

## XII. DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO. TENDENCIAS FUNDAMENTALES PARA FINALES DEL SIGLO XX

MASSIMO LA TORRE

PODEMOS entender el término “derecho” en dos sentidos fundamentales: el primero es el de derecho como *institución*, como sistema jurídico, es decir como conjunto de reglas válidas y eficaces; el segundo es el de derecho como *concepto* del derecho, como conjunto de ideas acerca de lo que es o debería ser el derecho como institución. En este segundo sentido se puede hablar de derecho como conjunto de teorías e ideologías del derecho. Así, discutiendo el tema de las tendencias evolutivas del derecho en nuestra época, hay que considerar de manera distinta, por un lado, el derecho como institución, y por otro, el derecho como concepto del derecho.

Empiezo tratando las perspectivas de evolución del derecho como institución, también porque están inextricablemente ligadas a las perspectivas de las teorías del derecho, de manera que estas últimas no se pueden entender bien si no se toma en cuenta el desarrollo del derecho como institución.

La perspectiva más destacada me parece la caída de la ilusión de poder arreglar, reglamentar con normas positivas, con disposiciones estatales, toda la vida social. En cierto sentido se trata del fracaso de la creencia de que unos códigos puedan contener la normativa necesaria y suficiente para dirigir y resolver todos los asuntos sociales. Por eso entra en crisis la ideología que afirma que las únicas fuentes del derecho son las normas emanadas de los órganos autorizados del Estado.

Podríamos definir esta tendencia como “dejuridificación” de la sociedad, si esta locución no fuese todavía ambigua. Si hoy en día, por un lado, asistimos a un proceso de dejuridificación, si asumimos que juridificación significa sólo reglamentación estatal y centralista, y por otro lado nos enfrentamos con un proceso de juridificación, si entendemos con esta última locución una situación en la cual hay una multiplicación de los centros diputados a emanar o producir reglas válidas o principios jurídicos aplicables.

Creo que un término más adecuado para este tipo de desarrollo es “rematerialización” del derecho, pues hace explícita referencia al concepto de racionalidad material del derecho elaborado por Max Weber. Aquí “remateria-

lización” marca una creciente orientación de las normas estatales hacia valores sustantivos y su reformulación (en su contenido) como actos administrativos, es decir como intervenciones directas y específicas de *todos* los ámbitos de la vida social. De esto se sigue que la legislación siempre se presenta más como “derecho especial”. Como escribe el profesor boloñés, Francesco Galgano: “*La legiferazione per codici si e attenuata in questo secolo (...), la produzione delle leggi speciali.*”<sup>1</sup> “*L’odierna tecnica di legiferazione —continúa Galgano— e mutata (...) Il codice civile conserva tuttora grande importanza come fonte di cognizione del diritto; alle nuove esigenze di legiferazione si tende oggi a rispondere con specifiche leggi, che si aggiungono al codice civile, anziché con l’integrale rifacimento del codice.*”<sup>2</sup>

Por lo que concierne al derecho como concepto de derecho, creo que se pueden entrever por lo menos dos desarrollos importantes: *i*) la afirmación de teorías “post-positivistas” del derecho, sobre todo en el plano de la teoría del derecho *stricto sensu*, y *ii*) la afirmación de teorías “responsivas” del derecho, en el plano de la sociología del derecho.

¿Qué quiere decir “post-positivismo” jurídico? Preliminarmente es necesario distinguir dos principales sentidos de “positivismo jurídico”. En un sentido muy amplio el positivismo jurídico es aquella teoría que afirma que el derecho es obra del hombre, producto —aun involuntario— de su acción. En sentido estricto, positivismo jurídico es aquella doctrina que afirma que el único productor del derecho es el Estado y que no hay otras fuentes de derecho fuera de sus confines. Según esta doctrina, “jurídico” sería igual a “estatal”.

