

Justicia, gobernanza y legalidad

Dr. Fernando Galindo*

Sumario: Introducción; Gobernanza; La referencia legal; Las razones de la gobernanza; La gobernanza como preferencia: algunos problemas; Legalidad; Prolegómenos; Sobre el positivismo jurídico: nacimiento, apogeo y declive; La crítica al positivismo jurídico; Justicia; Prolegómenos; Las teorías; La aplicación de las teorías de justicia; Conclusión.

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto la consideración de lo que se entiende por gobernanza, expresión en la que se resume la puesta en práctica del ideal de eficiencia y las reglas consiguientes, y su efectiva expansión como práctica institucional, así como la presentación de algunas de las consecuencias negativas que para la legalidad y, especialmente, para la justicia, se derivan de una puesta en acción de los principios y técnicas propios de la gobernanza antes que los de legalidad y justicia.

Palabras clave: Gobernanza; Legalidad; Positivismo jurídico; Justicia; Concepto comunicativo de Derecho

Abstract: The paper has for object the consideration of what is governance, expression in which is summarized the setting in practice of the ideal of efficiency, and its effective expansion like institutional practice, as well as the presentation of some of the negative consequences that for the legality and, especially, for the justice, are derived of a setting in action of the principles and technical characteristic of the governance with preference to those of legality and justice.

Keywords: Governance; Legality; Legal positivism; Justice; Communicative concept of Law.

Introducción

De un tiempo a esta parte los responsables de todo tipo de instituciones públicas y los técnicos que les asesoran tienen que tomar decisiones justificadas en la legalidad y la eficiencia/gobernanza, a diferencia de lo que sucedía hasta no hace mucho cuando el principio de legalidad: la validez de las normas aplicables, era el único que solía utilizarse en apoyo de las mismas.¹

Ello tiene que ver con la circunstancia de que cada vez se gobierna más atendiendo a los criterios que proponen la economía y otros recursos de ayuda a la decisión utilizados por expertos de todo tipo y no sólo juristas.

* Doutor em Direito Profesor Titular de Filosofía del Derecho Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza.

¹ La referencia para el uso de estas técnicas son las políticas desarrolladas por el Gobierno de Margaret Thatcher en el Reino Unido desde los años ochenta del siglo pasado.

Estas son las consecuencias de la generalización en prácticamente todas las instituciones públicas, sea el que sea su carácter institucional, es decir realicen funciones de carácter legislativo, ejecutivo y judicial, de las mismas, de la utilización de lo que se vienen a denominar principios de acción propios del uso de las técnicas que integran la nueva gestión pública (new public management).

La cuestión no tendría mayores inconvenientes: si con ello, por ejemplo, se realizara un gasto responsable de la recaudación pública obtenida por los impuestos, atendiendo a lo que el Parlamento aprueba mediante las leyes correspondientes, se cumpliría perfectamente la “voluntad general” expresada en la ley, haciéndose con ello un buen uso de dichos fondos públicos al satisfacerse el encargo legal y al mismo tiempo el principio de la eficiencia o eficacia, que es justo se reclame a cualquier entidad y mucho más si es pública a efectos de que se haga el uso más adecuado de lo recaudado y de los bienes escasos con los que toda sociedad cuenta.

El problema viene cuando el ciudadano observa en la práctica que esta previsión no se produce: que las instituciones no son eficaces, que se extienden los casos de corrupción, que políticos y técnicos asesores se sientan en el banquillo de los acusados en Juzgados y Tribunales con cierta frecuencia, que decisiones eficaces no son legales...

Algunos de estos problemas tienen su origen en la circunstancia de que los responsables de las acciones políticas ponen en su puesta en práctica, en ocasiones, mayor énfasis en la satisfacción de la eficiencia que en la de la legalidad. En otras ocasiones en el “olvido”, por razón de la prevalencia del criterio de eficiencia, de los principios de funcionamiento del Estado de Derecho que, en una u otra instancia, reclaman la audiencia y la participación de los ciudadanos en determinados trámites, o, simplemente, en virtud de la aplicación del principio de separación de poderes, la intervención de otra instancia pública de orden local, autonómico o central, también la de los órganos de control de la gestión del gasto público. En otras ocasiones el problema procede de un estricto cumplimiento de las palabras de la ley: de su validez, sin conocer con detalle cuáles son las características del contexto o del caso en relación al que las mismas se han de ejecutar.

Es conveniente por lo expresado hasta aquí realizar una reflexión sobre la temática planteada fijándonos en lo siguiente:

1) la consideración de lo que se entiende por gobernanza, expresión en la que se resume la puesta en práctica del ideal de eficiencia y las reglas consiguientes, y su efectiva expansión como práctica institucional, así como la presentación de algunas de las consecuencias negativas que para la legalidad y, especialmente, para la justicia, se derivan de una puesta en acción de los principios y técnicas propios de la gobernanza antes que los de legalidad y justicia,

2) reseñar las deficiencias que conlleva el no asumir la circunstancia de que legalidad y gobernanza son criterios de acción conjuntos, de inevitable seguimiento por las instituciones públicas, por parte de quienes continúan explicando (desde el siglo XIX, escudándose en el uso de la expresión positivismo jurídico) que la legalidad, y el principio de validez, es el único marco de referencia para poner en práctica y legitimar las actividades propias de las instituciones públicas, no entrando a considerar la particularidad y complejidad de dichas actividades, justificando con ello en los decisores la prevalencia del uso de decisiones eficaces basadas en razones propias de las diversas técnicas que las apoyan, dada la escasa fundamentación de la eficiencia que facilitan las leyes y, especialmente, la interpretación formal/exegética/positivista de las mismas que realizan los técnicos, los juristas, encargados de su cumplimiento, y

3) exponer que las dificultades y contradicciones anteriores pueden superarse si se realiza una actuación pública (política y técnica) coherente con la complejidad propia de las decisiones políticas (y técnicas), en definitiva si se tiene en cuenta que en las actividades públicas han de quedar satisfechos conjuntamente los principios que integran la justicia (entendida como participación), la gobernanza y la legalidad.

De todo ello nos ocupamos en este trabajo estableciendo al final una conclusión

Gobernanza

La validez ha sido, y por lo general lo sigue siendo, el criterio básico de referencia para legitimar las decisiones adoptadas por los responsables de las instituciones públicas. La prueba de la validez de una propuesta para con decisiones concretas es el trabajo realizado por los juristas en cuanto que asesores de las instituciones. Ello es así porque está establecida la práctica, basada, sin duda, en el principio constitucional de la necesidad de motivación de toda decisión pública, es decir de la obligación de justificación legal de todo tipo de normas o decisiones jurídicas, de estimar cual o cuáles son las normas jurídicas alegables en cualquier actividad profesional mediante la comprobación de su validez, es decir de si han sido emitidas por la autoridad legitimada para crearlas, una vez comprobada su vigencia. Por ello el criterio o modelo jurídico básico de acción es el razonamiento sobre la legitimidad de la autoridad que detenta quien han emitido la disposición². Es ésta la propuesta clásica que se hace por el estudio del Derecho denominado positivismo jurídico, concretada con auxilio de la ciencia del derecho entendida como dogmática.

² “Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida es una norma jurídica válida si ha sido creada de acuerdo con el procedimiento establecido y por el órgano competente”. Ver M. Segura, “**Sobre la noción de validez**”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VII, 1990, p. 323.

A este criterio de legitimación se le va añadiendo otro más que es el de la gobernanza (“governance” en inglés), que en la práctica, especialmente en el ámbito anglosajón: en español se habla sobre todo de calidad, sustituye a la expresión eficacia³. Ello sucede a partir de diferentes iniciativas y especialmente desde el momento, finales de los sesenta del siglo XX, en el que en el ámbito de acción de los Gobiernos: las Administraciones Públicas, también en el de los Jueces en los Juzgados y Tribunales, se utilizan criterios de eficacia para medir y valorar el alcance de las actividades desarrolladas por las respectivas instituciones, tal y como sucede en el ámbito empresarial⁴.

Es por ello que hoy se entiende que la norma a aplicar en un caso concreto además de ser válida –emitida o “puesta” por la autoridad competente- ha de ser adecuada para la gobernanza, o lo que es lo mismo, tal y como la considera la Real Academia de la Lengua, al “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. Ello supone entender, desde la teoría del conocimiento, que la gobernanza está integrada por el conjunto de procesos y sistemas con los que un Gobierno, institución u organización actúa.

Sobre el grado de expansión y aceptación de la idea de gobernanza da cuenta el hecho de que la Unión Europea le ha dedicado, incluso, una Comunicación: “La gobernanza europea: un libro blanco”, fechada el 25.7.2001⁵. Esta norma propicia que la gobernanza, “el arte o manera de gobernar” basado en “cinco principios políticos: **apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia**”⁶ sea la regla de comportamiento político común a la acción de los Estados, instituciones de la Unión Europea, organizaciones no gubernamentales y ciudadanos.

Observemos que la Unión Europea se fija en la justicia en primer lugar; es decir en que la gobernanza permite en mayor medida la justicia o la democracia al fomentar: primero, la apertura, segundo la participación o democracia, tercero la responsabilidad y, ya en segundo nivel, la eficacia y la coherencia. Para interpretar correctamente esta definición ha de tenerse en cuenta que la gobernanza entendida como apertura y participación ha tenido y tiene una gran importancia como instrumento de gobierno europeo al tener que convivir el poder de los Estados con el de la Unión: Consejo y Parlamento sin la existencia de una Constitución que vaya más allá de la compartición de poder. En los Estados miembros la situación es diferente, al contar ellos con todo el poder político que les da su respectivo ordenamiento,

³ Sobre la eficacia como objeto de estudio de la teoría del derecho ver: L. Hierro, **La eficacia de las normas jurídicas**, Ariel, Barcelona, 2003.

⁴ La tendencia general se concretará en España a finales de los noventa y comienzos del siglo XXI

⁵ Bruselas, 25.7.2001, COM (2001) 428 final **LA GOBERNANZA EUROPEA UN LIBRO BLANCO**,

⁶ *Ibidem*: p. 37.

respetando siempre los límites que ya establece el ordenamiento europeo. Todo lo cual no puede hacernos olvidar la diferencia entre validez y gobernanza como modelos o criterios de acción para juristas, y, además, que, como hemos expresado, la gobernanza, en la práctica de los Estados o en la de cualquier otra institución, puede tener dos interpretaciones: por un lado la centrada en procurar eficacia y coherencia, y por otro la centrada en promover justicia: apertura, participación y responsabilidad.

