto, fino a che acquista il significato di insieme di norme particolari con le quali si regge ciascuno dei popoli spagnoli; quest'ultimo è il senso che ha nella terminologia del Diritto pubblico tradizionale”.⁸⁸

80. Ivi, p. 51.

81. Ivi, p. 52.

82. Ivi, p. 54.

83. Ivi, p. 61.

84. Ivi, p. 43.

85. Ivi, p. 81.

86. Cfr. Ivi, pp. 80-81.

87. Ivi, pp. 73-74.

88. Ivi, p. 89.

In tal senso il concetto della libertà concreta (e la sua espressione storico-giuridica nella dottrina dei fueros) risulta non in opposizione al diritto, ma in intima sintonia con esso. Esso, parimenti, non ha un carattere agonistico rispetto all'autorità politica, ma si palesa coestensivo con quello della legittima potestas. Pertanto, tale concetto si presenta come alternativo ad ogni forma di totalitarismo e come soluzione teoretica alle aporie cui ha dato luogo il formalismo della libertà ed il positivismo del potere.

5. ONTOLOGIA E TRASCENDENZA DELLA COSTITUZIONE.

Il problema della costituzione costituisce una delle questioni fondamentali poste dalla modernità ed uno dei problemi più attuali per la politica e per il diritto, pur se ridotto generalmente ad omologhe alternative di ingegneria costituzionale, che si limitano a presentare opzioni funzionalistiche nel circuito del giuspositivismo (ove anche il ricorso "deliberazione condivisa" viene assunto come soluzione convenzionale, valida perché condivisa e non condivisa perché valida). Il testo⁸⁹ di Miguel Ayuso⁹⁰ non intende presentare soluzioni giuspubblicistiche di carattere tecnico (le quali – come si può notare – anche quando sono proposte come tali sottendono inevitabilmente presupposti che vanno al di là della mera operatività) né riprende i termini del problema dal positivismo giuridico (e dall'agnosticismo assiologico) della modernità (che, logicamente, non possono non condurre a conclusioni ad essi consentanee e congeneri). Neppure intende limitarsi ad una ricognizione storica che si esaurisca nella documentazione di fasi diacroniche, sia pure di rilievo epocale. La costituzione su cui riflette Ayuso ha un significato ontologico (afferente precisamente all'ontologia giuridico-politica) e, come tale, richiede una consapevolezza filosofica ed anche una disponibilità a considerare il versante teologico della questione, che l'istanza del fondamento (ovvero della legittimazione del potere) pone ineludibilmente. Al tempo stesso la costituzione su cui conduce a meditare il giurista spagnolo ha una essenziale accezione storica, sia perché ogni comunità politica è sempre una comunità storica (e non

può non essere tale), sia a motivo dell'imprescindibilità della lezione della storia per pensare le esigenze particolari dell'ordine giuridico-politico.

Si tratta, cioè, di riflettere non sulla "costituzione legale", intesa (secondo il costituzionalismo moderno) come legge fondamentale dello Stato, ma sulla "costituzione storica" (secondo la terminologia di José Pedro Galvão de Sousa)⁹¹ ed ancor prima sulla "costituzione naturale" (secondo la prospettiva del giusnaturalismo classico). Infatti, nel primo significato la costituzione è assunta come deliberazione posta ab imis, propria dell'atto fondante – ovvero del "patto costituzionale" attuativo del "contratto sociale" – che viene assunto convenzionalmente come inizio assoluto non semplicemente dell'ordinamento ma della stessa compagine giuridico-politica (ed in definitiva umana). Diversamente, la costituzione nel suo significato storico rinvia alla tradizione giuridica sedimentatasi e sviluppatasi – attraverso il lungo lavoro dei secoli – a partire dalle esigenze (e dalle questioni) poste dall'esperienza. A sua volta, la tradizione giuridica (ed il complesso di ordinamenti ed istituzioni ad essa consentanee) rinvia alla necessità del *sensus iuris*, e contestualmente alla natura *communis* della comunità politica per se stessa, ovvero alla realtà ed alle condizioni essenziali del suo essere e della sua perfezione. In tal senso la "costituzione storica" si dà anche in assenza della "costituzione legale" (ovvero di una "carta costituzionale") e presuppone la "costituzione naturale", ovvero il riconoscimento della natura della comunità politica e dell'ordine di doveri e di diritti, di obbedienze e di comandi (come ricorda Aristotele) che le è proprio. È chiaro che, mentre la "costituzione legale" moderna stabilisce come principi quelle tesi (opinioni o preferenze) che i costituenti hanno deciso di porre a fondamento dell'ordinamento e dello stesso vivere civile, senza alcuna subordinazione ad altro che al proprio volere, la costituzione storica, autenticamente intesa, trova nella costituzione naturale il suo fondamento ed il suo criterio. In tal senso la "costituzione cristiana", su cui si incentra la riflessione di Ayuso, corrisponde ad un tipo di "costituzione storica" che presuppone la "costituzione naturale" (come tale di ogni comunità politica) della quale – si può aggiungere – mira ad essere sviluppo, perfezionamento ed elevazione.

La trattazione – raccogliendo interventi svolti nell'arco di un ventennio – si snoda attraverso cinque capitoli, che vanno dalla considerazione del rapporto tra religione e società a quella della relazione tra Chiesa e Stato, per affrontare il problema del significato di una dottrina politica cattolica e del rapporto tra laicismo e laicità. Sicché, come si può rilevare fin da un primo accostamento, il lavoro si presenta di sicuro interesse e del tutto alieno dalla tentazione di far proprie le tesi (giuspubblicistiche o filosofico-teologiche) predominanti. Anzi, può essere rilevato a ragion veduta, che l'itinerario della riflessione palesa una innegabile originalità – facendosi carico, peraltro, di argomentare costantemente nel segno della coerenza e del rigore – tanto nell'impostazione quanto nelle valutazioni. Ayuso affronta la questione della costituzione cristiana degli Stati, consapevole dell'ardua complessità del tema (e conscio della difficoltà culturale a considerare tale questione dal punto di vista squisitamente filosofico e teologico). Ciò che fa assumere attualmente al problema della costituzione una fisionomia particolarmente impervia risulta, anzitutto, dal prevalere dell'atteggiamento ideologico e dai pregiudizi storicistici. Nel primo caso, proiettando sulla questione l'attitudine convenzionale ed operativa, ne consegue la pretesa di ridurre ogni argomentazione ad una preferenza o ad un interesse di parte. Nel secondo caso – assumendo previamente la persuasione di una inarrestabile unidirezionalità del percorso delle vicende umane – si pretende che sia inammissibile la stessa posizione della questione nei suoi termini fondativi, ritenendo previamente possibile solo una discussione che si collochi nell'alveo del costituzionalismo moderno (pur effettivamente posto in crisi e svuotato dal suo stesso compimento). L'uno come l'altro atteggiamento, in realtà, escludono la discussione prima ancora di intraprenderla, misconoscono cioè l'esigenza della problematizzazione teoretica. Anzi, si cristallizzano in un autopostulatorio "divieto di fare domande". Il giurista spagnolo non soggiace né all'uno né all'altro di tali atteggiamenti pregiudiziali. Viceversa, ne pone in questione – con autentica libertà intellettuale – proprio la pretesa (doxasticamente apodittica) di ultimatività. Il discorso non si interrompe, quindi, di fronte a tali opzioni intellettuali, ma le supera, nel senso che va al di là di esse, senza restare minimamente tributario della cappa plumbea dell'invalidità del convenzionalismo. Del resto, tutto l'itinerario della riflessione di Ayuso è attraversato dalla consapevolezza del carattere totalizzante della modernità (intesa in termini concettuali e non temporali), la quale si connota per l'opzione

razionalistica ed immanentistica, che la rende irriducibile a qualsiasi identificazione esclusivamente evenemenziale. Donde la sua alternatività alla visione classica e cristiana dell'uomo, del diritto e della politica. Il giurista spagnolo non teme di rilevare che la coniugazione del cristianesimo nella modernità (categorialmente intesa) non ha logicamente alcuna possibilità di compimento, proprio in considerazione della obiettiva fisionomia speculativa di entrambi. In altri termini, se si assumono (implicitamente o esplicitamente) le premesse della modernità (ovvero le categorie concettuali naturalistiche e gnostiche) ne deriva coerentemente l'evacuazione (intellettuale e morale) del cristianesimo, ovvero – come si può altrimenti rilevare – l'impossibilità per la grazia di elevare una natura metafisicamente svuotata (o perché ridotta a fenomeno di se medesima o perché priva di qualsivoglia positività ontologica). La considerazione di Ayuso è inequivocabile: "è impossibile inculturare il cristianesimo nella civiltà moderna e nelle sue versioni attuali, sia la "forte" tecnocratica e prometeica (che bisognerebbe chiamare ipermoderna), sia la "debole" decostruttivista e nichilista (che possiamo chiamare propriamente postmoderna)".⁹² A tale considerazione (che deriva – va ribadito – dal riconoscimento obiettivo tanto della natura della modernità quanto di quella del Cristianesimo) è da associarsi una valutazione diagnostica che si riferisce propriamente al piano giuridico-politico (strettamente connessa alla prima). Nel contesto di quella che puntualmente può essere definita (con terminologia delnociana) come "l'epoca della secolarizzazione" (che, come tale, è esito del processo segnato dal razionalismo moderno) il quadro complessivo delle realizzazioni storiche (istituzioni, costumi, cultura) cristiane si presenta come un complesso di elementi sparsi, in certo senso residuali o sopravvissuti, quasi disiecta membra di un organismo (una civiltà) preesistente. L'impatto destrutturante ed estenuante della pretesa di dare attuazione al "mito del mondo nuovo" (secondo la formulazione di Eric Voegelin⁹³) rispetto a ciò che resta di cultura ed istituzioni cristiane, pone – osserva Ayuso – un problema ineludibile: "senza l'accoglimento di una civiltà coerente tutti i resti che si salvano, da un lato, sono mutilati, snaturati, e – dall'altro – difficilmente possono sussistere molto tempo nella loro nella loro separatezza".⁹⁴ Tale considerazione – oltre che trovare conferma nell'esperienza storica – ha le sue radici nella considerazione teoretica della natura dell'uomo e della comunità politica. La socialità umana si svolge, in dipendenza

89. M. AYUSO, La constitución cristiana de los Estados, cit.

90. La riflessione giuridico-politica di Miguel Ayuso ha affrontato i temi dell'ordinamento giuspubblicistico – e del diritto e della politica in quanto tali – in prospettiva teoretica, nell'arco di numerosi studi. Tra essi si rinvia, particolarmente a *¿Después del Leviathan? Sobre el estado y su signo*, Speiro, Madrid 1996; *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Marcial Pons, Madrid - Barcellona 2001; *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid 2000 (trad. it., Giappichelli, Torino 2004); *¿Ocaso o eclipse del estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Marcial Pons, Madrid - Barcellona 2005. Inoltre, tra i lavori di indole più direttamente filosofico-giuridico-politica si segnalano: *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Fundación Francisco Elías de Tejada Y Erasmo Pèrcopo, Madrid 1994; *Koinós. El pensamiento político de Rafael Gamba*, Speiro, Madrid 1998; *La cabeza de la Gorgona: de la «Hybris» del poder al totalitarismo moderno*, Nueva Hispanidad, Buenos Aires 2001; *Las murallas de la ciudad: temas del pensamiento tradicional hispano*, Nueva Hispanidad, Buenos Aires 2001; nonché alcuni volumi collettanei curati, tra cui *Comunidad humana y tradición política. Liber amicorum de Rafael Gamba*, Actas, Madrid 1998; *El derecho natural hispánico: pasado y presente. Actas de la II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, Obra social y cultural CajaSur, Córdoba 2001*; *Cuestiones fundamentales de derecho natural. Actas de las III Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*, Marcial Pons, Madrid - Barcellona 2009; *Estado, ley y conciencia*, Marcial Pons, Madrid - Barcellona 2010.

91. Cfr. J. P. GALVÃO DE SOUSA, *Remarques sur l'idée de Constitution et la Signification Sociologique du Droit Constitutionnel*, in "Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart" (Tübingen), Neue Folge/ Band XVI (1967), pp. 40-66; IDEM, *A Constituição e os valores da nacionalidade*, José Bushatsky, São Paulo 1971.

92. M. AYUSO, La constitución cristiana de los Estados, cit., p. 13.

93. Cfr. E. VOEGELIN, *Il mito del mondo nuovo*, trad. it., Rusconi, Milano 1976.

94. M. AYUSO, La constitución cristiana de los Estados, cit., p. 13.

dalla razionalità. Essa (come già notava Aristotele) presuppone la capacità di valutazione in ordine al giusto ed all'ingiusto. Il giusto, a sua volta, riflette l'ordine di doverosità, anche – anzi in primo luogo – nei confronti di Dio. Conseguentemente, dall'ordine di relazioni che derivano dal riconoscimento del dovuto, e prima ancora del vero e del bene (appreso tanto grazie alla ragione quanto attraverso la Rivelazione) prendono forma realizzazioni (anzitutto di cultura e di istituzioni) che costituiscono una civiltà (quindi anche ordinamenti civili). Queste per la stessa natura sociale dell'uomo abbisognano, per potere compiutamente sorgere, durare e svilupparsi di un quadro assiologicamente omogeneo. Diversamente, ogni realizzazione storica, assunta nel contesto del convenzionalismo dei gruppi o degli individui, ovvero della libertà come potere autoreferenziale (solo estrinsecamente limitato), non potrà che esserne – almeno d'ordinario – culturalmente assorbito, assiologicamente neutralizzato o istituzionalmente svuotato. Ayuso elucida la questione distinguendo, altresì, tra forme di governo e fondamento del governo.⁹⁵ La costituzione cristiana non si riduce alla preferenza per una forma di governo, ma afferisce piuttosto al fondamento del governo. Esso è tale da manifestarsi in "quell'insieme di convinzioni sul significato ultimo dell'esistenza politica, ciò che unifica una società, ciò che sanziona e conferisce il peso del sacro a giuramenti e a contratti, a doveri e a diritti, ciò che riveste una società di un significato comune".⁹⁶ In sostanza, l'ethos senza cui nessun demos può sussistere e svilupparsi, ed in rapporto al quale non vi essere valutatività. Sia in quanto l'avalutatività risulta intrinsecamente contraddittoria, presupponendo la valutazione positiva della stessa avalutatività, ed ogni valutazione (anche quella che pretende di essere anassologica) non può darsi senza riferirsi ad un valore (anche nel caso della sua negazione); sia in quanto l'ethos è il bene primario di ogni demos, senza il quale esso neppure riesce a sussistere ed a durare. Il giurista spagnolo evidenzia il rilievo essenziale della questione fondativa nel campo giuspubblicistico, per la vita di ogni compagine politica: "mancando l'idea etica del bene per l'uomo, lo Stato non può reclamare sacrifici né solidarietà ai cittadini, non può coartare nessuna delle loro possibilità di godimento o di vantaggio, non può legittimamente rieducare i condannati nell'esercizio dello ius puniendi [...] solo riconoscendo come costitutivo interno della società civile la sua subordinazione alla legge morale e la sua dimensione religiosa è possibile far fronte alle esigenze del bene comune".⁹⁷

La riflessione sulla costituzione cristiana degli Stati, in particolare, trova la sua premessa nel riconoscimento del rapporto tra ordine naturale ed ordine soprannaturale (come, simmetricamente, tra natura e grazia e tra ragione e fede) nei termini del realismo metafisico, nella cui prospettiva (secondo il noto effato tomistico) gratia non destruit sed supponit et perficit naturam⁹⁸, o, in altri termini, "il soprannaturale si eleva a partire dall'umano e si incarna nel naturale"⁹⁹. Ciò che ha, logicamente, la sua applicazione anche nel campo dell'ordinamento giuridico-politico (e della sua considerazione epistemologica, ontologica e deontologica).

La costituzione cristiana degli Stati – nella riflessione proposta da Ayuso – non comporta alcuna confusione (o assimilazione) tra piano naturale e piano soprannaturale, né alcuna confusione (o identificazione) tra foro interno e foro esterno¹⁰⁰. Non assimila separazione e distinzione: nel rigettare la prima non nega la seconda¹⁰¹. Il riconoscimento di Dio come tale (e dell'ordine di doverosità obiettivo che ne consegue – stante la Rivelazione – anche nei confronti della Chiesa) da parte della comunità politica è anzitutto una esigenza della considerazione dell'essere della comunità politica, anch'essa nell'ordine del contingente, quindi della creaturalità, e come tale dipendente ontologicamente dal Necessario, ovvero dal Creatore.

La mancata accettazione dell'ordine di doverosità della comunità politica nei confronti di Dio (ove non si intenda una divinità derivante come risultato di una opzione ideologica, ma di Dio riconosciuto noeticamente come tale) in termini di separazione, costituisce, altrimenti, una negazione (nell'ordine pratico) che si configura come una forma di esclusione (e quindi di ateismo). Nella medesima linea secolarizzatrice, alla compagine politica, pensata nella prospettiva della sovranità moderna come principio e fondamento di se medesima, non resta che affermarsi essa stessa come l'Assoluto, al modo del Leviatano (teorizzato da Hobbes): ciò che – come è noto – conduce al totalitarismo (anzi, ne costituisce la premessa logica).

D'altra parte, il riconoscimento del vincolo obiettivo nei confronti del Trascendente – con le conseguenze religiose, giuridiche e politiche che ne derivano – scaturisce non solo dalla considerazione del carattere creaturale della società umana, la cui radice ontologica è nella naturale politicità della persona umana, ma anche nella considerazione del fine della comunità stessa, ovvero del bene comune. Esso, infatti, proprio

in quanto tale (ovvero bene in quanto comune, conforme alla natura umana) ricomprende come proprio tutto ciò che costituisce il fine dell'uomo, e quindi anche ciò che consegue dal riconoscimento della sua elevazione all'ordine soprannaturale¹⁰². Di modo che tale riconoscimento non si compie con detrimento del valore della ragione, ma proprio riconoscendone la capacità aletica, ovvero, nel caso in questione, la capacità di riconoscere i segni di credibilità della Rivelazione¹⁰³.

In tal senso, Miguel Ayuso rileva¹⁰⁴, riprendendo un'espressione di Jean Madiran, che la Cristianità, ovvero la civitas christiana storicamente realizzata, ha iscritto la morale sociale cristiana nelle istituzioni politiche, le quali, per questo motivo non solo non hanno cessato di essere tali, ma hanno trovato una essenziale condizione per il compimento della loro finalità propria. Ciò risulta perspicuo in considerazione del fatto che la gran parte dei principi della dottrina politica cattolica sono di carattere naturale, ovvero sono razionalmente conoscibili. In questa prospettiva, l'idea dello Stato cattolico non si risolve in una statalizzazione della religione (ciò che ribadirebbe il moderno principio di sovranità, facendo dipendere anche la religione dalla volontà dello Stato), ma si traduce nel riconoscimento razionale (istituzionalmente coerente) dell'ordine metafisico ed etico (e delle esigenze richieste dall'elevazione al fine soprannaturale, di cui, a proprio modo, è responsabile anche la comunità civile) senza cui la politica stessa perderebbe il suo ubi consistam, riducendosi alla cieca strumentalità del potere.

Ayuso fa notare che l'esito del processo di secolarizzazione (proprio della modernità) trova il suo epilogo piuttosto che in una solida e duratura civilizzazione, in una decostruzione, le cui crisi interne e l'incerto avvenire sono rilevati anche da coloro i quali ne condividono lo spirito e l'orizzonte. Tale decostruzione si può compendiare in quella che il giurista spagnolo definisce come "controcristianità"¹⁰⁵ (p. 86), la quale, negando con gli elementi soprannaturali anche quelli naturali del vivere umano, si risolve, proprio per questo, in una "dissocietà" (secondo la terminologia del filosofo belga Marcel De Corte).

Alla luce di tale consapevolezza diagnostica, oltre che delle ragioni suesposte, la sua riflessione si carica anche del significato di proposta e di testimonianza, che coerentemente evita le corrive scorciatoie

ermeneutiche e gli ingannevoli tatticismi prassiologici. D'altra parte, Ayuso respinge l'opposizione tra "sociale" e "politico", come la separazione di "società civile" e "Stato", come derivata dalla "falsa contrapposizione che inaugura il naturalismo politico tra libertà e potere"¹⁰⁶, precisando opportunamente che "la socievolezza naturale dell'uomo è al tempo stesso politicità naturale"¹⁰⁷. Analogamente, la stessa unità – ontologica ed etica – del soggetto umano, in quanto tale, esclude non solo l'opposizione-separazione tra privato e pubblico, ma anche quella tra sociale e politico. La famiglia e i diversi corpi sociali (naturali e volontari) non sono cronologicamente anteriori ed avulsi rispetto all'autorità politica, ma contemporanei ad essa. Pertanto, non può essere accolta (in quanto aporetica) la formulazione riduttiva di una dottrina sociale che non sia al tempo stesso anche una dottrina politica (pure nel caso di quella che deriva dalla filosofia cattolica e dal magistero della Chiesa). Una dottrina sociale non può non essere precisamente anche una dottrina politica (e giuridica). Ciò rileva, a maggior ragione, se si considera il versante teologico della questione, ovvero se si pone mente al fatto che nulla (anche sotto il profilo giuridico-politico) risulta estraneo o indifferente al conseguimento del fine ultimo dell'uomo (potendolo, quanto alle condizioni storiche, favorire od ostacolare, rendere pervio o impervio, ordinario o eccezionale).

