

IN MEMORIAM: ALBERT CALSAMIGLIA *

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

1. INTRODUCCIÓN



L día 21 de julio de 2000 moría en Barcelona el profesor Albert Calsamiglia Blancafort a los 51 años de edad. De esta irremediable manera perdimos a un académico en un momento de gran madurez intelectual y, algunos de nosotros, perdimos a un amigo entrañable. Los últimos meses de su vida, plenamente consciente de la gravedad de su enfermedad, los vivió con una entereza de ánimo y un coraje ante la muerte solamente inteligibles en una persona que era capaz de contemplar, con una lucidez admirable, su vida pasada como una experiencia que había merecido la pena recorrer con plenitud y con generosidad. Aunque no sea consuelo suficiente, nos queda su recuerdo.

Estas páginas van dedicadas a ofrecer una sucinta presentación de Albert Calsamiglia y de su obra iusfilosófica. Para tal fin, presentaré, en

* Agradezco a Ernesto Garzón Valdés, Marisa Iglesias, Josep Lluís Martí, Neus Torbisco y Josep Maria Vilajosana las valiosas sugerencias que realizaron a una versión previa de este trabajo.

primer lugar, unas breves notas biográficas, en segundo lugar, un esbozo de sus contribuciones más destacadas a la filosofía jurídica, dividida en tres etapas: a) sus consideraciones sobre la ciencia jurídica, a partir de su tesis doctoral sobre Hans Kelsen (*vid.* [2] y [3]); b) su crítica de algunas tesis básicas del positivismo jurídico, y c) su filosofía política. Finalmente, añadiré una bibliografía, completa hasta donde mi indagación ha podido alcanzar, de sus trabajos.

2. BREVES NOTAS BIOGRÁFICAS

Albert Calsamiglia nació el 12 de febrero de 1949 en Barcelona. Sus padres, Josep Maria Calsamiglia¹ y Camil.la Blancafort², supieron crear un clima familiar –tuvieron ocho hijos–³ abierto a todas las manifestaciones de la cultura, de manera que su casa se convirtió en lugar de reunión y seminarios para los filósofos más cercanos en edad a Pep Calsamiglia o para los más jóvenes –Manuel Sacristán, José María Valverde, entre los

¹ Josep Maria Calsamiglia, Pep Calsamiglia como era conocido, cursó estudios de Derecho y Filosofía y se incorporó como auxiliar de cátedra a la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Barcelona durante la segunda República. El año 1939 fue depurado y desposeído de su cargo de auxiliar de cátedra en la Universidad. Como es sabido, costaría muchos años recuperar el impulso intelectual de la época republicana (dado que muchos se habían exiliado y los que habían quedado no tenían medios para comenzar de nuevo). Aún así, Pep Calsamiglia organizaba seminarios, emprendía arriesgadas iniciativas editoriales, que desembocarían en la Editorial Ariel, o asesoraba la colección de textos filosóficos de la Editorial Laia (junto con Pere Lluís Font y Josep Ramoneda, en un proyecto impulsado por Alfons Comín) que permite disponer de los escritos más relevantes de la historia de la filosofía, en lengua catalana; y a fines de los sesenta cuando se crea la Universidad Autónoma de Barcelona, comienza a impartir cursos de Filosofía primero en Sant Cugat y luego en Bellaterra, hasta el final de su vida en 1982. Una semblanza de Pep Calsamiglia puede hallarse en Jordi Maragall i Noble, «Pròleg» en Josep Maria Calsamiglia, *Assaigs i Conferències* (Barcelona: Ariel, 1986), pp. 7-17.

² Camil.la Blancafort, hija del conocido músico catalán Manuel Blancafort. La música formaría siempre una parte importante de la cultura de Albert Calsamiglia. Por esta razón, y con algo de ironía, algunas veces decía que la crítica que más le había dolido no era ninguna de las referidas a sus ideas iusfilosóficas, sino la siguiente: «Las supuestas familiaridades entre la interpretación musical y la interpretación de una ley, evocadas brillantemente hace mucho tiempo por J. Frank ..., ha sido retomada recientemente por R. Dworkin y A. Calsamiglia con escaso acumen musical» (la crítica es de Roberto J. Vernengo, *La interpretación literal de la ley*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, 2.ª ed. ampliada), p. 16 nota 9.

³ De los cuales, además de Albert, tres son profesores universitarios: Helena (profesora titular de Filología española en la Universidad Pompeu Fabra), Xavier (catedrático de Economía también en la Universidad Pompeu Fabra) y Sergi (profesor titular de Producción Animal en la Universidad Autónoma de Barcelona).

primeros y, entre los segundos, Xavier Rubert de Ventós, Eugenio Trías, por ejemplo—.

En este ambiente, repleto de incentivos para la ingenua curiosidad de los niños, creció Albert Calsamiglia. Decidió estudiar la carrera de Derecho y obtuvo el grado de licenciado el año 1971 en la Universidad de Barcelona. Se doctoró en Derecho, el año 1975, por la Universidad Autónoma de Barcelona, con una tesis doctoral sobre Kelsen (*vid.* [2] y [3]) dirigida por Juan Ramón Capella⁴. Después de varios puestos de profesor contratado en la Universidad Autónoma de Barcelona, obtendría la plaza de profesor adjunto numerario de Filosofía del Derecho, en una de las últimas oposiciones a adjuntías (puesto que la Ley de Reforma Universitaria de 1983 suprimió ese tipo de oposiciones, así como el propio cuerpo de Adjuntos que fue sustituido por el de Profesores Titulares). Hasta 1986 continuaría en la Universidad Autónoma de Barcelona, en dicho año obtuvo la cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Barcelona, donde ejerció la docencia durante cuatro años. En 1990 es llamado a formar parte de la Comisión Gestora que tuvo el encargo de diseñar y fundar la nueva Universidad Pompeu Fabra, bajo la dirección del profesor Enric Argullol —que después sería, y es todavía, su Rector— y a la que se incorporaría como catedrático, después del período inicial en comisión de servicios, en el año 1991.

