

MARTIN LOUGHLIN: *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 188 págs.

## I

El debate sobre las peculiaridades del derecho público en el ámbito británico es ya antiguo, remontándose a las aportaciones de los precursores decimonónicos, como Dicey, para quienes la idea de sostener que el mismo era separable del privado constituía, pura y simplemente, una herejía.

Mucho ha llovido desde entonces y, desde luego, en la realidad de aquel país se han dado también todos los cambios que han conducido en otros a constatar la expansión de esa rama de la ciencia jurídica, provocada por el evidente crecimiento de la actividad de los poderes públicos. A pesar de ello continuaba, en ciertos sectores de la doctrina del Reino Unido, siendo importante la resistencia a dejarse llevar por entusiasmos, por así decirlo, «continentales», en estas materias, y era especialmente llamativa la inexistencia de cátedras de derecho público propiamente dicho, con algunas honrosas excepciones, como la de aquella de la que es titular el autor del libro que comentaremos, sita en la London School of Economics and Political Science.

Resulta, por tanto, especialmente interesante esta obra, en la que el autor intenta reconstruir los fundamentos del derecho público, resaltando su carácter distinto del privado, y los principios que dotan al mismo de una peculiaridad irreductible. Quien lo hace ha demostrado una especial soltura en la elaboración de estas construcciones teóricas, con una serie de libros y artículos, entre los que cabe destacar los titulados *Public Law and Political Theory*, Oxford, 1992, y *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Oxford, 2000 (sobre el que puede verse la recensión por mí elaborada en la *REDC*, núm. 62).

Loughlin se ha interesado repetidamente por los problemas de fundamentación de la ciencia que profesa, analizando tanto la historia de la misma en el Reino Unido como sus bases, y relaciones con otras disciplinas. La obra que comentamos aquí es, por tanto, el producto de muchos años de reflexiones, el resultado de un esfuerzo continuado de aclaración de una materia especialmente polémica, que ha llevado al autor a hacer un intento de síntesis bastante arriesgado, pero del que, a nuestro juicio, ha salido muy airoso.

Y a pesar de que el origen del libro está en ese contexto británico, bastante atormentado en lo que se refiere a lo que debe entenderse por derecho público, como se acaba de apuntar, lo cierto es que lo trasciende y llega a construir un trabajo que tiene interés más allá de las polémicas estrictamente

inglesas, entre otras cosas porque, como no podía ser menos a estas alturas, muestra bastante familiaridad con los clásicos europeos de la disciplina, aunque la gran mayoría de sus fuentes sean anglosajonas.

Otra de las principales características de la obra, que determinará en gran parte sus hallazgos, es la apertura a la utilización de las aportaciones de ciencias sociales diferentes del derecho, como la historia, la sociología o la ciencia política. Llama la atención, al que no conozca estudios anteriores del autor, la soltura con la que éste maneja trabajos de todo tipo, demostrando un criterio muy acertado en la selección de los mismos, y una rara habilidad en la tarea de extraer consecuencias relevantes para el apoyo de sus principales tesis.

Parece necesario pasar, sin más preámbulos a la exposición de las conclusiones que alcanza Loughlin respecto a lo que debe ser la ciencia del derecho público y, también, de qué manera llega a las mismas.

## II

Ya en la introducción sienta el autor las bases de su aproximación al problema, afirmando que el derecho público es una disciplina autónoma que tiene un carácter distintivo (pág. 1) y que su objetivo es analizar los fundamentos del concepto de aquél (pág. 4), desde una postura crítica con el positivismo, y con la tradición británica de rechazo de la idea misma de derecho público.

El método utilizado por Loughlin, para ir poco a poco alcanzando sus conclusiones, consiste en el análisis sucesivo de una serie de grandes conceptos que van desde el de Gobernar al de Derechos, pasando por los de Política, Representación, Soberanía y Poder Constituyente. Pretende así repasar todos los aspectos básicos de la materia estudiada, para luego abordar un capítulo sobre la metodología a aplicar, en el que se recapitula sobre las ideas apuntadas en el resto.

Partiendo de que el objeto del derecho público es la actividad de gobernar (pág. 5) se adentra el autor en el capítulo 2 en las complejidades de la misma en el Estado moderno, y en como el derecho representa en esta tarea un papel que impone una concepción del mismo que debe comprender los problemas de la práctica gubernamental. Aparece entonces «como un conjunto de reglas, principios, cánones, máximas, costumbres, usos y maneras de hacer que condicionan y sostienen la actividad de gobernar. Más específicamente, el derecho público no es ni un sistema de principios generales ni un código de reglas. Más bien, es una lengua vernácula» (pág. 30).

