

DERECHO Y CONCEPTOS DE DERECHO. TENDENCIAS EVOLUTIVAS DESDE UNA PERSPECTIVA EUROPEA*

Massimo La Torre

Instituto Universitario Europeo, Florencia

1. DERECHO DE ESTADO Y ESTADO DE DERECHO. LEGALIDAD, SOBERANÍA Y POSITIVISMO JURÍDICO

El derecho moderno de los países europeos es el resultado de un específico desarrollo político y cultural que tiene como núcleo el concepto y la figura institucional del Estado. Es éste el que impone al derecho continental sus caracteres modernos, cierta (limitada) universalidad y unicidad que, según Santi Romano, sería un reflejo del derecho natural racionalista, y cierta (aparente) axiomaticidad que transforma profundamente la naturaleza de la «ciencia jurídica»¹. Se trata de una concepción del Derecho y de una nueva epistemología jurídica: el positivismo jurídico, que se propone a sí mismo como traducción jurídica del positivismo filosófico, a pesar de las muchas diferencias entre ambos. La ciencia jurídica ya no se presenta como *iuris prudentia*, como arte de la argumentación tópica o retórica, sino que tiene la pretensión de ser *ciencia*, ciencia en sentido fuerte (*science* más que *Wissenschaft*), deductiva en la mayoría de los casos, pero también inductiva-deductiva con el afirmarse de las ciencias empíricas como la biología o la química: Jhering, por ejemplo, compara la labor del dogmático al trabajo del químico, y los «institutos» jurídicos a los elementos químicos básicos, a partir de los cuales se forman los demás materiales.

* He terminado este trabajo durante mi estancia en la Universidad de Münster como becario de la *Alexander von Humboldt Stiftung*. Las frecuentes discusiones con mi amable huésped, el catedrático de Filosofía del Derecho de Münster, profesor Werner Krawietz, y especialmente confrontar mis ideas con su postura escéptico-relativista en materia de fuentes del derecho, han reforzado mis convicciones respecto a la hipótesis de un Derecho «más allá del Estado». Una primera versión de este artículo ha sido también discutida con los profesores Javier Ansuátegui Roig y Cristina García Pascual. Sin embargo, la responsabilidad por el contenido de este trabajo es sólo mía.

¹ Sobre la mutua influencia entre Estado y ciencia jurídica, cf. D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987.

Los jueces en el nuevo sistema jurídico estatal no tienen por qué argumentar o ponderar razones distintas y principios en conflicto. Todo lo que deben hacer es aplicar la ley. El paradigma tópico o retórico es sustituido por el paradigma silogístico, el cual afirma no tanto la necesidad de razonar de manera silogística (que queda presente también en los procedimientos retóricos) cuanto la idea de que la única «razón» de la decisión jurídica tiene que ser la ley. Si aceptamos la tripartición propuesta por Joseph Raz² entre tres tipos fundamentales de preguntas que se pueden plantear con respecto a un caso a decidir por un tribunal, es decir, entre: i) decidir según la ley; ii) decidir tomando en cuenta todas las consideraciones relevantes para el caso, y iii) decidir cuál es la ley aplicable al caso, se podría afirmar que, según el paradigma iuspositivista, la única pregunta legítima sería la última, donde justamente el momento cognoscitivo, la determinación de la «fuente», parece anular el momento volitivo (la propia evaluación del caso).

Con el Estado moderno, y especialmente con las codificaciones, más que un paradigma silogístico, es una ideología legalista la que se impone; más que cierta teoría del razonamiento jurídico, cierta teoría de las «fuentes» del derecho (la *Source Theory* de la que habla Joseph Raz³). De algún tipo de silogismo no puede dejar de hacer uso ni siquiera un jurista tan confuso y oportunista como el *Azzecagarbugli* de Manzoni.

Esto explica por qué el positivismo jurídico —«estrechamente conectado a la formación y a los desarrollos de cierto tipo de organización política, la organización política propia de la forma de Estado que se suele llamar moderno»⁴— ha desarrollado más bien teorías de las fuentes del derecho que teorías de la interpretación jurídica (véase el caso paradigmático de Hans Kelsen). «It is only with legislatively enacted law —dice bien Lon Fuller— that positivism feels itself reasonably at home and that only [...] so long as problems of interpretation are avoided»⁵.

Estas transformaciones son posibles gracias a una nueva concepción de sociedad política fundada sobre la noción de soberanía, es decir, sobre el monopolio de la fuerza y de la producción de derecho. Así, el derecho moderno es esencialmente *derecho de Estado* y el Estado moderno es *Estado de derecho*, Estado que se autorregula y se autolimita según la fórmula de Georg Jellinek.

Esta fórmula, sin embargo, resulta en cierto modo vacía⁶. Según su interpretación formalista o iuspositivista, donde la «ley» es considerada como el acto con el cual el Estado manifiesta su voluntad, cada Estado se constituye como Estado de derecho; como nos dice repetidamente Hans Kelsen y, también, Carl Schmitt: «Jede Ordnung ist eine Recht-

² Véase J. Raz, «On the Autonomy of Legal Reasoning», en *Ratio Juris*, 1993, vol. 6, n.º 1, p. 3.

³ Véase J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979, capítulo tercero. Cf. J. Raz, *On the Autonomy of Legal Reasoning*, cit., p. 7.

⁴ U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, p. 49.

⁵ L. L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Penguin, Harmondsworth, 1971, p. 161.

⁶ Compárese G. Zagrebelsky, *Il diritto nite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 22.

sordnung und jeder Staat ein Rechtsstaat»⁷. En este caso, el principio de legalidad no expresa ningún criterio material de calificación, ni tampoco ningún criterio formal fuerte como el de la generalidad y abstracción de la ley, sino la idea de que la ley es el acto jurídico supremo contra el cual ningún otro acto puede oponerse jurídicamente. Esto implica también que, al ser la ley el acto jurídico supremo, y al regular ésta casi por definición todo lo que hay que regular, el papel del juez es bastante modesto y su decisión predeterminada.

La legalidad de la norma (su proveniencia de cierto órgano) es al mismo tiempo fuente de *validez* y fuente de *legitimación* de las normas jurídicas. Así nos enfrentamos con una continua confusión entre dos sentidos de validez: validez como *pertenencia* de la norma al sistema jurídico (estatal) y validez como *obligatoriedad* de la norma. La tesis de la yuxtaposición de estas dos nociones de validez es central en la «doctrina pura» de Hans Kelsen, hasta el punto de que una norma jurídica manifiestamente inconstitucional o ilegal mantiene su juridicidad (su validez y obligatoriedad) gracias a una cláusula tácita (implícita en la «norma fundamental»), recurso que le sirve al jurista austríaco, como es sabido, también para fundamentar la juridicidad de la costumbre e incluso de la costumbre *contra legem*. La obligatoriedad de la prescripción deriva del hecho de estar incluida en una dinámica compleja de reenvíos y delegaciones de poderes. En cierto sentido, la capacidad que la norma tiene de motivar conductas y de funcionar como premisa en un razonamiento práctico está fundamentada en su pertenencia al sistema (al Estado). Es el sistema, que se presenta como único y más o menos completo, el que detenta el monopolio de la juridicidad.

El principio de legalidad se identifica con el principio de soberanía: hay un solo órgano capaz de imponer su voluntad al que no se le impone, a su vez, ninguna voluntad ajena. Es ésta la interpretación iuspositivista de la fórmula «Estado de derecho», en la línea teórica que empieza con Gerber, pasa por Jellinek y llega hasta Kelsen, una línea que, sin embargo, es la que ha determinado la doctrina del Derecho Público de los países europeos continentales.

Las consideraciones siguientes se desarrollarán en un doble nivel que refleja la vaguedad del término «derecho» y la ambigüedad de la tarea del jurista que de tal vaguedad se alimenta y resulta. Podemos entender el término «derecho» en dos sentidos fundamentales: i) el primero es el de derecho como *institución*, como sistema jurídico, es decir, como conjunto de reglas válidas y eficaces y como el conjunto de conductas correspondientes; ii) el segundo sentido es el de derecho como *concepto*, como conjunto de ideas sobre lo que es o debería ser el derecho como institución. En este segundo sentido se puede hablar de derecho como conjunto de teorías o ideologías. Así, discutiendo el tema de las tendencias evolutivas del derecho en nuestra época, hay que conside-

⁷ C. Schmitt, *Römischer Katholizismus und politische Form*, 3.ª ed., Klett-Cotta, Stuttgart, 1984, p. 41.

rar de manera distinta, por un lado, el derecho como institución y, por otro lado, el derecho como concepto.

Las perspectivas de evolución del derecho como institución están inextricablemente ligadas a las perspectivas de evolución de las teorías del derecho, de manera que estas últimas no se pueden entender si no se toman en cuenta las primeras. Quiero, sin embargo, subrayar que en este contexto hablar de «tendencias evolutivas» no me obliga a ningún compromiso con ninguna teoría de la evolución social o del derecho (del tipo, por ejemplo, de las de Jürgen Habermas, de Niklas Luhmann o de Gunther Teubner).

2. «REMATIALIZACION» DEL DERECHO Y CRISIS DEL ESTADO SOCIAL. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL. HACIA UN NUEVO «DERECHO COMUN»

Entre las perspectivas de evolución del Derecho la más relevante me parece el fin de la ilusión de poder regular con normas positivas, con disposiciones estatales, *toda* la vida social, y las correspondientes modificaciones institucionales. En cierto sentido se trata del fracaso de la creencia que unos códigos puedan contener la normativa necesaria y suficiente para dirigir y resolver todos los asuntos sociales. Entra en crisis la ideología que afirma que únicas fuentes del derecho son las normas emanadas por los órganos autorizados del Estado y que Derecho y Estado son fenómenos homólogos.

