

(Publicado en *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho. UNSA*
(Universidad Nacional de San Agustín).
Nueva Era, Año 7, núm. 7, noviembre de 2005) Arequipa (Perú), pp. 429-448)

Sobre Derecho y geografías simbólicas: Notas para una Islandia jurídica

José Calvo González
Universidad de Málaga

Las ínsulas extrañas
San Juan de la Cruz

*Una isla bajo el jónico firmamento
bella como una ruina del Paraíso*
Percy B. Shelley

Me gustan las Islas y el Derecho me incumbe. Creo que bien puede ser éste, a la hora de justificar la elaboración del tema que atreví a titular de forma quizás tan poco usual, un modo razonablemente satisfactorio de distribuir y presentar las *afinidades electivas* que en mi caso se combinaron resultando en una de mezcla de atracción y concernimiento.

Y fue lo uno porque confieso que las islas me gustan. En general, como Lawrence Durrell, me tengo por islómano y hasta casi furibundo amante de las islas, *nesófilos*. Las islas se ofrecen con la desafiante fuerza de una insumisión al destino. Toda isla es, como espacio de resistencia frente al terco asedio de las aguas, cumplida expresión triunfante. Y es que me gustan las islas, lo admito, porque tras superar tantos presagios de fatalidades hundidoras y vencer tantos anuncios de esperanzas derrotables, permanecen como definitivo signo de superficie y emergencia, y perduran como tierra segura y verdadera.

Por último, en mi atracción hacia las islas hay asimismo todavía una razón suplementaria, que para algunos quizás debiera mantener inconfesada; me gustan especialmente las literarias porque al evocarlas en el remoto flujo de sus acariciadoras mareas y la suavidad de los vientos que las atraviesan, se dejan pronunciar con nombres de deliciosa seducción. En esa vasta geografía de imaginarios lugares figuran la Ínsula Firme, de Amadís de Gaula, la Isla Fragante y la Isla Musical, de Alfred Jarry, la Isla Púrpura, de Mikhail Bulgskov, la Isla Quemada, de C.S. Lewis, la Isla Sonante, de François Rabelais... Y aunque es verdad que en ocasiones luego puede que resulte convocado el riesgo de algún terrible encantamiento, como ocurre en las seducciones de las Islas-Jardines de Eea, Circe, Calipso, Alcina, Armida o Aurisleta (*Odisea, Orlando furioso, Jerusalén liberada, Los trabajos de Persiles y Segismunda*), también lo es que por feliz ventura otras veces en ellas nos aguardan las revelaciones más auspiciadoras del conocimiento y la sabiduría, como en la Isla de Venus o Isla Enamorada (*Os Lusíadas*)¹.

¹ De algunas de ellas, Ignacio GÓMEZ DE LIAÑO, *Paisajes del placer y la culpa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 134-137.

Correlativamente, y en cuanto a lo que de otro lado compete y atañe al Derecho, pienso y creo que a un jurista filósofo nada debe serle ajeno, que toda expresión y experiencia de cultura jurídica le incumbe, y ha de tomar prestado a ese fin la actitud merodeadora y permeada de curiosidad propia del *flaneur*, combinándola oportunamente con la dedicación reflexiva y crítica característica del pensador. Así, ningún territorio le estará vedado explorar, ni perdida oportunidad alguna para siquiera tantear su extensión y límites.

Es acaso por eso que no resulta extraño que juristas con sensibilidad filosófica hayan acudido a elaborar metáforas epistemológicas que aprovechan la cita geográfica. Por ejemplo, cuando con referencia al clásico tema iusfilosófico de las relaciones y distinción entre Derecho y Moral Ihering aludía al Cabo de Hornos, enmendado por Benedetto Croce como Cabo de los Naufragios². O también, ya entre filósofos del derecho, al detectar el recurso al léxico de la ciencia geográfica con expresiones tales como “mapa” o “cartografía”³, en mención descriptiva al panorama crítico del saber jurídico moderno o a las marcas y derivas interpretativas de la concepción del Derecho en la postmodernidad. Y todo ello, por no hablar en Teoría del Derecho del empleo de locuciones como *fuentes* (del derecho), *lagunas* (jurídicas), y otras semejantes, si bien éstas seguramente ligadas más en particular a lo hídrico.

Se podría, por tanto, formar catastro de los numerosos designadores geográficos existentes en el Derecho. Mi empresa será, con todo, mucho más modesta pues sólo pretende inventariar lo que de esa geografía simbólica aprovecha para con el *nomen* “isla”, que además únicamente consideraré en cuanto *topos* jurídico. En consecuencia, no atravesaré las Columnas de Hércules (el *Non Plus Ultra*) que en este caso no tanto abrirían al *horror vacui* como más bien a la paradisíaca latitud y longitud⁴ que en la ciencia y filosofía política sirve para situar *islas* como Atlántida (F. Bacon, 1627), Oceana (J. Harrington, 1656) o la misma Utopía (Th. More, 1516)⁵, ya muy exploradas, o para arribar

² Vid. Felice BATAGLIA, *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. de la 3ª ed. it. por F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, vol. II, pp. 325-326.

³ Enrico PATTARO, “Per un mappa del sapere giuridico”, en Uberto SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, pp. 249-279, y Boaventura de Sousa SANTOS, “Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do Direito”, en *Revista Critica de Ciências Sociais*, 24, 1988, pp. 139 y ss., y “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, en *Journal of Law and Society*, 14, 3, 1987, pp. 279-302.

⁴ Vid. Raymond RUYER, *L’Utopie et les Utopies*, PUF, Paris, 1950; Bronislaw BACZKO, *L’Utopia. Imaginazione sociale e rappresentazioni utopiche nell’età dell’illuminismo*, trad. de M. Botto y D. Gibelli, Einaudi, Torino, 1978; Mario TOMÉ, *La isla. Utopía, inconsciente y aventura. Hermenéutica simbólica de un tema literario*, Publics. Universidad de León, 1987; J. C. DAVIS, *Utopia and the ideal society. A study of English Utopian Writing 1516-1700*, Cambridge UP., Cambridge, 1983; Fiorato DELIN CHARLES (Ed.), *La Cité Heureuse. L’Utopia italiana de la Renaissance à l’Age Baroque*, Quai Voltaire Edima, Paris, 1992; Alberto MANGUEL- Gianni GUADALUPI (eds.), *Diccionario de lugares imaginarios* (1990), trad. de A.M. Becciu y rev. de J. Martín Lalanda y J. Setó, Alianza, Madrid, 1992; Raymond TROUSSON, *Historia de la literatura utópica. Viajes a países inexistentes* (1979), trad. de C. Manzano de Frutos, Península, Barcelona, 1995.

⁵ Vid. MORO-CAMPANELLA-BACON, *Utopías del Renacimiento*, trad. de A. Miralles Carlo y A. Mateos, y Estudio Prel. de E. Imaz, FCE, México, 1973 (3ª reimp.); Paolo TREVES, “Il pensiero politico di James Harrington”, en *Studi in memoria di Giole Solari*, Pubblicazioni dell’Istituto di Scienze Politiche dell’Università di Torino, Ramalla, Torino, 1954, pp. 174-190; Pablo J. BADILLO

a otras posibles múltiples y diversas *utopías*, fueren o no islas⁶, y hasta quizás también para descubrir algunos casos más de *islas* tal vez no tan conocidas y verdaderamente sugeribles⁷.

Y así, expuesta ya la razón y las fronteras del título y asunto elegido, distinguiré en esta *Islandia jurídica* dos archipiélagos o islarios, figurables a modo de *Las Islas como Derecho* y *El Derecho desde las Islas*. Al desembarcar en sus respectivas *islas* me propongo estudiarlas como materia productora de institutos jurídicos, y como tema que o bien sirve de ocasión a metáforas y alegorías, o bien de sugestivo escenario a ideas y sensibilidades jurídicas de interés para la reflexión iusfilosófica.

Las Islas como Derecho.

Las primeras islas jurídicas se descubren en el Derecho romano. En ellas, el modo de adquirir su propiedad -modo originario- era la *accessio* y la *occupatio*, según se tratase del supuesto de la *insula in flumine nata* o de la llamada *insula quae in mare nascitur*⁸. Ihering⁹ gustó de estas islas, junto al *alveus derelictus*, como “bocados suculentos para el

O'FARRELL, *La filosofía político-jurídica de James Harrington*, Publics. Universidad de Sevilla, 1977.

⁶ Vid. Antonio TRUYOL, *Dante y Campanella. Dos visiones de la sociedad mundial*, Tecnos, Madrid, 1968; Hartmut KLIEMT, *Filosofía del Estado y criterios de legitimidad* (1978), vers. de E. Garzón Valdés, Alfa, Buenos Aires, 1979, pp. 15-18 [Isla Jacques, habitada por la tribu de los rousseaus y gobernada por el cacique Jean]; José RUBIO CARRACEDO, *La utopía del Estado justo: de Platon a Rawls*, 1982; Miriam ELIAV-FELDON, *Realistics Utopias. The Ideal Imaginary Societies of the Renaissance 1516-1630*, Clarendon Press, Oxford, 1982; Pierre-François MOREAU, *Le Récit Utopique. Droit naturel et roman de l'Etat*, Paris, PUF, 1982; Wolfgang von GAST, “Gesetz und Justiz in den Utopien”, en *ARSP*, 1984, LXX, 1, 1, pp. 39 y ss.; Fernando VALLESPIN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985; Pietro COSTA, *Lo Stato Immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986; José Luis PRIETO, *La Utopía skinneriana*, Mondadori, Madrid, 1989; Maurice de GANDILLAC, “De quelques utopies (ou semiutopies) de la concorde universelle (Abelard, Lulle, Nicolas de Cues, Postel, Campanella)”, en Miguel MARTINEZ LÓPEZ, *Literature, Culture and Society of the Middle Ages*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 2583-2598, y Paulo FERREIRA DA CUNHA, “Constituição, Direito e Utopía. Do jurídico-constitucional nas utopias políticas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, *Stvdia Ivridica* 20, Universidade de Coimbra, 1996.

