

DERECHO Y CULTURA: UNA DIMENSIÓN CULTURAL DEL DERECHO

LAW AND CULTURE: A CULTURAL DIMENSION OF LAW

JESÚS GARCÍA CÍVICO

Universitat Jaume I

Recibido: 28/06/2018

Aceptado: 19/07/2018

Resumen: «Cultura» es un término complejo, pero también un concepto «vivo». En este artículo se reflexiona sobre la actualidad de la dimensión o perspectiva cultural del Derecho con el fin de destacar qué acepción de cultura encaja hoy preferiblemente en una concepción del Derecho crítica y comprometida con los derechos humanos. Se recogen distintos sentidos del término «cultura», tanto antropológicos como filosóficos, a fin de valorarlos y optar por aquel que se inserte mejor en una concepción actual del derecho que integre tanto un punto de partida sociológico-jurídico como una fuerte carga axiológica. En relación con esto, se proponen algunas ideas con las que desarrollar en el ámbito del derecho una idea de cultura afin a valores como los de dignidad, igualdad, libertad y solidaridad y a ideales como la paz universal o la ciudadanía cosmopolita. Se relaciona el significado de determinados hitos jurídicos con un concepto material e histórico de derecho público racional y se finaliza poniendo el caso de la prohibición absoluta de la tortura como ejemplo de las posibilidades que ofrece un determinado enfoque cultural.

Palabras clave: Derecho, cultura, Derecho y humanidades, Derecho y literatura, dimensión cultural del Derecho.

Abstract: «Culture» is a complex term, but also a «living» concept. In this article, we reflect on the relevance of the cultural dimension or perspective of law in order to highlight what meaning of culture today fits into a conception of critical law seriously committed to human rights. Different meanings of the term «culture», both anthropological and philosophical, are collected in order to value them and take the one that fits better in a current conception of law which integrates both a sociological-legal starting point and a strong axiological burden. In relation to this, some ideas are proposed with which to develop in the field of law an idea of culture related to values such as dignity, equality, freedom and solidarity and ideals such as universal peace or cosmopolitan citizenship. The meaning of certain legal milestones is related to a material and historical concept of rational public law. It ends with the case of the absolute prohibition of torture as a good example of the possibilities offered by this specific cultural approach.

Key words: law, culture, law and humanities, law and literature, cultural dimension of law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: CULTURA Y DERECHO. 2. LA PERSPECTIVA CULTURAL Y EL DERECHO COMO FENÓMENO PLURIDIMENSIONAL. 3. ¿QUÉ ES CULTURA? 4. LA CONSTITUCIÓN COMO CIENCIA DE LA CULTURA SEGÚN PETER HÄBERLE. 5. EL CASO DE LA TORTURA COMO EJEMPLO DE UNA PERSPECTIVA CULTURAL. 6. RECAPITULACIÓN: UNA PERSPECTIVA CULTURAL DEL DERECHO. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: CULTURA Y DERECHO

Lo que sigue es una reflexión relativa a la posibilidad de que profundizar en una determinada perspectiva cultural del Derecho contribuya a comprender mejor el fenómeno jurídico, así como a resolver algún tipo de problemas sustantivos que se le presentan en la actualidad. En el primer sentido, se concentra en qué concepto de cultura resultaría preferible para desarrollar una perspectiva cultural interesante a los efectos de la mejor enseñanza y comprensión de las llamadas «ciencias jurídicas» tal y como las entendemos hoy. En lo que se refiere a la virtualidad práctica del enfoque cultural, nos limitaremos a poner un ejemplo que creemos sumamente gráfico: el caso de la prohibición de la tortura legal o judicial como hito cultural.

«Dimensión cultural del Derecho» es una expresión propia del prisma de las humanidades que apunta tanto al interés de una perspectiva teórica particular del Derecho como a la posibilidad de hablar del mismo en términos pedagógicos como «fenómeno cultural»¹ o como «objeto cultural. Sin embargo, tanto el significado de «Derecho» como, quizás en mayor medida, el de «cultura» apuntan a conceptos complejos, abiertos a diversas interpretaciones encontradas². A principios del siglo XX la idea de cultura ya estaba en el centro del debate en torno a la ciencia del Derecho, con la distinción entre ciencias naturales e históricas y la consideración, ya entonces, del Derecho como ciencia de la cultura, una discusión en la que fueron referencias clásicas los trabajos de Rickert, Lask o Radbruch. Asimismo, el sintagma «cultura jurídica» presenta, de entrada, numerosas ambigüedades semánticas, a menudo a partir de su confusión con la igualmente vaga expresión «cultura legal». Por «cultura jurídica» podemos entender el conjunto de teorías, concepciones iusfilosóficas en un determinado momento histórico, pero también el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el Derecho propio de los operadores jurídicos así como el conocimiento que, relativo al Derecho, tiene un individuo o una sociedad³.

¹ Ch. STARCK, «Logros de la cultura jurídica» Revista de derecho político, nº 87, 2013, pp. 129-148.

² Sobre el abuso del término «cultura» como una suerte talismán lingüístico o fetiche retórico para aludir, bien de forma recurrente a la «crisis cultural», bien a ideas tan confusas (y peligrosas) como las de «choque de culturas», pueden leerse las lúcidas advertencias de A. KUPER. Cultura. La versión de los antropólogos, Barcelona, 2001, p. 19 y ss. A la elucidación del concepto de cultura dedicaremos un epígrafe particular, en todo caso, cabe adelantar que con una serie de matices metafóricos podemos situar en la Roma antigua un primer, aunque particular, uso explícito de cultura: las palabras cultura, *cultus*, *incultus* (con significados referentes al cultivo del campo y el culto a los dioses) adquieren en Roma un significado ligado a la idea de cuidado (o cultivo) del espíritu. Antes de ese primer uso de la expresión por Cicerón, la idea de cultura se puede rastrear en el *Protágoras* de Platón o en los primeros libros de la tradición judeocristiana, J. SAN MARTÍN, Teoría de la cultura, Síntesis, Madrid, 1999, pp. 24 y ss. Aquí mantenemos que Cicerón habló de cultura *animi*, (Disputas tusculanas, 45 a. C.) en un sentido asumible a la «Paideia», sobre tal proceso de civilización a partir de unos ideales culturales, vid., W. JAEGER, *Paideia*. Los ideales de la cultura griega. México, 1962.

³ De acuerdo don *Luigi Ferrajoli*, «por “cultura jurídica” podemos entender la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el

Lawrence Friedman, Giovanni Tarello y otros se ocuparon de desarrollar el concepto de «cultura jurídica» en un sentido afín al que se maneja en las ciencias sociales⁴.

En tiempos recientes, la noción de cultura jurídica ha tenido un auge importante en varias discusiones de teoría y sociología del Derecho, tomándose como puente entre los conjuntos de normas, en su sentido más formal, y las prácticas sociales, en su sentido más antropológico. Si el sistema jurídico rige en un contexto social o entorno particular –se ha argüido–, su existencia afectará y se verá afectada por la concreta cultura jurídica de dicho contexto o entorno. Siendo esto así, la necesidad de entender este concepto asume particular relevancia para la teoría del Derecho. Hoy, en la segunda década del siglo XXI, es un hecho asumido que entre el Derecho y la cultura hay múltiples relaciones de índole práctica: desde la promoción de la cultura del Preámbulo de nuestra Constitución, al derecho subjetivo de acceso a la cultura; de las descripciones que se hacen del espacio público como espacio multicultural⁵ a la protección de bienes culturales; de las referencias al Estado de Derecho como «Estado de cultura»⁶, a la idea de la Constitución como particular «ciencia de la cultura» tal como ha ido exponiendo los últimos años el constitucionalista alemán

derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad». L. FERRAJOLI, *Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX*, México, 2010, p. 1.

⁴ Vid., entre otras, G. TARELLO *Cultura jurídica y política del derecho*, México, 1995. R., COTTERRELL, «The Concept of Legal Culture» en D. NELKEN, (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, 1997, pp. 13-31. Id. *Law, Culture and Society*, Aldershot, 1996. L. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, 1975. R. GALLEGO, «Sobre el concepto de cultura», *Jueces para la democracia*, núm. 66, 2009, pp. 56-74.

⁵ Como iremos razonando en este trabajo, en el ámbito jurídico-político, la identificación de la cultura con la diversidad cultural da lugar a una serie de equívocos de tipo conservador si se resuelve plantear desde esos parámetros la relación entre cultura y derecho, cuestión distinta es la de la injusticia de culturas silenciadas, sin representación, sin presencia, por ejemplo, según los trabajos de Luis Villoro, así, L. VILLORO, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, 1998. Para una exposición del mismo, E. GARZÓN VALDÉS. F. SALMERÓN, (Eds.), *Epistemología y cultura*. En torno a la obra de Luis Villoro, México, 1993. UNESCO, *Culturas, diálogo entre los pueblos del mundo*, París, 1983, p. 200. Para María Leonor Suárez, el de cultura es un término que se presta tanto a discursos inconsistentes como meramente emotivos y propone la vinculación de la cultura jurídica a una concepción actualizada del pluralismo jurídico. M. L., SUÁREZ LLANOS, «La cultura jurídica y el pluralismo jurídico», *Boletín de la Facultad de Derecho*, n° 24, 2004. Sobre la complejidad de sus implicaciones iusfilosóficas, el «laberinto de equívocos» en torno a la identidad cultural, o su carácter no pacífico (tampoco en su formulación jurídica), véase J. DE LUCAS, «¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?», en V. Abramovich. M. J. Añón. Ch. Courtis. (Comp.) *Derechos Sociales*. Instrucciones de uso, México, 2003. También, E. MORIN, «Internacionalización y particularismo de la cultura», en VVAA. *Hombre y cultura. Reflexiones sobre nuestro mundo cultural*, Bilbao, 1988.

⁶ En un esquema multidimensional por el que el Estado se presenta como realidad social, económica, cultural, etc. J. TAJADURA, «La constitución cultural», *Revista de Derecho Político*, n° 43, 1998. J. L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ; *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Madrid, 1992, (Cap. VIII «España como Estado de Cultura»). D. J. GARCÍA LÓPEZ; «Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor de la democracia», *Revista Telemática de Filosofía del derecho*, n° 10, 2006/2007, pp. 207-244.

Peter Häberle cuyo concepto central es la relación indisociable entre Constitución y cultura⁷ y donde el estado constitucional tiene como premisa antropológica cultural la persona y su dignidad⁸. Pero, ¿qué es cultura? ¿En el marco de qué acepción de cultura cabe reflexionar hoy sobre el Derecho? Si queremos abordar el Derecho desde una perspectiva específicamente cultural, pronto asumiremos que la tarea de definir la idea de cultura es cada día más compleja. Le dedicaremos uno de los siguientes epígrafes a esa cuestión, pero podemos adelantar algo sobre ella.

En primer lugar, suele convenirse en que históricamente ha habido dos grandes tipos de aproximaciones a la idea de cultura: la antropológica y la filosófica⁹. En la primera, la idea de relativismo cultural es un punto de partida, pero también, a menudo, un frustrante y excesivamente conservador punto de llegada la cultura se hallaba siempre en la relación con un contexto físico y temporal en el que se integran tradiciones, legitimaciones simbólicas, estructuras socio-económicas, construcciones políticas, representaciones del mundo y universos de sentido que variaban tanto geográfica como históricamente; la segunda (de Kant a Simmel) se ha esforzado en una definición ponderativa de cultura de tipo universal y en reflexionar sobre la idea de progreso y su relación con asuntos que van desde la naturaleza del hombre a cuestiones jurídico-políticas, y, al mismo tiempo, y paradójicamente, en la elucidación tanto de lo que podemos llamar «universales culturales» como del significado de conceptos del tipo «relativismo» o «etnocentrismo» y las relaciones que la propia antropología mantiene con el Derecho y la filosofía¹⁰. La distinción entre aproximaciones antropológicas y filosóficas plantea, a nuestro juicio, numerosos problemas, entre ellos la aceptación implícita de que se trata de compartimentos estancos del saber.

Una de nuestras hipótesis es que quizás resulta mejor combinar esa primera aproximación con el hecho de que también existen, al margen de la patrimonialidad

⁷ A su vez en El Estado constitucional Häberle reconoce que debe a *Hermann Heller* la comprensión de un estado culturalmente integrado. P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Buenos Aires, 2007, pp. 362-378.

⁸ Ahí se incluyen factores de tipo cultural con los que Häberle (que tiene formación literaria, filosófica y artística) desarrolla su teoría de la interpretación constitucional. J. F. LÓPEZ AGUILAR, «Cultura y Derecho: las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura», en F. BALAGUER CALLEJÓN, (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, p. 215.

⁹ En su conferencia sobre «La filosofía en la crisis de la humanidad europea» Husserl distinguió entre las ciencias fundamentales, universalmente explicatorias de la naturaleza en general, en la física y la química, y un tipo de ciencias espirituales en cuyo trasfondo es posible situar «la posibilidad de la fundamentación de una ciencia acerca del espíritu puramente cerrada en sí y universal». E. HUSSERL, «La filosofía en la crisis de la humanidad europea», *Invitación a la fenomenología*, Barcelona, 1992, pp. 75-128, p. 76. Algunos estudios recientes sobre estas concretas tipologías en J. M., MONTFORT PRADES, «Hans Freyer y Ortega en torno a la teoría de la cultura», *Thémata: Revista de filosofía*, n° 46, 2012, pp. 537-546. Id. «La filosofía de la cultura en España» *Agora: Papeles de filosofía*, Vol. 29, n° 1, 2010, pp. 129-165.

¹⁰ De la extensa bibliografía alrededor del concepto antropológico de cultura y su relación con la filosofía, vid. J. SAN MARTÍN, *Teoría de la cultura*, cit.; C. PARÍS, *El animal cultural*, Crítica, Barcelona, 1994; J. A. PÉREZ TAPIAS, *Filosofía y crítica de la cultura*, Madrid, 1995; G. BUENO, *El mito de la cultura*, Barcelona, 1996; J. MOSTERÍN, *Filosofía de la cultura*, Madrid, 1993; Id. *La cultura de la libertad*, Madrid 2008.

epistemológica de los usos, dos grandes *concepciones* de cultura: la universalista, ligada a una idea formativa de cuño ilustrado (o, antes, a una *theoria* que tiene por objeto lo universal) relacionada con la metáfora del «cultivo», y la particularista, de acuerdo con una perspectiva antropológica bajo la cual la cultura adquiere un sentido muy amplio como suma de supuestos locales¹¹ que abarca costumbres, tradiciones e instituciones de tipo histórico afectas al folclore y tradición de cada pueblo. La primera, la concepción universalista, puede plantearse a su vez, en términos descriptivos o propositivos. Desde el primer punto de vista se defiende que bajo las particularidades de cada cultura (aquí sinónimo de sociedad, comunidad humana, etc.) hay elementos comunes que *operan de hecho* como una suerte de «universales culturales». Si se plantea, en cambio, en términos propositivos o ponderativos tenemos que se trata de una concepción atravesada por un componente valorativo bajo el cual hay determinadas expresiones o hitos culturales que *deberían operar* como universales porque contribuyen a un progreso civilizatorio en un sentido moral en el doble sentido que le dio ejemplarmente Kant: «cualquiera que sea el fin que una persona se proponga con su vida, debe cultivar su naturaleza de modo que llegue a ser un miembro provechoso del mundo»¹². La filosofía kantiana puede verse de hecho como una filosofía de la cultura, posible, en última instancia, por la *reflexividad* de la razón que advierte sus propios intereses, y, advirtiéndolos, es capaz de configurar el *mundo* conforme a ellos¹³. Entre el enfoque meramente descriptivo y el propositivo se expresa la idea, bastante lúcida por cierto, de que tanto en términos de hecho como en términos de «deber ser», la protección de la vida y la integridad de los seres humanos, el horror hacia el sufrimiento y la crueldad o el deseo de felicidad y bienestar son rasgos compartidos por todas las sociedades, o mejor, por todos los seres humanos individualmente considerados y que esto puede verse de una forma análoga al hecho de que todas las culturas se hayan detenido en la observación de la luna, en el comportamiento de los animales o hayan generado una serie de conocimientos compartibles (en el sentido de resultar explicaciones racionales) sobre astronomía, medicina, agricultura, tratamiento de los metales o propiedades del suelo cultivable. En cambio, la segunda (la particularista) describe un conjunto de expresiones humanas locales de naturaleza etnográfica –vestimenta, religión, lengua, tradiciones

¹¹ Desde los antropólogos evolucionistas como *Tylor y Morgan* hasta el simbolismo de *Geertz*, se han aportado rasgos definitorios. También *Boas, Kroeber, Malinowski, White*, el estructuralismo de *Lévi-Strauss* o el materialismo de *Marvin Harris*. No obstante, y en lo que más nos interesa aquí, ha sido la filosofía la que ha aportado las bases intelectuales de los antropólogos citados, es decir, la cultura tiene un carácter eminentemente filosófico. Sobre algunas formas en que los antropólogos han conceptualizado el objeto de sus estudios, vid., J. S. KAHN, *El concepto de cultura*. Textos fundamentales, Barcelona, 1975, p. 15 y ss.

¹² I. KANT, *Metafísica de las costumbres*, Madrid, 1999, pp. 312-313. Sobre ese cultivo tendente al perfeccionamiento y la acepción «subjética» de la cultura escribió mucho más tarde Ortega. J. A. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, Madrid. 12 volúmenes, 1946-1983.