Existen por lo menos otras dos tesis relacionadas con los dos sentidos de positivismo jurídico ahora identificados. Una primera tesis que se deduce de la afirmación de la humanidad o “positividad” del derecho es la separación entre un estudio descriptivo y un estudio prescriptivo del derecho. Tarea del jurista, según esta tesis, es únicamente la descripción de lo que es derecho, es decir derecho vigente o válido. Aquí se cree que no hace falta recurrir a criterios normativos o prescriptivos para establecer lo que sea derecho. De esta tesis (que es más metodológica que moral o política), algunos derivan también la tesis de la separación entre derecho y moral. Así, por ejemplo, según autores como Herbert L. A. Hart y Otto Weinberger, y —polémicamente— Ronald Dworkin, el positivismo jurídico implica la posición de un límite no traspasable entre derecho y moral. Una segunda tesis que se deduce de la

<sup>1</sup> Francesco Galgano, *Diritto privato*, 4a. ed., CEDAM, Padua, 1988, p. 38.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 39.

postura de la naturaleza estatal del derecho es la utopía de la completitud del ordenamiento jurídico. Si el derecho sólo es aquello que fue emanado por el Estado, lo que el Estado produjo es todo el derecho posible y así completo. De ahí se deriva la tesis de la decisión judicial como mera aplicación silogística y en cierta medida mecánica, de las reglas emanadas de los órganos estatales. Así, contrariamente a lo que cree Ronald Dworkin, por el positivismo jurídico es posible e incluso necesario concebir la decisión del juez como *the one right answer*, la sola decisión justa o correcta. El juez que se limite a aplicar silogísticamente la ley no puede sino llegar a la que —desde un punto de vista iuspositivista— hay que aceptar como la sola decisión justa.

Ahora bien, si no se ven signos de crisis de la concepción del positivismo jurídico en sentido amplio como concepción que afirma la “humanidad” del derecho, sí entra en crisis la concepción del positivismo jurídico en sentido estricto que defiende la “estatalidad” del derecho. El proceso de “rematerialización” del derecho del que ya hemos tratado, aunque de manera quizá demasiado rápida, lleva consigo la crisis no sólo de la concepción de que el Estado es la única fuente del derecho, sino también de la tesis de la completitud del ordenamiento jurídico.

Si admitimos como fuentes del derecho no sólo normas estatales sino también reglas sociales como, por ejemplo, aquellas establecidas por los sindicatos o las contrataciones privadas hechas fuera del ámbito tradicional de la ley (sobre todo en materia de derecho privado internacional), y aun principios jurídicos extrapositivos introducidos por ejemplo a través de la praxis constitucional o mediante el recurso siempre más creciente a derechos fundamentales, terminaremos posiblemente por admitir que el derecho estatal no puede ser el único sistema normativo que nos dirige en la reglamentación de la conducta de los privados y por lo que concierne a las decisiones judiciales. Aquí el paradigma del silogismo judicial y la ideología del juez como mero repetidor de la ley, se enfrentan a una crisis muy grave.

Sin embargo podemos hablar de teorías “post-positivistas” del derecho en un sentido que no tiene nada que ver con los sentidos de la locución “positivismo jurídico” que hemos mencionado antes. Aquí, “post-positivismo” tiene que ver con las más modernas teorías epistemológicas que, siguiendo a Karl Popper, afirman esta tesis tan sencilla cuanto destructiva hacia el neopositivismo lógico y el neompirismo: que no sea posible establecer leyes científicas sin teorías previas, que no haya conocimiento científico sin “paradigmas” teóricos. Así —ya según Popper— todo enunciado científico está *theory laden*. Estas tesis epistemológicas post-positivistas traducidas en los términos de las teorías jurídicas implican —según algunos— que no se pueda establecer la validez de una ley, y tampoco llegar a una decisión jurídica (a

una decisión judicial sobre todo) sin recurrir a criterios normativos externos con respecto a aquellos puestos por el sistema jurídico mismo. Una consecuencia ulterior de esta última conclusión es, además, un fuerte escepticismo hacia la posibilidad de una ciencia jurídica no sólo sin previas concepciones epistemológicas sino también de una ciencia jurídica avalorativa, *wertfrei* como diría Max Weber. La ciencia jurídica resulta aquí producto de posturas normativas fuertes, es decir políticas y morales. Una tesis de este tipo es defendida, por ejemplo, por Ronald Dworkin. Él cree que para interpretar una ley, hay que poseer antes una teoría sobre lo que representa la mejor ley, así como la interpretación de una obra literaria presupone una teoría de lo que es la mejor obra de arte: "*Interpretation of a text attempts to show it as the best work of art in can be.*"<sup>3</sup>

Examinemos ahora, en el plano de la sociología del derecho, las que hemos llamado teorías "responsivas" del derecho. "Derecho responsivo" (*responsive law*) es una locución acuñada por los sociólogos Philippe Nonet y Philip Selznick. Estos autores identifican tres tipos principales de derecho (o mejor dicho, tres estadios de la evolución del derecho) en la edad moderna: i) el derecho represivo (*repressive law*); ii) el derecho autónomo (*autonomous law*), y iii) el derecho responsivo. Estos tres tipos de derecho son todos respuestas, o consecuencias, de la cuestión, o dinámica, más relevante, según Nonet y Selznick, en el ámbito de los fenómenos jurídicos: la dinámica entre "integridad" y "abertura".