En la Comunicación mencionada también, manifestándose explícitamente sobre la distinción entre validez y eficacia, dice la Comisión: **“la vía legislativa constituye a menudo tan sólo una parte de una solución más amplia**, que combina normas formales con otros instrumentos no vinculantes, como recomendaciones, directrices o incluso instrumentos de autorregulación dentro de un marco acordado conjuntamente. Esta circunstancia subraya la necesidad de un elevado grado de coherencia entre los distintos instrumentos utilizados, así como el cuidado que debe ponerse en su elección.”⁷ (el resaltado es de la Comunicación)

Estas consideraciones responden a una realidad indudable. Aquí nos vamos a fijar en dos ámbitos de gobernanza: el que tiene lugar en España en la actividad de las Administraciones Públicas y en el de la actividad de la Administración de Justicia, o lo que es lo mismo la puesta en realidad de actividades propias del poder ejecutivo y del judicial. En concreto vamos a reflejar:

1. alguna referencia legal sobre la justificación de dichas actividades,
2. la razón de la gobernanza, es decir: las características más significativas de las demandas sociales propias de las sociedades actuales hechas a las actividades de las instituciones públicas, y que son en la actualidad básicamente: globalización, seguridad de las comunicaciones y multiculturalismo, y
3. algunos problemas que aparecen en la práctica por el hecho de que en ocasiones se pone excesivo énfasis en que la gobernanza o la eficiencia son criterios preferentes de acción para las instituciones públicas, cuestionándose el texto de las leyes al proponerse, incluso, que su cumplimiento es una barrera a la introducción de medidas de gobernanza o eficiencia en la práctica de las Administraciones Públicas.

La referencia legal

Podemos definir a los poderes públicos del Estado de Derecho como a todas las instancias o instituciones que tienen encomendado por los ciudadanos el ejercicio

⁷ Ibidem: p. 23.

del gobierno, la gobernanza, contando con los recursos y la fuerza que ello implica, entre otras las reglas establecidas por la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

En concreto dichas instancias se ocupan, esencialmente, siempre en el marco de acción del Estado, del ejercicio del poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Como hemos dicho en este trabajo tenemos presentes:

1. las características o principios del ejercicio del poder ejecutivo o reglamentario por las Administraciones Públicas en distintos ámbitos de gobierno (local, autonómico, nacional e internacional), como ejemplo especialmente significativo que cabe tomar como punto de referencia para las actividades del resto de los poderes y por ello de las actividades de los profesionales del derecho, y
2. la acción de los profesionales del derecho en relación a la Administración de Justicia

Recordemos que dichos principios fundamentales, obligaciones o guía de las actividades de los poderes públicos, caso Administraciones Públicas, para con los ciudadanos son, desde que los mismos se han hecho realidad como exigencias a partir de los planteamientos teóricos renacentistas e ilustrados de organización del poder político, los siguientes.

En primer lugar el de gobernar ejecutando el contenido de las leyes y otras medidas reglamentarias adoptadas por el Parlamento o por los órganos competentes para dictar normas. Ha de tenerse en cuenta que las actividades gubernamentales se realizan o bien a solicitud de los ciudadanos o bien por iniciativa de los propios órganos e instituciones que integran la Administración Pública.

La segunda referencia de su acción está constituida por la satisfacción del control democrático de su ejercicio y gestión por las correspondientes instituciones, prescritas por la Constitución y el ordenamiento: incluida la acción de los tribunales. Es esta exigencia coherente con los principios democráticos aceptados por el Estado de Derecho.

La tercera referencia es la gobernanza. Su contenido depende del importante cambio que se ha producido en la gestión o gobernanza o ejercicio del Gobierno en los últimos años y que se refiere, especialmente, a la introducción de criterios de calidad en las actividades de las Administraciones Públicas y de la Administración de Justicia.

Fijémonos en que es ello lo que se recoge, en este sentido, en referencia a las Administraciones Públicas, en el Preámbulo del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la

Administración General del Estado (BOE 03-09-2005): “El objeto de este Real Decreto se refiere al diseño de un marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado que permite integrar de forma coordinada y sinérgica una serie de programas básicos para mejorar continuamente los servicios, mediante la participación de los distintos actores interesados: decisores políticos y órganos superiores, gestores y sociedad civil”. Esta es una expresión normativa de la gobernanza a la que nos hemos estado refiriendo desde el comienzo de este trabajo.

En lo referido a la Administración de Justicia, en España el Pacto de Estado para la reforma de la Administración de Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001, sostiene los principios que articulan las distintas cláusulas del Pacto dirigidas a dicha reforma, que en mayor o menor medida se están adoptando en forma de regulación legislativa y también código de práctica, de la siguiente forma: “Se persigue que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales”.⁸

A continuación hacemos más explícito el contenido de estas propuestas regulativas diferenciando entre el ámbito de las Administraciones Públicas y el de la Administración de Justicia.

Administraciones Públicas

Como decíamos la expresión de la gobernanza o calidad en relación a las actividades de las Administraciones Públicas queda recogida en el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio al mencionar como fundamento legal del mismo... “El concepto de calidad que se prevé en este Real Decreto deriva,..., de los principios recogidos en los artículos 3 y 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado...”.

Pese a la afirmación reseñada la norma no define concretamente qué es la calidad. Simplemente establece (art. 2) que “El marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado está integrado por un conjunto de programas para mejorar la calidad de los servicios públicos, proporcionar a los po-

⁸ Vease el Preámbulo del Pacto.

deres públicos información consolidada para la toma de decisiones al respecto y fomentar la transparencia mediante la información y difusión pública del nivel de calidad ofrecido a los ciudadanos”. Se entiende con ello que el grado de calidad de la acción de la Administración General del Estado se ha de medir por el grado de su puesta en práctica de los programas orientado a la mejora de dicha calidad.

Aquí ha de hacerse notar, por tanto, que los objetivos de la norma quedan limitados a: mejorar la calidad de los servicios, proporcionar información a los poderes públicos y fomentar la transparencia a los ciudadanos. Observemos que no se hace mención, a diferencia de lo que sucede en el caso de la gobernanza de la Comunicación de la Comisión Europea que mencionábamos al comienzo de este apartado, a la justicia: a la participación o control democrático por los ciudadanos de la actividad de las Administraciones Públicas

El conjunto de medidas queda establecido y especificado por la norma (art. 3 y siguientes) al regular que los programas de calidad son:

- a) Programa de **análisis de la demanda y de evaluación de la satisfacción de los usuarios de los servicios.**
- b) Programa de **cartas de servicios.**
- c) Programa de **quejas y sugerencias.**
- d) Programa de **evaluación de la calidad de las organizaciones.**
- e) Programa de **reconocimiento [premio]**
- f) Programa del **Observatorio de la Calidad de los Servicios Públicos.**

El contenido de dichos programas queda resumido en el Preámbulo del Decreto al decirse:

“Así, por lo que se refiere a las cartas de servicios [el artículo 8,1, las define de la siguiente manera: “Las cartas de servicios son documentos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos, organismos y entidades de la Administración General del Estado informan a los ciudadanos y usuarios sobre los servicios que tienen encomendados, sobre los derechos que les asisten en relación con aquellos y sobre los compromisos de calidad en su prestación”], se prevé la posibilidad de establecer medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, sin que puedan dar lugar a responsabilidad patrimonial, de realización de verificaciones y certificación y de elaborar, en su caso, cartas interorganizativas o interadministrativas. A su vez, el programa de quejas y sugerencias, antes incluido en el Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los servicios de información administrativa y atención al ciudadano, se integra plenamente en el marco para la mejora de la calidad ahora establecido como una herramienta de

detección de la voz del usuario y de mejora continua. En el programa de evaluación de la calidad de las organizaciones, se aclaran los papeles respectivos de la autoevaluación y la evaluación externa y sus correspondientes procedimientos. El programa de reconocimiento amplía el ámbito de aplicación de los premios a todas las Administraciones públicas e introduce otra forma de reconocimiento como es la certificación del nivel de excelencia.

Por su parte, los programas de análisis de la demanda y evaluación de la satisfacción y del Observatorio representan una importante innovación. En el primero se regulan por primera vez de forma explícita las prácticas de consulta a los usuarios de los servicios, mediante el empleo de técnicas y metodologías de investigación social homologables y consolidables en el conjunto de la Administración General del Estado y asociando sus resultados al desarrollo de otros programas del marco general, como son las cartas de servicios, la evaluación de la calidad de las organizaciones y el Observatorio de la Calidad.

Por último, con el Observatorio de la Calidad de los Servicios Públicos, como dispositivo global, participativo y transparente para integrar la información procedente de los otros programas, así como de la percepción social acerca de los servicios públicos, se recupera y recrea un proyecto que se lanzó en 1993 y que supuso en su día una iniciativa pionera no solo en España, sino a escala europea.”

Importa reseñar aquí que, con independencia de su déficit: su mayor o menor acomodo a los principios democráticos, la entidad del enunciado de los programas explica ya, de una forma aproximada, cómo el ámbito de acción de las Administraciones Públicas, tal y como decíamos, no está deslindado simplemente por el texto de la ley y las normas en su desarrollo. Son, también, los programas de calidad o gobernanza mencionados los que establecen y concretan dicho ámbito, delimitando el terreno de acción de los profesionales del derecho que trabajan en las Administraciones Públicas, o los que en defensa de los derechos de los ciudadanos establecen asesoramiento a los mismos.

Administración de Justicia

El Pacto español para la reforma de la Administración de Justicia avanza en un sentido similar al que se prevé como marco de acción de las Administraciones Públicas, atendiendo a la circunstancia de que, como es sabido, si bien la reforma de las Administraciones Públicas en España se está produciendo ininterrumpidamente desde la segunda mitad del siglo XX, la reforma decidida de la Administración de Justicia es más reciente. Ha de recordarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil del

año 2000,⁹ fundamental en este ámbito, sustituyó a la Ley de Enjuiciamiento promulgada en el siglo XIX (1881).

De que la gobernanza también está presente en la Administración de Justicia dan cuenta los siguientes textos seleccionados del contenido del Pacto para la Administración de Justicia de 28 de mayo 2001.

En el Preámbulo del mismo se dice al especificar sus objetivos, anteriormente resumidos, lo siguiente:

“Ello conforma un reto de interés general que debe ser afrontado con un proyecto global, que acometa decidida y sistemáticamente el fondo de los problemas y dote de coherencia, estabilidad y permanencia a las múltiples reformas que resultan precisas. **Un nuevo modelo de conjunto que trascienda intereses coyunturales y excluyentes, y se asiente sobre soluciones integrales y perdurables, con el norte puesto en las necesidades de los ciudadanos y en los desafíos de la sociedad avanzada y democrática española del Siglo XXI.**

Todo ello afecta no sólo al buen funcionamiento y la mayor eficacia de un servicio público capital, sino también a la calidad democrática y el bienestar social y a elementos sustanciales de nuestro Estado social y democrático de Derecho como la garantía de derechos de los ciudadanos o el sometimiento de todos los poderes a reglas objetivas recogidas en la Leyes.” (los resaltados son nuestros)

En el contenido del Pacto se establecen acuerdos sobre reforma de instituciones (Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Tribunales Superiores de Justicia, Juzgados y Tribunales), reformas de estatutos y formación de jueces, fiscales, secretarios, personal de la oficina judicial, abogados, procuradores, la coordinación con las Comunidades Autónomas.... Todos ellos dirigidos a alcanzar los fines generales de gobernanza señalados, u otros más específicos, pero de necesario cumplimiento, como son los referidos a la oficina judicial.