La costituzione cristiana degli Stati – nella riflessione di Ayuso – neppure coincide con una qualsiasi utopia (tanto proiettiva quanto retroflessa, tanto tesa al futuro quanto ripiegata sul passato), men che meno con l'utopia (maritainiana) della "nuova cristianità". Al riconoscimento (ampiamente documentato – per diversam viam – tanto dalla storiografia, quanto dal magistero ecclesiastico) del fatto che la società cristiana è realmente esistita nel tempo (in diversi luoghi ed in diverse forme) va associata la considerazione secondo cui essa "in certo modo, e quantunque nelle sue rovine, esiste ancora. E ciò di cui si tratta è di restaurarla in ciò in cui è stata ferita, e di instaurarla in ciò in cui è morta e in ciò che richiedono le nuove circostanze"¹⁰⁸. Del resto – ricorda Ayuso – anche solo delle sue rovine come delle sue vestigia – artistiche, letterarie, filosofiche, etiche, sociali, giuridiche e politiche – hanno vissuto (ed in certo senso continuano a vivere) molte generazioni.

95. Cfr. *ivi*, pp. 93-94.

96. *Ivi*, p. 96.

97. *Ivi*, p. 115.

98. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, S. Th., I, q. 2, a. 2, ad 1; IDEM, S. Th., II, q. 111, a. 2; IDEM, In Böt. De Trin., pröem., q. 2, a. 3.

99. M. AYUSO, La constitución cristiana de los Estados, cit., p. 19.

100. Cfr. *ivi*, p. 120.

101. Cfr. *ivi*, p. 53.

102. Cfr. *ivi*, pp. 21 ss.

103. Come ricorda, esemplarmente, Leone XIII nell'enciclica Immortale Dei.

104. Cfr. M. AYUSO, La constitución cristiana de los Estados, cit., p. 27.

105. *Ivi*, p. 86.

106. *Ivi*, p. 39.

107. *Ibidem*.

108. *Ivi*, p. 50.

L'attitudine intellettuale che permea questa prospettiva si palesa schiettamente realistica (nel senso filosofico del termine). Essa è, pertanto, tale da prestare attenzione alla natura delle cose come alla lezione della storia, accogliendone consapevolmente la nozione come l'eredità, sia con la fervida penetrazione dell'intellectus sia con la partecipe disponibilità della pietas. Si verifica, così, una tensione intellettuale, che è al tempo stesso anche umana, propria di chi – come esige la filia stessa della sofia – di fronte alla verità ricercata e da ricercare, piuttosto che pretendere di giudicarla, da essa si lascia giudicare.

6. L'ESILIO E IL REGNO COME METAFORE GIURIDICO-POLITICHE.

L'esperienza giuridico-politica pensata nella sua essenzialità – e quindi nella prospettiva dell'agatofilia – pone non solo la questione dell'essenza e della conoscenza della politica (e contestualmente del diritto), nonché il problema del potere, dell'autorità, della libertà e della costituzione, ma rivela anche un interesse relativo al suo significato umano. Essa, cioè, sollecita una riflessione capace di pensarla come esperienza umana integrale, ove (come già prospettato da Platone) possa essere colto il nesso vitale (ovvero la simmetria intellettuale e morale) tra forme della politica e forme dell'esistenza umana. È forse in questi termini il timbro peculiare della riflessione di Rafael Gamba (1920-2004)¹⁰⁹, pensatore versatile e fecondo, la cui elaborazione ha spaziato dalla storia della filosofia alla metafisica, dalla filosofia della storia a quella della politica.¹¹⁰

Una considerazione (in certo senso esistenzialmente rilevante) che pensa l'esperienza umana in termini teoreticamente politici e l'esperienza politica in termini profondamente umani è contenuta in un saggio¹¹¹, che dà il titolo ad un omonimo volume, i cui capitoli (pur scritti in occasioni e tempi diversi) delineano con indubbia efficacia un inconfondibile accostamento intellettuale alla politica. In questa prospettiva, l'accidentale viene attraversato per coglierne il sostanziale, ma anche il sostanziale viene pensato attraverso l'accidentale. Senza ovviamente confondere o assimilare l'uno all'altro. Come, parimenti, non va confuso l'ordine del conoscere con quello dell'essere, il quoad nos con il quoad se, la via inventionis con la via iudicii.

In questa visuale, la comunità politica – particolarmente in quanto

pensata come civiltà o come partecipe di una civiltà – viene ad essere considerata come un tutto, in analogia con ogni ente, rispetto al quale le parti (la materia e la forma, la sostanza e l'accidente) sono in potenza.¹¹²

Le necessarie distinzioni concettuali trovano la loro ragion d'essere nella necessità di pensare l'unito e l'unito è il mondo umano, o meglio la civiltà umana. Essa, in quanto tale, è sempre particolare ed universale insieme. Anzi, può essere – e permanere – come particolare proprio in quanto – e nella misura in cui – è universale, ovvero in quanto l'essenzialità della natura umana, nell'ordine dell'agire, vi trova attuazione e perfezionamento. E viceversa, essa attua (o meglio può attuare, in linea di principio) la sua universalità nella particolarità di espressioni, che – lungi dal sopprimere l'universalità – la esprimono con rilievo di peculiare e vivida concretezza.

L'esilio e il regno – a cui si riferisce Rafael Gamba – costituiscono categorie concettuali, capaci di illuminare tanto l'esperienza personale quanto quella politica. Il filosofo spagnolo ne mutua l'intuizione da autori (il cui timbro intellettuale si colloca al confine tra letteratura e filosofia, lungo la direttrice di una suggestiva analisi esistenziale) come Camus e Saint-Exupéry. L'esilio è sinonimo di solitudine, di estraneazione, di distacco, di smarrimento, ma anche di radicamento, di esclusione e di degradazione. Il regno, viceversa, rappresenta (come potrebbe dirsi del "palazzo" o della "cittadella" di Saint-Exupéry, o, per una certa analogia, del "castello interiore" di Teresa d'Avila) il mondo ordinato ed armonico, la rettitudine dell'agire, la nitidezza del significato, lo stare in autenticità presso se stessi e presso gli altri (ovvero l'essere intimo a sé ed agli altri) nell'unico modo in cui la conciliazione attinge le ragioni dalla realtà (di sé e d'altri, e del loro ordine proprio). L'esigenza dell'umana compagnia si colloca – in questa prospettiva – lungo l'asse della conoscenza della verità, dell'amore del bene, della gioia del bello, senza le quali non solo si inaridisce e si estingue spiritualmente (e non solo) la vita personale ma anche quella sociale. La condizione dell'esilio, infatti, è anche quella nella quale nulla più si ama e si riconosce meritevole di essere difeso per se stesso, o altrimenti ove tutto perde di valore proprio per ridursi all'opinabile ed all'opzionale. Parimenti, dove prevale il fenomenismo ed l'agnosticismo, tanto il singolo quanto la comunità vivono (più o meno coscientemente) l'esilio e la solitudine rispetto alla realtà ed alla verità. Intimità spirituale e relazione intersoggettiva si corrispondono, così, lungo la medesima traiettoria di significato. Sicché, come rileva Gamba, "solo nella scoperta

condivisa della verità oggettiva e del bene oggettivo – nel co-incidere così con l'intimità di altre anime – si può elevare questa relazione umana – verbale o concettuale – al livello superiore di compenetrazione o di comunione".¹¹³

L'esilio e il regno non sono solo categorie concettuali, come tali idonee ad intendere (ed a valutare) una condizione spirituale o politica, essi sono anche polarità nell'ordine dell'agire, situazioni dalle quale ci si può allontanare o mete alle quali ci si può approssimare. Come l'ordine ed il disordine costituiscono, sotto il profilo dell'attività, l'effetto della rettificazione o quello della infrazione. L'itinerario dall'esilio al regno – nell'analisi di Gamba – passa attraverso l'esperienza del mutuo sacrificio in vista di un'impresa comune ovvero della solidarietà (o del cameratismo) nell'impegno che accomuna e che, al tempo stesso, va al di là di ciascuno (dei partecipanti). La compagnia solidale, a sua volta, attinge la perspicuità della considerazione dell'altro (come persona) nell'amicizia, "vincolo che è escludente ed esclusivo nel suo genere e che si presenta sempre con la pretesa di perennità"¹¹⁴, suscettibile di maturare e di approfondirsi al di là dei limiti del tempo e dello spazio, in uno sforzo permanente di conquista e di compimento. Ciò che attinge un apice particolare ed inconfondibile nella vita coniugale, ma che dispiega, ancor oltre, le sue virtualità in tutto l'ordine politico, al di là di ogni particolarismo di singoli o di gruppi, come di ogni riduzione della vita sociale alla ricerca del "benessere condiviso".¹¹⁵

L'approssimazione al regno – o parimenti l'affrancamento dalla solitudine e dall'inanità – non trova il suo autentico fondamento se l'amicizia (da quella coniugale a quella politica) non si radica in ciò che trascende l'amicizia stessa (altrimenti permanentemente pericolante sull'orlo dell'egoismo partecipe); se, in altri termini, gli uomini non si fanno – secondo l'icastica espressione di Saint-Exupéry "finestre verso Dio". Con efficace metafora Gamba suggerisce che una civiltà (e quindi una comunità politica) può paragonarsi ad un albero¹¹⁶, il quale svetta verso l'alto se si sviluppa vitalmente (quindi se ha profonde e salde radici), mentre precipita verso il basso se secca (ovvero se la vita smette di vincolare ogni parte al tutto). Come l'albero ha bisogno di luce e di sostanze nutritive, così una comunità attinge il suo essere alla consapevolezza dei principi e richiede una molteplicità di beni, primi fra i quali le qualità morali dei suoi componenti. Salvo, viceversa, imboccare la strada della decadenza e dell'autodissoluzione.

Ben si intende che – come Gamba osserva, criticando esplicitamente l'individualismo moderno – la comunità politica, in quanto tale, non si risolve in una organizzazione (o in una distribuzione di funzioni e di poteri) né in un meccanismo (o in una "macchina per vivere"), né in una qualsivoglia forma coesistenza, ma costituisce essenzialmente una comunione.¹¹⁷ Ora, la comunione è possibile solo in quanto costituisce una partecipazione (oggettiva prima ancora che soggettiva) a ciò che unisce (ed è amato) e perciò trascende il mobile fluire delle opinioni e delle preferenze. Essa, quindi, mai può essere neutrale di fronte a valutazioni ed a valori, ovvero a giudizi ed a principi, pena il cessare semplicemente di essere tale (anzi, propriamente, di essere). Di modo che non solo l'autentica comunità consente a ciascuno di svilupparsi, ma anche, viceversa, la sua corruzione corrompe i suoi membri in tutto il loro essere (esistenzialmente) uomini, giacché questa totalità di aspetti è proiettata e partecipata nella (e dalla) stessa comunità politica.¹¹⁸

Le società hanno una loro personalità (storica) ed un loro volto ("umano" e "divino"). Hanno una loro vitalità ed una propria responsabilità, sono feconde o sterili. Vivono attraverso la vita che i legami sociali – tra i diversi soggetti, con le diverse autorità e con Dio – assicurano (e secondo i quali gli uomini sono concretamente liberi ed effettivamente sperano). La liberazione da tali legami, naturali e volontari (come negli intenti dell'illuminismo, del liberalismo, del marxismo e del freudismo) non equivale all'affermazione della (autentica) libertà dell'uomo, ma alla sua stessa estinzione (in quanto egli è quell'essere che non può non essere sociale e politico).

Per Gamba – come per Platone e per il pensiero classico nel suo complesso – la politica sottende e costituisce – di fatto e di diritto – una paideia, che insegna a conoscere e ad amare, in virtù della quale si riceve e si trasmette una cultura, che può essere prolungata ed arricchita. Di modo che compito educativo e compito politico – senza confondersi – si implicano e si riflettono reciprocamente, non, ovviamente, nei termini di una ideologica funzionalità o di una neutralistica strumentalità, ma nella prospettiva del compimento della teleologia propria della natura umana e parimenti della stessa comunità politica. Una paideia è ideale e compimento dell'attività educativa – sempre per se stessa essenzialmente universale nel particolare ed umanamente particolare nell'universale – in quanto è via allo sviluppo

109. Rafael Gamba, già cattedratico di Filosofia presso l'Università CEU "San Pablo" di Madrid, è stato filosofo e storico della filosofia tra i più rilevanti del panorama contemporaneo.

110. Per una considerazione complessiva della riflessione filosofico-politico-giuridica del pensatore spagnolo, cfr. R. GAMBRA, *La monarquía social y representativa*, Rialp, Madrid 1955; IDEM, *Eso que llaman Estado*, Ediciones Montejuerra, Madrid 1958; IDEM, *Tradición o mimetismo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976; IDEM, *El lenguaje y los mitos*, Speiro, Madrid 1983. A tali lavori a cui vanno aggiunti alcuni testi che hanno avuto ampia diffusione e ripercussione:

111. R. GAMBRA, *Curso elemental de Filosofía*, XVIII ed., Anaya, Salamanca 1969; IDEM, *Historia sencilla de la Filosofía*, XXII ed., Rialp, Madrid 1997; IDEM, *El silencio de Dios*, IV ed., Criterio Libros, Madrid 1998.

112. R. GAMBRA, *El Exilio y el Reino. La comunidad de los hombres y sus enemigos*, cit.

113. R. GAMBRA, *El Exilio y el Reino. La comunidad de los hombres y sus enemigos*, cit., p. 76.

114. Ivi, p. 82.

115. Ivi, p. 87.

116. Cfr. ivi, pp. 88-89.

117. Cfr. ivi, pp. 33-43.

118. Cfr. ivi, pp. 17-19.

perfettivo dell'essere umano, ovvero – secondo la limpida espressione aristotelica – al “vivere bene” dell'uomo. Ciò che val quanto dire che essa è via al vivere umano propriamente tale (ovvero nel suo senso più alto e compiuto).

La comunità politica incarna l'ideale della paideia attraverso tutta la sua vita, il suo ordine, le sue leggi, il suo governo, la sua autorità. Tutto il suo essere esercita una funzione educativa (o all'opposto, diseducativa, mai pedagogicamente neutrale). Ma non solo. Come ogni educazione è, in quanto tale, anche tradizione – ovvero consegna, trasmissione, dono – la comunità politica attua la propria natura realizzando e perpetuando un retaggio (di principi e di valutazioni, di saperi e di arti, di istituzioni e di responsabilità, in una parola, di civiltà) che è insieme temporale e metatemporale. Tale legato può attraversare il tempo solo a condizione di fondarsi su ciò che trascende il tempo. Altrimenti, se si risolve nel tempo, non può che seguirne irrimediabilmente la sorte, precipitando nel nulla, ove il divenire (del tempus edax) pone tutto ciò che è ontologicamente precario, o meglio effimero.

Pertanto, comunità politica, civiltà, paideia, tradizione costituiscono concetti che si illuminano reciprocamente e che rimandano – singolarmente e nel loro complesso – al fondamento metafisico, cioè all'intelligenza della realtà o meglio della natura degli enti. Donde l'intelligenza della finalità che è iscritta nella loro costituzione ontologica e l'ordine che ne esprime la corretta disposizione al fine (conforme alla natura di ciascuno). Donde, ancora, la loro apprezzabilità, ovvero il valore e la nobiltà, che spetta a ciascuna cosa (quindi, anche alla comunità ed alla civiltà, come alla paideia ed alla tradizione) in quanto è¹¹⁹, ovvero in quanto è in atto realizzando perfettamente la propria natura.

In questa prospettiva – che nelle pagine di Gamba è tratteggiata con la nitidezza e l'acume del pensatore di vaglia – emerge e vieppiù si approfondisce, la considerazione dell'umanità della politica. Come non vi è paideia che non presupponga e non inveri una concezione dell'uomo, così non vi è politica che non assuma e non realizzi (esplicitamente o implicitamente) una antropologia. L'uomo, osserva il pensatore spagnolo, “è animale razionale e, conseguentemente, animale politico e animale religioso”¹²⁰. Lungo tale asse si profila – implicitamente e come in filigrana – l'analisi platonica (esemplarmente articolata nell'VIII e nel IX libro della Repubblica) che coglie un

essenziale parallelismo tra le forme dei regimi politici ed i tipi dell'esistenza umana. Ove rettitudine individuale e rettitudine delle forme di governo (o analogamente corruzione dell'ordine interiore e corruzione dell'ordine politico) si corrispondono specularmente, come “quello che per virtù e felicità è una città rispetto ad un'altra, questo è anche un uomo rispetto ad un altro”¹²¹. Il governo retto (regale o aristocratico, nella accezione platonica) viene paragonato al governo della ragione sulle facoltà irrazionali e – emblematicamente – il tiranno viene assimilato al parricida (con evidente simmetria tra l'autorità della ragione e la ragione dell'autorità).

L'umanità della politica si palesa, altresì, in considerazione del fatto che la comunità (politica) costituisce l'ecumene, lo spazio abitato, l'abitacolo umano per antonomasia¹²². È evidente, però, che le diverse determinazioni della comunità non si equivalgono: esse possono costituire uno “spazio amico” o uno “spazio ostile”. In altri termini, un mondo umano o un mondo disumano, ciascuno dei quali rispettivamente può alimentare le radici dell'ecumene o disseccarne la linfa vitale. Ciò che, però, non può accadere senza (un imprescindibile) riferimento – per adesione o per opposizione – all'umanità dell'uomo ed al bene che gli è consentaneo, (e perciò all'eticità, alla giuridicità ed alla politicità in quanto tali).

Nella riflessione di Rafael Gamba, in definitiva, la politica può conseguire autenticamente la propria finalità – il bene comune – e la città degli uomini può essere propriamente umana, solo a condizione di riconoscerne la trascendenza del fondamento: la trascendenza della razionalità rispetto ad ogni ragionamento, la trascendenza del bene comune rispetto ad ogni bene particolare, la trascendenza della giustizia rispetto ad ogni giurisdizione, e primariamente la trascendenza del Principio di ogni ente – dell'Ipsum esse subsistens – che fonda la razionalità, il bene e la giustizia nell'ordine ontologico, prima ancora che in quello noetico ed in quello etico. Donde la necessità che “le leggi si attengano ad una morale immutabile”¹²³, con le conseguenti implicazioni, anche di natura propriamente religiosa, che riguardano non solo l'individuo, ma anche la comunità in quanto tale¹²⁴, giacché connotazione sociale e connotazione religiosa appartengono all'unica natura umana.

Senza l'ontologia del fondamento la vita sociale precipita nell'instabilità permanente, anzi, lo stesso comando giuridico-politico risulta arbitrario. In nome di che cosa potrà essere difeso qualche bene (fino a quello della stessa vita umana) che la volontà generale (o un qualsiasi potere prevalente) ha deciso di rendere disponibile (sia pure con regolamentazione procedurale) ad libitum? In altri termini, la negazione della trascendenza equivale alla stessa negazione dell'umanità della politica: “la negazione di Dio porta come corollario inevitabile la negazione dell'uomo”¹²⁵.

In tal senso può dirsi che – nella riflessione di Rafael Gamba – il legame religioso appare come il paradigma analogico di ogni legame umano¹²⁶. Secondo una etimologia, che viene qui riferita per il suo rilievo teoretico (prescindendo quindi da quello strettamente filologico) religio da religatio¹²⁷ indica precisamente un vincolo, che dall'ordine dell'essere si irradia a quello dell'agire, che dalla dipendenza creaturale inferisce la dipendenza in ogni aspetto dell'esistere, che dal riconoscimento della realtà – di Dio e dell'io – ricava il dovere di giustizia, che si esprime (nel senso classico della pietas) nel culto e nell'osservanza. È a partire dalla trascendenza di tale legame, che ben può intendersi che ogni legame sociale ha anch'esso una trascendenza rispetto alla mobile volontà-volente dell'individuo, dei gruppi o del “corpo elettorale”, e che esso è da riconoscersi nell'ordine della doverosità di ciò che per sua natura ciascun vincolo richiede, piuttosto che essere una effimera proiezione del desiderio o della convenzione.

Così (riprendendo una nota inferenza derivante dalla comune radice lessicale e concettuale) può dirsi che la trascendenza testimoniata dal culto è vissuta attraverso la cultura e materiata mediante la coltivazione. Essa è, altresì, principio di coesione che alimenta ogni particolare o generale determinazione, sempre, come tale, provvisoria e contingente, e senza cui la stessa convivenza politica precipita in (provvisoria) coesistenza (estrinsecamente) organizzata.

L'alternativa al riconoscimento della Trascendenza (secondo il dipanarsi dell'analisi di Gamba) non si esaurisce nella mera opzione per il mondo secolarizzato, con la sua pregiudiziale indifferenza assiologica (che riduce ogni osservanza a mera credenza). Il filosofo spagnolo vede nella società secolarizzata postmoderna l'esito di un processo scandito storicamente dalle tappe della progressiva asfissia della Cristianità

medioevale¹²⁸: dall'affermarsi del protestantesimo alla pace di Westfalia ed alla Rivoluzione francese, fino alla laicizzazione delle comunità storiche (dalla patria alla famiglia) e degli individui stessi. La radicalità della negazione della Trascendenza trova compimento nel nihilismo – etico-giuridico ed assiologico-metafisico – che lungi dal condurre alla libertà non può che recare con sé la tirannia dell'opinione, del desiderio e della convenzione (come di qualsiasi potere effettivamente prevalente). Sicché l'eclissi dell'autorità si traduce nell'onnipervadenza del potere – collettivo o individuale che sia – e la responsabilità dei doveri sociali lascia il passo all'esecuzione dell'autodeterminazione (individuale o collettiva che sia).

