

I

DERECHO Y MORAL
(*Tanner Lectures 1986*)*

Primera lección

¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD
A TRAVÉS DE LA LEGALIDAD?

Max Weber entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la «dominación legal». Bajan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas porque la fe en la legalidad de los órdenes establecidos y en la preparación y competencia de los llamados al ejercicio de la dominación es de calidad distinta que la fe en la tradición o el carisma: es la racionalidad inmanente a la forma jurídica misma la que procura legitimidad a la dominación ejercida en formas legales. Esta tesis provocó una viva discusión. Max Weber apoyaba con ella un concepto positivista de derecho: derecho es exactamente aquello que el legislador político (venga éste democráticamente legitimado o no) establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente institucionalizado. Bajo esta premisa la fuerza legitimadora que la forma jurídica de por sí tiene no puede provenir de un parentesco entre el derecho y la moral. El derecho moderno ha de poder legitimar sólo en virtud de sus (del derecho) propias cualidades formales la dominación ejercida en forma de derecho. Tales cualidades o propiedades han de poder acreditarse como «racionales» sin que para ello sea necesario hacer referencia a la razón práctica en el sentido

* Versión inglesa en *The Tanner Lectures on Human Values*, t. VIII, Salt Lake City, 1988, pp. 217-280.

1. M. Weber, *Economía y sociedad*, México, 1993, cap. III.2, pp. 173 ss.

de Kant o de Aristóteles. El derecho dispone, según Weber, de una racionalidad propia, independiente de la moral. A sus ojos la desdiferenciación de derecho y moral incluso representa una amenaza para la legitimidad del derecho y, por tanto, para la base legitimatoria de la dominación legal. Esa fatal moralización del derecho es lo que Weber diagnostica analizando evoluciones contemporáneas que él describe como «materialización» del derecho formal burgués.

Hoy se está desarrollando un debate sobre «juridificación» que toma como punto de partida el diagnóstico de Weber². De ahí que sea en este contexto donde quiero situar las consideraciones que desarrollaré sobre derecho y moral. (I) Haré primero un resumen del análisis que Weber hace de la desformalización del derecho para sacar a la luz sus supuestos implícitos de teoría moral que son incompatibles con el escepticismo valorativo que Weber profesa. En una segunda parte (II) me referiré a tres posiciones en la reciente discusión alemana acerca del cambio de forma del derecho con el fin de acumular razones en favor de una concepción más adecuada de la racionalidad jurídica. Finalmente, (III) desarrollaré por lo menos a grandes rasgos la tesis de que sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad. Y esa racionalidad procedimental se debe a un entrelazamiento de dos tipos de «procedimientos»: las argumentaciones morales quedan institucionalizadas con medios jurídicos. Estas discusiones tienen carácter normativo. Pero como quedará claro en esta conferencia, lo que busco participando en ellas no tiene tanto que ver con teoría del derecho como con teoría de la sociedad.

1. LA CONCEPCIÓN DE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO POR PARTE DE MAX WEBER

(1) Lo que Weber describió como «materialización» del derecho formal burgués, es lo que hoy conocemos como el proceso de juridificación característico del Estado social. No se trata aquí solamente de crecimiento cuantitativo, del aumento de la densidad de regulaciones o de la profundidad con que preceptos jurídicos logran desarrollar su función regulativa en una sociedad que se torna cada vez más compleja³. Con las necesidades de intervención de un aparato estatal activo (y esto conforme a su propia autoconcepción), que ha de cumplir simultáneamente tareas de regulación y control y ta-

2. F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, y Frankfurt a. M., 1985; A. Göllitz y R. Voigt, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1985.
3. R. Voigt (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a. M., 1983.

reas de compensación, cambian más bien las funciones y las estructuras internas del sistema jurídico. No solamente se hace un uso más intensivo del medio que es el derecho, sino que también la forma jurídica se transforma bajo los imperativos de nuevo tipo a los que se la somete.

Ya Weber tenía a la vista este derecho regulativo que caracteriza al Estado social. Este derecho queda instrumentalizado para las tareas configuradoras de un legislador que ha de satisfacer a exigencias de justicia social, con redistribuciones de tipo compensador, con operaciones de regulación y control sistémicos de tipo estabilizador y con intervenciones transformadoras: «Con el despertar de los modernos problemas de clase empiezan a plantearse al derecho exigencias de tipo material por una parte de los destinatarios de él (a saber, por los trabajadores), por un lado, y por los ideólogos del derecho, por otro, los cuales... exigen un derecho social basado en patéticos postulados éticos ("justicia", "dignidad humana"). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho»⁴. Aquí entra en juego la pareja de conceptos «formal-material» con la que Weber sigue determinando hasta hoy las discusiones correspondientes, encauzándolas, según creo, en una falsa dirección: conforme a su concepción, las exigencias de «justicia material» penetran en el medio del derecho y destruyen la «racionalidad formal» de éste. Weber documenta su tesis recurriendo sobre todo a ejemplos del derecho privado, el cual, si nos atenemos al punto de vista liberal, tenía antaño la función de asegurar, mediante leyes públicas, abstractas y generales, la vida, la libertad y la propiedad de las personas jurídicas, facultadas para concluir contratos. Y de este *corpus* del derecho privado se diferenciaron, en efecto, nuevos derechos privados especiales. Tendencias a la desformalización son, por ejemplo, bien fáciles de documentar en el derecho social y en el derecho laboral, y en el derecho relacionado con carteles y sociedades⁵.

Como «materialización» pueden describirse estas tendencias si se parte de la comprensión *formalista* del derecho, que con el pandectismo y la jurisprudencia conceptual prevalecía entonces en Alemania. Las cualidades formales del derecho, tan subrayadas en esta tradición, Weber las explica en general como resultado del trabajo realizado en dogmática jurídica por juristas especializados de formación académica. Los expertos en derecho velan por el «formalismo del derecho» por lo menos en tres aspectos. La configuración sistemática de un *corpus* de proposiciones jurídicas claramente ana-

4. M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 653.

5. G. Teubner, «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, pp. 289 ss.; Id. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.

lizado introduce, primero, en el conjunto de las normas vigentes un orden por el que ese conjunto resulta abarcable y controlable. Segundo, la forma de la ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios, da al sistema jurídico una estructura unitaria. Y tercero, la vinculación de la justicia y la Administración a la ley garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo, atendida a reglas procedimentales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes. Las desviaciones respecto de este modelo liberal pueden entenderse entonces como merma de las cualidades formales del derecho. La ola de jurisdicción ligada al Estado social convierte en insostenible la imagen clásica del sistema de derecho privado, la idea de una clara separación entre derecho privado y público, así como la jerarquía de norma fundamental y ley simple. También se hace añicos la ficción de un sistema jurídico bien ordenado. La unidad de las normas jurídicas en conjunto sólo se abre de caso a caso a una precomprensión reconstitutiva, dirigida por principios, precomprensión que como tal no está objetivada en el texto de las leyes⁶. Pues, en efecto, programas jurídicos orientados a obtener determinados objetivos vienen a sustituir la clara estructura de regla de las formas jurídicas anteriores en la medida en que la actividad legislativa pasa a programar intervenciones políticas tendientes a cumplir tareas de configuración, planificación o redistribución social, cuyos efectos son difícilmente pronosticables. Tanto materias demasiado concretas como objetivos demasiado abstractos tienen entrada en el lenguaje de la ley. Y lo que antes eran rasgos y elementos externos al derecho encuentran cabida, cada vez con más abundancia, en las determinaciones y disposiciones jurídicas. Este «ascenso de los objetivos o fines en el derecho» (Ihering) viene, finalmente, a aflojar la vinculación de la justicia y la Administración a la ley, que antaño se consideró aporismática. Los tribunales han de habérselas con cláusulas de tipo general y simultáneamente con un mayor espectro de variación de los contextos, a la vez que han de hacer justicia a una interdependencia cada vez mayor de proposiciones jurídicas desordenadas. Y otro tanto cabría decir de la actuación «situativa» a que se ve obligada la Administración.

Cuando antaño a las cualidades formales del derecho se las veía caracterizadas por la sistematización del *corpus* jurídico, por la forma de la ley abstracta y general y por procedimientos estrictos que restringían la discrecionalidad de jueces y funcionarios, esta manera de ver las cosas tenía sin duda su origen en una fuerte estilización; pese a lo cual, los cambios que se produjeron en el sistema jurídico al ponerse en marcha el Estado social, tuvieron que representar un *shock* para la autocomprensión liberal del derecho. En este aspecto

6. G. Teubner, «Verrechtlichung...», pp. 300 ss.

cabe hablar sin más, por lo menos en un sentido descriptivo, de una «materialización» del derecho. Pero Weber da también a esa expresión un sentido crítico al adjuntarle dos referencias que la definen: en las cualidades formales del derecho Weber veía también fundada la racionalidad del derecho; y materialización significaba para él moralización del derecho, a saber, la penetración de puntos de vista de justicia material en el derecho positivo. Y de ambas cosas se seguía la afirmación crítica de que en la medida en que se establece una conexión interna entre derecho y moral, queda destruida la racionalidad que es immanente al medio que representa el derecho.

(2) Pero esta concatenación de ideas sólo puede ser de recibo si las cualidades del derecho, tal como Max Weber las toma de la comprensión formalista del derecho, pueden interpretarse como «racionales» en un sentido moralmente neutral. Recordemos los tres aspectos que en Weber tiene el uso del término «racional».

Weber parte, primero, de un concepto lato de técnica (también en el sentido de técnica para orar, de técnica pictórica, de técnica educativa, etc.) para aclarar que el aspecto de regularidad es en general importante para una cierta racionalidad de la acción. Los patrones de comportamiento reproducibles de forma fiable tienen la ventaja de su previsibilidad y calculabilidad. Pero tan pronto como se trata de reglas técnicas (susceptibles de mejorarse) concernientes a la dominación de la naturaleza o de un determinado material, el concepto general de *racionalidad* aneja a la atención a reglas cobra el significado más estrecho de racionalidad instrumental. Y cuando ya no se trata sólo de la utilización regulada de medios sino de la selección de fines en función de valores de los que se parte como datos, Weber habla (y ésta es la segunda acepción de racional) de *racionalidad con arreglo a fines*. Bajo este aspecto una acción puede ser racional en la medida en que no se vea gobernada por pasiones ciegas o por tradiciones de tipo cuasinnatural, es decir, no transidas por la reflexión. Las orientaciones valorativas las considera Weber como preferencias de un determinado contenido, como preferencias orientadas por valores materiales, que anteceden, como algo ya no susceptible de ulterior fundamentación, a las decisiones de los sujetos que acúan de forma racional con arreglo a fines, como son, por ejemplo, los intereses que los sujetos de derecho privado persiguen en el tráfico económico. *Racional* llama también Weber, finalmente, a los resultados del trabajo intelectual de los expertos que configuran y articulan analíticamente los sistemas recibidos de símbolos, por ejemplo, las imágenes religiosas del mundo o las ideas morales y jurídicas. Estas realizaciones en el campo de la dogmática son expresiones de

7. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa I*, Madrid, 1987, pp. 227 ss.

un pensamiento científico-metódico. Acrecientan la complejidad y simultáneamente la especificidad del saber enseñable.

En un primer repaso es fácil ver cómo bajo los tres aspectos de racionalidad de regla, racionalidad electiva y racionalidad científica las cualidades formales del derecho, arriba mencionadas, pueden describirse como «racionales» en un sentido estricto y todavía moralmente neutral. La configuración sistemática del *corpus iuris* se debe a la racionalidad científica de expertos en derecho, entregados al desarrollo de la dogmática jurídica; las leyes públicas, abstractas y generales aseguran ámbitos de autonomía privada para una persecución de intereses subjetivos, racional con arreglo a fines; y la institucionalización de procedimientos para la aplicación e implementación estricta de tales leyes posibilita una conexión regular, y por tanto calculable, entre acciones, tipos jurídicos y consecuencias jurídicas, sobre todo en el tráfico económico organizado en términos de derecho privado. Quedaría así demostrada la racionalidad del derecho formal burgués en un triple aspecto, sin atender a otra cosa que a sus cualidades formales. Pero, ¿son realmente estos aspectos de racionalidad los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercida en forma de derecho?

Basta considerar el movimiento obrero europeo y las luchas de clases del siglo XIX para percatarse de que sistemas políticos que respondían de forma bien aproximada a la idea-modelo de una dominación racionalizada en términos de derecho formal, en modo alguno fueron percibidos *per se* como legítimos, a no ser por las capas sociales que eran las beneficiarias de ellos y por los ideólogos liberales de esas capas sociales. Pero si con el fin de hacer una crítica inmanente presuponemos ese modelo liberal, resulta que la legitimidad de ese derecho formal burgués, cuando se miran bien las cosas, no deriva en absoluto de las características «racionales» señaladas, sino de las implicaciones morales que pueden derivarse de esas características recurriendo a ulteriores supuestos empíricos auxiliares acerca de la estructura y funcionamiento del orden económico.

(3) Si recorremos en dirección inversa esos tres aspectos de racionalidad, lo dicho vale en primer lugar para la seguridad jurídica en cuanto que, sobre la base de leyes abstractas y generales, ésta viene garantizada mediante procedimientos estrictos a los que ha de atenerse la justicia y la Administración. Supongamos que se cumplan las condiciones empíricas necesarias para poder garantizar la seguridad jurídica de forma universal y para todos por igual. Pero entonces plantéase la cuestión de que la seguridad jurídica en el sentido de pronosticabilidad en las intervenciones en la vida, la libertad y la propiedad es un «valor» que compite con otros valores, por ejemplo, con una participación en las decisiones políticas, arti-

culada en términos de igualdad de oportunidades, o de una igual distribución de las ventajas y recompensas sociales. Ya Hobbes había tenido en mientes una maximización de la seguridad jurídica cuando impone a su soberano la obligación de canalizar sus mandatos a través del medio que representa el derecho. Pero el papel privilegiado de que este valor goza en el derecho formal burgués no puede quedar justificado por sólo la razón de que la calculabilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones resulte funcional para la organización del tráfico social sobre el eje de una economía de mercado. La cuestión, por ejemplo, de si se está dispuesto a introducir políticas de las del tipo del Estado social, que sólo pueden realizarse con ayuda de conceptos jurídicos más bien imprecisos e indeterminados, aun a costa de sacrificar un cierto grado de calculabilidad de las decisiones judiciales, es una cuestión de ponderación moral entre dos principios diversos. Pero tales colisiones hay que decidir las entonces desde el punto de vista moral de la susceptibilidad de universalización de intereses.