¹³ Kant afirma que todo hombre tiene el deber de perfeccionar su propia naturaleza, es decir, debe cultivar las propias facultades (según la diversidad de los fines) y ser un hombre adaptado al fin de la propia existencia desde una perspectiva pragmática. A. MARTA GONZÁLEZ, «La filosofía kantiana como filosofía de la cultura», *Isegoría*, n° 51, 2014, pp. 691-708, p. 706 y ss.

folclórico-festivas o gastronómicas– sobre las cuales apenas resulta posible emitir juicios de valor más allá de ese determinado ámbito cultural¹⁴. Aquí la pretensión de la filosofía de generar un lenguaje que pretenda trascender la cultura particular en que se formula deviene absolutamente utópico.

Si llevamos esto al ámbito del positivo, la primera concepción preconiza, en aras de la formación del individuo, un derecho universal de acceso a la cultura (al menos mientras ésta pretenda democratizarse y no permanecer en un marco elitista¹⁵) tal como expone en nuestro país el artículo 44. 1. («Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho»), una participación en la vida cultural que debe ser garantizada por los poderes públicos (art. 9.2. CE); por su parte, a la concepción particularista, antropológica o diferencialista¹⁶ subyace al derecho de cada uno (considerado de forma individual, pero también o, sobre todo, grupal y colectiva) a su cultura, «à la cultura de son choix» o a la identidad cultural¹⁷, así el artículo 3.3. CE establece que «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección» y el artículo 46 del mismo texto señala que los poderes públicos garantizarán la conservación del patrimonio cultural de los pueblos de España. Si nos mantenemos en una concepción particularista o «antropológica» de la cultura (aquí «de las *culturas*»), la relación entre Derecho y cultura será de naturaleza patrimonialista, eminentemente descriptiva y, al menos, débilmente relativista. Los problemas que plantea esta concepción teórica de la cultura en términos de derechos humanos apuntan a la difusa idea de del reconocimiento de identidades grupales distintivas y, de forma muy problemática, según lo vemos, a situaciones bien concretas: de la

¹⁴ Tal uso particularista de la cultura no tiene por qué coincidir con los propósitos del llamado «relativismo cultural» como actitud por la que se interpreta la representación del mundo, las creencias, valores y prácticas de un grupo humano de acuerdo con los parámetros de su propia cultura, defiende la riqueza de todo sistema cultural y se opone al etnocentrismo/ universalismo cultural –de carácter positivista– que afirma la existencia, o mejor, la posibilidad de valores y de juicios morales aplicables a toda la humanidad. En sus versiones «fuertes» el relativismo defendería la idea de que la filosofía sería un discurso particular de la cultura occidental. J. SAN MARTÍN, Para una superación del relativismo cultural, Madrid, 2009.

¹⁵ Así, el artículo 25. 2. CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social incluye el derecho del condenado al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. *Cursiva nuestra*.

¹⁶ Según la concepción diferencialista la cultura es plural. Esta concepción se presenta a menudo como reacción a lo que se considera elitista, occidental, colonial o «expresión etnocéntrica del burgués occidental». En su famoso ensayo *Race et histoire*, escrito a petición de la UNESCO en 1952, Lévi-Strauss ofrece un razonamiento detallado del concepto de diversidad de las culturas humanas cuyo abandono constituiría uno de los puntos débiles de las «grandes déclarations des droits de l'homme». Su preocupación por la igualdad les habría llevado a olvidar que «l'homme ne réalise pas sa nature dans une humanité abstraite, mais dans des cultures traditionnelles», C. LÉVI-STRAUSS, *Tristes trópicos*, Paidós, Barcelona, 1988, p. 61. Sobre algunos equívocos entre lo universal y lo común, F. JULLIEN, *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre culturas*, Barcelona, 2010, p. 14 y ss.

¹⁷ B. MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Planeta-Agostini, Barcelona 1986.

tortura a la falta de libertades civiles, de la subordinación de la mujer a la prostitución infantil¹⁸. Con diferencias de tono, nos moveríamos alrededor de la concepción descriptiva de las «instituciones» que inauguró Bronislaw Malinowski¹⁹ y que encuentra en algunas de las conocidas observaciones que Lévi-Strauss desarrolló para la UNESCO en «Raza e historia» y «Raza y cultura» su expresión culminante. En cambio, si tomamos como referencia las aspiraciones universalistas de una acepción de cultura de raigambre ilustrada dentro de una particular historia de las ideas que debería llegar hasta el presente, las consecuencias y las aplicaciones en el ámbito del Derecho pueden ser otras bien distintas.

2. LA PERSPECTIVA CULTURAL Y EL DERECHO COMO FENÓMENO PLURIDIMENSIONAL

Por lo que respecta al Derecho, la concepción del mismo que permite el enfoque que estamos tratando aquí debe ser de tipo pluridimensional, dicho eso en el sentido de que implica asumir que el Derecho es una realidad compleja susceptible de abordarse desde distintas perspectivas porque presenta diferentes dimensiones: formal, lingüística, historiográfica, antropológica, estética, etc. Concretamente, nuestra visión del Derecho integra principalmente al fenómeno jurídico en una perspectiva cultural que es eminentemente sociohistórica. Una perspectiva que entiende que siempre es relativamente posible identificar el origen histórico e ideológico (en el plano de una historia de las ideas jurídicas, pero también de la historia a secas, piénsese en los efectos sobre la fundamentación del poder político cuando la unidad de la fe católica, a cuya causa sirvió la misma filosofía, quedó rota tras la Reforma) de los hitos culturales que hacen del Derecho lo que hoy es y *lo que quiere ser mañana* (en términos de lucha contra la desigualdad, búsqueda de un orden internacional, paz universal, etc.). Los valores que el Derecho debe garantizar, proteger y realizar tienen siempre un origen histórico y sociocultural. Dicho de forma negativa, esos hitos culturales no son expresión de ideas preexistentes ni resultan deducibles de hallazgos de tipo metafísico. La nuestra es una concepción cultural del Derecho en el seno de una filosofía jurídica para la que las aportaciones de la sociología del Derecho resultan siempre no solo valiosas, sino imprescindibles. Ciertamente, para Vincenzo Ferrari, la estrecha relación entre ambas disciplinas se explicaba si se consideraba que ambas derivan en gran medida de una misma matriz cultural: la sociología misma «es el fruto de una etapa de aquella revolución humanista y científica que ha llevado a cabo la filosofía europea contemporánea: no habrían existido Comte y Spencer si antes de ellos no hubieran venido Leibniz y Spinoza, Hume y Kant»²⁰. Igualmente,

¹⁸ H. MONTGOMERY, «Imposing Rights? A case study of child prostitution in Thailand», J. K. COWAN, M. B. DEMBUR, R. A. WILSON, (Ed.) *Culture and Rights*, Cambridge, pp. 80-126.

¹⁹ Y su relación con el concepto de «función», B. MALINOWSKI, *Una teoría científica de la cultura*, Madrid, 1984, p. 56 y ss.

²⁰ V. FERRARI, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho*, Madrid, 2000, pp. 76.; R. TREVES, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Barcelona, 1988, p. 19.

la reflexión de tipo valorativo –filosófico jurídico en un sentido más estricto– no hace «tabla rasa» sobre distintas expresiones culturales –en el sentido amplio y particularista de la expresión– sino que crítica y descarta una serie de ellas y valora e integra otras a partir de argumentos de la razón²¹. Precisamente, y como resultará sabido, el nombre de «Filosofía del Derecho» es también moderno, se implanta en el siglo XIX y aparece ligado tanto al idealismo de Hegel como al positivismo jurídico: en el tratado específico de Hegel se lee *Rechtsphilosophie*, mientras que el jurista John Austin llama a su jurisprudencia analítica, «Filosofía del derecho positivo»²².

Pero volvamos a nuestro punto de partida más general: entre las principales contribuciones teóricas que han conducido a la comprensión del Derecho como realidad pluridimensional, destaca pronto la teoría tridimensional del Derecho de Miguel Reale que defiende que se puede conocer y hablar de Derecho *al menos* desde tres perspectivas: la formal, la social y la valorativa. El Derecho puede ser entendido, pues, como un fenómeno con tres grandes dimensiones²³ aunque ese punto de par-

²¹ En sus múltiples manifestaciones, entre ellas, el diálogo de argumentaciones o *Diskurs*, tal como lo desarrolla *Habermas* al hilo precisamente de la Ilustración como proyecto inacabado. J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989. Creemos que, afortunadamente, ya hay un consenso en nuestro campo de estudio sobre la estrechez de los modelos legalistas y del formalismo jurídico de corte decimonónico. El derecho tiene una función transformadora de la realidad social y política por la que trata de hacer efectivos una serie de valores reflejados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales: esos valores tienen siempre un origen histórico, ideológico y cultural. Entre otros, J. A. PÉREZ LLEDO, J. A. «Sobre la función promocional del derecho. Un análisis conceptual», *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 665-688. J. R. CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje (Fruta prohibida I. Cuaderno rojo)*. Una introducción al estudio del Derecho, Madrid, Trotta, 1995, pp. 18-24. J. A. GARCÍA AMADO, «Sobre los modos de conocer el derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa*, nº 11, 1992, p. 194. G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983, p. 190; E. FERNÁNDEZ, *Estudios de ética jurídica*, Madrid, 1990, p. 20; L. PRIETO SÁNCHEZ, «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 1987, p. 592. B. RIBAYA GARCÍA, «Sobre el carácter crítico de la Filosofía del derecho», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, p. 275. M. I. GARRIDO GÓMEZ, *La democracia en la esfera jurídica*, Madrid, 2013.

²² En sentido estricto, Hegel no fue el primero en emplear la expresión «Filosofía del derecho». Ya en 1798 había publicado Gustavo Hugo su *Manual de Derecho natural como filosofía del derecho positivo*, y en la misma línea lo habían hecho *Fries* o *Weiss*, pero, como señala *Aymerich*, el cambio conceptual y no meramente nominativo se debe a *Hegel*. I. AYMERICH OJEA, *Síntesis de teoría del derecho*, Valencia, 2017; J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, *Historia de la filosofía del Derecho clásica y moderna*, Valencia, 1998, pp. 428-438; F. GONZÁLEZ VICEN, «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 14, 1969, pp. 15-65. El nombre se conecta con un tiempo muy especial de la cultura y las ciencias, el tiempo de la Razón, de la Ilustración, caracterizado por el optimismo depositado en una nueva forma de saber y relacionarse con la realidad, aunque como recordaba bien López Calera, el nombre «Filosofía del derecho» no estorbó a las concepciones iusnaturalistas y pudo ser utilizado también por concepciones metafísicas del derecho que trataban de justificar la existencia de un «derecho natural». N. LÓPEZ CALERA, *Filosofía del Derecho (I)*, Granada, 1997, p. 35.

²³ M. REALE, *Teoría tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho*, Madrid, 1997. Se trata de una «dialéctica de implicación-polaridad» entre hechos y valores jurídicos. Así, define al derecho como una «ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores.» Cfr. del mismo autor,

tida no implique asumir algunas de las conclusiones más debatibles del profesor y teórico del Derecho brasileño. En la teoría tridimensional, tal como la expuso en su día Miguel Reale, el Derecho está compuesto de hechos, normas y valores. Se trata de una visión integral que tiene en cuenta la totalidad dialéctica de todos sus elementos: normativo (la norma), factual, social e histórico (el hecho) y ético-moral (el valor de justicia que se quiere preservar). De acuerdo con Reale, a través de las múltiples formas de correlación entre hechos, valores y normas, surgen y se desarrollan distintos círculos de experiencia jurídica, los cuales a su vez se influyen e imbrican. Lo importante es la complementariedad con que se correlacionan hecho, valor y norma. *Sensu contrario*, no resulta convincente explicar el Derecho desde perspectivas unilaterales (por ejemplo, de las corrientes iunaturalistas, analítica y sociológica), sino que cabe indagar en esta correlación dialéctica, en la irreductibilidad del valor a juicios normativos o situaciones fácticas, en el nuevo tipo de normativismo que surge de la complicación concreta de los tres elementos determinantes del Derecho, su vinculación con el «mundo de la vida» y la comprensión final de la realidad jurídica en términos de «modelos», sean prescriptivos o hermenéuticos²⁴.

¿Qué lugar ocupa la cultura en esa teoría tridimensional? Para Reale, ésta se halla detrás de la idea de «valor» en la medida en que indica una intencionalidad históricamente objetivada en el proceso de la cultura que implica siempre el sentido vectorial de una acción posible²⁵. A su vez, ninguna norma social surge *ex nihilo*, sino que presupone siempre una toma de posición ante hechos sociales con vistas a la realización de determinados valores²⁶. De esta forma, el Derecho se constituye cuando determinadas valoraciones de hechos sociales culminan en una integración normativa. El Derecho es impensable sin esa racionalización coincidente con su «momento de carácter normativo»²⁷. En suma, para Reale, la semántica jurídica –como teoría de los cambios de los contenidos significativos de las normas de Derecho independientemente de la inalterabilidad de su enunciado formal– no se explica sólo en función del carácter expansivo de los modelos jurídicos, sino sobre todo en virtud de las *variaciones* que se operan en el nivel de la *Lebenswelt* en la que el Derecho hunde sus raíces. Es una suerte de dialéctica de la complementariedad²⁸ que en virtud de la logicidad e historicidad del ser humano convierte en «objetividades» las «intencionalidades» propias de su conciencia. Al decir de Reale, se trata de una secuencia interminable de intentos, errores y correcciones, avances y retrocesos con

Introducción al Derecho, Madrid, Pirámide, 1976, p. 71. Pérez Luño ha trazado la evolución de las concepciones sobre perspectivas del fenómeno jurídico en A. E. PÉREZ LUÑO, Lecciones de Filosofía del Derecho, cit. pp. 109 y ss.

²⁴ M. REALE, «Situación actual de la teoría tridimensional del derecho», Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n° 25, 1985, pp. 203-224.

²⁵ *Ibid.*, p. 205.

²⁶ M. REALE, Teoría tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho, cit. p. 10.

²⁷ Sin embargo, la admisión de la forma racional como elemento esencial del derecho no significa que puedan olvidarse factores irracionales o alógicos presentes tanto en la génesis de las reglas jurídicas como en el proceso final y decisivo de su aplicación a casos concretos, así como su «recepción» por la *Lebenswelt*. M. REALE, «Situación actual de la teoría tridimensional del derecho», cit. p. 211.

²⁸ *Ibid.*, p. 212.

los que el hombre va construyendo sobre el «mundo de naturaleza», el «mundo de la cultura», el cual podría ser considerado como «mundo de las intencionalidades objetivizadas y objetivadas en el decurso del tiempo». El Derecho, como parte esencial de esa experiencia histórica del hombre, no podría dejar de ser una experiencia de «estructuras prácticas» y, finalmente, de estructuras paradigmáticas o modelos²⁹.

Aunque aparecen aquí, según lo vemos, algunos problemas derivados de la dicotomía «mundo de la naturaleza» y «mundo de la cultura», quizás debidos al excesivo peso que inicialmente se ha dado al episodio iusnaturalista en la conformación de una axiología jurídica o al poco peso dado justamente a la comunicación siempre dinámica entre los tres componentes en el núcleo de relaciones entre biología y ciencias sociales³⁰, lo cierto es que efectivamente, junto a la dimensión formal del Derecho, encontraremos siempre dos cuestiones ineludibles, sociedad y la cultura, siendo lo importante el tipo de conexiones entre ambas. ¿Cómo es ese tipo de conexión? En la línea de la tesis de Reale y para muchos otros teóricos, el Derecho es la cristalización de una pretensión moral generalizada³¹. Pero, si lo observamos bien, no hay Derecho fuera de una sociedad. Dicho de otra forma, el Derecho no se aplica a una sociedad, el Derecho no regula una sociedad: *es parte sustantiva de ella*. Dicho de forma más rotunda, ni hay Derecho sin sociedad ni sociedad que no tenga una constitución intrínsecamente normativa.

No hay lugar para extendernos sobre esta cuestión, lo importante es que, con todo, creemos que la teoría de la tridimensionalidad es muy útil para las cuestiones relativas a la perspectiva cultural del Derecho si tal teoría es recogida –como más tarde insistió el propio autor– de forma eminentemente *relacional*, es decir, sin reducir o prescindir abiertamente de ninguno de los tres aspectos ni de las evidentes interconexiones que se producen entre los mismos. La distinción tridimensional es

²⁹ En *Sociología y Filosofía del Derecho*, Elías Díaz, uno de quienes más ha resaltado la correspondencia de este tipo de división en la Filosofía del derecho, señalaba que tal saber se constituía por la ontología jurídica, «totalización y comprensión trascendental crítica de los resultados de la Ciencia y la Sociología del Derecho», la teoría de la ciencia jurídica, «reflexión crítica sobre la Ciencia del Derecho y sobre la actividad científica propia de los juristas», y la axiología jurídica, «enjuiciamiento crítico del Derecho positivo desde un determinado sistema de valores». E., DÍAZ, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1974, pp. 265-266. Volvió a recalcarlo más tarde: la filosofía del Derecho se constituía por una teoría crítica del Derecho, una teoría crítica de la ciencia jurídica y una teoría crítica de la justicia. «En mi opinión es esa fundamental tarea crítica la que, en esos tres niveles, configura y define el sentido y función de la Filosofía del Derecho en la actualidad». Id. «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1975 (pp. 45-63), p. 50.