Si profila, così, con chiarezza una ulteriore nota distintiva del pensare politico di Rafael Gamba, quella che si potrebbe definire come assiologicità della politica. Questa, cioè, lungi dal potere essere considerata in termini avalutativi – come del resto nulla di avalutativo vi è nell'esistenza umana – è realtà, riflessione ed attività che impone la valutazione e che neppure si dà senza valutazione. Essa è autenticamente obiettiva in quanto scaturente dalla considerazione della natura rei. Infatti, rileva il pensatore spagnolo, “il primo e principale dei diritti dell'uomo [...] è quello di cercare la verità e di servirla”¹²⁹, ed è tale appunto in quanto costituisce il primo e principale dovere dell'uomo in quanto animal rationale (e perciò animal politicum e animal religiosum).

Sotto questo profilo s'intende che l'alternativa alla comunità è la “non-comunità”¹³⁰, ovvero l'alternativa alla civiltà è una “anticiviltà”¹³¹ o analogamente una anticultura ed una antisocietà. Come l'alternativa alla paideia, capace di formare l'uomo per ciò che deve essere (secondo la sua medesima umanità) non è una diversa forma educazione, ma un'apaideia. Analogamente, alla pietà (nel suo significato classico) si oppone (secondo la tagliente osservazione di Michele Federico Sciacca) la stupidità. Parimenti, l'alternativa alla (autentica) tradizione – come alla civiltà – non è il progresso (che semmai è possibile solo a partire dalla tradizione e nel suo alveo) ma l'imbarbarimento, l'inselvaticamento ed, in sostanza, la disumanizzazione. Analogamente, se la politica cessa di essere impresa propriamente umana si trasforma in competizione di partiti o di gruppi¹³²: da politica si fa cratologia, da agatofilia si fa udenocrazia, e parimenti il diritto muta in cratonomia.

119. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, S. c. G., I. I, c. 28.

120. R. GAMBRA, El Exilio y el Reino. La comunidad de los hombres y sus enemigos, cit., p. 75.

121. PLATONE, Rep., IX, 576 c.

122. Cfr. R. GAMBRA, El Exilio y el Reino. La comunidad de los hombres y sus enemigos, cit., pp. 15-31.

123. Ivi, p. 48.

124. Cfr. Ivi, pp. 48-49.

125. Ivi, p. 65.

126. Cfr. Ivi, pp. 20-26.

127. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, Contra Impugnantes, p. I, c. un.

128. Cfr. R. GAMBRA, El Exilio y el Reino. La comunidad de los hombres y sus enemigos, cit., pp. 34-38.

129. Ivi, p. 67.

130. Ivi, p. 92.

131. Ivi, p. 65.

132. Cfr. Ivi, p. 52.

Tertium non datur. Mentre, ovviamente, lo svolgersi degli avvenimenti impongono la necessità di discernere nel complesso dei fatti ciò che alimenta l'una o l'altra polarità.

7. L'ORDINE DELLA POLITICA E L'ORGANIZZAZIONE DELLO STATO.

Riflessione sulla politica e discorso sullo Stato possono apparire a prima vista come espressioni equivalenti: la loro distinzione apparterebbe al profilo lessicale piuttosto che a quello concettuale. Ma, a ben vedere, l'assimilazione tra indagine sulla politica e questione dello Stato costituisce a sua volta un problema aperto – tanto per il giurista quanto per filosofo – giacché la nozione stessa di Stato (nella sua accezione moderna, ovvero da Machiavelli in avanti) ha una sua irriducibile identità semantico-teorica, inconfondibile con il classico concetto di politica. Non si tratta, in sostanza, di una sottile distinzione terminologica, ma del palesarsi – attraverso la distinzione di ordine della politica e organizzazione dello Stato – di due inconfondibili universi di pensiero e di azione. Intenderli come tali significa porsi nella condizione di capire tanto la (permanente) attualità della politica, quanto la (profonda) crisi dello Stato (moderno). L'intelligenza di tale distinzione – ed, in definitiva, essa sola, con tutto ciò che presuppone e consegue – comporta la possibilità di discernere tra il pensare autenticamente in termini politici (ovvero in termini di scienza, arte e virtù del bene comune) ed il pensare in termini statistici (ovvero in termini di definizione, organizzazione ed utilizzazione del potere). I due ambiti di discorso sono segnati rispettivamente, l'uno, dall'intelligenza della finalità (naturale) e dalla valutazione prudenziale, l'altro, dalla discorsività strumentale e dalla convenzionalità dell'opzione costitutiva.

Alla penetrazione teoretica della distinzione tra l'ordine naturale della politica e l'organizzazione artificiale dello Stato è dedicata l'illuminante analisi¹³³ di Juan Fernando Segovia¹³⁴. Essa si concentra segnatamente sulle premesse filosofiche di tale distinzione – rilevante tanto per il diritto pubblico quanto per il pensiero politico – cogliendo, al di là delle innegabili divergenze di autori e correnti, gli elementi di fondo che ne caratterizzano la visione dell'esperienza giuridico-politica e la articolazione delle argomentazioni. Il giurista argentino si mostra consapevole della profondità del problema e del suo significato

propriamente filosofico: la riflessione sulla politica presuppone ed implica anche quella sull'uomo e sull'etica, e questa, a sua volta, rimanda alla considerazione del conoscere e dell'essere in quanto tali, senza cui ogni indagine filosofica (anche, quindi, quella politica) perderebbe consistenza. È, appunto, su questo terreno che la riflessione del giusfilosofo argentino si sviluppa, evidenziando quella libertà intellettuale – indipendente, cioè, da logiche di appartenenza o dall'applicazione di indiscussi protocolli metodologici o prassiologici – la quale, se è condizione indispensabile affinché l'indagine filosofica sia propriamente tale, lo è ancor più, necessariamente ed urgentemente, allorché essa si cimenta con le questioni giuridico-politiche (tanto capaci di suscitare polarità patetiche).

Lungo tale direttrice, Segovia affronta una ulteriore questione, che attraversa e penetra il problema della differenza tra comunità politica e organizzazione statale: è il problema dell'essenza della modernità, intesa, ovviamente, non in termini cronologici ma in termini concettuali, non cioè come determinazione di tempo ma come criterio di valutazione, non come dato ma come categoria. Capire i caratteri dello Stato (moderno) significa affrontare un problema che è radicalmente filosofico e non semplicemente storico, ed affrontarlo senza arrestarsi al dato descrittivo, senza cioè fermarsi alla collezione (più o meno tipizzata) di elementi empirici. Anzi, proprio per intendere il mutamento storico è necessario acquisire i concetti che lo rendono pensabile, non viceversa. Analogamente, la comprensione della natura dello Stato (moderno) non si risolve in una mera indagine empirica, né in una pura opera classificatoria, giacché l'una e l'altra non sarebbero possibili senza aver chiaro il ciò per cui l'inventario e la classificazione stessa hanno significato e sono possibili (senza, cioè sapere perché e come distinguere ciò che si sta cercando). Pensare lo Stato (moderno) comporta, al tempo stesso, la conoscenza dei modelli teorici e delle realizzazioni istituzionali, che da tali modelli dipendono, ma prima ancora la capacità di riconoscerlo in quanto programma (convenzionale ed operativo) che pretende di affermarsi come irreversibile. Esso, peraltro, proprio giungendo a compimento, entra in crisi nel postmoderno (ovvero nella modernità debole), dissolvendosi proprio secondo la stessa logica (della sua affermazione) dalla quale non può uscire pena il rinunciare ad essere se stesso.

Segovia individua tre modelli della modernità (ovvero del razionalismo e dell'immanentismo politico): il contrattualismo, il liberalismo ed il sociologismo. Nella prospettiva naturalistico-razionalistica il mondo equivale, in sostanza, al solo mondo fisico, per se stesso ritenuto oggetto della sola conoscenza quantitativa, mentre il mondo umano vi si profila come proiezione del cogito-volo (ovvero del soggetto, coincidente con la propria attività teorico-pratica). Ciò, fino a pensare, con l'idealismo, anche il mondo fisico come una proiezione della soggettività (assoluta). Da tale orizzonte non può che derivare una morale, come un diritto e ad una politica, provvisori (o in permanente divenire), "separando l'ordine morale dell'ordine fisico"¹³⁵, sul presupposto di un più o meno implicito agnosticismo metafisico o di una fenomenizzazione dell'intero. Dalla visuale propria della modernità consegue, particolarmente in dipendenza del primato del divenire, un fondamentale relativismo (di impronta storicistica, sociologica o soggettivistica). Nel circuito del relativismo, posti determinati assunti in premessa, ne vengono dedotte determinate conseguenze, come immancabili. Si profila, così, la priorità del metodo rispetto all'oggetto, la priorità del contesto rispetto alla responsabilità, la priorità dell'analisi dei mezzi rispetto alla considerazione dei fini. Di modo che la ragione, intesa come autoreferenziale, non più misurata dall'essere, ma "rivolta verso se stessa, si fa fonte e misura di ulteriori giudizi su qualsiasi realtà"¹³⁶. Tale attitudine si radicalizza ulteriormente, se, come nella cosmologia gnostica, il mondo (naturale e storico) è coperto da un giudizio radicalmente negativo, e l'azione degli illuminati è chiamata ad annichilirlo, mutandolo con una sorta di ricreazione ab imis. Per quanto riguarda la teoresi classica della politica (e la sua distinzione rispetto alle teorie dello Stato), va evidenziato, anzitutto, il significato proprio dei termini in questione. In questo contesto, l'aggettivo "naturale" non indica l'ipotetico "stato di natura", né un'orizzontalistica "natura comune", ma piuttosto la natura delle cose, ovvero l'essenza di ciascun ente in quanto principio di attività. L'aggettivo naturale non rinvia, quindi, ad alcuna concezione naturalistica, ma identifica la considerazione metafisica. Parimenti, l'aggettivo "artificiale" – riferito allo Stato (moderno) – non segnala un dato empirico (che come tale potrebbe riferirsi genericamente a qualsiasi opera umana), ma evidenzia un carattere intrinseco dell'ordinamento giuridico-politico secondo la modernità: questo, cioè, non è eretto a partire da alcuna essenziale tendenza umana, ma costituisce obiettivamente un artificio, qualcosa

che si deve unicamente all'azione che lo pone in essere ed in cui si risolve. Esso non costituisce una attuazione della naturale politicità umana, ma deriva da una convenzione (presupponendo l'ipotetico "stato di natura") che si serve di una tecnica, per dar luogo a degli effetti, come strumento di un obiettivo operativo.

È da segnalare che Segovia, per identificare la visione filosoficamente realistica, preferisce – esibendone delle precise argomentazioni – all'aggettivo "classico" quello "cattolico". È chiaro che (anche per il giurista argentino) il primo va inteso – dal punto di vista teoretico – come sinonimo di permanente e non di antico, in quanto ontologicamente pregnante, sottratto al mobile fluire delle opinioni prevalenti o alle dirompenti ondate delle mode (che tali sono anche se si impongono sotto il profilo culturale). In questa prospettiva, l'aggettivo "cattolico" – che, come è noto, per sé, significa "universale" – non si oppone a "classico", ma, dal punto di vista concettuale, lo inverte e lo perfeziona. Il riferimento ad esso, quindi, non vuole introdurre un riferimento epistemologicamente estrinseco rispetto al lessico filosofico-giuridico, ma ne intende rigorizzare teoreticamente la prospettiva. Ciò, "non solo in quanto il sapere greco-latino riguardo alla politica trova la sua perfezione e la sua sublimazione in quello cattolico"¹³⁷, ma soprattutto perché esso, riprendendo il legato della filosofia greca e del diritto romano, lo depura da errori ed incertezze che pur vi sono presenti. Il termine "cattolico" ha, dunque, in questo contesto, un significato speculativo, in quanto esso mira a "designare la metafisica dell'essere opposta alla filosofia del divenire"¹³⁸ ed alternativa rispetto al soggettivismo derivante dalla Riforma protestante (che, in quanto tale, è alle origini della modernità).

La riflessione di Segovia si snoda coerentemente sul registro giuridico-politico, consapevole dell'intrinseca relazione tra considerazione dell'ordine politico e di quello giuridico, in quanto "il concetto di ordine naturale (politico) è inseparabile dalla legge naturale in due sensi: primo, in quanto essendo sociale e politico l'ordine della natura umana, esso si trova retto dalla legge naturale; secondo, in quanto l'ordine naturale della politica culmina nei o deriva dai principi o dai precetti della legge naturale, come metodo di determinazione del giusto politico per natura"¹³⁹. D'altra parte, l'ordine politico è vincolato al diritto naturale non solo per quanto riguarda il suo criterio, ma anche per quanto riguarda la sua legittimità e le determinazioni prudenziali da assumere concretamente nell'esercizio del governo.

133. J. F. SEGOVIA, Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política, cit.

134. Di Segovia [cattedratico di Diritto costituzionale e di Storia del pensiero politico dell'Università di Mendoza (Argentina)] possono essere segnalati particolarmente i seguenti lavori di argomento giusfilosofico: J. F. SEGOVIA, Derechos humanos y constitucionalismo, Marcial Pons, Madrid - Barcellona 2004; IDEM, La formación ideológica del peronismo, Buenos Aires, Ediciones del Copista, 2005; IDEM, Habermas y la democracia deliberativa, Marcial Pons, Madrid - Barcellona 2009.

135. J. F. SEGOVIA, Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política, cit., p. 72.

136. Ivi, p. 75.

137. Ivi, p. 16.

138. Ibidem.

139. Ivi, p. 17.

Il diritto naturale (ovvero, in definitiva, il giusto naturale) suppone il riconoscimento dell'ordine ontologico intrinseco agli enti ed al loro rapporto, ovvero l'intelligenza essenziale della realtà, particolarmente per quanto riguarda la natura umana ed il rapporto (nell'ordine del dovuto) tra soggetti umani. Donde il fondamento ontologico – in ultima istanza metafisico (e teologico), in quanto il contingente non può non rinviare al Necessario come suo principio – dell'agire e dell'ordinare umano, ovvero dell'ambito etico, giuridico e politico. In questo contesto, il diritto è essenzialmente il giusto, il dovuto, la ipsa res iusta, e non si identifica con l'ordinamento positivo e con le sue norme. r del Estado, es mandado por un oficial del servicio

Pertanto, i diritti derivano dai doveri e non viceversa. I diritti naturali sono tali in quanto "esigenze intrinseche della natura umana"¹⁴⁰ ed hanno il loro principio nei doveri (ontologicamente) naturali nei confronti di Dio, di se stessi e degli altri. I diritti naturali (degli uomini in quanto tali) hanno il loro fondamento nell'ordine della giustizia e non in quello dell'autodeterminazione del soggetto¹⁴¹. Segovia evidenzia che "il giusto giuridico ed il moralmente corretto traducono la relazione tra diritto e morale, che, in principio, presuppone la subordinazione dell'ordine giuridico all'ordine morale, ma coordinatamente e solidalmente, giacché è proprio del bene comune [come criterio] determinare quando un dovere morale generale o relativo alla giustizia per la città debba esigersi giuridicamente"¹⁴².

L'ordine politico naturale non è altro che l'ordine politico fondato sulla naturale politicità umana e sulla giustizia naturale (ovvero pertinente alla natura delle cose e dei rapporti tra soggetti). Esso non costituisce un paradigma astratto né un obiettivo ideologico, ma piuttosto è il ciò per cui di ogni ordine politico storico, che sia autenticamente tale, ovvero che, nella concretezza delle sue determinazioni particolari, dia attuazione alla naturale socialità umana. Questa, esprimendo la naturale razionalità e moralità¹⁴³ umana, si svolge conforme a se medesima allorché dà luogo ad un tessuto di rapporti secondo giustizia, ordinando razionalmente – quindi prudentemente ed equamente – la vita della polis, affinché ciascuno possa svilupparsi perfettamente, e così conseguire il fine – naturale e soprannaturale – iscritto nella stessa natura umana. La socialità, del resto, non è solo un connotato essenziale del soggetto umano, ma è anche un dovere ed una virtù, quello,

appunto, che richiede di prestare (e ricevere) mutuamente aiuto e di perseguire il proprio fine cooperando con la comunità cui si appartiene. La socialità, cioè, non appartiene semplicemente alla dimensione ontologica, ma anche a quella etica e giuridica.

Nella medesima prospettiva, Segovia studia il rapporto tra la socialità umana e le tendenze naturali¹⁴⁴ dell'uomo, ed analogamente tra queste ed il bene comune. Le tendenze naturali dell'uomo – rispettivamente in quanto ente, animale e razionale – mirano alla conservazione del proprio essere, alla trasmissione della vita conformemente alla propria natura (quindi per gli uomini anche alla educazione della prole), alla ricerca della verità ed alla vita sociale. Una comunità politica ordinata dispone, anzi deve disporre, quanto può affinché tali tendenze trovino compimento. Il bene comune include, difatti, non qualsiasi pretesa dell'arbitrio individuale, ma la necessità di "procurare i beni specifici che perfezionano la natura umana"¹⁴⁵, ovvero, in sostanza, i mezzi necessari affinché si possa vivere, ordinariamente, una vita autenticamente umana (ovvero secondo ragione e secondo virtù).

Il bene comune costituisce uno dei temi sui quali si sofferma con impegno Segovia. Si tratta di un concetto di rilievo metafisico, etico, giuridico e politico. Non vi può essere bene comune senza il Bene come principio e fondamento, né senza il bene umano (conforme alle tendenze naturali dell'uomo) né senza il bene morale (il bonum honestum), né senza il bene conforme alla giustizia ed alla finalità della stessa comunità. La società costituisce una unità di ordine – in una pluralità organicamente sussidiaria – ove la diversità si compone in unità (senza essere annullata o assorbita). Ma ciò è possibile solo in virtù di un principio ordinatore¹⁴⁶ e di una comune finalità. Tale è appunto il bene comune. Esso, pertanto – precisa il giurista argentino – "include e supera – mediante l'ordine – il bene delle parti"¹⁴⁷. Il bene comune, quindi, non si oppone, per se stesso, al bene delle parti. Il bene comune comprende il bene del tutto in quanto tutto ed il bene delle parti in quanto parti e nel loro rapporto al tutto (come ciascuna concorre al fine comune perseguendo ordinatamente e prudentemente il fine proprio). E' questo uno dei temi sui quali, particolarmente, le argomentazioni di Segovia offrono una illuminante gamma di considerazioni.

L'autorità politica, a sua volta, costituisce un'esigenza naturale dell'ordine politico e quindi del bene comune, al cui perseguimento è intrinsecamente ordinata, ed in ordine al quale trova il suo ragion d'essere la stessa obbedienza. Di modo che essa ha il dovere di assicurare le condizioni che consentono e favoriscono per ciascuno il compimento del bene (ovvero il vivere pienamente umano) declinato secondo le sue diverse implicazioni. Il diritto naturale, perciò, è vincolante ed indisponibile per l'esercizio del governo della comunità politica. Esso non costituisce non mero limite estrinseco (negativo), ma un obiettivo limite intrinseco (positivo) dell'azione dell'autorità politica. Il diritto naturale, cioè, non è vincolante solo per ciò che proibisce, ma anche per ciò che prescrive. Anzi, come è stato significativamente sottolineato da Juan Fernando Segovia, esso "non è solo limite, ma anche metodo o arte"¹⁴⁸.

Sotto tale orizzonte la politica rivela la sua intrinseca razionalità. Essa non è tecnica di gestione del potere, ma agire prudente in vista del bene comune, che, come tale, presuppone la conoscenza della realtà e del bene da perseguire, delle circostanze nelle quali, e dei mezzi attraverso i quali, il bene politico è effettivamente realizzabile hic et nunc. La politica non è pura decisione o opzione (per un programma o progetto, quale che sia), giacché essa sempre sottende la valutazione del fine e da essa è indissociabile. Né è mera amministrazione o regolamentazione, poiché, pure ammesso (e non concesso) che sia possibile praticare esclusivamente l'una o l'altra, non è mai possibile farlo (pure dichiarandolo istituzionalmente) in modo assiologicamente neutrale.

Diversamente si configura la concezione moderna, che – secondo la penetrante terminologia di Francesco Gentile¹⁴⁹ – sostituisce la politica con la statistica, ovvero con l'operatività coincidente con l'esistenza stessa dello Stato come persona ficta (in tal senso assimilabile ad una persona privata). Essa considera la società come il risultato di una convenzione (sotto il profilo delle premesse e delle finalità) e, pertanto, come il frutto di una decisione (che non solo sarebbe determinata dal "patto costituente", ma anche da ogni particolare atto dei poteri pubblici). Donde il suo carattere artificiale, dipendente unicamente dalla volontà di chi istituisce, modifica ed attua l'ordinamento. Da ciò, inoltre, sia pure formulato secondo diverse varianti, il consenso (inteso come opzione autogiustificativa, a prescindere da qualsiasi argomento)

come criterio (ideologico) della stessa istituzione (e del suo ordinamento).