En efecto. Fijémonos en que cuando se habla de la oficina judicial se dice lo siguiente:

“Se reformará en profundidad la Oficina Judicial, modernizándola de manera que ofrezca una atención de calidad a los ciudadanos.

El nuevo diseño de la Oficina judicial se inspirará en los siguientes principios (los resaltados son nuestros):

- a) **Atención de calidad al ciudadano...**
- b) En la **nueva estructura**, que modifica el modelo tradicional de Oficina Judicial, se diferenciarán **los servicios de apoyo directo y atención espe-**

⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Entró en vigor el 1 de enero de 2001.

cializada a cada órgano judicial de los servicios comunes o compartidos por distintos Jueces y Tribunales de un mismo territorio.

- c) **Se delimitarán claramente las funciones de cada uno de sus integrantes** para asegurar el correcto cumplimiento de las mismas. Es necesaria una reforma en profundidad que abarque todos los Cuerpos que desarrollan su actividad en este espacio. Se potenciará la figura del Secretario Judicial....El **Secretario responsable de los servicios comunes, tendrá conocimientos técnicos cualificados en capacidad de gestión.** Se introducirán las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico adecuado para la identificación de tareas y niveles de responsabilidad. Se introducirá la figura del monitor de informática como personal cualificado y especializado. En cuanto al personal al servicio de la Administración de Justicia se estudiará la posibilidad de simplificar la actual complejidad de los cuerpos de funcionarios, permitiendo así una carrera administrativa y un nuevo sistema de asignación de puestos de trabajo.
- d) Se modernizarán los métodos de trabajo. La modernización, informatización y ofimaticización de la Oficina Judicial responderá a criterios de flexibilidad y realismo. Los servicios comunes aprovecharán mejor los recursos, uniformarán tareas y optimizarán las bases de datos. **Se introducirán técnicas de gestión de personal y de tareas.** Se implantará de manera generalizada el uso de las nuevas tecnologías y se mejorarán los medios materiales dispuestos a tal fin. Se modificará el art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pasando de la “posibilidad” de uso de los medios informáticos y telemáticos a la “obligatoriedad” de la implantación y uso de estos sistemas en todos los Organos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia”

Obsérvese que las medidas previstas hacen mención especialmente al logro de la eficacia. Las medidas, con dicha orientación, ya se comienzan a poner en funcionamiento: lo primero fue el establecimiento de un Código de prácticas para el uso por la Administración española de Justicia de sistemas informáticos y de telecomunicaciones; el Código integra la Instrucción 2/2003 de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, sobre Código de Conducta para usuarios de equipos y sistemas informáticos al servicio de la Administración de Justicia¹⁰. Lo segundo está siendo la realización del denominado Despliegue de la Nueva Oficina Judicial que se realiza desde mayo de 2005 en las once ciudades seleccionadas por el Ministerio de Justicia para la primera fase del plan de implantación.¹¹

¹⁰ BOE de 10 de marzo de 2003.

¹¹ La información relevante sobre los pasos a dar se encuentra en : www.justicia.es, Administración de Justicia, Oficina Judicial: manual Despliegue de la Nueva Oficina Judicial (consultado el 23 de septiembre de 2007).

A continuación también se preveía, en forma complementaria a lo anterior, que: “Una ‘**Carta de Derechos de los Ciudadanos**’ ante la Justicia, que atienda a los principios de transparencia, información y atención adecuada, establecerá los derechos de los usuarios de la Justicia”.

La “Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia”, fue una proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios el 16 de abril de 2002. La Carta trata de responder a las expectativas de los ciudadanos que, cada vez en mayor medida, reclaman la modernización y eficacia del servicio público de la administración de Justicia.¹²

Es de destacar el reiterado uso en el ámbito judicial de la expresión democrático así como el establecimiento de la Carta de Derechos de los Ciudadanos. Expresiones que atienden a la circunstancia de que los principios democráticos son los propios de las instituciones del Estado de Derecho a respetar en su práctica habitual por todos los poderes. Como hemos señalado la expresión es usada en este ámbito en mayor medida que en el ámbito administrativo.

Las razones de la gobernanza

A lo expresado hay que añadir que este ejercicio público y sus posibilidades ha de completarse hoy no sólo con la voluntad de los poderes públicos sino también con las consideraciones hechas a continuación, que proceden de los requisitos, comúnmente aceptados, que emanan de las exigencias y características de la sociedad actual en lo referido a las modificaciones que al ejercicio del poder público requieren hechos como los siguientes: la globalización, la seguridad de las comunicaciones y el multiculturalismo, cuyas características básicas y exigencias quedan delimitadas, brevemente, en las siguientes páginas.

Globalización

Como decíamos la atención a la gobernanza no depende simplemente de la circunstancia del reconocimiento jurídico alcanzado. Es más un elemento fáctico importante que reclama atención por parte del legislador, el poder ejecutivo y el poder judicial. Es el hecho de que a partir de los años 80, desde muy avanzada la segunda mitad del siglo XX, se hace patente en todos los países desarrollados que la realidad “formal” jurídica ha de convivir con otra: con el hecho de que los poderes

¹² Se encuentra en http://www.juecesdemocracia.es/pdf/carta_derechos.pdf (consultado el 23 de septiembre de 2007).

públicos desarrollan sus actividades en un contexto configurado por otro tipo de poder: el económico, el de las empresas, porque tanto en el ámbito de actuación local, como en el regional, como en el estatal como en el internacional, tiene tal fuerza tal tipo de poder que ha hecho denominar a nuestra sociedad, también, la de la “globalización”.¹³

No en vano se habla de una nueva gestión pública (New Public Management), expresión en la que se resume la circunstancia de que desde los años 80 se introducen criterios económicos y gerenciales en la práctica de las Administraciones Públicas a partir de experiencias y propuestas hechas en Reino Unido, países escandinavos y Estados Unidos, fundamentalmente, que progresivamente están extendiéndose en todos los países. Esta “nueva gestión pública”¹⁴ establece como objetivo de dichas actividades la satisfacción de criterios de “eficacia” -la novedad- al mismo tiempo que el cumplimiento de los objetivos de servicio público propios de las Administraciones Públicas de sociedades democráticas: los principios recogidos por el ordenamiento de los Estados de Derecho desde finales del XVIII hasta nuestros días. Esto ha hecho que se generalice en las Administraciones Públicas el uso de técnicas y prácticas de gestión y gobierno propuestas por las ciencias sociales y económicas por los agentes encargados de la puesta en acción en la vida diaria de los poderes públicos, en cuanto todas ellas son mecanismos auxiliares inevitables para la utilización de los recursos y

¹³En la actualidad nada está al margen de lo que se ha dado en llamar la globalización y por supuesto tampoco lo están ni el Derecho, los textos jurídicos: las normas, ni las actividades que realizan en el ejercicio de su trabajo los profesionales del Derecho. Una definición. La Real Academia de la Lengua Española define la globalización como “la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”. Esta globalización tiene implicaciones jurídicas. Ello es así porque no decimos nada nuevo cuando afirmamos que la globalización está presente en el hecho de que, en muchas ocasiones, los profesionales del Derecho tienen que realizar sus actividades atendiendo a que sus clientes proceden de países distintos a los de los que son originarios los profesionales. Igualmente las normas, dictadas por el legislativo o el ejecutivo de países concretos, estableciendo como objetivo la regulación de conductas de los nacionales de dichos países, implican en su aplicación, en cambio, a nacionales de otros países. Pensemos, por ejemplo, en la normativa sobre seguridad social referida a asistencia sanitaria. En relación a ello sabemos que las prestaciones de los hospitales se realizan a personas que no son ciudadanos del país donde han sido dictadas y pagadas con cantidades que proceden de salarios laborales o de aportaciones estatales. Estas prestaciones se realizan, en ocasiones, a personas que proceden de países con los que existe un convenio de reciprocidad, en otras ocasiones no sucede esto. En otras ocasiones no existe ni seguridad social. El desarrollo de los medios de transporte, la existencia de medios de comunicación que presentan estilos y modos de vida deseables para los que habitan en otros países, las desigualdades sociales, el desarrollo del comercio internacional, los índices demográficos, la privatización de las normas: en buena medida obra de las decisiones de las multinacionales (J.R. Capella, “La globalización: ante una encrucijada político-jurídica” en *Law and justice in a global society*, Granada, 2005, p.19s: Davos, la comisión Trilateral)... son, entre otras, algunas de las razones que hacen patente las implicaciones de la expresión globalización y su amplio alcance y realidad en prácticamente cualquier lugar del mundo desde la segunda mitad del siglo XX.

¹⁴ Ver, entre otros: M. Barzelay, **The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue**, University of California Press, 2001, pp. 2-3.

procedimientos propuestos por la nueva gestión pública. Ello implica la aparición de nuevas guías del comportamiento de los agentes de dichas Administraciones al deber éstos tener como referencia de los mismos las leyes, la referencia tradicional, y los contenidos, recursos y propuestas de las técnicas de gestión.

Recordemos que en la sociedad liberal del XIX y primera mitad del XX no ocurría esto. En esa sociedad se establecía una separación entre el ámbito de acción del mercado: de las empresas, y el de los poderes públicos. Los últimos tenían por objetivo velar por el cumplimiento de la ley, siendo en este sentido residuales: se limitaban a intervenir poniendo en acción la fuerza del Estado como policía en el caso de que se violentara las reglas del mercado. Al menos esto decían las teorías y ello quedaba regulado en los documentos jurídicos: las Constituciones a la cabeza. De ahí, completamos, el positivismo jurídico y su relevancia. Ahora el panorama es distinto: ya no sólo es que se admite que el poder público ha de intervenir, como se propugnaba desde posiciones de carácter social desde finales del XIX, sino que se admite que el mercado a través de sus reglas, técnicas, agentes, organizaciones ciudadanas, sindicatos y las empresas, es un activo protagonista de cualquier actividad social: incluso de la de las Administraciones Públicas, debiendo éstas tener como principios rectores de sus actividades: la calidad, la mejora de sus servicios, la rapidez y la eficacia, como resaltan las regulaciones citadas en el anterior apartado, expresando en dichas palabras las exigencias que se hacen a las empresas y sus servicios

Esto supone reconocer que como consecuencia de esta política se hace preciso tener en cuenta de una u otra forma el poder de las empresas o los intereses económicos en el ejercicio de las actividades públicas. Y ello ya no sólo porque sus reglas de acción se tomen como propias de las Administraciones Públicas sino, además, porque es una realidad la circunstancia de que el poder económico tiene tal dimensión que en muchas ocasiones desborda, superándolas, las posibilidades de acción de los poderes públicos, debiendo los últimos tener en cuenta e incluso atender en su acción a las políticas de alcance universal que en su propio interés adoptan dichos poderes económicos, de carácter internacional en buena parte de las ocasiones. Es sabido que estos poderes económicos: empresas, tienen en ocasiones mayores recursos que los que tiene la mayoría de los Estados. Lo cual es todavía más cierto en lo que respecta a la vida de municipios, regiones o autonomías

Seguridad de las comunicaciones

Quede claro que al panorama hasta aquí expresado no le obsta la circunstancia de que desde los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 el poder de los poderes públicos, especialmente el de las Administraciones Públicas: servicios de seguridad y policiales, se haya incrementado en todo aquello que tiene que ver con su capacidad para realizar una

clara identificación de las personas y el establecimiento de medidas de seguridad para con los individuos, a efectos de que los poderes públicos tengan capacidad suficiente para prevenir, y reprimir en su caso, mediante el control de las comunicaciones realizadas entre determinadas personas la comisión de posibles ataques de carácter terrorista a las instituciones públicas y las organizaciones políticas, económicas y sociales.¹⁵ Esta circunstancia, o lo que es lo mismo el incremento del poder de control de los cuerpos de seguridad, no disminuye el de las empresas, al contrario incrementa su grado de expansión al reducir los riesgos de sus actividades y las de la sociedad en general, incluyendo las de las Administraciones Públicas, incrementando el fenómeno de globalización.