³⁰ Otras dificultades fueron señaladas de forma temprana, así, para algunos autores se trata de un punto de partida genérico no exento de oscuridades ya que sus componentes se encuentran siempre en dinámica intercomunicación. Elías Díaz señaló pronto cómo «esta pluralidad de perspectivas (científico-normativa, sociológica y filosófica) no supone ni al propio tiempo puede conducir a una ruptura y un fraccionamiento de la realidad total que constituye el Derecho [...] Al contrario, afirmada esa división, lo que debe prevalecer es siempre la dimensión unitaria» E. DÍAZ, *El primer año de Derecho*, cit., p. 62.

³¹ Una inteligente crítica a los modelos dualistas en: I. AYMERIH OJEA, «¿Puede el derecho reflejar valores morales?: reflexiones sobre la teoría dualista», *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, 2008, pp. 105-132.

más bien pedagógica que de estricta delimitación de contenidos. Si nos sirve para introducir la viabilidad de una perspectiva cultural en un sentido más amplio es porque la dimensión cultural, tal como la proponemos aquí, puede ser tenida en cuenta bien como una parte ingénita de la dimensión axiológica, bien como una perspectiva específica de ese complejo objeto que es el Derecho; una dimensión que se imbrica en una visión compleja del Derecho felizmente superadora de los reduccionismos formalistas, sociologistas o de las inmodestas pretensiones del iusnaturalismo tradicional y de las revisiones actuales del mismo, una visión que aboca a comprender que el Derecho siendo un producto histórico y social es también, o sobre todo, un fenómeno cultural o un objeto cultural, un fenómeno evolutivo que integra normativamente hechos según unos valores que son valores histórico-culturales; lo cual implica que la norma deja de ser un simple juicio lógico extraño a las *dinámicas* sociales.

La dimensión cultural del Derecho se integra en una definición de Derecho, pero al mismo tiempo, el Derecho forma parte de un tipo de evolución cultural³². Dicho de otra forma, no hace falta suscribir la conocida tesis hegeliana sobre el progreso de la razón para reconocer que, a pesar de todos sus altibajos, si ampliamos el marco temporal lo bien cierto es que la historia del Derecho tiene carácter progresivo³³. La idea de progreso del Derecho va más allá de la visión ilustrada del conocimiento y de la historia. En *La democracia en América*, Tocqueville escribió sobre el progreso imparable de la igualdad de condiciones y la subsiguiente instauración de la democracia en el mundo (una igualdad de condiciones que será eminentemente jurídica, pero que no se puede explicar sin una serie de factores típicamente culturales). La interdicción de la tortura procesal³⁴, la discusión racional y

³² Sobre esa dinámica cultural, entre otros, N. BOBBIO, «Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho. Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho», Contribución a la Teoría del Derecho, Valencia, 1980. M. CALVO GARCÍA, Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica, Madrid, 1994. P. CASANOVAS, J. J. MORESO, El ámbito de lo jurídico; Barcelona, 2000. E. DÍAZ, Curso de filosofía del derecho, Madrid, 1998. J. DE LUCAS, (Coord.); Introducción a la Teoría del Derecho, Valencia, 1997.

³³ Dicho de otra forma, el jurídico es un ámbito que admite progresos. De acuerdo con *Häberle*, si bien en el arte no podemos hablar de «progresos» (no podemos afirmar que las sinfonías de *Brückner* sean mejores que las de Brahms, Beethoven, Mozart o Bach) y en las ciencias naturales con toda seguridad sí podemos hablar de progresos (la evolución de la imagen geocéntrica del mundo de Ptolomeo a la visión heliocéntrica del mundo), por lo que se refiere al derecho no es posible dejar de reconocer una serie de avances y mejoras en las relaciones entre los hombres aunque es cierto que ha habido pocos ámbitos en los que se hayan producido progresos absolutos. Siempre existe el riesgo de la involución, el peligro de los retrocesos. Aun así, entre las vertientes positivas se pueden mencionar la abolición de la tortura, la eliminación de la esclavitud, la protección de las minorías y otras. Esta es, precisamente, una de las ideas que subyace al paradigma del «escalonamiento de textos» en la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura de *Häberle*: en la comparación histórica de textos constitucionales se hacen visibles escalonamientos, fases, gradaciones bajo las cuales el derecho avanza en una determinada dirección. P. HÄBERLE, Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Madrid, 2000, p. 39 y ss.

³⁴ El caso de la tortura evidenciará que la acepción de cultura más interesante para el derecho no es aquella de cuño descriptivo, débilmente antropológico, centrada en la diversidad que defienda que las leyes son solo textos que dan cuenta de tradiciones culturales sino aquella otra en la que opera

el análisis crítico que el Siglo de las Luces hizo del Derecho civil, la abolición de la esclavitud, la libertad de conciencia y una serie de facultades con su correspondiente marco jurídico codificado, apoyado teóricamente en el contrato, el sufragio femenino, la sensibilidad medioambiental son hitos culturales que apuntan a una evolución jurídica. Podríamos decir –por anticipar algunas de nuestras conclusiones relativas a qué concepción de cultura es la mejor para avanzar hoy en día hacia una perspectiva cultural del Derecho– que se trata de un proceso evolutivo de *acumulación y perfeccionamiento*. La idea de «acumulación evolutiva» también está en la base, como veremos a continuación, de las tesis de Peter Häberle. En «Cómo el Derecho se parece a la literatura», Dworkin ya admitía que podemos mejorar nuestra comprensión del Derecho si se compara la interpretación jurídica con la interpretación en otros campos del conocimiento, en particular en la literatura, sosteniendo el autor de *Los derechos en serio* la tesis de que los jueces actúan como narradores que tienen a su cargo la tarea de producir un texto que otros jueces ya comenzaron a escribir y al que seguirán otros capítulos³⁵ de acuerdo con un sentido acumulativo de la experiencia jurídica. Visto desde otro ángulo, no solo la comprensión de las prácticas jurídicas sino también la misma comprensión de lo que Dworkin llama la «moralidad política» necesita de interpretación, y la interpretación ha de hacerse desde el interior de un universo cultural³⁶. De forma análoga, Peter Häberle referirá una suerte de *acumulación* de grandes textos clásicos del Derecho, de la ciencia, del arte y de la literatura que se sitúan en la base de una ciencia de la constitución como «ciencia de la cultura» aunque el problema aquí, según lo vemos, vuelve a ser la excesiva amplitud de su concepción de cultura.

La complejidad del Derecho y el sentido acumulativo (progresivo) de la cultura son las principales notas o puntos de partida de la concepción de la perspectiva cultural que defendemos aquí: tiene que ver con el carácter social o socio-histórico del fenómeno jurídico, con su composición cultural, con su narratividad, pero también con su sentido crítico y auto-crítico. El Derecho se presenta como cuestión cultural ligada a la formación histórica inmaterial, «espiritual» si se quiere así, de la sociedad

un elemento axiológico, sea ligado a la capacidad crítica, sea entendiendo la cultura bajo la idea de progreso. Determinados hitos en la historia de la humanidad se comprenden como conquistas que han hecho del mundo un lugar mejor en términos de libertad, pero también, de felicidad. J. GARCÍA CÍVICO, *La tortura: aspectos jurídicos, sociales y estético-culturales*, Valencia, 2018.

³⁵ Dworkin destaca así en su ensayo sobre derecho y literatura, el isomorfismo existente entre la tarea del crítico literario y la del jurista. R. DWORKIN, «Como el derecho se parece a la literatura», *La decisión judicial*, Bogotá, 1997. Sobre esta cuestión, vid. J. CALVO GONZALEZ, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa. Un modelo de juego intertextual para el Derecho*, Barcelona, 1992. Id. *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Barcelona, 1996. M. NUSSBAUM, *Justicia poética*, Madrid, 1995. C. PÉREZ VÁQUEZ, «Derecho y literatura», *Isonomía*, n° 24, 2006. A. POSNER, *Law and Literature*, Cambridge, 2000. M. A. RAMIRO AVILÉS, *Derechos, cine, literatura y cómics: cómo y por qué*, Madrid, 2014.

³⁶ Dworkin aspiraría a que los principios políticos del liberalismo aumenten su popularidad en competencia con otras concepciones rivales que se disputan la adhesión en el universo cultural de una sociedad pluralista. L. SANTOS PÉREZ, «Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin» *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n° 26, 2003, pp. 347-384, p. 349 y 373.

o de las sociedades y, en términos más ambiciosos, de la propia civilización³⁷. La evolución del Derecho estaría, por tanto, ligada al extenso campo de las humanidades, de ahí que, como correlación del espíritu humano, el propio Reale sostenga que la *cultura* encuentra en el espíritu del hombre su primordial fuente, y que el Derecho se inserta en un ámbito específico de carácter cultural.

En resumen, la cultura es mucho más que un sistema dinámico de valores, aunque el origen de éstos sea siempre histórico-cultural, por ello, las relaciones entre cultura y Derecho han sido exploradas por muchos autores y desde perspectivas muy distintas. Entre los referentes clásicos no resultará posible eludir la formidable reflexión de Hegel, la obra de Max Weber, Simmel, Gombrich u Ortega y Gasset³⁸. A poco que pensemos en las posibles aproximaciones de tipo antropológico, psicológico o estético que pueden hacerse del Derecho, se abrirá paso una convicción: el fenómeno jurídico se presenta multidimensional (y no sólo tridimensional) precisamente porque está ontológicamente constituido –entre otras dimensiones tradicionalmente no atendidas– por una vastísima y compleja dimensión cultural, donde la cultura se encuentra formando parte de la relación hombre-sociedad-cultura-Derecho. Para ello, la dimensión cultural remite también al arte y a la literatura. Es ahora momento de delimitar con mayor precisión qué cultura sirve mejor al propósito anterior.

3. ¿QUÉ ES LA CULTURA?

Escribió Raymond Williams que el de cultura es «one of the two or three most complicated words in the English language». Para Clifford Geertz la palabra «cultura» tiene la fuerza arrolladora propia de una «fórmula mágica», aunque pocos se han detenido a reflexionar sobre su significado profundo³⁹. En *Culture*, los antropólogos Kroeber y Kluckhohn compilaron una lista de 164 definiciones de cultura que abarcaban desde la metáfora del cultivo de la que proviene etimológicamente el término, al culto a los dioses, de la descripción de costumbres (incluidos, por ejemplo, los sacrificios humanos o la tortura) al conjunto de conocimientos y desarrollo científico, intelectual o artístico que permite a alguien desarrollar un juicio crítico (por ejemplo,

³⁷ Sobre la relación entre cultura y civilización, de acuerdo con El proceso de civilización, la fenomenal obra de *Norbert Elias*, el concepto dinámico y procesual de civilización deriva de la noción de *civilité* que como los de *cultivé* o *politissé* trataban de caracterizar la especificidad del comportamiento cortesano del siglo XVI y lo elevado de sus costumbres sociales frente a la conducta de personas más primitivas y sencillas. El proceso de constitución del concepto de civilización es diferente en Inglaterra, Francia o Alemania. Para las dos primeras, «civilización» designó en términos genéricos una mejora en las costumbres; en Alemania se concibió una acepción de «cultura» en alusión al hombre cultivado. N. ELIAS, *El proceso de civilización*, México, 1998.

³⁸ Para *Simmel* resulta fundamental la capacidad de relacionar. La cultura configura la relación del ser humano consigo mismo y con otros: lenguaje, moral, religión, derecho. «En la medida en que estos valores se pueden considerar como culturales, los distinguimos de los distintos escalones de las energías que en ellos habitan que, por así decirlo, pueden alcanzarlos por sí mismas y que, para el proceso cultural, son tan materiales como la madera, el metal, las plantas y la electricidad» G. SIMMEL, *Filosofía del dinero*, Madrid, 1976, p. 561. Id. *De la esencia de la cultura*, Buenos Aires, 2008.

³⁹ C. GEERTZ, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, 2000, p. 19.

en relación con los sacrificios humanos o la tortura). Las profusas y muy distintas definiciones de cultura engloban, pues, un complejo espectro en el que aparecen desde las descripciones de cuño antropológico y las consideraciones que de la cultura se hacen en el ámbito del estudio de las civilizaciones (en un contexto académico en que ambos términos resultan a menudo intercambiables), a un sentido filosófico, quizás no exento de cierto voluntarismo, bajo el cual cultura remite a un conjunto específico de desarrollo científico, intelectual o artístico que permite a alguien formarse y desarrollar un juicio crítico, así, de la forma en que la modernidad adquiere una «conciencia de sí» y de las posibilidades de la «auto-poiesis», por decirlo en los términos de Cornelius Castoriadis, en relación con la posibilidad de progresar en sentido moral⁴⁰. Como ya adelantamos, en la filosofía y literatura alemanas hay dos palabras para referirse a la cultura: *Kultur* y *Bildung* que remiten a una dualidad básica de sentidos. La primera refiere el conjunto de instituciones que determinan la originalidad de un grupo humano o una sociedad; mientras que *Bildung* se orienta a la acción formativa de algunas obras del arte y de la literatura sobre el sujeto (un ser humano en particular). Estas dos ideas cobraron forma en una acepción subjetivista y una objetiva del término, la primera ligada a la educación de los individuos, la segunda de tono antropológico, al folclore de los pueblos⁴¹. La ambigüedad de término «cultura» dio pie, a finales del siglo XIX, a usos enfrentados y a una tensión que se manifestó ya en siglo XX en diferentes sedes, preferentemente en el ámbito de la filosofía política en el debate teórico entre liberales y comunitaristas⁴² y en la filosofía jurídica en la conocida tensión entre «universalismo» y «relativismo». Paralelamente, el carácter valioso de la cultura entendida bajo los presupuestos ilustrados se fue desdibujando a partir de una serie de objeciones bien conocidas: desde aquello «evaporado en el aire», esto es, de acuerdo con Marx, el producto ideológico de una estructura de injusta distribución de los medios de producción a la «Industria cultural como engaño de masas» en Adorno y Horkheimer y la sentencia de Benjamin: «no hay documento de cultura que no lo sea, al tiempo, de barbarie»; del recelo de Freud, a la decepción profunda expresada por Georg Steiner por la coexistencia, en pleno siglo XX, de la «alta cultura» con el horror más absoluto; desde la «cultura del consumo ostentoso» al relativismo cultural como bandera de la postmodernidad. Lyotard analizó la epistemología de la «postmodernidad» como fin de las grandes

⁴⁰ C. CASTORIADIS, *Los dominios del hombre. Encrucijadas del Laberinto*, Barcelona, 1988.

⁴¹ Por adelantar otras de nuestras conclusiones, si hubiera habido una mayor comunicación entre disciplinas como el derecho, la historia, la filosofía y la antropología, se podría haber hablado sin ambages de logros culturales en la intersección de ambas acepciones, en un sentido evolutivo ligado a una idea de progreso que afecta a la convivencia democrática o a la legitimidad del poder, pero también a la concepción del individuo. Un modelo de extraordinario interés es el del dualismo en la obra de *Simmel*. G. SIMMEL, «El concepto y la tragedia de la cultura», *Sobre la aventura. Ensayos filosóficos*, Barcelona, 1988, p 204 y ss. Recientemente y en nuestro país, una interesante excepción a esa falta de comunicación en: L. CASTRO NOGUEIRA, A. CASTRO NOGUEIRA, M. A. CASTRO NOGUEIRA, ¿Quién teme a la naturaleza humana? *Homo suadens* y el bienestar en la cultura: biología evolutiva, metafísica y ciencias sociales, Madrid, 2012.

⁴² Por todos, vid. W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, 1999.

narrativas de la modernidad⁴³. Deleuze, Guattari, Baudrillard o Lipovetski hicieron un diagnóstico, más bien estremecedor, sobre la situación de la cultura a finales del siglo pasado: lo que empezaba a caracterizar a los modos de producción capitalistas no era solo un registro particular de los valores de cambio, sino un modo de control de la subjetivación. La sustitución de una singularidad (la de Egon Schiele o la de Kafka, por poner solo dos ejemplos) por la individualidad como dimensión esencial de la cultura de masas. Quedaban pues definitivamente incorporados tres sentidos muy distintos del término «cultura». Un sentido antropológico, otro formativo y un tercero de tipo coyuntural propio de la crítica cultural (los productos de la llamada «industria cultural»). Esos tres sentidos de cultura que aparecieron sucesivamente en el curso de la historia continúan funcionando simultáneamente. Existe una complementariedad entre esos tres tipos de núcleos semánticos, algo que es necesario retener en el planteamiento de una dimensión cultural del Derecho, pero retomemos nuestro hilo conductor.