Pero con ello, y esto es lo segundo, queda afectada la calidad formal de las leyes. La forma clásica de la ley abstracta y general no legitima la dominación ejercida en tales formas por la sola razón de que semejante dominación cumpla determinados requisitos funcionales para la persecución «privado-autónoma» y la persecución «racional con arreglo a fines» de los propios intereses de cada uno. Desde Marx hasta Macpherson⁸ se ha venido insistiendo una y otra vez en que de ello sólo podría hablarse si cualquiera tuviese la posibilidad de acceder en términos de igualdad de oportunidades a las *opportunity-structures* de una sociedad de mercado, y, aun entonces, sólo bajo el supuesto de que no se pudiese encontrar una alternativa preferible a las formas de vida en las que se vuelven tan determinantes los mecanismos monetarios y burocráticos. Ciertamente, frente a los programas finalistas, los programas legislativos que tienen la estructura de reglas ofrecen la ventaja de que, en virtud de su propia generalidad o universalidad semántica, vienen a ajustarse al principio de igualdad ante la ley. Y en virtud de su carácter abstracto, en la medida en que las materias reguladas sean, en efecto, de carácter general y no se vean afectadas en su contenido esencial por el cambio de los contextos, responden incluso a un principio de más alcance, a saber, al principio de que lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual. Frente a la argumentación funcionalista de Max Weber resulta, entonces, que la forma de leyes abstractas y generales sólo puede justificarse como racional a la luz de principios de contenido moral. (Mas de ello no cabe concluir que un orden jurídico, sólo en las formas de leyes públicas, abstractas y

8. C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, 1962.

generales, pudiese dar satisfacción a esos dos principios de igualdad en la aplicación del derecho e igualdad jurídico-material).

Tampoco la tercera cualidad formal, la de la estructura científico-metódica de un *corpus iuris* sistemáticamente configurado, puede explicar, considerada en sí misma, la eficacia legitimadora de la legalidad. Pese a toda la autoridad que las ciencias puedan reclamar en las sociedades modernas, las normas jurídicas no cobran legitimidad por el solo hecho de que se precisen sus significados, se expliquen los conceptos que subyacen en ellas, se examine su consistencia y se reduzcan a unidad las ideas a que deben su existencia. El trabajo de los especialistas en dogmática jurídica sólo puede representar una aportación a la legitimación si, y en la medida en que, ayuda a satisfacer esa necesidad de fundamentación que surge en cuanto el derecho queda convertido en conjunto del derecho positivo. Pues la mutabilidad del derecho positivo sólo es compatible desde el punto de vista de sus destinatarios y de sus administradores con su (del derecho) pretensión de validez legítima, mientras pueda suponerse que los cambios en el derecho y los desarrollos en el derecho pueden fundamentarse (en sus respectivos contextos) partiendo de principios que resulten convincentes. Las tareas y operaciones de sistematización de los especialistas en derecho han hecho precisamente cobrar conciencia del modo de validez postradicional del derecho. En el derecho positivo las normas han perdido por principio el tipo de validez consagrada por la costumbre. Las distintas proposiciones jurídicas tienen, por tanto, que poder ser fundamentadas como ingredientes de un orden jurídico al que en conjunto quepa hacer convincente a partir de principios, pudiendo esos principios entrar en colisión unos con otros y debiendo en ese caso ser sometidos a un examen discursivo. Pero a su vez, lo que en el plano de esas discusiones normativas acaba haciéndose valer es una racionalidad que está más cerca de lo que Kant llamaba razón práctica que de una racionalidad puramente científica, y que en todo caso es una racionalidad que no es moralmente neutral.

Resumiendo podemos decir que las cualidades formales del derecho analizadas por Max Weber sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar la legitimidad de la legalidad en una medida en que hubieran podido ser consideradas «racionales» en un sentido práctico-moral. Weber no reconoció este núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho. Weber no distinguía entre *preferibilidad* de los valores que en el marco de determinadas formas culturales de vida y de determinadas tradiciones resultan, por así decir, *recomendables* frente a otros valores, y la

validez deontológica (o *deber-ser*) de normas que obligan por igual a todos los destinatarios. Weber no estableció una separación entre las estimaciones valorativas, que se dispersan a lo ancho de todo un espectro de contenidos valorativos que compiten unos con otros, y el aspecto formal de la obligatoriedad o validez de las normas, que no varía en modo alguno con los contenidos de esas normas. Con otras palabras, Weber no tomó en serio el formalismo ético.

(4) Muéstrase esto en la interpretación que Weber hace del derecho natural racional moderno, que Weber opone al «derecho formal» convertido en positivo. Weber piensa «que no puede haber un derecho natural puramente formal»: «criterio material de lo que es legítimo desde la perspectiva del derecho natural, son la naturaleza y la razón...». Hay que admitir que las teorías del derecho natural desde Hobbes hasta Rousseau y Kant mantienen todavía ciertas connotaciones metafísicas. Pero Rousseau y Kant, con sus modelos de un contrato social, a través del cual los miembros de una comunidad jurídica regulan democráticamente su convivencia como iguales y libres, dan ya plena satisfacción a la exigencia metodológica de una fundamentación procedimental del derecho. En esta tradición moderna expresiones tales como «naturaleza» y «razón» no se refieren propiamente a contenidos metafísicos; antes sirven a la explicación de los presupuestos bajo los que habría de producirse un acuerdo o convenio para poder tener fuerza legitimadora. De tal modo conceptualista pueden deducirse condiciones procedimentales para una formación racional de la voluntad. Y a su vez Weber no distingue suficientemente entre aspectos estructurales y aspectos de contenidos valorativos de los que el derecho formal habría hecho muy bien en liberarse. Weber equipara falsamente las propiedades procedimentales de un nivel postconvencional de fundamentación con orientaciones valorativas materiales. Por eso no se percata de que la figura de pensamiento que representa el contrato social (al igual que el imperativo categórico) puede entenderse como propuesta de un procedimiento cuya racionalidad garantizaría la rectitud (legitimidad) de cualesquiera decisiones que se produjesen conforme a él.

En este lugar esta apelación a las teorías morales y a las teorías de la justicia planteadas en términos procedimentalistas sólo tiene por fin explicar por qué el derecho y la moral no pueden deslindarse entre sí recurriendo a conceptos tales como «formal» y «material». Antes las consideraciones que hemos hecho hasta aquí conducen al resultado de que la legitimidad de la legalidad no puede explicarse recurriendo a una racionalidad autónoma, a una racionalidad exenta de

moralidad, inherente, por así decir, a la forma jurídica; esa legitimidad ha de hacerse derivar más bien de una relación interna entre el derecho y la moral. Y lo dicho empieza siendo válido del modelo del derecho formal burgués, que cristaliza en torno a la forma semántica de la ley abstracta y general. Pues las cualidades formales de este tipo de derecho sólo ofrecen razones legitimantes a la luz de principios de contenido moral. Pues bien, es verdad que el cambio de forma del derecho, que Max Weber describe bajo el rótulo de «materialización», deja sin base precisamente esas razones. Pero con ello no queda dicho todavía en modo alguno que al derecho materializado le falten propiedades formales de las que de forma análoga puedan reducirse razones legitimantes. Antes el cambio de forma del derecho constituye un desafío que nos lleva a radicalizar la pregunta de Weber por la racionalidad immanente al derecho. El derecho formal y el derecho desformalizado constituyen desde el principio variantes distintas en las que se expresa un mismo derecho positivo. El «formalismo» del derecho, que es común a estos tipos especiales de derecho, tiene por tanto que radicar en un nivel más abstracto. Nos conduciría a falacias concretistas el querer ver anclado el formalismo del derecho en propiedades de un determinado modelo histórico, justo en las propiedades del modelo que representa el derecho formal burgués.

Para los sistemas jurídicos modernos resulta por lo general central el concepto de procedimiento jurídicamente institucionalizado. Este concepto ha de manejarse de forma tolerante, o en todo caso no se lo puede asociar de antemano con una forma especial de ley. H. L. A. Hart y otros han mostrado que los sistemas jurídicos modernos no se componen solamente de normas comportamentales y normas penales directas, sino también de normas secundarias, reglas de autorización y organización que sirven para institucionalizar procedimientos concernientes a la producción legislativa, a la administración de justicia y a la Administración¹⁰. De esta forma, la producción de normas queda a su vez normada. El que se tomen conforme a los plazos establecidos decisiones jurídicamente vinculantes viene posibilitado por una forma de actuación, procedimentalmente fijada, pero indeterminada en lo tocante a contenido. Además hay que tener presente que estos procedimientos establecen una conexión entre toma de decisiones y deberes de fundamentación. Lo que de esta forma se institucionaliza son discursos jurídicos que no sólo operan bajo las restricciones externas que les impone el procedimiento jurídico, sino también bajo las restricciones internas anejas a la generación argumentativa de buenas razones¹¹. Las reglas de argumentación anejas a los distintos tipos de discursos institucionales

10. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1973.

11. R. Alexy, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, 1994.

lizados no dejan la construcción y valoración de las razones al arbitrio de los participantes. Y esas reglas sólo pueden ser cambiadas a su vez razonando la necesidad de su cambio. Finalmente, hay que tener presente que los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios¹². Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales.

Pues bien, si las cualidades formales del derecho —aunque el umbral de una diferenciación del derecho en tipos de derecho más o menos materializados— hay que buscarlas en la dimensión de los procedimientos jurídicamente institucionalizados; y si estos procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental.

II. DESFORMALIZACIÓN DEL DERECHO: TRES INTERPRETACIONES

(1) Max Weber se orientó todavía por una comprensión formalista del derecho que mientras tanto ha sido puesta en cuestión por la investigación histórica. El modelo liberal no tenía demasiado que ver con la realidad jurídica, ni en la Alemania de fines del siglo XIX, ni en ninguna otra parte. Por ejemplo, el funcionamiento automático de la vinculación de la justicia a la ley fue siempre una ficción¹³. Sin embargo, no es casual que el diagnóstico de Weber mantenga su actualidad. Pues como enunciado *comparativo* acerca de una tendencia en la autocomprensión y en la práctica de los expertos en

¹² R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1995, caps. 2 y 3.

¹³ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, München, 1986.

derecho, ese diagnóstico no ha hecho sino confirmarse. Mientras tanto, fenómenos nuevos que Weber todavía no pudo observar, confirman también su diagnóstico.

(a) *Derecho reflexivo*. Lo que Weber tenía a la vista era el desplazamiento del derecho formal por programas jurídicos de tipo funcionalista. Pero junto a este tipo de derecho, como demuestra el caso del derecho relativo a convenios colectivos, apareció enseguida otro tipo de derecho desformalizado. Me refiero a la delegación de la facultad de tratar y tomar decisiones a las partes en litigio y el establecimiento de procedimientos cuasipolíticos de formación de la voluntad y formación de compromisos¹⁴. Con este tipo de regulación el legislador ya no trata de conseguir directamente fines concretos; antes esas normas tienen como fin el capacitar a los participantes para que regulen por su propia cuenta sus propios asuntos. Este modo reflexivo y, por así decir, de doble nivel, que la desformalización adopta aquí, tiene la ventaja de una mayor flexibilidad, a la vez que comporta una autonomización de los destinatarios del derecho. Mientras tanto este derecho reflexivo se está difundiendo a la sombra de desarrollos corporativistas.

(b) *Marginalización*. La investigación de los últimos decenios acerca de la implementación de las normas jurídicas ha mostrado los huecos que se producen entre la letra y los efectos de los programas jurídicos. En múltiples ámbitos de acción, el derecho goza de todo menos de un estricto carácter vinculante. La conciencia de la marginalidad deriva en parte de la investigación sociológica de hechos que hasta ahora no eran conocidos. Pero también se añaden otros fenómenos: el carácter crecientemente experimental de la regulación de procesos difícilmente abarcables, orientada a conseguir determinados fines; una creciente sensibilidad del legislador hacia problemas de practicabilidad y aceptación; así como la asimilación del derecho penal a formas de control social. También la sustitución de la persecución penal estatal por arreglos privados, como son por ejemplo los concernientes a indemnizaciones susceptibles de negociarse entre autor y víctima, y otros de tipo similar, refuerzan la «erosión de las normas» y el cambio hacia una cuestionable «orientación hacia el consenso»¹⁵. Todo esto quita al derecho actual algo de su carácter clásico de derecho coercitivo.

14. G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Society Review* 17 (1983), pp. 239 ss.

15. W. Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafrecht und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985; id., «Versuch über den aktuellen Stil des Rechts», en *Schriften der H. Ehlert Akademie*, Kiel, 1986.

(c) *Imperativos funcionales*. El proceso y tipo de juridificación ligados al Estado social lo entendemos, como ya muestra el concepto de derecho «regulativo», como la instrumentalización del derecho para fines del legislador político. Pero con esto estamos atribuyendo a las intenciones de los actores lo que a menudo éstos sólo ejecutan de forma más o menos inconsciente como agentes de un aparato estatal que se torna cada vez más complejo o bajo la presión de los imperativos sistémicos de una economía autonomizada y a la vez necesitada de estabilización. También en la administración de justicia puede observarse cómo los puntos de vista normativos quedan subordinados en términos de una «política de orden y buen gobierno» a puntos de vista concernientes a los imperativos de mantenimiento de las instituciones estatales o a los imperativos de regulación y control de los mercados. En la competencia entre derechos, por un lado, y bienes colectivos, por otro, acaban haciéndose valer imperativos funcionales de los subsistemas sociales regulados y controlados respectivamente por el dinero y el poder administrativo, subsistemas que por su parte no vienen integrados a través de normas y valores.

(d) *Moralidad vs. positividad del derecho*. Con la creciente movilización del derecho se agudiza la cuestión de las condiciones de legitimidad de la legalidad. Pues en cierto modo el derecho positivo, con su creciente velocidad de cambio, entierra sus propias bases de validez. Con cada cambio de gobierno se tornan susceptibles de mayoría intereses distintos que, por ejemplo, se hacen valer en el derecho relativo a arrendamientos urbanos, en el derecho de familia, y en el derecho fiscal. Pero, paradójicamente, con ello se asocia la tendencia contrapuesta, es decir, la tendencia a apelar bajo el signo de un derecho moralizado al derecho «correcto» (por ejemplo, en forma de desobediencia civil, o en las cuestiones relativas al aborto, a la separación, a la protección del entorno, etc.). También esto tiene razones sistemáticas. Los principios morales que provienen del derecho natural racional son hoy ingredientes del derecho positivo. La interpretación de la Constitución cobra, por tanto, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho. W. Naucke habla irónicamente de una «administración del derecho natural por los juristas»¹⁶.