Podríamos definir esta tendencia de «dejuridificación» de la sociedad, si esta locución no fuese todavía ambigua. Hoy en día, por un lado, asistimos a un proceso de *dejuridificación*, si asumimos que juridificación significa sólo regulación estatal y centralista. Por otro lado, nos enfrentamos con un proceso de *juridificación*, si por ella entendemos una situación en la cual hay una multiplicación de los centros encargados de emanar o producir reglas válidas o principios jurídicos aplicables⁸.

Creo que un término más adecuado para este tipo de desarrollo es «rematerialización» del derecho, haciendo explícita referencia al concepto de racionalidad material del derecho elaborado por Max Weber⁹. Aquí, «rematerialización» marca una creciente orientación de las normas estatales hacia valores sustantivos y su reformulación (por lo que concierne a su contenido) como actos administrativos, es decir, como intervenciones directas y específicas en *todos* los ámbitos de la vida social. La legislación cada vez más se presenta como «derecho espe-

⁸ Compárese G. Teubner, «Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Hg. von F. Kübler, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, pp. 289-344.

⁹ Véase, por ejemplo, M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundrisse der verstehenden Soziologie*, 5. revidierte Aufl., Hg. von J. Winckelmann, Mohr, Tübingen, 1976, p. 397.

cial». Como escribe el profesor de Bolonia Francesco Galgano, «la legislación per codici si è attenuata in questo secolo [...], la produzione legislativa si è manifestata, soprattutto, con la proliferazione delle *leggi speciali*»¹⁰. «L'odierna tecnica di legislazione —continúa Galgano— è mutata [...]. Il codice civile conserva tuttora grande importanza come *fonte di cognizione* del diritto [...]. Questo ha perso, invece, la sua antica importanza como *fonte di produzione* del diritto: alle nuove esigenze di legislazione si tende oggi a rispondere con specifiche leggi, che si aggiungono al codice civile, anzichè con l'integrale rifacimento del codice»¹¹.

La materialización, o «rematerialización» —si se quiere—, del derecho, especialmente en los Estados del continente europeo, se presenta de manera bastante evidente en la transformación del tradicional Estado de Derecho en Estado constitucional. El Estado se reduce —usando las palabras de Forsthoff— «a la relatividad de su forma constitucional correspondiente»¹². En el tradicional Estado de Derecho la ley para su validez y su legitimación se autofundamenta, es decir, es la ley la que gracias a sus prerrogativas formales —su origen, sobre todo— se justifica a sí misma sin hacer recurso a fuentes extralegales o a especiales contenidos normativos o a criterios formales fuertes (la generalidad o universalidad de su formulación). En el moderno Estado constitucional, en cambio, la ley está definida mediante, y subordinada a, criterios sustantivos cuya formulación explícita está sancionada por la Constitución. La *Grundnorm* constitucional no se compone sólo de delegaciones de poder al legislador, sino que pone ella misma reglas de conducta o, por lo menos, principios sustantivos hacia la realización de los cuales tiene que orientarse la intervención del legislador. Piénsese, por ejemplo, en la profunda transformación del principio de igualdad en los sistemas constitucionales europeos desde criterio puramente formal que vincula la aplicación de la ley, y así sobre todo al juez y a los funcionarios públicos, a postulado sustancial que vincula la emanación o la validez de la ley, y así sobre todo al legislador.

Comentando la primera parte del artículo 3 de la Constitución de la República Italiana —donde se lee que «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizione personali e sociali»—, la doctrina mayoritariamente nos dice que esta cláusula debe ser interpretada como la lista de las calificaciones que se prohíbe a los jueces y a la administración pública tomar en cuenta en la aplicación de la ley. Cabría añadir, con algunos estudiosos: «Ma la clausola ha anche un altro significato. Essa indica la qualificazione che nep-

¹⁰ F. Galgano, *Diritto privato*, 4.ª ed., CEDAM, Padova, 1988, p. 38. Compárese, entre otros, E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, capítulo quinto, y U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 140.

¹¹ F. Galgano, *op. cit.*, p. 39.

¹² E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 177.

pure la legge può assumere a criterio di discriminazione. Sotto questo profilo il vincolo opera prima di tutto *a carico del potere legislativo*. E incide sul *contenuto* della legge oltre che sulla sua efficacia»¹³.

El tribunal constitucional italiano acepta, sin embargo, que la ley se sirva de la consideración de categorías especiales de sujetos si éstas son asumidas como clases generales, y no declara inconstitucionales distinciones fundadas sobre el sexo y otras condiciones personales y/o sociales si estas distinciones resultan *razonablemente* justificadas. La desigualdad del tratamiento normativo no es razón suficiente de inconstitucionalidad de la ley si no interviene otro requisito: la «irrazionalidad» del tratamiento mismo (véase, por ejemplo, las sentencias del tribunal constitucional italiano n.ºs 170 y 264 de 1976, n.º 100 de 1977, n.º 73 de 1979 y n.º 72 de 1980).

El juicio sobre el respeto del principio de igualdad se transforma, por lo tanto, en una evaluación de la «razonabilidad» de la ley. Esta evaluación comprende la consideración de los límites dentro de los cuales la discrecionalidad del legislador resulta «razonable». Aquí la «irrazonabilidad» es más o menos equivalente al «exceso de poder legislativo» (véase la sentencia del tribunal constitucional italiano n.º 38 de 1965). El principio de «razonabilidad» termina, en fin, por absorber al principio de igualdad como fundamento justificativo del tratamiento normativo y por aplicarse no sólo en presencia de una comparación entre normas de alguna manera conflictivas, sino también por lo que concierne cada norma singularmente considerada¹⁴.

En la evaluación de la razonabilidad de la ley, el juez constitucional evalúa la congruencia de la ley con el fin que ésta persigue. «Si tratta insomma di un controllo [...] sulla *razionalità rispetto allo scopo* che non mette in discussione lo scopo in sé, la cui determinazione è riservata al legislatore, ma la congruità dei mezzi rispetto ad esso e che ha fatto fondatamente a pensare ad un controllo sull'*eccesso di potere legislativo*»¹⁵. El criterio de la razonabilidad de la ley en la jurisprudencia del tribunal constitucional italiano asume relevancia general en tanto en cuanto aquel criterio viene desvinculado de cualquiera relación con principios o valores constitucionales. Es decir, el criterio de la razonabilidad de la ley, muy próximo —como subraya Gustavo Zagrebelsky— al criterio weberiano de la racionalidad «según el objetivo», prescribe no tanto que la ley sea congruente con cierto fin constitucional, sino sobre todo que sea apropiada a su propio objetivo y a su propio objeto, acercándose así al criterio de la «naturaleza de la cosa».

Sin embargo, una vez que la ley (cada ley) sea subordinada al criterio de la «razonabilidad», la ley deja de ser una mera manifestación de

¹³ A. Barbera, F. Coccozza y G. Corso, «Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza», en *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 305. Cursiva en el texto.

¹⁴ Cf. *ibid.*, pp. 312-313.

¹⁵ G. Zagrebelsky, «La giurisdizione costituzionale», en *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, cit., p. 778. Cursiva en el texto.

voluntad. «Giustamente è stato detto che la legge, una volta assoggettata allo *standard* della ragionevolezza, cessa di essere quella impenetrabile manifestazione di *voluntas*, quale fu concepita dalla dottrina francese della sovranità del legislatore, e diventa atto guidicabile in base alla sua *ratio*, cessa di essere atto "arbitrario" e diviene atto "discrezionale" (sindacabile quindi per questo anche sotto il profilo dell'eccesso di potere legislativo e non solo per specifica violazione di disposizioni costituzionali): il legislatore perde così frammenti di sovranità a vantaggio della "razionalità del diritto" e dei suoi interpreti»¹⁶. Por ende, en el moderno Estado constitucional, allí donde haya una desarrollada jurisdicción constitucional, y ésta controle de alguna manera la discrecionalidad del legislador sobre el mismo contenido de la ley (incluso más allá de su adecuación a los principios constitucionales), difícilmente se podrá repetir que «*auctoritas non veritas facit legem*». Se tratará, cierto es, de una «verdad» en sentido impropio, de una «verdad normativa», es decir, de la congruencia con criterios de racionalidad que superan los límites bastante estrechos de la validez formal.

Asistimos, además, a una transformación profunda, aunque lenta y difícil, de la noción de soberanía. La crisis de esta noción, y de los correspondientes fenómenos institucionales, viene indicada por uno de los más interesantes constitucionalistas italianos, Gustavo Zagrebelsky: «La nozione dominante del diritto dello Stato, sia sul versante interno (il diritto pubblico interno) sia su quello esterno (il diritto pubblico esterno o internazionale) era dunque la sovranità della "persona" statale. Oggi, però, questa nozione non è più riconoscibile con la chiarezza di un tempo, come realtà politica operante. Forze corrosive sono potentemente all'opera dalla fine del secolo scorso tanto all'interno quanto all'esterno»¹⁷.