L'ordinamento giuridico-politico convenzionale non va confuso con un ordine obiettivamente dato – precisa Segovia – "poiché si costruisce sul presupposto [dell'esistenza] di monadi omogenee o eterogenee, di individui liberi ed uguali"¹⁵⁰, ovvero di soggetti intesi come unità indistinte ed autoreferenziali, tali quindi da escludere ogni autentico elemento obiettivamente ordinatore. La modernità presuppone – hobbesianamente – l'inimicizia (o almeno l'estraneità) originaria (e permanente) tra gli individui (ed i gruppi da essi formati), ciascuno dei quali coinciderebbe con la propria rappresentazione ed proprio volere in atto. Tale visione dipende intrinsecamente (anche se in modo più o meno esplicito) tanto dall'ipotesi dello "stato di natura" quanto dall'ipotesi del "contratto sociale", le quali ipotesi, facendo perno su diritti umani originari ed onilaterali, pretendono in vario modo di giustificarne ed attualizzarne l'esercizio. In tal modo la modernità deduce perentoriamente da ciò che è puramente ipotetico e inferisce necessariamente da ciò che propriamente accidentale.¹⁵¹

L'ordinamento dello Stato moderno – segnatamente nella sua versione politologica contemporanea – ritiene il conflitto inevitabile e lo prolunga nell'ambito delle sue istituzioni, limitandosi essenzialmente a neutralizzarne gli effetti. Tuttavia, proprio in virtù delle sue stesse premesse – come rileva Segovia – "il contrattualismo non può spiegare il passaggio dal privato al pubblico e da questo al politico"¹⁵². Mentre, paradossalmente, coincidendo lo Stato (moderno) con la volontà in atto che lo rende effettivo, e coincidendo (individualisticamente) la morale di ciascuno con le proprie preferenze, lo Stato pretende di "creare" la morale come conseguenza del patto costitutivo ed, al tempo stesso, va incontro alla sua autodissoluzione riconoscendo (in modo sempre più ampio) l'azionabilità "giuridica" della libertà di autodeterminazione (di gruppi o di singoli).

Così, l'ordine è sostituito dall'organizzazione, la prudenza del governo dall'ingegneria del costituzionalismo, i doveri dell'autorità dalla geografia dei poteri. Il diritto cessa di essere determinazione del giusto per farsi strumento del potere effettivo (si tratti di un individuo o di un gruppo, di un partito, di una classe o di una razza). Il giurista argentino osserva precisamente che "il diritto nella modernità è la legge, non la giustizia"¹⁵³.

140. Ivi, p. 42.

141. Cfr. ivi, pp. 42-43.

142. Ivi, pp. 24-25.

143. Cfr. ivi, p. 35.

144. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, S. Th., I, q. 94, a. 2.

145. J. F. SEGOVIA, Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política, cit., p. 39.

146. Cfr. ivi, p. 57.

147. Ivi, p. 58.

148. Ivi, p. 54.

149. Cfr. Política et/aut statistica, Giuffrè, Milano 2003.

150. J. F. SEGOVIA, Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política, cit., p. 68.

151. Cfr. ivi, p. 70.

152. Ivi, p. 70.

153. Ivi, p. 78.

Difatti, “il razionalismo privatizza il concetto di diritto naturale, e allo stesso tempo lo frammenta”¹⁵⁴, svuotandolo. È quanto si verifica, particolarmente, allorché il diritto naturale è surrogato dai diritti umani (nella visione moderna), la cui misura non è il dovuto all’altro, ma il voluto da se stessi, come corrispettivo del proprio (puntuale) autodeterminarsi, che la legge sarebbe chiamata a rendere simmetricamente compossibile con quello di chiunque altro.

Del resto, la negazione della possibilità della verità (ovvero dell’intelligenza della realtà) rende impossibile la stessa determinazione del giusto e comporta la necessità di collocare il diritto nel campo dell’opinione, nonché di ritenere l’opinione stessa (quale che sia) come titolare di diritti. Tale configurazione, se indebolisce (anzi, annichilisce) lo Stato dal punto di vista teoretico (ovvero della legittimità), lo rafforza ipertroficamente (anzi, lo rende totalizzante) dal punto di vista operativo (ovvero del potere), giacché esso stesso diviene misura del suo operare (ovvero – nihilisticamente – lo rende tale da non riconoscere alcuna misura, che non sia posta o ammessa da se stesso). Il relativismo dell’opinione – data come invalicabilmente autoreferenziale – dà luogo operativamente all’assolutismo del potere (risolto nell’efficacia effettuale di se medesimo). Donde la conclusione (solo apparentemente paradossale) di Segovia secondo il quale “lo Stato borghese o liberale – come ogni altra forma statale successiva – è una derivazione dello Stato assolutista”¹⁵⁵. In esso la volontà popolare si sostituisce alla volontà del principe, con l’aggravante che la prima non ha altri limiti se non quelli che essa dà a se stessa, mentre la seconda (ancora durante il XVIII secolo) continuava a riconoscerne e a doverne rispettare molti (sia verso il basso sia verso l’alto).

La politica ridotta a statistica – osserva il giurista argentino – deriva dalle separazioni-opposizioni che attraversano la modernità, a partire da quella cartesiana tra *res cogitans* e *res extensa*. Donde l’asse delle opposizioni “tra privato e pubblico, tra individuo e società, tra società e Stato, tra stato di natura e società civile, tra Chiesa e Stato, tra libertà e potere, tra diritto (civile) e dovere (morale), tra legislazione e giustizia, tra legalità e legittimità”¹⁵⁶. Di modo che lo Stato “non è altro che il locus del potere, come si è insistito ad affermare da Bodin a Hobbes a

Marx e a Max Weber”¹⁵⁷.

Di modo che il Leviatano – che esprime icasticamente il significato dello Stato (moderno) – non corrisponde semplicemente alla forma dello Stato assolutistico, ma “è la formulazione e l’anticipazione, il simbolo, di ogni forma statale di dominio”¹⁵⁸ autoimmanente, quindi, almeno virtualmente, totalitario. La sua volontà (espressa nelle leggi) diviene (come teorizzato da Hobbes) la misura del bene e del male; la legge diviene “la coscienza pubblica”¹⁵⁹; il bene comune “è soppiantato dall’interesse generale o pubblico”¹⁶⁰; l’interesse pubblico finisce (prevalentemente) per identificarsi con l’attuazione dell’ideologia dei diritti umani¹⁶¹; l’unica religione che lo Stato fa propria è la (artificiale) “religione civile” (presente, paradossalmente, anche sotto le spoglie della “sacralità” del laicismo della République) con la quale lo Stato “dogmatizza le proprie credenze”¹⁶².

In particolare, tra le alternative concettuali che consentono di identificare la distinzione tra l’ordine della politica e l’organizzazione dello Stato – ove è ravvisabile uno dei contributi di maggiore interesse della riflessione di Segovia – giova evidenziare la essenziale divaricazione tra il concetto di bene comune e la definizione di interesse pubblico. Il primo presuppone la realtà (e la conoscenza) del bene in quanto è comune a tutti ed a ciascuno (ai singoli ed alle comunità) e costituisce il fine obiettivo della stessa comunità politica (e di ogni governo retamente inteso); mentre il secondo si identifica con l’interesse (particolare) dello Stato (moderno), del quale lo Stato stesso (ovvero chi detiene effettivamente il potere) è criterio e misura (in virtù del principio di sovranità). Il bene comune presuppone il dovere nei confronti del bene e prima ancora la intelligibilità del bene in quanto tale. L’interesse pubblico presuppone la sovranità degli individui su cui si fonderebbe (in base al “contratto sociale”) la sovranità dello Stato: la sovranità, appunto, sarebbe all’origine di ogni diritto – ove, appunto, “i diritti si definiscono come manifestazione o estensione della sovranità dell’individuo”¹⁶³ – ma (come tale) non comporterebbe alcun dovere. Il bene comune si distingue, ma per se stesso non si oppone, rispetto al bene particolare; mentre “il pubblico si intende per opposizione al privato”¹⁶⁴ e l’interesse pubblico non può non essere in tensione con

quello privato (anche se, effettivamente, l’interesse pubblico costituisce – come viene ritenuto immancabile dalle teorie politologiche – la somma o la registrazione del prevalere di alcuni interessi privati). Il bene comune è pensabile autenticamente sulla base di una gnoseologia realistica; l’interesse pubblico ha come tale un carattere effettuale, e perciò fenomenico-virtuale. Il bene comune va riconosciuto razionalmente e obiettivamente; l’interesse pubblico suppone (più o meno esplicitamente) il consenso (come pura opzione soggettiva) nei confronti del pubblico-statale¹⁶⁵; il quale (modernamente inteso) risulta soggetto esso stesso all’esigenza di una permanente autoaffermazione, che – secondo la prospettiva postmoderna di Habermas – si concretizza nel “processo inclusivo”, continuamente rinegoziato e ridefinito, soprattutto nella prassi legislativa. Il bene comune fonda la virtù dell’amicizia politica e la coesione politica; l’interesse pubblico è retto dalla premessa convenzionale del contratto sociale (o del patto costituzionale) e – determinato in modo autoreferenziale dalla volontà generale (della nazione o del popolo) – è permanentemente posto in questione (ed in crisi) dal parimenti autoreferenziale interesse privato. Il bene comune trascende (e, in certo senso, comprende) ogni bene particolare; l’interesse pubblico è immanente alla esistenza stessa dello Stato (anzi, si identifica col suo esistere ed il suo esistere si identifica con l’effettualità del suo volere-potere-attuare). Il bene comune costituisce la premessa della libertà responsabile della e nella comunità politica; mentre l’interesse pubblico è (almeno) virtualmente totalizzante (e totalitario) in quanto per se stesso esclude ogni limite che non abbia posto esso stesso e si dilata fin dove ritiene di dilatarsi. Il bene comune indica (e regge) la finalità dell’agire politico (costituendone in ultima istanza il criterio di legittimità); l’interesse pubblico è la stessa volontà della “persona pubblica” (la quale è in definitiva solo criterio di se stessa).

La crisi del bene comune segnala la crisi del riconoscimento della politica (come tale); la crisi dell’interesse pubblico avverte della crisi della effettività dello Stato (moderno). Talché il bene comune è suscettibile di essere permanentemente ritrovato e riconquistato attraverso l’intelligenza della realtà della comunità politica (ed in essa del proprio e del comune alle sue diverse componenti); l’interesse pubblico conosce e trova il suo tramonto proprio in virtù dei suoi stessi presupposti, ovvero in conseguenza degli sviluppi immanenti nello stesso Stato (moderno).

8. AGATOFILIA E UDENOFILIA: UNA TRACCIA DI LETTURA DELL’ESPERIENZA GIURIDICA.

Il bene come criterio della legislazione o viceversa il puro volere del legislatore appaiono come criteri che attraversano e polarizzano l’esperienza giuridica (e politica) contemporanea, e non solo. Tali direttrici – considerate nella loro valenza categoriale – consentono di intendere l’esperienza intensivamente e, pertanto, intimamente conforme a se medesima. L’agatofilia ha il suo opposto nell’udenofilia, giacché l’esclusione del bene è esclusione dell’essere del fine (riconosciuto dalla volontà come vincolante a se medesima), il quale proprio per questo è posto nel nulla. Pertanto, agatofilia e udenofilia possono essere proposti come criteri dell’intelligenza dell’esperienza giuridica (e politica), la quale – per se stessa – non si limita né all’esperienza della norma, né a quella dell’ordinamento (positivo). Non raramente, difatti, tanto nell’esperienza giuspubblicistica quanto (soprattutto) in quella giusprivatistica, il legislatore – che pur individua fattispecie, prevede atti e sanziona condotte, in un contesto di ordinamenti intenzionalmente positivizzati nella loro integralità – sottende implicitamente o indica esplicitamente il bene del soggetto o dei soggetti (o si riferisce a beni reali in rapporto ad azioni possibili) come criterio risolutivo e finale per dirimere o decidere. Alcuni casi, al riguardo, possono essere considerati come emblematici (nella loro tipicità).

Si pensi all’obbligo previsto dal Codice della strada (italiano) di indossare il casco per chi viaggia in motociclo (art. 171) o di allacciare le cinture di sicurezza per chi viaggia in automobile (art. 176). Pur se, in verità la norma si limita a prescrivere come obbligatorio un certo comportamento (ed equipaggiamento) essa sottende la necessità della salvaguardia di beni obiettivi (quali la salute e la vita del conducente e dei passeggeri) come criterio informatore (e finalizzatore) della norma. Ove, anche se essa norma è intesa come puro strumento teso ad evitare (o almeno a ridurre) gli oneri derivanti dai costi a carico del sistema sanitario nazionale, essa risulta informata alla salvaguardia di un bene obiettivo (pur se di rango certamente inferiore a quello della salute e della vita). Analogamente è rilevabile per quanto riguarda l’affidamento dei figli nel caso di separazioni e divorzi. La legge prevede, difatti, come criterio per decisione in merito che si abbia fondamentalmente riguardo al bene dei figli (minorenni) Al bene del bambino come criterio dei suoi diritti, derivanti dall’esigenza del suo sviluppo umano (fisico e morale), fa riferimento in modo esplicito la Carta dei diritti fondamentali

154. Ivi, p. 79.

155. Ivi, p. 85.

156. Ivi, p. 107.

157. Ivi, p. 121-122.

158. Ivi, p. 85.

159. Ivi, p. 88.

160. Ivi, p. 98.

161. Cfr. Ivi, p. 99.

162. Ivi, p. 88.

163. Ivi, p. 100.

164. Ivi, p. 101.

165. Cfr. Ivi, p. 112.

dell'Unione Europea. Essa, precisamente afferma che "i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere" (art. 24. 1), e che "in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente" (art. 24. 2). Il bene (concreto) del bambino, indicato da ciò che è conforme al suo interesse, è considerato, inoltre, criterio essenziale per valutare l'opportunità che egli abbia contatti con i genitori (art. 24. 3: "ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse"). Nel medesimo contesto è rilevabile che il bene del bambino o meglio del minore, si concretizza particolarmente (come nella fattispecie relativa al divieto del lavoro minorile) in una molteplicità di beni (da proteggere) come "la sicurezza, la salute, lo sviluppo fisico, mentale, morale o sociale" (art. 32).

Ancor più significativo è il riferimento al bene (obiettivo e verificabile), che la normativa italiana relativa alle sperimentazioni cliniche di medicinali (D. L. 24/6/2003, n. 211) fa in ordine al criterio da adottare per l'avvio delle sperimentazioni. Nel caso di specie il bene da considerare è quello del soggetto incluso nella sperimentazione (e di altri pazienti attuali e futuri), a vantaggio del quale la sperimentazione stessa deve essere attuata. Egli, appunto, ha "diritto all'integrità fisica e mentale" (art. 3. 1 a), ovvero alla tutela del bene costituito dalla sua integrità personale. Tale criterio agatologico rileva particolarmente nel testo in discorso per quanto riguarda le sperimentazioni da praticarsi su minori, per consentire le quali non appare sufficiente che vi sia il consenso dei genitori o del rappresentante legale, ma occorre che – oltre ad essere state fornite al minore "informazioni commisurate alla propria capacità di comprensione" (art. 4. 1 b) – "il gruppo di pazienti tragga dalla sperimentazione clinica qualche beneficio diretto" (art. 4. 1 d) e che, in ogni caso, "l'interesse del paziente prevalga sempre sugli interessi della scienza e della società" (art. 4. 1 h).

Ora, se è vero che il bene nei casi considerati è identificato prevalentemente con l'interesse o con il beneficio, è altresì innegabile sia che l'interesse stesso individua un bene (almeno un bonum utile) sia che il beneficio è impensabile senza il bene, sia, infine, che beni particolari come la salute, la sicurezza o lo sviluppo fisico e morale non hanno sostanza ontologica, in quanto tali, se non in rapporto al bene per se stesso. Al tempo stesso, è innegabile che – dal campo del diritto

pubblico (o politico) a quello del diritto privato – il riferimento al bene presuppone la capacità della ragione umana (rectius dell'intelligenza) di conoscerlo, leggendolo nella realtà, di modo che tale riconoscimento – razionalmente attingibile e partecipabile – costituisca elemento obiettivamente decisivo e, come tale, idoneo a trascendere ogni opinione e capace di unificare qualsivoglia giudizio. D'altra parte, non può non essere evidenziato che senza il bene neppure il giusto riesce intelligibile, e che il bene a sua volta presuppone la sua conoscibilità nella realtà ed in virtù della realtà. Donde l'intersoggettività conoscitiva – razionalmente attinta alla realtà – quale premessa della interrelazionalità giuridico-politica.

Diversamente, l'alternativa logica (e ontologica) all'agatofilia come criterio risulta essere l'udenofilia. Al bene – rilevato in considerazione della realtà dell'ente e dell'atto – si oppone il nulla, ovvero il puro volere (del sovrano ovvero del legislatore sovrano) che non ha riguardo se non all'attualità del suo stesso volere (ovvero a nessun criterio che sia misura della sua stessa volontà in atto). In tal senso l'udenofilia null'altro è se non il criterio-noncriterio del potere autoreferenziale (si tratti di un individuo o di un'assemblea, nulla muta nella sostanza) che si afferma e si suppone senza limiti (ovvero, concettualmente, sovrano).

Puntualmente, infatti, è stato osservato che per il diritto (positivo) modernamente inteso, "il fatto del suo esistere non ha altra ragione, appunto, che il fatto del suo esistere. L'arbitrarietà rivela la solitudine del diritto moderno. Esso ha fatto deserto intorno a sé: rifiutando l'antico patrimonio del diritto romano e negando le voci che giungono o dal passato o dall'alto"¹⁶⁶. Tanto che – isolato il diritto dalla verità¹⁶⁷ e quindi dal bene – "la necessità che un diritto esista si congiunge così all'arbitrarietà dei contenuti giuridici"¹⁶⁸. Un diritto così concepito – che coincide con l'ordinamento e le sue norme, pensato e realizzato modernamente – si afferma come nihilismo in atto, proprio svolgendo le sue premesse positivistiche¹⁶⁹ e formalistiche¹⁷⁰: Esso, anzi, effettivamente conducendole a compimento, ne rivela l'intrinseca essenza nihilistica. Ove le norme sono tratte dal nulla e poste nel nulla, puramente in dipendenza della volontà (più o meno istituzionalizzata) che ne è arbitra.

Né può obiettivamente ritenersi che possa essere ravvisata una via intermedia, capace di evitare tanto la direzione dettata dall'agatofilia quanto l'eventualità rappresentata dall'udenofilia.

Come distante allo stesso modo tra Scilla e Cariddi. L'assoluta e programmatica indifferenza assiologica, ovvero la pretesa avalutatività dell'ordinamento giuridico-politico, risulta anzitutto insostenibile sotto il profilo empirico. Essa, cioè, è smentita, in primo luogo, dall'esperienza, la quale (almeno in alcuni casi) evidenzia (e difficilmente potrebbe fare altrimenti) il riferimento ad un criterio assiologico (obiettivamente leggibile in re), quasi essendone "costretta" dall'urgenza delle situazioni. Nessun ordinamento potrebbe, difatti, negare fino in fondo ogni riferimento assiologico, pena il negare se stesso, ovvero l'autoestinzione. Sotto il profilo logico, in radice, la pretesa della avalutatività (in campo giuridico-politico, come ancor prima in campo epistemologico-assiologico) incontra l'aporia inevitabile dell'autocontraddizione materiale e formale. La pretesa avalutatività, quanto a ciò che decide, presuppone una valutazione della decisione e quindi del suo contenuto (quale che ne sia il fine); al tempo stesso, essa presuppone una valutazione che conduce alla avalutatività e per la quale essa è fatta propria. È chiaro, infatti, che senza una valutazione ovvero senza una intenzione del fine (che, per ciò stesso, ha ragione di bene, reale o apparente che sia) nessuna operazione, né nell'ordine del pensiero né in quello dell'azione, può sorgere (ed esistere).

In tal senso l'agatofilia è intrinsecamente direttiva e qualificante della politica e del diritto come esercizio della regalità (quindi dell'autorità che sia propriamente tale), mentre l'udenofilia è essenzialmente propria della sovranità (come essa è modernamente intesa dai suoi teorici e dagli ordinamenti che ne sono informati) e del potere allorché sia pensato (tecnicocraticamente) come misura di se stesso. Parimenti, l'agatofilia è criterio della libertà responsabile, mentre l'udenofilia è intrinseca alla libertà come autodeterminazione assoluta (e come liberazione da ogni vincolo). Analogamente, l'agatofilia qualifica la metafora del regno e l'udenofilia quella dell'esilio. In definitiva, la considerazione della categoria (giuridico-politica) di ordine naturale della politica fa emergere che il suo criterio fondante e finalizzatore è essenzialmente l'agatofilia (ovvero il riconoscimento del bene come misura e come scopo della comunità come tale e dell'ordine giuridico delle relazioni interpersonali), mentre l'ordinamento artificiale dello Stato, pensato come irrevocabilmente immanentizzato ed interamente positivizzato, derivante dal puro volere-potere costituente e/o legiferante (delle maggioranze procedurali o delle minoranze illuminate) non può non configurarsi come attuazione dell'udenofilia.