Recordamos atrás la distinción entre *Kultur* y *Bildung*. La primera es muy amplia. Puede adoptar un sentido neutro o reivindicar para sí una serie de particularidades civilizatorias, históricas e identitarias a menudo en oposición a la naturaleza⁴⁴(y a otros pueblos/ otras «culturas) y se maneja bien en clave romántico-identitaria, bien desde una perspectiva relativista; la segunda apunta un sentido cosmopolita ligado a un tipo específico de educación/formación de los individuos. Y es que el término «cultura» no sólo es de una enorme complejidad, sino que más allá de sus problemas de vaguedad y ambigüedad, conduce a comprensiones del mundo muy dispares⁴⁵. Entre el optimismo ilustrado depositado en una idea de cultura ligada a la razón en el siglo XVIII (expresado luego en una serie de formas culturales artísticas y literarias) hasta el actual relativismo cultural que alcanza las primeras décadas del siglo XXI, la noción de «cultura» ha pasado diferentes vicisitudes y ha sido objeto de muy distintas conceptualizaciones. La filosofía de la cultura aparece en la modernidad, aunque propiamente se asume como tal a finales del siglo XIX con las corrientes neokantianas y neohegelianas. Sus distintos sentidos se dibujan ya en la temprana oposición Kant/ Herder y en el contraste de las visiones estáticas de la cultura con una concepción dinámica sobre la realidad eminentemente cultural de la humanidad expresada primero por Kant y luego, más profundamente, por Hegel⁴⁶ como teórico cultural que termina de asentar un segundo gran significado de cultura referido a la cultura como una condición real, histórico-social que complementa o avanza, en

⁴³ Sobre la crítica al *Diskurs*, J. F. LYOTARD, La condición posmoderna, Madrid, 2006, pp. 116-117.

⁴⁴ Entre otros, para Jacinto Choza: «[...] dado que el hombre no se produce espontáneamente en la naturaleza en tanto que humano, y dado que lo que la humanidad necesita para realizarse tampoco lo produce espontáneamente la naturaleza, hay que producirlo desde el otro factor que no es la naturaleza física y que es la libertad del hombre. A eso es a lo que llamamos productos culturales, y por eso puede decirse que el hombre se realiza en la cultura» J. CHOZA, La realización del hombre en la cultura, Madrid, 1990, p. 17.

⁴⁵ Vid., J. A. PÉREZ TAPIAS, Filosofía y crítica de la cultura, Trotta, Madrid, 1995. J. LINARES, N. SÁNCHEZ DURÁ, Ensayos de la filosofía de la cultura, Madrid, 2002.

⁴⁶ G. W. F. HEGEL, Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, Madrid, 2013.

muchos aspectos, la idea de cultura de Kant en el ámbito de la filosofía⁴⁷. Esto es, tras la metáfora romana y luego humanista del cultivo, la Ilustración urde, o mejor, *consolida*, un concepto de cultura: el nivel superior o de madurez alcanzado por la humanidad en una serie de conocimientos que tienen que ver con la racionalización de diferentes aspectos de la vida social, jurídica y política. No es ya, o no es ya solo la cultura íntima o personal (la imagen orgullosa del romano con el papiro griego y la «voluntad de autoestilización» a la que recurría Paul Veyne en su contribución a la *Historia de la vida privada*⁴⁸) sino pública, general y abstracta. Incluye el patrimonio acumulado por los grandes creadores, el saber alcanzado por la ciencia, el buen gusto, la pulida civilidad de las costumbres, las instituciones sociales, la legitimidad del poder.

Diderot tuvo conciencia de la función crítica y liberadora de la *Enciclopedia* y que ésta iba a significar la expresión de las bases del movimiento autónomo y libre del pensamiento ilustrado, una «epopeya de los tiempos modernos» según Jaques Proust, «uno de los acontecimientos más importantes de la historia de Europa» al decir de Borges⁴⁹. La *Encyclopédie* constituye un monumento, no sólo al saber, sino a la libertad humana⁵⁰. La cultura se observa a sí misma en perspectiva, por ello Voltaire afirma con orgullo que ya nunca más habrá tortura judicial en Europa de forma análoga a cómo Jefferson celebra con ingenuidad que ya nunca más se quemarán libros. Para el historiador y filósofo de la Ilustración escocesa, Adam Ferguson (*An Essay on the History of Civil Society*, 1767), toda la humanidad está en diversas etapas de progreso: salvajismo, barbarie o civilización. La extensión del concepto de cultura ligado a la autonomía, la libertad y la emancipación parece obra de un tiempo de orgullo y de ruptura, un tiempo de auto-creación. Pero junto a la Ilustración fran-

⁴⁷ La idea kantiana de cultura se encuentra en distintas obras, entre ellas, vid. I. KANT, Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia, Madrid, 1994. Id. Crítica del Juicio, Madrid, 2007. Id. Antropología en sentido pragmático, Madrid, 1991. Id., Religión dentro de los límites de la mera razón, Madrid, 2001. Id., Metafísica de las costumbres, Madrid, 1999. Id. Pedagogía, Madrid, 2003.

⁴⁸ «Humillada al haber perdido su condición de clase dirigente, la vieja aristocracia de los notables, padres de las ciudades a la vez que nobleza al servicio del aparato romano, ya no le encuentra sentido a nada, baja los brazos y pierde lo que hacía del imperio romano una sociedad «civilizada»: una inconsciente voluntad de autoestilización (...). El drama de las grandes invasiones tuvo lugar menos en el derrumbamiento del aparato imperial, en la economía o en la demografía que en otro terreno donde hay que distinguir, por ejemplo, entre gentes que leen y otras que no ponen precisamente su honor en hacer tal esfuerzo, entre poblaciones adoctrinadas para un duro trabajo y otras que no han sufrido semejante adiestramiento. Una voluntad como esta, inconsciente del propio esfuerzo sobre sí misma, no se debe a la escuela ni a las instituciones, que son más bien sus consecuencias; sino que se inculca a través de lo que suele llamarse tan desafortunadamente la educación, es decir, el ejemplo que ofrece involuntariamente un grupo social en cuyo seno se produce la aludida voluntad de autoestilización». P. VEYNE, «El Imperio romano», en VV.AA. Historia de la vida privada, Madrid, 1987. Vol. I. pp. 405-406.

⁴⁹ J. PROUST, Diderot et l'Encyclopedie, Ginebra-París, 1982. F. VENTURI, Los orígenes de la Enciclopedia, Barcelona, 1980.

⁵⁰ D. DIDEROT, J. D'ALEMBERT, Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métier, Parma, Franco Maria Ricci Editore, 1970-1978.

cesa, alemana y escocesa (Hutchenson, Ferguson, Smith, Hume, etc.)⁵¹, como una suerte de deriva de la razón ilustrada, el Romanticismo alemán desarrolla de forma paralela otro gran concepto de cultura⁵² (tras la idea de cultivo íntimo y del progreso emancipador de la razón): el producto del pueblo, la manifestación espiritual (*Geist*) del pueblo alemán y la región pangermánica, la identidad comunitaria que defiende sentimentalmente sus creencias, usos y costumbres. Goethe, el movimiento *Sturm und Drang*, Schiller, Novalis, E. T. A. Hoffmann y Friedrich Hölderlin formaron una corriente centrada en las bases históricas (*Geschichte*) del pueblo opuesta al artificio ideal francés⁵³. Fichte se destacará por el fuerte idealismo que imprime en la cultura en sus *Discursos a la nación alemana*. Herder va de una perspectiva subjetiva a una visión objetiva e histórica de la cultura capaz de moldear la primera⁵⁴. Kant hablaba de la cultura en tres grandes ámbitos: ciencia, moral y arte y en sus obras se percibe la cultura como fin de la naturaleza humana y respuesta al *anhelo de plenitud* del ser humano, lo que le da un fuerte carácter subjetivo que el autor conjuga con el objetivo, pero la filosofía de la cultura de Herder, Goethe o von Humboldt si no supone el inicio de una vía sí implica retomar otro sentido de cultura donde la visión del tiempo es crucial⁵⁵. Frente a la idea de cultura universal (que integra todas las «formas culturales» ligadas al arte, la ciencia y la literatura) como emancipación del hombre abstractamente considerado, surgen y a la vez se culminan filosofías muy distintas para las que la cultura es también una cuestión central pero que no tiene tanto que ver con el futuro global sino con el pasado particular. Entre ambas si hay una concepción de la cultura bajo la cual integrar una visión del Derecho como fenómeno destinado a la transformación social, en términos, básicamente de democracia y derechos humanos, ésta sigue siendo la primera: el concepto de cultura de la modernidad cuya tarea emancipadora debe asumirse como incompleta, o mejor, como «inacabada». En *El discurso filosófico de la modernidad*, Habermas, describe este proyecto inacabado como una transformación racional de las condiciones de existencia paralela al desarrollo, «sin desfallecer, de acuerdo a sus propias leyes, de las ciencias objetivantes y de los fundamentos universales de la moral y el Derecho»⁵⁶. En efecto, en la modernidad se extendió la visión de cultura como el proceso de auto-perfeccionamiento, de desarrollo, de formación intelectual, de la mente, o del espíritu, directamente relacionada con una idea de crecimiento moral del hombre vinculada con la noción de progreso, un tipo de conciencia relativa a las exigencias derivadas del reconocimiento

⁵¹ P. HAZARD, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, Madrid, 1975. Id. *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1985.

⁵² J. L. VILLACANA, *La quiebra de la razón ilustrada: idealismo y romanticismo*, Madrid, 1988.

⁵³ H. HEINE, *La escuela romántica*, Madrid, 2010, p. 52 y ss.

⁵⁴ J. G. HERDER, *Obra selecta*, Madrid, 1982, p. 22. J.B LLINARES. «El concepto de «cultura» en el joven Herder», *Ensayos de filosofía de la cultura*, Madrid, 2002, pp. 219-238.

⁵⁵ M. HEINZ, «Teorías de la cultura de la Ilustración: Herder y Kant», *Ideas y Valores*, n° 109, 1999.

⁵⁶ J. HABERMAS, *El discurso filosófico de la modernidad*, cit., p. 116 y ss.

de la dignidad humana⁵⁷ bien visible en las célebres palabras de Kant en su opúsculo *¿Qué es la Ilustración?*⁵⁸ Kant ofrece en este párrafo la definición más conocida y optimista de Ilustración como «salida del hombre de su condición de menor de edad de la cual él mismo es culpable»: un esfuerzo del propio espíritu por salir de una minoría de edad, la libertad de hacer uso de la propia razón, pero también la firme determinación de ir limando los grilletes, esto es, los mecanismos de control a través de leyes, usos y costumbres⁵⁹. La concepción kantiana de cultura oscila en distintos lugares de su obra yendo más allá del proceso de formación o *Bildung*⁶⁰, así, la lectura de la *Pedagogía*, la *Metafísica de las Costumbres*, la *Antropología* y los escritos de filosofía de la historia, recoge una doble aproximación a la cuestión de la cultura ilustrada: por un lado, la deudora de las «historias conjeturales» de los escoceses según la cual la cultura es ante todo obra de la Naturaleza, de la combinación de procesos naturales y razón pragmática; por otra, la aproximación práctico-moral, protagonizada por el hombre: el progreso cultural se basa en la «insociable sociabilidad de los hombres»⁶¹. En su «Probable inicio de la historia humana», y, más adelante, en su «Replanteamiento sobre la cuestión de si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor» contenidos en las *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, Kant sitúa el motor del progreso, unas veces en la peculiar sociabilidad de los hombres, otras en una suerte de efectos no buscados, otras en el destino reservado a algún tipo de privilegiada ontología⁶². Pero, además del concepto explícito de cultura como perfeccionamiento de la naturaleza, la empresa crítica puede considerarse cultura en un sentido más profundo: cultura como proyección de una subjetividad que busca en la naturaleza los indicios del destino racional y moral del hombre. La cultura es la base del progreso de la humanidad hacia su auto-perfeccionamiento. En la *Crítica de la razón pura* se dice que la cultura tiende a desarrollar una aptitud sin suprimir otra ya existente⁶³. Se trata de la cultura de la Razón frente al estado de naturaleza, una filosofía ilustrada de la historia y del progreso moral. Una concepción reflexiva de la cultura a partir de una visión histórica del hombre. Esa

⁵⁷ I. KANT, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, 2002, p. 162. Así, «la humanidad misma es una dignidad; porque el hombre ni puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin...». Sobre otras implicaciones iusfilosóficas, vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, colección Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 34, Madrid, 2005, pp. 111-112.

⁵⁸ I. KANT, *¿Qué es la ilustración?*, Madrid, 2009, pp.81-93.

⁵⁹ *Ibid.* p. 17 y ss.

⁶⁰ Entre otros estudios sobre la presencia de esta *Bildung* en la concepción kantiana de la Ilustración, vid. J. L. VILLACANA, *La quiebra de la razón ilustrad: idealismo y romanticismo*, Madrid, 1988. V. CAMPS, *La ética moderna*, Barcelona, 1992, p. 390-391.

⁶¹ A. MARTA GONZÁLEZ, «La filosofía kantiana como filosofía de la cultura», cit. p. 707 y ss.

⁶² I. KANT, «Replanteamiento sobre la cuestión de si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor», *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita...*, cit., pp. 85-88. Sobre «la ontología crítica de nosotros mismos» o cómo la pregunta por la Ilustración supone el campo de interrogación filosófica referida a lo que somos hoy, M. FOUCAULT, «¿Qué es la Ilustración?», *Daimón, Revista de Filosofía*, nº 7, 1993, pp. 5-18.

⁶³ I. KANT, *Crítica de la razón pura*, Madrid, 1997, p. 573.

causa moral que se inserta en la historia no es otra cosa que el Derecho y su vocación cosmopolita⁶⁴. Hegel lleva la idea de cultura a la noción de *Bildung*, entendida como una realidad espiritual irreductible que va más allá de la racionalidad abstracta ilustrada. La *Bildung*, tal como se anuncia en la *Fenomenología del espíritu*, es la condición misma de un cambio en el orden del pensamiento que debe tener por efecto acercar la filosofía a la forma de ciencia y hacer de ella un saber efectivo en lo real, es decir ligada a la formación cultural. Es cierto que la realización humana de la libertad no se construye en el vacío de la conciencia individual, sino en el marco de una comunidad histórica concreta⁶⁵ pero es que tal cultura no es solo un medio (un instrumento) para la emancipación de una subjetividad que ya estaría plena y apriorísticamente poseída de sí misma, en la forma de un «ideal» o de una auto-conciencia reflexiva⁶⁶ sino una empresa que puede extenderse de forma universal.

4. LA CONSTITUCIÓN COMO CIENCIA DE LA CULTURA SEGÚN PETER HÄBERLE

Es mérito de Hegel haber trazado una Historia en la que el Derecho se sitúa como un estadio particular de un tipo de dialéctica, pero las conexiones entre Derecho y cultura han sido tratadas por autores muy distintos dentro de disciplinas con intereses y prioridades muy dispares. En la actualidad, un referente ineludible en cualquier reflexión del Derecho desde una dimensión cultural es la obra del constitucionalista alemán Peter Häberle. De forma análoga a las premisas del enfoque pluri-

⁶⁴ Detrás de las ocasionales referencias a la cultura, dispersas por todo el corpus kantiano, se encuentra un hilo epistemológico que permite contemplar la cultura como proyección de los intereses de la razón y, en último término de la subjetividad humana de forma que pudiera servir de puente con algunos aspectos de la aproximación romántica, simbólica a la cultura. Como señala Marta González, la aproximación perfeccionista a la cultura, que la hace sinónima con la civilización era bastante frecuente en el siglo XVIII, y de hecho persiste hasta bien entrado el siglo XIX. A. MARTA GONZÁLEZ, «La filosofía kantiana como filosofía de la cultura», cit. p. 709.

⁶⁵ La fabulosa sistematización de Hegel sitúa la reflexión sobre la cultura en el seno de una filosofía en la que el «espíritu objetivo» tiene una trascendencia significativa y en la que la cultura oscila entre lo objetivo y la cultura subjetiva del «espíritu absoluto». Para Hegel (en una reflexión en torno al campo semántico de la *Bildung* como cultura formativa), la *Bildung* tiene un alcance amplio: incluye el lenguaje, el orden económico, y el político-estatal y no solo las esferas estética, moral e intelectual B. GROETHUYSEN, *La formación de la conciencia burguesa en Francia durante el s. XVIII*, Madrid 1981. A. HELLER, «El último estadio de la historia (memoria, rememoración y *bildung* sobre la teoría de la modernidad en Hegel)», *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, nº 14, 1996, pp. 95-110.

⁶⁶ Para Hegel el propio ser de la subjetividad ha de ser culturalmente formado. La cultura es antes condición y medio para toda realización de la subjetividad. A su vez, el ideal de una subjetividad autónoma sigue siendo el baremo sin el cual las reconstrucciones y revalorizaciones de la realidad social concreta pueden conducir a consecuencias inaceptables: el comunitarismo autoritario, el estatismo nacionalista, el tradicionalismo conservador Vid., M. T. RAMÍREZ. «Dos modelos del concepto de cultura en la filosofía moderna», *La lámpara de Diógenes, Revista de Filosofía*, nº 14-15, 2007, pp. 168-178, p. 176. J. HYPPOLITE, *Génesis y estructura de la Fenomenología del espíritu de Hegel*, Barcelona, 1974.

dimensional del Derecho con las que comenzábamos atrás, para Häberle la Constitución no se agota en una dimensión formal. Así, junto a las herramientas legaliformes y socio-jurídicas de la jurisprudencia, su teoría integra las ciencias y las artes que conforman «la gran antropología» de la cultura humana. La Constitución no es únicamente un texto sino un *contexto cultural*: el ambiente que permite que el texto adquiera sentido. La Constitución es primordialmente cultura en un aspecto específico de ella. Häberle sostiene que la teoría de la interpretación constitucional tradicional ha descuidado el contexto cultural, sobre todo si se toma en cuenta que el contenido de los textos constitucionales (como el de todos los textos) es el contexto cultural en última instancia. Es por ello que los textos clásicos ayudan al intérprete constitucional, intérprete en sentido amplio, desde el ciudadano hasta el juez constitucional. Los grandes textos jurídicos se comprenden mejor desde una visión dinámica como «cristalizaciones» que solo se pueden aprehender desde una estructura cultural multidimensional. Para ello es necesario atender al fondo, a la «cimentación» cultural, de donde surgen tanto los elementos de cada Constitución como el arquetipo del Estado constitucional, pues para la teoría constitucional como ciencia de la cultura⁶⁷ «las normas constitucionales surgen y se entienden como procesos culturales y se explican a través de textos y contextos»⁶⁸. Se trata de una suerte de «mesa redonda» de hitos culturales. La Constitución de un pueblo es la imagen de una sociedad concebida como idónea en un tiempo y lugar determinados y está abocada a un tipo de progreso: lo que esa sociedad aspira a ser.