Multiculturalismo

Otra característica que establece el contexto a la acción de las Administraciones Públicas es el multiculturalismo¹⁶. Esto es lo mismo que decir: la existencia de una

¹⁵ Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 13 de abril de 2006

¹⁶ La globalización y el multiculturalismo son dos realidades relacionadas. El aumento de las desigualdades económicas en el mundo ha conllevado la emigración desde las zonas menos desarrolladas hacia las más prósperas, lo que ha supuesto la llegada a los países occidentales de gentes con diversas culturas. Pero, al mismo tiempo, la globalización, en tanto encarnación del neoliberalismo económico, ha supuesto la erosión del Estado del Bienestar y de muchos derechos sociales y, en consecuencia, ha aumentado las desigualdades en el interior de los países desarrollados. De esta forma la integración socioeconómica y cultural de los inmigrantes se ve dificultada: queda en especial evidencia su particularidad cultural. Como resultado, se perfila un escenario con muchas sombras para la convivencia multicultural y la justicia social. Por que es cierto: si la globalización existe, también sucede lo mismo con aquello que llevan implícitas la convivencia y coexistencia en contextos “globales”: el multiculturalismo. Es decir se da la circunstancia de que hasta en lugares aislados, en los que tradicionalmente existía consciencia de que la cultura propia, heredada, era la única, ello ya no es posible en la actualidad. Hoy los medios de comunicación, e incluso la propia convivencia, evidencian que existen otras culturas, que son puestas en realidad por personas que visten de una forma diferente, que tienen un estilo de comer diferente, que piensan en forma diferente, que tienen una religión distinta a la propia. Esta pluralidad cultural interfiere, como es natural, en las actividades de los juristas. Ha de pensarse que los conflictos sociales, a cuya solución está avocada la organización jurídica y sus agentes, son protagonizados por todo tipo de personas que viven en una determinada sociedad, y que las particulares culturas de los protagonistas del conflicto han de ser atendidas y respetadas en su solución, sea dicha solución alcanzada por mecanismos de carácter judicial o extrajudicial. O también sean resueltos en el ámbito administrativo mediante la actuación de organismos gubernamentales de asistencia social. La atención a las particularidades y a la pluralidad cultural es, por otra parte, consecuencia de las propias características de la organización democrática, propia del Estado de Derecho, recogida en textos jurídicos desde finales del XVIII en Europa y hecha realidad, progresivamente, a lo largo del XIX y durante el siglo XX, que exige garantizar los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad de trato, en consecuencia con el derecho a participar en el gobierno que tienen todas las personas por el hecho de serlo, tal y como recogen las constituciones de prácticamente todos los países.

pluralidad de culturas propias de los miembros que conviven en las sociedades especialmente desarrolladas. Pluralidad que es reflejo del hecho de que, en coherencia con la globalización y la existencia de polos económicos ciertos de atracción a ciudadanos de todo el mundo, existen en dichas sociedades personas de variado origen cultural que ocupan puestos de trabajo que no son ocupados por sus nacionales.

Estas personas son, por lo general, originarias de otros países en los que no existen suficientes recursos para subsistir. Ello genera como característica general de nuestras sociedades, especialmente de las más desarrolladas, la del multiculturalismo. O lo que es lo mismo la existencia en los países desarrollados de ciudadanos originarios de otros países o culturas que conviven en los mismos realizando buena parte de los trabajos no queridos por sus nacionales, sin que, en muchos casos, los primeros gocen de los mismos derechos reconocidos que los segundos.

Todo lo cual no impide admitir que las Administraciones Públicas están obligadas a ocuparse de atender a sus necesidades como lo hace con respecto a las de los nacionales,¹⁷ satisfaciendo el incómodo margen de acción que les proporciona la restrictiva legalidad vigente establecida en la mayor parte de las ocasiones para los ciudadanos o nacionales y las necesidades económicas que reclaman la subsistencia de los inmigrantes como fuerza de trabajo¹⁸

¹⁷ Consenso. Si esto lo traducimos al ámbito de las actividades jurídicas y la caracterización de éstas, ello significa aceptar que éstas se hacen y se entienden en su contexto y no en abstracto, con relación a otras actividades, en dependencia de lo que hagan y digan los sujetos que intervienen en las mismas: juristas y clientes, acusados y peritos, jueces y fiscales, jurado, testigos, abogados y acusados... en acuerdo de todos, cumpliendo, escrupulosamente los principios de participación y democracia propios del Estado de Derecho, superando los límites territoriales y personales que al Estado le imponía la organización estatal renacentista (de 1648 originado a partir de la paz de Westfalia) continuada y confirmada por la organización nacional del XIX. En 1648, el tratado de Westfalia dio fin a la Guerra de los Treinta Años e introdujo un nuevo orden internacional basado en la “soberanía” de los estados-nación. La “soberanía” se definió como un poder legal absoluto contra el que no cabía apelación posible. Un acto de soberanía estaba por consiguiente, por definición, fuera de toda discusión, a menos que lo impugnase otro estado soberano que tendría entonces que recurrir a la guerra para defender su reivindicación. Pero aparte de la guerra, todo estado reconocido se consideraba el árbitro final de sus propios asuntos. El sistema westfaliano adquirió carácter mundial con la expansión europea de los siglos XVII al XX y es hoy día la base legal para el actual orden internacional. Desde el tratado de Westfalia en 1648 el estado-nación se ha considerado el árbitro final de los asuntos dentro de su territorio. La globalización, sin embargo, ha hecho que queden obsoletas algunas de las características de este modelo. La aparición de un proceso de globalización acelerado en la segunda mitad del siglo XX ha desestabilizado gravemente el sistema westfaliano, que está en peligro de colapso inminente. Sin embargo, los gobiernos han sido muy lentos en aceptar esta posibilidad y no se han preparado seriamente para una actualización significativa.

¹⁸ Esto requiere un cambio de mentalidad fundamental en funcionarios, Administraciones y funcionarios: se hace imprescindible la participación de ciudadanos originarios de otros Estados o culturas en el ejercicio de los derechos civiles y políticos que antes eran propios de los nacionales de los Estados

La gobernanza como preferencia: algunos problemas

Los testimonios legales y las observaciones recogidas hasta aquí dan cuenta de la relevancia e interés de la gobernanza en las Administraciones españolas, lo cual, como ya hemos dicho, sucede en otros países. La Comunicación de la Unión Europea sobre Gobernanza de 2001 antes mencionada da cuenta, por ejemplo, de cómo ella es una exigencia generalizada como criterio de acción para las políticas de las Administraciones Públicas de los Estados miembros.

Es justamente a este interés de la Comisión Europea por el establecimiento de Administraciones Públicas guiadas en su acción por el principio de eficiencia o gobernanza al que vamos a apelar para poner de relieve algunos problemas jurídicos de cierto calado que cabe plantear cuando se pone especial énfasis en que la gobernanza es el objetivo propio de la acción de las instituciones públicas.¹⁹

Para mostrarlo tomamos como señal algunos resultados, todavía provisionales, que se están produciendo en el desarrollo de una investigación ligada a la materia a la que nos estamos refiriendo, promovida por la Unión Europea con el fin de “Romper las barreras para el Gobierno Electrónico: la superación de obstáculos para mejorar los servicios públicos europeos”: *Breaking Barriers to eGovernment: Overcoming Obstacles to Improving European Public Services*.²⁰ Estas expresiones hacen referencia al interés de la Unión por hacer de Europa un lugar caracterizado por el desarrollo de servicios de la Administración Pública dirigidos al ciudadano, guiados en su acción por criterios de racionalidad y gobernanza, entendidos éstos como criterios propios y característicos de su acción o de los Servicios Públicos que la misma, a través de las Administraciones Públicas de los Estados miembros, proporciona.

Para observar el objeto de estudio y la orientación de la investigación citada basta destacar que la misma ha detectado varias barreras que obstaculizan este desarrollo de la gobernanza o los servicios públicos europeos. En concreto la investigación expresa, desde prácticamente su comienzo, que las barreras más significativas son las siguientes²¹:

¹⁹ No es este el momento de recoger ejemplos concretos de consecuencias negativas de la puesta en acción de la filosofía de la “gobernanza”, ello extendería notablemente la dimensión del trabajo.

²⁰ El proyecto se puede ver en <http://www.egovbarriers.org>. Es parte del programa de investigación Modini de la Comisión Europea (http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/modinis/index_en.htm). Es un encargo hecho a comienzos de 2005 a un grupo de investigación liderado por la Universidad de Oxford, Instituto de Internet (<http://www.oii.ox.ac.uk>) por la Unidad de “Gobierno electrónico” de la Dirección General de la Sociedad de la Información y medios, de la Comisión Europea. El proyecto finalizará en diciembre de 2007.

²¹ A Legal and Institutional Analysis of Barriers to eGovernment, Draft Deliverable 1b, 22/12/2006, pp. 50-53, ver el contenido en http://www.egovbarriers.org/?view=project_outputs (consultado el 23 de septiembre de 2007).

Problemas de liderazgo
Restricciones financieras
División e inclusión digitales: participación
Escasa coordinación
Escasa flexibilidad en la organización del trabajo
Falta de confianza
Defectuoso desarrollo técnico

Lo que más nos interesa aquí es indicar que el grupo que se ocupa de la investigación señala, pasado un año de investigación empírica: realizadas encuestas, reuniones, y distintos trabajos documentales, que existen obstáculos legales que dificultan la superación de las barreras²². La lista de obstáculos legales es la siguiente:²³

Existencia del Derecho Administrativo
Regulación de la autenticación y la identificación
Derechos de propiedad intelectual
Responsabilidad
Privacidad y protección de datos
Transparencia de la Administración pública
Reutilización de la información del sector público
Relaciones entre Administraciones públicas, ciudadanos y otros sectores de las TIC.