⁷ Me refiero a la posibilidad de relacionar el escenario de la pequeña isla desierta en la fábula moral sobre el estado de naturaleza y el acto fundacional societario imaginado por William GOLDING en *The Lord of the Flies* (1954) (*El Señor de las moscas*, trad. C. Vergara, Alianza, Madrid, 1987¹⁴), y la interpretación filosófico-política del liberalismo como concepción de la igualdad liberal expuesta por Ronald DWORKIN, “What Is Equality? Part 2: Equality of Resources”, en *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 238-345, en espc. pp. 285-287, con el recurso a la situación de unos naufragos supervivientes en una isla desierta. De otra parte, permítaseme dejar siquiera apuntado otro tema de trabajo en la posibilidad de confrontar la obra de Golding y la precursora de Robert Michel BALLANTYNE (1825-1894), *The Coral Island* (1858) (*La isla de Coral*, trad. de M. Medina, Espasa-Calpe, Madrid, 1999), estudiando el distinto comportamiento de los niños naufragos de ambas islas.

⁸ D. 41, 1, 7, 3-4. Asimismo GAYO, *Inst.* 2, 1, 22, de *Cosas cotidianas o notables*.

⁹ Rudolf von JHERING, *Bromas y veras en la Ciencia Jurídica. Ridendo dicere verum. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas* (1880), trad. de Tomas A. Banzhaf, concordada de la 13ª ed. alemana por Mariano Santiago Luque, con índices analítico y onomástico de Marcos C. Martínez, e Introd. de J. Bms. Vallet de Goytisolo, Civitas, 1987, p. 122.

pandectista”. Al estómago de la manualística universitaria (al menos la que yo estudié)¹⁰, apenas, sin embargo, si daban sustancia bastante para un caldo. No obstante, entiendo que un buen *gourmet* jurídico jamás debería rechazarlas bajo la insípida excusa de simple fruslería; yo las tengo por una verdadera *delikatessen*, y quién no se deja tentar por una golosina. Permítanme paladearla durante unos minutos.

En cada uno de los supuestos referidos el diseño de la solución jurídica fue hecho de forma diferenciada.

En efecto, para la isla que nace en el mar, lo que raramente sucede -*insula quae in mare nascitur (quod raro accidit)*- en definitiva, para la isla marítima, dada su naturaleza de *res nullius*, es decir ausencia de dueño, rigió el principio de libertad de ocupación por el primero que tomara posesión de ella (*res nullius cedit occupanti, y primo occupanti*); de donde el derecho de propiedad tuvo allí por fuente una razón jurídico-natural: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupant conceditur*¹¹- o lo que es igual: el Derecho natural le sirvió de base fundamentadora.

En cuanto a la isla que nace en el cauce de un río, lo que sucede más a menudo- [*insula*] *in flumine nata (quod frequenter accidit)*- en suma, para la isla fluvial, la solución evacuada por los juristas romanos se condujo de acuerdo al Derecho civil, y presentaría una mayor elaboración interpretativa. Su tratamiento afectaba, lógicamente, determinados presupuestos: habían de ser islas del todo emergidas, y sitas en cauces públicos (*in flumine publico*) de ríos perennes (*in flumina perennia*), con independencia de que por su lecho discurrieran aguas o aquél permaneciera seco.

La vía de accesión de inmueble a inmueble, heredada en todo por nuestro Código civil (art. 373; 561 Ccv. francés, # 407 ABGB, 561 Ccv. belga) puede parecer hoy muy sencilla y clara, pero hubo momento en que confundió incluso al mismo Ihering, que la razonó de diferente manera para decir que “a los ribereños se les facilita la adquisición de tal modo que ni siquiera tienen necesidad de ocupar el terreno”, sosteniendo, pues, que en aquel espontáneo parto del río el Derecho les hacía “un regalo”¹². Más acertado y preciso estuvo Portalis¹³ cuando en la presentación al cuerpo legislativo civil francés relaciona el régimen jurídico de estas islas fluviales con la accesión y razona acerca de una especie de contrato aleatorio entre los propietarios y la naturaleza, donde los fundos ribereños pueden acrecer o disminuir. Y es así, ciertamente: la formación geológica de la *insula in flumine nata* debe ligarse al fenómeno de las erosiones originadas por el cambio del curso de un río y ello, en buen derecho, implica asimismo que la *quaestio iuris* relacionada con la adquisición de su propiedad ha de gobernarse no por el principio general de ocupación¹⁴,

¹⁰ J ARIAS RAMOS -Juan Antonio ARIAS BONET, *Derecho Romano. I*, EDERSA, Madrid, 1986¹⁸, p. 249. Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ariel, Barcelona, 1972⁶, p. 273; Pablo FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, Imp. E. Sánchez, Madrid, 1978, p. 113.

¹¹ GAYO, D. 41, 1, 3 pr.= *Inst.* 2, 1, 12.

¹² Rudolf von JHERING, *op. cit.*, p. 122.

¹³ Vid. “Discours préliminaires du Premier Projet de Code Civil présenté en l’ an IX por M. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneau et Maleville”, en, *Recueil complet des travaux préparatoires du prononcé Code civil, Paris* (1827), P.A. FENET (ed.), reimpr. O. Zelles, Osnabrück, 1968, vol. I, pp. 463-523. *Discurso preliminar al Código Civil francés*, trad. e introd. de I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson, Civitas, Madrid, 1997.

¹⁴ No obstante, ante problema de la *insula in flumine nata* el Derecho musulmán acudió al principio de adquisición de la propiedad mediante explotación o añadido de industria. José LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Labor, Barcelona, 1932, p. 182: “El propietario de la tierra ribereña que primero realice en ella labores para adaptarla al cultivo adquiere su propiedad”.

sino por el más particular del beneficio concedido al individuo que soporta el riesgo¹⁵ (*qui sentir onus sentire debet commodum*, así como *qui habet commodat ferre debet onera*), y en tal sentido que los ribereños adquieren la propiedad de tales islas por aluvión.

Estos son los supuestos generales de lo que he llamado islas jurídicas, mas, con todo, esta golosina de islas aún nos reservará una dulce sorpresa, ya que en su interior contiene una pequeña cápsula de deliciosa miel, ligeramente licorada: las islas flotantes (*insulae natant*).

De tales “islas flotantes” se halla descripción en la *Naturalis Historiae*, de Plinio el Viejo, y otros escritores como Varrón, el mismo Plinio el Joven, y hasta un filósofo como Séneca, completan eruditas noticias sobre su localización y proponen explicaciones a tan curioso fenómeno¹⁶. En efecto, señalan lugares como Lidia (Islas Calaminae), el *lacus Cutiliae* (actual lago Contigliano) o el lago volcánico de Vadimonio (al sur de Etruria, con el tiempo Bomarzo), en ninguno de los cuales se las podrá contemplar hoy día, aunque sí en el curso superior y extraordinariamente feraz del río Nilo. Séneca habla de un guijo, o conjunto de guijas -piedras o solidificaciones calcáreas existentes en las orillas de un cauce o río- de textura porosa y flotante, así como también de un conjunto de troncos flotantes, arbustos y ramajes que forman barreras de hierbas y plantas a modo de islas donde el ganado padece y se alimenta de sus pastos. Pues bien, los romanos se preguntaron a quién pertenecían. La *quaestio disputata* se originaba esta vez por la permanente fluctuación (*semper fluctuantur*) y cambiante posición de esas especie de islas (*quae numquam die ac nocte loco uisitur*), y frente a ella el jurista Paulo¹⁷ promueve una respuesta con carácter de excepción a las reglas que para el supuesto de la *insula in flumine nata* ya quedó expuesta. La regla general es falsa, nos dice, en el caso de una isla que no esté unida al lecho, sino que, por el contrario, presente ramificaciones o de manera ligera flote y se mueva en el río. Tal isla flotante y móvil ha de tenerse, pues, por una parte integrante del río y, comoquiera que asimismo los ríos perennes (*flumina perennia*) eran en derecho romano parte del dominio público, asimismo como isla pública, a diferencia por tanto de las islas ancladas, propiedad privada del dueño de la ribera más próxima. El análisis suscitado por el supuesto de la “isla flotante” permite concluir en una refinada interpretación formulada en términos distintos tanto de los propios de la ocupación como de los asimilables a la isla fluvial. Puesto que la isla flota, no puede pertenecer a ninguno de los ribereños, y estando excluido su anclaje al fondo del lecho, la adquisición por uno de los ribereños tampoco tendría razón de ser. Las islas flotantes serán consideradas entonces como un subproducto del agua, parte del río, y porque *accessio cedit principali* (o, *accessorium sequitur principali*), es decir, porque lo accesorio sigue lo principal, se convierten en cosas públicas; y así también, y por igual razonamiento, toda isla flotante formada en un curso de un agua privada pertenecerá al propietario de ésta. Es de este modo como la isla flotante acaba representando una excepción al modo adquisitivo originario de ocupación, ya que en principio la isla que se formara *ex novo* debería pertenecer, en tanto que cosa nueva, a quien primero se apropiara de ella, o sea al primer ocupante. Pero asimismo, constituyendo igualmente una ejemplarización de *media*

¹⁵ GAYO, *Inst.* 3, 23, 3: *commodum eius esse debet, cuius periculum est*.

¹⁶ Cayo PLINIO SEGUNDO EL VIEJO, *Naturalis Historiae*, 3, 109, y 2, 209; Marco Terencio VARRON, *De lingua Latina* 5, 71; Lucio Anneo SENECA, *Naturales Quaestiones* III, 25, 7-10; PLINIO EL JOVEN, *Ep.* 8, 20, 4 sq.