El Estado de Derecho, el *Rechtsstaat* de la doctrina alemana, ha representado, de hecho, la versión predominante del Estado soberano en los países europeos continentales. Este tipo de Estado no ha cuestionado en ninguno de sus elementos centrales el dogma absolutista de la soberanía. Este dogma se proyectaba en la vida institucional con dos consecuencias importantes: i) Dentro de la sociedad considerada, el Estado era el sujeto jurídico privilegiado, jerárquicamente superior a cualquier otro sujeto, y todas sus relaciones con estos otros sujetos eran relaciones de superior a inferior, de soberano a súbdito, relaciones de dominación por un lado y de subordinación por otro. ii) En el contexto de las relaciones internacionales, el Estado soberano se presentaba como único sujeto jurídico: se reconocía como válido el Derecho internacional sólo en la medida en que se integraba en la legislación del Estado. La soberanía del Estado, en fin, se afirma en cuanto éste se constituye como única fuente de Derecho tanto en el ámbito nacional como en el terreno internacional.

¹⁶ A. Barbera, F. Cocozza, G. Corso, *op. cit.*, p. 313. Cursiva en el texto.

¹⁷ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 6.

i) Ahora bien, se cuestiona la soberanía «interna» con el surgir de los modernos Estados constitucionales, cuando el concepto de Derecho Público se funde con aquel de Derecho Constitucional y, por ende, no puede ser fundamentado sobre el criterio del «imperio», sino sobre el de la pública utilidad y de un acuerdo primigenio sobre los ideales y los procedimientos de la sociedad política. La soberanía de los modernos Estados constitucionales siempre más se connota como un procedimiento de formación de la voluntad pública y no como un poder de última instancia, el de determinar el «estado de excepción» (o, mejor dicho, de derogación de la constitución) con el que sueña Carl Schmitt. La soberanía no es más un atributo de algún sujeto, ente u órgano («capacidad de la persona», como la define Felice Battaglia¹⁸). Soberanía es el procedimiento para llegar a decisiones vinculantes para todos los ciudadanos. Esta transformación está especialmente subrayada por Jürgen Habermas: «Heute zieht sich die staatsbürgerliche Souveränität des Volkes in die rechtlich institutionalisierten Verfahren und die grundrechtlich ermöglichten informelle Prozesse einer mehr oder weniger diskursiven Meinungs- und Willensbildung zurück»¹⁹. «La soberanía devenida anónima y sin sujeto, y así intersubjetivamente disuelta, se retira en el procedimiento democrático y en los exigentes presupuestos comunicativos de su realización»²⁰.

En uno de sus trabajos escritos poco antes de su muerte, Adolf Merkl señalaba la ambigüedad de la expresión «Estado de Derecho» y subrayaba que esta expresión puede significar: o bien *a*) un Estado que ejerce su poder por medio del Derecho, o bien *b*) un Estado que no sólo domina mediante el Derecho, sino que también está dominado por el Derecho²¹. Y —como nos lo recuerda el mismo Merkl— es esta última la concepción del Estado de Derecho adoptada por la doctrina alemana del siglo XIX, empezando por una famosa definición de Julius Stahl. Según las palabras del filósofo y jurista prusiano, el Estado de Derecho no es el que considera el Derecho como su objetivo y su fundamento, sino aquel Estado para el cual el Derecho no es más que el instrumento para la realización de sus fines.

¹⁸ Véase F. Battaglia, *Die Souveränität und ihre Grenzen*, ahora en *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Hg. von H. Kurz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1970, p. 242. Cf. H. Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, ahora en *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Hg. von H. Kurz, cit., p. 169: «Das Souveränitätsdogma mit seinem Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung ist Staatssubjektivismus».

¹⁹ J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, ahora apéndice en Id., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie de Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, p. 649.

²⁰ J. Habermas, *Souveränität als Verfahren*, ahora apéndice en Id., *Faktizität und Geltung*, cit., p. 626. Traducción mía.

²¹ Véase A. J. Merkl, «Idee und Gestalt des Rechtsstaates», en *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Hg. von A. J. Merkl, A. Verdross, R. Marcic, R. Walter, Deuticke, Wien, 1971, p. 126. Cf. K. Tuori, «Four Models of the Rechtsstaat», en *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts*, *Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*, Hg. von W. Krawietz und G. H. von Wright, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 451 ss.

En la primera versión del Estado de Derecho su legitimación está fundada meramente en el uso del instrumento formal de la ley, es decir, en el carácter lógico-semántico (su generalidad y abstracción) de la ley y en la división y delegación de competencias entre los distintos órganos del aparato estatal. En la segunda versión del Estado de Derecho su legitimación requiere que la ley sea el resultado de un procedimiento de discusión racional y pública. Sin embargo, la legitimación a través del procedimiento de la que aquí se habla no se identifica con la *Legitimation durch Verfahren* de la que ha escrito Niklas Luhmann. Según el sociólogo de Bielefeld, el procedimiento que legitima al Estado está compuesto por un específico sistema social. Es «procedimiento» en cuanto reducción de complejidad y selección de posibilidades y no en cuanto forma o estructura de una deliberación o decisión²². La transformación del concepto de soberanía desde calidad o atributo de cierto «cuerpo» o «ente» a calidad o atributo de cierto «procedimiento» indica, sin embargo, algo distinto: «procedimiento» es aquí una estructura (racional y moralmente justificada) de la formación de una voluntad universalizable. «Procedimiento», para Luhmann, es equivalente a «legalidad», de manera que la *Legitimation durch Verfahren* está próxima a la legitimación a través de la legalidad teorizada por Max Weber. «Procedimiento», en la perspectiva de una reconstrucción normativa del Estado constitucional, equivale, en cambio, a «discusión pública entre sujetos libres e iguales»²³.

ii) La soberanía «externa», en el terreno de las relaciones internacionales, está cuestionada por el desarrollo de unas comunidades de integración entre distintos sistemas jurídicos nacionales (el ejemplo más relevante y avanzado es la Comunidad Europea). Piénsese en lo que prevé el Tratado de Maastricht, entre otras cosas, en materia de ciudadanía. Esta se desvincula de la sujeción a un Estado nacional y hace posible que alguien que no tenga la nacionalidad de un cierto Estado pueda ejercer en éste unos derechos electorales.

El desarrollo del derecho comunitario europeo —como lo ha recientemente señalado Neil MacCormick— no se deja colocar en el marco de una visión tradicional del derecho como conectado con la existencia de un (solo) soberano y del derecho internacional como producto de dele-

²² «Verfahren werden als soziale Systeme gesehen, die mit Entscheidungsprozessen synchronisiert, aber nicht identisch sind» (N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 3). En la teoría sociológico-jurídica de Luhmann hay muy poco espacio para la consideración de los aspectos normativos de la realidad social y se da, en concreto, poca relevancia al concepto de norma. Sobre esta minusvaloración de las normas como condiciones de la acción social, véase la crítica de W. Krawietz, «Zur Einführung: Neue Sequenzierung der Theoriebildung und Kritik der allgemeinen Theorie sozialer Systeme», en *Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk*, Hg. von W. Krawietz und M. Welker, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, especialmente pp. 29-32.

²³ Para tal reconstrucción normativa, véase especialmente J. Habermas, *Volksouveränität als Verfahren*, cit., pp. 600 ss.

gaciones de poder y de órganos delegados por el soberano mismo. «It seems obvious —escribe— that no State in Western Europe any longer is a sovereign state. None is in a position such that all the power exercised internally in it, whether politically or legally, derives from purely internal sources. Equally, of course, it is not true that all the power which is exercised either politically or normatively is exercised by, or through, or on the grant of all or more organs of the European Community. Nor has the Community as such the plenitude of power politically or normatively that could permit it remotely to resemble in itself a sovereign state or sovereign federation of states»²⁴. En el derecho comunitario, ya antes de Maastricht, empieza a afirmarse lo que es un nuevo «Derecho Común» de los países europeos, que recuerda situaciones anteriores a las grandes codificaciones, cuando, por ejemplo, el Derecho Romano reinterpretado por los «doctores», o el Derecho del Sacro Imperio Romano, se aplicaban a los derechos nacionales sin ser expresiones directas de éstos.

No hay que olvidar otro aspecto de la crisis de la soberanía con respecto a su lado «externo». Asistimos al afirmarse de formas de regulación jurídica de relaciones comerciales internacionales que se desarrollan de manera independiente de la primacía de cierto derecho nacional. El Derecho Privado internacional cada vez más se desvincula, por lo que concierne a las grandes transacciones económicas, de la protección de cierto Estado, y confía en una especie de nuevo «derecho común»: una moderna *lex mercatoria*.

3. MAS ALLA DEL POSITIVISMO JURIDICO. IMPOSIBILIDAD DE UNA TEORIA «PURA» DEL DERECHO

Por lo que concierne al derecho como concepto, pueden entrecerse al menos dos desarrollos más importantes: i) la afirmación de teorías «post-positivistas» del derecho, sobre todo en el plano de la teoría del derecho *stricto sensu*; ii) la afirmación de teorías «responsivas» del derecho, en el plano de la sociología del derecho. Pero ¿qué quiere decir «post-positivismo» jurídico?

Preliminarmente hay que distinguir dos principales sentidos de «positivismo jurídico». En un sentido amplio, el positivismo jurídico es aquella teoría que afirma que el derecho es obra del hombre, producto —aun involuntario— de su acción. En un sentido estricto, positivismo jurídico es aquella doctrina que afirma que el único productor del derecho es el Estado y que no hay otras fuentes de derecho fuera de sus confines. Según esta doctrina, «jurídico» equivaldría a «estatal».

²⁴ N. MacCormick, «Beyond the Sovereign State», en *The Modern Law Review*, 1993, p. 16.