La *Universitat Pompeu Fabra*, me refiero a la realización de un proyecto de un centro académico de calidad por lo que se refiere a la docencia y a la investigación, constituyó una ilusión permanente en los diez últimos años de la vida de Albert Calsamiglia. Desplegó durante este tiempo una actividad intensa, tanto por lo que se refiere al diseño del plan de estudios de Derecho y de su cuerpo inicial de profesores, como a la creación de un grupo de Filosofía del Derecho, guiado siempre por el objetivo de la excelencia académica. Para tal fin, no dudó en comenzar él mismo por pasar largas estancias (que superan los dos años en total) en la Universidad de Oxford y de esta manera consiguió familiarizarse con la filosofía jurídica

⁴ Juan Ramón Capella era el único de los filósofos del Derecho en Cataluña que conocía profundamente dos corrientes de pensamiento muy influyentes en el mundo en aquel momento: la filosofía analítica y el marxismo, siguiendo la senda establecida por Manuel Sacristán. Pueden recordarse ahora, respectivamente, sus trabajos *El derecho como lenguaje* (Barcelona: Ariel, 1968) y *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas* (Barcelona: Fontanella, 1970). Por otra parte, la Universidad Autónoma de Barcelona había sido creada unos pocos años antes, con lo que Albert Calsamiglia fue, por una parte, uno de sus primeros doctores en Derecho y, por otra parte, uno de los jóvenes profesores que participó en los momentos fundacionales (experiencia que repetiría, como se verá, en la *Universitat Pompeu Fabra*).

más destacada de la actualidad. Además recurrió a aquellos que, por tener más experiencia y por haber realizado aportaciones importantes en sus esferas, podían significar un modelo y una ayuda para trazar el camino a seguir. En este punto, la ayuda de algunos filósofos del Derecho argentinos, que habían conseguido estar en el núcleo de las discusiones contemporáneas desde algunos años antes, fue determinante. Me referiré brevemente a cuatro de ellos. En primer lugar Ernesto Garzón Valdés, que ha ocupado y sigue ocupando un lugar sin el cual poco se comprendería de la evolución de una parte importante de la filosofía jurídica española de los últimos veinticinco años. También Carlos Santiago Nino, que hasta su temprana y lamentable muerte en 1993, fue en varias ocasiones Profesor Visitante en la *Universitat Pompeu Fabra*⁵. Garzón Valdés y Nino señalarían una de las vías en las que se ha realizado parte del trabajo del grupo, fundamentalmente en filosofía política. Para la otra vía, la teoría general del Derecho, hay que destacar la ayuda de Eugenio Bulygin y la incorporación de Ricardo Caracciolo (discípulo también de Ernesto Garzón), como Profesor Visitante durante los cuatro primeros cursos académicos completos en la *Universitat Pompeu Fabra*, una colaboración que no se ha interrumpido⁶. Muchas veces oí contar a Albert Calsamiglia cómo él concebía el grupo de Filosofía del Derecho que había formado como un grupo con dos soportes, uno en la teoría del Derecho de matriz analítica y otro en la filosofía política enraizada en el liberalismo igualitario. Para tal fin, hizo todo lo posible para urdir y fortalecer las relaciones internacionales del grupo en estas dos líneas⁷, sin olvidar la ya muy estructurada relación con otros grupos espa-

⁵ A ello hay que añadir la importancia que para el grupo de dicha Universidad tuvieron las incorporaciones como Profesor Titular de Jorge Malem, discípulo de Ernesto Garzón y las estancias como Profesores Visitantes de alguno de sus discípulos más jóvenes como Eduardo Rivera López o de algunos discípulos de Carlos Santiago Nino, como Carlos Rosenkrantz y Roberto Gargarella.

⁶ En la línea de Bulygin y Caracciolo, la *Universitat Pompeu Fabra* incorporó primero como Profesor Visitante y después como Profesor Titular a Pablo Navarro y cuenta con Daniel Mendonca como Visitante. A ellos hay que añadir, porque de hecho trabajaron en la misma línea y en plena colaboración con los anteriores, aunque no formaran parte de la Pompeu Fabra en sentido estricto, a Cristina Redondo y al autor de esta nota.

⁷ Destacaré sólo dos: en filosofía política, se fortalecieron las relaciones con la Law School de la Universidad de Yale (en especial con Owen Fiss y Robert Burt) y desde hace cinco años miembros del grupo participan anualmente en la Conferencia de Teoría Política y Constitucional que, bajo los auspicios de la Universidad de Yale, reúne a académicos de dicha Universidad, de España, de Argentina y de Chile. En teoría del Derecho analítica el grupo de Filosofía del Derecho de la *Universitat Pompeu Fabra* disfruta también desde hace cinco años de una acción integrada con el grupo de filosofía jurídica del *Dipartimento di Cultura Giuridica «Giovanni Tarello»* de la Universidad de Génova

ñoles de filosofía del Derecho que trabajan desde presupuestos cercanos⁸. E hizo también todo lo posible para que las líneas de investigación que se desarrollaran en el grupo transitaran por estas dos vías⁹. A diez años de distancia, puede decirse, con verdad, que tal objetivo se ha alcanzado de manera razonable.