¹⁷ PAULO: D. 41, 1, 675, 2 Labéon al lib. 6 de Argumentos seleccionados.

sententia, de solución intermedia¹⁸, frente a la inidoneidad de la accesión de tierras de aluvión por vía *commodum* y *periculum*.

Ahora bien, no se crea que en lo expuesto acerca de las tres islas que llevo censadas se agota la geografía simbólica del islario jurídico que pretendo mostrarles. Los horizontes de mi proyectada Islandia jurídica dilataron muy significativamente con la atención que, dentro del fenómeno conocido como redescubrimiento y supervivencia del Derecho romano¹⁹, vino a prestarse por los glosadores, comentaristas y prácticos del *Corpus iuris* -fundadores de la ciencia jurídica europea²⁰- a la isla marítima (*insula quae in mare nascitur*) sirviendo con ello, además, a introducir la materia que con el tiempo sería presentada como Derecho internacional del mar.

Este es el caso del jurista bajo medieval, docente en Pisa y Perugia, Bártolo de Sassoferrato y de su tratado *De insula*²¹, segundo de los tres que de forma no independiente componen el *De fluminibus seu Tyberiadis et alluvione* (1355). Esta obra, ciertamente, obedeció a un interés *prima facie* iusprivatista y práctico-forense ante el problema de cómo de dividir la propiedad de “la isla nacida en un río”, cuestión respondida mediante un minucioso y completo examen de posibilidades y casos e ilustrada de abundantes dibujos y figuras geométricas realizados con el concurso del matemático fray Guido de Perugia. Sin embargo, dicho ámbito se trasciende en razón al estudio jurídico del dominio y de la jurisdicción de “la isla que nace en el mar”, cuya excepcionalidad (*quod raro accidit*), había inspirado hasta la fecha una preocupación menor o sólo residual.

En efecto, lo desprendido para con ella en el comentario de Bártolo -cuyo asunto son los seis primeros párrafos de la *lex Adeo*, tít. *De acquirendo rerum dominio*, del Digesto (41, 1, 7, 1-6)- dará origen a la formación de la actual doctrina del “mar territorial” y que en su tiempo se anticipó como “mare territorio cohaerens”²², fruto a su vez de una atrevida e imaginativa combinación de textos de doctrina romanista sobre el mar como *res iuris gentium*, y canonistas sobre el *distritus* marítimo dependiente del territorio y abarcador de la zona de mar próxima a la costa. De ahí llegará Bártolo a fijar la extensión del “mar territorial” o paridad (*pari modo*) entre un determinado territorio y el mar adyacente a ese mismo territorio, o mar “vecino”, cifrándola en el espacio marítimo navegable correspondiente en su época a dos singladuras (*v gr.*: distancia recorrida por una nave en 24 h., contadas desde el mediodía), con equivalencia a cien millas²³ romanas²⁴.

¹⁸ Vid. Rolf KNÜLTEL, “Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis”, en *Revue historique de droit français et étranger*, 76 (2) avr.-juin 1998, pp. 184-214.

¹⁹ Franz WIAECKER, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna* (1951), trad. de F. Fernández Jardón (1957), ed. al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Edit. Comares, Granada, 2000, pp. 38 y 40.

²⁰ Carlo Augusto CANNATA, *Historia de la Ciencia jurídica europea*, trad. de L. Gutiérrez-Masson, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 147-148.

²¹ Bártolo de SASSOFERRATO, *De Insula*, Prol de A. Truyol y Serra, trad. de P. Cerezo de Diego, CEC, Madrid, 1979.

²² Prometeo CEREZO DE DIEGO, “Orígenes de la teoría del mar territorial en Bártolo de Sassoferrato”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XXX, 1977, 2-3, pp. 237-255

²³ Pienso que existe una distancia módica, cuando distan hasta cien millas, pues se considera lugar vecino (D. 39, 2, 4, 9), admitiendo la equivalencia de “dos jornadas de camino”, por analogía desde las *Decretales* de Gregorio XI (1,3,28 glossa in vv. *ultra duas dietas*), con lugar no remoto.

²⁴ Unos 1480 metros. La actual milla marina o náutica es de 1852 metros.

Sobre ese espacio se instituye y surge un área de competencia jurisdiccional, que autoriza al Estado ribereño a entender de los delitos que allí se cometieren.

De esta extraordinaria construcción interpretativa quisiera detenerme en un matiz nada secundario a mi juicio. Al margen de lo presentable como sobresaliente aportación al Derecho del mar, conviene subrayar que la base justificatoria en la ampliación de la jurisdicción terrestre sobre el mar territorial, y de un modo especial sobre las islas que se encuentran en dicho mar, es en particular de carácter penal y represivo²⁵. Bártolo razona con estas palabras: “Pues así como el gobernador de una provincia debe dejar libre la provincia de hombres malvados por tierra (D. 1, 18, 13), lo mismo debe hacer por mar (Codex 11, 13, 1). De esto se sigue que tiene también jurisdicción en el mar, y con razón en las islas que están en dicho mar”²⁶.

Resulta pues iluminador el comprobar que ya en la fase de primario establecimiento del Estado éste presenta una constitucionalidad orgánica estrechamente ligada al Derecho penal. El Estado nace constitutivamente con un definido perfil represivo, y crece y se desarrolla parejo a la capacidad abarcadora de su *ius puniendi*; razón por la cual cabe afirmar que el Derecho penal es el Derecho constitucional del Estado. Ese entrelazamiento de Teoría jurídica del Estado y filosofía jurídico-penal que con claridad meridiana aparece en el citado texto del *De Insula*, se ratifica igualmente por referencia a testimonios, tanto precedentes como posteriores, donde comprobamos un sintomático empleo de las islas como modo de instrumentar concretas políticas penitenciarias relacionadas con determinadas previsiones punitivas, aportando de esa manera otra nueva categoría a nuestro islario: las *islas de relegación*.

El recurso a *islas de relegación* o, más expresivamente, a *islas del confinamiento*, remonta cuando menos a la *Lex Julia de adulteris coercendis*, en el 736 de la fundación de Roma (18 a. C.) dando a ver una función represora conectada a los delitos de adulterio²⁷. Esta ley introdujo limitaciones al régimen de venganza personal, fuere del padre o del marido, que había operado hasta finales de la República, postergando con ello la competencia de los tribunales domésticos o familiares en el enjuiciamiento de las conductas adúlteras, que pasan a convertirse desde entonces en materia del Derecho público, es decir, en delitos contra el Estado. De esta suerte quedará prohibido al marido dar muerte a la esposa adúltera²⁸, incluso cuando fuere sorprendida *in flagranti*, siendo tenido por reo de asesinato culposo²⁹ si lo hiciera. Estimaban los jurisconsultos romanos por tanto que al que matara a su mujer por haberla sorprendido en adulterio se le podía dispensar de la pena de muerte, ya que era siempre muy difícil contener el justo arrebato, y debiéndosele castigar más por el exceso que porque no debiera tomarse venganza, bastaba condenarlo a trabajos formados, si era persona de clase baja, o *relegarle a una isla* si pertenecía a clase elevada (*Rescripto* de Antonio Pío a Apolonio). Y las veces que el marido no tomara una decisión tan drástica, debía siempre repudiarla, o arriesgarse a

²⁵ Cuando se cree que no es de nadie (*Nullius enim esse creditur*), “pertenece al ocupante por derecho de gentes (D. 41, 1, 3, 1). Pero aunque no pertenezca a nadie en cuanto al derecho de dominio, ¿está o no está bajo alguien en cuanto a la jurisdicción, en orden a que pueda castigar los crímenes que allí se cometen y administrar justicia a las gentes que vayan a habitar en aquel lugar? (*De Insula*, cit., p. 6).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Wilhem REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis Justinian* (1844), Scientia Verlag, Aalen, 1962, y Mario J. MACHADO CARRILLO, *El adulterio en el Derecho Penal. Pasado, presente y futuro*, (Publics. del Inst. de Criminología de la Universidad Complutense), Valencia, 1977, pp. 28-31.

²⁸ ULPIANO, D. 48, 5, 2, 8.

²⁹ ULPIANO, D.48, 5, 39 (38) 8-9.

cometer lenocinio. Al *adulter* podía matarlo sólo si se trataba de persona *infamis, turpis* o *viliior*. El padre, por contra, sí podía matar a la hija que, hallándose bajo su *manus*, sorprendiera en flagrante adulterio en su casa o en la del marido. Al *adulter* también podría darle muerte, pero sólo *prope uno ictu et uno impetu* (en el mismo acto), y en tal caso debía igualmente matar a la hija. La pena prevista para la adúltera consistía en el destierro y *confinamiento en una isla*, y se aparejaba a otras accesorias, jurídicas y sociales, como la prohibición de volver a contraer matrimonio y el nunca más poder testificar en juicios, o la obligación de vestir ropas de cortesana³⁰, lo que representaba la pérdida de su condición de matrona (*mater familias*), además de económicas, tales que la reducción de su dote a la mitad y a un tercio su patrimonio. Al *adulter* superviviente, cuando lo había, se le penó en principio con *aqua et ignis interdictio*, pero pronto se advirtió que, a la vista la amplitud del dominio imperial de Roma, prácticamente extendido a todo el mundo conocido (*dominium mundi*), tal medida nunca llegaría a resultar tan eficaz como en tiempos de la Ley de las XII Tablas *-de facto*, el destierro- y se optó por confinarle en una *isla distinta* a la de la adúltera, y como ésta padeció también aquél otras penas accesorias; pérdida de la mitad sus bienes y la condición de militar si lo era, así como la posibilidad de incorporarse al servicio de armas.