Hay por lo menos otras dos tesis conectadas a los dos sentidos de positivismo jurídico identificados. La primera tesis es la de la exclusión, en lo que concierne al establecimiento del «sentido» de las reglas jurídicas, de cualquier referencia a factores externos al derecho positivo (a las leyes). Esta postura implica la expulsión del terreno del método jurídico de consideraciones de carácter filosófico, histórico y sociológico²⁵. A esta estrategia de aislamiento puede conectarse la tesis de la separación entre un estudio descriptivo y un estudio prescriptivo del derecho. Tarea del jurista, según esta segunda tesis, es únicamente la descripción de lo que es derecho, es decir, derecho vigente y válido. Parece que no hace falta recurrir a criterios normativos o prescriptivos para establecer lo que sea derecho. Sin embargo, esta tesis no es condición necesaria de una actitud iuspositivista. El «positivismo ideológico», para el cual *Gesetz ist Gesetz*, es decir, la ley asume un valor normativo fuerte (moral) intrínseco, no vale la separación entre descripción y prescripción, ya que la descripción del derecho válido es inmediatamente la prescripción de lo que es justo hacer. De la tesis (que es más metodológica que moral o política) de la separación entre la consideración descriptiva y la consideración prescriptiva del derecho algunos derivan también la tesis de la separación entre derecho y moral (que es más moral y política que metodológica). Así, por ejemplo, según autores como Herbert L. A. Hart y Ota Weinberger, y —polémicamente— según Ronald Dworkin, el positivismo jurídico implica la imposición de un límite no traspasable entre derecho y moral.

Una segunda tesis que se puede deducir de la postura de la naturaleza estatal del derecho es la utopía de la plenitud del ordenamiento jurídico. Si el derecho sólo es aquello que emana del Estado, lo que el Estado produce es todo el derecho posible y es, por lo tanto, completo. De ahí, junto a la obligación del juez de decidir siempre y en todo caso, se deduce en gran medida la tesis de la negación del poder creativo del juez, y la idea de la decisión judicial como mera aplicación silogística y mecánica de las reglas emanadas por los órganos estatales. Así, contrariamente a lo que cree Ronald Dworkin, para el positivismo jurídico es posible e incluso necesario concebir la decisión del juez como «the one right answer», la sola decisión justa o correcta. El juez que se limite a aplicar silogísticamente la ley no puede más que llegar a una conclusión que —desde un punto de vista iuspositivista— hay que aceptar como la única decisión justa. Como escribe Walter Ott, el autor de uno de los mejores estudios sobre el positivismo jurídico²⁶, «the legal positivistic approach relies in particular on confidence in the stability of the politi-

²⁵ Cfr. D. Grimm, «Methode als Machtfaktor», en Id., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, cit., p. 349: «Unter Positivismus verstehe ich dabei diejenigen Interpretationsmethoden, welche den Sinn von Normen allein aus rechtlichen Faktoren ermitteln wollen, den Rückgriff auf Rechtsideen, Regelungszwecke und Wirklichkeitsbefunde und damit auch alle Anleihen bei den Sozialwissenschaften, der Philosophie und Geschichte ablehnen.»

²⁶ Véase W. Ott, *Der Rechtspositivismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

cal situation within the State and on the guarantee that the "right" solution will be found by the legislator»²⁷.

Ahora bien, si no se ven signos de crisis en la concepción del positivismo jurídico en sentido amplio como concepción que afirma la «humanidad» del derecho, sí entra en crisis la concepción del positivismo jurídico en sentido estricto que defiende la «estatalidad» del derecho. El proceso de «rematerialización» del derecho que ya hemos tratado, aunque de manera demasiado rápida, conlleva la crisis no sólo de la concepción de que el Estado sea la única fuente del derecho, sino también de la tesis de la plenitud del ordenamiento jurídico. Demasiado fuerte es el peso de los derechos fundamentales, de los «principios» e incluso de los «valores» en los modernos Estados constitucionales como para que sea posible continuar defendiendo una mera teoría legalista de la decisión judicial.

Si admitimos como fuentes del derecho no sólo las normas estatales, sino también reglas sociales como, por ejemplo, las establecidas por los sindicatos o los contratos privados hechos fuera del ámbito tradicional de la ley (por ejemplo, en materia de derecho privado internacional), y principios jurídicos extrapositivos introducidos, por ejemplo, a través de la praxis constitucional o a través del recurso siempre más creciente a los llamados «valores», podremos terminar por admitir que el derecho estatal no es el único sistema normativo que nos dirige en la regulación de la conducta de los particulares y en lo que concierne a las decisiones judiciales. En esta situación, el paradigma del silogismo judicial y la ideología del juez como mero repetidor de la ley, *vox legis*, como lo llamaba Paul Laband²⁸ (o «autómata de la subsunción», según la expresión de Regina Ogorek²⁹), se enfrentan con una crisis muy seria.

Sin embargo, podemos hablar de teorías «post-positivistas» del Derecho en un sentido que no tiene nada que ver con los sentidos de la locución «positivismo jurídico» que hemos mencionado arriba. En este otro sentido, «post-positivismo» es la etiqueta que se le da a unas modernas teorías epistemológicas las cuales —siguiendo y desarrollando argumentos de Karl Popper— afirman esta tesis tan sencilla cuanto destructiva para el neopositivismo lógico y el neoempirismo: que no es posible establecer leyes científicas sin teorías previas, que no existe conocimiento científico sin «paradigmas» teóricos. Una tesis, ésta, que recuerda las ideas del Naphta de Thomas Mann: «Querido amigo, el conocimiento puro no existe. La legitimidad del concepto religioso del conocimiento, que puede resumirse con las palabras de San Agustín "Creo a fin de conocer", es absolutamente indudable. La fe es el órgano del conocimiento, el intelecto es secundario. Vuestra ciencia sin premi-

²⁷ W. Ott, F. Buob, «Did Legal Positivism Render German Jurists Defenceless during the Third Reich?», en *Social and Legal Studies*, 1993, p. 96. *Cursiva mía*.

²⁸ Compárese L. Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 107.

²⁹ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumziionsautomat?*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1986.

sa es un mito. Hay siempre una fe, una concepción del mundo, una idea; en una palabra, una voluntad, y atañe a la Razón el interpretar y el demostrar, siempre y en todos los casos. Se trata de llegar al *quod erat demonstrandum*»³⁰. Muchos «popperianos» podrían compartir estas palabras de Naphta, aunque éste les resulte acaso demasiado místico e irracionalista. De todas maneras, según Popper y sus discípulos, toda proposición científica está *theory-laden*, teóricamente comprometida.

Estas tesis epistemológicas post-positivistas traducidas en los términos de las teorías jurídicas implican —según algunos— que no se pueda establecer la validez de una ley, y tampoco llegar a una decisión jurídica (sobre todo a una decisión judicial) sin recurrir a criterios normativos externos con respecto a aquellos puestos por el sistema jurídico mismo. Una consecuencia ulterior de esta última conclusión es, además, un fuerte escepticismo en la posibilidad de una ciencia jurídica no sólo sin previas concepciones epistemológicas, sino también de una ciencia jurídica avalorativa, *wertfrei*, como diría Max Weber.

Desde una perspectiva post-positivista, la ciencia jurídica resulta como un producto de posturas normativas fuertes, es decir, políticas o/y morales. Es ésta la tesis defendida, por ejemplo, por Ronald Dworkin. El filósofo americano cree que, para interpretar una ley, hay que poseer antes una teoría sobre cuál sería la «mejor» ley. Además, la interpretación de la ley debe tender a presentar ésta como la mejor ley posible³¹. De la misma manera, la interpretación de una obra literaria —según él— presupone una teoría de lo que es la mejor obra de arte, ya que tiene como fin presentar la obra literaria en cuestión como la mejor posible: «Interpretation of a text attempts to show it as the best work of art it can be»³². Decae la ilusión de una teoría «pura» del derecho, es decir, de una teoría que no necesite para su tarea explicativa y descriptiva ningún concepto previo de Derecho y ningún recurso a argumentos extrajurídicos.

³⁰ T. Mann, *La montaña mágica*, trad. castellana de M. Verdaguer, 4.ª ed., Plaza & Janés Editores, Barcelona, 1989, p. 402. Cursiva en el texto. Compárese T. Mann, *Der Zauberberg*, Fischer, Frankfurt am Main, 1989, p. 419.

³¹ Este segundo asunto —compartido también por Aleksander Peczenik— me parece bastante problemático, pues podría tener la consecuencia de prohibir tipos comunes de argumentos interpretativos, por ejemplo la *reductio ad absurdum* o el llamado «argumento económico». Para evitar esta consecuencia claramente inaceptable sería preciso entender la «ley», en la fórmula de Dworkin, no como ley individual, texto o norma particular, sino como ley en sentido holista, como «Derecho» u ordenamiento jurídico.

³² R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 150.

4. INTERDEPENDENCIA DE DERECHO Y MORAL. EL RAZONAMIENTO JURIDICO COMO CASO ESPECIAL DE RAZONAMIENTO MORAL

Uno de los puntos donde el positivismo jurídico se encuentra más atacado por los desarrollos teóricos de estos últimos años es en su concepto de validez y de fuerza vinculante. Junto a la «humanidad» y a la «estatalidad» del derecho, otro asunto fundamental de la constelación teórica que se define como «iuspositivista» es que las normas jurídicas constituyen razones *independientes* para actuar. Es decir, las normas no derivarían su fuerza vinculante, su capacidad de formar parte de un razonamiento práctico, de otros tipos de razones, por ejemplo de razones morales o prudenciales. Las normas jurídicas serían suficientes en sí mismas para determinar la conclusión de deber ser de cierto acto humano.