Importa, especialmente, expresar que la filosofía que está recogida en esta investigación señala como hipótesis, bastante fundamentada, la de que las regulaciones jurídicas pueden ser, la investigación no está concluida, una causa significativa de los obstáculos que impiden un eficaz desarrollo de servicios públicos.

Cabe plantear, es lo que vamos a realizar en el siguiente apartado, cuáles son las razones de fondo que permiten apoyar afirmaciones como las que hace la investigación indicada, que hipotéticamente podría concluir recomendando que el criterio de legalidad quede subordinado al criterio de gobernanza una vez que las leyes son un obstáculo para el desarrollo de los servicios públicos. No vamos a avanzar en esa hipótesis: es obvio que no puede ser la conclusión de la investigación, ella iría contra los principios básicos del Estado de Derecho. En cambio si que tiene sentido que, al menos, podamos plantearnos la siguiente cuestión: ¿son las leyes las

²² “certain legal questions or legal areas could be problematic when considering eGovernment developments”, *ibidem*: p. 55.

²³ *Ibidem*: pp. 55 a 189.

que han de cambiar o más bien lo ha de hacer su sistematización y estudio en el momento de su interpretación y aplicación, realizadas normalmente en modo abstracto, por medio del uso de las propuestas del positivismo jurídico y la dogmática, lo que hace que los expertos en Derecho no entren en el estudio concreto de la aplicación de las medidas de gobernanza cuando se producen? Vamos a ver a continuación que es a lo último a lo que en verdad apunta la investigación tomada como referencia, al expresar que la consecuencia reseñada, es decir las limitaciones que a la eficiencia/gobernanza impone la teoría de la validez, el positivismo jurídico en definitiva, es una de las consecuencias que tiene la puesta en práctica de la aproximación positivista y dogmática: meramente exegetica al Derecho

Legalidad

Prolegómenos

Vigencia del positivismo, la validez y la dogmática como tradición heredada

El presente apartado tiene por objeto poner en evidencia que si bien las manifestaciones sobre el positivismo jurídico y la validez, hechas por la Filosofía del Derecho tienen sentido en la actualidad en cuanto siguen siendo ilustrativas para juristas desde un punto de vista histórico, al presentar alguna de las razones básicas sobre el lugar que ocupa la dogmática y su estudio de las normas en cuanto actividad racional dirigida a articular construcciones a ser utilizadas como instrumentos auxiliares en otras actividades de los profesionales del derecho, por ejemplo, o como forma de distinguir a dicha aproximación al derecho con respecto a la que realiza el iusnaturalismo,²⁴ otro ejemplo, ello no puede hacer olvidar que estas razones, en definitiva, en última instancia, la tradición heredada y adoptada como común referencia sobre todo en las actividades profesionales de los juristas en los sistemas de derecho continental, son distintas a las que fundamentaban su propuesta en otros momentos históricos.

²⁴ Que requiere que el fundamento de la actividad profesional de los juristas sean principios jurídicos immanentes o trascendentes. Por ejemplo: “El derecho natural, en cambio como depende de la genuina naturaleza del hombre, y de su posición respecto a las cosas, es universal e inalterable. Cuando los hombres se atreven insensatamente a infringirlo, la necesidad natural acaba por superar tal artificio; porque ‘lo natural’, aunque lo queramos olvidar, está siempre en nosotros, y acaba por imponerse en la vida humana. La naturaleza, como orden divino que es, acaba siempre por moldear los caprichos del hombre”, A. d’Ors, **Derecho y sentido común**, Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

Positivism humanista frente a fundamentación jurídica medieval (teológica), frente a contexto actual caracterizado por la globalización y la multiculturalidad

Lo que queremos expresar aquí es que los límites, el horizonte o la fundamentación de dicho discurso positivista jurídico actual no están en la que era su virtualidad inicial: la expresión en el ámbito jurídico de la teoría del conocimiento racionalista, humanista, propia del momento en el que cabe encontrar los orígenes de las teorías del positivismo jurídico: allá por el Renacimiento cuando, como expresara Descartes, el pensamiento racional, humano, heredero de la tradición europea clásica, era poco menos que la causa de la existencia.²⁵ El positivismo jurídico era, entonces, una alternativa a la fundamentación medieval, de carácter teológico, dominante. En la actualidad el contexto de conocimiento es otro, como es sabido es el propio de una sociedad caracterizada por la globalización y la multiculturalidad como notas definitorias propias de todos los Estados y sociedades, y por lo mismo por la legitimidad de varias racionalidades, culturas o puntos de vista, y no únicamente la renacentista.

Positivism y iusnaturalismo

Es por ello que desde este momento conviene advertir que las críticas que aquí se va a realizar al positivismo jurídico nunca suponen propugnar como alternativa discursiva a la que propugna el iusnaturalismo: creencia caracterizada por afirmar la existencia más allá de las leyes de un derecho natural o eterno al cual las mismas están sometidas: al margen del lugar o el tiempo. Esta posición, defendida en términos absolutos,²⁶ también tiene difícil justificación hoy cuando es un hecho evidente la pluralidad de culturas y convicciones y el consiguiente fundamentalismo de posiciones, de uno u otro signo, que pretenden estar en posesión de verdades eternas. El iusnaturalismo, como el positivismo jurídico, es una forma más de observar el Derecho, pero no la única, como tampoco lo es el positivismo jurídico.

²⁵ “... después de haber empleado varios años en realizar un estudio del libro del mundo, intentando adquirir alguna experiencia, tomé un día la resolución de analizar todo según mi razón y de emplear todas las fuerzas de mi ingenio en seleccionar los caminos que debía seguir. Estimo que esto me permitió obtener un provecho mayor del que hubiera podido alcanzar permaneciendo en mi país y atendiendo a mis libros”, R. Descartes, **Discurso del método, dióptica, meteoros y geometría**, Alaguara, Madrid, 1981, p.10.

²⁶ Véase *supra* nota 3.

Legalidad como principio básico del Estado de Derecho

Ha de advertirse, de la misma forma, que la afirmación crítica contra el positivismo jurídico que aquí se va a hacer no implica afirmar o reconocer que las leyes no constituyen el marco de referencia fundamental en las actividades de los ciudadanos que desarrollan su vida en las sociedades democráticas: en definitiva negar la vigencia del principio de legalidad. El principio de legalidad es un principio de justicia más. Ha adquirido una realidad histórica tan innegable como lo son los principios de separación de poderes y el de representación política, por ejemplo. Ello es porque el principio de legalidad es un principio básico del funcionamiento del Estado de Derecho, que indica que las leyes aceptadas y promulgadas por el Parlamento son las reglas básicas de la convivencia, que han de ser tenidas en cuenta para resolver los conflictos que generen comportamientos ilícitos actuados en las sociedades democráticas²⁷. De ahí que el título de este trabajo ponga énfasis en la legalidad en lugar del positivismo jurídico

Propuesta para profesionales del Derecho

Desde aquí también ha de quedar claro que este trabajo versa sobre la crítica y reelaboración de discursos filosófico jurídicos dirigida a profesionales del derecho y no a ciudadanos en general. Este es su contexto. De sobras es conocido que las manifestaciones genéricas: para todos, sin una suficiente precisión del auditorio o el contexto, son argumentos vacíos

Es por ello que en este apartado, que es una breve reflexión sobre lo anterior, se presentan algunas consideraciones filosófico-jurídicas que sintetizan el nacimiento, apogeo y declive del positivismo jurídico/la validez, como teoría del conocimiento jurídico, a la vez que expresan la progresiva aparición e implantación de otras epistemologías que hacen insuficientes a las propias del positivismo jurídico como la investigación sobre “la superación de obstáculos para mejorar los servicios públicos europeos” está poniendo de manifiesto.

²⁷ Sobre ello puede verse, por ejemplo, R. de Asís, **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho**, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 158s.

Sobre el positivismo jurídico: nacimiento, apogeo y declive

Nacimiento en el renacimiento: humanismo y ciencia/ conocimiento racional

El positivismo jurídico, entendido como la teoría que establece que el Derecho está integrado por las normas promulgadas por el soberano, sea éste el monarca o el Parlamento, tiene su origen en el estilo intelectual racionalista que se constituye y hace realidad en el Renacimiento, cuando se pone énfasis en que la reflexión sobre la realidad en cualquier ámbito de la vida se fundamenta en el principio de que el hombre europeo está caracterizado por su facultad de razonar: es decir por tener capacidad propia para pensar. A partir de esta cualidad es capaz de elaborar construcciones regulativas teóricas tan perfectas que con ellas puede organizar u ordenar la realidad e incluso modificarla atendiendo a las formas ideales u objetivas que construye, a partir de determinados principios considerados fundamentales o característicos del hombre. Estas construcciones pueden articularse y hacerse realidad mediante sistemas normativos promulgados por el soberano.

Este es el momento del alejamiento, en el pensamiento occidental, de la fundamentación de la organización social y su gobierno en la concepción teológica de la vida recogida en la Biblia. Es por ello que a partir del Renacimiento surgirán las construcciones de Derecho Natural y de Gentes que contendrán el germen e incluso el ordenamiento de lo que serán en el futuro los sistemas normativos racionales recogidos en Códigos.²⁸

Al mismo tiempo, las ciencias, en coherencia con la creencia generalizada en la capacidad racional de hombre para mover el mundo y ordenarlo, comenzaron a establecer las categorías racionales de conocimiento, que se constituyeron como propias de la modernidad, a partir de la observación y clasificación de la naturaleza. Estas ciencias, como teorías del conocimiento establecen una tajante separación entre el sujeto que conoce y el objeto conocido: la naturaleza, en coherencia con la creencia de que es el hombre racional el centro de las perspectivas y el generador de las categorías de conocimiento.²⁹

²⁸ Significativamente la obra central de Christian Wolf (1750) se denomina: **Institutiones juris naturae et gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexo omnes obligationes et jura omnia deducuntur**, Georg Olms, Hildesheim, 1969.

²⁹ Una breve y sencilla explicación de los principios básicos sobre el conocimiento científico en el Renacimiento según Kepler, Galileo y Newton, se encuentra en A. Messer, **Historia de la Filosofía. La Filosofía Moderna del Renacimiento a Kant**, Revista de Occidente, Madrid, 1927, pp. 38-52.