Es sin duda cierto que hoy el tratamiento penal del adulterio impuesto por *Lex Julia de adulteris coercendis* puede parecer pura arqueología del Derecho y una pieza de museo (del horror) jurídico. Y sin embargo, su significación en absoluto es tan anecdótica como aparenta.

Cuando Cesar Augusto asume el poder como *senatus princeps* la imagen de la Roma de costumbres corrompidas y disolutas era una realidad, con abundancia de adulterios y una creciente ola divorcista en la que los matrimonios se disolvían con extrema facilidad. La inveterada familia romana se resentía, y con ella también la ciudadanía romana, amenazada de “adulteración” genética por la presencia de elementos foráneos llegados de todas partes del Imperio; o lo que es igual, se hallaba en abierto deterioro y franco peligro la solidez de cuanto *avant la lettre* constituía allí soporte fundamental de lo que luego conoceremos como Estado. En este sentido, resulta altamente significativo que la primera de las intervenciones jurídicas de Augusto, la profiláctica *Lex Julia de adulteris coercendis* -a la que seguirán otras dos igualmente conocidas como Leyes Julia (la *Lex Julia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*) complementariamente orientadas a restablecer la moral familiar, a combatir el celibato y a impulsar prole³¹, evitando problemas sucesorios y la desaparición jurídico-política del ciudadano romano *ius sangui-* armonice en mucho con una metodología penal, y se sirva de ajustar -en concierto al interés de nuestro islario- técnicas punitivas y sanciones que acuden y aprovechan la *relegación a una isla* como forma idónea y universal de castigo, pues se imponía no únicamente a los adúlteros en los matrimonios celebrados por el *ius civile*, sino también a los de *ius gentium*, y hasta a los ajenos a éste; es decir, alcanzando incluso al adulterio cometido por quienes hubieren contraído matrimonios prohibidos.

Con el Emperador Constantino, el delito revierte al ámbito del derecho privado (Ley 3 *Cod. ad leg. Iul. de adult.*), entendiendo que el ilícito no ataca al interés público, sino que vulnera la sacralidad del vínculo. Pero la gravedad de la conducta subsiste por entero, ordenando penas como la confiscación de los bienes del *adulter* y su muerte por espada, y para la esposa la pena de destierro y relegación a isla.

³⁰ Una estigmatización que Nathaniel HAWTHORNE alegoriza en *The Scarlett Letter* (1850), desde el sentimiento y la estética puritana.

³¹ Wolfgang KUNKEL, *Historia del Derecho Romano* (1964), trad. de J. Miquel, Ariel, Barcelona, 1974⁴, p. 63, n. 18.

En nuestro Derecho histórico se hereda del Romano buena parte de la actitud de persecutoria y represiva hacia conductas atentatorias del vínculo matrimonial, así como el tipo de medidas punitivas aplicables. Es el caso, desde luego, de las *Siete Partidas*, y en específico para las relaciones carnales de hombre o mujer con pariente o cuñada, presentadas como “pecado de luxuria asabiendas”, y que “debe aver pena de adulterio... e ser desterrado para siempre en alguna ysla”³², e igualmente tratándose de bigamos³³, pues la pena que merecen “aquellos que a sabiendas se casan dos vezes” es el destierro “a alguna ysla por cinco años..... e si amos fueren sabidores q algûno delos era casado, e asabiendas casó con él: entonces deben ser amos desterrados cada uno en su ysla...”. Claro es que ante esta ordenación penológica no deja de asaltarme una duda: saber de cierto si en los reinos del sabio Alfonso X existían realmente tantas islas disponibles³⁴. Parece sensato temer que nunca las suficientes y seguramente tampoco bastantes.

En todo caso, es lo cierto que el reiterado empleo de la isla como instrumento del reproche penal o civil le acaba por prestar una fuerte connotación negativa: deportación, alejamiento, segregación espacial, etc. En prueba, baste con examinar nuestra legislación penitenciaria decimonónica, tan influida todavía por el legado de ideas punitivas del s. XVIII³⁵. Aunque también es posible observar ciertas reacciones. En efecto, la utilización y mantenimiento de tal medida repugnó abiertamente, por su carácter preventivo (en evitación de fugas) y el *plus* de sufrimiento incorporado al castigo (incomodidad del clima, separación del delincuente de su lugar de origen y familiares, etc.), a las direcciones reformistas y humanizadoras del Derecho penal y la ciencia penitenciaria. Así, en 1875, Concepción Arenal ganará el concurso convocado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas acerca de si “¿Convendría establecer en las islas del Golfo de Guinea o en las Islas Marianas unas colonias penitenciarias como las inglesas de Batany-Bay?”³⁶, mostrándose decididamente opuesta³⁷ a la deportación de presos y condenados a penas perpetuas, a relegación perpetua y de los tenidos por incorregibles, a posesiones del golfo de Guinea, Isla de Fernando Poo, Islas Filipinas, Islas Marianas, y aún Islas Chafarinas u otros islotes, peñones o rocas destinados a “castillos militares”, o a las mismas Islas Canarias (alternativa prevista por la Base 8ª de la reforma de prisiones aprobada en 1869).

El modelo de islas penitenciarias para instalación de colonias de presos como auténticos lazaretos tuvo no obstante una enorme aceptación. Además de Inglaterra y

³² *Part. 7*, tit. XIX, ley III.

³³ *Part. 7*, tit. XVIII, ley XVI.

³⁴ Se dispone también el destierro a alguna isla por cinco años para el que accidentalmente causa la muerte de otro mediando culpa o negligencia: *Part. 7*, tit. XV, ley XIV.

³⁵ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta. Siglos XVI-XVIII* (1969), Edit. Tecnos, Madrid, 1992; Pedro FRAILE, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Eds. del Serbal, Barcelona, 1987, pp. 90-91.

³⁶ Vid. Pedro TRINIDAD FERNANDEZ, *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza Edit., Madrid, 1991 pp 151-153.

³⁷ Concepción ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y La pena de deportación*, Lib. V. Suárez, Madrid, 1895. Vid. También, Francisco LASTRES Y JUIZ, *La colonización penitenciaria de las Marinas y Fernando Poo*, Imp. y Lib. De E. Martínez, Madrid, 1878, y Dámaso DE LARIO, “La crítica de Concepción Arenal a la colonización penitenciaria de Australia”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 86 (1994-1995), pp. 227-246.

Australia, son tristemente conocidas las que funcionaron hasta 1938 en la Guayana francesa (Islas San José, Real y del Diablo) y la norteamericana Isla de Alcatraz³⁸.

Pero el *De Insula*, del que hemos proyectado hasta llegar a las *islas de relegación*, aún brinda oportunidad para la referencia a otras islas más apartadas y hasta remotas; las que en su repercusión renacentista y como instrumento de la soberanía expansionista de los Estados serán llamadas “*yslas por ganar*”. Bártolo había considerado, dentro del supuesto de *insula quae in mare nascitur*, el caso particular de la isla en alta mar, asignando su dominio a la posibilidad de que a su vez pudiera considerarse “próxima a otra isla, de manera que las dos se tengan como vecinas o próximas”³⁹. Acudía como ejemplo a la isla de Cerdeña, confinante a la de Córcega, la cual dista poco de Italia.

Esta interpretación de islas contiguas entre sí y sucesivas a territorios aledaños sirvió, de principio, para conceder a la Corona de Castilla y Aragón el dominio, por ocupación, del Archipiélago de las Canarias partiendo de posesiones territoriales heredadas del antiguo reino visigodo (Mauritania Tingitana) en el continente africano. Sin embargo, las expectativas de obtener algún nuevo dominio territorial consecuencia de la navegación oceánica del Atlántico se hicieron bastante más limitadas y complejas a partir del *Tratado de Alcaçobas-Toledo*, doblemente ratificado y jurado entre España y Portugal por Alfonso V y su hijo, el futuro Juan II, en Évora (8 de septiembre de 1479), la Reina Isabel en Trujillo (8 de septiembre de 1479) y D. Fernando en Toledo (6 de marzo de 1480). La cláusula VIIIª de este Tratado imponía una interpretación restrictiva según la cual a cambio del abandono total por el Rey de Portugal de sus pretensiones sobre Castilla (derivadas de la pretextada legitimidad de Dª. Juana la Beltraneja), los Reyes de ésta abandonaban a favor de aquél (Alfonso V y luego Juan II) la totalidad del ámbito atlántico, con abstención plena de navegación, “tirando”, es decir, sacando, tan sólo las *islas de Canarias ganadas* (Lanzarote, La Palma, Fuerteventura, La Gomera, El Fierro, La Graciosa, Grant Canaria y Tenerife) *o por ganar*⁴⁰, de donde era evidente que salvo para ir a éstas islas los súbditos o residentes en Castilla no podían cruzar el Atlántico, jalonado por costas (Guinea) o islas (Azores, Madeira, Cabo Verde), que pertenecían al dominio privativo de Portugal.

A este tenor se explican y comprenden las dificultades e impedimentos que hubo de enfrentar la empresa colombina de alcanzar las costas orientales de Asia navegando hacia Occidente (objetivo asiático), aprovechando para ello escalas de descanso y avituallamiento en las islas que pudiera encontrar en su ruta (objetivo isleño), cuya existencia había conocido Colón a través de conversaciones con marinos en Madeira y por avisos y noticias adquiridas en la biblioteca lisboeta del Rey de Portugal. Ciertamente, la vinculación a aquella cláusula VIIIª, sostenida muy en firme por el Prior del Prado, confesor de la Reina, Fray Fernando de Talavera, y el Dr. Rodrigo Maldonado de Talavera, plenipotenciario para la firma del mencionado Tratado, obstaculizó entre 1487 y 1493 -digo bien, 1493-, *de iure* y *de facto*, los preparativos y primer viaje de Colón. Y es que, además, todo aquel que osara introducirse en al área marítima de Portugal incurría en la pena de excomunión mayor, prescrita en la Bula *Aeternis Regis* de Sixto IV (21 de junio de 1481) así como en las previstas para el delito de piratería.