A este rápido recorrido por los últimos veinticinco años de actividad académica de Albert Calsamiglia corresponden también los años en los cuales contrajo matrimonio y tuvo cuatro hijos. Su esposa, Silvia Mendlewicz, y sus hijos Susana, Gabriel, Víctor y Óscar pueden dar cuenta de cómo supieron crear un clima familiar enriquecedor y plural, a la vez personalmente exigente con los talentos de cada uno y atento a las necesidades particulares de cada momento¹⁰.

3. ALBERT CALSAMIGLIA EN SU OBRA

a) La crisis de la ciencia jurídica

El interés de Albert Calsamiglia en la ciencia jurídica procede fundamentalmente del hecho de haber dedicado su tesis doctoral al estudio de algu-

(del que son responsables Riccardo Guastini y Paolo Comanducci), que ha dado lugar a multitud de publicaciones conjuntas y de debates intensos.

⁸ Vale la pena destacar la especial relación del grupo de Albert Calsamiglia con los grupos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad Carlos III, la Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad de Valencia.

⁹ Las tres tesis de doctorado que Albert Calsamiglia dirigió respondían a estos dos ejes y a sus preocupaciones más genuinas: Josep Maria VILAJOSANA, *Identidad del orden jurídico y régimen político*, 1993 [publicada después como *El significado político del Derecho* (México: Fontamara, 1997)], que responde todavía, por lo que a Calsamiglia se refiere, a algunas de las preocupaciones que le habían quedado de su estudio sobre Kelsen; Marisa IGLESIAS, *El problema de la discreción judicial: El enfoque epistémico*, 1997, publicada como *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999), este trabajo respondía con creces a la convicción de su director acerca de la inadecuación de algunos aspectos centrales del positivismo jurídico y a la necesidad de una valoración adecuada del impacto de la teoría jurídica de Ronald Dworkin; Neus TORBISCO, *Derechos colectivos y minorías culturales. Un enfoque liberal*, 2000; una tesis leída a fines de noviembre y que, por lo tanto, Albert Calsamiglia no pudo ver terminada, pero que respondía claramente a algunas de sus últimas preocupaciones relativas a la necesidad que experimentaba de ampliar las fronteras del liberalismo para dar cuenta en la teoría de, entre otras cosas, la presencia de vínculos «prepolíticos» que no pueden, en su opinión, dejarse de lado.

¹⁰ Albert estaba especialmente orgulloso de cómo decidieron compartir su entusiasmo y le siguieron en sus aventuras oxonienses.

nos aspectos de la obra de Hans Kelsen. Entre su trabajo de tesis doctoral [2] y su segundo ejercicio de cátedra en 1986, [16], la mayoría de sus estudios van dedicados a esta cuestión, a la que también más tarde regresaría con visiones más de conjunto, *vid.* [49] para la ciencia jurídica y [65] para Kelsen.

Aunque ahora pueda parecerlo, no era una elección trivial ni falta de significación que un joven estudioso en filosofía jurídica eligiera, en el año 1971, la obra de Kelsen como objeto de su tesis doctoral. Antes de la guerra civil, como es sabido, la obra de Kelsen había tenido un cierto impacto en el pensamiento jurídico español, de la mano de Luis Legaz y Lacambra, Luis Recasens Siches y Josep Xirau. Sin embargo, después de la guerra civil, Kelsen era contemplado como parte del bagaje intelectual de los vencidos y, en consecuencia, fue arrinconado y menospreciado. Como recuerda el propio Calsamiglia ([65], p. 199): «Gracias a Norberto Bobbio y a los esfuerzos de algunos jóvenes profesores, por ejemplo, Juan R. Capella, Elías Díaz, Luis García San Miguel y Gregorio Peces-Barba, la teoría pura del Derecho devino conocida de nuevo, aunque sólo después de un paréntesis de cerca de treinta años.»

El trabajo de Calsamiglia dedicado a Kelsen [2], vislumbra un problema, que de hecho recorre todo el libro de Calsamiglia, y que después ha dado lugar a una larga discusión entre los estudiosos de Kelsen, pero que entonces había sido solamente planteado con claridad, hasta donde yo sé, en un trabajo de Roberto J. Vernengo¹¹, que Calsamiglia no conocía. El problema es el siguiente: según Kelsen, una norma N pertenece a un sistema jurídico S y, por lo tanto, es válida, si ha sido dictada por un órgano competente. En virtud de ese criterio, no puede sostenerse la pertenencia a los sistemas jurídicos de normas nacidas de actos irregulares (leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, sentencias *contra legem*, etc.). Sin embargo, este tipo de normas se usan, a menudo, como justificaciones *jurídicas* de acciones y decisiones que tienen lugar en los grupos sociales. La conocida *solución* de Kelsen al problema, según la cual todas las normas de autorización tienen una estructura alternativa: autorizan a un órgano determinado, mediante un procedimiento y sobre determinada materia a dictar normas o bien a otro órgano, mediante otro procedimiento y sobre otra materia; provoca graves problemas en la teoría pura; puesto que si cualquiera puede, con cualquier procedimiento y sobre cualquier materia dictar

¹¹ Roberto J. VERNENGO, «La función sistemática de la norma fundamental» en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I-II (1960): 207-225.

normas válidas, entonces la estructura jerárquico-dinámica del Derecho es una quimera¹².