Todas estas tendencias caen bajo el rótulo de «desformalización del derecho». Simultáneamente bajo el rótulo peyorativo de «juridificación», se convierten en objeto de una crítica del derecho. También en este aspecto el debate actual toma a Weber como punto de partida: pues su pregunta por la racionalidad de la forma jurídica se enderezaba a obtener criterios para un derecho correcto a la vez que

funcional. En este aspecto esta discusión arroja luz sobre nuestra cuestión de cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad. En lo que sigue, y recurriendo sólo a ejemplos alemanes, caracterizaré tres posiciones, sin entrar con detalle en sus correspondencias americanas. A estas posiciones les es común la perspectiva de imporcarlos, desde la que analizan el sistema jurídico desde dentro¹⁷. Implícitamente la discusión alemana viene determinada también por la disputa acerca de la deformación del derecho durante la época nazi. Según la interpretación que se haga de esa deformación, se acabará poniendo más confianza en la justicia y en la Administración, o en el legislador parlamentario. Esta polarización tiene la ventaja de dirigir la mirada a los tres poderes del Estado y de obligar de antemano a no limitarse a la administración de justicia a la hora de buscar las condiciones de legitimidad de la dominación legal.

(2) La valoración de las experiencias históricas que en Alemania se tuvieron con el régimen nazi dejó claras huellas en una controversia que a principios de los años 50 sostuvieron Ernst ForsthoFF y Wolfgang Abendroth acerca del Estado de derecho y del Estado social¹⁸. En esa controversia se proseguían debates que Carl Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller, entre otros, mantuvieron en la época de Weimar¹⁹. Pues bien, en nuestro contexto lo que importa es que las intervenciones de ForsthoFF podían considerarse como una prosecución de la crítica formalista que Max Weber hacía del derecho, pero efectuada ahora con los medios de la dogmática jurídica. ForsthoFF trataba de hacer frente a las tendencias a la desformalización exigiendo que las tareas de planificación y configuración social, de las que en el Estado social tienen que encargarse el legislador y la Administración, se canalizasen en las formas del Estado clásico de derecho. El principio de Estado social asumido en la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania no debía recibir rango constitucional y no debía afectar a la estructura formal del Estado de derecho. La lógica liberal del Estado de derecho vendría caracterizada, a su vez, por la forma de la ley pública, abstracta y general. Mientras el legislador político sólo persigue objetivos que puedan traducirse a programas jurídicos orientados conforme a tal estructura de reglas públicas, abstractas y generales, queda asegurada la previsibilidad y calculabilidad de una justicia independiente y de una Administración garantizadora del derecho. Un Estado activo que intervenga en el *statu quo* de la sociedad mediante una administración planifica

dora y encargada de hacer prestaciones, acabaría deformando el Estado de derecho. El que la legitimidad del Estado de derecho coincida con la forma semántica de la ley es, por lo demás, una premisa que Lon Fuller analizó como la «internal morality of law»²⁰.

La debilidad de esta posición radica en su carácter puramente defensivo. ForsthoFF tenía muy claro que entre el Estado liberal de derecho y la sociedad liberal centrada en el orden económico se daba «una correspondencia estructural». En vista del cambio estructural de la sociedad registrado mientras tanto, ForsthoFF no tenía más remedio que introducir la suposición poco realista de que las estructuras del Estado de derecho pueden desligarse de sus contextos sociales de nacimiento y autonomizarse en un «sistema constitucional de carácter técnico-jurídico». ForsthoFF no podía explicar cómo la hornada de juridificación ligada al Estado social podría ser reconducida al formato de un tipo y forma de ley que mientras tanto había quedado desbordado por todas partes, sin afectar a la sustancia del compromiso que representa el Estado social, respecto del cual ya no era posible sin más dar marcha atrás²¹.

A esta realidad parecía acomodarse mejor el positivismo jurídico democrático de su oponente, de Wolfgang Abendroth. Bajo las premisas del formalismo jurídico de Weber y ForsthoFF el derecho regulativo que caracteriza al Estado social no sería otra cosa que un cuerpo extraño; resultaría vano buscar fórmulas de compromiso²². En cambio, Abendroth trata de conciliar el principio de Estado social y las garantías del Estado de derecho bajo el techo de la autodeterminación democrática. El orden social está en conjunto a disposición de la formación democrática de la voluntad del pueblo. El Estado democrático se considera centro de una sociedad que se determina a sí misma y se transforma a sí misma. La forma jurídica sirve simplemente a transformar políticas reformistas en decisiones vinculantes. El derecho no posee ninguna estructura *propia*, que pudiese ser deformada. En actitud positivista, el concepto de ley queda despojado de toda determinación interna concerniente a racionalidad. El mínimo ético pasa ahora de la forma semántica de la ley a la forma democrática de la producción legislativa. Las garantías propias del Estado de derecho las confía Abendroth a la esperanza roussoniana de que un legislador democrático que permanezca consistente consigo mismo no tomará ninguna resolución a la que no todos pudiesen asentir. Pero pese a todo este activismo legislativo, Abendroth permanece todavía peculiarmente ciego, tanto

20. R. S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford, 1984, pp. 33 s.

21. C. Offe, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, 1994.

22. E. R. Huber, «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», en E. ForsthoFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, p. 589.

17. La teoría sistémica del derecho la trato en la segunda lección. La interpretación económica del derecho (*law and economy*) la dejaré aquí de lado como una variante más del empirismo.

18. E. ForsthoFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968.

19. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980.

frente a las coerciones sistémicas del Estado y la economía, como también frente a las específicas formas que tiene de presentarse la jurisdicción ligada al Estado social.

(3) Pero mientras tanto se ha desarrollado una metacrítica de la crítica de la jurisdicción, metacrítica que se apoya en la posición de Abendroth. En el centro de esa crítica de la jurisdicción está la consideración de que la sustitución del derecho estrictamente formal por regulaciones elásticas, desformalizadas, abre el camino por el que la Justicia y la Administración se sustituyen a la supremacía del poder legislativo y, por tanto, a la única fuerza legitimadora, a saber, a la que proviene del procedimiento democrático de producción legislativa. El derecho materializado y determinadas formas del derecho reflexivo destruyen, así argumenta por ejemplo Ingeborg Maus, la división clásica de poderes, porque con la penetración de cláusulas generales y de metas indeterminadas, por un lado, y con la delegación de competencias de decisión y de posiciones de negociación desde las que llegar a compromisos dotados de carácter jurídicamente vinculante, por otro, se disuelve la vinculación de la Justicia y la Administración a la ley democrática²³. Ese espacio de discrecionalidad ampliado, la Justicia lo llena con sus propios programas jurídicos y sus propias convicciones valorativas; la Administración opera en esa zona de oscuridad entre las propias decisiones programadoras y las decisiones programadas por el legislador y hace su propia película. La ley no es ya sino un «embalaje» para todo ello, una fina película superficial para legitimar el que la administración de justicia haga en realidad uso de valoraciones supratativas, por un lado, y las conexiones y arreglos corporativistas de la Administración con los intereses más poderosos, por otro. El cambio de la estructura del derecho en función de tal acción «situativa» por parte de la Administración no puede sino quedar fomentado por una Justicia que se orienta hacia el caso particular y se restringe a sopesar valores.

Esta crítica apunta, ciertamente, en la misma dirección que el formalismo jurídico liberal. Pero se distingue de él en sus puntos normativos de partida. Aun cuando I. Maus insiste en la necesidad de determinaciones legales bien definidas que limiten estrictamente el espacio de discrecionalidad de la Justicia y de la Administración, la racionalidad del Estado de derecho no puede tener ya su asiento en la forma semántica de la ley. Fuente de legitimación sólo puede ser ya el procedimiento democrático de la producción legislativa. Pero entonces la razón de que la Justicia y la Administración puedan

23. I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en G. Göhler (ed.), *Grundlagen einer Theorie der politischen Institutionen*, Köln, 1986.

sustraerse al control legislativo no puede radicar sólo en el cambio de forma que caracteriza al tipo de legislación ligado al Estado social; pues si así fuera, esa línea de argumentación articulada en términos de teoría de la democracia perdería su «punto» y, en última instancia, vendría a coincidir con la liberal. La supremacía de la actividad legislativa frente a las otras dos funciones del Estado tampoco puede analizarse en términos solamente sociológicos como una cuestión de poder. En el caso de Abendroth quedaba todavía en el trasfondo un análisis de clases y la idea de un compromiso de clases que en las formas del Estado social y democrático de derecho habría de poder desplazarse e inclinarse en favor de los partidos obreros. Hoy la confianza en los supuestos de fondo, tanto de la filosofía marxista de la historia, como de otras filosofías de la historia, se ha desvanecido en buena parte. De ahí que sea menester una justificación normativa de la postulada supremacía del Parlamento. Y para ello no basta el «positivismo democrático de la ley» de Abendroth. Si el lugar vacío que representa el concepto positivista de ley ya no puede llenarse normativamente apelando o recurriendo a un privilegiado interés de clase, las condiciones de legitimidad de la ley democrática han de buscarse en la racionalidad del propio proceso de producción legislativa.

De todo lo discutido hasta aquí síguese, pues, el interesante desideratum de investigar la racionalidad procedimental inscrita en el propio proceso democrático de producción legislativa para ver si de esa racionalidad procedimental pueden obtenerse razones para una legitimidad a través de la legalidad. Pero incluso en el caso de que ese desideratum pueda cumplirse plantéase al menos un problema ulterior. Pues en cuanto resulta que la ley abstracta y general, la ley que excluye toda determinación no puede ser ya la forma normal-ejemplar de los programas regulativos del Estado social, falta la correa de transmisión con la que transferir la racionalidad del procedimiento legislativo a los procedimientos de la Justicia y la Administración. Sin la eficacia automática de una estricta vinculación a la ley, tal como se supone en el modelo liberal y sólo en él permanece abierta la cuestión de cómo la racionalidad procedimental de una parte puede quedar reflejada en la racionalidad experimental de la otra parte.

(4) Esta cuestión, por lo menos en lo concerniente a la racionalidad de la práctica de las decisiones judiciales, se convierte en punto de partida de una tercera línea argumentativa. Esta posición está bastante menos precisada que las que representan la crítica formalista del derecho y la crítica del derecho efectuada en términos de teoría de la democracia. La respuesta a la cuestión de cómo se las arregla la Justicia con el derecho desformalizado, aparece al menos en dos va-

riantes, la iusnaturalista y la contextualista. Pero hagamos antes una breve descripción de los fenómenos que vienen aquí al caso.

El análisis suele detenerse con preferencia en los ejemplos suministrados por la práctica de toma de decisiones del Tribunal Constitucional alemán, que tiene encomendada las tareas de control abstracto de las normas. También el derecho de familia, el derecho laboral y el derecho social confrontan a la jurisprudencia con materias que no pueden elaborarse conforme al patrón clásico que representa el procedimiento de los tribunales de derecho civil, es decir, el de subsumir el caso particular bajo una ley general²⁴. Pero es en las interpretaciones propias del derecho constitucional donde cabe reconocer muy bien tendencias hacia una práctica de toma de decisiones que no sólo llena huecos legales sino que representa un expreso desarrollo constructivo del derecho.

Aquí se muestra de forma particularmente clara que la apariencia que había hablado en favor del modelo liberal, se ha venido abatiendo. Ha quedado rota la barrera que establecía una separación entre la esfera estatal de la «realización del bien común» y el ámbito social de la persecución privada-autónoma del bienestar individual. La Constitución se presenta hoy como un todo dinámico, en el que en cada caso hay que establecer un equilibrio *ad hoc* entre el bien particular y el bien común a la luz de los principios constitucionales supremos y de una comprensión holista de la Constitución²⁵. La jerarquía entre norma fundamental y ley simple ha quedado tan disuelta como la estructura de regla de los derechos fundamentales²⁶. No hay en absoluto derecho alguno que no pueda restringirse en virtud de consideraciones concernientes a equilibrio entre principios. De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido el «principio de integración o de efecto recíproco», conforme al cual todo elemento del orden jurídico puede interpretarse del «orden valorativo que la Constitución plasma» considerado en conjunto. Pero con esta anticipación del sentido reconstruido del todo, una anticipación que viene gobernada por principios, establece no ciertamente en el plano de la letra del texto legal, pero sí metodológicamente, una estructura en dos niveles, la del orden legal y la de los principios legitimadores. Esta estructura en dos niveles tiene por consecuencia una considerable inseguridad jurídica. E. Denninger habla en este contexto de un desplazamiento de la dominación legal —de la do-

minación de la legalidad de leyes y medidas— por una «dominación en virtud de una legitimidad sancionada por los jueces»²⁷.

Pero tanto más urgente se torna entonces para una crítica del derecho la cuestión de si la Justicia puede todavía confiar en llenar racionalmente esos espacios de discrecionalidad inevitablemente ampliados, es decir, en llenarlos con argumentos susceptibles de ser sometidos a comprobación intersubjetiva. Las reservas conservadoras vienen motivadas en general por la desconfianza contra un legislador parlamentario que puede dejarse arrastrar por la demagogia. En este punto esta actitud guarda una posición asimétrica con la línea de argumentación articulada en términos de teoría de la democracia. Pues también por el lado conservador resulta decisiva una especial valoración de la injusticia del régimen nacional-socialista. Una Justicia que pueda orientarse por principios jurídicos suprapositivos, constituiría un contrapeso contra «el positivismo de los fines o el positivismo del poder» de mayorías carentes de pensamiento, ciegas al derecho, intimidadas o violentadas²⁸. Como la fuerza legitimadora de la voluntad general democrática habría quedado enterrada por el positivismo jurídico, la producción legislativa tendría que venir sometida al control de una jurisprudencia que, ciertamente, quede vinculada a la ley, pero también a las leyes supremas de una justicia material²⁹. Ya se tomen esas leyes del derecho natural cristiano, ya se las tome de una ética material de los valores, ya se apele directamente en términos neoaristotélicos al *ethos* en que se ha crecido, el caso es que con tal apelación a la «incondicionalidad» de un orden valorativo concreto se cumplen de hecho los temores de Max Weber de que la desformalización del derecho suponía abrir las puertas de par en par a una inundación de orientaciones valorativas materiales y, por tanto, controvertibles, y en el fondo irracionales³⁰.

Nota característica de los abogados de tal judicatura de los valores, ya se interprete ésta en términos iusnaturalistas, ya se interprete en términos contextualistas, es que comparten las premisas filosóficas de Max Weber, pero cambiándole el signo. Ponen a un mismo nivel procedimientos, principios abstractos, y valores concretos. Como lo universal ético estaría ya siempre inserto en contextos de acción históricos y concretos, no podría haber una fundamentación o ponderación de principios conforme a un procedimiento general que garantizase la imparcialidad. Particularmente los neoaristotélicos propenden a una ética de las instituciones que reduce o suspende de la tensión entre norma y realidad, entre principio y regla, neutra-

24. R. Salgo, «Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 31 (1984), pp. 221 ss.

25. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», en Ch. Broda (ed.), *Festschrift für R. Wassermann*, Darmstadt y Neuwied, 1985, pp. 279 ss.

26. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

27. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», p. 284.

28. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 560.

29. *Ibid.*, p. 604.

30. U. K. Preuss, *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1973.

liza la diferencia que Kant establece entre cuestiones de fundamentación y cuestiones de aplicación y reduce las cuestiones morales a cuestiones prudenciales³¹. Y en este nivel de una «capacidad de juzgar» puramente pragmática se mezclan y confunden entonces de una forma un tanto opaca consideraciones pragmáticas y consideraciones de tipo funcional.

Tampoco el Tribunal Constitucional alemán, a la hora de proceder a sopesar valores concretos, dispone de criterios conforme a los que poder razonar la primacía de la que, principios normativos (como el de trato igual o el de la dignidad humana) o importantes principios metodológicos (como el principio de proporcionalidad o el principio de adecuación) han de gozar sobre imperativos funcionales (como el de la paz laboral, el de la capacidad de funcionamiento del ejército o en general el de la reserva de posibilidad). Cuando los derechos individuales y los bienes colectivos quedan todos convertidos en valores, entre los que los primeros son tan particulares como los segundos, las consideraciones deontológicas y teleológicas, e incluso las consideraciones referentes a teoría de sistemas, se mezclan unas con otras de forma confusa y revuelta. Y la sospecha de que en el choque de tales preferencias valorativas ya no susceptibles de ulterior racionalización se impone también de hecho el interés más capaz de imponerse, es una sospecha más que fundada. Esta circunstancia explica entonces también por qué el resultado de los procesos judiciales puede predicirse relativamente bien recurriendo a un enfoque de teoría de intereses o teoría del poder.

Esta línea de argumentación es de interés sólo en cuanto que llama la atención sobre un problema no resuelto. Analizando el ejemplo del trato de la Justicia con el derecho desformalizado muestra que no puede negarse una moralización del derecho, la cual aparece ahora también de forma manifiesta, y que tampoco se la puede eliminar, pues va internamente asociada con la hornada de jurificación ligada al Estado social. Sin embargo, el derecho natural renovado en términos cristianos o en términos de ética de los valores, o el neorristotelismo, se enfrentan a todo ello sin saber bien qué hacer porque el tipo de interpretación que representan no resulta adecuado para dar razón del núcleo racional de la práctica procedimental de los tribunales. Las éticas de los valores y las éticas de los bienes privilegian en cada caso contenidos normativos particulares: sus premisas normativas son demasiado fuertes como para poder servir de base a decisiones vinculantes para todos en una sociedad moderna caracterizada por el pluralismo de convicciones últimas. Sólo las teorías morales y las teorías de la justicia planteadas en términos

31. H. Schnädelbach, «Was ist Neorristotelismus?», en W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Stilleckheit*, Frankfurt a. M., 1986, pp. 38 ss.

procedimentalistas prometen un procedimiento imparcial para la fundamentación y ponderación de principios.

III. LA RACIONALIDAD DE PROCEDIMIENTOS JURÍDICAMENTE INSTITUCIONALIZADOS: CUESTIONES PREVIAS

(1) Si en las sociedades de nuestro tipo ha de ser posible una legitimidad a través de la legalidad, la fe en la legitimidad, la cual ya no puede contar con las certezas colectivas suministradas antaño por la religión y la metafísica, en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del derecho. Pero no se ha confirmado la suposición de Max Weber de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad sea una racionalidad autónoma, es decir, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos concretistas ligándolo a determinados rasgos semánticos. La fuerza legitimadora la tienen más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias. Además la fuente de legitimación no debe buscarse unilateralmente, no debe buscarse en un solo lugar, o bien en el de la producción legislativa, o bien en el de la administración de justicia. Pues bajo las condiciones de una política ligada a las obligaciones del Estado social, ni siquiera el legislador democrático más cuidadoso puede vincular a la Justicia y a la Administración mediante la forma semántica de la ley; pues no es posible prescindir del tipo de derecho regulativo ligado al Estado social. En los procedimientos jurídicos sólo cabe señalar un núcleo racional en el sentido práctico-moral de «racional», cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad (de imparcialidad tanto en la fundamentación de normas como en la aplicación de regulaciones vinculantes) se establece una conexión constructiva entre derecho vigente, procedimientos legislativos y procedimientos de aplicación del derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica. Si dejamos por un momento de lado el problema de la aplicación imparcial de las normas, la idea de imparcialidad, en el aspecto sobre todo de fundamentación de las normas, es desarrollada en aquellas teorías morales y en aquellas teorías de la justicia que proponen un procedimiento relativo a cómo pueden tratarse las cuestiones prácticas desde un punto de vista moral. La racionalidad de tal procedimiento puro, que antecede a toda institucionalización, se mide atendiendo a si en el queda articulado de forma adecuada el *moral point of view*.

En la actualidad veo tres *candidatos serios* a tal teoría procedimental de la justicia. Los tres provienen de la tradición kantiana, pero se distinguen por los modelos a que recurren para explicar el procedimiento de formación imparcial de la voluntad común³². John Rawls sigue partiendo del modelo de un convenio de tipo contractual e inserta en la descripción de la «posición original» las restricciones normativas bajo las que el egoísmo racional de las partes libres e iguales tiene que acabar conduciendo a la elección de principios normativamente correctos. La *fairness* de los resultados viene asegurada por el procedimiento mediante el que esos resultados se obtienen³³. Lawrence Kohlberg utiliza, en cambio, el modelo de G. H. Mead de la reciprocidad general de perspectivas entrelazadas unas con otras. En vez de una «posición original» idealizada, tenemos una asunción ideal de rol (*ideal role-taking*) que exige del sujeto que juzga moralmente ponerse en lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de la norma en cuestión³⁴. A mi juicio, ambos modelos tienen la desventaja de que no hacen del todo justicia a la pretensión cognitiva de los juicios morales. En el modelo del contrato nuestras convicciones morales quedan asimiladas a decisiones atendidas a principios de elección racional, y en el modelo de la «asunción de rol» a ejercicios empáticos de comprensión del prójimo. Por eso K.-O. Apel y yo hemos propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación racional de la voluntad. El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento, porque quien quiere argumentar seriamente ha de empezar asumiendo (y escribiendo en) las suposiciones idealizadoras que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Pues todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos³⁵.

No voy a entrar aquí en discusiones concernientes a teoría moral. En nuestro contexto nos basta con constatar que existen candidatos serios para una teoría procedimental de la justicia. Porque si ello no fuera así, quedaría en el aire mi tesis de que derecho procedimentalizado y fundamentación moral de principios son cosas que se remiten la una a la otra. La legalidad sólo puede engendrar legiti-

32. J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein y G. Nunner-Winkler (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt a. M., 1986.

33. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, México, 1979.

34. L. Kohlberg, *Filosofía del desarrollo moral*, Bilbao, 1992.

35. J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983; K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988.

idad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales.

(2) Sin embargo, no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que las teorías de la justicia ofrecen para explicar cómo puede enjuiciarse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento habría de garantizar la «validez» de los resultados obtenidos conforme a ese procedimiento. Pero los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta o completa porque llevan asociados criterios institucionales y, por tanto, criterios independientes, en virtud de los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los discursos no jurídicamente regulados, no cumple esta condición, en este caso la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta. La cuestión de si tal o cual problema se ha enjuiciado desde un punto de vista moral, es algo que sólo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes mismos; pues aquí no hay criterios externos o previos. Ninguno de estos procedimientos puede prescindir de idealizaciones, si bien éstas —como ocurre en el caso de los supuestos de la práctica de la argumentación— no tienen alternativa alguna, es decir, resultan inevitables o incluíbles en el sentido de una necesidad transcendental débil. Por otro lado, son precisamente las debilidades de una racionalidad procedimental incompleta o imperfecta de este tipo las que desde puntos de vista funcionales explican por qué determinadas materias necesitan de una regulación jurídica y no pueden dejarse a reglas morales de corte postradicional. Sea cual fuere el procedimiento conforme al cual hemos de juzgar si una norma podría encontrar el asentimiento no coercitivo, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, tal procedimiento no garantiza ni la infalibilidad ni la univocidad del resultado, ni tampoco que éste se obtenga en el plazo deseado. Una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de normas. Este alto grado de indeterminación cognitiva se ve además reforzado porque una aplicación (que resulte sensible al contexto) de reglas sumamente abstractas a situaciones complejas —descritas de la forma más adecuada posible y también de la forma más completa posible en lo que se refiere a sus aspectos relevantes— entraña además una incertidumbre estructural adicio-

nal³⁶. A esta debilidad cognitiva responde una debilidad motivacional. Toda moral postradicional exige un distanciamiento respecto de las evidencias y autoevidencias de las formas de vida en las que uno ha crecido sin hacerse problema de ellas. Y tales convicciones morales desconectadas de la eticidad concreta de la vida cotidiana no comportan sin más la fuerza motivacional necesaria para hacer también prácticamente eficaces los juicios morales. Cuanto más se interioriza la moral y cuanto más autónoma se vuelve, más se retira al ámbito de lo privado.

De ahí que en todos aquellos ámbitos de acción en que conflictos, problemas funcionalmente importantes y materias de importancia social exigen tanto una regulación unívoca, como a plazo fijo, y vinculante, sean las normas jurídicas las encargadas de resolver las inseguridades que se presentarían si todos esos problemas se dejasen a una regulación puramente moral del comportamiento. La *complementación* de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente. K.-O. Apel habla a este propósito del problema de qué puede en definitiva exigirse en el contexto de una moral universalista que como tal ha de ser por fuerza una moral bien exigente³⁷. Pues incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida en que aquellos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas. Pues sólo bajo la condición de una observancia de las normas practicada por todos, cuentan las razones que pueden aducirse para la justificación de tales normas. Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos, es decir, con carácter general, las haga efectivas en la práctica, la observancia de tales normas sólo es exigible (si nos situamos en la perspectiva de lo que Weber llamaba una ética de la responsabilidad) si cobran obligatoriedad jurídica.

Rasgos importantes del derecho positivo se tornan comprensibles si entendemos el derecho desde este punto de vista de una compensación de las debilidades de una moral autónoma. Las expectativas de comportamiento jurídicamente institucionalizadas cobran *fuerza vinculante* mediante su conexión o acoplamiento con el poder de sanción estatal. Se extienden a aquello que Kant llamaba *aspecto externo* de la acción, no a los motivos e intenciones, en relación con los cuales no cabe forzar a nadie. La *administración profesional* del derecho fijado por escrito, público y sistemáticamente configurado,

36. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.

37. K.-O. Apel, «Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Stitlichkeit aufgehoben werden?», ahora en Id., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 103 ss.

exonera a las personas jurídicas privadas del esfuerzo que ha de hacer el individuo mismo cuando se trata de la solución moral de los conflictos de acción. Finalmente, el derecho positivo debe sus rasgos *convencionales* a la circunstancia de que es puesto en vigor por las *decisiones* de un legislador político y de que, *en principio*, puede cambiarse a voluntad.

Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el aspecto instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son en todo momento fines en sí, las normas jurídicas valen *también* como medios para conseguir objetivos políticos. Pues no sólo están ahí, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos. Los objetivos políticos y las medidas políticas que traducen esos objetivos a la práctica sólo cobran fuerza vinculante merced a su forma jurídica. En este aspecto el derecho se sitúa entre la política y la moral; y correspondientemente, como ha mostrado Dworkin, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, cuando se trata de aplicar éstas, se unen así con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos que pertenecen al campo de las justificaciones morales.

(3) Hasta ahora las consideraciones que hemos venido haciendo acerca de la cuestión de la legitimidad de la legalidad nos han puesto en primer plano el tema «derecho y moral». Hemos aclarado cómo se complementan mutuamente un derecho exteriorizado en términos convencionales (en el sentido que a esta expresión da L. Kohlberg) y una moral interiorizada. Pero más que *esta relación de complementariedad* nos interesa el simultáneo *entrelazamiento de derecho y moral*. Este se produce porque en los órdenes e instituciones del Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que quedan abiertas a argumentaciones morales. La moral ya no se ciñe por encima del derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Pero esa moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también se instala en el derecho mismo, es de naturaleza *procedimental*; se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación y aplicación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse mutuamente. En los discursos jurídicos el tratamiento argumentativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decir, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamien-

to viene limitado, en lo que se refiere a método, por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo que respecta a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social, en lo que respecta a condiciones de participación, a inmunidades y a distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo que respecta a plazos de decisión. Pero, a la inversa, también la argumentación moral queda institucionalizada como un procedimiento abierto, que obedece a su propia lógica interna y controla así su propia racionalidad. La estructuración jurídica no penetra en el interior de la argumentación hasta el punto de que ésta hubiera de detenerse o tuviera que quedar atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una dinámica de fundamentación y justificación, que también puede llegar a trascender la letra del derecho positivo, de forma no determinada ni prevista por éste.

Naturalmente, esta concepción habría de matizarse y diferenciarse atendiendo a los contextos diversos que son los discursos propios de las ciencias jurídicas, o los discursos que en la administración de justicia se producen por parte de los fiscales y abogados, y por parte de los jueces, y también atendiendo a los diversos ambientes temáticos (desde cuestiones próximas a la moral hasta cuestiones puramente técnicas). Y entonces esta concepción podría servir al objetivo crítico de reconstruir la correspondiente práctica de toma de decisiones desde el punto de vista de en qué medida los procedimientos jurídicos dejan espacio para la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coerciones externas. Naturalmente, tales efectos no solamente se reflejan en las regulaciones jurídicas mismas de tipo procedimental, sino también en el modo como tales regulaciones se llevan a la práctica. A veces se da una clase especial de argumentos que se presta muy bien a tal reconstrucción; en la práctica de las decisiones judiciales es fácil, por ejemplo, someter a este tipo de reconstrucción las fundamentaciones de las sentencias que ponen entre paréntesis puntos de vista normativos para sustituirlos por argumentos relativos a imperativos funcionales que se dan por obvios. Precisamente en tales ejemplos queda claro que la justicia y el sistema jurídico reaccionan ciertamente a la sociedad, pero que no son autónomos frente a ella. Pues la cuestión de si hay que someterse a imperativos sistémicos, bien sea de la economía, bien sea del aparato estatal mismo, incluso cuando tales imperativos quebrantan o merman principios bien fundados, no es algo que en última instancia se decida en los tribunales de justicia, tampoco en el espacio público jurídico, sino en las luchas políticas acerca del trazado de límites entre sistema y mundo de la vida.