En el capítulo dedicado a la Política (el tercero) encontramos también interesantes reflexiones sobre el concepto de ésta, y sus relaciones con el constitucionalismo. Basándose en una crítica acerba de lo que llama la cultura moderna del legalismo, resalta el autor que «aunque la autoridad formal reside en las instituciones de gobierno, la extensión de esa autoridad es en realidad un producto del carácter de la relación política que existe entre esa estructura institucional y el pueblo», lo que le conduce a afirmar que «lo político fundamenta lo constitucional» (pág. 51), de manera que «podríamos entender mejor la manera en la que el derecho establece el marco de gobierno de un Estado si lo viéramos como una continuación del compromiso político» (pág. 52).

Con amplias referencias a Hobbes y a Siéyes aborda Loughlin el tema de la representación (cap. 4), en donde reafirma sus ideas en el sentido de que «las dimensiones jurídicas del orden constitucional solo pueden captarse resucitando una concepción del derecho que se base en las afinidades entre lo legal y lo político, esto es, adoptando un concepto de derecho público como *droit politique*» (pág. 71).

Especialmente brillante, y significativo para comprender la concepción del autor, es el capítulo dedicado a la soberanía, entendida como «el concepto fundacional del moderno derecho público» (pág. 72), concepto que «expresa tres rasgos básicos del Estado moderno: coherencia interna, independencia externa y supremacía del derecho» (pág. 75), mediante el cual se «reafirma la autonomía de lo político frente al moderno reduccionismo socioeconómico» (pág. 75), que no reside en ninguna institución específica, y que es «a la vez una expresión del poder oficial y el producto de una relación política» (pág. 84), de modo que el objeto del derecho público debe ser concebido como «las facultades y restricciones que expresan una configuración particular de la autoridad soberana del Estado» (pág. 88). Partiendo de esa base se afirma que «el error jurídico es adoptar una concepción del derecho basada esencialmente en la noción de mandato o de regla (el derecho como la voluntad del soberano) que no puede ofrecer una representación adecuada de los aspectos constitutivos del derecho público» (pág. 88) y que «si el derecho público debe ser tomado en serio, tenemos que reconocer que, a pesar de ciertas florituras retóricas sobre la llamada a un derecho superior, fundamental o incluso natural, la determinación de los límites de la autoridad soberana, incluso cuando los formulan los tribunales, debe ser política» (pág. 92).

El concepto de poder constituyente, entendido como la «expresión jurídica del ímpetu democrático» (pág. 100) es el objeto del siguiente capítulo en el que se hacen, como siempre cabalgando sobre los hombros de grandes

autores, algunas afirmaciones interesantes, como la de que «democracia y constitucionalismo no son movimientos contradictorios» (pág. 112), la de que el concepto de aquel es un concepto político (pág. 112) que «no puede ser completamente absorbido en normas ni totalmente reducido a un hecho» (pág. 113), y la de que «la democracia no puede ser entendida en términos de una noción no filtrada de la voluntad popular» (pág. 112).

No podía faltar un apartado dedicado a los derechos y a su importancia básica en el moderno derecho público. Allí se analiza la relación de los derechos naturales con el orden político, con las constituciones modernas y con el derecho positivo, levantando acta de la «explosión de los derechos», «respuesta política a las amenazas del siglo veinte» (pág. 126). Su objetivo es «investigar como un discurso político de derechos naturales ha impregnado el discurso jurídico y entonces, a través de la positivización —esto es, a través de la institucionalización de una concepción del derecho como una expresión de los derechos básicos— ha reconfigurado la relación entre derecho y gobierno» (pág. 115). Lo hace, de nuevo, basándose en autores clásicos y modernos, para acabar preguntándose si «¿creemos que esta creciente cultura de los derechos da una sólida expresión a nuestras aspiraciones de autonomía, igualdad, dignidad, y justicia, o puede que su formalismo y tendencia a la confrontación genere una crisis destructiva en el compromiso político?», y si «¿confiamos en la judicatura para sostener una tradición sólida de razonamiento prudente a través de los derechos?» (pág. 130).

El problema del método del derecho público se aborda en el capítulo octavo en el que el autor pone sobre la mesa definitivamente sus argumentos al respecto, reelaboración de todos los expuestos a lo largo del libro, afirmando, entre otras cosas, que aquél «lejos de trascender la política, es un aspecto de la práctica política» (pág. 132) y que «tiene que restaurarse ahora la idea del derecho público como ciencia del derecho político» (pág. 134). Esta línea le lleva a decir que «una vez que la esfera política es reconocida como un ámbito separado, el derecho público puede ser entendido no sólo como un sistema formal —un marco de derecho positivo— sino también más fundamentalmente como un sistema intrincado de prácticas —*rappports* o relaciones— que condicionan y sostienen lo político como un ámbito autónomo». Aparece el derecho público como «una expresión de los preceptos inmanentes de un discurso autónomo de la política» (pág. 145) y de ello deduce Loughlin, en la estela de Maquiavelo, que el método de derecho público debe ser el método de la prudencia, una interpretación jurídica del pensamiento del fiorentino. Dicho método «es una forma de razón práctica en la que las reglas sirven como máximas cuyo significado y aplicación varían de acuerdo con las circunstancias», «está orientado a la vez a una ética de prin-

cipio y a una ética de consecuencia, pero no abraza totalmente ninguna de las dos», «es más fácil de aplicar que de articular» y «nos permite manejar el carácter quebrado de la política» (pág. 152).