Desde el comienzo del libro, Calsamiglia se siente perplejo con la *solución kelseniana* ([2], p. 35): «Si existe contradicción entre la norma superior y la norma inferior, lo lógico y coherente sería no atribuir validez a esa norma inferior que contradice a la superior. Pero Kelsen no opera de este modo porque en los ordenamientos jurídicos lo que prevalece en último término es lo efectivo o lo que aplican realmente los funcionarios públicos habilitados para ello.» Hacia el final del libro concluye ([2], pp. 172-3): «El Kelsen positivista no puede negar carácter jurídico a normas ilegales pero efectivas, precisamente porque estas normas se aplican o se obedecen en una sociedad determinada. Parece bastante claro que la concepción gradual del ordenamiento jurídico funciona sólo en el caso de que los órganos estatales actúen regularmente. Esto no se produce siempre y la historia podría dar razón de ello, pero en el momento en que se rompe con la legalidad aparecen un gran número de problemas que la teoría pura no puede resolver por sí misma y ha de acudir a los hechos.»

En muchos otros pasajes del libro se hallan afirmaciones de este tenor (por ejemplo, [2], pp. 100, 107, 167, 198-9) que, correctamente, intuían un

¹² Con posterioridad al trabajo de Albert Calsamiglia, puede verse la discusión generada por este punto en Carlos S. NINO, «El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del Derecho» en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (Buenos Aires: Astrea, 1976), pp. 131-144. J.W. Harris, «Kelsen's Concept of Authority» en *Cambridge Law Journal*, 36 (1977): 353-363. Paul Amselk, «Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique» en *Revue de Droit Publique*, 94 (1978): 5-19. Stanley L. PAULSON, «Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory» en *Cambridge Law Journal*, 39 (1980): 172-193. G. Maher, «Customs and Constitutions» en *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (1981): 167-176. Ricardo A. GUIBOURG, *Derecho, sistema y realidad* (Buenos Aires: Astrea, 1976). Inés WEYLAND, «Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflict» en Richard Tur, William Twining (eds.), *Essays on Kelsen* (Oxford: Oxford University Press, 1986), pp. 249-272. Juan RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990). José Juan MORESO, «Sobre normas inconstitucionales» en *Revista española de Derecho Constitucional*, 38 (1993): 81-116. Eugenio BULYGIN, «Cognition and Interpretation of Law» en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 11-38. Carlos S. NINO, «Marshall's "Logic" and Kelsen's "Problem"» en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*. (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 219-230. Sandro NANNINI, «Legal Validity and Conformity to Law» en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 231-246. Juan RUIZ MANERO «On the Tacit Alternative Clause» en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 247-256. Letizia GIANFORMAGGIO, «Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?» en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 257-273. Paolo COMANDUCCI, «Kelsen e la clausola alternativa tacita» en Paolo Comanducci, *Assagi di metaetica due* (Torino: Giappichelli, 1998), pp. 139-158.

grave problema para la teoría pura del Derecho. Parece que este problema conceptual producía en Calsamiglia un escepticismo acerca del proyecto kelseniano de fundar una ciencia jurídica *pura*, en el sentido de libre de adherencias valorativas, como había en las doctrinas del Derecho Natural, y exenta de consideraciones sociológicas, ajenas al *Sollen* que debía ser el objeto de la ciencia jurídica.

Un escepticismo que se iría acrecentando a medida que observaba con mayor detención lo que era la ciencia jurídica de hecho: la dogmática jurídica (*vid.*, por ejemplo, los trabajos [5], [6], [18], [19]). Hubo otro factor que llevó a Calsamiglia a descreer de la utilidad de modelos de ciencia jurídica alejados de lo que de hecho acostumbra a hacer los juristas. Se halla muy bien descrito en el capítulo primero de [16], en el cual toma en cuenta la evolución contemporánea de la filosofía de la ciencia, en particular de la obra de Thomas S. Kuhn, Imre Lakatos y Paul Feyerabend que, a partir de los años sesenta, habían insistido en la importancia del contexto de descubrimiento y de la conformación de las comunidades científicas para la comprensión adecuada del avance del conocimiento científico. En [16], Calsamiglia trata de ofrecer una visión fiel de la dogmática jurídica, de sus presupuestos y de sus diversas funciones, cognoscitivas y prescriptivas. No es que se sintiera plenamente satisfecho con el retrato que obtuvo, pero como él escribió: «el conocimiento de lo que realmente hace la comunidad dogmática es necesario para construir un proyecto de modificación» ([2], p. 144). Como veremos más adelante, él deseaba una comunidad jurídica más abierta en un doble sentido: más consciente de los presupuestos filosófico-morales con los que trabaja, para poder someterlos a revisión si es preciso, y más atenta a las consecuencias económico-sociales de sus propuestas, para no formular propuestas casi siempre en el vacío¹³.

b) La crisis del positivismo jurídico

Tal vez uno de los trabajos más conocidos de Calsamiglia sea su «Ensayo sobre Dworkin» [10] que apareció, como introducción, en la versión castellana de *Taking Rights Seriously*. Es difícil exagerar la importan-

¹³ De hecho, eran preocupaciones cercanas a las que había expresado Carlos Santiago NINO en, por ejemplo, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (México: UNAM, 1974) y *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica* (Valencia-Venezuela: Universidad de Carabobo, 1979).