Ahora bien, hemos visto que la fuerza legitimadora que tiene su sede en la racionalidad de los procedimientos jurídicos, se comunica a la dominación legal no sólo a través de las normas procedimentales de la administración de justicia, sino en mayor grado aun a través del procedimiento democrático de producción de normas. Pero el que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico-moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues en este caso todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida, regulada y controlada por ese poder) de intereses divergentes y contrapuestos, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación *fair* de compromisos, ni mucho menos conforme al modelo de una formación discursiva de la voluntad común. En este lugar no puedo ofrecer ningún modelo satisfactorio, pero sí quiero subrayar la existencia de teorías de la Constitución centradas en la idea del proceso político-democrático que la Constitución regula, las cuales responden a un planteamiento crítico-reconstrutivo³⁸. La regla de la mayoría, las normas de procedimiento parlamentario, la ley electoral, etc., se analizan desde el punto de vista de cómo y hasta qué punto puede asegurarse que en los procesos parlamentarios de decisión se tomen en consideración todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la materia de que se trate. Una debilidad de estas teorías la veo, no tanto en ese enfoque como tal, centrado en la idea de proceso político, sino en que no desarrollan sus puntos de vista normativos desde una lógica de la argumentación moral, ni los aplican a las condiciones comunicativas para una formación discursiva de la voluntad. Por lo demás, la formación intraparlamentaria de la voluntad sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública. La calidad racional del proceso de producción legislativa no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías elegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad y nitidez con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate, en una palabra: del carácter discursivo de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio público político. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio de la opinión pública política con sus medios de comunicación y sus estructuras³⁹. Pero todos estos enfoques se exponen a la

38. J. I. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980.

39. F. Michelman, «Justification (and Justifiability) of Law», *Nomos*, t. XVIII (1986), pp. 71 ss.

duda de si en vista del vertiginoso crecimiento de la complejidad de la sociedad, este tipo de planteamientos no tienen que resultar irremediablemente ingenuos. Si tenemos presente la crítica de la escuela realista, que hoy vienen siendo radicalizadas por los *Critical Legal Studies*, toda investigación normativa que considere al Estado democrático de derecho desde su propia perspectiva interna y, por así decir, le tome la palabra, cae víctima de un impotente idealismo. En la próxima lección cambiaré de perspectiva y pasaré a un tipo de consideración, no tanto normativo, como de teoría de la sociedad.

Segunda lección SOBRE LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

Con la pregunta de Max Weber de cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad, implícitamente he aceptado de entrada una teoría que describe la evolución del derecho desde el punto de vista de una racionalización del derecho. Este enfoque exige un entrelazamiento nada habitual de estrategias de investigación de tipo descriptivo y de tipo normativo. La historia de la ciencia nos ofrece casos de interacción similar entre la explicación externa de un cambio de paradigma y la reconstrucción interna de aquellos problemas no resueltos que acabaron haciendo degenerar un programa de investigación que ya no lograba ofrecer más impulsos. El tránsito de la dominación tradicional a la legal es un fenómeno complejo que exige ante todo una investigación empírica en conexión con otros procesos de modernización; por otro lado, Weber interpreta las cualidades formales del derecho desde la perspectiva interna de la evolución jurídica como resultado de un proceso de racionalización.

Hasta aquí hemos seguido a Max Weber por esta vía de una reconstrucción interna, pero no de forma acrítica. Hemos visto *primero* que la forma del derecho moderno, aunque se la describa bajo premisas del formalismo jurídico, de ningún modo se la puede describir como «racional» en un sentido moralmente neutral. Hemos mostrado, *segundo*, que el cambio de forma del derecho, que se produce en el Estado social, en modo alguno tiene por qué destruir las cualidades formales del derecho, entendidas éstas en un sentido lato. Las cualidades formales pueden ser objeto de una versión más abstracta atendiendo a la relación de complementariedad entre derecho positivo y una justicia entendida en términos procedimentalistas. Pero este resultado nos ha dejado, *tercero*, con el problema de que criterios de una racionalidad procedimental extraordinariamente exigente emigran al medio que es el derecho. En cuanto se vuelve explícita de este modo la cuestión implícita de cómo es posible un derecho justo

a la vez que funcional, que es la que subyace en casi toda la crítica jurídica desde Max Weber, plantéase la contrapregunta realista de si el sistema jurídico, en una sociedad que se torna cada vez más compleja, puede soportar una tensión hasta tal punto agudizada entre exigencias normativas y requisitos funcionales. Impóngese la duda de si para un derecho que tiene que funcionar en tal entorno la autocomprensión idealista de una justificación moral a partir de principios puede consistir en otra cosa que en un puro y hueco ornamento.

Muchos entienden esa cuestión como una simple escaramuza retórica, propia de una posición en retirada y, abandonando la perspectiva normativa, pasan a una perspectiva de observador articulado en términos, bien de sociología del derecho, bien de teoría económica del derecho. Pues para el observador sociológico aquello que para los participantes es normativamente vinculante, se presenta como algo que los participantes *tienen por* correcto. Desde este punto de vista la fe en la legalidad pierde también su relación interna con las buenas razones. Y en todo caso pierden su significado y relevancia las estructuras de racionalidad traídas a luz con intención reconstructiva. Pero en este cambio de perspectiva metodológica los problemas normativos quedan sólo neutralizados por pura decisión. Quedan desplazados a los márgenes, pero desde ahí pueden volver a irrumpir en cualquier momento. De ahí que resulte más prometedor una reformulación funcionalista de los problemas normativos. Esos problemas no se dejan de antemano de lado, sino que se los hace desaparecer por vía de una descripción que los interpreta.

En primer lugar (I) entraré en algunos aspectos básicos de la teoría del derecho que Luhmann articula en términos de funcionalismo sistémico y llamaré la atención sobre algunos fenómenos en los que esa estrategia de explicación labora en vano. Partiendo del resultado de que la autonomía del sistema jurídico no puede aprenderse satisfactoriamente en conceptos de la teoría de sistemas, investigaré en una segunda parte (II) en qué sentido el derecho moderno se diferenció, con ayuda del derecho natural racional, del complejo que en la tradición formaban la política, el derecho y la moral. Finalmente (III), nos ocuparemos de la cuestión de si del hundimiento del derecho natural racional surge una idea de Estado de derecho, que no se limita a enfrentarse impotente a una sociedad de elevada complejidad y acelerado cambio estructural, sino que tiene sus raíces en esa misma sociedad.

I. ¿AUTONOMÍA SISTÉMICA DEL DERECHO?

(1) Luhmann entiende el derecho como un sistema autopoietico y desarrolla sobre esta base una teoría de altos vuelos, utilizable tam-

bién en la perspectiva de una crítica del derecho⁴⁰. Lo que desde la perspectiva interna de la dogmática jurídica aparece en forma de una práctica normativa de toma de decisiones, Luhmann lo explica en términos funcionalistas como resultado de procesos facticos de mantenimiento autocontrolado de la propia consistencia por parte de un determinado subsistema social. La teoría sistémica del derecho podemos caracterizarla brevemente señalando tres de sus aspectos claves en lo que respecta a estrategia conceptual. En primer lugar, la cualidad deontológica de las normas jurídicas queda redefinida de suerte que resulta accesible a un análisis puramente funcional (a). A continuación esta concepción positivista del derecho es objeto de una redescritción funcionalista, quedando traducida al modelo de un sistema jurídico diferenciado, que funcionaría con plena autonomía (b). Finalmente, la legitimidad a través de la legalidad es explicada como un autoengaño estabilizador del sistema, que viene impuesto por el propio código con que opera el derecho y que el propio sistema jurídico se encarga de absorber y neutralizar (c).

ad (a) Lo primero que Luhmann hace es desnudar a las expectativas generalizadas de comportamiento de su carácter deontológico, es decir, de su carácter normativamente vinculante⁴¹. Luhmann hace desaparecer el sentido ilocucionario de los preceptos (o de las prohibiciones y permisos) y, por tanto, el efecto de establecer vínculos, que tienen esos actos de habla. Pues reinterpreta en términos de teoría del aprendizaje las expectativas normativas de comportamiento convirtiéndolas en una variante de las expectativas cognitivas de las expectativas que no descansan en rituales o autorizaciones, sino en pronósticos. Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los engaños a costa de un déficit cognitivo. Bajo esta descripción empirista las expectativas normativas aparecen como expectativas cognitivas dogmatizadas, como expectativas cognitivas sostenidas por la voluntad de no aprender. Y como el negarse a una adaptación guiada por el aprendizaje es arriesgado, las expectativas normativas han de venir respaldadas por una autoridad especial, entre otras cosas han de venir aseguradas por institucionalización estatal y por la amenaza de sanciones, con otras palabras: han de ser transformadas en derecho. Cuanto más complejas se tornan las sociedades, tanto mayor es también la presión que se ejerce sobre el sistema jurídico para que se someta a cambios. Ha de adaptarse de forma acelerada a los cambios del entorno.

40. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983; Id., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981.

41. *Ibid.*, pp. 73 ss.

ad (b) Y así, en el siguiente paso Luhmann describe el derecho positivo como una inteligente combinación de no disponibilidad al aprendizaje, es decir, de negativa a aprender —en el sentido de una normatividad reinterpretada en términos empiristas— y de capacidad de aprendizaje. Esta capacidad la adquiere el derecho mediante diferenciación, en la medida en que, por una parte, se desliga de las normas morales extrañas al derecho o de las normas morales fundamentadas en términos de derecho natural y, por otra parte, se vuelve independiente de la política, es decir, de las instancias legislativas y de la Administración. Pues es entonces cuando se establece como un sistema funcionalmente especificado, que opera en términos autorreferenciales, que elabora informaciones externas ateniéndose solamente a su propio código y que se reproduce a sí mismo junto a otros subsistemas sociales. Este tipo de autonomía sistémica el sistema jurídico la paga, empero, con esa paradoja de la que también adolece ya la «regla de reconocimiento» de Hart: lo que visto desde fuera es un hecho social, o una propiedad emergente o una práctica a la que se está habituado, y en todo caso algo que se presenta de forma contingente, ha de poder ser aceptado desde dentro como un convincente criterio de validez. En ello no hace sino reflejarse la paradoja inscrita en los propios fundamentos de validez del derecho positivo: si la función del derecho consiste en estabilizar expectativas de comportamiento normativamente generalizadas, cómo puede ser cumplida todavía esta función por un derecho cambiante a voluntad que sólo es válido en virtud de la decisión de un legislador político? También Luhmann se ve obligado a dar respuesta a la cuestión de cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad.

ad (c) Un sistema jurídico diferenciado no puede romper esa circularidad con que se presenta el código jurídico al volverse autónomo, a saber, la circularidad que consiste en que sólo puede considerarse derecho aquello que ha sido establecido como derecho mediante los procedimientos jurídicamente estatuidos, recurriendo para romperla a razones legitimantes de tipo extrajurídico. Si el derecho, aun con independencia del hecho de que en tanto que derecho positivo sólo es válido mientras no sea revocado, ha de ser aceptado como válido, ha de poder al menos mantener la ficción de ser un derecho justo o correcto, y ello tanto entre los destinatarios del derecho, que tienen la obligación de obedecerlo, como también entre los expertos que administran el derecho sin cinismo.

En este punto Luhmann da a la legitimación mediante procedimiento una interesante interpretación⁴². Los procedimientos institucionalizados de aplicación del derecho vigente están ahí, en lo que

42. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.

a los destinatarios concierne, para domesticar la disponibilidad al conflicto de los clientes en inferioridad de condiciones, absorbiendo desengaños. En el curso de un proceso las posiciones quedan hasta tal punto especificadas en orden al resultado abierto, los temas de conflicto quedan hasta tal punto despojados de las relevancias de que están revestidos en el mundo de la vida y reducidos de tal suerte a pretensiones puramente subjetivas, «que el obstinado queda aislado como individuo y despolarizado»⁴³. No se trata, pues, de generación de consenso, sino sólo de que surja la apariencia externa (o la probabilidad de la suposición) de una aceptación general. Consideradas las cosas desde un punto de vista de psicología social, el verse implicado en procedimientos jurídicos tiene algo que desarma a uno, pues tal implicación fomenta la impresión de que aquellos a quienes ha ido mal «no pueden apelar a un consenso institucionalizado, sino que deben aprender».

Pero, naturalmente, esta explicación sólo puede ser válida para los legos, pero no para los expertos en derecho que, en tanto que jueces, abogados o fiscales, administran el derecho. Los juristas que elaboran los casos y que, para hacerlo, se orientan cada vez más por las consecuencias, conocen el espacio de discrecionalidad de que disponen y saben que los pronósticos son inseguros y los principios multívocos. Pero si, a pesar de ello, este empleo, digamos, oficial del derecho no ha de destruir la legitimidad del derecho, los procedimientos jurídicos han de ser interpretados por parte de los iniciados de forma distinta que, por parte de los clientes, a saber, como la institucionalización de deberes de fundamentación y de cargas de argumentación. Los argumentos están para que los juristas, en tanto que implicados en el procedimiento, puedan entregarse a la ilusión de no estar decidiendo a voluntad y conforme al propio arbitrio: «Todo argumento disminuye el valor de sorpresa de los argumentos que le siguen y, en último término, el valor de sorpresa de las decisiones»⁴⁴. Desde puntos de vista funcionalistas una argumentación puede, desde luego, describirse también así; pero Luhmann tiene por suficiente la descripción que da porque no atribuye a las razones una fuerza racionalmente motivadora. Pues conforme a su concepción no hay ningún buen argumento en favor de que los malos argumentos son malos argumentos; por fortuna, mediante la argumentación surge, empero, la apariencia «de que fuesen las razones las que justificasen las decisiones y no (la necesidad de tomar) decisiones las razones»⁴⁵.

43. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, p. 264.

44. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 35.

45. *Ibid.*, p. 33 (el paréntesis es mío).

(2) Bajo estas tres premisas el cambio de forma del derecho, que ha venido diagnosticándose desde Max Weber, puede entonces interpretarse como consecuencia de un proceso de diferenciación lo-grada del sistema jurídico. Las operaciones de adaptación que una sociedad que se vuelve cada vez más compleja exige del sistema jurídico, imponen pasar a un estilo cognitivo, es decir, a una práctica de toma de decisiones, sensible al contexto, dispuesta a aprender y flexible. Sin embargo, este desplazamiento del centro de gravedad desde las tareas específicas de un aseguramiento normativo de expectativas generalizadas de comportamiento a tareas de control o regulación sistémica no puede ir tan lejos que se vea amenazada la identidad del derecho mismo⁴⁶. Estaríamos ante tal caso límite si, por ejemplo, el sistema jurídico, mostrándose demasiado dispuesto a aprender, sustituyese la auto-comprensión que le suministra la dogmática jurídica, por un análisis sistémico tomado desde fuera. Por ejemplo, la internalización del tipo de descripción que desde fuera hace Luhmann, conduciría a una disolución cínica de la conciencia normativa entre los expertos en derecho y pondría en peligro la autonomía del código que el derecho representa.

