

Nuevo derecho, nuevos derechos

New Law, New Rights

Por ANTONIO-E. PÉREZ LUÑO
Profesor Emérito de la Universidad de Sevilla

RESUMEN

Esta Ponencia tiene por objeto el análisis de los principales cambios y transformaciones producidos, en las últimas décadas, en el significado del Derecho y de los derechos. Para ello, en su primera parte, se toma como punto de referencia la metamorfosis de los ordenamientos jurídicos, debida a los desplazamientos producidos en sus elementos constitutivos: la unidad jerárquica, la plenitud y la coherencia. Dichos desplazamientos, o cambios de orientación, obedecen al protagonismo reciente del pluralismo jurídico, la apertura jurisdiccional y la argumentación, en el seno de los ordenamientos jurídicos del presente.

La segunda parte de la Ponencia analiza la transformación de los derechos debida a las repercusiones que para su significado y su garantía se derivan de los impactos de la Nuevas Tecnologías (NT). Se alude aquí, a las consecuencias de las NT en distintos sectores y problemas relativos al disfrute de las libertades. La calidad de vida y la incidencia de las NT en el medio ambiente, la garantía de los datos personales, el tratamiento de las biotecnologías y otros aspectos relativos a los nuevos derechos, constituirán la referencia para comprobar los cambios en el actual estatuto de los derechos.

Palabras clave: Validez jurídica, pluralismo jurídico, Derecho Global. Fuentes del derecho, razonamiento jurídico.

ABSTRACT

My intervention addresses the main changes and transformations that the meaning of Law and rights has experienced in the last decades. The metamorphose of legal systems is taken as a reference point due to the displacement of their constituent elements- hierarchical unity, plenitude and coherence. Such displacements or orientation changes may be explained through the leading role played by Legal Pluralism, especially regarding the main legal repercussions of globalization, the widening of courts' jurisdiction and reasoning within contemporary Legal Systems. All these phenomena have an impact both on the very meaning of Law, as well as on the meaning and function that rights and liberties possess today within Legal Systems.

Key words: *Legal validity, Legal Pluralism, Global Law, Sources of Law, legal reasoning.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: LA TEORÍA TRADICIONAL DEL DERECHO Y SU ACTUAL REVISIÓN.-2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU METAMORFOSIS ACTUAL.-2.1. DESDE LA UNIDAD AL PLURALISMO.-2.2. DESDE LA PLENITUD A LA APERTURA JURISDICCIONAL.-2.3. DESDE LA COHERENCIA A LA ARGUMENTACIÓN.-3. CONCLUSIÓN: LA TRANSFORMACIÓN ACTUAL DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

SUMMARY: 1. APPROACH: THE TRADITIONAL THEORY OF LAW AND ITS CURRENT REVIEW.-2. THE LEGAL SYSTEM AND THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND ITS CURRENT METAMORPHOSIS.-2.1. FROM THE UNIT TO PLURALISM.-2.3. FROM THE COHERENCE ARGUMENT.-3. CONCLUSION: THE CURRENT TRANSFORMATION OF LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS.

1. PLANTEAMIENTO: LA TEORÍA TRADICIONAL DEL DERECHO Y SU ACTUAL REVISIÓN

A partir de la codificación, en un periodo de tiempo que se extiende hasta el declinar del pasado siglo, algunas de las más difundidas e influyentes caracterizaciones doctrinales del derecho coincidían en definirlo como: «sistema de normas garantizado por la coacción estatal». A su vez, los derechos fundamentales fueron concebidos como la recepción de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos, en especial, en el marco constitucional de los Estados de derecho. Esta concepción ha sido objeto, en los últimos años, de una profunda trans-

formación que obliga a replantear el significado del derecho y de los derechos en las sociedades democráticas del presente.