cia que en la filosofía jurídica de los últimos veinte años ha tenido este libro. En el mundo anglosajón, representó un desafío al modelo iuspositivista elaborado por H. L. A. Hart y, todavía hoy, es difícil abrir una revista especializada de filosofía del Derecho que no se refiera, de un modo o de otro, a algún aspecto de dicho desafío. Pues bien, a Calsamiglia debemos la suerte de contar con una de las primeras traducciones de dicha obra y de su introducción a una cultura jurídica distinta. Éste es un rasgo sobresaliente en la trayectoria intelectual de Calsamiglia, estaba siempre alerta de dónde se producía un *seísmo* teórico, para tratar de que no pasara desapercibido. A partir de la valoración positiva de la obra de Dworkin, Calsamiglia desarrolló en una serie de trabajos (por ej., [13], [32], [33], [39] [45] y, sobre todo, [53], [55] y [56]) un conjunto de ideas que trataban de mostrar la inadecuación de algunos de los postulados básicos del positivismo jurídico y defendió lo que se conoce como una forma de *postpositivismo*.

El postpositivismo de Calsamiglia se fundamentaba en la idea de que ha habido un desplazamiento de los problemas de la agenda iusfilosófica que ha hecho de las respuestas iuspositivistas respuestas poco adecuadas para nuestras preocupaciones del presente (me guiaré, fundamentalmente, en las ideas de Calsamiglia tal y como aparecen en [56]). Por una parte, la combinación entre la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la discreción judicial o tesis de los límites del Derecho ofrecía los siguientes corolarios: podemos conocer la calificación normativa de determinados comportamientos, con arreglo a determinado sistema jurídico, en la medida en que podamos establecer el contenido de una pauta jurídica que regula ese comportamiento y que podamos identificar dicha pauta con algún criterio relativo a su origen en una fuente social: en algún acto humano de creación normativa; ahora bien, si el contenido de dicha pauta está indeterminado, o bien no contamos con ningún criterio claro para identificar la pauta, entonces —de acuerdo con la doctrina hartiana— ese supuesto se halla indeterminado y los jueces, encargados de la aplicación del Derecho, tienen discreción. La crítica de Calsamiglia sigue la doctrina dworkiniana: necesitamos una teoría jurídica que nos proporcione criterios para decidir con arreglo al Derecho, también en los casos de indeterminación, en los denominados *casos difíciles*. Si la doctrina positivista no nos suministra esos criterios, tenemos una buena razón para dudar de la adecuación de dicha doctrina.

Por otra parte, la otra tesis del positivismo jurídico hartiano, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, también es sometida

da a la crítica. Ahora bien, ¿qué sucede cuando es el propio Derecho el que decide incluir pautas cuya identificación requiere necesariamente hacer uso del razonamiento moral? ¿Cómo debe entenderse entonces la tesis iuspositivista de la separación? Calsamiglia, ante dicha situación, sigue de nuevo a Dworkin y sugiere abandonar la tesis. Por lo que recuerdo de mis conversaciones con él, tampoco la solución denominada *Inclusive Legal Positivism*, le parecía muy atractiva, pero —que yo sepa— nunca la tomó en cuenta en sus escritos¹⁴.

Sea como fuere, pensaba que había buenas razones para poner en duda el andamiaje conceptual del positivismo jurídico y que debía ser sustituido por un enfoque como el de Dworkin: un enfoque *interpretativo* para el Derecho.

Aunque sea brevemente, vale la pena destacar que Calsamiglia escribió también una serie de trabajos (por ejemplo, [22], [24], [29], [30] y [40]) tendentes a mostrar que la eficiencia, en el sentido que dicha noción tiene en el análisis económico, debe ser otro de los criterios a tener en cuenta para juzgar la adecuación de la política legislativa y, de hecho, de la política jurídica en general. La tesis de Calsamiglia es la siguiente: de forma análoga a como una sociedad que distribuye sus recursos desigualmente es una sociedad injusta, una sociedad que asigna los recursos de manera ineficiente, pudiendo hacerlo de otra manera, es también una sociedad injusta.

c) **La crisis del liberalismo. Los rudimentos de una concepción republicana de la justicia**

Desde muy temprano Calsamiglia se sintió atraído por diversas cuestiones de filosofía moral y política. Sin embargo, sus primeros trabajos sobre estas cuestiones estaban dedicados a temas puntuales: la justificación de la guerra y la cooperación ([9], [12], [17]), la igualdad ([26]), la eutanasia ([41], [52], [63]), etc. Ahora bien, en los últimos años Calsamiglia fue desarrollando los rudimentos de lo que, en mi opinión, conducía a una concepción republicana de la justicia y que culminaron en la publicación de su último libro, *Cuestiones de lealtad* [64]. El republicanismo es una concep-

¹⁴ La mejor defensa sistemática del positivismo jurídico inclusivo se halla en W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

ción de la justicia con conocidas y honorables raíces históricas, pero que ha recibido una nueva presentación en los últimos años¹⁵. Parece, incluso, que puede considerarse un lugar de encuentro entre determinadas versiones del comunitarismo, más ponderadas que las primeras versiones fieramente anti-liberales, y algunas versiones liberales disconformes con algunos elementos de su tradición. No es de extrañar, por esta razón, que las dos obras más destacadas y recientes de la concepción republicana, procedan respectivamente de la crítica comunitarista, la de Michael Sandel¹⁶, y de un cierto liberalismo igualitario reformado, la de Philip Pettit¹⁷. No es que Calsamiglia dijera nunca que su concepción era una versión del republicanismo, pero creo —como, sucintamente, trataré de argumentar— que ésta es una interpretación adecuada de sus intuiciones.