166. N. IRTI, Nichilismo e concetti giuridici, Editoriale Scientifica, Napoli 2005, p. 13.

167. Come è stato rilevato, "oggi suona addirittura arcaica la relazione tra diritto e verità, poiché il diritto, identificandosi con la contingenza del volere umano, non ha bisogno di un sapere assoluto intorno ai fini. La sua verità è nel suo valere come regola di altrui condotte; e meglio dovrebbe dirsi che esso si sottrae, per sua indole, al controllo di verità e falsità" (ivi, p. 12). Ove è chiaro che per diritto è da intendersi il diritto positivo (teorizzato e praticato come tale), oltre il quale però, a tenore di tale riferimento non pare vi sia altro diritto.

168. Ivi, p. 14.

169. Ove, in sostanza, "la legge, voluta e deliberata dagli uomini [...] fini per identificarsi con il diritto" (ivi, p. 11). Un tale diritto (positivo) nel "fatto del suo esistere non ha altra ragione, appunto, che il suo esistere" (ivi, p. 13).

170. Difatti, "il massimo grado di formalismo procedurale corrisponde al massimo grado di nichilismo contenutistico" (ivi, p. 17).

EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

¿PUEDE SER INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA CONSTITUCIONAL?

36

MARCELO RICHTER¹

RESUMEN:

Al plantear la interrogante respecto a si puede ser declarada inconstitucional una reforma constitucional, surge como primer elemento de análisis que el ejercicio del poder se debe efectuar de conformidad con los cánones que establezca la ley, de lo contrario se puede estar frente a una situación irregular. Al analizar las opiniones de los doctrinarios, vuelven a surgir las principales interrogantes que le dan sentido a este trabajo; estas son: ¿qué ocurre con la reforma constitucional que para materializarse omite el procedimiento establecido por la propia Constitución?, y ¿qué sucede con la reforma de la Constitución que se concentra en aspectos que la propia Constitución prohíbe o que vulnera los principios que aquella sostiene como inmodificables?. Las respuestas expresadas por los doctrinarios consultados y la opinión personal del autor de este trabajo, concluyen en que existe la posibilidad concreta de que una reforma constitucional sea declarada inconstitucional.

PALABRAS CLAVE:

Constitución. Poder constituyente originario. Poder constituyente derivado. Límites del poder constituyente. Supremacía constitucional. Reforma constitucional. Etapas de la reforma constitucional. Control de constitucionalidad. Separación de poderes.

GENERALIDADES:

La Constitución es condición de validez, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico positivo y su creación es tarea del Poder

Constituyente originario y la reforma, comúnmente, se le asigna como obligación al Poder Constituyente derivado, lo que no excluye que el originario también pueda ejercer el poder de reforma constitucional.

A diferencia del originario, el Poder Constituyente derivado tiene la característica simultánea de supraordenación y subordinación: supraordenación en el sentido de que al reformar la Constitución se abroga la norma anterior por parte de la reformatoria, pero también es un poder subordinado a la misma Constitución, pues el Poder Constituyente derivado obtiene sus facultades del texto constitucional que pretende modificar, razón por la cual se somete formal y materialmente a la Norma Primera. Concluimos entonces, que este es esencialmente limitado, no se cumple fuera de la juridicidad positiva, por esto, más que de un acto creador se trata de un acto modificatorio. En función de esta última afirmación, varios autores, niegan al poder constituyente derivado la calidad de constituyente, considerándolo como un poder constituido de rango superior.

El Poder Constituyente originario tiene limitaciones, aunque este no es un tema pacífico en la doctrina constitucional, se considera que aquellas son de carácter material exclusivamente, algunos la ubican en el campo de lo meta jurídico, debido a que el ejercicio de este Poder no nace de la Constitución, al ser ilimitado en un sentido positivo.

Estas limitaciones materiales al ejercicio del Poder Constituyente originario se denominan "limitaciones implícitas", pues no se establecen por el Derecho Positivo sino que se refieren a valores y principios desarrollados por el Derecho en general y el constitucionalismo en particular, y que provienen del Derecho Natural.

Si guiendo a Bidart Campos, no se descartan a priori los siguientes límites: del valor justicia (derecho natural), los que pueden derivar del derecho internacional público, y el condicionamiento de la realidad social. Se podría decir que una constitución que es de origen democrático, pero que no establezca un Estado de Derecho democrático, nunca será legítimamente democrática, aunque pueda haberse concretado por un procedimiento democrático su validez; pues ello, en palabras de Alexis de Tocqueville, nos haría caer en la "tiranía de la mayoría". En definitiva, la Constitución no puede conformar un régimen totalitario o tiránico, pues el telos del constitucionalismo radica en la limitación del poder, y el Poder Constituyente no podría romper las barreras de la juridicidad. De este modo, limitaciones implícitas al Poder Constituyente originario son, por ejemplo, el respeto al principio de soberanía popular o principio democrático, la separación de poderes, la declaración de derechos y la dignidad de la persona humana. Una Norma Fundamental elaborada vulnerando las limitaciones señaladas no hace más que conformar un Estado de Derecho aparente, texto constitucional que regirá por la fuerza de los hechos y no por la fuerza del Derecho, al ser, en esencia, antijurídica.

A estas limitaciones implícitas se someterá el Poder Constituyente derivado en la práctica de la reforma constitucional, a las que se agregan otras restricciones formales, que no las tiene el Poder Constituyente originario, y que provienen del propio texto constitucional. Entre las más comunes limitaciones formales encontramos el establecimiento de un quórum mayor para la aprobación de la necesidad de la reforma o para la aprobación de la reforma misma. Otras limitaciones conocidas son las de las disposiciones intangibles o cláusulas pétreas.

CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL:

Se pretende dilucidar en este trabajo, una de las cuestiones tal vez más engorrosas de la doctrina de la supremacía constitucional, aquella de la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional, lo cual conlleva a una reflexión acerca de los límites y las facultades privativas de cada Poder. Con ello, sobre el rol del Poder Judicial como guardián de un orden institucional, de un proceso político, sobre la esencia de la doctrina de la separación de los poderes, y la posible ilimitación de un poder so pretexto del ejercicio de sus facultades privativas.

La reforma constitucional es un proceso compuesto de tres etapas, con la intervención respectiva de tres cuerpos diferentes, a saber: el Congreso de la República, el electorado y la Convención Constituyente. En algunos países, como es el caso de Guatemala, la reforma puede producirse en

dos etapas y con el concurso de los dos primeros cuerpos mencionados (Congreso y electorado).

La primera de las etapas denominada preconstituyente es aquella en donde corresponde al Congreso de la República declarar la necesidad de la reforma del texto constitucional o proponer las reformas que posteriormente aprobará el cuerpo electoral; para lo cual, generalmente, la decisión debe ser adoptada por una mayoría calificada.

La etapa electoral es aquella que consiste en el llamado a comicios para la designación de los miembros de la Convención Constituyente o Asamblea Nacional Constituyente; o para aprobar, también por mayoría calificada (dos terceras partes del total de diputados para el caso guatemalteco), las modificaciones que haya realizado a la Constitución el Congreso de la República. Respecto a los convencionales constituyentes o diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, se puede indicar que serán elegidos por el sistema y demás modalidades establecidas en la ley declarativa de la necesidad de la reforma. La convocatoria y el control del proceso electoral en Guatemala está a cargo del Tribunal Supremo Electoral.

La tercera y última etapa es la de la labor de la Convención Constituyente o Asamblea Nacional Constituyente convocada para efectuar la reforma propiamente dicha. Es a este cuerpo, al que le corresponde deliberar y tomar decisiones de conformidad con el régimen determinado en la ley declarativa de la necesidad de reforma y en su propio reglamento.

Cabe destacar que la reforma constitucional es una acción esencialmente política, que pone en funcionamiento la faz arquitectónica de ésta, sin perjuicio que movilice también su faz agonal. De uno u otro modo el mecanismo de la reforma está reglado, está sujeto a las normas que prevé la Constitución, esto implica que existen limitaciones en el obrar de los órganos reformadores, tanto limitaciones procedimentales como limitaciones de contenido que pueden plantear la eventual invalidez de las enmiendas o reformas constitucionales.

Distinguir dos situaciones distintas ayuda a un mejor planteamiento del problema: primero, el caso en que la reforma sancionada viola el procedimiento, las condiciones o las prohibiciones establecidas en la Constitución vigente; la segunda, el caso en que la reforma aprobada, si bien cumple con la normativa constitucional vigente, contradice los principios básicos o el espíritu de la Constitución en vigor.

1. Ha sido conferencista y participante en diversos foros nacionales e internacionales de temas vinculados con Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Es profesor universitario, destacándose en el dictado de diversas cátedras vinculadas al Derecho Constitucional y al Derecho del Trabajo. También es asesor de tesis de maestrías y ha integrado diversos tribunales de examen de tesis. Cumple funciones en la Corte de Constitucionalidad, fue Abogado Coordinador de la Sección Laboral en el Tribunal mencionado (2006-2009), y en la actualidad se desempeña como Abogado asesor de Magistratura. En el periodo 2011-2012 fue Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional, entidad adscrita a la Corte de Constitucionalidad. Es autor de distintas obras y artículos especializados relacionados con las materias mencionadas.

El constitucionalista argentino, Segundo Linares Quintana, manifiesta al respecto: “ninguna convención reformadora podría, ejercitando el Poder Constituyente constituido o derivado, sancionar una reforma total o parcial de la Constitución que afectara los principios fundamentales que hacen a su esencia misma, y el Poder Judicial, en cuanto guardián de la Constitución y de la supremacía de ésta, tendría competencia para declarar la inconstitucionalidad de una enmienda semejante que comportaría la destrucción de la Constitución”.

A modo ilustrativo, válido es examinar la jurisprudencia norteamericana, para la cual desde el ángulo del procedimiento de la reforma -matters of procedure- la impugnación de inconstitucionalidad de una enmienda constitucional constituye una cuestión de naturaleza judicial, por tanto justiciable. En cambio, la constitucionalidad del contenido o sustancia de la enmienda constitucional -matter of substance- se inclina por considerarla como “political question”, una cuestión política ajena a la competencia de los tribunales.

OPINIONES Y DOCTRINA:

Sobre la impugnación del proceso de reforma constitucional existen varias opiniones. El jurista mexicano Felipe Tena Ramírez, un constitucionalista clásico, considera que “una reforma se puede declarar inconstitucional por haber omitido las formalidades señaladas por tal precepto, siendo procedente en tales casos enjuiciar la validez de la citada reforma por medio del juicio de amparo, basándose en el presupuesto que la Constitución se erige como norma superior a las modificaciones que a ella pretendan ingresar, recibiendo éstas de aquélla su validez”.

El jurista, también mexicano, Genaro David Góngora, estima que “si las normas de reforma constitucional son dictadas en contravención al procedimiento establecido en la ley fundamental, no existe tal reforma, dejando de ser derecho válido por regir dentro de nuestro sistema el principio de supremacía constitucional, conforme al cual toda norma resulta antijurídica en la medida en que vaya contra la Constitución”. De ahí concluye que “reconocer la procedencia del juicio de amparo en contra del procedimiento de reformas constitucionales no implica la destrucción de la Constitución sino su defensa”.

Germán Bidart Campos, realiza la siguiente reflexión: ¿Puede una reforma introducida a la Constitución ser atacada de inconstitucionalidad? A primera vista podría responderse negativamente; en efecto, radicando la noción de inconstitucionalidad

en la contradicción entre una norma o un acto del Poder Constituyente, dos normas ubicadas en un mismo plano no podrían ser inconstitucionales entre sí. Sin embargo, si bien es exacto que en la inconstitucionalidad hay siempre una referencia a la idea de supremacía de la Constitución, que supone la subordinación a ella de las normas y actos inferiores, no es ese el aspecto central en el tópico del Poder Constituyente, y no lo es, porque tanto la Constitución como su reforma se colocan en el mismo ámbito constituyente -bien que la última con calidad derivada-, con lo que si el Poder Constituyente revisor tiene jerarquía constituyente, se ubica en el propio plano del texto a enmendarse, y parece algo extraño hablar de su invalidez o de su inconstitucionalidad. No obstante, a poco que se analice el tema, se comprenderá que una reforma constitucional puede ser inconstitucional, y ello por dos motivos, que aparecen sustentados en la opinión de Cueto Rúa: “Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de cualquier reforma constitucional si para establecerla no se ha seguido el procedimiento establecido en la Constitución. Es posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución si el contenido de la reforma se halla prohibido para siempre por la misma Constitución que se pretende reformar”. O sea, que el defecto de forma en el proceso constituyente, y el defecto de fondo en la materia o contenido de la enmienda, afectan de inconstitucionalidad a la reforma. En el primer caso, la inconstitucionalidad deriva de no haberse provocado la revisión con sujeción a las normas preestablecidas para la habilitación válida de la instancia constituyente; en el segundo, de alterarse aspectos que han quedado sustraídos a toda ulterior modificación. A esta altura, si repasamos lo ya dicho acerca del Poder Constituyente originario y derivado, podemos entender que aun cuando la reforma ejerce una función de la misma calidad constituyente que inviste la Constitución a reformar, lo hace en instancia derivada y no primigenia, de modo tal que ha de adecuarse a las prescripciones de la originaria o genuina, so pena de invalidez. De ahí que siempre y cada vez que las previsiones iniciales adoptadas por el primer Poder Constituyente sean vulneradas, cabrá hablar de inconstitucionalidad de la reforma. Para nosotros, hay inconstitucionalidad en el caso de enmiendas introducidas en violación de aspectos de forma o procesal que para su sanción ordena la Constitución; y la hay cuando la reforma afecta puntos sustraídos a ella, no sólo en forma expresa, sino también en forma implícita, como por ejemplo, cuando existen principios básicos que trasuntan propósitos de permanencia, tal cual postula Linares Quintana.

CONCLUSIONES:

Hay que destacar, en primer lugar, que la reforma de la Constitución debe, necesariamente, contar con una indiscutible validez y legitimidad, esto significa, con un amplio consenso de la sociedad, de lo contrario gozará de una vigencia aparente, circunstancia contraria al constitucionalismo como filosofía.

Una reforma puede ser declarada inconstitucional si contradice y usurpa la voluntad del poder constituyente, y además, si vulnera los principios de soberanía popular, de legalidad, de la forma de gobierno (republicana para el caso guatemalteco) y el de los límites a la reforma constitucional (principios constitucionales y cláusulas pétreas).

Una reforma puede ser inconstitucional porque el mecanismo utilizado para realizarla no se encontraba previsto en las disposiciones que regulan el sistema de modificaciones a la Constitución, por lo que el procedimiento aludido y la reforma efectuada mediante aquel dispositivo, son inconstitucionales.

También se puede declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma de la Norma Fundamental si el contenido de la reforma no está permitido por la propia Constitución que se pretende enmendar; esto significa que no pueden alterarse aspectos que han quedado sustraídos a toda ulterior modificación.

En síntesis, el defecto de forma en el proceso constituyente, y el defecto de fondo en la materia o contenido de la enmienda, afectan de inconstitucionalidad a la reforma.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos ha establecido y respaldado la tesis de que es procedente el juicio de amparo en contra de una reforma constitucional por violaciones al procedimiento que la propia Constitución consagra para producir modificaciones en su texto.

El Organismo Judicial debe ejercer la facultad de controlar la constitucionalidad de normas y actos emanados del poder público en forma amplia, sin que ello implique el desconocimiento de las facultades propias de los otros Organismos del Estado.

El control de constitucionalidad del procedimiento utilizado para la reforma constitucional resulta indispensable para la efectiva vigencia de nuestro sistema constitucional de Derecho, ya que es el acto de

mayor trascendencia política y jurídica que la Norma Primaria regula.

BIBLIOGRAFÍA:

- 1) Asamblea Nacional Constituyente, “Constitución Política de la República de Guatemala”, mayo de 1985, Guatemala, Guatemala.
- 2) Bidart Campos, Germán, “Lecciones Elementales de Política”, Ediar Sociedad Editora, febrero de 2000, Capital Federal, República Argentina.
- 3) Dalla Vía, Alberto Ricardo, “Colección de Análisis Jurisprudencial - Derecho Constitucional”, Editorial La Ley, septiembre de 2002, Avellaneda, provincia de Buenos Aires, República Argentina.
- 4) Pereira, Alberto; Richter, Marcelo, “Derecho Constitucional”, Ediciones De Pereira, sexta edición, julio de 2011, Guatemala, Guatemala.
- 5) Richter, Marcelo. “Diccionario de Derecho Constitucional. Con Definiciones y Conceptos Jurídicos emitidos por la Corte de Constitucionalidad”, segunda edición, 2009, Guatemala, Guatemala.
- 6) Sabsay, Daniel Alberto, “Colección de Análisis Jurisprudencial - Derecho Constitucional”. Editorial La Ley, julio de 2003, Avellaneda, provincia de Buenos Aires, República Argentina.

PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA CODIFICACIÓN CIVIL EN GUATEMALA:

LOS CIMIENTOS DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO

JULIO PELÁEZ ¹

RESUMEN:

El presente ensayo pretende dar una breve reseña histórica de la codificación civil en Guatemala. Para ello se toma como punto de partida la independencia del territorio centroamericano hasta llegar a nuestro código civil actual. Mayoritariamente, como puede inferirse se utilizaron fuentes de autores nacionales y fuentes históricas nativas.

I. HISTORIA DE LA CODIFICACIÓN CIVIL EN GUATEMALA. ²

1. LA CONFORMACIÓN DE GUATEMALA MEDIANTE SU INDEPENDENCIA.

En la época indiana, Guatemala era el nombre de todo el territorio centroamericano, desde lo que hoy se conoce como Guatemala hasta Costa Rica: se le designaba Capitanía General o el virreinato de Guatemala. La Capitanía General tenía su sede en la ciudad de Santiago de los Caballeros de Guatemala. Fue precisamente, en esta ciudad donde se dictó la independencia del territorio centroamericano de España el 15 de septiembre de 1821.

La independencia centroamericana siguió la independencia de mexicana, la cual se había dado exactamente un año atrás. Después de la declaratoria de independencia, el territorio centroamericano se anexó a México. Sin embargo, esta anexión fracasó unos años después. El territorio centroamericano se separó entonces de México y así se formó la República Federal de Centroamérica (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica). Esta separación, sin embargo, se había dado ya de facto unos 10 años atrás, cuando el territorio

centroamericano perseguía diferentes objetivos.³ Aquí se sitúa el punto de inflexión, en el que se decidió elaborar leyes nacionales.

2. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

Antes de la independencia, las leyes vigentes en Guatemala eran las Siete Partidas y el Fuero Real, ambas del siglo XIII.⁴ Estas leyes, que habían sido impuestas por España tuvieron que ser apartadas después de la independencia: los territorios independientes, querían separarse de cualquier norma que hiciera referencia a España.

Adicionalmente, debe señalarse que la independencia estadounidense y la revolución francesa fueron el modelo para los nuevos países. A tal punto que para el tema que nos ocupa, se siguió el modelo del Code Civil para la codificación en América Latina.⁵

El inicio de la codificación civil en Guatemala se dio el 25 de agosto de 1813 con la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 en la ciudad de Santiago de los Caballeros de Guatemala. El artículo 258 de la Constitución establecía que se deberían crear un Código Civil y uno criminal. Lastimosamente, la codificación no inició de inmediato: tuvieron que pasar algunas décadas, antes que se diera la codificación y de que entrara en vigor un código.⁶

Sin embargo, si se compara con otros países, Guatemala tuvo avances en otras ramas, por ejemplo en el derecho penal. Guatemala intentó adaptar e introducir los códigos de Edward Livingston⁷ en el derecho penal. Livingston había elaborado estos códigos para Louisiana entre 1820 y 1826. No obstante, no llegaron a aplicarse, pues fueron rechazados en el mismo año de 1826.

A pesar de este rechazo, Livingston ganó mucha reputación con la autoría de esos cuerpos legales.

Aprovechando la pretensión de Guatemala por instituir un estado federal Livingston presentó en 1829 al futuro presidente de Guatemala José Francisco Barrundia su obra, rechazada en Louisiana, System of penal Law. Este proyecto contenía aspectos del derecho penal, derecho procesal penal y derecho de ejecución penal. La obra se conformaba por cinco libros: Code of Crimes and Punishment, Code of Procedure, Code of Evidence, Code of Reform and Prison discipline, y un Book of Definitions. Entre otros aspectos, los tribunales penales se tenían que constituir por medio de jurados.

Tal llegó a ser el convencimiento del futuro presidente Barrundia sobre el proyecto de Livingston que logró convencer al presidente de turno, Francisco Morazán para que se adoptaran esos proyectos de códigos. La idea era que se adaptara todo el sistema jurídico de país con el sistema que Livingston estaba proponiendo. Estas obras iban a ser traducidas por Barrundia y por José Antonio de Azmitia y deberían haber entrado en vigor el 1 de enero de 1837.⁸ Se esperaba que el resto de la Federación siguiera el ejemplo de Guatemala.