³⁸ El tema de las colonias de presos en islas ha dado oportunidad a la literatura (y también al cine) para numerosas creaciones. Permítaseme referir dos de ellas: Adolfo BIOY CASARES, *La invención de Morel*, Losada, Buenos Aires, 1940, y *Plan de evasión*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1945.

³⁹ D. 41, 1, 65, 3; 41, 1, 56. *De Insula*, cit., p. 7.

⁴⁰ Vid. Frances GARDINER DAVENPORT, *Europeam Treatises, bearing in the History of the Uninet States and its Dependencies to 1648*, Carbegie Institution, Washington, 1917, Doc. 3, p. 18.

Pues bien, si el viaje de Cristóbal Colón pudo finalmente realizarse con el resultado que aparentemente todos conocemos, lo fue merced a una sutil relectura interpretativa del Tratado, alternativa a la jurídico-moral y de derecho natural, patrocinada en las reuniones (Juntas) de Granada de marzo y abril de 1492 por el nuevo confesor de la Reina a partir de enero de ese año, Fray Diego de Deza (OP), a su vez en concierto con Fray Juan Pérez (OFM), el Gran Cardenal D. Pedro de Mendoza, y el nuncio oficioso del Papa Alejandro VI en España, Alessandro Geraldini de Ameria, antiguo curial romano, antes también soldado de Fernando V de Aragón, además de protonotario apostólico con los pontífices Inocencio VIII y Alejandro VI.

El efecto de esa interpretación es, en resumen, el siguiente: como quiera que el Tratado de Alcaçobas-Toledo reconocía a los castellanos la posibilidad de navegar desde Castilla a las Canarias, y asimismo la de dentro del área de éstas, *ganar* -esto es, conquistar- aquellas islas de las Canarias aún no conquistadas en 1480, Colón pudo pasar desde Palos a las Canarias y desde allí lanzarse hacia el Oeste en busca de “nuevas Canarias por ganar”, pero no por descubrir, pues ese término era de exclusiva aplicación a islas y tierras atribuidas a Portugal y no a las Canarias. En consecuencia, al zarpar de la Isla de la Gomera el 6 de septiembre de 1492 Colón no pilotaba sus naos en dirección a la India del Gran Khan para “descubrir” una nueva ruta comercial, sino a la búsqueda de alguna isla Canaria que aún quedara por ganar o conquistar.

Es evidente, a mi entender, que los defensores de esa relectura⁴¹ se auxiliaron del comentario romanista de Bártolo en su *De Insula*, aunque no de la doctrina privatista de la accesión ideada para islas de nueva formación en el cauce de ríos y costas limítrofes⁴², sino más bien de la publicista de la ocupación de la isla situada en alta mar (Océano Atlántico), y que por más apartada, distante y hasta quizás remota, se hallare sin embargo contigua a otras que ya correspondieran al señor castellano de éstas. Por tanto, cuando en el horizonte se dibujaron las costas de la isla de Guanahaní y más adelante las de La Española, el arribo y desembarco en sus playas (la ocupación) las convirtió jurídicamente en Islas Canarias *ganadas*. La llegada a esas islas, previa todavía a divisar Tierras Firmes, no fue pues, en aquel momento, un *descubrimiento*, y mucho menos un *encuentro*, sino lo presentable precisamente como *conquista*.

También es cierto que a muy pocos escapó que aquella “conquista” era en realidad un descubrimiento y así, *sensu stricto*, prohibido. De ello es prueba el ímprobo esfuerzo diplomático desarrollado por Castilla para obtener una Letra Pontificia (Letras Alejandrinas de 1493 referentes a las Indias)⁴³, bien como Bula derogatoria expresa de la

⁴¹ El sentido otorgado a las *yslas por ganar* en esta singular interpretación se confirma cuando Manuel de Portugal en el Tratado de Évora de 4 de junio de 1519 haga plena dejación a cualquier derecho sobre las Islas Canarias, y expresamente incluya en su renuncia las que todavía se dan en llamar como *Isla Perdida*, o *Escondida*. Vid. también Arturo GRAF, *Miti, leggende e superstizioni nel Medio Evo*, Mondadori, Milán, 1984, p. 129.

⁴² Manuel GIMENEZ FERNANDEZ, “América, ‘Ysla Canaria por ganar’”, en *Anuario de Estudios Atlánticos*, 1955, 1, pp. 309-336, en espec. p. 323.

⁴³ Manuel GIMENEZ FERNANDEZ, “Nuevas consideraciones sobre la historia, sentido y valor de las Bulas Alejandrinas de 1493 referentes a las Indias”, en *Anuario de Estudios Americanos*, 1944, I, pp. 173-429; “Algo más sobre las Bulas Alejandrinas de 1493 referentes a las Indias”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, 1945, III, pp. 37-86 y 1946, I, pp. 115-126; “Todavía más sobre las Letras Alejandrinas de 1493 referentes a las Indias”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, 1953, II, pp. 241-301, y “Nada más sobre las Letras Alejandrinas de 1493 referentes a las Indias”, en *Anales de la Universidad Hispalense*, 1955, II, pp. 3-37. Asimismo Alfonso GARCIA GALLO, “Las Bulas de Alejandro IV y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias” (Sep. *AHDE*), INEJ, Madrid, 1958.

Aeterni Regis, bien Breve secreto (*a posteriori*), para dejar sin efecto las censuras eclesiásticas que entenderían como infracción el primer viaje organizado, solución que fue la finalmente adoptada al expedirse la *Inter Coetera* de 17 de mayo de 1493 con carácter de Donación e Investidura feudal, completada en la emisión de la Bula *De Partición* (28 de junio de 1493) para el segundo viaje, que ya se refiere a Tierras Firmes. La literalidad de sus redacciones es por sí misma suficientemente expresiva: en el *Inter Coetare* consintiendo el primer viaje, con carácter exploratorio, “a ciertas partes del mar océano sobre cosas muy cumplideras a nuestro servicio”; y en la Bula *De Partición*, autorizando volver en el segundo viaje, ya admitido como de ocupación, “a dichas yslas e Tierra Firme que son a la dicha parte de las Yndias, descubiertas e por descubrir”.

Abordaré a continuación el segundo archipiélago integrante de esta Islandia jurídica

El Derecho desde las Islas.

En este apartado pretendo reunir ocasiones y muestras en que la Teoría del Derecho utiliza o se permite metáforas y alegorías con islas, como el caso de la *isla misteriosa* o las *islas espejismo*, y algunos apólogos donde las islas sirven de sugerente escenario a ideas y sensibilidades jurídicas de interés para la reflexión iusfilosófica.

- *La isla misteriosa*. A semejanza de la homónima de Julio Verne (*L'île mystérieuse*), hubo también en Derecho una isla misteriosa. De ella habló Carnelutti en los siguientes términos: “Una curiosidad de la ciencia del derecho es la de que de todos los juristas que hablan continuamente del hecho jurídico ni uno solo se preocupa de explicar al lado del adjetivo “jurídico”, al lado del nombre derecho, al cual este adjetivo se refiere también, el sustantivo “hecho” que lo sostiene. El hecho en sí mismo es una especie de *isla misteriosa* en el reino del derecho”⁴⁴.

Los hechos, en efecto, representaron hasta hace no mucho una isla no registrada por los cartógrafos del Derecho, los dogmáticos, a quienes debemos el atlas del Derecho vigente, esto es, la cartografía de redes lógicas, categorías abstractas y principios que utilizamos para identificar, situar y orientar (funciones dogmáticas de cognición, descripción y prescripción) un espacio jurídico. Hoy, afortunadamente, la separación o sólo simple tangencialidad entre los Hechos (*quaestio facti*) y el Derecho (*quaestio iuris*) ha experimentado un profundo replanteamiento a partir de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales en orden a la apreciación, valoración y rendimiento lógico-racional de la prueba, de modo que desde la Teoría de la Argumentación y en distintas direcciones⁴⁵ se ha comenzado a explorar el contorno e interior de aquella isla misteriosa.

⁴⁴ Francesco CARNELUTTI, *Arte del Diritto*, Padova, Cedam, 1949, p. 49.

⁴⁵ Vid. Jaime GUASP DELGADO, *Juez y Hechos en el proceso civil. Una crítica del proceso de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943; Leonardo PRIETO-CASTRO FERNÁNDEZ, “Los Hechos en Casación (Líneas generales)”, Edit. Reus, Madrid, 1944 [separata de la *RGLJ*. Junio 1944, pp. 631-653]; Erich DÖHREING, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba su práctica y apreciación* (1964), trad. de T.A. Banzhaf, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972; Antonio HERNANDEZ GIL, “El proceso discursivo del abogado con relación a los hechos y al derecho”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, vol. I, pp. 785-807; Bernard S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Deborah Charles Publications, Merseside, 1988; Jerzy WROBLEWSKI, “Los hechos en el Derecho”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de J. Igártua y F.J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, San Sebastián, 1989, pp. 193-200; Michele TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, Milano, 1992, y “La ‘motivazione in fatto’ della sentenza costituzionale”, en *RTDPC*, 1,

- *Islas espejismo*. Para el óptico, el espejismo es un fenómeno causado por capas de aire de distinta densidad que, a través de sucesivas refracciones, producen un disenso visual. Desde el punto de observación de un filósofo el espejismo no es sino, sencillamente, el sofisma del Espejo. Por eso, cuando me refiero a *islas espejismo* en el Derecho aludo en realidad a la sofistería de la aparente razón con que se pretende defender o persuadir de lo que es falso, pues tales *islas* carecen en todo de existencia consistente.