Así, uno de los argumentos de Michael Sandel es el siguiente: en las discusiones sobre economía, el debate suele plantearse entre conservadores, que defienden algo como el valor de la eficiencia entendida como maximización de la riqueza y liberales —en el sentido que este término tiene en Estados Unidos, digamos, progresistas—, que insisten en la redistribución de la riqueza. Pues bien, Sandel nos recuerda que existe otra tradición, la de Thomas Jefferson, que contempla los argumentos relativos a la justa asignación de recursos económicos, en términos de qué asignación de recursos es más conveniente para cultivar las cualidades del carácter que equipan a los ciudadanos para el autogobierno¹⁸. De una forma análoga, Calsamiglia había insistido en algunos de sus trabajos (*vid.*, por ejemplo, [27] y [40]) en la insuficiencia del modelo liberal de *homo economicus*. Como afirma en [64] (p. 59): «El modelo de la lealtad es contrario al modelo mercantil, porque —entre otras razones— desconfiaba de la continuidad entre el interés individual y el interés colectivo. No cree posible mantener la idea de que los individuos egoístas puedan comportarse moralmente precisamente porque carecen de motivación para ser altruistas.»

¹⁵ Una muy buena presentación de conjunto del nuevo *republicanismo* se halla en Roberto GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls* (Barcelona: Paidós, 1999), cap. 6.

¹⁶ Michael SANDEL, *Democracy's Discontent*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996).

¹⁷ Philipp PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford: Oxford University Press, 1997), trad. castellana de Toni Domènech, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Barcelona: Paidós, 1999).

¹⁸ *Vid.*, en este sentido, las consideraciones de Sandel acerca de la legislación y la jurisprudencia surgida en torno a la legislación antimonopolística en Estados Unidos. Michael SANDEL, «The Constitution of the Procedural Republic: Liberal Rights and Civic Virtues» en *Fordham Law Review*, 66 (1997): 1-20.

Veamos, en una síntesis apresurada, el esqueleto de su trabajo ([64]): en una sociedad regida por los principios clásicos del liberalismo, no hay esperanzas de evitar los comportamientos corruptos y no las hay porque dichos principios no proporcionan motivaciones suficientemente estables para evitar comportamientos estratégicos, como los del *freerider*. Es preciso, según Calsamiglia, hallar otras fuentes alternativas que eviten, de manera estable, dichos comportamientos y esas fuentes se hallan, concretamente, en la generación de lazos de confianza, en la *lealtad*, entre los gobernantes y entre los gobernados que les conduzcan a la participación y a la crítica en los asuntos del gobierno, es decir, que establezcan las bases del autogobierno, el ideal fundamental de la concepción republicana de la justicia. Ello lleva a desdibujar algunos de los aspectos liberales que conducían a una neutralidad que, ahora, le parece a Calsamiglia desmedida. Así ([63, p. 63]): «El Estado debe educar en los valores colectivos que hacen posible la autonomía. Una posición liberal excesivamente preocupada por la neutralidad ha llevado a una auténtica suspensión colectiva de la actividad educativa en los valores básicos de la comunidad liberal y democrática. El mantenimiento de la cultura liberal exige poner énfasis no sólo en las preferencias sino también en los deberes de los ciudadanos y en la educación liberal.» Consecuente con este punto de vista, Calsamiglia piensa que no es buena estrategia plantear todas las demandas sociales en términos de derechos fundamentales de las personas e insiste en que muchas de las cuestiones importantes en nuestras sociedades (él piensa en las expectativas de respeto a las identidades culturales) deben resolverse no por la apelación al lenguaje de los derechos básicos, sino por la apelación al lenguaje de la participación democrática. Además, Calsamiglia considera que una concepción como la que sostiene de la lealtad exige hacer lugar a algunas demandas del *nacionalismo*. La razón es, tal vez, la siguiente, sólo es posible edificar una comunidad que aspira al autogobierno en la medida que dicha comunidad presuponga un trasfondo cultural y social homogéneo: cuanto más *lejos* culturalmente están de nosotros nuestros compatriotas, más difícil es establecer con ellos lazos de lealtad. Ello conduce, en el capítulo final ([64], cap. 5), a una crítica al universalismo de la doctrina liberal y a una defensa del particularismo.

Si uno lee el compendio que aparece como apéndice al libro de Pettit, entenderá que hay muchos vínculos entre la concepción defendida por Cal-

samiglia y el republicanismo. Por ejemplo, esta es una de las tesis de Pettit¹⁹: «Conseguir una civilidad ampliamente difundida monta tanto como conseguir una pauta de confianza personal ampliamente difundida — una pauta, sostenida por una creencia en la civilidad, de confiada seguridad mutua— y significa el establecimiento de una sociedad civil floreciente.»

Considero, sin embargo, que, por una parte, el trabajo de Calsamiglia se hubiera beneficiado de la exploración de las posibilidades que ofrece la idea de Pettit de libertad republicana, como no-dominación, una noción entre las nociones de la libertad negativa y la libertad positiva²⁰; y, por otra parte, albergo muchas dudas acerca de la plausibilidad del particularismo liberal que defiende Calsamiglia: una cosa es distinguir entre deberes morales relativos al agente y deberes morales neutrales (yo tengo el deber de cuidar de mi hija cuando llora por la noche, pero no el de cuidar del hijo de mi vecino, éste es un deber dependiente del hecho de que soy el padre de mi hija), puesto que los deberes morales relativos al agente son universalizables y otra cosa bien distinta es que la pertenencia a una comunidad establezca el límite de mis deberes morales, de hecho, necesitamos una concepción de la justicia adecuada para las sociedades cada vez más multiculturales en las que vivimos y, en dichas sociedades, la confianza mutua habrá de basarse en ideales que todos podamos compartir: sospecho que los ideales universales del liberalismo igualitario.