Sin embargo, hay teóricos iuspositivistas que reconocen que al lado de las normas jurídicas las razones normativas más fuertes están representadas por las reglas morales. Pero esto no constituye para ellos problema alguno, en cuanto que, por un lado, separan muy claramente normas jurídicas y normas morales y, por otro, atribuyen a las primeras una mayor fuerza de motivación debida, por ejemplo, al hecho de que van acompañadas por sanciones sociales y son aplicadas por ordenamientos (coactivos) concretamente existentes y generalmente eficaces. La moral, a pesar de su mayor «fuerza» normativa, no tendría suficiente fuerza de motivación, al estar anclada en la mera conciencia individual o, en el mejor de los casos, en una libre relación intersubjetiva³³. Así, la moral, para devenir concreta, regla eficaz de vida social, necesitaría la sanción del derecho, su reconocimiento y protección.

La otra estrategia positivista está representada por lo que Alf Ross llamaría «positivismo jurídico ideológico», es decir, la postura según la cual el hecho de que haya una norma jurídica ya es una razón suficiente para aceptar como moralmente válida y obligatoria la conducta que es prescrita por ella. «Obedecer puntualmente y criticar libremente», este lema de Bentham que a veces ha sido reclamado como la expresión más alta de la separación entre derecho y moral, nos prescribe la obligatoriedad de los mandatos jurídicos aunque el destinatario no crea que el cumplimiento de aquella conducta sea moralmente deseable o aceptable. De todas maneras, por un lado o por el otro, asistimos a la identificación de la obligatoriedad jurídica con la obligatoriedad *tout court*. De obligatoriedad, como de madre, no hay más que una.

Este paradigma positivista ha sido hoy en día atacado repetidamen-

³³ Véase, por ejemplo, lo escrito por un clásico de la doctrina jurídica moderna como Franz von Zeiller, el autor del ABGB, el código civil austriaco, especialmente: F. von Zeiller, *Grundsätze der Gesetzgebung*, Hg. von E. Wolf, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1948, pp. 31-32.

te. John Finnis, por ejemplo, nos dice que incluso para nuestros conceptos descriptivos de derecho necesitamos criterios normativos fuertes (y por lo tanto *morales*). No sería metodológicamente posible identificar un cuerpo de reglas como pertenecientes a un mismo sistema jurídico sin tener una idea de lo que es este sistema. Tal idea, sin embargo, no podría ser a su vez descriptiva, ya que presupondría decisiones y estipulaciones sobre cuáles criterios son relevantes para el fin considerado. Al fin y al cabo, tales criterios serían principios morales³⁴.

Como es sabido, Ronald Dworkin escribe sobre la «única respuesta correcta» como resultado de la «mejor teoría», y esta última sería aquella que más se acerca a los principios políticos y morales de la comunidad. La teoría jurídica, para fundamentarse y justificarse, tendría que pasarse al terreno de las doctrinas políticas y morales. Una decisión judicial es correcta (y no hay —según esta perspectiva— más que una posible decisión correcta) si y sólo si ésta es la mejor expresión de los principios políticos o morales de la comunidad.

Para Joseph Raz, cada decisión judicial es en cierta medida una decisión moral en cuanto asume la vigencia del sistema jurídico como moralmente deseable. El argumento aquí no es tanto el que el juez, al asumir el punto de vista interno de las normas, tiene que tomar partido por el sistema jurídico en cuestión, y asumir una clara posición política en favor de él (como ha sostenido Uberto Scarpelli en su libro *Cos'è il positivismo giuridico*). El argumento de Raz es más bien que el mantenimiento del orden establecido tiene *prima facie* cierta primacía moral sobre cualquier intento de su desaplicación. Entre la anarquía, adonde podría desembocar la desobediencia de los preceptos jurídicos, y el orden social considerado prescindiendo de un intrínseco valor moral, este último tendría que estar (moralmente) privilegiado. Consecuentemente, las normas jurídicas serían al menos *prima facie* reglas morales.

Otros golpes al iuspositivismo dan filósofos del derecho tan importantes como Carlos Nino y Robert Alexy. La concepción de Nino parte de la crítica de lo que él define como la actitud «esencialista» de la filosofía del derecho. La mayoría de sus estudiosos creen que es preciso establecer *un* concepto del derecho, un concepto que pueda dar cuenta de la realidad del fenómeno «Derecho». Al concepto de derecho correspondería así la verdadera realidad o «esencia» del derecho. Esta postura —nos dice Nino— es consecuencia de la idea de que a los conceptos corresponden entidades específicas, de que no hay conceptos, palabras y enunciados sin «algo» a que correspondan o a que se refieran. Al «esencialismo», Nino opone una especie de «pragmatismo»: los conceptos están considerados como instrumentos para fines humanos, y por eso dentro de una misma área de experiencia —el derecho, por ejemplo— pueden ser múltiples. Así, ya no sería correcto hablar de concepto, sino más bien de *conceptos* de derecho.

³⁴ Véase J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

Ahora bien, para Nino, el concepto iuspositivista de derecho, que se refiere a determinados hechos como «fuentes» del derecho, sería útil y apropiado sólo como concepto descriptivo desde la perspectiva de un observador que quiere presentar las prácticas jurídicas de cierto grupo social. El concepto iuspositivista de derecho, como concepto descriptivo, sería así incapaz de ofrecer razones independientes para actuar. «If a legal norm —escribe el filósofo argentino— is a normative judgement that we accept because of its enactment by a certain authority, or its establishment by a certain social practice, then the legal norm cannot be an operative reason for justifying a decision»³⁵. Esto en tanto en cuanto se acepte la llamada «ley de Hume», según la cual desde un enunciado descriptivo (en este caso el enunciado de que exista cierta norma, que el legislador haya emitido cierta ley) no se puede derivar un enunciado prescriptivo o normativo (en este caso la sentencia del juez, o la decisión de un particular de que hay que actuar de cierta manera).

Una norma jurídica (es decir, el hecho de que cierta prescripción sea emitida por cierta autoridad, o de que exista cierta práctica social) nos da —según Nino— una razón independiente para actuar si y sólo si hay un principio normativo fuerte que nos prescribe obedecer a aquella norma. Este principio no podría ser más que una regla moral, ya que no se puede fundamentar sobre el hecho de que derive de cierta «fuente», sino de que tenga ciertos contenidos. Y un principio normativo justificativo de la acción fundamentado únicamente sobre sus «méritos», es decir, únicamente sobre su contenido, sólo puede ser dado por una regla moral.

La conclusión de este razonamiento es lo que Nino llama «el teorema fundamental de la filosofía del derecho»: «A legal norm or law only justifies the practical reasoning of judges and other social actors insofar as it is accepted by virtue of a moral judgement that grants legitimacy to certain authority and a descriptive judgement of the prescriptions of that authority»³⁶. La posición de Nino se puede resumir como una tesis fuerte de conexión conceptual (desde el punto de vista del que participa) de derecho y moral: *cada* decisión jurídica no sería posible sin una previa decisión moral, es decir, sin la previa aceptación de un principio moral. «A judge cannot justify any decision on the basis of a legal norm [...], if he does not ground the legitimacy of that norm, either explicitly or implicitly upon some *moral* principles»³⁷.

Según el filósofo argentino, la validez jurídica —una vez excluido el punto de vista externo (del observador), satisfecho con el concepto de eficacia— sólo tiene sentido si está reformulada como validez moral. La validez como «pertenencia» a un ordenamiento es considerada como una noción típica del punto de vista del observador, que desemboca en

³⁵ C. S. Nino, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», en *Cardozo Law Review*, 1993, p. 813.

³⁶ *Ibid.*, pp. 823-824.

³⁷ *Ibid.*, pp. 814-815. *Cursiva en el texto.*

la noción de eficacia del ordenamiento y, por eso, no es capaz de fundamentar o justificar ninguna decisión práctica.

Robert Alexy trata de manera distinta el problema de la relación entre derecho y moral según se conciba el derecho como las normas jurídicas particulares o como conjunto de normas, es decir, como sistema jurídico. Además, para su teoría, el profesor de la Universidad de Kiel —en la misma línea que Carlos Nino— utiliza la distinción entre punto de vista «externo» (del observador) y punto de vista «interno» (del que participa). Desde el punto de vista «externo», por lo que concierne a las normas particulares, no sería posible establecer una conexión necesaria *clasificativa* (avalorativa) y no simplemente *calificativa* (valorativa), entre derecho y moral. Desde la perspectiva del observador (hace) es necesario un concepto «neutral» de derecho, que no incluya elementos normativos fuertes, es decir, morales³⁸. Por lo tanto, ya que desde el punto de vista externo la conexión entre reglas jurídicas y reglas morales no puede ser más que clasificativa (descriptiva, avalorativa), no se da conexión *necesaria* entre derecho y moral (por lo que concierne a sus normas particulares). Sobre este punto, Alexy coincide con el actual gran defensor alemán de la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, Norbert Hoerster³⁹.

Por lo que concierne a los conjuntos de normas, a los sistemas jurídicos, aun asumiendo el punto de vista del observador, hay que constatar —según Alexy— que estos sistemas contienen, para fundamentar las decisiones jurídicas o las emanaciones de leyes realizadas dentro de su marco, una pretensión de corrección de la decisión o emanación. Es este *Anspruch auf Richtigkeit* lo que distinguiría un orden jurídico de un «orden normativo sin sentido» (como, por ejemplo, el de un grupo desorganizado de forajidos) y de un «orden predador» (como aquel de una banda organizada de ladrones y asesinos).