El tipo «Estado constitucional» debe ser entendido como un conjunto comunitario de elementos de origen histórico muy diverso extraídos de la cultura constitucional universal, seleccionados a partir de un proceso constante de influencias y comparación. Así, a modo de grandes presupuestos, se asumen la democracia, el diálogo y el pluralismo frente a cualquier forma de fundamentalismo o de totalitarismo. Hacia 1982, Peter Häberle desarrolló específicamente la fundamentación de aquello a lo que con tintes popperianos se refirió como «sociedad abierta». A partir un principio científico-cultural, el paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución adoptó de nuevo el punto de vista de la historia de una cultura de la que son parte los clásicos del pensamiento político y la obra de poetas como Schiller o Goethe. El proceso comienza con el estudio particular de las culturas constitucionales democráticas y concluye, en su nivel más general, con la identificación de los elementos compartidos por la mayoría de ellas. El modelo resultante puede utilizarse como criterio para determinar si un proyecto o realidad social se califica como Estado constitucional, social, democrático y cultural de Derecho. De acuerdo con Häberle, la Constitución expresa una pluralidad de valores fundamentales que tienen un origen histórico-cultural, comenzando con la dignidad humana, pasando por los derechos subjetivos, hasta llegar a la democracia y los derechos humanos. A esto se suman hitos como el desarrollo que Montesquieu hiciera de la división de

⁶⁷ P. HÄBERLE, *Verdad y Estado constitucional*, México, 2006, p. 151. Id. *Pluralismo y Constitución*, 2002, p. 104.

⁶⁸ P. HÄBERLE, M. KOTZUR, *De la soberanía al derecho común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, 2003, p. 5.

los poderes, el federalismo democrático, el Estado social, la sensibilidad ecológica y un largo etcétera. Entra de nuevo a colación aquí la tesis de los niveles textuales y la suma de aportes reflexivos, la forma en que la Constitución concreta con posterioridad lo que fue fijado por sentencias judiciales, pero también ese sentido *progresivo* de perfeccionamiento jurídico y moral del que hablara Kant y luego Hegel, y que constituye, según lo vemos el sentido de cultura todavía idóneo para integrar una dimensión cultural del Derecho capaz de ir más allá de una visión antropológica o de una historia del Derecho como simple descripción de la forma en que una sociedad se constituye normativamente en distintas época y latitudes.

Es por ello que afirma que los textos clásicos ayudan en su labor al intérprete constitucional, intérprete en sentido amplio, desde el ciudadano hasta el juez constitucional. En el ambiente cultural en el que los textos constitucionales son interpretados, destacan los textos clásicos en materia de Derecho político, ya que abarcan la parte esencial del perfil del Estado constitucional. Se trata de obras de la más alta calidad en cuanto a sus aportaciones, en la que el grado máximo es la inauguración paradigmática, obras con un amplio consenso en el espacio y en el tiempo: textos jurídicos o de cualquier área cultural (poética, científica, literaria), también se incluyen instrumentos no textuales, especialmente grandes obras artísticas.⁵⁷ El contenido cultural de documentos como el *Bill of Rights*, los *Federalist Papers* o la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, o las obras de Aristóteles, Cicerón, Locke, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Sieyes, Kant, Marx, Popper, Rawls, Habermas, Alexy, entre otros, influyen en el proceso de formación y desarrollan el tipo de Estado constitucional.

En el plano científico Häberle debe a Herman Heller la comprensión profunda de una teoría del Estado culturalmente integrada, que el primero ha continuado bajo la idea de una teoría científico-cultural de la Constitución. En especial, el profesor alemán subraya la relación entre cultura y dignidad: «no existe una libertad cultural previa a la cultura». Häberle introduce entre las categorías de análisis del Estado constitucional, la idea del tiempo: «el Estado constitucional vive en el curso del tiempo para arribar a la dialéctica entre estática y dinámica, entre conservación y cambio». En el esfuerzo programático de configurar la teoría de la Constitución como ciencia cultural, Häberle ha acudido tanto a Heller como a Max Weber. En relación con ese tiempo, se recuerda, por ejemplo, con Rudolf Smend, que, aunque dos normas (o constituciones) se expresen en los mismos términos, no necesariamente tienen el mismo significado; y con Georg Jellinek, que una misma norma puede tener distinto sentido en tiempos diferentes. El elemento que explica esa variación es de índole cultural y parece en gran medida afín a la idea del pluralismo de la sociedad abierta de Popper. La Constitución traduce entonces un doble proceso cultural: por una parte, el de naturaleza temporal, y, por otra, el de naturaleza espacial. Ambos presentan una dualidad, en cuanto al proceso temporal hay un elemento diacrónico, que resulta de la experiencia histórica, y otro sincrónico, que corresponde al proceso constituyente. Cada Constitución tiene como antecedente cultural la suma de las experiencias propias que el constituyente toma en cuenta para seleccionar las instituciones y darles un contenido determinado, pero también incluye una serie de

demandas y expectativas que se producen en la sociedad en el momento mismo en que se lleva a cabo el acto constitutivo. En cuanto al proceso espacial, se identifican los elementos que diferentes actos constitutivos han aportado al Estado constitucional de nuestro tiempo: aquí se puede hablar de los patrones culturales cuya génesis corresponde a una sociedad en especial y que se han irradiado al resto de sociedades para convertirse en referentes comunes, o que han venido siendo incorporados selectivamente por diferentes sociedades, así el federalismo de origen estadounidense, los derechos humanos cuyas primeras manifestaciones normativas se registran en Inglaterra, en Estados Unidos y en Francia.

Las contribuciones de cada sociedad, en cada etapa histórica, tienden a incorporarse a la cultura compartida, sin perjuicio de que cada sociedad, al interiorizar las prácticas ajenas, lo haga aportando sus propios matices y generando, a su vez, nuevos elementos que se incorporen al intercambio creciente de patrones culturales, que hace cada vez más homogéneos a los Estados constitucionales: el Estado constitucional es un producto multicultural⁶⁹. Esto es, la perspectiva de Häberle, se presenta de enorme interés, no sólo para los defensores de las líneas «Derecho y literatura», o «Cine y Derecho», si no para aquellos que como nosotros aquí, defienden la idea de que las conexiones entre Derecho y cultura son mucho más profundas y merecen ser exploradas con atención. Los poetas ejercen principalmente la crítica, al mismo tiempo que «proporcionan la suficiente dosis de utopía que orienta el sentido de la realidad constitucional».

Häberle incide tanto en la idea de acumulación como en una fuerte perspectiva axiológica imprescindible para comprender hoy el Derecho como expresión cultural. La acumulación y la reflexión remiten también en algunos aspectos a lo que Agnes Heller se refirió como «memoria cultural»⁷⁰, por ejemplo, para ambos los aniversarios son útiles para recrear y repensar las bases emocionales de consenso comunitario, también el Derecho comparado es una forma de acumulación selectiva⁷¹. Y es que muy ligada a la idea de progreso como uno de los rasgos del concepto de cultura está la cuestión de la memoria. Esa «memoria en progreso», por decirlo así, conduce a la idea de acumulación. Justamente para Häberle, la Constitución de un pueblo

⁶⁹ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, cit., p. 370 y ss.

⁷⁰ La memoria cultural está conformada por objetivaciones que proveen significados de manera concentrada. Éstos pueden ser textos, pergaminos sagrados, crónicas, poesía lírica o épica, monumentos, edificios, estatuas, abundantes en símbolos y alegorías, depósitos de experiencia o memorabilia erigidos a manera de recordatorios. La memoria cultural está incorporada a prácticas repetidas y repetibles regularmente: fiestas, ceremonias, ritos. Vid. A. HELLER, *Memoria cultural, identidad y sociedad civil*, *Indaga*, n° 1, 2003, pp. 5-17, p. 6.

⁷¹ Detrás de esta idea de historia cultural elementos de la cultura religiosa, así, paradigmáticamente, la tesis protestante de Lutero acerca del sacerdocio de todos los creyentes. Una historia de apertura, pues si se adopta una mirada retrospectiva, en la antigua Roma, el conocimiento del derecho estaba reservado a la casta de los sacerdotes. La Ley de las Doce Tablas trajo consigo el conocimiento público del derecho para los ciudadanos romanos, la cual fue creada por un grupo de juristas y políticos que viajó a Atenas, y se orientó en la legislación de Solón. El carácter público del derecho es característica fundamental de todo Estado constitucional hasta hoy. P. HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, cit., p. 71 y ss.

es la imagen de una sociedad concebida como *idónea* en un tiempo y lugar determinados, pero, abocada a un tipo de progreso, esa sociedad también tiene una idea de aquello a lo que aspira ser. Los elementos del tipo Estado constitucional, siendo productos culturales, comparten las mismas fuentes que la cultura en general y éstas se caracterizan porque trascienden en el tiempo y el espacio y se incorporan a un modelo, a un *horizonte*. Su programa de una «Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura» se aleja, pues, de una visión cerrada de cultura y asume que toda comprensión efectuada a nivel constitucional necesita una ampliación que incluya los avances de la cultura en su dimensión científica, artística y literaria que complete los conceptos jurídicos para *constituir* una forma de relaciones sociales. Aquí, aparece, según lo vemos, algún problema: la sociedad abierta de intérpretes y políticos constitucionales de cuño occidental se configura a partir de «cristalizaciones culturales» y lo novedoso del paradigma de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución es que ya no se trata del conocimiento del Derecho de intérpretes cualificados, sino de que todas las instituciones y los ciudadanos participen en el proceso interpretativo. Pero ¿por qué *todas* las instituciones y todos los ciudadanos? Häberle recoge numerosos casos en los que el Tribunal Constitucional Federal alemán da la palabra en procesos judiciales con audiencia pública a sindicatos, entidades empresariales y comunidades religiosas⁷², pero, poco se dice en relación con cuáles de estos argumentos contribuyen y cuáles no, al horizonte particular que el Estado constitucional debe alcanzar, ¿cualquier forma de tecnificación?, ¿la reducción de las Universidades a centros de profesionalización?, ¿la enseñanza religiosa en las escuelas?, ¿la mercantilización del deporte? Además, la propuesta de Häberle incluye todas las facetas de la cultura, de Brecht a García Lorca, de Shakespeare a Orwell, de Rembrandt a The Beatles, pero se le puede achacar una cierta ambigüedad en su definición operativa de cultura pues resulta evidente que de seguir con el listado de ejemplos algunos no serán tanto actores como resultados, cuando no «productos» culturales; de otro lado, llama la atención la representación implícita del vínculo social, una representación que parece obviar cualquier consideración de tipo biológico. Porque, ¿qué relación entre naturaleza y cultura permite la estabilidad de esos sistemas normativos? Ningún fenómeno que interese a la sociología o al Derecho ni es enteramente biosocial ni enteramente sociocultural, de nuevo, al hablar de lo universal, la presencia de los avances de la biología evolucionista y las ciencias cognitivas en el ámbito humanístico es testimonial, *se pone al lado*, pero no termina de *integrarse* en las reflexiones sobre el hombre. Creemos que una dimensión cultural del Derecho en la actualidad debería trazar también puentes más sólidos entre campos fronterizos, invitar seriamente a las ciencias sociales a reconsiderar su comprensión de la individualidad, señalar las aporías de una metafísica ajena a los hallazgos de la investigación naturalista en las humanidades, así, a modo de ejemplo, la capacidad conceptual de categorizar la conducta humana en términos de valor y la posibilidad de transmitir

⁷² El carácter público de la Constitución no es ilimitado, existen valores materiales fundamentales que no son negociables y que preexisten a la Constitución como proceso público: la dignidad humana (Kant) como premisa cultural del Estado constitucional. P- HÄBERLE. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, cit., p. 90.

esta categorización a través de la aprobación o la reprobación social (o jurídica) de la misma a la luz de unos valores y no otros (en nuestro caso, los derechos humanos): un aprendizaje social que ha permitido una transmisión cultural forjada en lo bueno, lo bello o lo verdadero como elementos que nos proporcionan bienestar y en la adquisición de unos valores resultado de una mecánica cognitiva seleccionada por sus rendimientos adaptativos pero más allá de una suerte de «relativismo ilustrado» que combine creencias y emociones con un universalismo transcultural que iguale a todos los hombres en un espacio de convergencia psicobiológico (la «naturaleza humana») y en un subsistema social, el jurídico, que no podrá ser «justo» ni entenderse por acabado mientras persista el fanatismo religioso, el deterioro medioambiental o las escandalosas distancias en el bienestar (el caso de la relación actual entre África y la UE, más allá de la gestión de la inmigración y los refugiados debe leerse como una regresión de tipo civilizatorio), en el reparto de la riqueza y las oportunidades y en el disfrute de ese código normativo con pretensión de validez universal que son los derechos humanos.

5. EL CASO DE LA TORTURA COMO EJEMPLO DEL INTERÉS DE UNA PERSPECTIVA CULTURAL

Sea a través de los distintos modos socio-históricos en que se conforma la naturaleza intrínsecamente normativa de una sociedad, sea como expresión de una historiografía, sea como epítome de una transformación social más amplia, el Derecho presenta una dimensión cultural. Un ejemplo muy gráfico de aplicación de la perspectiva cultural del Derecho tal como la proponemos aquí es la prohibición de la tortura⁷³. El de tortura es un concepto que, incluso en el ámbito jurídico, parece destinado a ser objeto de continuos debates terminológicos⁷⁴ tanto para determinar qué cae y qué no cae bajo la definición de tortura –por ejemplo, en relación con figuras afines como tratos inhumanos o degradantes– como en lo que atañe a los actos concernientes a lo que Weber estudió como monopolio de la violencia física legítima. Tomar el problema de la tortura desde la perspectiva cultural que hemos defendido atrás permite comprender mejor el significado moral, jurídico (iusfilosófico⁷⁵) y político

⁷³ También *Häberle* refiere la prohibición de la tortura como límite para la averiguación de la verdad derivado de la dignidad como hito de una evolución cultural. P. HÄBERLE, *Verdad y Estado constitucional cit.*, pp. 25-26.

⁷⁴ Estos problemas conceptuales pueden rastrearse en textos actuales como los de B. CLUCAS, G. JOHNSTONE, T. WARD, (eds.), *Torture: Moral Absolutes and Ambiguities*, Baden-Baden, 2009; M. DAVIS, «The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading, Treatment», *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, nº 2, 2005, pp. 161-178; S. LUKES, «Liberal Democratic Torture», *British Journal of Political Science* Vol. 36, 2006, pp. 1-16. TH. NAGEL, «The Problem of Global Justice», *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 3, nº 2, 2005, pp. 113-147.

⁷⁵ Sobre la filosofía jurídica como saber centrado en problemas, entre otros, vid. F. J. ANSUÁTEGUI, «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº. XII, Madrid, 1995, p. 181. A. DEL REAL ALCALÁ, «La identidad de la Filosofía del Derecho como materia útil para juristas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº. XXVII, Madrid, 2011, pp. 86 y ss.

tanto de su práctica como de su prohibición. La pérdida de esta visión cultural sobre la prohibición de la tortura puede dar lugar a argumentos de tono relativista apolo-géticos de prácticas crueles (un argumento-tipo de los regímenes autoritarios donde quiera que se den) a la vez que permite tanto el incremento de debates salpicados de matices sobre el tipo de sufrimiento infligido (matices un tanto macabros, en nues-tra opinión) o el uso obsceno de expresiones eufemísticas del tipo «interrogatorios severos», «técnica de interrogatorio mejoradas», etc.⁷⁶, como una suerte de estanca-miento, cuando no retroceso civilizatorio, en las garantías que deberían rodear una prohibición que el Derecho dotó históricamente de carácter absoluto.