Los argumentos del espejismo se relacionan con la quimera de dos situaciones jurídico-normativas: la “norma singular”, y la “norma sin sanción”. En ambos casos la producción jurídica se expresaría bajo la equívoca apariencia de múltiples experiencias independientes entre sí que, además, ni en su totalidad ni siempre irían revestidas de sanción organizada como elemento constitutivo del Derecho. Pero todo ello no es más que un juego de espejuelos, de cautivadoras ilusiones que nos atrapan en la fascinación superficial del espejo. La fantasía se disipa y borra cuando llevamos nuestra mirada más al

1994, pp. 39-67; Paolo COMANDUCCI, “Motivazione in fatto”, en Giulio UBERTIS (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 215-244; Tecla MAZZARESE, “Dubbi epistemologici sulle nozioni di *questio facti* e *quaestio iuris*”, en *RIFD*, 1992, pp. 304 y ss.; Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, 12, 1992, pp. 257-299 (asimismo en VV.AA., *La Sentencia Penal*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Madrid, 1992, pp. 115-159), además en ulterior debate Manuel ATIENZA, “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez” y Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, ambos en *Jueces para la Democracia*, 22, 2/1994, pp. 82-86 y 87-92 resp., y “‘Carpintería’ de la sentencia penal (en materia de ‘hechos’)”, en *Revista del Poder Judicial*, 49, 1998, pp. 393-428; José CALVO GONZÁLEZ, *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa* (1993) Tecnos, Madrid, 1998², *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, “La verdad de la verdad judicial. (Construcción y régimen narrativo)”, en ID. (Coord.), *Verdad [Narración] Justicia*, Universidad de Málaga, Málaga, 1998, pp. 7-38 (asimismo en *RIFD*, 1, 1999, pp. 27-54), “Hechos difíciles y razonamiento probatorio”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), T. XVIII, 2001, pp. 13-33, y “Modelo narrativo del ‘juicio de hecho’: inventio y ratiocinatio”, en Virgilio ZAPATERO (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102; Michele AINIS, “La ‘motivazione in fatto’ della sentenza costituzionale”, en *RTDPC*, 1, 1994, pp. 37-67; Enrique BACIGALUPO, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal, y otros estudios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 61-63; Juan IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, y “La dimensión dialéctica (y sus consecuencias) en la motivación de las sentencias”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 50, 1998, pp. 175-204; Alessandro GIULIANI, “Le rôle du ‘fait’ dans la controverse. (À propos du binôme rhétorique-procédure judiciaire)”, en *APhD*, 39, 1995, pp. 229-237; Francesco M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, en espc. caps. IV (“Il metodo dell’ipotesi nel dibattito. La struttura della motivazione in fatto della sentenza”), pp. 115-231 y VI (“Il controllo della cassazione sulla motivazione”), pp. 261-325; Joaquín SILGUERO ESTAGMAN, *El control de los hechos por el Tribunal Supremo (Su aplicación en el recurso de casación civil)*, Dykinson, Madrid, 1997, Sergi GUASCH FERNANDEZ, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998; Marina GASCON ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 125-187, Daniel GONZÁLEZ LAGIER, “Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”, en Paolo COMANDUCCI y Riccardo GUASTINI (eds.), *Analisi e Diritto 2000. Recerche di giurisprudenza analitica*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp.69-87, y Laura MIRAUT MARTÍN, “La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), T. XVIII, 2001, pp. 49-66.

fondo, y traspasando su delgada superficie deslumbrante, se revela la imagen profunda del espejo. Es así como observamos que el concepto de Derecho no consiste en una deducción a partir de la idea de norma. El Derecho se define no desde el contenido, forma o estructura de sus normas, sino a través del concepto de poder soberano que articula la noción de orden jurídico en su conjunto, de donde es también de allí que emana y se predica la juridicidad de sus normas en cuanto referibles a los criterios de validez instituidos por el Ordenamiento.

Por tanto, será acudiendo a la inseparabilidad⁴⁶ que para la concepción moderna del Derecho mantienen los términos Poder Soberano [del Estado, preferentemente, aunque no en exclusivo⁴⁷] y Ordenamiento jurídico, como se suplen desde la doctrina del normativismo ordinamental determinados déficits de la Teoría de la Norma y, asimismo, también resulta posible resolver el problema ciertos ordenes jurídicos históricos en los que se detectaban, en principio contra la definición del Derecho como orden coactivo⁴⁸, normas carentes de sanción. En consecuencia, el espectáculo de *islas normativas* surgidas al filo de un ángulo de visión en el que los productos jurídicos se contemplan *aislados* de su localización posicional de conjunto en el ordenamiento así como de la determinación coactiva que en general igualmente le caracteriza⁴⁹, constituye en sí mismo un ejemplo de *isla espejismo*.

⁴⁶ Norberto BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1960, pp. 11-12: "Si es verdad que lo que supone un Ordenamiento viene definido a través de la Soberanía, es también verdad que lo que supone la soberanía en una determinada sociedad viene definido a través del Ordenamiento jurídico. Poder soberano y Ordenamiento jurídico son dos conceptos que se refieren uno al otro. Por lo tanto cuando el Derecho viene definido a través del concepto de soberanía, lo que aparece en primer plano no es la *norma singular*, sino el Ordenamiento. Decir que la norma jurídica es aquella que emana del Poder soberano, equivale a decir que la norma jurídica es aquella que forma parte de un Ordenamiento. La soberanía caracteriza no a una norma, sino a un Ordenamiento: caracteriza sólo a la norma en cuanto viene considerada como parte del Ordenamiento".

⁴⁷ Vid. Santi ROMANO, *El ordenamiento jurídico* (1918), trad. y Estudio Prel. (pp. 9-77) de S. y L. Martín Retortillo, IEP, Madrid, 1963, y Widar CESARINI SFORZA, *El Derecho de los Particulares* (1929), trad. y Estudio Introductorio (pp. 9-21) de J. Calvo González, Civitas, Madrid, 1986. Asimismo, *ad ex.*, José CALVO GONZÁLEZ, *La institución jurídica. (Análisis filosófico del lenguaje jurídico)*, Publics. del Dpto. de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, Universidad de Málaga, 1986, y "CESARINI SFORZA, Widar", en Rafael DOMINGO OSLÉ (ed.), *Juristas Universales. Vol. IV Juristas del siglo XX, de Kelsen a Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004., pp. 145-149.

⁴⁸ Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho* (1960²), trad. de R. Vernengo, Universidad Autónoma de México, 1979, p. 63 y 64: "Contra la definición del derecho como orden coactivo, esto es, contra la inclusión del momento coactivo en el concepto de Derecho se hará valer que los ordenes jurídicos históricos contienen de hecho normas que no estatuyen ningún acto coactivo, que permiten cierta conducta o facultan y también ordenan cierta conducta, que obligan a cierta conducta sin enlazar a la conducta contraria, como condición, un acto coactivo como consecuencia, y especialmente, que frecuentemente la falta de aplicación de las normas que estatuyen actos coactivos no es convertida en condición de actos coactivos que funcionen como sanciones (...) La definición del Derecho como orden coactivo puede también sustentarse pese a las normas que facultan una conducta carente del carácter de acto coactivo o que permiten positivamente tal conducta, en cuanto tales normas son normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos".

⁴⁹ Norberto BOBBIO, *Teoría de la Norma Giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 207: "Cuando se habla de una sanción organizada como elemento constitutivo del Derecho, eso se refiere no a las normas individualmente consideradas, sino al Ordenamiento jurídico en su totalidad, razón por la cual decir que la sanción organizada distingue al Ordenamiento jurídico de cualquier otro tipo de

Y lo es, también, la aparente de *insularidad* justificatoria del discurso jurídico. Fue Nino⁵⁰ quien acudió al empleo esa dicción para disentir de la atribución al discurso jurídico de independencia justificatoria respecto de la práctica discursiva moral, por tanto frente a cualquier intento de exceder el estatus de “caso especial” -*Besonderesfall* en la conocida tesis de Alexy⁵¹- del discurso moral. El reconocimiento de esta condición caracteriza al completo la cultura del Derecho moderno como una construcción ajena ya en todo a justificaciones monológicas o *insulares* por las que las justificaciones jurídicas procedieran de discursos cuya última razón fuera, *v. gr.*, la sola voluntad y el propio interés del soberano o agente jurídico en concreto. Y así, en consecuencia, no constituye razón jurídica suficiente para tener por justificadas acciones y decisiones sólo acudir a razones autoritativas, ni aun cuando éstas pudieran ser del tipo más fuerte, o sea, las proposiciones normativas identificadas como normas jurídicas, pues aquéllas no pueden entenderse *aisladas* a modo de definiciones o descripciones de hecho, sino que incluyen juicios normativos que legitiman a determinada autoridad y descripciones de prescripciones de dicha autoridad por conexión a un sistema justificatorio más amplio, que deriva desde razones morales.

Mas, aparte el espejeo de estos dos islotes, de cuya ilusión y desvarío en efecto sobrevino tanto naufragio en la historia del pensamiento jurídico y la teoría del Derecho, existen igualmente otras islas que si ciertamente proceden de la ficción, no por eso carecen extraordinaria virtualidad para suscitar el análisis de asuntos que con frecuencia suelen ocupar buena parte de la reflexión de alcance que a un filósofo del Derecho siempre le corresponde hacer.