Un orden jurídico se justificaría mediante la pretensión de legitimidad de sus actos. Por lo tanto, «Normensysteme, die weder explizit noch implizit einen Anspruch auf Richtigkeit erheben, keine Rechtssysteme sind. Jedes Rechtssystem erhebt einen Anspruch auf Richtigkeit»⁴⁰. Sin embargo, ya que todos los sistemas normativos concretamente existentes tienen esta pretensión de legitimidad o corrección, las consecuencias prácticas de tal constatación son mínimas. En todo caso, por lo que concierne a los sistemas jurídicos, y desde un punto de vista «externo», la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral resultaría sólo parcialmente correcta.

El panorama cambia si vamos a asumir el punto de vista «interno». Manteniendo la distinción entre normas particulares y sistemas jurídicos, desde la perspectiva del que participa, incluso en lo que concierne a

³⁸ Véase R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber, Freiburg, 1992, pp. 56-57.

³⁹ Véase, por ejemplo, N. Hoerster, «Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 37, pp. 27-32.

⁴⁰ R. Alexy, *op. cit.*, p. 62.

normas particulares, se puede establecer —según nos dice el profesor de Kiel— una relación clasificativa necesaria entre derecho y moral. Para lograr este resultado, Alexy confía en la fórmula de Gustav Radbruch según la cual una norma jurídica es válida y tiene que ser aplicada si ha sido emanada siguiendo los criterios del sistema jurídico en cuestión y pertenece a éste. Esta norma sería válida aunque violase principios o reglas morales, excepto en el caso en que tal violación fuese tan extrema que la aplicación de la norma jurídica resultase intolerablemente injusta⁴¹.

Robert Alexy nos propone la siguiente definición del concepto de Derecho. El Derecho es un sistema normativo que tiene la pretensión de corrección (*Eichtigkeit*) de sus reglas. Este sistema está constituido por: I) El conjunto de las normas: i) que pertenecen a una constitución (*Verfassung*) en general socialmente eficaz, y ii) que no son extremadamente injustas. II) Este sistema está constituido también por el conjunto de las normas que, emitidas en el respeto a aquella constitución, posean un mínimo de eficacia social (o de posibilidad de ser eficaces) y no sean injustas de manera extrema. III) El sistema normativo del Derecho, además, está constituido por los principios y los demás argumentos normativos que sirven (o deberían servir) para fundamentar el procedimiento de aplicación del Derecho, y para cumplir o satisfacer la pretensión de corrección del sistema mismo⁴².

Esta definición supera claramente los límites de la doctrina iuspositivista, por lo menos en tres direcciones. En primer lugar —según Alexy—, principios y otros criterios argumentativos que constituyen razones justificativas de la *aplicación* de las normas jurídicas son también elementos del sistema jurídico. Tales razones justificativas residen en buena medida fuera del ámbito de las disposiciones positivas. Por ende, los criterios de la argumentación jurídica, por ejemplo métodos interpretativos o reglas lógicas, alcanzan la misma dignidad de fuente del derecho ya atribuida a las disposiciones de ley. En segundo lugar, y aquí se revela de manera evidente que la definición de Alexy se realiza desde la perspectiva del que participa en cierto ordenamiento jurídico, las normas particulares que resultan injustas de manera extrema (el criterio de Radbruch) no pueden ser consideradas reglas válidas del sistema o, si son consideradas válidas, invalidan el sistema mismo quitándole su calificación jurídica. Aquí la «justicia» de la norma —que se superpone a su «corrección»— obtiene primacía sobre su «validez», una consecuencia que rompe el espléndido aislamiento del concepto iuspositivista del derecho e introduce el razonamiento moral (sobre lo que es «justo») en la argumentación jurídica (sobre lo que es «válido» y apropiado al caso).

En tercer lugar, los principios y criterios argumentativos elevados a

⁴¹ Véase G. Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht», en Id., *Rechtsphilosophie*, 8.ª ed., Stuttgart, 1973, pp. 339-350.

⁴² Véase R. Alexy, *op. cit.*, p. 201.

la dignidad de elementos básicos del sistema jurídico mantienen una connotación normativa fuerte. Tales principios y argumentos —según nos dice Alexy— no son sólo aquellos que sirven de hecho para la justificación del procedimiento de aplicación de las normas, sino también y sobre todo aquellos que deberían servir para tal justificación. Consecuentemente, el sistema jurídico es relacionado estrictamente con consideraciones normativas fuertes, es decir, en última instancia *morales*. El razonamiento práctico, y más bien su teoría normativa, viene así incluido en la definición del derecho. En fin, aquí lo que es derecho equivale de manera relevante a lo que *debería ser* derecho.

5. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS INSTITUCIONES. EL «DERECHO REFLEXIVO». CORPORATIVISMO Y PLURALISMO JURIDICO

Al final de los años setenta se empezó a hablar de crisis del Estado social debida al hecho de que la siempre creciente intervención estatal provocaba toda serie de efectos negativos: aumento de la presión fiscal, aumento de la deuda pública, mayor burocratización (o «colonización», como ha dicho Habermas) de la vida social, crecientes dificultades en la dirección de un aparato estatal ya elefantino, crecientes empujones corporativos y clientelares⁴³. La máquina del Derecho, cargada de demasiadas tareas, terminaba por atascarse. Una reacción a tal situación ha sido la disminución de las áreas y de la intensidad de la intervención estatal, sobre todo con respecto a la gestión directa de sectores económicos y a la producción de servicios sociales. Sin embargo, la solución de reducir las tareas del Derecho, frente a la complejidad de la sociedad tecnológica y de sus muchas necesidades e interrelaciones, ha sido de hecho más una propuesta ideológica que un programa viable. Hay áreas que, aun en los sistemas más liberales, no se pueden fácilmente «desregularizar»: la del medio ambiente, por ejemplo.

El Estado social intervencionista, y la concepción instrumentalista del derecho que se acompaña con él, desembocan en lo que Gunther Teubner ha llamado «el trilema regulador», es decir, la alternativa entre: i) la «incongruencia» entre derecho y sociedad, su separación e incomunicación, y la falta de responsabilidad de las instituciones jurídicas frente a la sociedad civil; ii) la superlegalización de la sociedad, es decir, el hecho de que buena parte de las relaciones sociales pasen por el cauce del derecho, o sea, estén reglamentadas por la ley o por otras intervenciones de las instituciones jurídico-administrativas; iii) la supersocialización del derecho, es decir, el hecho de que el derecho refleje buena parte de la dinámica, de la organización, de los valores y

⁴³ Cf., por ejemplo, *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Hg. von D. Grimm, Nomos, Baden-Baden, 1990.

necesidades de los grupos sociales activos en cierto Estado, demostrando frente a éstos una actitud significativamente pasiva⁴⁴. A este «trilema» se ha reaccionado intentando caminos alternativos tanto al estatismo como al liberalismo. Es en tal constelación donde aparecen las que llamaría teorías «responsivas» del derecho.

Como es sabido, «derecho responsivo» (*responsive law*) es una locución acuñada por los sociólogos Philippe Nonet y Philip Selznick. Estos dos autores identifican tres tipos principales de derecho (o, mejor dicho, tres estadios de la evolución del derecho) en la edad moderna: i) el derecho represivo (*repressive law*); ii) el derecho autónomo (*autonomous law*), y iii) el derecho responsivo. Estos tres tipos de derecho son respuestas a, o consecuencias de, la cuestión más relevante —según Nonet y Selznick— en el ámbito de los fenómenos jurídicos: la relación entre «integridad» y «apertura». Hay integridad «cuando una institución está fuertemente comprometida a una cierta tarea o puede ser responsabilizada de aquella tarea por controles exteriores»⁴⁵. La apertura «presupone amplios grados de discrecionalidad, de manera que la acción de los órganos institucionales pueda quedar flexible, adaptable y autocorregirse»⁴⁶.

i) El derecho «represivo» es aquel que señala la apertura y adaptación pasiva y oportunista de las instituciones jurídicas al ambiente social y político. Es decir, el derecho asume aquí una función puramente instrumental con respecto a los fines del poder político y económico. ii) El derecho «autónomo» marca una reacción contra una apertura indiscriminada, y mira más bien a la preservación de la integridad institucional. Por eso el derecho se cierra en sí mismo, reduce su responsabilidad hacia el ambiente social, y acepta como precio de la integridad un ciego formalismo. iii) El derecho «responsivo» tendría que resolver la tensión provocada por el derecho autónomo entre el formalismo, por un lado, y la necesidad de adaptar las normas jurídicas al ambiente y a sus exigencias, por otro. Este tercer tipo de derecho —escriben Nonet y Selznick— «lo llamamos *responsivo*, más que abierto o adaptable, para sugerir una capacidad de adaptación responsable, es decir, discriminada y selectiva»⁴⁷.

En el «derecho autónomo» el juez tiene sobre todo que garantizar la coherencia interna del ordenamiento, mientras que en el «derecho represivo» la función judicial consistiría en la promoción directa de ciertos objetivos relevantes para cierta concepción del bien público, es decir, para cierta política. El «derecho responsivo», en cambio, promueve la modificación del juez en una especie de moderador entre ámbi-

⁴⁴ G. Teubner, «Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1984, pp. 125-126.

⁴⁵ Ph. Nonet, Ph. Selznick, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, Octagon Books, New York, 1978, p. 76.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 77.

tos normativos distintos, más bien un árbitro que actúa al mismo nivel jerárquico de las partes y persigue un compromiso entre ellas que un juez que actúa de manera más o menos autocrática y sanciona la victoria de una de las partes sobre la otra⁴⁸. Por mi parte, creo que podríamos definir «responsivas» todas aquellas teorías que proponen un tipo de derecho que vaya más allá del derecho formal (o autónomo), esto es, que vaya en dirección a su rematerialización sin caer en forma alguna de instrumentalismo jurídico y prestando mucha atención al valor de las garantías formales ofrecidas por las instituciones.