En el ámbito del Derecho positivo durante la segunda mitad del siglo XX se perfiló el concepto jurídico de tortura sobre un triple eje: material, teleológico y sub-jectivo. La tortura era un daño grave que tenía como objeto una confesión o informa-ción y era perpetrada por funcionarios público. Enseguida se extendió la idea de que lo que distinguía la tortura de otros actos, como los abusos o los tratos inhumanos y degradantes, era esa gravedad o intensidad del sufrimiento, su *severidad*. Un umbral de tolerancia demasiado dúctil que sacaba fuera del concepto de tortura prácticas inadmisibles que encajan en la idea de tortura si se atiende a los rasgos culturales de su prohibición y al significado profundo de su práctica. Porque, ¿qué significa la tortura? En primer lugar, una reflexión histórico-cultural puede introducir la razón de ser de la prohibición de la tortura, por ejemplo, en el seno de un tipo de raciona-lidad consciente de la idea de progreso y en una serie de circunstancias históricas y corrientes de pensamiento humanista que situaron los derechos del individuo como límites al poder. A su vez, ese nuevo ámbito de subjetividad se enmarcaba en una serie de transformaciones culturales y científicas relativas a una evolución en la co-rriente del individualismo tal como la estudiaron entre otros Jean Paul Vernant o Louis Dumont⁷⁷. En la segunda mitad del siglo XIV, artistas, escritores, moralistas y políticos insisten de forma unánime en Italia, sobre un cambio radical en la actitud de los hombres frente al mundo y la vida. Creen que ha comenzado una época que constituye una ruptura con el mundo medieval y tratan de explicarse a sí mismos el significado de ese cambio. Posiblemente no sea del todo exacto, pues en mucha medida supone una continuación de esa época larga y compleja que llamamos Edad Media, pero hay al menos un sentido de ese cambio que interesa a nuestro enfoque: se observan a sí mismos como protagonistas de una *continuidad*, la del mundo gre-colatino. Se trata del descubrimiento de la *historicidad* del mundo humano, esto es, separación y alteridad del objeto histórico frente al presente historiográfico, actitud

⁷⁶ Sobre el tipo de debate acerca de la legitimidad de medidas en el universo conceptual de la tortura, cabe incluir aquí, el referido a ese nuevo contexto de urgencia y excepcionalidad que siguió a los atentados del 11/S y la llamada «lucha contra el terror», así las apologías más o menos matizadas de K. J. GREENBERG (Ed.), *The Torture Debate in America*, New York University, Nueva York, 2006. A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works?*, New Haven, 2005, p 25 y ss. J. YOO, *The Powers of War and Peace*, Chicago, 2005.

⁷⁷ *Dumont* contrapone individualismo y holismo. L. DUMONT, *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, 1999, p. 14. J. P. VERNANT, «El individuo en la ciudad», en VVAA, *Sobre el individuo*, Barcelona, 1990, p. 36.

de perspectiva histórica que permitirá decir mucho más tarde a Voltaire que la tortura judicial ha sido abolida para siempre. De forma análoga, Dante o Petrarca expresan el descubrimiento de la naturaleza mundana que en la *Divina comedia* se propone como perfectible: la literatura es un instrumento para la construcción de un mundo mejor. En el siglo XVI, teólogos-juristas como Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria, precursores de los derechos humanos y del Derecho internacional moderno, reflexionan sobre la dignidad en textos que avanza la historia de instituciones y comportamientos singulares en un sentido particular con sus denuncias del maltrato a los indios durante la colonización del «Nuevo Mundo»⁷⁸. En la misma época, Luis Vives ya consideraba a la tortura, desde una perspectiva puramente humana, prueba irracional, cruel e injusta, impropia de la civilización cristiana⁷⁹. Es decir, las sociedades modernas se vieron pronto a sí mismas como resultado de un distanciamiento del pasado y como objeto de su propia emancipación frente a la sumisión, la manipulación, la superstición o la demagogia. Al menos en el terreno de las ideas, se trata de la fuerza crítica de la extensión de un proceso cultural relacionado con la civilización en una primera tradición de liberación del pensamiento y un sistema de vasallaje según la conocida visión de la filosofía como «sierva de la teología», de ahí el declive de la visión del delito como pecado, o de la pena como penitencia y expiación de un mal⁸⁰, un salto de los manuales de brujería de Eymeric⁸¹ al estudio científico y humanista del hombre⁸². La abolición de la tortura –parte esencial de ese progreso civilizatorio, impulsado por Montesquieu, Beccaria o Howard– se extiende en el ámbito europeo desde la obra legisladora impulsada por Federico el Grande, primer mandatario en abrir la puerta a la abolición de la tortura en 1754; entre 1767-1770 lo hicieron los príncipes alemanes de Baden, Mecklemburg, Brunswick, Sajonia, Dinamarca; en el Imperio austríaco la abolición de la tortura se formalizó en 1776⁸³. Hay otros aspectos de la cultura jurídica y política del siglo XVIII que contribuyeron a la abolición de la tortura, así, la influencia del Derecho penal inglés. La proclamación

⁷⁸ Vid. A. PELÉ, «El discurso de la “Dignitas hominis” en el humanismo del Renacimiento», colección Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 55, 2012. Id. “Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media”, *Derechos y Libertades*, nº 21, Madrid, 2009, pp. 149-185. Id. «Montaigne y Las Casas. Dos defensores de la dignidad humana», en VVAA, *Entre la ética, la política y el derecho: Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. III: Teoría de la Justicia y derechos fundamentales, Madrid, 2008, pp. 959-974.

⁷⁹ Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudios, artículos y conferencias*, cit., pp. 3.328 y ss.

⁸⁰ Para *Fiorelli* la abolición de la tortura no tuvo lugar como consecuencia de la aplicación de principios morales, sino que fue resultado de una revolución jurídica: la llegada del sistema moderno de justicia criminal que supuso que se abandonara esta práctica para basar los veredictos de culpabilidad en pruebas materiales que racionalmente establecieran los hechos. P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto Comune*, cit., p. 54 y ss.

⁸¹ N. EYMERIC, *Manual de Inquisidores*, Madrid, 2006.

⁸² F. TOMÁS Y VALIENTE, «La tortura en España», *Obras Completas*, Tomo I, Madrid, 1997, págs. 813 y ss.

⁸³ Para un estudio exhaustivo sobre la tipificación histórica del delito de tortura, vid. M. J. FERNÁNDEZ TORRES, *El delito de tortura y su relación con otros atentados contra la integridad moral*, Tesis doctoral dirigida por María Dolores Fernández Rodríguez, Universidad de Murcia, 2013.

de derechos de 1789, la suspensión del orden feudal-estamental y los privilegios de honor crearon un escenario donde la tortura ya no podía ser representada, al menos, tal como lo venía siendo hasta esa fecha⁸⁴. Como vimos en epígrafes anteriores, es precisamente durante la Ilustración cuando se extiende la idea de cultura como progreso del espíritu, no solo del individuo, sino de la misma historia que propone los valores de libertad, igualdad y fraternidad. Hölderlin saluda la revolución como «nueva hora de la creación», la Convención Nacional Francesa adopta el calendario republicano mientras París celebra las saturnales de la libertad (el «mejor de los días» al decir del poeta latino Cátulo) con las calles manchadas de sangre... Con todo, los *Federalist Papers*, Schiller, los *Cuadernos de quejas*, los proyectos de Mademoiselle Jodin, el discurso de Méricourt, la Declaración de Olympe de Gouges, la vindicación de derechos de la mujer de Mary Wollstoncraft, el discurso humanista de Marx, la lucha contra la explotación, los derechos sociales, los artículos de Bertolt Brecht, el *habeas corpus* y el resto de garantías procesales son hitos culturales universales. La prohibición de la tortura es uno de ellos. Es significativo que el propio Jean Améry se refiera al comenzar su reflexión sobre la tortura a una serie de pasajes de la historia del hombre que nosotros suscribiríamos como episodios de esa historia cultural: la división de poderes, los ilustrados franceses, los economistas ingleses, la intelectualidad vienesa de entreguerras⁸⁵.

En relación con las manifestaciones culturales (artísticas, literarias, etc.) en el clásico filme de Dreyer de 1928, *La pasión de Juana de Arco*, la actriz Renée Falco-netti sobrecoge al espectador con una serie de gestos que transmiten todos los matices de la fe y del dolor. Muchos años más tarde, el provocativo nuevo terror francés de Pascal Laugier (*Martyrs*, 2008) hace explícito e insoportable para el espectador el tormento de dos muchachas en cuyos ojos torturados es posible ver la entrada al reino de Dios. El artista capta el dolor que nos saca del mundo, la indiferencia del verdugo (como en *Los desastres de la guerra* de Goya), la falta de empatía, la dicotomía nosotros/ «los otros». En el siglo XX, la imagen de la tortura acompaña los trabajos, de muy distintas calidades e intenciones estéticas, del propio Picasso, de artistas como Lovis Corinth, Max Ernst, Georg Grosz, Max Beckmann, Otto Dix, Aroldo Bonzagni, Pasolini, Bohumil Kubišta, Leon Golub, Nancy Spero, Andrew Delaney o Max Ginsburg. La imagen icónica para muchos de la guerra de Argelia es, paradójicamente, la del *béret rouge*, el paracaidista, torturando con un soplete a un miembro del FLN en *La batalla de Argel* de Gillo Pontecorvo⁸⁶. Hoy, uno de los títulos más rotundos capaces desplegar toda la metafísica de la tortura es *Incendies* (Denis Villeneuve, 2010) pero fue la publicación de las fotografías de Abu Ghraib la

⁸⁴ Para Häberle, los textos constitucionales franceses «equivalen a una cantera en la que podemos estudiar los elementos de construcción de la formación textual». P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, cit. p. 39.

⁸⁵ J. AMÉRY, *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Valencia, 2001, pp. 39-45.

⁸⁶ J. A. GARCÍA AMADO, F. PAREDES CASTAÑÓN (Coords.), *Torturas en el cine*, Valencia, 2012. B. RIVAYA, «El cine de los derechos humanos», *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 3, 2008, pp. 1059-1082.

que ha dado lugar a una amplísima literatura interdisciplinar expresada en gran número de textos: el análisis de Eisenman, el libro de Errol Morris y Philip Gurevitch *Standard Operating Procedure*, el acercamiento de Mitchell, *Cloning Terror* Judith Butler⁸⁷ o una de las últimas reflexiones de Susan Sontag, *Regarding the Torture of Others*. Todos ellos conectan la práctica de la tortura en un marco *cultural* en el que la democracia y el Estado de Derecho se dibujan refractarios a esas prácticas salvajes. Por ejemplo, de acuerdo con Danto, las imágenes de Botero permiten un sentido visceral de identificación cuyo sufrimiento nos obligan a hacer vicariamente nuestro, trocan en visible el sentido angustioso de la humillación⁸⁸. Y es que hay aspectos de la «fenomenología de la tortura» que solo un uso del lenguaje puede captar. También un cine sensible a los derechos humanos se ha aproximado a la tortura, sin que la falta de una perspectiva académica se haya traducido en una mirada simple ni simplificadora⁸⁹. En efecto, una perspectiva cultural, en el sentido esbozado en nuestros primeros epígrafes, permitiría una definición más incisiva capaz de revelar rasgos sustanciales de la tortura para poder contrastarlos luego con su definición jurídica en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, así como con algunas interpretaciones jurisprudenciales. Desde una dimensión cultural, la pregunta ¿qué es tortura? combinaría perspectivas objetivas y subjetivas, aspectos históricos, literarios, culturales y fenomenológicos que mostraran que un acto para constituir tortura basta con que sea diseñado como tortura, basta con que saque al individuo de un universo para llevarlo a un lugar del que no regresará igual. La tortura ha sido objeto de relatos clásicos de la ficción que ahonda en el terror: desde *El manuscrito encontrado en Zaragoza* de Jan Potocki a *El péndulo de la muerte* de Poe. Más tarde, las represiones políticas han proporcionado a la literatura un material excepcionalmente poderoso para redibujar el imaginario sobre la tortura como acto de terror y desde ahí iluminar con estremecedora crudeza los episodios más oscuros de historias ocultas y secretas⁹⁰. En Europa, el nazismo y el estalinismo generaron toda una galería emocional de atrocidades y una subsiguiente literatura asomada el abismo de nuestra extraña ontología, particularmente un tipo de teatro y de novela muy centro-europea, muy... *golpeada*, reflexiva y atormentada; aquí la lista es extensa, desde el conocido y particularmente emotivo *Diario* de Ana Frank, al extraordinario escritor austriaco (nacido en Holanda) Thomas Bernhard, al *Sin destino* del húngaro Imre

⁸⁷ J. BUTLER, «Torture and the ethics of photography», *Environment and Planning*, vol. 25, 2007, pp. 961 y ss.

⁸⁸ A. DANTO, *Después del fin del arte*, Barcelona, 2006, p. 7 y ss.

⁸⁹ B. RIVAYA, «¿Por qué usar el cine para enseñar derechos humanos?», *Derechos, cine, literatura...* cit., p. 14.

⁹⁰ El tema de la tortura tras el golpe de estado Pinochet en Chile ha sido objeto de expresiones literarias que llegan allá donde la frialdad del documento positivo no lo hace. Es el caso del Estrella distante de Roberto Bolaño, del poemario de Raúl Zurita *Canto a mi amor desaparecido*, donde la fuerza épica de la poesía canaliza el lamento por los cuerpos torturados condenados a yacer en el fondo del mar. Es el caso del conocido drama *La muerte y la doncella*, de *Ariel Dorfman*, llevada al cine por *Roman Polanski*. No se trata sólo del extremo sufrimiento. *Dorfman* lo definió muy bien: la tortura es una inversión del universo, «un ser humano tiene todo el poder del mundo y el otro no tiene otro mundo que el dolor», A. DORFMAN, «Tortura», *El País*, 29 de septiembre de 2006.

Kertzéz; para todos ellos, la patria, *la Tierra misma*, deja de ser un lugar acogedor: auto-extrañamiento, dislocación, abandono, son síntesis de una experiencia a la que Viktor Frankl quiso (contra toda evidencia) dotar de sentido.

La literatura como expresión cultural aborda, mejor que otras disciplinas científicas, el significado de ese aplastamiento de las historias individuales en nombre de la Historia con mayúscula, por ello, en ese ámbito geográfico de *civilización sin fronteras* protagonizadas por personas singulares que es el mundo de la novela, encontraremos aproximaciones al horror de la tortura en la obra de extraordinarios escritores de muy distintas latitudes como Zamyatin, Koestler, Orwell, Primo Levy, Soljenitsin, Shaamalov o Coetzee⁹¹. Hay aspectos sustanciales de la tortura que son universales y tienen que ver con lo innombrable, con lo inasumible, con aquello que *no puede recoger* el discurso científico. Las obras de arte, los textos de Améry, Alleg o Semprún permiten sostener que la tortura consiste básicamente en el *diseño* de una experiencia extrema que supone un irreversible ontológico. La intención o la gravedad del año no son rasgos tan definitorios como el significado que el torturado asigna a su experiencia.

Un acercamiento a la tortura desde manifestaciones culturales como las que hemos listado permite replantear el sesgo estrecho de una determinada tendencia jurisprudencial. Así, en lo que toca al elemento teleológico, en el contexto de la guerra de Independencia de Argelia (1954-1962) se desarrolló una literatura crítica de la tortura del ejército francés que va desde la descripción externa de los horrores que la lucha contra la insurgencia trajo consigo hasta las confesiones de los propios torturadores. A través del posterior relato de Todorov de Argelia, y el filme *La guerre sans nom*, (1992) de Rotman y Tavernier observamos la «fascinación» que siente el torturador, tan cercana a la provocada por la pornografía: «poder hacer con un cuerpo lo que a uno de le dé la gana». La tortura está *diseñada* para reducir a otro ser humano a un estado de impotencia completa. Hace sentir a uno, al torturador, que tiene un poder infinito⁹². Y es que la frialdad de la ciencia forense no acaba de decirnos en qué consiste la tortura, en los últimos casos de torturas en el marco de la «lucha contra el terror», el Pentágono admitió que algunas muertes se debían a «asfixia por ahogo y compresión del tórax». Refería así el resultado de la tortura de civiles detenidos por error⁹³. Sin embargo, con su oportuna mezcla de realidad y ficción, sus alegorías y

⁹¹ Más tarde, cuando Israel estaba a punto de convertirse en un nuevo foco de abusos en el mundo, en este caso contra la población palestina, *Steiner* observará con amargura la correlación entre la creación del Estado de Israel y la pérdida de la inocencia histórica del pueblo judío, la tortura llegará y es la trascendencia del mal absoluto: «¡Hay que intentar tener el valor de matarse antes de torturar, sean las circunstancias las que sean!» G. STEINER, A. SPIRE, *La barbarie de la ignorancia*, Madrid, 2000, pp. 43-44.

⁹² *Rotman* define así su proyecto: «Explorar esas comarcas vertiginosas en las que la bestia se esconde, escudriñar la zona oscura que se niega a ser humana». P. ROTMAN, B. TAVERNIER, *La guerre sans nom*, cit., p. 259.

⁹³ National Commission On Terrorist Attacks Upon The United States, *The 9/11 Commission Report. Final report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, 22 de Julio de 2004.

la posibilidad de unir referentes locales y *universales*, la literatura entra en el abismo de la tortura para comprender en qué consistió realmente la experiencia de morir así.