Intentando formar con ellas un pequeño islario, en él reuniría entre otras las siguientes islas:

- *La Isla del Cíclope Polifemo*. Destruída Troya, la de bellas torres, Ulises – homéricamente descrito con epítetos tales como paciente, muy ingenioso, de astuto ingenio y fecundo en ardides, cuyo prudente corazón y arrogante ánimo destacaba en todos los trabajos, y a quien Palas Atenea amaba más que a cualquiera humano– emprende el regreso a su Ítaca natal en un periplo que los Dioses propiciarán en abundancia de aventuras. Una de ellas, entre tantas otras, sucede rumbo a la Tierra de los Cíclopes, en la isla que habita el Cíclope Polifemo⁵². De su relato, que me ahorro por bien conocido, destacaré sin embargo el favorecer la coyuntura para plantear problemas sobre el espesor de nuestra “identidad moral”, tan actuales como las relaciones entre nuestra identidad

Ordenamiento, no implica que todas las normas de aquel sistema tengan sanción, sino sólo que lo tienen la mayor parte”. Asimismo Gregorio PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 116: “la calificación de una norma como jurídica no deriva de que *aisladamente* considerada sea coactiva, contenga una sanción, sino de que se la pueda insertar con arreglo a criterios del Ordenamiento, en el mismo, es decir que una norma es calificada como jurídica si es válida”.

⁵⁰ Vid. Carlos Santiago NINO, *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 79-83.

⁵¹ Vid. Robert ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁵² HOMERO, *Odisea*, trad. y ed. de J. L. Calvo, Cátedra, Madrid, 1998¹⁰, Canto IX, 105-566.

propia y la de “el otro”⁵³. El método de reflexión empleado para explorar al otro, siempre inconmensurable, desde uno mismo, y luego regresar a uno mismo, se vale de una paradoja conceptual.

Al desembarcar en la isla del Cíclope Polifemo Ulises cambia de nombre diluyendo su identidad en la de Nadie, y para ello se identifica ante aquél como “Nadie”. Esto es, a fin de seguir siendo Ulises y reencontrar los vientos que le lleven de regreso a Ítaca, la Patria del yo, para sobrevivir y salvar la vida de sus compañeros, nuestro héroe abandona su propia identidad cambiándola por la de otro cuya identidad era no tener identidad alguna, por aquel cuyo nombre era el de Nadie, por aquel que era “Nadie”, y ser Nadie es como ser Cualquiera. En esa paradoja conceptual Ulises nos enseña que para ser uno mismo, para conservar la propia identidad, es necesario a veces despojarse de sí mismo, olvidarse de ser quién se es; regresar a “no ser”, volver a la Nada como principio del Ser. Y así, pudiendo ser cualquiera, siendo como otro, como aquél cuya identidad es la de Nadie, la de cualquiera, retornar a ser uno mismo.

El contrapunto a esta isla de la propia identidad revelada en la del otro, en la identidad de cualquier otro, lo encontraremos en una solitaria isla cercana a la desembocadura del gran río Orinoco, donde el Robinson de Daniel Defoe⁵⁴ (*Robinson Crusoe and A Journal of the Plague Year*, 1719) recupera de entre los restos de su barco esclavista los signos de una identidad cultural naufragada para reconstruirla desde la apropiación/aculturización de “el otro”, otro “náufrago” como él mismo, y a quien convertido ya en Viernes inculturiza bajo una relación dominativa (doméstica) de identidad amo-esclavo, reservándole el eufemístico papel de ayuda de cámara⁵⁵.

- *La Insula Barataria*. Yendo a la Segunda Parte de *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha* (1615), se lee⁵⁶ que, luego del episodio del vuelo de Clavileño, Su Señoría el Duque concedió a Sancho la merced de gobernar “una ínsula hecha y derecha, redonda y bien proporcionada, y sobremanera fértil y abundosa”.

A cuenta de esta somera descripción es arriesgado afirmar que la de Barataria fuere una isla de aquellas que con frecuencia nacen en los ríos, anclada o flotante, o bien

⁵³ He desarrollado algunas de éstas y otras ideas en mis trabajos “Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), T. XVII, 2000, pp. 419-438, y “Apólogos sobre identidad moral como heteronomía”, en *Contrastes. Revista Interdisciplinar de Filosofía* (Málaga), VII, 2002, pp. 167-176

⁵⁴ Hoy todo indica que Defoe tomó para su historia rasgos de la experiencia vivida por el escocés Alexander Selkirk (1676-1721), marinero enrolado en los bucaneros corsarios del Caribe, abandonado por propia voluntad el año 1703 en la isla Masafuera del Archipiélago Juan Fernández (Santa Clara, Masafuera, Masatierra), sobre 650 km. al sudeste Pacífico de las costas chilenas, frente a Valparaíso, donde permanecería por más de cuatro años. Vid. Diana SOUHAMI, *La isla de Selkirk, La historia del verdadero Robinson Crusoe*, trad. de V. Campos, Tusquets, Barcelona, 2002, y Miguel SÁNCHEZ-OSTIZ, *Isla de Juan Fernández. Viaje a la isla de Robinson Crusoe*, Ediciones B, Barcelona, 2005. Asimismo, del venezolano Arturo USLAR PIETRI (1906-2001), *La isla de Robinson*, Seix Barral, Barcelona, 1983.

⁵⁵ Vid. José CALVO GONZALEZ, “Punto de vista excéntrico y Solidaridad. (Notas sobre imaginación y sátira en la crítica al logo y etnocentrismo)”, en Jesús BALLESTEROS, M^a Encarnación FERNANDEZ, Antonio L. MARTÍNEZ-PUJALTE (eds.), *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Prof. José María Rojo Sanz*, Publics. del Dpto. de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universitat de València, 1995, vol. II, pp. 545-558, en esp. p. 549.

⁵⁶ Miguel de CERVANTES, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha* (1605). II^a Parte (1615), cap.XLII, “De los consejos que dio Don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la Ínsula, con otras cosas bien consideradas”.

de esas otras que en raras ocasiones emergen en las proximidades del litoral, y hasta quizás que se tratara propiamente de una isla. Asalta la duda porque al tiempo de Cervantes aún se utilizaba el vocablo “ínsula” para, en efecto, designar una isla, pero también a su virtud llamábase ínsula cualquier lugar pequeño o gobierno de poca entidad, a semejanza del encomendado a Sancho. Además, tampoco se puede desechar el que esa posible confusión, como otras⁵⁷, haya sido desatada por el ingenio verbal de Don Miguel en su Ingenioso Hidalgo, o por el mismo Duque, que ya había desatado el vuelo de su genio en organizar otros varios enredos para confundir. Por añadidura, está asimismo el que cuando al cabo Sancho marche tentado “de probar a qué sabe el ser gobernador” no parta sin antes gustar de la receta de los avisos y consejas que Su Señor Quijote le prepara como inequívoca “guía que te encamine y saque a seguro puerto deste mar proceloso donde vas a engolfarte; que los oficios y grandes cargos no son otra cosa sino un golfo profundo de confusiones”.

Y es así también como finalmente resulta que, sea lo que fuere, esto es, bien isla o bien paraje aislado, la empresa de gobernar aquella Ínsula Barataria se adereza como una salsa de advertencias y recomendaciones preparada por el Caballero de la Triste Figura para remedio contra jueces y curiales prevaricadores, ignorantes o desaprensivos⁵⁸.

Recordemos algunos de sus ingredientes:

“Nunca te guíes por la ley del encaje”, que es igual que decir no “*juzgar por el albedrío*”, sino en equidad y siempre ser ecuanímenes, como virtud que hace al alma de la imparcialidad objetiva, e incorruptibles, como virtud que lo es del espíritu de la imparcialidad subjetiva: “Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e inoportunidades del pobre. Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor fama la del juez riguroso que la del compasivo. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia. Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso. No te ciegue la pasión propia en la causa ajena”. Y luego, añade también serenidad y equilibrio a tu juicio: “Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera de espacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros”. Y has de poner asimismo comedimiento en todos tus actos: “Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del

⁵⁷ Vid. Juan BENET, “¿Se sentó la Duquesa a la derecha de Don Quijote?”, en ID., *En ciernes*, Taurus, Barcelona, 1976, pp. 11-41.

⁵⁸ Han abordado en específico el tema jurídico-literario de la aventura en Barataria, entre otros, Francisco Javier CONDE, “La utopía de la Insula Barataria”, en *Escorial*, 3, 1941, 169-202; Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *El pensamiento de “El Quijote” visto por un abogado*, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1947, en esp. pp. 117-121 (en ed. reciente del Parlamento de Andalucía, Diputación de Córdoba, Cajasur y Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Priego de Córdoba (Córdoba), 2001, pp. 102-106); Peter Frank de ANDREA, “El gobierno de la Insula Barataria, speculum principis cervantino”, en *Filosofía y Letras* (México), 13, 1947, 241-257; Fred ABRAMS, “A Possible Italian Source of Sancho Panza's First Judgement at Barataria”, en *Italica* (Chicago), 41, 1964, 438-442; Hans SCKOMMODAU, “Insula: zu einem Abenteuer Sancho Panzas”, en *Die neueren Sprachen* [serie 2], 13, 1964, 512-525, y “Die Insula Barataria, die Insula Firme und das Schloss Chambord”, en *Beiträge zur Romanischen Philologie*, Sonderheft, 6, 1967, p. 92-104; John G. WEIGER: “Prejudice in Barataria: The Judgments of Governor Sancho Panza”, en *RomN*, 33, 1, 1992, 81-87, y Luz Marina LÓPEZ MONTES Y DÍAZ, *Don Quijote de la Mancha. La Justicia del Ingenioso Hidalgo*, Edit. Porrúa-Facultad de Derecho, México, 2002, en esp. pp. 83-87.

suplicio, sin la añadidura de las malas razones”. Y finalmente, no seas avaro con la piedad y la clemencia: “Al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción... en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstratele piadoso y clemente; porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campa a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia...”.