Volviendo a la evolución del Código Civil de Guatemala, es importante señalar que en el año de 1836 el gobierno de Guatemala le encargó a Miguel Larreina la redacción de un Código Civil que fuera compatible con las ideas de sistematización de Livingston. Para ello se le encargó a la comisión legislativa que se inspirara en el modelo del Código Civil de Louisiana.⁹ La razón de fondo de esa decisión recaía en el hecho de que Livingston había estado en la comisión que había redactado el Código Civil de Louisiana. Sin embargo, otra razón fundamental para adoptar el código de Louisiana era que éste se escribió con marcada influencia francesa, lo que respondía a la intención de Guatemala por acoger el modelo francés.¹⁰

Lamentablemente, la legislación de Livingston también fracasó en Guatemala. La población indígena, en su mayoría analfabeta, no tenía la capacidad de ni siquiera leer esa legislación; en consecuencia, la conformación de los tribunales con jurados era un asunto complejo. Así las cosas, en marzo de 1838 se dejaron atrás las leyes de Livingston.¹¹

3. CÓDIGO CIVIL DE 1877.

Debido a una guerra (Batalla de la Arada 1849) con El Salvador la codificación tuvo que suspenderse. Al final de la guerra se volvió a encargar a una comisión retomar el Código Civil (de 1836) y terminar de redactarlo. El 26 de julio de 1875, por medio de un decreto del presidente Justo Rufino Barrios se conformó la comisión legislativa por medio de los ministros del interior, de justicia y de la Iglesia Marco Aurelio Soto- quien integró la comisión hasta que le nombrarán sucesor temporal de la presidencia de Honduras-, Lorenzo Montúfar, José Barberena, Ignacio Gómez, Valero Pujol y como secretario de la comisión Carlos F.

Murga. Más tarde se integraron a la comisión José Salazar y Joaquín Macal. La comisión no prosiguió su trabajo, sino hasta el 29 de septiembre de 1876.¹²

Finalmente, la comisión presentó el 5 de febrero de 1877 un proyecto de Código Civil y otro de Código Procesal Civil. Esta propuesta se apoyaba en una amplia exposición de motivos, sobre todo en lo concerniente a la codificación civil. El 8 de marzo de 1877, por medio del decreto presidencial número 175 se promulgó Código Civil, y entró en vigencia el 15 de septiembre de 1877. Este cuerpo legal llegó a ser el primer Código Civil guatemalteco. Hoy se hace referencia a él como el código de 1877.

El código de 1877, a pesar de sus tantas imprecisiones, constituye una obra de gran importancia para el desarrollo del Derecho Civil. No sólo porque logró unificar en Derecho civil de Guatemala, sino que codificó las ideas más modernas de la época del Derecho civil de forma que respondía adecuadamente a la realidad guatemalteca. Efectivamente "era una gran obra"¹³ que representaba correctamente la realidad del país.¹⁴

A partir de allí, se suceden reformas e innovaciones pero ya sobre un orden metológico-científico concreto: un código. Así, el 20 de febrero de 1882 se promulgó el decreto 272. Éste contenía una serie de reformas fundamentales del Código Civil. Entre los argumentos que sustentaban la procedencia de dichas reformas, la comisión legislativa expresó que no se trataba de una obra perfecta no original.¹⁵

1. El Doctor Julio Peláez, obtuvo su doctorado en la Universidad de Colonia, Alemania. Actualmente es profesor e investigador en varias universidades guatemaltecas. Forma parte del claustro de profesores de la Universidad del Istmo.
2. Extracto traducido de la Tesis: "Die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in Deutschland und Frankreich/ Mit Ausblicken auf Italien, Spanien und Guatemala". Colonia Alemania, 2010. Más información en: <http://kups.uni-koeln.de/3158/>
3. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica (2006), S. 185 ss.; Polo, Historia de Guatemala (1996), PÁG. 34 ss.; Luján, Breve historia contemporánea de Guatemala (2000), PÁG. 20 ss.
4. Scheppach, Las Siete Partidas, PÁG. 223.
5. Brañas, Manual de Derecho Civil (1996), pág. 20.
6. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, pág. 185 ss.; Polo, Historia de Guatemala, pág. 34 ss.; Luján, Breve Historia Contemporánea de Guatemala, pág. 20 ss.
7. Rodríguez, The Livingston codes in the Guatemalan crisis of 1837-1838 (1955), pág. 34 ss.

8. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, pág. 187 ss.
9. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, pág. 188.
10. Luján, Breve historia contemporánea de Guatemala, pág. 20 ss.
11. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, pág. 189.
12. Bericht der Gesetzeskommission, 05 de febrero 1877.
13. Brañas, Manual de Derecho Civil, pág. 20.
14. Brañas, Manual de Derecho Civil, pág. 20.
15. "No se trata de un obra perfecta ni enteramente original". Bericht der Gesetzeskommission, 05 de Febrero 1877, pág. I.

Dado que el código de 1877 es el primer Código Civil en la historia jurídica de Guatemala, parece oportuno hacer una revisión de su configuración. Dicho cuerpo legal se dividía en un título preliminar y tres libros. El primer título era una introducción con preceptos generales. Posteriormente, cada libro trataba un aspecto concreto del Derecho Civil:

- Libro I, los preceptos sobre la persona.
- Libro II, disposiciones sobre las cosas, las diferentes maneras de adquirir la propiedad y los derechos que las personas pueden ejercer sobre los mismos (derechos reales)
- Libro III, normas legales respecto de las obligaciones y los contratos.

4. CÓDIGO CIVIL DE 1933.

Después de casi 60 años de vigencia del Código Civil de 1877, frente a sus imprecisiones se vio la necesidad de sustituirlo por un nuevo código. La exigencia de establecer un nuevo Código Civil, fue cobrando importancia. Precisamente por ello el 30 de junio de 1926, el Organismo Ejecutivo llevó un decreto a la Asamblea Nacional¹⁶ para la reforma civil. Esta reforma se promulgó posteriormente como el decreto 921 de la Asamblea Nacional. Con este decreto se introdujo el libro I del nuevo Código Civil, quedando derogado el libro I del código de 1877. De igual modo, ese decreto establecía que una comisión legislativa tendría que elaborar los restantes dos libros y que el Código Civil completo debía entrar en vigencia lo antes posible. Sin embargo, las cosas no tomaron un rumbo tan inmediato, de hecho lo mandado por el decreto no llegó a actualizarse. Efectivamente, el 13 de mayo de 1933 la Asamblea Nacional promulgó el decreto número 1932, en el cual se contenía el nuevo Código Civil. Este "nuevo código" era, sin embargo, solamente una reforma del primer libro. Hechas así las cosas, el nuevo código de dividía se la siguiente manera:

- Libro I, sobre las personas y la familia.
- Libro II, sobre los bienes y los derechos reales.
- Libro III, sobre las formas de adquirir la propiedad.
- Libro IV establecía que el libro III del código de 1877 no perdía su vigencia; es decir, las obligaciones y los contratos del código antiguo se conservaron. Pero, posteriormente con el decreto legislativo 2010 este libro también fue objeto de reformas.

5. CÓDIGO CIVIL DE 1966.

Nuestro Código Civil actual debió haber entrado en vigencia el 14 de septiembre de 1963 por medio del decreto-ley 106.¹⁷ Sin embargo, este decreto se modificó por medio del decreto-ley 218 y la entrada en vigencia se aplazó hasta 1966. El Código civil actual se divide en cinco libros:

- Libro I, sobre las personas y la familia.
- Libro II, sobre los bienes, la propiedad y los demás derechos reales.
- Libro III, de la sucesión hereditaria.
- Libro IV, sobre el Registro de la Propiedad.
- Libro V, del derecho de obligaciones. Este a su vez se divide en dos partes: La primera regula las obligaciones en general y la segunda, los contratos.

Es importante señalar que este Código Civil, presenta muchas particularidades. Desafortunadamente, la exposición de motivos es muy breve, lo que impide conocer los argumentos sobre los que se fundó la voluntad legislativa.

Aunque en Guatemala se siguió fundamentalmente la línea romano-francesa, la influencia de las otras legislaciones es de gran importancia.

De hecho, en la exposición de motivos se expone que tuvieron a la vista la mayoría de los códigos civiles europeos y latinoamericanos, además de haber tomado en cuenta sus doctrinas y comentarios. Algunos de ellos fueron citados en los apartados correspondientes. Primordialmente se tuvo a la vista el Código Civil de Brasil, México y Perú. De estos códigos se tomó la división de las materias y su narración.¹⁸

II. LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL DE GUATEMALA EN LOS OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS.

La codificación civil en Latinoamérica no podía darse de manera independiente. Los legisladores latinoamericanos tomaron en cuenta para sus propias codificaciones los códigos de los demás países de Latinoamérica. Así como Guatemala se basó en los otros códigos latinoamericanos, también otros países de Latinoamérica tomaron en cuenta al Código Civil de 1877 de Guatemala para su codificación.¹⁹

Dos ejemplos de esto son, el Código Civil de México de 1928, que se inspiró por códigos y constituciones de varios países europeos y latinoamericanos (entre ellos Guatemala)²⁰ y el Código Civil de Nicaragua que en total tomó un total de 116 artículos del Código Civil guatemalteco.²¹

APRECIACIÓN.

Una perplejidad interesante es mencionar que el Código Civil de Guatemala de 1966 tomó una reforma interesante en lo que respecta a las codificaciones de derecho francés. El Código Civil guatemalteco contiene una parte general regulando lo relativo al negocio jurídico. Dichas disposiciones son aplicables para todo el Código Civil. Esto es una muestra de que el Código Civil de Guatemala también ha recibido influencia del Código Civil Alemán (BGB). Cuestión que se encuentra razonada por los legisladores en la exposición de motivos del referido cuerpo legal. Para poder redactar lo relacionado al Derecho de obligaciones en Guatemala, los legisladores se basaron en el Código Civil brasileño y en el BGB alemán.²²

Otro aspecto de entidad es que el Código Civil guatemalteco contiene normas claras sobre la nulidad absoluta y relativa. Aunque si bien es cierto que esto no es obra de los juristas guatemaltecos, sino más bien el resultado del trabajo de juristas por todo el mundo; también lo es que los juristas guatemaltecos tuvieron la iniciativa de estudiarlos y así poder instituir con precisión la regulación de estos conceptos jurídicos en el Código Civil guatemalteco.²³

III. BIBLIOGRAFÍA.

Brañas, Alfonso. Manual de Derecho Civil. Tomo I. Parte 1 y 2. Primera edición. Guatemala, marzo 1996. Zit.: Brañas, Alfonso, Manual de Derecho Civil.

Exposición de Motivos del Código Civil de Guatemala 1876. Archivo del Organismo Judicial. Guatemala. 1876.

Exposición de Motivos del Código Civil de Guatemala 1965. Guatemala. 2008.

Guzmán Brito, Alejandro. Historia de la codificación civil en

Iberoamérica. Primera edición. España, 2006. Zit.: Guzmán, Historia de la codificación civil.

Luján Muñoz, Breve historia contemporánea de Guatemala. 2000.

Polo Sifontes, Francis. Historia de Guatemala. 1996.

Rodríguez, Mario. The Livingston codes in the Guatemalan crisis of 1837-1838. 2. Auflage. New Orleans, 1955.

Scheppach, Maria. Las Siete Partidas. Entstehungs- und Wirkungsgeschichte. Pfaffenweiler. 1991.

16. La Asamblea Legislativa es el equivalente al congreso actual.

17. Un decreto ley es una ley emitida durante un gobierno de facto.

18. Exposición de Motivos 1963, pág. 206.

19. Véase: Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica.

20. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, pág. 325.

21. Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, pág. 287.

22. Exposición de Motivos 1963, pág. 2, 206 entre otras.

23. Exposición de Motivos 1963, pág. 206.

LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA ANTE LOS DESAFÍOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS E INTERNET. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA: ¿UN NUEVO PARADIGMA DE “ESTAFA SIN ENGAÑO”?

PABLO GUÉREZ TRICARICO ¹

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA ANTES DE LA REFORMA DE 2010.- 1. Planteamiento del problema desde el punto de vista político-criminal.-2. Las diversas interpretaciones sobre el alcance de los delitos de estafa “informática” y los intentos dogmáticos y jurisprudenciales de dar cabida a conductas de dudosa subsunción en el tipo de estafa informática II. LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL AL PROBLEMA: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010. 1. Alcance y ámbito general de la reforma 5/2010.- 2. La estafa mediante utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o de los datos obrantes en cualquiera de ellos (CPE art. 248.2 c).

I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA ANTES DE LA REFORMA DE 2010

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DESDE EL PUNTO DE VISTA POLÍTICO-CRIMINAL

En el Derecho penal patrimonial clásico los delitos de estafa ocuparon sin duda un papel central en los ordenamientos jurídico-penales de buena parte de los países de tradición jurídica latinogermánica. Frente a los delitos de apoderamiento (como el hurto o el robo), en los que los elementos nucleares típicos estaban representados por el acto físico de apoderamiento o sustracción, el elemento centrar o vertebrador de los

delitos de estafa era la utilización de un engaño, por parte del sujeto activo, que desencadenara el resto de elementos típicos productores de un perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo ². Así sucede, entre otros, con el tipo básico de estafa regulado en el artículo 248.1 del Código Penal Español, que define la estafa, en su tipo básico, como la conducta cometida por “los que, con ánimo de lucro, utilicen engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. De manera análoga, define la estafa propia el artículo 263, primer párrafo del Código Penal de Guatemala, como la conducta de “quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno”. Y, a diferencia de lo que habría ocurrido en los delitos contra las personas –entendidos como los delitos contra bienes jurídicos personales–, en los que las conductas que contemplaran una lesión directa del bien jurídico recibirían un mayor desvalor por parte del ordenamiento jurídico, en los delitos patrimoniales se habría dado en cierto sentido una reacción parcialmente inversa por parte del ordenamiento, pues la conducta con engaño pero “mal” consentida por el sujeto pasivo de la misma –o consentida por error–, habría sido más desvalorada por el ordenamiento que la conducta (la del hurto) simplemente no consentida. De esta manera, la estafa fue casi siempre considerada en muchos ordenamientos jurídico-penales de influencia latinogermánica como un comportamiento que encerraría una mayor reprochabilidad social –lo que explicaba que pudiera alcanzar penas mayores a las previstas para los delitos de hurto o de robo no violento–.

Dicho desvalor debía encontrarse no ya en el resultado producido –idéntico, en la mayor parte de los casos, al que está presente en el delito de hurto–, sino en un desvalor de acción especialmente grave y consistente en la realización –o puesta en marcha– de una conducta típicamente engañosa, fraudulenta o manipuladora, y, por ello, especialmente lesiva no sólo del patrimonio, sino también de la confianza en las relaciones comerciales, además de encerrar una peligrosidad específica que en general conlleva todas las conductas en las que se utiliza engaño, fraude, disfraz o ardid semejante ³. En este sentido, y desde diversas perspectivas dogmáticas, ya sea con la alusión a la “especial malicia del delincuente”, u otros elementos subjetivos funcionalmente equivalentes utilizados, por ejemplo, por la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo español sobre el delito de estafa, ya sea conforme a un entendimiento de una conducta más o menos normativizada de “engaño típico”, encuadrable dentro de la denominación más genérica de “fraude” o “defraudación”, parece que el injusto propio del delito de estafa se ha visto fundamentado históricamente por el especial desvalor representado por una conducta fraudulenta, idónea para provocar una lesión de la confianza en el sujeto pasivo, con la que se provocaría el error en el mismo, una disposición patrimonial basada en dicho error y finalmente el perjuicio patrimonial típico ⁴.

Sin embargo, el auge de las nuevas tecnologías ha puesto de manifiesto cómo han ido surgiendo nuevas formas de conductas fraudulentas en el ámbito patrimonial que pueden ser, en ocasiones, equiparables en su desvalor a ciertas conductas de estafa. Piénsese, por ejemplo, a las llamadas “estafas informáticas” del art. 248.2 del Código Penal español (en adelante, CPE), entre cuyas modalidades comisivas más típicas se encuentra la obtención de un dinero –y consiguiente producción de un perjuicio para el sujeto pasivo del delito– a través de la manipulación de los sistemas informáticos de los cajeros automáticos o dispensadores de efectivo. Ciertamente, en estos casos no hay un engaño en el sentido literal y psicológico del mismo, que induzca a error a una persona, sino

simplemente una alteración indebida de un sistema informático que es el que se encarga de procesar la información relativa a la disposición de efectivo. Pero también es cierto que, en estos casos, el engaño en sentido tradicional no resulta ya necesario para el autor de este tipo de delincuencia: en una economía cada vez más competitiva y globalizada, caracterizada por un gran número de operaciones financieras cuyas ventajas competitivas dependen en buena medida de un alto grado de inmediatez y anonimato, la automatización de las transacciones comerciales ha venido en muchos ámbitos a sustituir a la economía basada en la negociación personal y, por tanto, en la confianza. En países con una economía de mercado suficientemente desarrollada, podría decirse que comerciantes y consumidores no demandan ya (tanto) que no se les engañe –en la medida en la que muchos de los costes de prevención frente al engaño pueden ser fácilmente asumibles por aquéllos a través de la información disponible en el mercado, mucho más amplia y accesible que en tiempos anteriores relativamente recientes–, sino que lo principal en este sistema es que los instrumentos para realizar transacciones financieras –tarjetas de crédito, débito o análogas, medios de pago virtuales–, así como las condiciones de aplicación de dichos instrumentos –informatización del sistema bancario, seguridad del ciberespacio bancario o, dicho en términos más precisos, la seguridad de cifrado o encriptación de las interfaces de usuario de los sitios de banca electrónica– provean garantías reales de seguridad. La necesidad de garantizar la seguridad de las transacciones electrónicas o informáticas frente a conductas fraudulentas, en ocasiones muy sofisticadas, y que se escapan de los moldes clásicos de las figuras de la delincuencia patrimonial, se convierte por ello en uno de los principales motivos político-criminales para la reformas de los delitos de estafa. La consecución dogmática de este objetivo se ha realizado, concretamente en el Derecho penal español, precisamente a través de una equiparación funcional de conductas fraudulentas sobre el patrimonio ajeno con las conductas tradicionales de los delitos de estafa.

3. Así, podemos observar cómo ésta es una de las razones por las que estos elementos suelen configurar tanto agravantes genéricas como específicas de varios delitos –y no sólo de carácter patrimonial o socioeconómico– de una buena parte de los países de nuestro entorno cultural. No han faltado, sin embargo, autores, como KINDEHÄUSER, Bemmman-Festschrift, p. 356, entre otros, que han configurado el injusto del delito de estafa de acuerdo con una lesión a la libertad de disposición del patrimonio; el injusto de este delito estaría muy próximo al de los delitos en los que se protege la libertad de disposición en otros ámbitos –como por ejemplo, la libertad genérica de hacer o no hacer que puede entenderse protegida en los delitos de amenazas–. Un entendimiento de la estafa como delito que protege fundamentalmente la libertad de disposición podría dar una mejor explicación de la elevada penalidad de las conductas de estafa, pero se compadece poco con una interpretación profunda del delito de estafa, al menos en su tipo básico, en cuanto el delito, de acuerdo con la doctrina mayoritaria en este punto, parece construirse como un delito contra el patrimonio. Alguna matización en este sentido podría hacerse de la mano de PASTOR MUÑOZ, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 55. En este sentido, de acuerdo con esta autora, yo también considero que la interpretación más coherente con la regulación española es la que concibe el tipo de estafa como delito contra el patrimonio, “y entiende que el “engaño bastante” debe constituir un riesgo de carácter patrimonial”, es decir, “que la instrumentalización debe ser un proyecto de lesión del patrimonio” y el perjuicio “la cristalización en el resultado de la instrumentalización” (op. cit., p. 55). Sin embargo, y partiendo de este entendimiento básico del injusto del delito de estafa, no me parece sin embargo irrelevante el papel atribuido a la “instrumentalización” de la disposición del sujeto pasivo causada por el engaño del sujeto activo, hasta el punto de hacer descansar aquí el plus de antijuridicidad, y que desde mi punto de vista tiene que ver con varios factores más o menos heterogéneos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tomado en consideración históricamente para explicar, aun desde diversas posiciones, el injusto de los delitos de estafa. Así, y sin ánimo de ser exhaustivo con una materia que excedería en mucho el propósito del debate, mucho más concreto, que pretendo suscitar en el lector con la lectura de estas páginas, podríamos vislumbrar entre dichos factores la lesión de la confianza, o la presencia de una interferencia especialmente invasiva en la esfera de administración del sujeto pasivo.

4. En este sentido, en la doctrina más reciente, cfr., por todos, PASTOR MUÑOZ, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, pp. 55 ss., con más referencias; especialmente, en relación con la concepción normativizada de la estafa construida por la autora, cfr. op. cit., pp. 145 ss.

1. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid. En el mes de febrero de 2012 impartió los módulos de la Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo: Derecho Penal laboral y de la Empresa, y, Derecho Penal Tributario. Líneas de investigación: Derecho penal médico, Parte general del Derecho Penal, y seguridad vial, habiendo publicado varios artículos en estas materias. En la actualidad, especialización en Derecho penal económico y de la empresa, con especial atención a los delitos cometidos a partir de las nuevas tecnologías o en aparatos organizativos a partir de las investigaciones publicadas con los títulos “Consecuencias accesorias y blanqueo de capitales”, en VV AA, Política criminal y blanqueo de capitales / Miguel Bajo Fernández, Silvina Bacigalupo (Eds.), Marcial Pons, Madrid, 2009, ISBN 978-84-9768-622-8, pp. 225-252, el estudio de las conductas de estafa informática en el Memento Práctico Penal 2011, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, y “Las modificaciones de los delitos de estafa, con especial referencia a las conductas cometidas a través de internet”, en VV AA, Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero) / Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.), Gonzalo Rodríguez Mourullo (pr.), 2011, Thomson Civitas, Madrid, ISBN 978-84-470-3586-1, pp. 383-398.