En la Primavera del año 2002 fui invitado, en mi condición de profesor de Política Criminal en el Instituto Andaluz de Criminología, a una estancia académica en la Oficina para la Prevención de la Delincuencia Organizada Internacional de Naciones Unidas en Viena. Con ocasión de esa visita, pude asistir y participar en alguna de las sesiones de trabajo celebradas en la sede vienesa del *Hans Kelsen Institut*. En el curso de esas actividades, comprobé la preocupación de los investigadores del Instituto, pertenecientes a distintas áreas geográficas y culturas jurídicas, por mantener indemne el legado doctrinal kelseniano frente al «asedio» científico de determinadas concepciones contemporáneas, especialmente influyentes en los desarrollos de la teoría y la filosofía jurídica (Hart, Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy, Häberle...).

Tengo para mí que esas alarmas y esa inquietud obsesiva por defender la teoría pura respecto a doctrinas y posturas teóricas y/o metodológicas sobre el derecho, responde a un error de enfoque. La teoría pura del derecho elaborada por Hans Kelsen es un modelo de coherencia interna y, por tanto, resulta difícilmente atacable desde el interior de las premisas en las que se expresa su fundamento y desarrollo. Por eso, las doctrinas filosóficas y jurídicas que han cuestionado y cuestionan la teoría de Kelsen resultan poco eficaces y convincentes cuando pretenden desvirtuarla «desde dentro»; es decir, desde los propios postulados informadores de sus tesis y desde las inferencias que de ellos dimanar.

Los herederos teóricos de Kelsen se hallan absortos en construir un baluarte especulativo capaz de resistir la confrontación intelectual con las concepciones jurídicas actuales, que reputan opuestas o, en su caso, revisionistas del legado científico del maestro vienes. Personalmente, no puedo convenir con lo que esa estrategia representa. A mi entender, el riesgo de revisión superadora de la teoría pura del derecho no reside en las eventuales críticas que frente a ella directamente se avanzan, sino en las nuevas coordenadas a las que responden los sistemas jurídicos actuales y de las que las nuevas concepciones jurídicas se hacen cargo con mayor precisión y adecuación que la teoría pura del derecho.

La teoría pura del derecho se presentaba y justificaba así misma como una teoría explicativa del derecho positivo. Como quiera que el ordenamiento jurídico de los Estados de derecho contemporáneos han experimentado una importante transformación en su sistema de fuentes¹, así como en sus postulados fundamentadores, hoy se precisa de

¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. Se ha publicado una edición ampliada y actualizada de esta obra en Madrid, La Ley & Wolters Kluwer, 2011. Sobre los nuevos procesos de creación del derecho en el Estado constitucional, vid., también

nuevos marcos teóricos y paradigmas metodológicos capaces de dar cuenta de esa nueva situación.

Las reflexiones que a continuación se avanzan, tienen el propósito de hacerse eco de esa metamorfosis operada en los ordenamientos jurídicos, así como en sus repercusiones en el sistema de los derechos y libertades.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU METAMORFOSIS ACTUAL

En la estructura normativa de las Constituciones se advierten los estímulos de la cultura jurídica de su tiempo. El ordenamiento jurídico y el sistema de los derechos fundamentales, que define la parte dogmática de las Constituciones de los Estados de derecho, se advierten esas influencias teóricas. En el diseño constitucional de esa materia se reflejan algunas de las concepciones doctrinales del sistema jurídico más influyentes en el momento de su gestación. De ello, se infiere que, en el constitucionalismo de las últimas décadas, hayan hallado eco algunas de las concepciones jurídicas más relevantes e influyentes de ese periodo.

La célebre *Teoría del ordenamiento jurídico* elaborada por Santi Romano², la dimensión nomo-dinámica del orden jurídico planteada por Hans Kelsen³ en la segunda edición de su *Teoría pura del derecho* (1960), así como la certera síntesis de ambas concepciones debida a Norberto Bobbio⁴, constituyen fuentes insoslayables para el análisis y la comprensión de la idea del sistema de los derechos fundamentales diseñado en el constitucionalismo vigente en el inmediato pasado⁵.

los estudios de: Ansuátegui Roig, F. J. «Estado constitucional y producción normativa», en *Derechos y Libertades*, n.25, 2011, pp. 17 y ss.; id., «El juez en el constitucionalismo: producción normativa y responsabilidad» en el vol. col., a cargo de D. Jiménez Liébana, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 27 y ss.