Para Foucault, la tortura ya era un procedimiento, un ejercicio *calculado* de sufrimiento⁹⁴. Por eso, el diseño se convierte en auténtica pesadilla tanto en *El péndulo de la muerte* de Allan Poe como en *1984* donde los detenidos son sometidos a aquello que les causa más terror. En el mundo de la Habitación 101 la tortura no busca información, no tiene el rasgo finalista que los tribunales buscan para subsumirla así⁹⁵. El agudo análisis que hace Richard Rorty sobre la crueldad en Orwell coincide con la tesis de Améry de que en el nazismo la tortura era *un fin en sí mismo*. En los estados totalitarios, como en la distopía *1984*, «el objeto de la tortura es la tortura». Por todo ello, Rorty concluye en que «el hacerle creer a Winston que dos más dos son cinco está al servicio de la misma función de “quebrantamiento” que el hacerle desear que las ratas mordisqueen el rostro de Julia y no el de él. Pero este último episodio difiere del primer por ser una reconstrucción definitiva, irreversible»⁹⁶. Esto es, más allá de una irracionalidad temporal, sobre la que el torturado Wilson podría todavía encajar ese episodio en su vida, *tejer con él una historia*, el haber deseado *que se lo hicieran a Julia*, es una creencia sobre la que ya no es posible tejer historia alguna. «Esa es la razón por la que O’Brien reservó las ratas para el mejor momento: el momento en que Wilson tenía que contemplar que se deshacía en pedazos y saber, al mismo tiempo, que nunca podría reunir nuevamente esos pedazos»⁹⁷.

6. RECAPITULACIÓN: UNA PERSPECTIVA CULTURAL DEL DERECHO

Tras lo expuesto atrás y una vez vistas las distintas posibilidades que la noción de cultura ofrece, podemos plantear las grandes directrices sobre las que, a nuestro juicio, podría dirigirse hoy en día una perspectiva cultural del Derecho. En primer lugar, se trataría de una perspectiva crítica que debe conocer el resultado de las reflexiones a partir de las distintas acepciones de su objeto central tanto las antropológicas como las que denominamos «filosóficas». En relación con las primeras, deberíamos asumir que el relativismo cultural fue un punto de partida (un principio propedéutico hermenéutico), pero no tiene por qué ser un puerto de llegada. Es cierto que hay muchos sistemas normativos cuya diversidad la antropología cultural se encarga de explicitar, pero el hecho de que haya culturas (civilizaciones, comunidades, grupos humanos, etc.) con códigos morales y jurídicos muy dispares no implica que éstas merezcan el mismo valor ni que estén blindadas a la evaluación en términos de una propuesta de validez universal como es la de los derechos humanos, entendidos como logro cultural y luego como instrumento jurídico. En todo caso, antes del auge de la antropología cultural se habían acumulado numerosísimos intentos de definición de cultura y nos hemos

⁹⁴ M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, cit., p. 45.

⁹⁵ E. PETERS, *La tortura*, cit. pp. 222-223.

⁹⁶ R. RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, 1996, p. 196.

⁹⁷ *Ibidem*.

ocupado de distinguirlos. E. B. Taylor definió cultura como «conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada»⁹⁸ y las ventajas de esta definición para el interesado en una dimensión cultural del Derecho eran evidentes: lo situaba junto a una serie de conocimientos de tipo inmaterial. A la vez, ese listado amplio, pero no excesivamente amplio se centraba en un tipo específico de conocimientos cercanos al ámbito normativo. Es por ello, quizás, que el constitucionalista alemán Häberle acudió a ella en sus trabajos sobre la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura pues además de dejar de lado definiciones exorbitantes del estudio de las culturas en un sentido antropológico, permitía avanzar hacia elementos centrales de tipo histórico, estructural, psicológico, pero sobre todo político-normativo. A pesar de ello, la definición del fundador de la antropología académica, Tylor, es más bien formalista o puramente descriptiva⁹⁹. Por las mismas o más fuertes razones, la acepción de cultura de Boas¹⁰⁰, de cuño relativista, focalizada en la tradición y la diversidad cultural, tampoco nos es útil puesto que no solo no valora, sino que cierra la posibilidad de una valoración externa. Gustavo Bueno formuló esa situación diciendo que hay culturas que han llegado a un desarrollo tal que en ellas hay miembros capaces de formular principios que trascienden esas culturas, (incluyendo paradójicamente el principio del relativismo cultural o el etnocentrismo). El sentido acumulativo, tal como lo hemos descrito atrás, apunta a un elemento axiológico –sea ligado a la capacidad crítica, sea entendiendo la cultura vinculada a la idea de progreso– capaz, por ejemplo, de defender (frente a aquellos que la atacan) la posibilidad de una *norma mundi*¹⁰¹, de un Derecho internacional que resultaría, a su vez, de una acumulación de factores de distinto peso, de discursos, de una serie de idas y de reveses, de hechos bélicos terribles, de situaciones geopolíticas, etc., pero cuyos fundamentos filosóficos (aquí como sinónimo de «culturales») es posible rastrear en el pasado (aquí, por ejemplo, en las reflexiones del *ius gentium* en la base de una posible «comunidad jurídica universal» como las que debemos a Grocio o a Francisco de Vitoria). A la perspectiva cultural del Derecho que hemos esbozado aquí le interesa una concepción de cultura consciente de la historicidad del pensamiento de lo universal, y, a la vez, mantenga una proyección universalista, pero ¿cuál? De ese no muy extenso conjunto de concepciones culturales universalizables, la mejor elaborada, a nuestro juicio, es la idea de los derechos del hombre y una comprensión de la igualdad de matriz típicamente moderna para la cual la cultura es básicamente una y bajo la cual deben afrontarse problemas como la destrucción del medioambiente o la insoportable distancia, en término de bienestar, riqueza y oportunidades, entre zonas del planeta separadas por un pequeño mar.

⁹⁸ E. B. TYLOR, «La ciencia de la cultura», J.S. KHAN, El concepto de cultura: textos fundamentales, cit., p. 29.

⁹⁹ Para un examen de esta definición, vid., G. BUENO, El mito de la cultura, Barcelona, 1996, p.116 y ss.

¹⁰⁰ F. BOAS, «Anthropology» Enciclopedy of the Social Sciences, Nueva York, Macmillan, en KAHN, J.S., El concepto de cultura: textos fundamentales, cit. p.14 y ss.

¹⁰¹ C. GARCÍA PASCUAL, Norma Mundi. La lucha por el derecho internacional, Madrid, 2005, p. 94.

La perspectiva cultural supone un juego de influencias, por ejemplo, entre las civilizaciones híbridas (el Imperio Romano, la cultura imperial abásida —que era en parte griega, en parte persa y en parte árabe), o, por poner un ejemplo más cercano y específico, entre la constitución alemana y la española o desde la influencia doctrinal y normativa de Italia en América Latina, tal como ejemplificó Luigi Ferrajoli para ilustrar el desarrollo de la cultura jurídica y su papel en la instauración de cualquier democracia¹⁰². La concepción de cultura que interesa para una perspectiva cultural del Derecho debe incluir, desde luego, el arte, la literatura y, desde el siglo XX, el cine. Las líneas *Law and Literature* o «Cine y Derecho» han demostrado ya contar con unos sólidos fundamentos teóricos. Todas ellas avalan la idea de cultura global pues la ampliación temática de la pintura, las influencias internacionales en el cine o la polifonía de la novela impiden circunscribir la cultura a un territorio determinado, a una serie de costumbres o a un pueblo aislado¹⁰³. Lo mismo ocurre con el Derecho desde la modernidad: es un objeto apto para el estudio del pensamiento y la acción del hombre considerados ambos en términos generales. Es el reconocimiento del valor moral y jurídico de la igualdad la que justifica la posibilidad de extender y poner en común una serie de propuestas de convivencia y organización política. Eso no significa que todas las personas sean iguales, sino la posibilidad (ciertamente hermosa) de que todas puedan acceder a los mejores logros del proceso de civilización. El matiz no es baladí: no se trata de que los derechos humanos sean universales (desgraciadamente, no lo son) sino de que puedan ser universalizables. Dicho de otra forma, el catálogo de derechos humanos es el mejor código con posibilidades de validez universal. De acuerdo con algunos valedores de esta acepción de la cultura, como Finkelkraut, ésta sirve para «iluminar los espíritus» y elevarlos al mismo nivel de conocimiento, pensamiento y educación. Su objetivo es realizar una comunidad de iguales por encima de las diferencias geográficas. La cultura es «le domaine où se déroule l'activité spirituelle et créatrice de l'homme»¹⁰⁴. Aquí la cultura es indisociable de la razón crítica, de la libertad y de la auto-determinación y esto supone tanto una forma de comprender y enseñar el Derecho como, particularmente, la razón de su dinamismo, la reconsideración de las penas a la luz de principios entendidos de forma más exigente, entre ellos las ideas de igualdad y dignidad humana. Se trata de un doble vector: progreso y reflexión. El segundo se siente aludido por grandes hitos del pasado y no es ajeno a la sensación de orgullo¹⁰⁵. Ese «cuidado» tan afín a la idea

¹⁰² L. FERRAJOLI, *Cultura jurídica y paradigma constitucional*, México, 2017.

¹⁰³ Sobre la novela y la conciencia de continuidad histórica, vid. M. KUNDERA, *El arte de la novela*, Barcelona, 2012. Id. *El telón*, Barcelona, 2005, p. 11 y ss.

¹⁰⁴ A. FINKELKRAUT, *La derrota del pensamiento*, Barcelona, 1987, p. 25.

¹⁰⁵ Aquello de lo que podríamos presumir como civilización en términos universales: la democracia, la abolición de la esclavitud, la emancipación de la mujer, el proceso de secularización, el Estado de bienestar, los derechos humanos. Los Momentos estelares de la humanidad, la obra de Stefan Zweig, comienza con un episodio en que un hombre se asoma por encima de su tiempo: Marco Tulio Cicerón escribe *De officiis*, el primer gran momento del humanitarismo, en un tiempo en que la crueldad y la autocracia se imponen frente a las virtudes públicas relativas a la reflexión, la templanza y la discusión abierta. «Mucho de lo que dice Cicerón se encuentra ya en el Estado con el que soñara Platón y se puede leer en Jean Jaques Rousseau, así como en todos los

de cultivo y al presupuesto del carácter acumulativo de la cultura se observaba pronto en el hecho de que los romanos, al modo de Cicerón o de Horacio (*Ars poética*, 268), conservasen para sí a los clásicos griegos. Marco Aurelio escribió sus *Meditaciones* en griego, y en general, de acuerdo con Hannah Arendt (*La crisis de la cultura*), los romanos fueron los primeros que, reteniendo el cuidado de los elementos del pasado, tomaron en serio una noción de cultura que hoy comprendemos bien. Está presente en el discurso de Pericles tal como lo recogió Tucídides o en los preámbulos de los grandes textos jurídicos y políticos. Para Husserl, la filosofía «llevaba en sí el horizonte futuro de la infinitud» y atrae a su esfera a la humanidad entera. Constituye así una transformación progresiva en forma de una nueva historicidad. Hegel ya señaló al Espíritu Absoluto –esto es el arte, la religión y la filosofía– como el portador de la memoria cultural.

Frente a lo que pudiera parecer a primera vista, la elegida no es una concepción etnocentrista de la cultura sino una concepción de la cultura que, aunque mantiene un origen geográfico y temporal, es resultado de un proceso de intercambios de muchos siglos, evoluciona tras la Ilustración francesa, escocesa y alemana, es impensable sin la Revolución Inglesa iniciada en 1642, sin la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, sin Spinoza, Pierre Bayle o Bernard le Bovier de Fontenelle en las décadas finales del XVII; sin los *Principios matemáticos de la filosofía natural* (1687) de Newton, sin las continuidades y rupturas con un universo conceptual grecolatino en el que destacaba la obra de los dramaturgos clásicos, la comedia de Aristófanes, la creación de Clístenes y luego la recepción aristotélica en el islam... Esto es, resulta posible identificar un origen geográfico y temporal, pero únicamente al final de una cadena amplísima que principia en el origen de nuestra civilización, en los valles fértiles de la baja Mesopotamia, en las narraciones arcadias, en la literatura legal y científica asirio-babilónica, en un crisol que incluye influencias indoeuropeas, persas, fenicias, egipcias y territorios que hoy llamamos Libia, Siria, Irán o Irak, así como las huellas de las lenguas más antiguas (sánscrito, hitita y griego micénico) pues de todas ellas se nutre el pensamiento que llamamos con poca precisión «occidental». Frente a Häberle, se debe recordar que nuestro continente no es pensable sin la influencia del islam no sólo en la Edad Media europea, sino en la continua presencia de la religión musulmana en Europa. Al mismo tiempo, la extensión de una serie de hitos culturales directamente relacionados con el Derecho, no implica ni debe confundirse con la estandarización de los modos de vida, de consumo o de tratamiento mediático que parece amenazar con su manto y desde hace tiempo toda la diversidad cultural (aquí en sentido antropológico) del mundo. Lo universal es distinto de lo común, pero, sobre todo, es distinto de lo uniforme¹⁰⁶.

idealistas utópicos. Pero lo que eleva su testamento tan sorprendentemente por encima de su época es ese sentimiento nuevo que se expresa por primera vez: el humanitarismo». En una época de crueldad, de martirios y lapidaciones, de crucifixión y lucha de gladiadores, Cicerón escribe contra el imperialismo, la explotación de las provincias, condena la guerra como propia de las bestias. S. ZWEIG, *Momentos estelares de la humanidad*, Barcelona, 2017, p. 24.

¹⁰⁶ F. JULLIEN, *De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre culturas*, cit., p. 15 y ss.

Por último, junto al componente valorativo y ese carácter universal (esa tendencia a la universalidad), otro rasgo del concepto de cultura que nos ha interesado retener es el formativo. Esto es, el que apunta a la educación en una serie de ideales que son, a la vez ideales culturales en la línea de la *Paidea* griega, de la *Bildung* alemana, etc. Únicamente bajo esta acepción es posible situar, valorándolos, una serie de hitos que se presentan como jalones de un proceso dinámico de formación de las estructuras del Derecho público y privado y de los individuos que se desarrollan a partir de ellas. La evolución de esas dinámicas de identificación y correspondencia es la que justifica el interés actual de esta perspectiva. El hombre contemporáneo es resultado de esas estructuras y, al mismo tiempo, la *Aufklärung* sigue siendo una forma de interrogación filosófica de nuestro tiempo. Si la cultura (de acuerdo con la metáfora agrícola del cultivo) tiene que ver con un tipo de crecimiento y eso –si se nos permite seguir con el recurso literario– da *frutos*, el hombre, pero también la creación artística, académica, artística *son los frutos*. Ni las grandes hazañas políticas (la separación de poderes, el Estado laico, el proceso de secularización, el federalismo), ni los grandes hitos jurídicos (la prohibición de la tortura, la abolición de la esclavitud, la igualdad entre hombres y derechos) podrán ser olvidadas, no sólo porque se incorporaron a los elementos típicos del Derecho público positivo, sino porque están inmortalizadas por la literatura y el arte. De acuerdo, ahora sí, con Häberle, la idea de progreso cultural de tipo cooperativo alcanza en Europa a normativas jurídicas de la UE, tribunales constitucionales, y de manera limitada, a la paulatina constitucionalización del Derecho internacional apoyada en el postulado clásico de la paz perpetua de Kant y su propósito cosmopolita. El Derecho internacional público aparece como Derecho de la humanidad universal pero allí también (o *precisamente allí*) es posible hablar de una serie de episodios de naturaleza histórico-cultural, desde los clásicos grecolatinos a la obra de la Escuela de Salamanca¹⁰⁷. Entre otros, el gran mérito de Häberle es el de haber explorado con éxito algunas de esas posibilidades que la intersección cultura/Derecho ofrece. Si para Habermas hay una correspondencia entre la historia de la opinión pública y la evolución del Estado de Derecho desde la Revolución francesa¹⁰⁸, en la visión de la Constitución de Häberle como hito cultural abierto se imbrican tanto las teorías de Locke, Montesquieu, Rousseau o Kant, como la obra de Schiller, Shakespeare o Goethe. A partir de ahí, se suceden una serie de escalonamientos de forma que la Declaración Universal de Derechos Humanos de la

¹⁰⁷ Agnes Heller ha recordado cómo la creación de una nueva memoria cultural nacional contribuyó al surgimiento de la propia nación-Estado. El caso alemán es el más representativo. No era un Estado común, pero la *kulturbourgeoisie* alemana creó el pujante mito acerca de la hermandad espiritual entre la antigua Atenas y la moderna cultura alemana, de modo que extendieron la memoria cultural germana al pasado remoto hasta abarcar la tragedia, la escultura, la filosofía y la arquitectura atenienses. La memoria cultural alemana debía derivar, pues, en el culto a los poetas, compositores y pintores nacionales en la sociedad civil, junto con el mito de los genios. Las casas o las tumbas de estos genios nacionales se convirtieron en sitios sagrados, convocando a una peregrinación cuasi religiosa: la casa de Goethe en Weimar o el piano de Chopin. A. HELLER, «El último estadio de la historia (memoria, rememoración y *Bildung* sobre la teoría de la modernidad en Hegel)», cit., p. 99 y ss.

¹⁰⁸ J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981. Id. *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1992.

ONU no es pensable sin la revolución de 1789 pero tampoco sin las manifestaciones culturales tanto literarias como artísticas que giraron a su alrededor¹⁰⁹.