Kant como sistematizador y la codificación liberal

Dichas construcciones no quedarán propiamente articuladas hasta que Kant a finales del XVIII no las sistematizara en su grandiosa obra filosófica, culmen del racionalismo idealista y de la consideración de las virtualidades de las categorías fundamentales: el tiempo y el espacio, y las encontradas por la ciencia, como elementos básicos para articular racionalmente todo el conocimiento sobre el caos que integra la realidad y las reglas básicas de la justicia.³⁰

Aquí lo que importa señalar es que las consecuencias de esta obra de sistematización se hacen explícitas en textos legales: códigos, inicialmente construcciones de la razón, más o menos, o sistemas de derecho natural y de gentes, que no se harán derecho vigente hasta que en los siglos XVIII y XIX el poder político: la asamblea, decida establecerlos ex novo a partir de la Revolución, o el Monarca, legitimado como poder soberano por la tradición, los reconozca atendiendo a la tradición histórica recopilada y sistematizada por la ciencia del Derecho o la Dogmática, según Savigny,³¹ como futuros códigos, o, siguiendo el ejemplo de las ciencias naturales, según el Jhering de la primera época,³² como mecanismo de coacción externa articulado a partir de los conceptos propios de la ciencia jurídica que garantiza la coexistencia y la convivencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad o la libertad principio de acción propio de los hombres

Crisis de comienzos del XX: sociologismo y derecho libre

Es conocida la crisis práctica de esta visión positivista cuando el Código alemán, a la vez que el francés, ambos, de forma distinta, obra suprema de la razón y lega-

³⁰ Resume Zippelius la base del conocimiento y la acción justa en Kant en las siguientes palabras: “Was unser Gewissen nach bestmöglichem Vernunftgebrauch für gerecht befindet, bildet die letzte Grundlage, zu der unser Bemühen um Gerechtigkeit vordringen kann”, R. Zippelius, “**Wege un Irrwege zur Gerechtigkeit**”, en *Dike Internacional* 2003, p. 20. Sobre la génesis del pensamiento kantiano y la separación del mundo sensible y el inteligible puede verse: E. Cassirer, **Kant. Vida y doctrina**, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 115-143.

³¹ “La legislación debe, pues, primero separarse en sus elementos particulares y luego presentarse en la relación verdadera según su espíritu, y sólo entonces podrá disponerse el sistema así descubierto según un orden histórico en los periodos particulares determinados”, F. K. von Savigny, **Metodología jurídica**, Desalma, Buenos Aires, 1979, p.11.

³² “La misión de la ciencia es estudiar la disposición de los miembros del derecho, buscando el verdadero sitio de los grandes y pequeños, su ordenación sistemática, no su orden artificial, sino la ordenación interna de la cosa misma, que nace y se deduce de ésta”, R. von Jhering, **Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano, (por Fernando Vela)**, Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947, p. 27.

lizados o reconocidos o aprobados por las autoridades legítimas, se hacen insuficientes para ordenar las relaciones sociales a comienzos del siglo XX. Entre otros son los jueces del movimiento de derecho libre los que encuentran dichos fallos en forma de lagunas legales en el momento de aplicar los “sublimes” documentos, elaborados por la razón teórica, a la solución de problemas jurídicos reales concretos.³³

El positivismo científico aplicado como sociología, su cometido propio, al estudio de la realidad social a través de los métodos que proporcionan las ciencias empíricas, también demostró las insuficiencias de dichos Códigos como construcciones jurídicas “positivistas” obra de la dogmática directamente en el caso del Código alemán, o de juristas que sistematizaron doctrinas jurídicas racionalistas ilustradas anteriores en el caso del Código francés. El sociologismo jurídico francés puso en evidencia los límites de la exégesis que ampliaba, inútilmente, el espectro interpretativo del Código francés de 1804 a comienzos del siglo XX, cuando el Estado debía intervenir activamente en el establecimiento de las condiciones de vida, como reclamaban los sindicatos, frente a la actitud propia del Estado policía liberal: activo tan sólo para reprimir las variaciones que impedían la puesta en práctica del Código y las reglas del mercado apagando, reprimiendo duramente, la acción de movimientos sociales.³⁴

Las nefastas consecuencias de la aplicación de los códigos y principios del positivismo jurídico a través de la experiencia de las dictaduras fascistas, y la práctica de su régimen de terror legalizado que privaría de la vida y la propiedad a millones de personas evidenciarían, desde otra perspectiva, los problemas que acarrea la puesta en práctica del imperio del principio de legalidad cuando resultó que los gobernantes lo actuaron atendiendo a valores o ideologías de carácter totalitario, sin respetar los Derechos humanos, otros principios jurídicos básicos que tienen que ser respetados a la vez que lo son el de representación democrática, la soberanía del Parlamento o la división de poderes.³⁵

³³ Un poco más tarde (1912) se dirá, por la “Jurisprudencia de intereses”, recogiendo las afirmaciones del “Movimiento”: “El derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial”, P. Heck, **El problema de la creación del Derecho**, Comares, Granada, 1999, p. 26.

³⁴ F. Geny, **Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo**, Comares, Granada, 2000, pp. 150-155.

³⁵ Sobre el alejamiento del nazismo de la aplicación de todos los elementos que se consideran propios del Derecho del Estado de Derecho, ver J.A. García Amado, “**Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho**”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, 1991, p. 359: “Si cualquiera que detente un dominio fáctico sobre nosotros puede hacer cualquier cosa de nuestra vida o nuestros bienes ; si cualquier acto que hoy realicemos en la confianza de que nada nos lo prohíbe, puede conllevamos mañana una condena por aplicación retroactiva de una norma; si cualquier vulneración de una norma que hoy nos protege puede ser mañana sanada por la acción gratuita del poderoso, etc., nos encontramos, por mucho que el poder y la dominación se disfracen de normas y se acojan a rituales, en la misma situación que si no tuviéramos derecho alguno en una tal sociedad .Si el derecho tiene un fundamento de existencia, si entre individuos racionales y autointeresados importa que haya normas

Insuficiencia de las reconstrucciones formales

Es por todo lo anterior que muy pronto se harían insuficientes las reconstrucciones formales de los propios imperativos normativos o las proposiciones normativas legitimadas por la Constitución y la norma hipotética o fundamental, que propugnara Kelsen como renovación de la dogmática o bien en directa relación la renovación del kantismo a comienzos del siglo XX, que pondría énfasis en valores como la Justicia como valor supremo al que está orientado el Derecho si se quiere considerar a este querer como un querer propiamente jurídico, o bien en conversación con las propuestas del realismo escandinavo o la filosofía analítica cuando estudiaron el lenguaje en el que se expresan las normas y su contexto. Los límites de estas corrientes procedían del hecho de que todas ellas actualizaban sin cambiarla la filosofía del positivismo jurídico que creía en la virtualidad de la razón para construir/reconstruir la realidad social y regularla.³⁶

También se hacen insuficientes las propuestas de Hart, avanzado el siglo XX, cuando éste hace de otra regla: la denominada regla de reconocimiento, el núcleo central del sistema de normas primarias y secundarias que integra el ordenamiento, pasando a encontrar la razón de las normas en la satisfacción por ellas a juicio de los que ponen en acción el Derecho, los jueces, de un contenido mínimo de Derecho Natural. La postura de Hart es particularmente sugerente: tiene la virtualidad de integrar positivismo científico, positivismo jurídico y iusnaturalismo. Sus límites proceden de la circunstancia de que cuando la teoría es expuesta la realidad social es tan compleja que ya no cabe pensar en construcciones jurídicas formales elaboradas desde una única perspectiva o visión del mundo como es la recogida en el contenido mínimo del Derecho Natural aceptado en los países más desarrollados.³⁷

jurídicas, no es para que exista cualquier forma de orden (pues para ello basta el mero ejercicio de la fuerza), sino para que exista esa forma de buen orden u orden mínimamente racional que se llama derecho, y que, en cuanto tal, genera un indispensable componente de previsibilidad de las conductas sociales, de garantías de seguridad personal y de pautas de actuación intersubjetiva. Un derecho sin todo ello es un derecho absurdo. Y seguir llamándolo derecho es tan incongruente como lo sería, por ejemplo, seguir llamando medicina a una práctica terapéutica consistente en sortear para cada paciente entre administrarle un fármaco, un veneno o someterlo al juego de la ruleta rusa. Un derecho con normas injustas sigue siendo derecho, del mismo modo que sigue siendo medicina una práctica terapéutica que se revele errónea o fracasada. Pero un derecho secreto o con normas no destinadas a cumplirse o con garantías que no se respetan, es un sinsentido. Y el derecho nacionalsocialista tuvo seguramente una buena parte de ese sinsentido que hace difícil seguir denominándolo así, si se quiere mantener una mínima coherencia con lo que en la modernidad se entiende y se vive como tal”.

³⁶ Por todos ver H. Kelsen, **Teoría pura del derecho**, UNAM, México, 1982, pp. 232ss.

³⁷ H.L.A. Hart, **The concept of Law**. Clarendon, Oxford, 1994, pp. 193-200, la reseña del contenido mínimo es parcial a todas luces.

Ha de notarse que todas estas propuestas pretenden ser una solución al hecho de que las normas ya no pueden considerarse tan sólo los códigos básicos: civiles, penales, mercantiles o procesales por ejemplo, sino que son construcciones complejas en forma de ordenamientos jurídicos escalonados como propugnara Kelsen al establecer una teoría pura del derecho. Lo que sucede es que dichas posiciones son insuficientes: en la segunda mitad del siglo XX ya no tiene sentido la creencia en una única fuente del poder: la del Estado. En Alemania son varios los organismos políticos que componen el Estado federal, que tienen capacidad normativa propia. En general Europa en esa época, y mucho más hoy, está integrada por individuos que proceden de diversos países y culturas que, como es natural, las conservarán en la vida que desarrollan y mantienen en otros países.

La crítica al positivismo jurídico

La argumentación: prolegómenos (Perelman y Viehweg)

Las insuficiencias de las propuestas positivistas formales se ponen en especial evidencia, además de por los hechos anteriores, por estudiosos de la práctica judicial (Perelman³⁸), o de las construcciones dogmáticas (Viehweg³⁹), en la segunda mitad del siglo XX, que pondrán de manifiesto la importancia jurídica de tópicos o argumentos que en numerosas ocasiones no se encuentran recogidos literalmente en las reglas aprobadas por los Parlamentos sino en otro tipo de realidades y normas generadas por la realidad social: por supuesto la práctica de los propios jueces, pero también la de agentes y organizaciones, instituciones, culturas, que integran a la sociedad del siglo XX. Incluso los estudios sobre la interpretación jurídica de Betti, por ejemplo, que expresan la relación que existe entre los textos jurídicos y las convicciones o prejuicios del sujeto que realiza la interpretación jurídica,⁴⁰ serán una de las referencias que tomará Gadamer en *Verdad y Método*⁴¹ para establecer esta vinculación en todo tipo de conocimiento, entre otros en el conocimiento artístico.

Además de las evidencias puestas de relieve por las distintas corrientes de reflexión jurídica que han ido minando las progresivas revisiones que reconstruían el pensamiento positivista, la insuficiencia radical básica de este planteamiento reside en que el paradigma

³⁸ C. Perelman, *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Civitas, Madrid, 1998.

³⁹ T. Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

⁴⁰ E. Betti, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

⁴¹ H. G. Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Sígueme, Salamanca, 1977, p. 333.

del conocimiento y la acción en la actualidad no son los que se estaban planteando en Occidente desde el Renacimiento, estilo de pensar que, como hemos dicho, continúa en la base de las propuestas dirigidas a establecer un positivismo jurídico renovado.