Y con tales rentas Sancho supo juzgar muy provechosamente, y con “caletre como para ser tenido por un nuevo Salomón”, pleito como el de los dos hombres ancianos donde uno portaba una cañaheja por báculo y el otro iba sin báculo, o aquel otro del hombre vestido de ganadero rico que había yodado con la mujer que se dijo forzada y era sólo esforzada de su querella por una bolsa de monedas de plata, y el no menos celebrado de las caperuzas o monteras⁵⁹. Y todos ellos con sentencias bien medidas, aún cuando el permanecer en la alerta de la intermediación y resolver “a juicio de buen varón”, no siempre le librara de pleiteantes en exceso e inoportunos (cap. XLIX), o de comprender cuán diario las razones del reo “están en un fil de condenarle o absolverle” (cap. LI), para por último ofrecer en fatigado fin y remate a la gobernación de Barataria, que duró hasta la séptima noche (cap. LIII), un conclusivo *juicio de residencia*: “sin blanca entré y sin ella salgo, bien al revés de como suelen salir los gobernadores de otras ínsulas”

- *La Isla Liliput*. De nuevo un viajero, de nuevo también un naufrago al que esta vez las mareas arrojan sobre los arenales de la playa en una isla donde la dimensión de la realidad depende de la medida que se emplee. Para Lemuel Gulliver todo a su alrededor es de pequeño formato. Para los liliputienses, sucede al contrario. Y sucedería también que de poder adoptar un punto de vista externo, acaso comprenderíamos que ni Gulliver, individuo de talla media, ha modificado su tamaño, ni tampoco los naturales de Liliput, seres de estatura normal. Sin embargo, esa observación no participante, es decir que no se mide con el medio, es el verdadero y único trampantojo de la historia, y el juego óptico al que demasiado a menudo -y en múltiples órdenes de la experiencia- solemos entregarnos confiados de que es posible y existe un referente plenamente independiente y estable. Creo que no es cierto; creo que sólo es posible y sólo existe el punto de vista que varía de Gulliver al de los habitantes de Liliput, y creo también en la posibilidad de que ambos puedan coexistir.

Así lo consideramos quienes desde diversas posiciones defendemos en Derecho una concepción no substancialista acerca de la Justicia, coincidiendo⁶⁰ en que lo que se concibe como justo ha de poder ser puesto en cuestión. Los *Gulliver's Travels* (1726), de Jonathan Swift, nos enseñan que para adoptar una perspectiva semejante a veces basta con asumir seriamente la idea de Derecho como recompensa y castigo⁶¹ y, por ejemplo, recuperar la noción, asimismo jurídica, de sanciones positivas⁶².

⁵⁹ Miguel de CERVANTES, *cit.*, cap. XLV “De cómo el gran Sancho Panza tomó la posesión de su ínsula y del modo que comenzó a gobernar”.

⁶⁰ Juan Ramón CAPELLA, *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del Derecho y del Estado. Cuaderno marrón*, Trotta, Madrid, 1997, p. 289: si se adopta una idealidad democrática no es posible sostener una concepción substancialista acerca de la justicia, “pues lo que se concibe como justo ha de poder ser puesto en cuestión”.

⁶¹ “El premio y la pena son dos astros divinos que gobiernan el universo”: Domingo de Soto, *De iustitui et iure*, I, q. 2, a. 2.

⁶² Jonathan SWIFT, *Viajes a varias remotas naciones del mundo por el médico y capitán de marina Lemuel Gulliver* (1726), ed. de P. Elena y trad. de P. Hernández, Cátedra, Madrid, 1992, Parte Iª, cap. 6, p. 250.

“Aunque nosotros usualmente consideramos la recompensa y el castigo como los dos ejes sobre los cuales gira todo gobierno, nunca he visto esta máxima puesta en práctica en ninguna nación, salvo en Lilibut. Cualquiera que acredite con suficientes pruebas haber observado estrictamente las leyes de su país durante setenta y tres lunas, tiene derecho a ciertos privilegios según su calidad y condición de vida, con una proporcionada cantidad de dinero que se toma de un fondo existente al efecto. Además, adquiere el título de Snilpall o legal, el cual se añade a su nombre, si bien no se transmite a su descendencia. Y los lilibutieneses juzgaban que es un prodigioso defecto político entre nosotros el que nuestras leyes sean impuestas sólo a fuerza de penalidades sin mención alguna a la recompensa”.

Y de ahí surge (surgirá) entonces la posibilidad de representaciones *alternativas* hasta de la misma imagen de la Justicia:

“Por ello, en sus tribunales, la figura de la justicia se representa con seis ojos, dos delante, dos detrás y uno a cada lado, para significar la circunspección, y con un saco de oro abierto en la mano derecha y una espada envainada en la izquierda, mostrando que está tan dispuesta a castigar como a recompensar”.

Y todavía una isla más:

- *La Isla Desconocida*. Es una isla cuyo nombre se calca aquí sobre el título de un hermoso relato breve de José Saramago, *El cuento de la isla desconocida*⁶³, que intentaré resumirles:

Un hombre dijo a su rey “Dame un barco”; “y tú para qué quieres un barco”, repuso el rey; “Para buscar la isla desconocida”, respondió aquél. “Qué isla desconocida, preguntó el rey.... La isla desconocida, repitió el hombre”; “hombre, ya no hay islas desconocidas, Quién te ha dicho, rey, que ya no hay islas desconocidas, Están todas en los mapas, En los mapas están sólo las islas conocidas, Y qué isla desconocida es esa que tú buscas, Si te lo pudiese decir, entonces no sería desconocida.... No te pido marineros ni piloto, sólo te pido un barco, Y esa isla desconocida, si la encuentras, será para mí, A ti, rey, sólo te interesan las islas conocidas, También me interesan las desconocidas, cuando dejan de serlo. Tal vez ésta no se deje conocer, Entonces no te doy el barco”.

El caso es que, si bien sería largo de explicar, a pesar de todo ese hombre obtuvo del rey el barco que le pedía, pero luego no pudo enrolar marineros; éstos decían, “ya no hay islas desconocidas”, y el hombre que buscaba la isla desconocida no logró convencerles de lo contrario, porque cómo podría hablarles de una isla desconocida, también para él... No sería toda esa isla una completa ilusión, como un sueño...

El “discurso de las islas” y el propio espacio insular ha ido frecuentemente asociado al individualismo y la intimidad⁶⁴. No obstante, la originalidad de Saramago reside en...

¡Ah!... Estuve a punto de olvidarlo. Tendría que haberles contado que en la Corte del rey había un filósofo que cuando no tenía nada que hacer a veces le daba por filosofar, y “decía que todo hombre es una isla... que es necesario salir de la isla para ver la isla, que no nos vemos si no salimos de nosotros”. Aquellas eran las filosofías del filósofo del rey, que para eso le pagaban...

⁶³ Vid. José SARAMAGO, *El cuento de la isla desconocida*, trad. P. del Río, Alfaguara, Madrid, 1998.

⁶⁴ Gillian BEER, “Discourse of the Island”, en Frederick AMRINE (ed.), *Literature and Science as modes of expression*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1989, pp. 1-27.

Y ahora caigo en la cuenta, asimismo, de que también debería haberles dicho que en este cuento se narra una historia de amor entre el hombre que pretendía ir en busca de la isla desconocida y una mujer que había trabajado en el palacio del rey y alguna vez oyó las filosofías del filósofo del rey.

El caso es que, si bien sería largo de explicar, esa mujer había ido a vivir al barco del hombre que pretendía ir en busca de la isla desconocida, e igualmente que ella pensaba que aquél sólo tenía ojos para la isla desconocida. Y que el hombre una noche tuvo sueño donde imaginaba que partía en busca de la isla desconocida y ella, la mujer, se quedaba en el puerto, persuadida de que él sólo tenía ojos para la isla desconocida, aunque nosotros a esta altura del cuento ya sabemos que no era verdad, pero no soñaba lo que quería, sino lo que podía, y nosotros no somos quien (quién sino nadie) para decidir que otra cosa podía haber soñado, porque no podemos ni soñar con ser el autor del cuento que le puso a soñar aquella noche, y a que soñara lo que soñaba. Por eso, en el sueño aquel hombre soñó cosas que de haber podido, desde luego no hubiera querido soñar. Así, esa noche soñó que los geógrafos del rey declaraban que la búsqueda de la isla por conocer no pasaba de una idea en su cabeza y algo así como un sueño, y soñó más cosas en el sueño que aquella noche estaba soñando en su cabeza, y continuó soñando y soñando, hasta despertar del sueño y descubrir de pronto, al salir de aquel sueño, que estaba abrazado a la mujer...

Como habrán intuido, este cuento de la isla desconocida, y así viene a suceder con la mayoría de los cuentos, nos cuenta acerca de nosotros mismos, y en particular de esa isla que cada uno de nosotros es y lleva dentro. Ahora bien, la originalidad narrativa de Saramago -como antes había comenzado a decir- me parece que reside en haber sabido construir y ofrecer un nuevo sentido al “discurso de las islas” y al propio espacio insular, que tan a menudo solemos asociar al individualismo y al derecho a la intimidad. En el cuento de Saramago la isla deja de ser metáfora de un individualismo considerado como identidad aislacionista, y del derecho a intimidad como subjetividad aislada.

El individualismo y el derecho a intimidad son ahora contemplados no tanto como islas de supervivencia, sino más bien como paradisíacas islas situadas al fondo de nosotros mismos, y cuyos paisajes desiderativos eclosionan antes que en el recogimiento o la plegadura endoscópica, a través del elogio de la enajenación revelatoria, de la mirada que desde fuera los desoculta, desde la mirada en fuga de nosotros mismos, que nos nombra tal como al “otro”, que está frente y nos resulta un desconocido.

Quiero terminar aquí, y hacerlo aprovechando el propio final del relato:

“Después, apenas el sol acabó de nacer”, el hombre y la mujer del Cuento de la isla desconocida “fueron a pintar en la proa del barco, de un lado y de otro, en blancas letras, el nombre que todavía faltaba a la carabela. Hacia la hora del mediodía, con la marea, La Isla Desconocida se hizo por fin al mar, a la búsqueda de sí misma”.