En apenas tres siglos el complejo concepto de cultura ha oscilado, según vimos de forma crítica, entre significados muy diversos, así como razón crítica/emancipadora, como identidad poética desde una teoría romántica de la historia de un pueblo al modo de Herder; como cruce con lo político (la cultura nacional y su transmisión por la educación pública) en la obra de Fichte¹¹⁰ o como objeto (s) de la antropología entre los siglos XIX y XX. Luego, tras la influyente obra de Freud, hallamos en el pensamiento interdisciplinar (epistemología, estética, arte, cultura y sociedad) de Theodor Adorno y de Max Horkheimer uno de los más profundos reproches a la idea de cultura surgida en la Ilustración en *La industria cultural, La Ilustración como engaño de masas*, en el marco de la *Dialéctica de la Ilustración*, en el breve ensayo *Resumen sobre la industria cultural* y en múltiples fragmentos y pasajes de la *Teoría estética*. Para Adorno y Horkheimer la Ilustración portaba el germen regresivo de su autodestrucción, la barbarie (con rostro humano) escrita por la razón instrumental¹¹¹. Algún tiempo después, para Steiner, la cultura es, sobre todo, un fracaso y parte de su obra ensayística apunta a un argumento difícilmente refutable: la educación, la «alta cultura» filosófica, literaria, musical, no lograron impedir el horror. Buchenwald, decía Steiner, «está a algunos kilómetros del jardín de Goethe». Escribe Steiner que en Munich, durante la Segunda Guerra Mundial, desde la entrada de la sala de concierto donde se ofrecía un soberbio ciclo de Debussy, se alcanzaban a oír los gritos de los deportados que eran embarcados en los trenes que los conducirían a la cercana Dachau. «No se vio a un solo artista que se pusiera de pie y dijera: «No voy a tocar, porque sería un ultraje para mí mismo, para Debussy y para la música». Y ni por un instante decayó el nivel de la interpretación. ¡La música no dijo no!»¹¹². Y más adelante: «No es sólo que la difusión general de valores literarios, culturales, no pusiera freno alguno al totalitarismo; sino también que en ciertos casos notables los santos lugares de la enseñanza y del arte humanista acogieron y ayudaron efectivamente al terror nuevo. La barbarie prevaleció en la tierra misma del humanismo cristiano, de la cultura renacentista y del racionalismo clásico. Sabemos que algunos de los hombres que concibieron y administraron Auschwitz habían sido educados para leer a Shakespeare y a Goethe, y que no dejaron de leerlos»¹¹³. Es decir, con todo, no he-

¹⁰⁹ P. HÄBERLE, Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, cit. p. 31 y ss.

¹¹⁰ J. G. FICHTE, Discursos a la nación alemana, Tecnos, Madrid, 1988; Id. «Apéndice a los discursos a la nación alemana», Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos, Tecnos, Madrid, 1986.

¹¹¹ Th. ADORNO, M. HORKHEIMER, Dialéctica de la Ilustración, Trotta, Madrid, 1994, p. 53 y ss.

¹¹² G. STEINER, Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura y lo inhumano, Barcelona, 2003.

¹¹³ La cultura, denunciaría Steiner, no nos vuelve más humanos, incluso puede insensibilizarnos a la miseria humana: «¿Podemos establecer verdaderamente un nexo entre la alta cultura y una conducta más humana? Me planteo sin cesar esa pregunta. Algunos individuos magníficos percibieron la enorme dimensión del abismo: Simone Weil, que tuvo la alucinación de la verdad, como un rayo de sol, o más bien de noche, sobre el cerebro humano; Robert Antelme, Primo Lévi... Pero

mos querido obviar las críticas dirigidas justamente contra esta acepción de la cultura tan útil para nuestro objetivo. No son las de Freud, las de la Escuela de Frankfurt, Georg Steiner o Simone Weil, desde luego, las únicas afrentas, ni las únicas miradas escépticas a la acepción de cultura que hemos elegido como clave de una perspectiva cultural del Derecho. Estos y otros autores señalaron numerosos riesgos y contradicciones en la cultura, bien por la dañina inhibición de ciertos aspectos de nuestra naturaleza, bien por la pervivencia de lo salvaje-animal en su interior. La crítica a la dirección que han tomado las ideas de cultura y de progreso es compartida por los «nuevos filósofos» franceses. Pascal Bruckner, André Glucksmann o Bernard-Henri Lévy escribieron sobre una realidad difícil de digerir: el horror convive y, a menudo, es fruto de una determinada dirección del progreso. También es posible encontrar una mirada desengañada y nostálgica en el pensamiento del novelista checo Milan Kundera, y antes en Emmanuel Lévinas o Hannah Arendt. Todos analizaron o se refirieron críticamente a la «barbarie del mundo moderno», manifestando una visión escéptica de la deriva del progreso. Estas consideraciones tienen el mérito de alertarnos de la inconveniencia de otorgar a las manifestaciones culturales tal o cual poder transformador por sí mismas y nos aconsejan ser cautos sobre las expectativas depositadas en la cultura por mucho que hoy, cuando no cesa de crecer el éxito del irracionalismo político, cuando lo preocupante no es tanto el aumento de los síntomas que apuntan al fin de la hegemonía occidental, sino el declive de su unidad cultural y valorativa, defendamos que no hay otro camino mejor.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Th., HORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Madrid, 1994.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L., *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Madrid, 1992.
- AMÉRY, J., *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Valencia, 2004.
- ANSUÁTEGUI, F. J., «Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº. XII, Madrid, 1995.
- AYMERIH OJEA, I., «Puede el Derecho reflejar valores morales?: reflexiones sobre la teoría dualista», *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, 2008.
- AYMERICH OJEA, I., GARCÍA CÍVICO, J., *Síntesis de teoría del Derecho*, Valencia, 2017.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004.
- BOAS, F., «Anthropology» *Enciclopedia of the Social Sciences*, Nueva York, en KAHN, J.S., *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Barcelona, 1975.
- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1980.
- BUENO, G., *El mito de la cultura*, Barcelona, 1996.

eso no detiene las masacres en los Balcanes ni la aniquilación de niños». G. STEINER, *Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura y lo inhumano*, cit. pp. 21-27.

- BUTLER, J., «Torture and the ethics of photography», *Environment and Planning*, vol. 25, New York, 2007.
- CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, 1994.
- CAMPS, V., *La ética moderna*, Barcelona, 1992.
- CASANOVAS, J., MORESO, J., *El ámbito delo jurídico*; Barcelona, 2000.
- CASTORIADIS, C., *Los dominios del hombre. Encrucijadas del Laberinto*, Barcelona, 1988.
- CASTRO NOGUEIRA, L., CASTRO NOGUEIRA, A., CASTRO NOGUEIRA, M. A., ¿Quién teme a la naturaleza humana? *Homo suadens y el bienestar en la cultura: biología evolutiva, metafísica y ciencias sociales*, Madrid, 2012.
- CAPELLA, J. R., *El aprendizaje del aprendizaje (Fruta prohibida I. Cuaderno rojo). Una introducción al estudio del Derecho*, Madrid, 1995.
- CASTORIADIS, C., *Los dominios del hombre. Encrucijadas del Laberinto*, Barcelona, 1988.
- CLUCAS, B., JOHNSTONE, G., WARD, T., (eds.). *Torture: Moral Absolutes and Ambiguities*, Baden-Baden, 2009.
- COTTERRELL, R., «The Concept of Legal Culture», NELKEN, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Darmouth, 1997.
- Law, Culture and Society*, Aldershot, 2006.
- CHOZA, J., *La realización del hombre en la cultura*, Madrid, 1990.
- DANTO, A., *Después del fin del arte*, Barcelona, 2006.
- DAVIS, M., «The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment», *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, nº 2, 2005.
- DE LUCAS, J., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Valencia, 1997.
- «¿Qué quiere decir tener derecho a la cultura?», en V. Abramovich. M. J. Añón. Ch. Courtis. (Comp.) *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México, 2003.
- DEL REAL ALCALÁ, A., «La identidad de la Filosofía del Derecho como materia útil para juristas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº. XXVII, Madrid, 2011.
- DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1974.
- «Legitimidad crítica y pluralismo ideológico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1975.
- Curso de filosofía del Derecho*, Madrid, 1998.
- DIDEROT, D., D'ALEMBERT, J., *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences des Arts et des Métier*, Parma, 1970-1978.
- DUMONT, L. *Homo aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, 1999.
- DWORKIN, R., «Como el Derecho se parece a la literatura», *La decisión judicial*, Bogotá, 1997.
- ELIAS, N., *El proceso de civilización*, México, 1998.
- FERNÁNDEZ, E., *Estudios de ética jurídica*, Madrid, 1990.

- FERNÁNDEZ TORRES, M. J., El delito de tortura y su relación con otros atentados contra la integridad moral, Tesis doctoral dirigida por María Dolores Fernández Rodríguez, Universidad de Murcia, 2013.
- FICHTE, J. G., Discursos a la nación alemana, Madrid, 1988.
«Apéndice a los discursos a la nación alemana», Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos, Madrid, 1986.
- FERRAJOLI, L., Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX, México, 2010.
Cultura jurídica y paradigma de fundamentación, México, 2017.
Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la Sociología del Derecho, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2000.
- FINKELKRAUT, A., La derrota del pensamiento, Barcelona, 1987.
- FOUCAULT, M., «¿Qué es la Ilustración?», Daimón, Revista de Filosofía, 7, 1993.
- FRIEDMAN, L., The Legal System. A Social Science Perspective, Russell Sage Foundation, New York, 1975.
- GALLEGO, R., «Sobre el concepto de cultura», Jueces para la democracia, núm. 66, 2009, pp. 56-74.
- GARCÍA AMADO, J. A. «Sobre los modos de conocer el Derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», Doxa, nº 11, 1992.
- GARCÍA AMADO, J. A., PAREDES CASTAÑÓN F., (Coords.), Torturas en el cine, Valencia, 2012.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor de la democracia», Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, 2006/2007.
- GARCÍA PASCUAL, C., Norma Mundi. La lucha por el Derecho internacional, Madrid, 2005.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., La democracia en la esfera jurídica, Madrid, 2013.
- GARZÓN VALDÉS, E., SALMERÓN, F., (Eds.), Epistemología y cultura. En torno a la obra de Luis Villoro, México, 1993.
- GEERTZ, C., La interpretación de las culturas, Barcelona, 2000.
- GONZÁLEZ, A. M., «La filosofía kantiana como filosofía de la cultura», Isegoría, nº 51, 2014.
- GREENBERG (Ed.), K. G., The Torture Debate in America, Nueva York, 2006.
- GROETHUYSEN, B., La formación de la conciencia burguesa en Francia durante el s. XVIII, Madrid 1981.
- HABERMAS, J., Historia y crítica de la opinión pública, Barcelona, 1981.
El discurso filosófico de la modernidad, Madrid, 1989.
- HÄBERLE, P., Verdad y Estado constitucional, México, 2006.
Pluralismo y Constitución, Madrid, 2002.
Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Madrid, 2000.
Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Madrid, 1998.

- HÄBERLE, P., M. KOTZUR, De la soberanía al Derecho común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, México, 2003.
- HAZARD, P., La crisis de la conciencia europea (1680-1715), Madrid, 1975.
El pensamiento europeo en el siglo XVIII, Madrid, 1985.
- HYPOLITE, J., Génesis y estructura de la Fenomenología del espíritu de Hegel, Barcelona, 1974.
- HEGEL, G. W. F., Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, Madrid, 2013.
- HEINE, H., La escuela romántica, Madrid, 2010.
- HEINZ, M., «Teorías de la cultura de la Ilustración: Herder y Kant», Ideas y Valores, nº 109, 1999.
- HELLER, A., «El último estadio de la historia (memoria, rememoración y Bildung sobre la teoría de la modernidad en Hegel)», Isegoría: Revista de filosofía moral y política, nº 14, 1996.
«Memoria cultural, identidad y sociedad civil», Indaga, nº 1, 2003.
- HERDER, J. G., Obra selecta, Madrid, 1982.
- HUSSERL, E., «La filosofía en la crisis de la humanidad europea», Invitación a la fenomenología, Barcelona, 1992.
- JAEGER, W., Paideia. Los ideales de la cultura griega. México, 1962.
- JULLIEN, F., De lo universal, de lo uniforme, de lo común y del diálogo entre culturas, Barcelona, 2010.
- KAHN, J. S., El concepto de cultura. Textos fundamentales, Barcelona, 1975.
- KANT, I., Metafísica de las costumbres, Madrid, 1999.
Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia, Madrid, 1994.
Metafísica de las costumbres, Madrid, 1999.
Pedagogía, Madrid, 2003.
¿Qué es la ilustración?, Madrid, 2009.
- KUNDERA, M., El arte de la novela, Barcelona, 2012.
- KUPER, A., Cultura. La versión de los antropólogos, Barcelona, 2001.
- KYMLICKA, W., Ciudadanía multicultural, Paidós, 1999.
- LÉVI-STRAUSS, C., Tristes trópicos, Barcelona, 1988.
- LINARES, J., SÁNCHEZ DURÁ, N., Ensayos de la filosofía de la cultura, Madrid, 2002.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F., «Cultura y Derecho: las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura», en LUKES, S., «Liberal Democratic Torture», British Journal of Political Science Vol. 36, 2006.
- LYOTARD, J. F., La condición posmoderna, Madrid, 2006.
- LLINARES, J. B., «El concepto de “cultura” en el joven Herder», Ensayos de filosofía de la cultura, Madrid, 2002.

- NAGEL, Th. «The Problem of Global Justice», *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 3, nº 2, 2005.
- MONTFORT PRADES, J. M., «Hans Freyer y Ortega en torno a la teoría de la cultura», *Thémata: Revista de filosofía*, nº 46, 2012.
«La filosofía de la cultura en España» *Agora: Papeles de filosofía*, Vol. 29, nº 1, 2010.
- MORIN, E., «Internacionalización y particularismo de la cultura», en *VVAA. Hombre y cultura. Reflexiones sobre nuestro mundo cultural*, Bilbao, 1988.
- MOSTERÍN, J., *Filosofía de la cultura*, Madrid, 1993.
La cultura de la libertad, Madrid 2008.
- MALINOWSKI, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona 1986.
Una teoría científica de la cultura, Madrid, 1984.
- MONTGOMERY, H., «Imposing Rights? A case study of child prostitution in Thailand», J. K. COWAN, M. B. DEMBUR, R. A. WILSON, (Ed.) *Culture and Rights*, Cambridge, 2004.
- ORTEGA Y GASSET, J. A., *Obras completas*, Madrid, 1983.
- PELÉ, A., «El discurso de la “Dignitas hominis” en el humanismo del Renacimiento», colección *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, nº 55, 2012.
«Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media», *Derechos y Libertades*, nº 21, 2009.
- PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983.
- PÉREZ LLEDO, J. A., «Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual», *Doxa*, nº 23, 2000.
- PÉREZ TAPIAS, J. A., *Filosofía y crítica de la cultura*, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, nº 34, Madrid, 2005.
- PÉREZ VÁZQUEZ, C. «Derecho y literatura», *Isonomía*, nº 24, 2006.
- POSNER, A., *Law and Literature*, Cambridge, 2000.
- PRIETO SÁNCHEZ, L., «Un punto de vista sobre la Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho* VI, 1987, p. 592.
- PROUST, J., *Diderot et l'Encyclopedie*, Ginebra-París, Slaktine, 1982.
- RAMÍREZ, M. T., «Dos modelos del concepto de cultura en la filosofía moderna», *La lámpara de Diógenes*, *Revista de Filosofía*, nº 14, 2007.
- REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho: una visión integral del Derecho*, Madrid, 1997.
«Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 25, 1985.
- RIVAYA GARCÍA, B., «Sobre el carácter crítico de la Filosofía del Derecho», *Revista de Derecho UNED*, 1, Madrid, 2006.

- «El cine de los derechos humanos», Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. 3, Madrid, 2008.
- SAN MARTÍN, J., Teoría de la cultura, Madrid, 1999.
- SANTOS PÉREZ, L., «Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin» Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho, nº 26, 2003.
- SIMMEL, G., «El concepto y la tragedia de la cultura», Sobre la aventura. Ensayos filosóficos, Barcelona, 1995.
- Filosofía del dinero, Madrid, 1976.
- De la esencia de la cultura, Buenos Aires, 2008.
- STEINER, G., SPIRE, A., La barbarie de la ignorancia, Madrid, 2000.
- STEINER, G., Lenguaje y silencio. Ensayos sobre la literatura y lo inhumano, Barcelona, 2003.
- STARCK, Ch., «Logros de la cultura jurídica» Revista de Derecho político, nº 87, 2013.
- SUÁREZ LLANOS, M. L., «La cultura jurídica y el pluralismo jurídico», Boletín de la Facultad de Derecho, nº 24, 2004.
- TAJADURA, J., «La constitución cultural», Revista de Derecho Político, nº 43, 1998.
- TARELLO, G., Cultura jurídica y política del Derecho, México, 1995.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., «La tortura en España», Obras Completas, Tomo I, Madrid, 1997.
- TREVES, R., La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas, Barcelona, 1988.
- TYLOR, E. B., «La ciencia de la cultura», J.S. Khan, El concepto de cultura: textos fundamentales, Barcelona, 1975.
- UNESCO, Culturas, diálogo entre los pueblos del mundo, París, 1983.
- VERNANT, J. P., «El individuo en la ciudad», en VVAA, Sobre el individuo, Barcelona, 1990, p.36.
- VILLACAÑAS, J. L., La quiebra de la razón ilustrad: idealismo y romanticismo, Madrid, 1988.
- VILLORO, L., Estado plural, pluralidad de culturas, México, 1998.
- VVAA. Historia de la vida privada. Madrid, 1987.
- ZWEIG, S., Momentos estelares de la humanidad, Barcelona, 2017.