Autopoiesis y biología de la cognición: nuevas bases para el conocimiento y la ciencia

En efecto, desde los años 80 del siglo pasado (siglo XX) los estudios referidos a la biología de la cognición demuestran que los hombres conocen autopoiéticamente: desde sus propios conocimientos a la vez que en comunicación o contacto con otros hombres y con la realidad social, en un proceso de mutua influencia: de carácter circular y no lineal, como lo es el pensamiento racionalista ideal o tradicional que separa estrictamente al sujeto y al objeto sometiendo a este último a las categorías racionales propias del sujeto humanista.⁴²

Esto señala, trasladando la reflexión al ámbito jurídico, la imposibilidad de generar un orden objetivo abstracto, recogido en unas normas como leyes o código de conducta, con capacidad de modificar a la realidad. Más bien el nuevo horizonte o aproximación epistemológica consiste en, atendiendo siempre a determinados escenarios caracterizados por una gran complejidad en virtud de la pluralidad de mundos de vida existentes en cualquier acto social realizado en sociedades democráticas interconectadas globalmente, realizar algo más modesto: encontrar las estructuras, estudiar las interacciones que en las mismas se producen por medio del lenguaje, contando, además, con todos los elementos o sistemas presentes en dichos concretos escenarios a efectos de facilitar uno de los objetivos fundamentales del Derecho: el logro de la convivencia social o la paz garantizando la participación de todos en la elaboración de soluciones a los problema jurídicos.⁴³

El pensamiento complejo y las actividades

Es el pensamiento complejo, con expresión acuñada en los últimos años, que se entiende especialmente adecuado para proponer pautas de acción a juristas en la denominada sociedad del conocimiento o sociedad en la que juegan un factor funda-

⁴² Ver. H. Maturana, F. Varela, **El árbol del conocimiento**, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1988. Desde una perspectiva más tradicional: G. Vollmer, **Teoría evolucionista del conocimiento**, Comares, Granada, 2005, p. 304: “Una exigencia fundamental a cualquier teoría del conocimiento actual es, en todo caso, el que no contradiga los datos empíricos evidentes”.

⁴³ En el ámbito jurídico es significativa la obre colectiva G. Teubner (ed.), **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**, de Gruyter, Berlin, 1987.

mental el conocimiento, estudio o análisis de las actividades jurídicas. Entre ellas, sin duda, la que, por lo que hasta aquí ha sido expresado, se propone en el presente trabajo: considerar al positivismo jurídico como un importante pensamiento adquirido por tradición, que está desarrollado permanentemente por la dogmática, que es aplicado permanentemente en la vida jurídica, y que explica categorías y conceptos comunes en las familias o culturas jurídicas continental y anglosajona, pero no en otras.

El pensamiento complejo hace que progresivamente se vaya comprendiendo que el objetivo de las actividades jurídicas en el Estado de Derecho no viene a ser tanto el ejercicio del imperativo o de la hipótesis o proposición normativa supuestas generadoras de orden objetivo, cuanto que el encuentro de la paz y el consenso, o el acuerdo entre todos los participantes en las mismas mediante la realización del proceso y el uso de medios alternativos de solución de los conflictos jurídicos utilizando los distintos mecanismos sociales existentes para resolverlos entre ellos las reglas que integran la gobernanza.

¿No será la escasa expansión de este tipo de reflexión y ordenación del Derecho la causante de posibles problemas de convivencia entre legalidad y gobernanza? El siguiente apartado completa el presente en el que se ha puesto de relieve, especialmente, las limitaciones del positivismo jurídico como método de conocimiento y aplicación del Derecho

Justicia

Prolegómenos

Dadas las características del positivismo jurídico y su insuficiencia para aportar teorías a actividades profesionales no reguladas estrictamente por las normas, y la existencia de las normas, prácticas y exigencias de la gobernanza (o la eficacia) como criterio de actuación comúnmente extendido, que requiere de los juristas el uso de conocimientos políticos, económicos y técnicos diferentes a los meramente normativos en nuestra sociedad, a la vez que continuar la atención a la salvaguarda de los principios democráticos de los ordenamientos jurídicos atendiendo a que en los países conviven personas de muy diferentes culturas pero con los mismos derechos, y ello por prescripción legal, incluso... en este momento cabe realizar la siguiente pregunta, ¿qué teoría puede ayudar a presentar un modelo de acción a juristas frente a la insuficiencia del positivismo jurídico como teoría capaz de dar argumentos a una realidad profesional delimitada por las normas, la calidad, la gobernanza, el ejercicio de la democracia, la globalización, el multiculturalismo o la seguridad de las telecomunicaciones?

Es conveniente recordar que ya al final del apartado anterior dábamos cuenta de una solución: la aparición del pensamiento complejo como estilo de reflexión jurídica capaz de ofrecer argumentos ante actividades profesionales obligadas a atender al marco normativo, a otros marcos sociales como los que prescribe la puesta en acción de la gobernanza (en sus dos versiones: interpretación relacionada con la eficacia e interpretación relacionada con la democracia) y a otras demandas sociales.

Aquí se trata de retomar este discursos manifestando que, en efecto, en coherencia con el estilo de pensamiento complejo, desde los años noventa se formularon, entre otras,⁴⁴ las teorías argumentativa y comunicativa del Derecho que pusieron énfasis en el estudio de las distintas actividades jurídicas y en que en ellas importan las normas aprobadas por el Parlamento a la vez que también otro tipo de normas, tópicos, propuestas dogmáticas, principios, valores o prejuicios y argumentos jurídicos: el pensamiento y las categorías heredadas. En lo que se refiere a la expresión de la teoría argumentativa se ha ocupado Robert Alexy de forma significativa. De la comunicativa Jürgen Habermas.

Es por ello que nos fijamos, brevemente, a continuación en:

- 1) presentar el contenido de una expresión significativa de la teoría argumentativa del Derecho de Alexy, que está dedicada a definir el Derecho o lo que viene a ser lo mismo a elaborar un teoría comprensiva del mismo, y
- 2) presentar el contenido de una teoría comunicativa del Derecho, que lo explica en forma respetuosa con la complejidad del mismo

Ha de quedar claro que con independencia de la opción por una u otra, aquí entendemos que ambas son ejemplos de teorías adecuadas para explicar el Derecho en conformidad a su complejidad actual, al menos en mayor medida que lo es el positivismo jurídico o la gobernanza entendida como eficacia.

Las teorías

Argumentativa

Alexy define el Derecho de la siguiente forma: “el Derecho es un sistema normativo, (1) llamado a la justicia, (2) integrado por la totalidad de las normas que

⁴⁴ La teoría tridimensional de Reale es otro ejemplo: ver M. Reale, **Teoria Tridimensional do Direito**, São Paulo, 1994.

pertencen a una constitución real y totalmente social, que no son extremadamente injustas, así como por la totalidad de las normas que son establecidas en virtud de esa constitución y tienen una realidad social mínima o posibilidades de ser reales y no son extremadamente injustas, y por (3) los principios y los argumentos normativos especiales en los que se fundamenta y/o debe fundamentarse el procedimiento de aplicación jurídica para satisfacer las exigencias de justicia”.⁴⁵

A simple vista puede notarse que la definición expresada es más actual y adecuada que las positivistas que meramente identificaban al Derecho con las leyes y sus desarrollos efectuados por la dogmática o las teorías “puras” del Derecho. En efecto:

- Introduce los valores: la justicia como punto de referencia para la actividad de los juristas,
- Se fija en las actividades,
- No se limita a tomar como punto de referencia a las formas de las normas constitucionales o a las aprobadas por el Parlamento: las leyes,
- Ambos tipos de normas tienen que tener una realidad social significativa o son susceptibles de tener esa realidad,
- Hace mención a los principios propios de la aplicación del derecho, la actividad jurídica más significativa, como marco de la misma, con lo que da entrada a normas y principios propios de la gobernanza...

El límite, desde nuestra perspectiva, es que sigue siendo exageradamente continuista con el pensamiento heredado: el positivismo jurídico. Ello es así porque su principal punto de partida sigue siendo la propuesta del Derecho como sistema normativo aprobado por el Parlamento y coherente con la Constitución, lo que puede tener consecuencias prácticas para un seguidor de la teoría y limitar el horizonte de conocimiento y acción a proponer a los juristas como modelo. Con ello, de ahí el problema, no da soluciones para actividades jurídicas concretas

Ya hemos expresado más arriba que criticar la aproximación del “positivismo jurídico” no significa renunciar al principio de legalidad: es por todos conocido lo fundamental de su consideración como principio de acción de todos los ciudadanos en la vida de una sociedad democrática, lo que sucede es que cuando hablamos de las actividades de los juristas, a quienes va dirigida la definición de Alexy (fijémonos en que habla de actividades de juristas como la aplicación, es decir: habla en un ámbito técnico, refiriéndose a los profesionales del Derecho), el punto de referencia básico es el de que el modelo de acción que promueve es para los profesionales del Derecho, asumiendo, por supuesto, que han de actuar en una sociedad democrática

⁴⁵R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg: Albert, 1992. p. 201.

regida por la ley, pero que también tiene que contar con otras normas o usos sociales, por ejemplo los propios de la gobernanza y, por supuesto, otros principios de justicia como la participación democrática o la atención al multiculturalismo.

Es por ello que aquí se considera que una aportación superadora de estos límites es la referida a un concepto comunicativo de Derecho, más congruente con el pensamiento complejo, y que deja de poner el primer énfasis en las normas sin, por supuesto, olvidarlas ni dejarlas en un segundo plano, en cuanto que la teoría entiende que las leyes son el principal punto de referencia y comportamiento en las sociedades democráticas, tal y como es admitido desde el siglo XVIII y renovado en la práctica de todos los países democráticos, pero sin creer en que su contenido, visto en abstracto, sea el único referente epistemológico para explicar ante juristas y para con su actividad profesional los múltiples matices que tiene el Derecho vivo que se muestra precisamente en las actividades concretas que dichos profesionales han de desarrollar en el ejercicio de su función.

Esta aportación es la que se propugna desde un concepto comunicativo del Derecho adaptable a diferentes contextos y estructuras, que dice que Derecho es lo mismo que actividad justa de juristas con relación a textos jurídicos.⁴⁶

Aquí se prefiere utilizar esta opción porque con estas sencillas expresiones queda claro que la referencia para la actividad de los juristas es la consideración de las características de la misma actividad, del contenido de las normas, del contenido de la gobernanza, de las políticas comúnmente o minoritariamente aceptadas, del contexto, del cumplimiento o no del valor justicia, de las necesidades o de los problemas. Con ello el concepto demuestra su validez porque permite tener en cuenta que todos esos elementos son el punto de referencia para proponer políticas o criterios de acción justas para los gobernantes y, lo que aquí nos interesa en mayor medida, sus agentes: los juristas. Punto de referencia que está deslindado, además, por las propias características de la actividad jurídica concreta considerada sin que ello impida tratar críticamente, valorativamente, su adecuación o no a la justicia⁴⁷.