Además del «derecho responsivo» de Nonet y Selznick, encontramos, en el mismo terreno sociológico-jurídico, otras dos teorías: a) la del derecho «procesual», propuesta por el profesor de Frankfurt am Main Rudolf Wiethölter, y b) la teoría del derecho «reflexivo», cuyo principal representante es Gunther Teubner, profesor ahora en la London School of Economics and Social Science.

Wiethölter delinea un modelo teórico evolutivo del derecho conectado con unos estadios también evolutivos del concepto de moral. Aquí se puede sospechar una influencia de Kohlberg y, por supuesto, de Apel y Habermas. Su esquema es el siguiente:

i) En primer lugar, hay una moral racional «rígida», a la cual corresponde un derecho fundado sólo sobre una razón formal, sin relaciones con ningún tipo de necesidad social. ii) En segundo lugar, hay una moral racional «flexible». En este estadio el derecho sigue la relativización de los criterios absolutos efectuada por aquella moral «flexible». Así, el derecho, perdiendo mucha de su seguridad formal, adquiere la capacidad de adaptarse de manera sustancial a los intereses presentes en una sociedad dada. iii) Finalmente, en el tercer estadio evolutivo se da —según Wiethölter— una moral racional «comunicativa»: aquí se sitúa el derecho que el profesor alemán llama «procesual» (*prozedural*). Este tipo de derecho no tiende tanto a ofrecer prestaciones sociales, y tampoco garantías jurídicas, cuanto a establecer las condiciones de posibilidad de tales prestaciones y garantías mediante estructuras procesuales. «By proceduralization of the Law —escribe el mismo Wiethölter— one may understand the transformation of a social context of legal freedoms [...] into a system of justification of the respective new social contexts of “ideas” and “interest”»⁴⁹.

⁴⁸ Sobre la función del juez según Nonet y Selznick, compárese L. J. Wintgens, «Roberto's Crusade», en *Rechtstheorie*, 1991, p. 107: «According to these scholars, a judge is not the passive instrument in a legal system of preestablished rules and principles. Instead, he actively collaborates in the installment of social and political goals in an environment of political pluralism. This attitude compels judges to a permanent arbitration between concurring values and politics as a target of social change. The judge's task, in their opinion, consists of more than preserving the coherence of the legal system, without radically smashing the legal context that defines, in the end, his own function.»

⁴⁹ R. Wiethölter, «Materialization and Proceduralization in Modern Law», en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, ed. by G. Teubner, de Gruyter, Berlin, 1986, p. 246. Cf. K. Eder, «Prozedurale Legitimität. Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalisierung», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1986, pp. 1-30. y K. Eder, «Die

El derecho «procesual» así es una forma de compromiso entre el tradicional derecho formal del Estado liberal y exigencias sociales expresadas con instrumentos también autogestionarios. «Proceduralization of law —concluye Wiethölter— might be the contemporary manifestation of a bourgeois society which, while it does not (yet?) give up its institutional hopes (synthesis of individual and societal needs, reconciliation of achieved “culture” and realizable “interests”), does not start to follow different paths to that institutionalization»⁵⁰. «Proceduralization thus aims not so much at social performance guarantees (as “right of freedom”), not at concessions (as “political administration”), but at conditions for the possibility (and then organization, procedure, staff for realization) of such guarantees and concessions of integrable reconciliations of interests through legal conduct arrangements»⁵¹.

El derecho llamado «reflexivo», cuyos máximos teóricos son Helmut Willke y Gunther Teubner, se parece mucho al «derecho procesual» de Rudolf Wiethölter. También en la teoría del «derecho reflexivo» nos encontramos con un paradigma evolutivo del concepto de derecho. Según estos autores, en la época moderna hay tres «estadios» del derecho expresados en tres distintos programas: a) el programa condicional; b) el programa instrumental, y c) el programa relacional⁵².

a) Según el programa condicional, el derecho establece una serie muy amplia de reglas que sirven como condiciones del marco dentro del cual las acciones y conductas específicas están asignadas a la decisión de los individuos, concebidos como sujetos abstractos. Como escribe Niklas Luhmann, que se sirve mucho —aunque de manera sincrónica— de la oposición entre «programa condicional» y «programa instrumental», los programas condicionales están establecidos «independientemente de quien va a decidir»⁵³. El «programa condicional», si se usa este concepto de manera diacrónica y se adopta un paradigma evolutivo, corresponde al tipo ideal del Estado liberal clásico.

Autorität des Rechts. Eine soziale Kritik prozeduraler Rationalität», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1987, pp. 193-230. Compárese también K.-H. Ladeur, «“Prozedurale Rationalität”. Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1986, pp. 265-274.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 249.

⁵¹ R. Wiethölter, «Proceduralization of the Category of Law», en *Critical Legal Thought. An American-German Debate*, ed. by Ch. Joerges and D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989, pp. 509-510. Cf. también R. Wiethölter, «Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel de BVG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und —allgemeiner— an Beispielen des sog. Sondernprivatrechts)», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, 1982, pp. 38-59, y R. Wiethölter, «Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers», en *Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1988, pp. 27-28.

⁵² G. Teubner, H. Willke, «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, pp. 4 ss. Cf. N. Luhmann, «Einige Probleme mit “reflexiven Recht”», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, pp. 1-18, y I. Maus, «Perspektiven “reflexiven Rechts” und Deregulierungstendenzen», en *Kritische Justiz*, 1986, pp. 390-405.

⁵³ N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, p. 102.

b) Según el «programa instrumental», el derecho regula directa y específicamente conductas y acciones de individuos concretamente determinados. Aquí no hay ningún ámbito de autonomía dejado a los sujetos. Estos son meros destinatarios de las reglas, sujetos pasivos de un juego que se desarrolla por encima de sus cabezas. Al «programa instrumental» corresponde, si se adopta el paradigma evolutivo, el tipo ideal del Estado social en sus distintas versiones (democráticas, autoritarias, totalitarias). Una versión de este tipo ideal sería representada por la Constitución republicana italiana del 1948. Aquí, «la legge non si limita più a predisporre i canoni, generali ed astratti, dell'agire privato, cioè le condizioni che permettano alla volontà dei singoli di perseguire fini liberamente prescelti. La *selezione degli scopi* rientra ormai nella competenza del legislatore, che perciò vuole in luogo dei privati o sollecita e promuove le loro volontà verso specifici traguardi. L'essenza della legge ne viene radicalmente trasformata: non più regola "strumentale" —che offra ai privati procedure e tecniche idonee ad attuare libere decisioni—, ma regola "finale", prescrizione o suggerimento o consiglio di dati scopi»⁵⁴. En el Estado social la ley asume casi las señas características de un contrato privado o, mejor dicho, de un acto administrativo: es meramente una respuesta más o menos inmediata y eficaz a un problema específico y concreto cuya solución reside en la ley misma y no en actos jurídicos eventuales y sucesivos realizados dentro del marco de la ley.

c) En fin, el «programa relacional» se compone de reglas que establecen condiciones ya no para la acción de individuos, sino de grupos y de organizaciones. Aquí hay lo que algunos han definido *constitution of organization*, en un sentido opuesto a la constitución (como ley fundamental de garantías) de derechos subjetivos y de contratos privados típica del «programa condicional». El «programa relacional» se sustancia en el «derecho reflexivo». Con este tipo de derecho «el legislador no persigue objetivos inmediatos; las normas procesuales sirven más bien para situar los interesados en condición de regular en primera persona sus propios asuntos»⁵⁵. (El ejemplo más típico del derecho «reflexivo» sería la concertación salarial.) El derecho «reflexivo» sólo sirve para realizar el control jurídico de la autorregulación social⁵⁶ y permitir la expansión del pluralismo de las fuentes de Derecho⁵⁷. A este nuevo estadio evoluti-

⁵⁴ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 15. Todo esto ya había sido indicado por Giuseppe Capograssi. Véase, por ejemplo, G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, también en Id., *Incertezze sull'individuo*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 98-99.

⁵⁵ J. Habermas, *Recht und Moral (Tanner Lectures)*, ahora también en Id., *Faktizität und Geltung*, cit., p. 553, trad. mía. Tales propuestas se acercan —me parece— a ideas que juristas italianos «comunitaristas» como Pietro Rescigno defendían hace más de treinta años: véase P. Rescigno, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, especialmente el ensayo «Le società intermedie» (pp. 29-67).

⁵⁶ Compárese G. Teubner, «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-regulatory Law», en *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, p. 384.

⁵⁷ Véase G. Teubner, «The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism», en *Cardozo Law Review*, 1992, pp. 1443 ss.

vo del derecho corresponde el tipo ideal de un Estado social liberal, o —mejor dicho— neocorporativista⁵⁸.

6. ¿MAS ALLA DEL DERECHO DE ESTADO? CONCLUSIONES: DUDAS Y PREGUNTAS

Resumiendo, he aquí los puntos donde la imagen del derecho como Derecho de Estado muestra su debilidad, al menos en lo que concierne a los Estados de la Europa occidental:

i) El Estado ya no puede presentarse como «soberano» en el plano interno (en razón del creciente pluralismo social, de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos jurídicos, y de la evolución de un concepto de Constitución vinculado a derechos y principios morales) ni en el plano externo (al crearse ordenamientos jurídicos supranacionales que absorben competencias del ordenamiento nacional). El «soberano» no se presenta tanto como un sujeto, un ente, un «cuerpo», sino más bien como una red de comunicaciones cuyo fin es la formación de una voluntad pública universalizable y por ende vinculante, es decir, se presenta como un «procedimiento».