Termina el autor su libro con un capítulo (el noveno) titulado la Teoría Pura del Derecho Público en el que, en cuarenta breves párrafos, sintetiza todas las aportaciones de la obra, de manera que a un lector especialmente vago le bastaría con analizar las afirmaciones de este apartado, en el que Loughlin muestra el esqueleto de sus tesis, despojado de los razonamientos hechos a mayor abundamiento. Insiste, por tanto, aquí en las ideas a las que ya hemos hecho referencia. Conviene, por ello, que más que repetirlas pasemos, tras la injusta exposición de la mismas que acabamos de realizar, a comentar en general sus bases y sus consecuencias.

### III

La reflexión global sobre la obra de la que damos noticia aquí debe empezar, a nuestro juicio, por resaltar su importancia. Nos hallamos sin duda alguna ante uno de los trabajos más decisivos de los que se han publicado en los últimos tiempos en Gran Bretaña, y que no está exento de consecuencias para todo el ámbito europeo. Se trata de un libro muy ambicioso, que alcanza perfectamente sus objetivos, y que es un buen ejemplo de obra de primera línea.

Todo ello, en primer lugar, por lo cuidado de sus aspectos formales. Está muy bien escrito, cumple la regla de que lo bueno, si breve, dos veces bueno, dado que no alcanza las doscientas páginas, y muestra en todo momento la capacidad de Loughlin, demostrada en las otras obras que ya hemos citado, para hacer exposiciones claras y ordenadas de temas especialmente difíciles, dotando de sencillez a construcciones que en manos de otros amenazan con derivar en verdaderos centones ilegibles.

Hay que resaltar también la amplitud de las fuentes utilizadas, amplitud que se demuestra tanto por lo completo de la bibliografía de apoyo, como por el hecho de que en la misma se encuentren trabajos no sólo jurídicos, sino también de otras ciencias sociales, y además porque, cosa rara en anglosajonia, aunque la mayoría de las obras utilizadas pertenezcan al ámbito cultural británico y norteamericano, también existen importantes referencias a especialistas continentales, dado que las tesis principales del libro se contrastan con la tradición positivista no sólo de su país, y se basan con frecuencia en autores clásicos de toda la tradición occidental y no sólo de la de las naciones de habla inglesa.

Este dato de que Loughlin cabalga a lomos de gigantes no es tampoco de despreciar, y constituye uno de los grandes valores de la obra, precisamente porque la manera de utilizar esas fuentes es especialmente ágil y habilidosa, llegando a extraer de los autores en que se apoya una serie de ideas que, reelaboradas por él, resultan especialmente atractivas.

Queda, sin embargo, por comentar la tesis principal del libro en el que, como ya sabemos, se parte de la crítica de lo que, en general, pudiera llamarse formalismo jurídico, para propugnar en el campo del derecho público el método «prudencial» en el que la conexión con las normas jurídicas, entendidas en sentido clásico, sea más laxa, y se de entrada a otros factores derivados de la base en que se mueve dicha ciencia, que es la siempre cambiante y fluida actividad política.

El principal problema que le surge al lector frente a esta propuesta, mucho más elegantemente formulada en la obra que en el torpe resumen que constituyen estas páginas, es la cuestión de donde queda la certeza. Es decir, que si durante siglos la aspiración del jurista ha sido la dotar de esta característica a las relaciones sociales, y también a la política, intentos como el de Loughlin, que reintroducen en el discurso jurídico consideraciones necesariamente flexibles, tenderán a debilitar unas técnicas de intervención que a lo largo de mucho tiempo han ido construyéndose, basándolas en la coactividad y en la fijeza, características éstas que, aun cuando haya habido casos en los que han conducido a interpretaciones desenfocadas del fenómeno llamado derecho, no cabe duda de que siguen siendo una conquista irrenunciable en la que se fundamenta tanto el derecho público como la ciencia que lo estudia. Surge entonces la duda de si las propuestas del autor son un paso adelante, o una vuelta a posturas que hace tiempo que aparecen como superadas.

Lo que sí es cierto es que tienen un gran interés, tanto por su valor en sí mismas como por representar e introducir en el debate británico sobre la idea del derecho público. La lectura de este libro no defraudará, por tanto, ni a los que pretendan una reflexión general sobre los problemas de éste, ni a aquellos cuya curiosidad se limite a saber en qué punto se encuentran las discusiones inglesas sobre una materia en la que aquel país mostró siempre unas peculiaridades de las que esta obra de Loughlin es una muestra más.

*Ignacio Torres Muro*