⁴⁶ F. Galindo, “**The communicative concept of law**”, en A. J. Arnaud, M. Chiba, (eds.), *Legal concepts in cross-cultural perspectives. Journal of legal pluralism and unofficial law*, vol. 41, 1998. pp. 111-129.

⁴⁷ En otro trabajo se ha expresado que, siguiendo a Peczenick, una teoría comunicativa es más completa y eficaz: más coherente, como “meta teoría”, que la teoría argumentativa entendida en última instancia como teoría normativa, una vez que ésta a la hora de estudiar un determinado problema para el que no existe reglamentación se encuentra con una imposibilidad de principio: si no existen leyes no cabe estudiar problemas concretos ni elaborar nuevas leyes, en cambio si utilizamos el recurso a la circularidad del pensamiento complejo aplicado al Derecho, expresado en la forma de la definición comunicativa del Derecho antes mencionada: que explique que Derecho es lo mismo que actividad justa de juristas con relación a textos jurídicos, la solución existe. Ver: F. Galindo, “**Judicial writs, coherence and concept of Law**” en *Infosym cyber law journal*. 2003. Vol. 4.

Comunicativas

Esta posición es una actitud clásica en la reflexión filosófico jurídica: encontramos innumerables testimonios en todas las épocas de la historia que hacen referencia a la epistemología brevemente descrita atenta no sólo a las normas sino también a los hechos y a los valores.

No parece sea preciso realizar un detallado y prolijo viaje al pasado para entender las razones del método: el filósofo del Derecho tiene por obligación profesional reflexionar ante problemas concretos de su tiempo y contexto sobre cuáles sean y deban ser las pautas de comportamiento propias de los profesionales del Derecho y también de las instituciones donde éstos ejercen su trabajo: especialmente las instituciones de gobierno, sea éste judicial, legislativo o ejecutivo, siguiendo las expresiones propias de la organización democrática del poder político, acuñadas desde finales del siglo XVIII en los textos constitucionales, los códigos y las leyes.

A modo de ilustración sobre estas prácticas filosófico jurídicas, y como recientes referencias teóricas a la generalización de la actitud, vamos a hacer una breve mención a las siguientes posiciones que también son tenidas como marco de referencia de las que aquí se adopta. Son, en concreto, las de Habermas y Takikawa.

Habermas, en 2005, realizando propuestas ejemplares, justas, de acción para los gobiernos tomando como referencia negativa la actuación política de Estados Unidos en la guerra con Irak, estimaba que **una actuación** tan sólo es “racionalmente aceptable” si se somete “a la propuesta supuestamente imparcial de un procedimiento discursivo de formación de opinión y de voluntad”⁴⁸. Habermas propone una acción de gobernanza ajustada a la racionalidad y a la justicia. Esto es lo que permite el uso de un concepto comunicativo de Derecho.

Desde otra perspectiva. Takikawa en 2005, al establecer las obligaciones de los Estados de bienestar social para con sus ciudadanos en la era de la globalización, propone la teoría de las fronteras complejas, fórmula que, según Takikawa, permite solucionar **los problemas globales**. La teoría cuenta con los siguientes elementos: 1) existe **una obligación general de solucionar los problemas**, 2) la **forma útil de cumplir la obligación general es asignarle una obligación especial a un agente concreto**, 3) **tenemos la obligación especial de solucionar el problema**, 4) **tenemos que asociarnos con otros para solucionar varios problemas**, 5) **las soluciones óptimas a los problemas, es decir, la lógica, el tamaño las fronteras de estas asociaciones, variarán según la naturaleza de los proble-**

⁴⁸ J. Habermas, “¿Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del Derecho Internacional?”, en *Law and justice in a global society*, Granada, 2005. p. 113.

mas, y 6) las **fronteras de las asociaciones son complejas y con múltiples niveles.**⁴⁹

Es por ello que, también, ésta es la actitud metodológica que ha sido adoptada por el autor en la obra **Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos**⁵⁰ en la que se ocupa de presentar junto a otros autores, por un lado, sucintamente algunas de las políticas adoptadas por autoridades o poderes públicos para el ejercicio por las Administraciones Públicas de sus actividades propias en la sociedad actual, y, por otro, de presentar el marco concreto en el que dichos autores desarrollan las acciones conjuntas que son actividades propias de la “red jurídica para la sociedad de la información” conocida por las expresiones *Legal Framework for the Information Society*, LEFIS.⁵¹

La aplicación de las teorías de justicia

Hasta este momento se ha venido observando cuál es en la actualidad el contexto de trabajo de los profesionales del Derecho, y cómo dicho contexto no está señalado simplemente por la comprobación de la validez de la norma a utilizar en un supuesto concreto, como señalaba el positivismo jurídico sino por la complejidad de los problemas concretos y hasta del mismo proceso de conocer que tiene lugar siempre en relación a la configuración plural de dichos problemas concretos. También hemos visto que, tanto en el terreno de las Administraciones Públicas como en el de la Administración de Justicia tomados como ejemplo, el marco de acción de los profesionales está constituido, efectivamente, por la Justicia, la gobernanza y el positivismo jurídico.

Ello supone reconocer, como ha sido señalado a lo largo de este trabajo, que el marco de acción de dichos profesionales no es el mismo que, por ejemplo, el del periodo de constitución del Estado de Derecho liberal: en aquellos tiempos era la norma el marco de referencia, en la actualidad lo son las actividades, la norma y la gobernanza, y, por lo mismo, como sucede con otros profesionales o con la sociedad en general, que los profesionales del Derecho precisan recibir una formación distinta a la que se imparte en las Universidades en la actualidad.

Hasta aquí, por lo mencionado, los límites del presente trabajo. Para otro queda la reseña de casos resueltos atendiendo a la metodología explicada.

⁴⁹ H. Takikawa, “¿Podemos justificar el Estado de bienestar en la era de la globalización? Hacia las fronteras complejas”, en *Law and justice in a global society*, Granada, 2005, p. 721.

⁵⁰ F. Galindo, (ed.) **Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos.**, Pamplona: Thomson-Civitas, 2006.

⁵¹ Para más información ver: www.lefis.org.

Conclusión

Es por todo lo anterior que aquí ya podemos concluir manifestando que la teoría jurídica mas coherente con la reflexión y la práctica jurídica propias de nuestra sociedad es aquella que proporciona una aproximación al Derecho de carácter interdisciplinar, comunicativa, atenta a actividades, hechos y normas, no siendo suficiente un discurso/teoría estrictamente normativo o un discurso/teoría estrictamente fáctico. Esto se concreta en que la teoría reclama del jurista habilidades profesionales no centradas en exclusiva en el estudio y puesta en acción de las normas sino también en el estudio de la realidad social utilizando los métodos previstos por las ciencias sociales.

El elemento coincidente de las teorías comunicativas reside en su capacidad para elaborar propuestas de interés para juristas tomando como referencia inicial no sólo los textos jurídicos vigentes sobre una determinada materia sino también, especialmente, actividades jurídicas o sus realidades concretas que constituyen hechos existentes o deseables.

La novedad de la actitud reside en que habitualmente el reseñado no es el método de trabajo jurídico propiamente dicho sino que éste consiste, justamente, en el estudio de las normas vigentes y a partir de ahí en la consideración de si y cómo la realidad social es coherente o no con los textos vigentes.

Es importante insistir aquí en que, como decíamos al comenzar el trabajo, todo lo anterior es una cuestión de perspectiva: no va en contra del siguiente principio fundamental del Estado de Derecho: el Parlamento, órgano de representación de los ciudadanos, es el responsable de elaborar las leyes, suprema expresión de la voluntad de los ciudadanos.

Referencias

R. Alexy, **Begriff und Geltung des Rechts**, Albert, Freiburg, 1992.

R. de Asís, **Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson, 1999.

M. Barzelay, **The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue**, University of California Press, 2001.

E. Betti, **Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.

J.R. Capella, “**La globalización: ante una encrucijada político-jurídica**” en *Law and justice in a global society*, Granada, 2005.

- E. Cassirer, **Kant. Vida y doctrina**, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
- d'Ors, **Derecho y sentido común**. Madrid: Civitas, 2001.
- R. Descartes, **Discurso del método, dióptica, meteoros y geometría**. Madrid: Alfaguara, 1981.
- H. G. Gadamer, **Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Salamanca: Sígueme, 1977.
- F. Galindo, “**The communicative concept of law**”, en A. J. Arnaud, M. Chiba, (eds.), *Legal concepts in cross-cultural perspectives. Journal of legal pluralism and unofficial law*, vol. 41, 1998.
- F. Galindo, “**Judicial writs, coherence and concept of Law**” en *Infosym cyber law journal*, vol. 4, .2003.
- F. Galindo, (ed.) **Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos**, Pamplona: Thomson-Civitas, 2006.
- J.A. García Amado, “**Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho**”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, 1991.
- F. Geny, **Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo**. Granada: Comares, 2000.
- J. Habermas, “**¿Es aún posible el proyecto kantiano de la constitucionalización del Derecho Internacional?**”, en *Law and justice in a global society*, Granada, 2005.
- H.L.A. Hart, **The concept of Law**. Clarendon, Oxford, 1994.
- P. Heck, **El problema de la creación del Derecho**, Comares, Granada, 1999.
- L. Hierro, **La eficacia de las normas jurídicas**, Ariel, Barcelona, 2003.
- R. von Jhering, **Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano, (por Fernando Vela)**, Buenos Aires: Revista de Occidente, 1947.
- H. Kelsen, **Teoría pura del derecho**. México: UNAM, 1982.
- H. Maturana, F. Varela, **El árbol del conocimiento**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1988.
- Messer, **Historia de la Filosofía. La Filosofía Moderna del Renacimiento a Kant**, Madrid: Revista de Occidente, 1927.
- Perelman, **La lógica jurídica y la Nueva Retórica**. Madrid: Civitas, 1998.
- M. Reale, **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo, 1994.
- F. K. von Savigny, **Metodología jurídica**. Buenos Aires: Desalma, 1979.
- M. Segura, “**Sobre la noción de validez**”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VII, 1990.

H. Takikawa, “**¿Podemos justificar el Estado de bienestar en la era de la globalización? Hacia las fronteras complejas**”, en *Law and justice in a global society*, Granada, 2005.

G. Teubner (ed.). **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**. Berlin: Gruyter, 1987.

T. Viehweg, **Tópica y Jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964.

G. Vollmer, **Teoría evolucionista del conocimiento**, Comares, Granada, 2005.

Wolf, **Institutiones juris naturae et gentium, in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexo omnes obligationes et jura omnia deducuntur**. Hildesheim: Georg Olms, 1969.

R. Zippelius, “**Wege un Irrwege zur Gerechtigkeit**”, en *Dike Internacional* 2003.