Sea como fuere, en su último libro Calsamiglia nos fuerza de nuevo a repensar los fundamentos más arraigados de nuestras concepciones. En realidad, ése era un rasgo principal de su carácter intelectual: nunca estuvo apegado a ningún dogma, a ninguna escuela, a ningún autor (de hecho, a menudo recordaba cuánto le gustaba leer a autores alejados de sus coordenadas, para enriquecer su propio punto de vista). Le gustaba mucho la obra de Isaiah Berlin y, en concreto, su conocida división de los pensadores en dos categorías: los zorros, que conocen muchas cosas, y los erizos, que saben sólo de una gran cosa. Como Berlin, prefería la categoría de los zorros y descreía de los sistemas capaces de abarcar de una forma coherente todas las creencias y los valores de uno. Obviamente, éste no es el lugar para debatir acerca de las ventajas e inconvenientes de ambas categorías. Baste con recordar aquí que Calsamiglia ejemplificó excelentemente la categoría de pensador que él mismo y Berlin preferían, la del

¹⁹ Philip PÉTIT, *Republicanism*, supra en nota 17, tesis 10 al cap. 8, p. 363.

²⁰ *Ibidem*, primera parte.

curioso que espera hallar algo de luz en todas las concepciones, y que no espera que los fragmentos conceptuales que posee encajen perfectamente para atreverse a mostrar algo valioso de lo que ha alcanzado.

Lamentablemente, no habrá ya ocasión de volver a discutir con él estas cuestiones. En mi caso particular, siento con un gran pesar que su muerte coincidiera con mi incorporación a la Universitat Pompeu Fabra, una incorporación por él concebida tiempo atrás como una forma de fortalecer aún más la ya antigua relación intelectual y personal que nos unía. Sin embargo, es verdad que nos queda su legado, una afortunada combinación de exigencia en lo intelectual y cercanía en lo personal, que trataremos de administrar con rectitud y generosidad.

BIBLIOGRAFÍA DE ALBERT CALSAMIGLIA ²¹

- [1] «Hans Kelsen: ensayo para una crítica interna» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. XVIII, 50-51 (1974): 519-536.
- [2] *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, (Barcelona: Ariel, 1978).
- [3] *Contribución a un estudio crítico de la teoría kelseniana* (Barcelona: Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona. Resúmenes de Tesis doctorales, 1979).
- [4] «Prólogo» en Hans Kelsen, *Compendio de teoría general del Estado*, trad. de Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate Flores (Barcelona: Blume, 1979), pp. 7-21.
- [5] «Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22 (1982): 235-276.
- [6] «Sobre la función de los juristas» en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 5 monográfico (1982): 139-144.
- [7] «Notas sobre el realismo jurídico» en *Cuadernos de la Facultad de Derecho (Universidad de Palma de Mallorca)*, 6 (1983): 139-148.
- [8] «Prólogo» en Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1983), pp. vii-x.
- [9] «Sobre la justificación de la guerra» en *Sistema*, 56 (1983): 1-20.
- [10] «Ensayo sobre Dworkin» en Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Gustavino (Barcelona: Ariel, 1984), pp. 7-29.
- [11] «Problemas abiertos en la filosofía del derecho actual» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1 (1984): 43-47.

²¹ Agradezco a Josep Lluís Martí la ayuda prestada para confeccionar esta bibliografía.

- [12] «De nuevo sobre la guerra y la cooperación» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, II (1985): 45-63.
- [13] «¿Por qué es importante Dworkin?» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 (1985): 159-165.
- [14] «Sobre la teoría general de las normas» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 (1985): 87-105.
- [15] Albert Calsamiglia, Manuel Atienza, Josep Aguiló, Javier de Lucas, Francisco López Ruiz, Juan Ruiz Manero, Ernesto Vidal: *244 preguntas de Introducción al Derecho* (Barcelona: Ariel, 1986).
- [16] *Introducción a la ciencia jurídica* (Barcelona: Ariel, 1986).
- [17] «On Cooperation» en *Rechtstheorie*, 17 (1986): 334-358.
- [18] «Sobre la ciencia jurídica» en *Anuario de Derechos Humanos*, 4 (1986): 45-53.
- [19] «Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III (1986): 75-99.
- [20] «La filosofía del Dret als Països Catalans» en *Revista de Catalunya* 13 (1987): 84-93.
- [21] «Recensión a Neil MacCormick, Ota Weinberger, *Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht: Reidel, 1986)» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 78 (1987): 276-278.
- [22] «Justicia, eficiencia y Derecho» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1 (1988): 305-335.
- [23] «Pròleg» en Hans Kelsen, *Teoria Pura del Dret*, trad. al catalán de Joan Leita (Barcelona: Paidós, 1988), pp. 1-24.
- [24] «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación» en *Documentación Administrativa*, 218 -219 (1989): 113-151.
- [25] «Moral Pública y Derecho» en *El Ciervo*, 457 (1989).
- [26] «Sobre el principio de igualdad» en Javier Muguerza y otros: *El fundamento de los Derechos Humanos*, edición a cargo de Gregorio Peces-Barba, (Madrid: Debate, 1989), pp. 97-110.
- [27] «Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6 (1989): 77-96.
- [28] «El Derecho como integridad» en *Working Papers de l'Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, 1990, 1-33.
- [29] «Eficiencia y Derecho» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4 (1990): 267-288.
- [30] «Effizienz und Recht» en Ernesto Garzón Valdés (ed.), *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, (Berlin: Duncker und Humblot), 1990, pp. 69-86.
- [31] «Jurisprudencia y racionalidad» en *Anuario de Filosofía jurídica y social. Sociedad chilena de Filosofía Jurídica y Social*, 9 (1991): 387-406.
- [32] «Coherència i integritat» en *Theoria*, 16-17 (1992): 1019-1031.