Hay integridad "cuando una institución está fuertemente comprometida a cierta tarea o puede ser retenida como responsable de aquella tarea por controles exteriores".<sup>4</sup> La apertura "presupone amplios grados de discrecionalidad, de manera que la acción de los órganos constitucionales pueda quedarse flexible, adaptable, y autocorregirse".<sup>5</sup>

Así, el derecho "represivo" es aquel que señala una adaptación pasiva y oportunista de las instituciones jurídicas al ambiente social y político. Es decir, el derecho asume aquí una función puramente instrumental con respecto a los fines del poder político y económico.

El derecho "autónomo" marca una reacción contra una apertura indiscriminada, y mira más bien a la preservación de la integridad institucional. Por eso el derecho se cierra en sí mismo, reduce su responsabilidad hacia el ambiente social, y acepta como precio de la integridad un ciego formalismo.

<sup>3</sup> R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 150.

<sup>4</sup> P. Nonet y P. Selznick, *Law and Society in Transition. Towards Responsive Law*, Octagon Books, Nueva York, 1978, p. 76.

<sup>5</sup> *Ibid.*

El derecho “responsivo” tendría que resolver la tensión provocada por el derecho autónomo entre formalismo y necesidad de adaptar las normas jurídicas al ambiente y sus exigencias. Este tercer tipo de derecho —escriben Nonet y Selznick— “lo llamamos *responsivo*, más que abierto o adaptable, para sugerir una capacidad de adaptación responsable, es decir, discriminada y selectiva”.<sup>6</sup>

Creo que podríamos definir como “responsivas” todas aquellas teorías que proponen un tipo de derecho que vaya más allá del derecho formal (o autónomo) en la dirección de su rematerialización, pero sin caer en alguna forma de instrumentalismo jurídico, y con mucho cuidado, dado el valor de las garantías formales ofrecidas por las instituciones.

Además del “derecho responsivo” de Nonet y Selznick, encontramos en este mismo terreno otras dos teorías: *i*) la del derecho “procesal” propuesta por el profesor de Francfort, Rudolf Wiethölter, y *ii*) la teoría del derecho “reflexivo”, cuyo principal representante es Günther Teubner, profesor desde hace muchos años en el Instituto Universitario Europeo de Florencia.

Wiethölter delinea un modelo teórico evolutivo del derecho relacionado con unos estadios también evolutivos del concepto de moral. Aquí se puede sospechar una influencia de Kohlberg, y de Apel y Habermas. Su esquema es el siguiente. En primer lugar hay una moral racional “rígida”, a la cual corresponde un derecho fundado sólo sobre una razón formal, sin relaciones con ningún tipo de necesidad social. En segundo lugar existe una moral racional “flexible”. En ese estadio el derecho sigue la relativización de los criterios absolutos efectuada por aquella moral “flexible”. Así el derecho, perdiendo mucha de su seguridad formal, adquiere la capacidad de adaptarse de manera sustancial a los intereses presentes en la sociedad dada. En fin, en el tercer estadio evolutivo de la moral hay —según Wiethölter— una moral racional “comunicativa”: aquí se coloca el derecho que el profesor alemán llama “procesal”. Este tipo de derecho no tiende tanto a ofrecer prestaciones sociales, y tampoco garantías jurídicas, cuanto a establecer las condiciones de la posibilidad de tales prestaciones y garantías mediante estructuras procesales. “*By proceduralisation of the law* —escribe Wiethölter— *one may understand the transformation of a social context of legal freedoms (...) into a system of justification of the respective new social contexts of ‘ideas’ and ‘interests’.*”<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>7</sup> R. Wiethölter, *Materialization and Proceduralization in Modern Law, in Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. Teubner de Gruyter, Berlin, 1986, p. 246.