2. Sobre los elementos de los delitos de estafa, y sobre los delitos de estafa en general en el Derecho penal español vid., por todos, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal, Madrid, 2004, pp. 13 y ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. Las defraudaciones (I). Las estafas, en (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. dir.), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II, Madrid, 1998, pp. 437-473.

2. LAS DIVERSAS INTERPRETACIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS DELITOS DE ESTAFA "INFORMÁTICA" Y LOS INTENTOS DOGMÁTICOS Y JURISPRUDENCIALES DE DAR CABIDA A CONDUCTAS DE DUDOSA SUBSUNCIÓN EN EL TIPO DE ESTAFA INFORMÁTICA

Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Modificación del Código Penal –en adelante, LO 5/2010–, los delitos de estafa estaban regulados en la Sección Primera del Capítulo VI, Título VI, dedicado a los delitos patrimoniales, del Libro II, del Código Penal de 1995.

Como indicaba, y sigue indicando, la rúbrica del Capítulo VI del Código Penal, el delito de estafa estaba considerado como una modalidad de los delitos más genéricos de las "Defraudaciones", que implicaban diversas conductas de fraude patrimonial, las cuales pivotaban sobre las ideas de perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo o en un tercero y de ánimo de lucro en el sujeto activo de la correspondiente figura típica, con las denominadas "estafas impropias", reguladas en los artículos 251 CPE, la apropiación indebida, regulada en el artículo 252 CPE, así como las llamadas "apropiaciones indebidas impropias", como la apropiación de cosas de dueño desconocido del artículo 253 CPE, o la apropiación de cosas recibidas por error, regulada en el artículo 254 CPE.

La regulación de la estafa "propia", estaba contenida en los artículos 248 a 250 CPE⁵. En particular, en el artículo 248.1 el legislador recogió el tipo básico del delito de estafa, sobre la base de los cinco elementos ya clásicos de la misma; el engaño bastante, el error, la realización de un acto de disposición patrimonial y el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero, fijando a su vez en el artículo 249 en los 400 euros el límite mínimo de la cantidad defraudada para la consideración de la figura como delito y no como falta, en consonancia con el criterio establecido para la mayoría de los delitos patrimoniales.

En el artículo 248.2 CPE el legislador equiparó a la estafa una modalidad de conducta consistente en la manipulación de sistemas informáticos, regulando en el artículo 248.2 lo que la doctrina denominó "estafa informática", en los siguientes términos: "También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de una manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero". Por su parte, en el artículo 249 CPE se regulaba la penalidad de la estafa, y en el artículo 251 CPE se contenían las modalidades agravadas de la

misma.

Ya a partir del surgimiento de la figura de la estafa informática, los problemas de aplicación derivados tanto de su redacción, como de su problemática incardinación dentro de las figuras clásicas de las estafas, en concreto, como una modalidad específica del propio tipo básico de la estafa –lo que sugería, al menos a nivel teórico, justificar una relación de equiparación funcional o axiológica, no siempre fácil, entre la nueva figura típica y el resto de figuras delictivas tradicionalmente enmarcadas dentro de los delitos de estafa– no tardaron en aparecer.

La regulación del delito de estafa se mostraba problemática en su aplicación a determinadas conductas cuya subsunción en la modalidad comisiva de "estafa informática", tal y como estaba recogida en el art. 248.2 CPE, era cuanto menos dudosa. Se trataba de supuestos que la jurisprudencia en ocasiones había tratado como "estafas informáticas", como los casos de la utilización ilegítima de los datos obrantes en una tarjeta para realizar diversas operaciones económicas a través de un sistema informático, entre los que cabría citar, por ejemplo, el acceso on line ilegítimo a la cuenta bancaria de otro para realizar transferencias a la cuenta del autor o de un tercero. En estos casos, como señala la doctrina más reciente, algunos autores se habían mostrado críticos a la aplicación de la modalidad delictiva de la "estafa informática" del artículo 248.2 CPE, ya que en ellos no concurriría la "manipulación" exigida por la estafa informática –como sí sucedería, por ejemplo, en el caso de haberse realizado un duplicado físico de la tarjeta–, sino simplemente una utilización no autorizada del sistema, por lo que la interpretación jurisprudencial planteaba problemas de analogía "in malam partem" prohibida por nuestro Derecho Penal⁶. En mi opinión, la consideración de estos casos como conductas de "estafa informática" a efectos de lo dispuesto en el antiguo art. 248.2 CPE se basaba, al menos, en una interpretación extensiva del término "manipulación" utilizado en dicho tipo penal de aplicación muy problemática y, en la práctica judicial, difícil de defender, por lo que, si bien dichos casos podían corresponderse con el telos de la norma penal en cuestión, difícilmente podían acompasarse con la interpretación más laxa del término "manipular" sin vulnerar el tenor literal de la norma penal. Manipular, de hecho, equivale según el diccionario de la RAE⁷, en su acepción más próxima a la interpretación de la norma en cuestión, a "operar con las manos o con cualquier instrumento"⁸.

Ello implica realizar cambios en algo o en su sustancia, lo que no parece que se produzca por la simple utilización indebida de un sistema informático, salvo que éste sea alterado en su configuración⁹ – por ejemplo, mediante técnicas de "phishing" o acceso no autorizado que produzcan cambios permanentes en la interfaz gráfica de usuario del sistema on line en perjuicio del titular de su acceso legítimo y en beneficio del sujeto que los realiza o de un tercero –¹⁰.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo se había ocupado en alguna ocasión de esta cuestión, y se había esforzado por incluir los supuestos de utilización indebida de los datos del titular de la tarjeta, de los que se derivase un perjuicio para su titular, en el ámbito típico del delito de estafa informática del artículo 248.2 CPE, en su redacción anterior a la LO 5/2010. Alguna muestra de ello se observa en la STS núm. 369/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 mayo (RJ 2007\3577; Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), cuya interpretación, aunque relativa a la utilización de una tarjeta de crédito en cajeros, podría haberse extendido a la utilización de la tarjeta por Internet. En dicha Sentencia, después de reflejar la polémica doctrinal en torno a la calificación como hurto o como delito de estafa informática de las operaciones realizadas mediante la copia de la banda de la tarjeta de crédito –técnica conocida como *skimming*– y la identificación del PIN del titular, para operar en cajeros, puede leerse lo siguiente: "La identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el art. 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva. En definitiva, identificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del art. 248.2 CP (FJ 9)". Sin embargo, la propia Sentencia reconoce que esta interpretación –aun para la utilización de

tarjetas en cajeros automáticos– resulta problemática, y llega a identificar una posible solución para estos supuestos en la aprobación del anteproyecto de 2006 de reforma del CP –y que en este punto es casi idéntico al texto de la LO 10/2005, pues, dice el Tribunal Supremo, dicho anteproyecto "modifica el art. 248, alterando en buena medida la definición legal de estafa al introducir en el apartado 2º bajo la letra c) la modalidad de "los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular" con lo que el uso de tarjetas en cajeros se recogería ahora en este tipo especial del apartado c) del núm. 2 del art. 248, resolviendo así las dudas suscitadas acerca de su calificación, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa, los empleos fraudulentos de tarjeta en todo caso (operaciones en "cualquier clase" indica la Exposición de Motivos), ya en establecimientos comerciales y por ello ante personas o directamente ante terminales informáticos aún cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN" (FJ 9 in fine).

En cualquier caso, esta discusión¹¹, sin embargo, como indica PASTOR¹², ha quedado zanjada tras la reforma de 2010, en la medida en la que estos casos pueden ahora ser subsumidos en la conducta descrita en el vigente artículo 248.2 c) del CPE, en redacción dada tras la reforma, ya que tipifica expresamente todas las conductas de estafa mediante la utilización de de tarjetas de crédito o débito, cheques de viajes, o de los datos obrantes en ellos.

5. Sobre el delito de estafa en el Código Penal de 1995, antes de la reforma de 2010, vid., extensamente, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal, cit., pp. 13 y ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. Las defraudaciones (I). Las estafas, en (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, dir.), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II, cit., pp. 437-473; PASTOR MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico en el delito de estafa, cit., *passim*.

6. Vid. sobre esta cuestión, más extensamente, PASTOR MUÑOZ, Nuria. Capítulo 8, apartado E, en (ORTIZ DE URBINA, Iñigo, coord.), Memento Experto. Reforma Penal 2010, Madrid, 2010. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel., Capítulo 30, Sección 7ª B, en (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, coord.), Memento práctico. Penal 2011, Madrid, 2011.

7. Diccionario de la Real Academia Española, XXII edición, voz "Manipular".

8. En este sentido, también, FERNÁNDEZ TERUELLO, Javier Gustavo, "Estafas", en Comentarios a la reforma penal de 2010 (Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, dirs.), Valencia, 2010, pp. 277 y ss.

9. Coincido además con PASTOR MUÑOZ, Nuria. Capítulo 8, apartado E, en (ORTIZ DE URBINA, Iñigo, coord.), Memento Experto. Reforma Penal 2010, cit., nm. 1832 y las Precisiones allí contenidas quien parece decantarse por la tesis de la no equivalencia entre manipulación y uso no autorizado, pues no son equiparables la incidencia sobre los datos con la "actuación sobre la configuración del sistema mismo". Expresamente se cuestiona la autora la posibilidad de subsumir los casos de acceso no autorizado a cuenta bancaria de otro o de uso ilegítimo de datos obrantes en tarjeta ajena con dicha finalidad, ya que, explica la autora, en tales supuestos "es dudoso que exista una manipulación o artificio semejante" (op. cit., nm. 1832 y las Precisiones), pues ese acceso no autorizado no supone ni utilización del sistema en sí, ni la introducción de datos falsos en el sistema, sino solamente un uso ilegítimo del mismo.

10. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando mediante la utilización de programas "hack" se consigue descifrar contenido web seguro y "sobreditar" dicho contenido, lo que se traduce en la aparición de "banners" o, en general, de iconos "falsos" en la interfaz gráfica de usuario de acceso a las páginas on line de las entidades bancarias, de manera que se tenga un control sobre el mismo, e incluso pueda ser el propio usuario legítimo el que desencadene, como instrumento, el resultado típico de transferencia no autorizada; estos casos sí que entiendo que eran subsumibles en el antiguo artículo 248.2 CP, ya que en ellos sí que se había producido una "manipulación" del sistema por parte del autor del delito. Sobre estos programas "hackers", más extensamente, vid. *infra*, II.2.

11. Sobre esta discusión antes de la reforma, en profundidad, vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, Los delitos de estafa en el Código Penal, cit., pp. 166 ss. El mismo, Capítulo 30, Sección 7ª B, en (MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, coord.), Memento práctico. Penal 2011, cit.; PASTOR MUÑOZ, Nuria. Capítulo 8, apartado E, en (ORTIZ DE URBINA, Iñigo, coord.), Memento Experto. Reforma Penal 2010, cit.; FERNÁNDEZ TERUELLO, J. G., en Comentarios a la reforma penal de 2010 (Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, dirs.), cit., pp. 277-281. Ampliamente, vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial, 18ª ed., Valencia, 2010, pp. 431-437 (especialmente, p. 430). En la jurisprudencia más reciente, vid., por todas, la STS núm. 369/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 9 mayo (RJ 2007\3577; Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), y las que cita.

12. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Capítulo 8, apartado E, en (ORTIZ DE URBINA, Iñigo, coord.), Memento Experto. Reforma Penal 2010, cit., nm. 1851.

Por último, el legislador penal, con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE de 26 de noviembre), por la que se modifica el Código Penal (la conocida como "Ley del Código Penal de la Seguridad"), introdujo un nuevo apartado 3º, en el art. 248, en el que vino a castigar con la misma pena prevista para los autores de la estafa informática la conducta de los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaran programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.¹³

En relación con otros aspectos de la anterior regulación, cabe destacar que no se contenía con anterioridad a la reforma de 2010 una definición legal de la llamada estafa procesal, sino que ésta estaba contemplada como una modalidad agravada del delito de estafa, consistente en la utilización de "simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal", lo que daba lugar a una extensa aplicación del precepto a supuestos que ahora han quedado fuera del ámbito típico de la nueva figura de estafa procesal. Por último, tampoco se contenía –de acuerdo con el modelo de responsabilidad penal entonces vigente– una regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas que cometieran estos delitos, y tampoco estaba prevista para los mismos la aplicación de consecuencias accesorias.

II. LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL AL PROBLEMA: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ESTAFA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010

1. ALCANCE Y ÁMBITO GENERAL DE LA REFORMA

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido modificaciones en la regulación de los delitos de

estafa, algunas de ellas de significativa importancia, y que han resuelto, al menos en parte, los problemas de aplicación de algunas de las modalidades típicas de este delito¹⁴. La reforma no ha cambiado ni la sistemática ni la ubicación de estos delitos, sino que se ha centrado en la modificación de algunas de sus modalidades típicas con el objetivo de cubrir lagunas legales advertidas de la anterior regulación –relativas, sobre todo, a la estafa informática y comportamientos afines¹⁵ –, viniendo a adaptar la regulación de estos delitos a las nuevas realidades de nuestro tiempo y, en especial, a los avances de la informática, y dando respuesta de esta manera a la consiguiente necesidad de lucha contra nuevas formas de ciberdelincuencia en el ámbito patrimonial y socioeconómico.

A modo de panorámica general, las modificaciones introducidas pueden sintetizarse en las siguientes: 1) en primer lugar, se modifica la regulación de los supuestos de la estafa informática para incluir entre ellos las conductas de utilización indebida de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje, o los datos obrantes en cualesquiera de ellos, para la realización de operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero (actual art. 248.2 c)¹⁶; 2) en segundo lugar, tras algunos ajustes en materia de pena, se modifica la regulación de los tipos agravados de estafa, en consonancia con el espíritu general de la reforma de adaptación de la regulación de la estafa a los nuevos tiempos; así, se suprime la agravante relativa a la estafa ejecutada mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio contenida en el anterior art. 250.3º¹⁷; se incorpora una nueva modalidad cuando la cuantía del delito supere los 50.000 euros, para los casos de las macro-estafas; se modifica la redacción de la modalidad agravada recogida en el actual art. 250.6, a la que se dota de mayor precisión, incluyendo en esta modalidad, basada en el abuso de relaciones, también aquellos casos en los que la estafa se realice aprovechando la credibilidad empresarial o profesional de su autor¹⁸; finalmente, dentro del ámbito de la modificación de las agravantes, se dota de una regulación legal más precisa a la llamada estafa procesal, definiendo con mayor detalle tanto su ámbito de aplicación como los elementos típicos de la misma. Por último, se realizan algunos ajustes en la cláusula de hiperagravación (circunstancias 4ª, 5ª o 6ª con la 1ª del actual art. 250 CP). 3) En consonancia con uno de los objetivos generales de la reforma, se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando la estafa sea cometida por sus dirigentes o administradores y en beneficio de la misma¹⁹.

Este último aspecto es especialmente importante, al menos, por lo que se refiere a la lucha eficaz contra las organizaciones dedicadas a la clonación de tarjetas de crédito o a la utilización de artificios

semejantes, o al uso indebido de los datos obrantes en ellas, ya que, desde una perspectiva de sociología criminal, puede constatare cómo gran parte de las conductas que se verán a continuación –dejando a parte ataques aislados de "hackers", provienen de redes dedicadas a la utilización ilícita de instrumentos financieros como mecanismo de financiación, en muchas ocasiones, de otras actividades delictivas o gravemente ilícitas, entre las que cabe destacar las más típicas de la delincuencia organizada, y que van desde los más graves delitos de narcotráfico, trata de personas, prostitución ilegal, a conductas ilícitas de falsificación, contra el mercado y los consumidores, ilícitos contra la propiedad intelectual o industrial, lavado de dinero, competencia desleal y otros delitos económicos de grave repercusión social.

De acuerdo con el sistema de introducción de responsabilidad penal de las personas jurídicas operado por la LO 5/2010²⁰, se ha añadido, en materia de estafa, el nuevo artículo 251 bis, en el que se contiene la previsión de que, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos. Por último, se dispone que, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP.²¹

Además, hay que tener en cuenta que la redacción del actual art. 31 bis, también procedente de la reforma de 2010, hace posible la responsabilidad de la propia persona jurídica por las estafas cometidas, en nombre o por cuenta de aquéllas, y en su provecho, por sus representantes legales, los administradores de hecho o de derecho o los empleados con facultades para obligar a la persona jurídica.

16. Ésta constituye, a mi juicio, la modificación de mayor calado de la reforma. En el mismo sentido se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, quien considera que con la introducción de la modalidad típica de utilización indebida de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, o de los datos obrantes en los mismos, el legislador muestra una tendencia que denotaría una evolución del tipo de estafa hacia un delito genérico de fraude. Vid., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª. "Los delitos patrimoniales y económico-financieros", en *Diario La Ley*, número 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 4-6 (especialmente, pp. 4-5).

17. Ello ha obedecido, probablemente, a una reconsideración valorativa por parte del legislador del sentido de la agravación por utilización de instrumento o realización de negocio cambiario ficticio en el contexto del tráfico comercial que se realiza en la sociedad actual; así, salvo para sectores determinados, en los que el pagaré y la letra de cambio se siguen utilizando como medio de pago habitual, no cabe duda de que la mayor parte de las transacciones, tanto por número como por volumen de negocio, se realizan ya, por mayor comodidad, además de en efectivo, por transferencia bancaria –cada vez más realizada on line, o por medios automatizados (cajeros automáticos, banca telefónica, etc.), ya que ello favorece la rapidez y abarata los costes de las comisiones correspondientes– y por medio de tarjetas de crédito, débito o de otra índole. A su vez, hay que tener en cuenta que la creciente utilización de tarjetas de crédito o débito en la red como medio de pago, así como la aparición de plataformas de pago diseñadas exclusivamente para el comercio electrónico, como PayPal, necesitaba una respuesta rápida por parte del legislador penal, para venir a cubrir las posibles lagunas de punibilidad que la aplicación de los viejos tipos de las estafas a estas realidades podían plantear, lo que justifica la redacción del nuevo art. 248.2 c) CP. En este sentido, también, PASTOR MUÑOZ, N. en Capítulo 8, apartado E, en (ORTIZ DE URBINA, Iñigo, coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, cit., nm. 1845. Precisiones in fine.

18. La inclusión merece un juicio positivo, ya que contribuye a dotar de mayor protección a la fiabilidad en el tráfico comercial, y apuesta por la necesidad de afianzar, incluso a través de la amenaza de la sanción penal, las buenas prácticas empresariales y profesionales, especialmente en épocas de crisis como la que vivimos.

19. Sobre el alcance de la reforma, vid. extensamente PASTOR MUÑOZ, N. en VV AA (IÑIGO ORTIZ DE URBINA, coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, Capítulo 8, apartados C, D, E y H. Vid. también FERNÁNDEZ TERUELLO, J. G., en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA / JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, dirs.), cit., pp. 277 ss. MORALES GARCÍA, Oscar. "Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje y uso ilícito de tarjetas (arts. 197.3 y 8, 264 y 248)", en *La reforma penal de 2010* (Quintero Olivares, dir.), Pamplona, 2010, pp. 181-219. MATA Y MARTÍN, Ricardo M., en *Comentarios al Código Penal* (Manuel GÓMEZ TOMILLO, dir.), pp. 964-981 (especialmente, pp. 969-976), Valladolid, 2010. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 430.

20. Vid. art. 31 bis CP.

21. Sobre la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de estafa vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Capítulo 30, Sección 7ª D.4., en (Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, coord.), *Memento práctico. Penal 2011*, cit., nm. 11280. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. en *Comentarios al Código Penal* (Manuel GÓMEZ TOMILLO, dir.), pp. 979-980.

13. Incrimina este apartado, expresamente, una serie de actos preparatorios del delito de estafa informática, siendo alguno de ellos un mero delito de posesión preordenada a la posible comisión del delito, lo que incrementa, a mi juicio, los ya de por sí serios problemas de proporcionalidad de las penas asignadas a las conductas delictivas incriminadas en dicho apartado. Hay que hacer notar que muchos de estos programas –que han sido denominados también como "precursores" del delito de estafa informática–, son programas "hack" que son utilizados por los usuarios "hackers" sin una finalidad lucrativa y sin ánimo de causar un perjuicio económico, ya que, según incluso la ética del "movimiento hacker", no pretenden causar un perjuicio patrimonial, sino simplemente demostrar la posibilidad de burlar las medidas de control y de protección informáticas –pudiendo ser utilizados por tanto para la comisión de otros delitos, como los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, o de espionaje industrial o contra la seguridad del Estado–, pero no necesariamente para la comisión de delitos patrimoniales. Entre estos programas pueden citarse los programas de keyloggers, aplicaciones destinadas a capturar las pulsaciones sobre el teclado, pudiendo transmitir información confidencial del usuario (como claves de acceso o firma electrónica, passwords u otras) al usuario "hacker"; los programas denominados sniffers, que pueden ser utilizados para capturar los datos que circulan por la red o los crackeadores de contraseñas, programas matemáticos basados en la repetición de cifras y cuyo mecanismo es similar al utilizado por los sistemas de apertura de cajas de seguridad, ya que prueban diferentes passwords, burlando el máximo permitido por el sistema, hasta dar con el número correcto de password que les permite acceder al sistema. Existen también programas "hack" específicamente diseñados para posibilitar el acceso a cuentas on line o la utilización de tarjetas de crédito, como los programas generadores de tarjetas de crédito (como el programa hack CCGen v1.1, o los programas de cálculo algorítmico de los números de seguridad CCV2 o CIF (como el programa Cv2 Retriever), que incorporan la mayoría de las tarjetas de crédito, que permiten calcular automáticamente dicho número al usuario sin conocimientos matemáticos avanzados. Una lista bastante exhaustiva de estos programas puede obtenerse en el sitio [hack www.programashack.com](http://www.programashack.com). Sobre la ética del llamado "movimiento hacker" y las comunidades "hackers", puede verse, brevemente, el interesante documento web "Hacker Culture (s)", febrero de 2003, en el sitio <http://webzone.k3.mah.se/k3jolo/HackerCultures/origins.htm>.