- [33] «El concepto de integridad en Dworkin» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12 (1992): 155-176.
- [34] «Estudio preliminar» en Hans Kelsen, *¿Qué es Justicia?*, trad. de Albert Calsamiglia (Barcelona: Ariel, 1992), pp. 7-34.
- [35] «La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11 (1992): 295-311.
- [36] «Legal Dogmatics and the Justification of Public Decisions» en Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright (eds.), *Öffentliche oder Private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts. Festschrift für Ernesto Garzón Valdés* (Berlin: Duncker und Humblot, 1992), pp. 31-42.
- [37] «Estat i Dret: qüestions orientatives» en *El paper de l'Estat al segle XXI. Materials previs* (Barcelona: Fundació Jaume Bofill, 1993), pp. 27-34.
- [38] «Debe ser la moral el único criterio para legislar» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 13 (1993): 161-178.
- [39] «Dworkin y el enfoque de la coherencia» en *Revista de Ciencias Sociales. Ronald Dworkin. Estudios en su homenaje*, 38 (1993): 45-68.
- [40] *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, (México: Fontamara, 1993).
- [41] «Sobre la eutanasia» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14 (1993): 337-358.
- [42] «Una lectura antikelseniana di Bobbio» en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto: Ricerche di giurisprudenza analitica* (Torino: Giappichelli, 1993), pp. 21-40.
- [43] «Un modelo de legislación» en *Ponències del Seminari de Dret Local (Quarta edició del seminari, curs 91-92)* (Barcelona: Ajuntament de Barcelona, 1993) pp. 35-47.
- [44] «Dworkin and the Focus of Integrity» en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 80 (1994): 52-65.
- [45] «El liberalismo dworkiniano y los valores sagrados en el ámbito de la vida» en *Isegoría*, 9 (1994): 222-226.
- [46] «Geografía de las normas de competencia» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, vol. II (1994): 747-768.
- [47] «Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio» en Ángel Llamas (ed.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* (Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III-BOE, 1994), pp. 113-124.
- [48] «La justicia social en el Estado liberal, de Bruce Ackerman» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19 (1994): 219-230.
- [49] «Ciencia jurídica» en Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia iberoamericana de Filosofía*. Vol. 11, (Madrid: Trotta-CSIC-BOE, 1996), pp. 17-27.
- [50] «Iusnaturalismo y democracia» en *Revista de Ciencias Sociales. Positivismo jurídico y doctrinas del Derecho Natural*, 41 (1996): 259-274.



- [51] «Law and Transition to Democracy» en *Ratio Iuris*, 9 (1996): 396-414.
- [52] «The Right to Die and the Value of Life» en Aulis Aarnio, Kauko Pietilä, Jyrki Uusitalo (eds.), *Interests, Morality and the Law*, (Tampere: University of Tampere. Research Institute for Social Sciences, 1996), pp. 178-203.
- [53] «Una visione del diritto dal punto di vista del partecipante» en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto: Ricerche di giurisprudenza analitica* (Torino: Giappichelli, 1996), pp. 57-76.
- [54] «En defensa de Kelsen» en *Working Papers de l'Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, 1997, pp. 3-31.
- [55] «Teoría del participante versus teoría general del Derecho. Una aproximación» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV (1997): 485-507.
- [56] «Postpositivismo» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21 (1998): 209-222.
- [57] «Analytical Legal Philosophy: from Argentina to Spain. Contribution to the Homage to Alchourrón and Bulygin» en *Rechtstheorie*, 21 (1998): 209-222.
- [58] «Conflicto y lealtad» en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6 (1999): 3-48.
- [59] «Constitutionalism and Democracy» en Harold Hongju Koh and Ronald C. Slye (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights* (New Haven: Yale University Press, 1999), pp. 136-142.
- [60] «Indeterminación y realismo» (Un dibattito su J.J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la Interpretación Constitucional*) en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto: Ricerche di giurisprudenza analitica* (Torino: Giappichelli, 1999), pp. 219-227.
- [61] «Hypocrisy and Corruption» en *Associations. Journal for Social and Legal Theory*, 3 (1999): 271-296.
- [62] «Kelsen and Postpositivism» en G.O. Mazur (ed.), *Twenty-Five Year Commemoration to the Life of Hans Kelsen (1881-1973)* (New York: Semenenko Foundation, 1999), pp. 107-123.
- [63] «Sobre la eutanasia» en Rodolfo Vázquez (ed.), *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales* (México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 1999), pp. 151-175.
- [64] *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo* (Barcelona. Ariel, 2000).
- [65] «For Kelsen» en *Ratio Iuris*, 13 (2000): 196-215.
- [66] «Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?» en *Derechos y Libertades*, V, n. 8 (2000): 81-97.
- [67] «Transition to Democracy: Spain 1975-78» en *Rechtstheorie*, en prensa.