El derecho “procesal” así, es un modo de compromiso entre el tradicional derecho formal del Estado liberal y exigencias sociales expresadas con instrumentos también autogestionarios. “*Proceduralisation of law* —concluye Wiethölter— *might be the contemporary manifestation of a bourgeois society which, while it does not (yet?) give up its institutional hopes (synthesis of individual and societal needs, reconciliation of achieved ‘culture’ and realizable ‘interests’), does not start to follow different paths to that institutionalisation.*”<sup>8</sup>

El derecho así llamado “reflexivo”, cuyos máximos teóricos son Helmut Willke y Günther Teubner, se parece mucho al “derecho procesal” de Rudolf Wiethölter. Aun en la teoría del “derecho reflexivo”, nos encontramos con un paradigma evolutivo del concepto de derecho. Aquí nos dicen que hay, en la época moderna, tres estadios del derecho expresados en tres distintos programas: *i*) el programa condicional; *ii*) el programa instrumental, y *iii*) el programa relacional.

De acuerdo con el programa condicional, el derecho establece una serie muy amplia de reglas que sirven como condiciones del marco dentro del cual las acciones y conductas específicas están consignadas a la decisión de los individuos, concebidos como sujetos abstractos. Como escribe Niklas Luhmann, que se sirve mucho —aunque de manera sincrónica— de la oposición entre “programa condicional” y “programa instrumental”, los programas condicionales están montados “independientemente de quién va a decidir”.<sup>9</sup> El “programa condicional”, si se utiliza este concepto de manera diacrónica y se adopta un paradigma evolutivo, corresponde al tipo ideal del Estado liberal clásico.

Según el “programa instrumental”, el derecho regula directa y específicamente conductas y acciones de individuos concretamente determinados. Aquí no hay ningún ámbito de autonomía dejado a los sujetos. Éstos son meros destinatarios de las reglas, sujetos pasivos de un juego que se desarrolla por encima de sus cabezas. El “programa instrumental” corresponde, si se adopta el paradigma evolutivo, al tipo ideal del Estado social en sus distintas versiones (democráticas, autoritarias, totalitarias).

Finalmente, el “programa relacional” se compone de reglas que establecen condiciones, ya no por la acción de individuos, sino de grupos y de organizaciones. Aquí hay lo que algunos han definido como “*constitution of orga-*

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>9</sup> N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984, p. 102.

nisation”, en un sentido opuesto a la constitución (como ley fundamental de garantías) de derechos subjetivos y de contratos privados típica del “programa condicional”. El “programa relacional” se sustancia en el “derecho reflexivo”, y corresponde al tipo ideal de un Estado social liberal, o —mejor dicho— neocorporativo.

Con respecto a estas teorías del “derecho reflexivo” se pueden plantear al menos dos cuestiones. La primera concierne al sentido de las modificaciones jurídicas que, según aquellos teóricos, fundamentan la afirmación de una tendencia evolutiva hacia el “derecho reflexivo”. Recientemente, por ejemplo, Erhard Blankenburg ha destacado el hecho de que las estrategias de reglamentación neocorporativas, sobre cuya insurgencia Teubner funda su tesis del “derecho reflexivo”, como reacción de delegalización, llevan más bien una exigencia de legalización de áreas hasta aquel momento no reglamentadas y dejadas al éxito de una prueba de fuerzas conflictivas. *“What Teubner called ‘reflexive law’ carries that notion: delegating so far legal conflict regulation to the social institutions concerned and considering law and legal institutions as a last resort only for those cases which resist self-regulation. However, the historical development to institutions of reflexive law has more often been the result of the reverse; to quote some examples forwarded by Teubner himself: the self-regulation of collective agreements in industrial relations or the handling of consumer complaints by informal easy-access institutions do not replace former legal regulation, but rather are attempts to formalize formerly unregulated areas of conflict.”*<sup>10</sup>

La segunda cuestión es si, y en qué medida, se pueda afirmar que el Estado social liberal presupuesto por el “derecho reflexivo” existe concretamente en la realidad social y política de hoy. Lo cierto es que, si se quiere evitar por un lado la incongruencia entre derecho y sociedad (peligro ínsito en el “programa condicional”), y por otro lado, la hiperlegalización de la sociedad o la hipersocialización del derecho (peligros ambos típicos del “programa instrumental”, el primero más del Estado social totalitario y el segundo más del Estado social democrático), hay que tener en cuenta las posibilidades ofrecidas por el molde del “derecho reflexivo”.

<sup>10</sup> E. Blankenburg, “Legal Cultures Compared”, en V. Ferrari (comp.), *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 97.