El concepto de autonomía sistémica del derecho tiene también un valor crítico. Luhmann, al igual que Max Weber, ve en las tendencias a la desformalización del derecho el peligro de una mediación del derecho por la política; pero Luhmann tiene que percibir esa «sobrepolitización» como el peligro de una desdiferenciación que se produce cuando el formalismo del derecho cede a cálculos de poder y de utilidad y finalmente queda engullido por esos cálculos. La autonomía del sistema jurídico coincide con la capacidad de éste de controlarse y regularse a sí mismo en términos reflexivos y deslindarse de la política y de la moral. Por esta vía Luhmann se ve devuelto a la cuestión de Max Weber de la racionalidad del derecho, cuestión que Luhmann creía haber dejado ya tras de sí. Pues para definir, por lo menos analíticamente, la autonomía del sistema jurídico, Luhmann tiene que señalar el principio estructurador que, por ejemplo, distingue específicamente el derecho del poder o del dinero. Luhmann necesita un equivalente de la racionalidad inmanente a la forma jurídica. Primero, con Weber y Forsthoft había considerado la forma de las leyes abstractas y generales, es decir, los programas jurídicos condicionales, como elemento constitutivo del derecho en general. Pero mientras tanto tampoco Luhmann puede dejar ya de lado como simples desviaciones el derecho material y el derecho reflexivo. De ahí que Luhmann haya introducido una tajante distinción entre el código jurídico o código con que opera el derecho y los programas jurídicos, de suerte que la autonomía del siste-

46. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 388 ss.

ma jurídico sólo dependería del mantenimiento de un código jurídico diferenciado. Pero acerca de este código sólo se nos dice que permite la distinción binaria entre derecho y no-derecho entre el «justo» y el «injusto» jurídicos. Pero de esta forma tautológica no pueden obtenerse determinaciones formales más detalladas. No es casual que Luhmann llene el espacio en que habría de explicarse la unidad del código, con un signo de interrogación⁴⁷. En ello yo veo algo distinto que sólo el *desideratum* de una explicación conceptual de la que, por el momento, no se dispone.

Pues Luhmann ya no puede entender como racionalidad las determinaciones formales de ese derecho que se ha vuelto autónomo, una vez que sólo concede ya a las argumentaciones jurídicas el papel de una autolusión funcionalmente necesaria, suscitada mediante el aparato fabricado por la dogmática jurídica. Es incluso una condición necesaria de la autonomía del sistema jurídico el que estas argumentaciones permanezcan referidas a los casos particulares y concretos; pues no deben autonomizarse en términos de filosofía del derecho convirtiéndose en una tematización de los inevitablemente paradójicos fundamentos de validez del derecho positivo. Pues las argumentaciones jurídicas sólo pueden resultar funcionales mientras mantengan esa paradoja lejos de la conciencia del «uso oficial del derecho». Esas argumentaciones no deben dar paso a reflexiones sobre fundamentos. El código no debe ser analizado *simultáneamente* desde dentro y desde fuera; tiene que permanecer aporético. Pero a lo que en realidad estamos asistiendo es precisamente a lo contrario. El debate sobre juridificación muestra que la desformalización del derecho provoca discusiones que acaban en una crítica del derecho, suscitando una problematización del derecho mismo, que se extiende a todo el espectro de cuestiones posibles sobre él.

(3) También en Estado Unidos, con el movimiento de los *Critical Legal Studies*, ha irrumpido desde el centro de la dogmática jurídica misma una discusión que pone bajo la lupa la comprensión formalista del derecho y la desmonta sin misericordia⁴⁸. La crítica, desarrollada aquí en términos de casuística, queda resumida en la tesis de la indeterminación del derecho. Esa tesis no dice que el resultado de los procesos judiciales sea sin más indeterminado. Todo práctico experimentado es capaz de hacer pronósticos con una alta probabilidad de acierto. Indeterminado es el resultado de los procesos judiciales sólo en el sentido de que no puede predicirse en virtud de supuestos jurídicos unívocos. No es el texto de la ley el que determi-

na la sentencia. Antes en el ámbito de decisión del juez, a éste le vienen adelantados y sugeridos los argumentos; a través de supuestos básicos de fondo, sobre los que no se reflexiona, y de prejuicios sociales que se condensan en ideologías profesionales, se imponen más bien como buenas razones intereses no confesados.

Este tipo de crítica, habida cuenta de las ásperas reacciones que provoca, para lo que parece hecha es para conmover la conciencia normativa de los juristas. Pero contra el análisis sistémico de Luhmann y también contra la autocomprensión del movimiento de los *Critical Legal Studies* hay que insistir en que esta clase de autoreflexión «disfuncional» del sistema jurídico sólo puede desarrollarse desde el interior de la propia práctica de la argumentación jurídica precisamente porque esta trabaja con suposiciones de racionalidad a las que se puede tomar la palabra y volverlas contra las propias prácticas vigentes. Manifiestamente, junto con las cargas argumentativas u obligaciones argumentativas que los procedimientos distribuyen queda institucionalizado también un aguijón autocrítico que es capaz también de horadar y romper ese autoengaño o esa autolusión que Luhmann eleva falsamente a necesidad sistémica.

Ciertamente, la amplia bibliografía acerca de la indeterminación de la práctica de las decisiones de los tribunales⁴⁹ contradice a esa sabiduría convencional a la que, por ejemplo, apela M. Kriele contra la lectura funcionalista que Luhmann hace de la argumentación jurídica: «Luhmann parece desconocer la razón fundamental de la función legitimante de los procedimientos: ... esos procedimientos aumentan la probabilidad de que se hagan valer todos los puntos de vista relevantes y de que se discuta detalladamente el orden de prioridades temporales y objetivas que se establecen; y acrecientan, por tanto, la oportunidad de que la decisión venga justificada racionalmente. La institucionalización duradera de procedimientos aumenta la probabilidad de que las decisiones del poder estatal estuviesen también justificadas en el pasado y de que lo estén en el futuro...»⁵⁰. Pero esta sabiduría es también convencional en un sentido distinto; expresa las suposiciones de racionalidad que, en tanto que presuposiciones contrafacticas, sólo pueden ser eficaces en la medida en que actúen de estándares a los que pueda apelar la crítica y la autocritica de los participantes. Estas suposiciones de racionalidad perderían su significado operativo en el instante en que fuesen suprimidas como criterios⁵¹.

Contra la teoría de Luhmann habla no solamente el hecho de ese tipo de crítica que desde la aparición de las escuelas realistas se viene

49. A. Altman, «Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin», *Philosophical and Public Affairs* 15 (1986), pp. 205 ss.

50. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen, 1981, pp. 38 s.

51. F. I. Michelman, «Justification (and Justifiability) of Law», *Nomos*, t. XVIII (1986).

47. N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986, pp. 95 ss.

48. R. W. Gordon, «Critical Legal Histories», *Stanford Law Review* (1984), pp. 57 ss.; R. M. Unger, *Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., 1986.

ejerciendo una y otra vez. También los resultados de esa crítica muestran que eso de la autonomía del derecho no las tiene todas consigo. Pues la autonomía del sistema jurídico no puede quedar sólo garantizada porque todos los argumentos de procedencia extrajurídica quedan conectados con los textos legales y revestidos del lenguaje del derecho positivo. Esto es exactamente lo que afirma Luhmann: «El sistema jurídico cobra su clausura o completud operativa porque tiene como código la diferencia entre "justo" e "injusto" jurídicos y ningún otro sistema opera con este código. Mediante este código bivalente ("justo"/"injusto") se genera la seguridad de que, cuando se está en lo "justo" se está en lo "justo" y no en lo "injusto"». ⁵² La crítica immanente a las concepciones del positivismo jurídico, tal como esa crítica se ha venido haciendo desde Fuller hasta Dworkin contra Austin, Kelsen y Hart, permite ver que la aplicación del derecho, y ello de forma cada vez más explícita, no tiene más remedio que recurrir a consideraciones concernientes a objetivos políticos, así como a fundamentaciones morales y a la ponderación de principios. Pero esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema «cerrado».

Además, la autorreferencialidad lingüística del sistema jurídico, asegurada por el código con que opera el derecho, no puede excluir que se impongan estructuras latentes de poder, sea a través de los programas jurídicos que el legislador político dicta, sea en forma de argumentos que los jueces dan de antemano por obvios, a través de los cuales penetran en la administración de justicia intereses jurídicamente espurios.

Manifiestamente, el concepto de autonomía sistémica, aun en caso de que tenga una referencia empírica, no atina con la intuición normativa que vinculamos con la idea de «autonomía del derecho». La práctica de las decisiones judiciales sólo la consideramos independiente en la medida en que, *primero*, los programas jurídicos del legislador no vulneren el núcleo moral del formalismo jurídico, y en la medida en que, *segundo*, las consideraciones de tipo político y de tipo moral que inevitablemente penetran en la administración de justicia estén fundamentadas y no se impongan simplemente como racionalización de intereses jurídicamente espurios. Max Weber tenía ya razón: sólo la cuidadosa preocupación por la racionalidad immanente al derecho mismo puede asegurar la independencia del sistema jurídico. Pero porque el derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto del derecho.

52. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 26.

II. RAZÓN Y POSITIVIDAD: SOBRE EL ENTRELAZAMIENTO DE DERECHO, POLÍTICA Y MORAL

(1) Si queremos entender por qué la diferenciación del derecho de ningún modo disuelve por completo el interno entrelazamiento de éste con la política y con la moral, lo más adecuado es echar una mirada retrospectiva sobre el nacimiento del derecho positivo. Este proceso abarca en Europa desde fines de la Edad Media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII. También en los países de la *Common Law* el derecho consuetudinario queda recubierto y rearticulado por el derecho romano mediante el influjo ejercido por juristas de formación académica; en ese proceso el derecho va quedando sucesivamente adaptado a las condiciones de tráfico de la economía capitalista emergente y a la dominación burocratizada de los Estados territoriales que entonces nacen. Este complicado proceso, rico en variantes y difícil de abarcar, me limitaré aquí a focalizarlo hacia un punto que reviste especial importancia en el contexto de nuestras consideraciones relativas a filosofía del derecho. Pues lo que la positivación del derecho filosóficamente significa puede entenderse mejor sobre el trasfondo de la estructura trímembre del sistema jurídico medieval, que entonces se derrumba.

Desde una cierta distancia cabe reconocer en nuestras propias tradiciones jurídicas correspondencias con aquellos tres elementos que, según los planteamientos de sociología jurídica comparada, habrían conformado la cultura jurídica de los imperios antiguos⁵³. El sistema jurídico queda situado en esas culturas premodernas bajo la cúpula de un derecho sacro que se encargan de administrar e interpretar especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de ese sistema jurídico la constituye el derecho burocrático, «puesto» por el rey o emperador (quien es al mismo tiempo juez supremo) en concordancia con esas tradiciones de derecho sacro, es decir, en concordancia con las tradiciones jurídicas santificadas. Y ambos tipos de derecho se encargan de envolver, organizar y dar forma a un derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia proviene de las tradiciones jurídicas de cada etnia. En el medievo europeo las cosas fueron algo distintas, por cuanto que el derecho canónico de la Iglesia católica supuso el mantenimiento ininterrumpido de la alta técnica jurídica y conceptual del derecho romano *clásico*, mientras que el derecho burocrático que representaban los edictos y capitulares imperiales, incluso antes del redescubrimiento del *corpus iustinianum*, conectaba al menos con la idea romana de *imperium*. Incluso el derecho consuetudinario se debía a la cultura jurídica mixta romano-germánica de las provincias occi-

53. R. Unger, *Law and Society*, New York, 1976.

dentales del imperio y desde el siglo XII fue objeto de transmisión escrita. Pero en los rasgos esenciales se repite la estructura que nos es conocida por todas las culturas superiores o civilizaciones: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, quedando el derecho sacro integrado en el orden del cosmos o en una historia de salvación, desde la perspectiva de una de las grandes religiones universales. Este derecho divino o «natural» no está a disposición del príncipe, sino que representa más bien el marco legitimador dentro del cual el príncipe, mediante sus funciones de administración de justicia y de «posición» (producción) burocrática del derecho, ejerce su dominación profana. En este contexto, Max Weber habla del «doble reino de la dominación tradicional».⁵⁴

También en el medievo se conserva este carácter tradicional del derecho. Todo derecho debe su modo de validez al origen divino del derecho «natural» interpretado en términos cristianos. No puede crearse nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo. Pero esta comprensión tradicional del derecho contiene ya una interesante tensión que se da entre los dos momentos del derecho del príncipe. Como juez supremo, el príncipe está sometido al derecho sacro. Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano. De este respeto transmitido de *pietas* hacia un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Pero al mismo tiempo, el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada conforme a una jerarquía de cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos (por ejemplo, en forma de edictos y decretos) un carácter vinculante para todos. Por este lado, el derecho, como medio del ejercicio de poder burocrático, sólo puede cumplir, empero, funciones de orden mientras mantenga, por el otro, en forma de tradiciones jurídicas sacras, su carácter no instrumental, ese carácter que lo pone por encima del príncipe y que éste ha de respetar cuando administra justicia. Entre estos dos momentos, el del carácter no instrumental del derecho presupuesto en la regulación judicial de los conflictos, y el carácter instrumental del derecho puesto al servicio del ejercicio de la dominación, se da una tensión irresoluble. Esa tensión permanece oculta mientras no se atacan los fundamentos sacros del derecho y el pedestal que representa el derecho consuetudinario consagrado por la tradición, se mantenga firmemente anclado en la práctica cotidiana.⁵⁵

(2) Pues bien, si se parte de que en las sociedades modernas cada vez pueden cumplirse menos estas dos condiciones, puede uno ex-

plicarse la positivación del derecho como una reacción a tales cambios. A medida que las imágenes religiosas del mundo se disuelven en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones de derecho consuetudinario quedan absorbidas por el derecho de especialistas, que hacen un *usus modernus* de él, queda rota la estructura tríplice del sistema jurídico. El derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho del príncipe. El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano. A él le compete la tarea de llenar por su propia fuerza mediante una producción política de normas el vacío que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. Finalmente todo derecho habrá de tener su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Producción, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, regulado y controlado políticamente; y lo siguen siendo, aun después de diferenciarse institucionalmente y constituirse en poderes del Estado.