14. Vid. supra, I.

15. Sobre ello vid. extensamente PASTOR MUÑOZ, N. en *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, Capítulo 8, apartados C, D, E, F, H y G. Vid. también FERNÁNDEZ TERUELLO, J. G., en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, dirs.), cit., pp. 277 ss.

De esta manera, estas personas pueden ser también consideradas responsables penalmente en el caso de que la estafa haya sido cometida en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de los administradores u otros cargos asimilados estatutariamente, hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos la supervisión o el control debidos.²²

2. LA ESTAFA MEDIANTE UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE TARJETAS DE CRÉDITO O DÉBITO, O CHEQUES DE VIAJE, O DE LOS DATOS OBRANTES EN CUALQUIERA DE ELLOS (CPE ART. 248.2 C).

La LO 5/2010 incluye entre las modalidades que “se considerarán estafa” la realización de operaciones de cualquier clase en perjuicio de los titulares de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos. El fundamento de esta modalidad de estafa, adaptada y ampliada a la nueva realidad de utilización indebida de tarjetas de crédito y medios de pago electrónico, sigue residiendo en la mayor facilidad que supone la utilización de estos medios para realizar la maniobra engañosa, dado que quien se vale de estos medios aparenta una situación de crédito que no responde a la realidad poniendo además en peligro la fiabilidad y credibilidad del tráfico mercantil. Además, la mayor facilidad con la que en la actualidad pueden producirse utilizaciones fraudulentas de estos medios de pago aconseja una mayor protección de sus titulares, y ello también frente a perjuicios que no estaban contemplados anteriormente, o podían darse únicamente de manera esporádica o residual. Por ello es necesario diferenciar, aunque sea de forma sintética, los distintos medios de pago a que se refiere el precepto citado, dado que tanto las formas comisivas como los efectos jurídico-económicos pueden variar en función del instrumento de pago utilizado.

Por tarjetas de crédito hay que entender las tarjetas emitidas por cualquier Entidad bancaria, financiera o de crédito, tanto nacional como extranjera, autorizadas para su emisión por la normativa bancaria que les resulte de aplicación, y mediante las cuales se otorga a su titular el

derecho a utilizarlas haciendo operaciones sobre una línea de crédito. Es irrelevante que se trate de una línea de crédito previamente concedida (como en el caso de la mayoría de las tarjetas de la marca VISA MASTERCARD/EUOCARD o SERVI CARD) o bien que se trate de una línea de crédito en principio indefinida, con lo que el cargo contra el crédito de la Tarjeta es autorizado singularmente por la Entidad emisora en el momento de realizarse cada operación (como ocurre en las tarjetas llamadas “de cargo” de la gama alta de AMERICAN EXPRESS o en las de la marca DINERS CLUB).

Por tarjetas de débito se entienden todas las tarjetas emitidas por una Entidad bancaria, o por cualquier otra entidad autorizada al efecto, cuya utilización actúa directamente sobre el saldo de la cuenta corriente a la que están vinculadas.²³ Entre las tarjetas de crédito y débito habrá que incluir también las tarjetas virtuales y cibertarjetas para su uso en la red, cada vez más extendidas.

Los cheques de viaje son documentos que expedidos por entidades financieras que pueden ser canjeados por efectivo en otro país, de acuerdo con los límites que rigen la expedición de estos documentos.

Por los datos obrantes en cualquiera de estos instrumentos de pago, hay que entender, con carácter general, cualquier información necesaria para poder operar con cargo a dichos instrumentos. Entre estos datos, para las tarjetas de crédito o débito, son fundamentales –sobre todo para el comercio electrónico–, los siguientes: a) el nombre y los apellidos del titular de la tarjeta, normalmente exigido tal y como figura en la misma; los dígitos que componen la numeración de las tarjetas de crédito o débito (normalmente comprendida entre los 16 dígitos, para las tarjetas VISA y MASTERCARD, y DISCOVER CARD, y los 20 dígitos, en las tarjetas AMERICAN EXPRESS); b) la fecha de caducidad de la tarjeta, expresada con dos cifras indicativas respectivamente del mes y del año de caducidad; c) el número de seguridad de la tarjeta, normalmente denominado código CCV2 o CIF, según el tipo de tarjeta a la que se refiera²⁴; d) la dirección de facturación de la tarjeta, cuando este dato sea requerido, por ejemplo, por sistemas de pago en Internet muy extendidos como PayPal; e) cualquier otra información requerida para la utilización de la tarjeta en el comercio electrónico, ya esté ésta contenida en el chip, ya se trate de claves bancarias on line en función de la Entidad emisora de la tarjeta –por ejemplo, claves de firma–, que

pueden estar más o menos estandarizadas a través del requerimiento, a la hora de realizar la transacción, de protocolos de seguridad que permiten el acceso directo a las claves de banca electrónica sólo conocidas por el titular de la tarjeta; tal es el caso, por ejemplo, de los sistemas Verified by Visa o Master Card Secure Code, que requieren el registro de la tarjeta en el sitio de banca electrónica de la entidad emisora de la tarjeta, o del asistente virtual VINI, cuya función es precisamente el control de seguridad ofrecido a las entidades adheridas a este sistema de verificación para la intermediación de las operaciones on line, a través de la creación de tarjetas virtuales de creación y utilización únicas, es decir, que son generadas solamente para efectuar una operación determinada on line en un contexto de máxima seguridad. Con la sofisticación de la seguridad de las tarjetas de crédito, habrá que atender además ahora, muy especialmente, a los datos personales encriptados en las modernas tarjetas que disponen de “chip”, que recoge la información relativa al PIN –o número de identificación personal–, destinado bien a su utilización en cajeros automáticos, bien en internet, bien a través de los servicios de banca telefónica. Además, hay que tener en cuenta que muchos sitios de banca electrónica o telefónica requieren claves de seguridad especial para ciertas operaciones, y que no coinciden con las claves utilizadas para las operativas habituales.

La Ley no contiene un *numerus clausus* de operaciones perjudiciales. Aunque la más común sea la disposición de dinero con cargo al saldo de la tarjeta, siendo irrelevante que lo que se realice sea una disposición o transferencia de efectivo, o una compra en comercio por Internet²⁵, caben también aquí otras operaciones posibles, que pueden resultar perjudiciales para el titular de la tarjeta, y, por tanto, típicas; entre ellas pueden mencionarse, sin ánimo de exhaustividad, la reducción del límite de crédito; la alteración del tipo de cambio y consiguiente aplicación de un tipo de cambio desventajoso para operaciones

realizadas en una divisa distinta a la de la línea de crédito de la tarjeta o de la cuenta asociada; la inclusión de la tarjeta como medio de pago automático en sitios on line que permiten el pago automatizado sin posterior verificación de la identidad de su titular²⁶; la realización de operaciones de cambio de amortización de la deuda acumulada en la tarjeta o de transferencia de efectivo a cuenta corriente del propio titular de la tarjeta, en la medida en la que dichas operaciones puedan resultar perjudiciales para éste, afectando bien a su plan de pagos, bien a su historial crediticio, e incluso cabría incluir como conducta típica el abono en la tarjeta de cantidades sospechosas de proceder de alguna actividad ilícita o de operaciones o países excluidos expresamente por el Reglamento de utilización de la Tarjeta²⁷, en la medida en la que esta clase de operaciones no sólo pudiera comprometer el historial crediticio de su titular –lo que ya fundamentaría, en mi opinión, el perjuicio típico–, sino que pudiera venir a constituir además un vehículo para financiaciones ilícitas.

La conducta típica se consuma con la realización de la operación reflejado o no en el correspondiente apunte contable de la cuenta asociada a la Tarjeta, y ello aunque la operación ya realizada fraudulentamente éste o se encuentre “en trámite” o “en fase de autorización” de acuerdo con el funcionamiento concreto del sistema informático. Ello debe entenderse de esta manera, porque ya en ese momento se produce el perjuicio con efectos jurídicos y económicos directos y cuantificables, entre los que pueden contemplarse la rebaja del límite de disponibilidad de la tarjeta en el caso de las tarjetas de crédito o la disminución del saldo disponible en las de débito, y aun efectos mayores cuando el período de autorización pueda alargarse más en el tiempo, como son la posibilidad de que sean aplicadas por la Entidad emisora de la tarjeta intereses más elevados, previstos para los casos de pago aplazado o fuera del período de liquidación de la tarjeta, la aplicación de posibles comisiones y/o intereses de

25. A su vez, debe considerarse también irrelevante para la aplicación del tipo penal examinado la modalidad comisiva concreta en que se efectúe la compra por Internet, mientras la conducta reúna los requisitos típicos de utilización indebida de los datos obrantes en la tarjeta de crédito o débito exigidos por el tipo. Así, por ejemplo, la compra puede realizarse: 1) introduciendo directamente los datos de la tarjeta de crédito en el sitio web del comercio, sin acciones posteriores por parte del autor; 2) introduciendo directamente estos datos y completando la compra a través de un sistema de verificación de datos que permita el acceso a la cuenta on line del titular de la tarjeta, como ocurre en la mayoría de sitios de banca electrónica adheridos a los protocolos de ciberseguridad de las principales tarjetas de crédito del mercado, como VISA Y MASTERCARD: tal es el caso, por ejemplo, de los protocolos de seguridad Verified by Visa o Mastercard Secure Code, y que pueden requerir que se rellenen otros datos adicionales, que pueden ser o no conocidos por el autor (en este caso, si la compra no llega a cargarse en la cuenta o en la tarjeta, deberá estimarse una tentativa acabada de la modalidad delictiva prevista en el art. 248.2 c), sin perjuicio de que pueda estimarse la consumación cuando la operación aparezca como “en trámite” o “en fase de autorización” (vid. infra); 3) realizando la compra u ordenando una transferencia a otra cuenta electrónica o incluso bancaria a través de las plataformas de pago por Internet (como PayPal, clickandbuy u otros similares), cuyo uso se ha generalizado muy rápidamente a nivel mundial en los últimos años), u operando en sitios web de comercio electrónico que contengan cuentas de usuario para realizar el pago –como por ejemplo, el sitio de la Tienda iTunes de Apple para compra de música–, una vez introducidos en dichas cuentas de pago por internet o en las cuentas de usuario de dichos sitios los datos de la tarjeta de crédito. Por el contrario, deberán considerarse atípicos, a los efectos del delito del art. 248.2 c, los casos de utilización indebida de la interfaz gráfica de usuario de los sitios de banca electrónica, o de utilización indebida de las cuentas de usuario (de PayPal u otras) para realizar pagos por internet en sitios de comercio electrónico, que produzcan un perjuicio para el titular de tales cuentas. Estas conductas podrán dar lugar, en la mayoría de los casos, a faltas o delitos de hurto y, en algunos casos, a delitos de descubrimiento y/o revelación de secretos, a delitos contra la propiedad industrial, o al delito de usurpación del estado civil, sin perjuicio de poder dar lugar también, en casos muy particulares, al delito de estafa informática del art. 248.2, de acuerdo con la interpretación que del mismo realizo en la nota 8 de este trabajo.

26. Entre estos sitios puede citarse, a modo de ejemplo, la plataforma de pago por Internet PayPal, así como otros sitios que contienen cuentas de usuario detalladas en los que figura la opción de compra por Internet, como por ejemplo los sitios de Amazon o la Tienda iTunes de Apple de descarga de música de pago.

27. A modo de ejemplo, pueden citarse los Reglamentos de de las Tarjetas de Crédito emitidas por una de las mayores Entidades financieras emisoras de tarjetas del mundo, CITIBANK. Así, el Reglamento de la Tarjeta de Crédito Citi Visa/Mastercard, de 1 de abril de 2010, para las Tarjetas VISA CITI CLASSIC y CITI ORO, así como CITI ADVANTAGE CLASSIC y CITI ADVANTAGE ORO, todas ellas tarjetas emitidas por CITIBANK ESPAÑA, S.A., establece expresamente que “Las Tarjetas no podrán ser utilizadas en ningún país donde la normativa estadounidense prohíba las relaciones comerciales” (art. 7 a del citado Reglamento); cabe notar que el Reglamento anterior de la Tarjeta establecía una limitación de uso que afectaba “a la realización de apuestas ilegales a través de Internet”. El Reglamento citado puede descargarse en la web <https://www.spain.citibank.com/forms/tarjetas/Reglamento.jsp>.

22. FERNÁNDEZ TERUELLO, J. G., en Comentarios a la reforma penal de 2010 (Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, dirs.), cit., pp. 285.

23. Entre éstas las más comunes son las tarjetas adheridas a los sistemas internacionales VISA/VISA ELECTRÓN, MASTERCARD/EUOCARD/MAESTRO/CIRRUS, y, entre otras, las tarjetas de la marca EUROCHEQUE, así como las tarjetas de débito no adheridas a los sistemas internacionales citados.

24. En la mayoría de las tarjetas de crédito, o crédito/débito en circulación, como las de las marcas VISA, MASTERCARD/EUOCARD Y DISCOVER CARD, el número de seguridad se denomina código de verificación y validación de la tarjeta, conocido universalmente por su acrónimo en inglés CCV2, consta de 3 dígitos y se encuentra impreso en el dorso de la tarjeta al final, debajo de la banda magnética, pudiendo ir precedido o no de otras serie de números. Las tarjetas AMERICAN EXPRESS siguen utilizando un número de 4 dígitos, impreso en la zona inferior derecha de la parte delantera de la tarjeta, debajo de la numeración de la misma, y denominado código CIF. Estos códigos, que fueron introducidos para mejorar la seguridad de las tarjetas en los sitios web, impiden la utilización on line de la tarjeta en la mayoría de sitios al lego en informática o matemáticas, pero su conocimiento resulta sin embargo de fácil acceso para los ciberdelincuentes hackers, una vez conocida la numeración de la tarjeta (ya que el número en cuestión no es sino el resultado de la aplicación a la numeración de la tarjeta del algoritmo de Luhn, y existen programas en la red de fácil acceso que se ocupan de calcularlo automáticamente, como el programa hack CCV2 Retriever. Este programa puede descargarse, por ejemplo, en la web www.programashack.com.

descubierto, etcétera, y cuya posterior retrocesión, en caso de denunciarse la estafa, debe contemplarse únicamente como un efecto de resarcimiento postdelictual, por parte de la Entidad financiera, de una conducta ya consumada. Por el contrario, cabrá la tentativa cuando, tras la introducción de los datos obtenidos para realizar la operación, ésta aparezca automáticamente no autorizada, sin que se derive de ello ningún perjuicio para el titular. La anulación de la tarjeta por parte de la Entidad emisora que resulte consecuencia directa de la conducta fraudulenta, comportando un perjuicio para su titular que éste no deba soportar —por ejemplo, la reducción del límite de crédito como medida de previsión automática— debe considerarse un perjuicio evaluable a efectos del CPE art. 248.2 c), y por tanto, dar lugar al delito contemplado en el mismo como infracción consumada.

Por último, llama la atención el hecho de que el legislador penal de 2010 no haya incorporado, entre estas nuevas conductas, la utilización de otras tarjetas emitidas por entidades financieras que pudieran contener datos bancarios de sus usuarios —como claves para operar on line—, o la utilización indebida de dichas claves, cualquiera hubiera sido la forma de su obtención.²⁸

Una prueba más de que el legislador va casi siempre —aunque sea poco— por detrás de la realidad —sea ésta la realidad física o la virtual—, es el olvido y consiguiente desprotección de todo un sector en auge en las transacciones por internet, surgido en paralelo a Paypal, y que intenta dar respuesta a la creciente demanda de anonimato en la red para la realización de ciertas transacciones que podríamos denominar “de riesgo”, y en torno a las cuales hay buenas razones de privacidad para preservar el anonimato. No se trata aquí de blanqueo de capitales ni mucho menos, sino de utilización de fondos en actividades lúdicas cuya bondad moral no siempre es compartida por los miembros del sistema social. Sin embargo, las transacciones relativas a este tipo de actividades “sensibles”, en la medida en que son lícitas en muchos países, deben merecer la misma protección del Derecho frente al fraude. Se trata, entre otros dispositivos de pago, de tarjetas virtuales de uso casi exclusivo en la red para realizar pagos anónimos en relación con la descarga de ciertos contenidos, la participación en apuestas deportivas o en casinos on-line, y otras actividades análogas, frente a las cuales puede constatarse una falta de protección casi absoluta de los usuarios, no ya sólo frente al posible “robo de datos”, sino en relación con la concreta utilización de la tarjeta o del título de pago en la red, precisamente frente a empresas virtuales ubicadas en servidores de

países en los que es prácticamente imposible ejercer cualquier reclamación. Pero esto constituye ya otro tema, precisado de actuaciones internacionales conjuntas para evitar abusos por parte de cierto tipo de empresas de muy dudosa reputación. En cualquier caso, y por lo que se refiere al objeto de este artículo, deberían haber sido incluidas también, a efectos del delito de estafa del art. 248.2 c) CPE, cualesquiera otras tarjetas, físicas o virtuales, que permitiesen el pago en Internet, del tipo de las tarjetas Safer Pay, Neteller, U-kash y otras, ya sean éstas prepagadas o recargables a través de alguna cuenta electrónica tipo clickandbuy, por ejemplo.

Por último, y ya en otro orden de cosas, considero que habría que haber prestado también atención al tratamiento jurídico-penal por la utilización indebida de otro tipo de tarjetas como tarjetas o dispositivos que constituyen títulos de transporte o instrumentos de pago por la utilización de carreteras u otros servicios, y cuya utilización fraudulenta comporta un perjuicio económico para su titular —como en el caso de las tarjetas o dispositivos de telepeaje (como el Via-T, en España)—, o para un tercero —como en el caso de los cupones de los abonos de transporte público individuales, de cuya utilización indebida puede considerarse que resulta un perjuicio económico para la entidad titular del medio de transporte en cuestión—.²⁹

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ANTES DE LA REFORMA DE 2010:

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Los delitos de estafa en el Código Penal, Madrid, 2004; FARALDO CABANA, Patricia. Los conceptos de manipulación informática y artificio semejante en el delito de estafa informática, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, 2007; GONZÁLEZ RUS, Juan José. “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 1, 1999. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M^a. L., Fraude informático y estafa: aptitud del tipo de estafa en el Derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos, 1991; MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. “Medios electrónicos de pago y delitos de estafa”, en MATA Y MARTÍN, R. M. / JABATO MARTÍN, A. M. (coords.), Los medios electrónicos de pago: problemas jurídicos, 2007, pp. 320-365; PÉREZ MANZANO, Mercedes. en (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. dir.), Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II, Madrid, 1998;

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La determinación del engaño típico en el delito de estafa, Madrid, 2004; RUILOBA, J.C., “La actuación policial frente a los déficits de seguridad de Internet”, IDP: Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 2, 2006. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias”, IDP: Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 3, 2006.

DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2010:

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Capítulo 30, Sección 7^a B., en (Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, coord.), Memento práctico. Penal 2011, Madrid 2011; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. “Estafas”, en Comentarios a la reforma penal de 2010 (Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA/José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, dirs.), Valencia, 2010, pp. 277-286. MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. en Comentarios al Código Penal (Manuel GÓMEZ TOMILLO, dir.), Valladolid 2010, pp. 964-981. MORALES GARCÍA, Oscar. “Delincuencia informática: intrusismo, sabotaje y uso ilícito de tarjetas (arts. 197.3 y 8, 264 y 248)”, en La reforma penal de 2010 (Gonzalo QUINTERO OLIVARES, dir.), Pamplona, 2010, pp. 181-219; MUÑOZ CUESTA, J., “Alcance de la reforma del Código penal por la LO 5/2010 en los delitos de hurto, robo y estafa”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 8, 2010, pp. 175-184. PASTOR MUÑOZ, Nuria. Capítulo 8, en (ORTIZ DE URBINA, Iñigo. coord.), Memento Experto. Reforma Penal 2010, Madrid 2010, pp. 197-238; SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a., “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, en Diario La Ley, número 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 4-6.

28. Estos casos podrían dar lugar, a lo sumo, a actos preparatorios de un delito de hurto. Sobre las dificultades que plantea la aplicación a estos casos de la estafa informática, vid. supra, especialmente las notas 5 a 7 y la bibliografía allí citada. ncia neta entre equidad y epiqueya apoyado en este doble enfoque no me parece totalmente pertinente.

29. No puede estimarse aquí un delito de usurpación del estado civil, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina mayoritaria sobre este delito, pues se trata de una utilización única que no persigue, además, la suplantación de la identidad, sino únicamente el disfrute general del derecho a utilizar un medio de transporte público. Tampoco cabe estimar aquí, por atípica, una conducta de simple polizonaje.