En los modernos Estados constitucionales difícilmente puede valer el principio de que *auctoritas non veritas facit legem*. De hecho, se trata de sistemas jurídicos donde la discrecionalidad del legislador está controlada (y limitada) tanto con referencia a principios y valores constitucionales como con referencia a la adecuación de la ley a su objeto, es decir, a su «razonabilidad». En otras palabras, podríamos decir que, por lo que concierne al menos a los sistemas jurídicos donde hay control judicial de la constitucionalidad de la ley, no es válido lo que Norberto Bobbio sostiene como principio supremo de la interpretación judicial: «dura lex sed lex»⁵⁹. Este principio —según el filósofo italiano— estaría confirmado por el hecho de que en los Estados de Derecho, en caso de conflicto entre los dos modelos ideales que dirigen la interpretación jurídica, el del «buen legislador» y el del «juez leal» (fiel a la ley), el

⁵⁸ Para una taxonomía de los sentidos del término «corporativismo», léase G. Tarello, «Corporativismo», en *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*, vol. 27: *Scienze Politiche I (Stato e politica)*, a cura di A. Negri, Feltrinelli, Milano, 1970, pp. 68-81. Aplicando el esquema de Tarello al derecho «reflexivo», éste podría representar una versión de corporativismo en su sentido «ideológico, jurídico, pluralista»: «In questa accezione, "corporativismo" serve a designare l'ideologia, o la concezione, o il modello di organizzazione giuridica, secondo cui deve accordarsi lo status di fonti (esclusive o concorrenti con altre) di produzione di diritto dell'ordinamento generale a "corporazioni" o "gruppi corporativi", o (come talvolta si è preferito dire) "istituzioni", che sono entità, tutte, individuabili in sede di registrazione o descrizione di fatti sociali, e che, al contempo, sono entità "giuridiche" autonome in quanto esprimono sia ordinamenti giuridici interni sia norme generali eventualmente reciprocamente confliggenti» (*ibid.*, pp. 70-71).

⁵⁹ Véase N. Bobbio, «Le bon législateur», en *Legal Reasoning. Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy (Bruxelles 30.8-3.9.1971)*, ed. by H. Hubien, Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 243-249.

segundo ideal (el del «juez leal») tendría la supremacía. Es decir, en el caso en que la ley no pudiese ser interpretada como acto de emanación de un sujeto justo y razonable, el juez, sin embargo, en virtud de su vinculación a la ley, tendría la obligación de aplicar dicha ley aunque ésta fuese injusta e irrazonable. Ahora bien, donde sea posible un mínimo control judicial de la constitucionalidad de las leyes, «juez leal» es precisamente aquel que defiende el ideal del «buen legislador», pues una de las pretensiones constitutivas de una Constitución democrática es la de ser portavoz de ideales de justicia y razonabilidad. La lealtad del juez se ejerce aquí no tanto respecto a la ley (al legislador) como respecto a la *buena ley*, es decir, a la Constitución y a sus principios (o sea, al «buen legislador»).

ii) Se pone en duda la posibilidad de una ciencia o teoría descriptiva del derecho que no presuponga ni conceptos holísticos (por ejemplo, cierto concepto de Derecho) ni conceptos culturales (por ejemplo, cierta noción de los derechos subjetivos o de los derechos humanos), que no pueden ser reducidos a contenidos de normas vigentes (a deberes sobre todo) en el sistema jurídico⁶⁰. Para describir o comprender lo prescrito por un sistema jurídico o incluso por una ley no parece posible renunciar a presupuestos extralegales y, de alguna manera, también extrajurídicos. Es decir, se pone en duda que la ley sea la única fuente de conocimiento del derecho, y así se acrecienta el escepticismo hacia el método iuspositivista que ha acompañado desde su nacimiento la forma política del Estado moderno y que ha contribuido a su establecimiento.

iii) Se pone en duda que un concepto simplemente descriptivo de derecho sea capaz de constituir un cuerpo de razones para actuar sin reenviar a, o presuponer, cierto concepto normativo del derecho. Se duda que sea posible pasar del «ser» de una norma (o, mejor dicho, del hecho de que una norma exista en un texto, sea respetada en una costumbre social, o sea dictada por cierta autoridad) al «deber ser» de la conducta que la norma prescribe sin tener en la cumbre de la estructura jerárquica de las normas (o del razonamiento normativo) una norma básica normativa: es decir, la *Grundnorm* kelseniana, pero ya no como instrumento o presupuesto cognoscitivo (que sirva para el conocimiento o la descripción de cierto derecho), sino como fundamento justificativo de la normatividad (de la fuerza de motivación) de las reglas dentro del sistema. Como es sabido, la *Grundnorm* kelseniana es una norma «hipotética», en el sentido en que es una norma que hay que «presuponer» si se quiere conocer cierto ordenamiento de reglas positivas. Kelsen la llama «presupuesto lógico trascendental». Sin embargo, y Kelsen lo admite, hay otras maneras de conocer el derecho (un ordenamiento de reglas) que no son estrictamente «jurídicas». Es posible un conocimien-

⁶⁰ Sobre la dificultad de reducir los derechos a deberes y a normas positivas, véase F. Laporta, «Sobre el concepto de derechos humanos», en *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 23 ss.

to sociológico del derecho. Pero si es así, ya la *Grundnorm* no tiene el mismo rango de presupuesto kantiano «lógico-trascendental», ya que se puede «conocer» también sin ella. Además, una norma «hipotética» como la *Grundnorm* no puede constituir una razón independiente para actuar. Para esto hace falta una norma «categórica».

Esta postura teórica, y la crítica a la *Grundnorm* kelseniana que implica, en cierta medida refleja el hecho de que el moderno Estado Constitucional, al distinguir claramente entre Constitución y legislación, y al estructurar la Constitución en términos de principios y derechos fundamentales, introduce *explícitamente* en el ordenamiento fuertes elementos morales y subordina el derecho positivo a principios de justicia y a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estos no son ya «súbditos», como todavía los define la dogmática moderna del derecho público (*der Untertan*, desde Gerber hasta Kelsen —sin pasar por Heinrich Mann—), sino *ciudadanos*. Sus derechos no se fundamentan, como sucede en la doctrina de Jellinek, sobre una situación de subordinación total al poder estatal. De hecho, nos enfrentamos, en el moderno Estado constitucional europeo, con un procedimiento opuesto. Las restricciones de las libertades individuales en el Estado constitucional se justifican preferentemente con el argumento de que tales restricciones sirven para garantizar las libertades fundamentales primigenias e inviolables de los individuos. A este respecto, el constitucionalismo contemporáneo renueva el vínculo con las doctrinas racionalistas del derecho natural que parecía disuelto de manera irreparable a causa de la mala voluntad del iuspositivismo. La dinámica entre Derecho de Estado y Estado de Derecho que se disfrazan y justifican mutuamente se rompe frente al desafío de unas Constituciones (y de unos jueces) que toman en serio los derechos de los ciudadanos y los principios de justicia.

iv) En fin, se pone en duda que el programa dominante del derecho sea el «condicional» sin caer en su opuesto (el programa «instrumental»). El programa condicional y el programa instrumental están ambos basados sobre las virtudes de un poder centralizado fuerte que, en el primer caso, garantice la autonomía de los sujetos y, en el segundo, realice directamente los fines que se estiman útiles o propios para el desarrollo de la sociedad y su bienestar. El derecho «reflexivo», y el programa «relacional», o el derecho «procesual», desafían esta centralidad del Estado y pueden ser los motores de un pluralismo jurídico efectivo donde las fuentes del derecho no sean sólo las del Estado.

Con respecto a estas teorías del «derecho reflexivo» se pueden plantear al menos dos preguntas. La primera concierne al sentido de las modificaciones jurídicas que fundamentan la afirmación de una tendencia evolutiva hacia el «derecho reflexivo». Recientemente, por ejemplo, Erhard Blankenburg ha subrayado el hecho de que las estrategias de reglamentación neocorporativistas, sobre cuyo nacimiento Teubner fundamenta su tesis del «derecho reflexivo» como reacción de deslegaliza-

ción, conllevan más bien una exigencia de legalización de áreas hasta tal momento no reguladas y dejadas a las vicisitudes de una lucha de fuerzas conflictivas. «What Teubner called “reflexive law” carries that notion: delegating so far legal conflict regulation to the social institutions concerned and considering law and legal institutions as a last resort only for those cases which resist self-regulation. However, the historical development to institutions of reflexive law has more often been the result of the reverse; to quote some examples forwarded by Teubner himself: the self-regulation of collective agreements in industrial relations or the handling of consumer complaints by informal easy-access institutions do not *replace* former legal regulation, but rather are attempts to formalize formerly unregulated areas of conflict»⁶¹.

La segunda pregunta es si, y en qué medida, se pueda afirmar que el Estado social liberal presupuesto por el «derecho reflexivo» exista concretamente en la realidad social y política de hoy. De todas maneras, lo cierto es que, si se quiere evitar, por un lado, la incongruencia entre derecho y sociedad (peligro ínsito en el «programa condicional») y, por otro lado, la superlegalización de la sociedad y la supersocialización del derecho (peligros ambos típicos del «programa instrumental», el primero más del Estado social autoritario y el segundo más del Estado social democrático»), hay que tener en cuenta las posibilidades ofrecidas por el modelo del «derecho reflexivo».

⁶¹ E. Blankenburg, «Legal Cultures Compared», en *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*, ed. by V. Ferrari, Giuffrè, Milano, 1991, p. 97.