Con ello cambia la relación que guardaban entre sí aquellos dos momentos que eran el carácter sacro del derecho, por un lado, y la instrumentalidad del derecho, por otro. Cuando se han diferenciado suficientemente los papeles, y en ello radica el significado de la división de poderes, las leyes anteceden a la administración de justicia; pero, ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro?, ¿conserva todavía el derecho positivo un carácter obligatorio, es decir, el carácter de un «deber-ser», cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho del príncipe en el sistema jurídico tradicional? A estas preguntas el positivismo jurídico ha dado siempre respuestas insatisfactorias.⁵⁶ En una variante del positivismo jurídico, el derecho en general queda despojado de su carácter normativo y queda definido exclusivamente en términos instrumentales: el derecho se considera exclusivamente como mandato de un soberano (Austin). Desaparece así el momento de no-instrumentalidad o de no-instrumentalizabilidad como un residuo metafísico. La otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se aplican sigan conservando un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño, es decir, sigan poseyendo normatividad en el sentido de una validez deontológica, no susceptible de quedar reducida a una interpretación imperativista. Pero ese momento sólo puede radicar ya en la propia forma del derecho positivo, no en contenidos recibidos del derecho natural

54. Cf. sobre ello W. Schluchter, *Okzidentaler Rationalismus*, Tübingen, 1979.

55. H. Schloesser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 1982.

56. N. Hoerster (ed.), *Recht und Moral*, Göttingen, 1972.

(Kelsen). Desde este punto de vista, el sistema jurídico, separado de la política y de la moral, con la administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda, en donde el derecho puede por su propia fuerza mantener su forma y con ella su autonomía. (Ya conocemos esta tesis en la versión que le da Luhmann.) En ambos casos el resultado es que de la garantía metasocial de validez jurídica que antaño había representado el derecho sacro, puede prescindirse sin necesidad de buscar sustituto.

Pero los orígenes históricos, así del derecho tradicional como del derecho moderno, hablan en contra de esta tesis. Como sabemos por la Antropología, el derecho antecede al nacimiento de la dominación políticamente organizada, es decir, de la dominación estatalmente organizada, mientras que el derecho sancionado estatalmente y el poder estatal organizado jurídicamente surgen simultáneamente en forma de dominación política⁵⁷. Según todas las apariencias, es la evolución arcaica del derecho la que empieza posibilitando el surgimiento de un poder político, en el que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. Habida cuenta de esta constatación, es difícil imaginar que alguna vez el derecho pudiera ser absorbido totalmente por la política o quedar escindido por completo del sistema político. Además, puede mostrarse que determinadas estructuras de la conciencia moral desempeñaron un papel importante en la aparición de la simbiosis entre derecho y poder estatal. Un papel similar es el que desempeña la conciencia moral en la transición desde el derecho tradicional al derecho positivo de carácter enteramente profano, es decir, al derecho positivo asegurado por el monopolio estatal del poder y puesto a disposición del legislador político. Ese momento de incondicionalidad, que incluso en el derecho moderno constituye un contrapeso a la instrumentalización política del medio que es el derecho, se debe al entrelazamiento y simbiosis de la política y del derecho con la moral.

(3) Esta constelación se establece por primera vez en las primeras grandes culturas con la simbiosis entre derecho y poder estatal. En las sociedades tribales neolíticas operan típicamente tres mecanismos de regulación de los conflictos internos: las prácticas de autoauxilio (alianzas y venganzas de sangre), la apelación ritual a poderes mágicos (oráculos y duelos rituales) y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia⁵⁸. Pero tales mediadores carecen todavía de facultades para decidir de forma vinculante y autoritativa las disputas de las partes o para imponer sus decisiones incluso contra las lealtades dictadas por el sistema de parentesco.

57. U. Wesel, *Frühformen des Rechts*, Frankfurt a. M., 1985.

58. *Ibid.*, pp. 329 ss.

Junto con esta característica de coercibilidad, se echan también en falta los tribunales de justicia y los procesos y procedimientos judiciales. Además, el derecho permanece todavía estrechamente hermanado con la costumbre y las representaciones religiosas, de suerte que apenas puede distinguirse entre fenómenos genuinamente jurídicos y otros fenómenos. La concepción de la justicia subyacente en todas las formas de regulación de los conflictos está entrelazada con la interpretación mítica del mundo. La venganza, la represalia, la compensación y la indemnización sirven al restablecimiento de un orden perturbado. Este orden, construido de simetrías y reciprocidades, se extiende por igual, así a las personas particulares y a los grupos de parentesco, como a la naturaleza y a la sociedad en conjunto. La gravedad de un delito se mide por las consecuencias del hecho, no por las intenciones del agente. Una sanción tiene el sentido de una compensación del daño causado, de un restablecimiento del *statu quo ante*, no el sentido de un castigo infligido a un malhechor que se ha hecho culpable de la vulneración de una norma.

Estas ideas concretistas de justicia no permiten todavía una separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. En los procedimientos jurídicos arcaicos confluyen juicios normativos, ponderación inteligente de intereses y afirmaciones concernientes a hechos. Faltan conceptos como el de imputabilidad y el de culpa; no se distingue entre el propósito, intención o designio, y el comportamiento descuidado. Lo que cuenta es el perjuicio objetivamente causado. No hay separación entre el derecho privado y el derecho penal; todas las transacciones jurídicas son en cierto modo delitos que exigen indemnizaciones. Tales distinciones sólo resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona el mundo de representaciones morales. Me refiero al concepto de norma jurídica, independiente de la situación, que queda por encima tanto de las partes litigantes como del juez imparcial, es decir, de una norma jurídica previa y que se considera vinculante para todos. En torno a este núcleo cristaliza lo que L. Kohlberg llama conciencia moral «convencional». Sin tal concepción de la norma y sin tal concepto de norma, el juez arbitral sólo puede tratar de convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede hacer valer como *influencia* el prestigio personal que debe a su *status*, a su riqueza o a su edad, pero le falta todavía *poder político*; no puede apelar todavía a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos, ni a la conciencia moral de los implicados⁵⁹.

Propongo el siguiente experimento mental: supongamos que antes de haber surgido algo así como una autoridad estatal, se desarrollan ideas jurídicas y morales «convencionales» (en el sentido de

59. L. Pospocil, *Anthropologie des Rechts*, München, 1982.

L. Kohlberg). Entonces un jefe, a la hora (por ejemplo) de resolver un conflicto, puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas; pero al carácter moralmente vinculante de su juicio no puede añadir todavía el carácter fácticamente coercitivo de un potencial de sanción estatal. Y, sin embargo, su papel de jefe, que hasta ese momento descansaba sobre su influencia y prestigio fácticos, debió sufrir un cambio importante al introducirse en la actividad judicial el concepto de norma moralmente obligatoria. Tal jefe, en tanto que protector de normas intersubjetivamente reconocidas, participa, en primer lugar, del aura del derecho que él administra. La autoridad normativa del derecho se transferiría de la competencia del juez al poder de mando del jefe, poder de mando ligado a la competencia del juez por vía de identidad personal. El poder fáctico del influente se transformaría entonces gradualmente, y casi sin notarse, en el poder dotado de autoridad normativa de alguien que puede dar órdenes y tomar decisiones colectivamente vinculantes. Pero a consecuencia de ello transformarse también, en segundo lugar, la cualidad de las decisiones judiciales. Tras las normas jurídicas moralmente obligatorias, no estaría ya sólo la presión que en la vida cotidiana de una tribu se ejerce sobre los individuos para que éstos se conformen a las normas, o el poder fáctico de una persona promiamente, sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Habría surgido así el modo de validez ambivalente que caracteriza al derecho estatal, un modo de validez en que se funden reconocimiento y coerción. Pero con ello, y en tercer lugar, el príncipe se habría hecho con un medio con cuya ayuda puede crear una organización de cargos y ejercer burocráticamente su dominación. Como medio de organización el derecho recibe entonces, junto a su aspecto de incondicionalidad de derecho objetivo, también un aspecto instrumental.

Aun cuando estas consideraciones tienen también un contenido empírico⁶⁰, lo que ante todo me importa es la aclaración de relaciones conceptuales. Sólo en las imágenes del mundo que se vuelven más complejas se forma una conciencia moral de nivel convencional (siempre en el sentido de L. Kohlberg); sólo una conciencia de, y ligada a, normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias introduce un cambio en la administración de justicia y hace posible la transformación del poder fáctico en un poder normativo; y sólo cuando se dispone de poder legítimo cabe imponer políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del poder estatal. Si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, po-

60. K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976; J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, 1992.

der jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta clara la insostenibilidad de los dos conceptos positivistas de derecho a los que me he referido anteriormente.

(4) La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de lo político. En todo caso, bajo esta premisa la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente; pues un derecho que queda a completa disposición del sistema político pierdesu fuerza legitimadora. En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, como algo que el propio sistema político se encarga de producir y operar, estamos abandonando nuestros conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea, a saber, de que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las continuas aportaciones que la dogmática jurídica se encargaría de hacer a un sistema judicial fiel a la ley y autonomizado frente a la política y frente a la moral. En cuanto la validez jurídica quedase privada de toda referencia moral a los aspectos de justicia, en cuanto quedase privada de toda referencia moral que trascendiese la pura decisión del legislador, el derecho acabaría perdiendo su propia identidad. Pues entonces faltarían los puntos de vista legítimos, desde los que el sistema jurídico pudiera ser obligado a conservar una determinada estructura del medio que representa el derecho.

Si damos por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el pseudónimo de «derecho» pueden sustituirlo por otro equivalente funcional, es decir, por una práctica de tipo completamente distinto) la positivación del derecho plantea un problema, incluso ya por razones conceptuales. Pues al derecho sacro desencantado —y a un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia— hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener un momento de incondicionalidad. Y en efecto, tal equivalente empezó presentándose en el mundo moderno en forma de «Derecho natural racional», el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que a aspectos de dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para el desarrollo del derecho por parte de los jueces⁶¹. Pero en nuestro contexto quisiera llamar la atención sobre dos puntos: (a) En el derecho natural racional se articula una etapa nueva, postradicional, de la conciencia moral, en la que el derecho se hace depender de principios y queda asentado sobre el

61. F. Wietacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, pp. 249 ss.

terreno de una racionalidad procedimental. (b) Unas veces fue la positivación del derecho como tal y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que quedó en primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del «contrato social» se desarrollaron en dos direcciones opuestas. Pero en ninguno de los dos casos lograron establecer una relación plausible entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad, que caracterizan al derecho.

ad (a) El derecho natural reacciona al hundimiento del derecho natural basado en la religión y en la metafísica y a la «desmoralización» de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada principalmente por intereses de autoafirmación. En cuanto el Estado monopolizador de la violencia, logra, en su papel de legislador soberano, convertirse en fuente exclusiva del derecho, este derecho rebajado a medio de organización corre el riesgo de perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho. Con la positividad de un derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino que no hace más que desplazarse hacia la base ahora metafísica, y desligada de las imágenes religiosas del mundo. La figura fundamental del derecho privado burgués es el contrato. La autonomía de contrato o autonomía contractual capacita a las personas jurídicas privadas para generar derechos subjetivos. Pues bien, en la idea de contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación, destinada a justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, es decir, destinada a justificar moralmente la «dominación legal racional» (en el sentido de Weber). Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos puedan racionalmente querer por ser de interés de todos y de cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos. Esta idea básica delata que la razón del derecho natural moderno es esencialmente razón práctica, la razón de una moral autónoma. Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos. Como con la idea de contrato social se pone en juego un procedimiento de ese tipo para la fundamentación de las formas de dominación política organizadas jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales. Desde la perspectiva de una lógica evolutiva (en el sentido de J. Piaget) viene a quedar confirmada la hipótesis de que en el tránsito a la modernidad es de nuevo un

cambio de la conciencia moral el que marca la pauta de la evolución del derecho.

ad (b) El derecho natural racional aparece en versiones distintas. Autores como Hobbes se sienten más bien fascinados por el fenómeno de que el derecho puede cambiarse a voluntad. Autores como Kant se sienten fascinados por el déficit de fundamentación de ese nuevo derecho que se ha vuelto positivo. Como es sabido, Hobbes desarrolla su teoría bajo premisas que despojan, así al derecho positivo, como al poder político, de todas sus connotaciones morales; el derecho establecido por el soberano ha de arréglarselas sin un equivalente racional del derecho sacro desencantado. Pero, naturalmente, al desarrollar una teoría que no hace sino ofrecer a sus destinatarios un equivalente racional de aquel derecho sacro, Hobbes se ve envuelto en una contradicción realizativa (en el sentido que da a esta expresión K.-O. Apel). El contenido manifiesto de su teoría, la cual explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel pragmático de la teoría misma, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto.

Kant hace después explícitos los supuestos normativos que la teoría de Hobbes lleva implícitos y desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de una teoría moral. El principio general del derecho, que objetivamente subyace en toda legislación, resulta para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo original de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad sea compatible con la igual libertad de todos conforme a leyes generales. Mientras que para Hobbes el derecho positivo es, en última instancia, un medio de organización del poder político, para Kant cobra un carácter esencialmente moral. Pero tampoco en estas versiones más maduras logra el derecho natural racional resolver la tarea que él mismo se propone de explicar racionalmente las condiciones de legitimidad de la dominación legal. Hobbes sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad. En Kant el derecho natural o moral, deducido *a priori* de la razón práctica, cobra tal predominio que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral.

Kant inserta de tal suerte el momento de incondicionalidad en los fundamentos morales del derecho, que el derecho positivo queda subsumido bajo el derecho natural racional. En este derecho, integralmente prejuzgado por el derecho natural racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental de un derecho del que el

legislador político ha de servirse en las tareas de dirección y planificación que le competen. Tras hundirse el baldaquino del derecho natural cristiano, quedaron como ruinas las columnas que eran una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otro. Kant reconstruyó el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado ahora en términos de autonomía, fue el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico. Con ello, en comparación con la estructura trimembre del derecho tradicional, cambia, ciertamente, la función mediadora de la administración de justicia, que había transmitido la legitimación sacra al príncipe y a su dominación burocrática; ahora la administración de justicia queda por debajo del legislador político y se limita a administrar los programas de éste. Pero ahora los poderes del Estado, en sí diferenciados, quedan bajo la sombra de una *res publica noumenon* deducida de la razón, que debe encontrar en la *res publica phaenomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho, en tanto que realización de principios del derecho natural racional, queda sometida a los imperativos de la razón.

Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legisladora y el derecho su positividad. De ahí que Kant tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los «dos reinos» para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad⁶².

III. LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL POR LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

(1) El derecho natural racional clásico no sólo se abandonó por razones filosóficas; la situación que ese derecho trataba de interpretar se hizo tan compleja que le resultó inabarcable. Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar apresada en los conceptos normativos del derecho, ni mucho menos podía *detenérsele* en el marco de un sistema jurídico proyectado *a priori*. Toda tentativa de deducir de principios supremos, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado y del derecho público, tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia. Las teorías del contrato social —y no solamente las idealistas entre ellas— estaban planteadas en términos demasiado abstractos. No habían reflexionado sobre los supuestos

62. W. Kersing, *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin, 1984, pp. 16 ss.

sociales de su «individualismo posesivo». No se habían confesado a sí mismas que las instituciones básicas del derecho privado que son la propiedad y el contrato, así como los derechos subjetivo-públicos de protección frente al Estado burocrático, sólo podían prometer la realización de la justicia en el contexto de una economía de pequeños propietarios. Pero a la vez, las teorías del contrato social —y no solamente las que procedían en términos apriorísticos— estaban planteadas en términos demasiado concretistas. No se habían dado cuenta de, ni sometido a examen, la alta movilidad de la vida social y habían subestimado la presión adaptativa que el crecimiento capitalista y, en general, la modernización social ejercen.

En Alemania el contenido moral del derecho natural racional kantiano quedó escindido y desdoblado en el contexto de la propia teoría del derecho, sometiéndoselo primero a desarrollo por las dos vías paralelas que representan la dogmática del derecho privado, por un lado, y la idea de Estado de derecho, por otro, para quedar después vaciado en términos positivistas en el curso del siglo XIX. Desde el punto de vista del pandectismo, el derecho se agotaba en lo esencial en el Código Civil administrado por juristas. Era aquí, en el sistema del derecho privado mismo, y no por parte de un legislador democrático, en donde habrían de quedar asegurados los contenidos morales del derecho⁶³. F. C. von Savigny, que construyó la totalidad del derecho privado como un edificio de derechos subjetivos opinaba, siguiendo a Kant, que la forma del derecho subjetivo es en sí misma moral. Derechos subjetivos universales delimitan ámbitos de autonomía privada y garantizan la libertad individual por vía de conferir facultades individuales de acción. La moralidad del derecho consiste en que «la voluntad se le señala un ámbito en el que puede ejercitar su dominio con independencia de toda voluntad extraña»⁶⁴. Pero en el curso de la evolución fáctica del derecho quedó enseguida claro que los derechos subjetivos son algo secundario frente al derecho objetivo y que ni siquiera son capaces de ofrecer una base conceptual sobre la que reconstruir el sistema del derecho privado en conjunto. El concepto de derecho subjetivo fue objeto entonces de una reinterpretación positivista, quedando purificado de todas sus asociaciones normativas. Según la definición de B. Windscheid los derechos subjetivos no tienen ya otro papel que traducir los mandatos del orden jurídico objetivo a potestades o facultades de los sujetos jurídicos individuales.

Una evolución paralela puede proyectarse para el caso de la idea de Estado de derecho, que Kant, notémoslo bien, sólo había intro-

63. H. Coing, «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en J. Blühdorn y J. Ritter (eds.), *Recht und Ethik*, Frankfurt a. M., 1970, pp. 11 ss.

64. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* I, Berlin, 1840, p. 333.

ducido bajo reservas hipotéticas. Los teóricos alemanes del siglo XIX estaban interesados ante todo en domesticar en términos constitucionales el poder administrativo de los monarcas. Mohl y Welcker todavía defienden en el *Vormärz* que las leyes abstractas y generales son el medio apropiado para fomentar por igual en todos los ciudadanos el desarrollo más multilateral posible y racional de la totalidad de sus fuerzas y facultades espirituales y corporales.⁶⁵ Pero tras la fundación del *Reich*, Gerber y Laband desarrollan ya la teoría de la ley como mandato de un legislador soberano, de una instancia legisladora no ligada en lo que a contenidos se refiere. Es a este concepto positivista de ley al que, finalmente, los constitucionalistas progresistas de la República de Weimar, tales como Hermann Heller, recurren al referirse al legislador parlamentario: «En el Estado de derecho se llaman leyes sólo las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa y todas las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa».⁶⁶

Me he detenido a recordar este desarrollo, que no es un desarrollo del que pueda decirse que sea típicamente alemán, porque en él la erosión que experimenta ese concepto de ley moralizada en términos de derecho natural racional, puede explicarse desde la doble perspectiva del especialista en dogmática jurídica y del juez, por un lado, y del legislador, gradualmente parlamentarizado, por otro. En los países anglosajones, en los que la idea de Estado de derecho, en su forma de *rule of law*, fue objeto de un desarrollo que desde el principio estuvo en consonancia con los desarrollos democráticos, el proceso judicial equitativo (*fair and due process*) fue el modelo de interpretación unitaria que se aplicó, así a la producción legislativa, como a la administración de justicia. En Alemania, la destrucción positivista del derecho natural racional se efectuó por dos vías separadas. Ciertamente, tanto en la dogmática del derecho privado como en la teoría del derecho constitucional queda desmentida la construcción de Kant, conforme a la cual política y derecho quedaban sometidos a los imperativos morales del derecho natural racional; pero ello ocurre por una doble vía, a saber: desde el punto de vista de la administración de justicia, por un lado, y desde el punto de vista del legislador político, por otro. De ahí que aquellos que, tras el hundimiento de la construcción que representó el derecho natural racional kantiano, les resultaba menos convincente aún ese positivismo jurídico puro y duro, el mismo problema se les presentara de forma distinta por cada uno de esos dos lados. Al problema se le

65. Citado por I. Maus, «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates», en M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat I*, Frankfurt a. M., 1978, pp. 13 ss.

66. H. Heller, *Gesammelte Schriften II*, Leiden, 1971, p. 226.

puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Por otro, tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente necesita. Pero entonces hay que mostrar cómo en el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer a esta exigencia no basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivados como contenidos del derecho constitucional. Pues de lo que se trata es precisamente de la contingencia de los contenidos de un derecho que puede cambiarse a voluntad. Por eso retornaré a la tesis desarrollada en la primera lección de que la moralidad inserta en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza transcendedora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad.

Bajo la presión de este problema aquellos sucesores de Savigny que no querían darse por contentos con la interpretación positivista de los derechos subjetivos trataron de convertir en fuente de legitimación el derecho científico de los juristas. Savigny, en su teoría de las fuentes del derecho, había asignado aún a la Justicia y a la dogmática jurídica la tarea todavía derivada y modesta «de elaborar de forma consciente y científica y de exponer de forma científica» el derecho positivo procedente de la costumbre y de la legislación.⁶⁷ En cambio, G. F. Puchta sostiene a fines del siglo XIX la idea de que la producción del derecho no ha de ser sólo asunto del legislador político, pues de otro modo el Estado no se fundaría en derecho legítimo, es decir, no podría ser Estado de derecho. Antes bien, la Justicia, yendo más allá del derecho vigente, habría de asumir la tarea productiva de una prosecución y complementación constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios. Este derecho de jueces obtrendiría de su *método científico de fundamentación*, es decir, de los argumentos de una jurisprudencia que procede científicamente, esa autoridad independiente que Puchta busca. Ya Puchta ofrece, pues, un punto de arranque para una teoría que, desde la perspectiva de la administración de justicia, hace derivar de una racionalidad procedimental inserta en el propio discurso jurídico los fundamentos legítimos de la legalidad.

Desde la perspectiva del legislador cabría hacer una interpretación enteramente análoga, aun cuando la discusión parlamentaria se endereza en buena medida a la formación de compromisos y no, como el discurso jurídico, a una fundamentación científicamente

67. Citado por W. Maihofer (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973, pp. 52 ss.

disciplinada de las sentencias. También por este lado, para aquellos que no podían conformarse con el positivismo democrático de la ley, planteóse la cuestión de con base en qué razones pueden pretender legitimidad las leyes producidas por mayorías parlamentarias. Ya Kant, partiendo del concepto de autonomía de Rousseau, había dado un paso decisivo al situar en el procedimiento mismo de producción democrática de normas el punto de vista moral de la imparcialidad. Como es sabido, Kant convierte en piedra de toque de la juridicidad de cada ley pública el criterio de si podría haber surgido de la «voluntad unida de todo el pueblo»⁶⁸. Ciertamente, el propio Kant contribuyó a que enseguida se confundieran dos significados distintos de «universalidad» o «generalidad» de la ley: la generalidad como universalidad semántica de la ley abstractamente general viene a sustituir a esa otra generalidad o universalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente, en tanto que expresión de la «voluntad unida del pueblo».

En Alemania, en donde, por lo demás, la discusión sobre teoría de la democracia sólo revivió en los años 20 de este siglo, esta confusión tuvo dos desafortunadas consecuencias. Por un lado, se pasó por alto (por considerarlo quizá cosa simple) el considerable *onus probandi* que asume una teoría de la democracia planteada en términos procedimentales, *onus probandi* de la democracia planteada en términos procedimentales, *onus probandi* que aún hoy está por desempeñar. Pues en primer lugar, habría que mostrar en términos de una teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetran entre sí discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales con el control jurídico de las normas. En segundo lugar, habría que aclarar en qué se distingue un acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado y cómo el punto de vista moral se hace valer a su vez en las condiciones que han de cumplir los compromisos para poder ser considerados *fair*. Y en tercer lugar, y sobre todo, habría que reconstruir cómo habría de institucionalizarse por vía de procedimientos jurídicos la imparcialidad de las decisiones del poder legislativo, empujando por la regla de la mayoría, pasando por las reglas que rigen las discusiones parlamentarias, hasta el derecho electoral y la formación de la opinión pública en el espacio público-político. Este análisis habría de dejarse guiar por un modelo que expusiese la conexión que se da entre los presupuestos necesarios de la comunicación, relativos a la formación discursiva de la opinión y la voluntad y una negociación de intereses que quepa considerar *fair*. Sólo sobre este reverso podrían analizarse críticamente el sentido normativo y la práctica efectiva de tales procedimientos⁶⁹.

68. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, 1995, § 46.

69. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pág. 70 ss;

Pero además esa confusión de generalidad procedimental y generalidad semántica de las leyes dictadas por el Parlamento tuvo por consecuencia el que se pasara por alto la problemática autónoma que la aplicación del derecho comporta. Aun cuando la racionalidad procedimental (una racionalidad llena de contenidos morales) del Legislativo quedara suficientemente asegurada institucionalmente, las leyes (se trate o no del derecho regulador que caracteriza al Estado social) no tienen nunca una forma semántica tal ni tampoco una determinación tal, que al juez no le quede otra tarea que la de aplicar esas leyes de forma algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el derecho⁷⁰. De ahí que el problema de la racionalidad procedimental se plantee de nuevo en relación con la práctica de las decisiones judiciales y con la dogmática jurídica.

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho positivo puede hacerse efectiva mediante el siguiente mecanismo, a saber, el de hacer que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones impuestas por el principio de que los resultados de esos discursos puedan ser susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones impuestas por el punto de vista moral, que hemos de respetar cuando se trata de fundamentar normas. Pero en una aplicación de normas que resulte sensible al contexto, la imparcialidad del juicio no queda asegurada sólo porque nos preguntemos qué es lo que todos podrían querer, sino preguntándonos si se han tenido adecuadamente en cuenta todos los aspectos relevantes de una situación dada. Antes de poder decidir qué normas, que a veces pueden colisionar entre sí y por tanto han de jerarquizarse a la luz de principios, han de aplicarse a un caso, hay que aclarar si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo que respecta a todos los intereses afectados. Como ha demostrado Klaus Günther⁷¹, en los contextos de fundamentación de normas la razón práctica se hace valer examinando si los intereses son susceptibles de universalización, y en los contextos de aplicación de normas examinando si se han tenido en cuenta de forma adecuada y completa todos los aspectos relevantes a la luz de normas que pueden colisionar entre sí. Y esto es lo que han de materializar los procedimientos jurídicos que hayan de institucionalizar la imparcialidad de la administración de justicia.

A. Kaufmann, «Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), pp. 425 ss.

70. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung*, Frankfurt a. M., 1972.

71. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.

(2) A lo que apunto con estas consideraciones es a la idea de un Estado de derecho con división de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Esa idea no representaría otra cosa que un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Y sin embargo, esa idea no se limita a oponerse abstractamente (como un impotente deber-ser) a una realidad que tan poco se corresponde con ella. Antes bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques y manipulaciones contingentes.

Sólo teniendo presente este entrelazamiento de procedimientos jurídicos y de argumentaciones que se autorregulan a sí mismas a tenor de los principios de universalización (para el caso de la fundamentación de normas) y de adecuación (para el caso de aplicación de normas), se explica esa excitante ambivalencia de la pretensión de validez con que el derecho positivo se presenta. La validez jurídica garantizada por ser las instancias competentes quienes toman las decisiones ha de distinguirse de la validez social del derecho efectivamente aceptado o impuesto. Pero en el complejo sentido que tiene la validez jurídica misma exprésase otra ambivalencia que el derecho moderno debe a su doble base de validez, a una validez que descansa en el principio de positivación, por un lado, y en el principio de fundamentación, por otro. En la pretensión de validez de las normas morales, cuando se consideran éstas en la perspectiva de un constructivismo como el de Rawls, conforme al cual las normas morales, a la vez que se las construye, se las *descubre*, predomina el lado cognitivo, es decir, las normas morales se presentan con una pretensión de validez análoga a la pretensión de validez «verdad». En la pretensión de validez del derecho positivo se añade la contingencia que el establecerlas positivamente implica, y la facticidad que la amenaza de sanción representa⁷². Pese a ello, la positividad de las normas jurídicas generadas conforme a los correspondientes procedimientos y susceptibles de imponerse coercitivamente, se halla acompañada y recubierta de una pretensión de legitimidad. El modo de validez del derecho remite a la sumisión (que políticamente se espera) frente a la decisión y la coerción, a la vez que a la expectativa moral de reconocimiento racionalmente motivado de una pretensión de validez normativa, que, llegado el caso, puede ser desmentida, puede ser resuelta, mediante argumentación. En los casos límites que representan la resistencia legítima y la desobediencia

72. R. Dreier, *Rechtsebegriff und Rechtsidee*, Frankfurt a. M., 1986.

civil muéstrase que tales argumentaciones son capaces de hacer añicos incluso la propia forma jurídica en la que están institucionalizadas⁷³.

La idea de Estado de derecho a la que he tratado de dar una lectura articulada en términos de teoría del discurso, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica. Para convencerse de ello basta tener presente que esa idea es el único criterio de que disponemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué otra cosa podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí sólo para sí solo. Autónimo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo moral. No puede haber autonomía del derecho sin democracia realizada.

73. Sobre la desobediencia civil, cf. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 79-117.