² ROMANO, S., *El Ordenamiento jurídico*, trad. cast., a cargo de S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963. La edición original italiana de esta obra data del año 1918.

³ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 2.^a ed. 1960, pp. 196 y ss. (existe trad. cast. de R. Vernengo, México, UNAM, 1979).

⁴ BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, (Existe trad. cast. de E. Roza Acuña, en BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991).

⁵ Cfr.: AGUIAR DE LUQUE, L., *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, EDERSA, 1977; Alzaga Villaamil, O., *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Madrid, EDERSA, 1996.

En el volumen monográfico sobre *Los derechos fundamentales*⁶, tuve ocasión de ocuparme de algunos aspectos básicos de la formación del concepto de sistema en la ciencia jurídica contemporánea, de las relaciones entre los conceptos de sistema y ordenamiento jurídico, de la distinción entre los aspectos extrínsecos e intrínsecos de los sistemas constitucionales, así como del debate doctrinal entre el monismo y el pluralismo como rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos. Sería ocioso reiterar lo ya expuesto. No obstante, sí parece oportuno aludir a los rasgos constitutivos del ordenamiento jurídico y de los sistemas de derechos fundamentales, así como a las metamorfosis operadas en esas categorías jurídicas en los últimos años.

Aludir a un sistema normativo y a un sistema constitucional de los derechos fundamentales sugiere, de inmediato, la cuestión de la interdependencia o mutua implicación existente entre las normas, así como entre los derechos; ya que la unidad de sentido de cada norma y de cada derecho no aparecen como una cualidad de las singulares formulaciones normativas y de cada uno de los derechos fundamentales, sino como una característica de todas ellas y de todos ellos en cuanto conjunto.

El tema de la interconexión orgánica y finalista de las normas y de los derechos fundamentales, es decir, su dimensión sistemática, ha suscitado un interés creciente en la dogmática constitucional de los últimos años. No en vano, el proceso de sistematización de los materiales normativos es un fenómeno paralelo al de la formación del Estado moderno, que ha ido adquiriendo progresiva importancia en la medida en que ha crecido el número y complejidad de las reglas integrantes del derecho positivo estatal. De ahí, que precisamente la sistematicidad sea uno de los rasgos definitorios de los ordenamientos jurídicos más evolucionados, en los que opera como una garantía de la seguridad jurídica. En efecto, la sistematicidad permite un conocimiento, interpretación y consiguiente aplicación del derecho, fundada en criterios precisos y rigurosos, antes que en el arbitrio o en el azar⁷.

Esta idea de orden y regularidad, que irradia del conjunto normativo para proyectarse en sus partes integrantes, es la que permite concebir los derechos y libertades constitucionales como un sistema y, de este modo, abordar su proceso hermenéutico como búsqueda del sistema, o unidad de sentido sistemático, de las normas singulares formuladoras de cada derecho fundamental.

⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, (11.ª ed. 2013); id., «El sistema de los derechos fundamentales», en la obra *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, ed. a cargo de Peces-Barba G. y Remiro, M., Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 367 y ss.; id., *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson&Aranzadi, 2006, pp. 163 y ss.

⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, (10.ª ed., 2010), pp. 268 ss. y 295 y ss.; id., *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 137 y ss.

El Tribunal Constitucional español al igual que las principales jurisdicciones constitucionales de nuestro entorno, ha subrayado este aspecto al recordar que la interpretación del alcance y contenido de los derechos fundamentales «ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática» (STC 5/1983, FJ 3).

Doctrina corroborada en una decisión posterior en la que, con referencia a un dato clave en la unidad de sentido de los derechos fundamentales –el de su contenido esencial–, indica que tal contenido «puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás» (STC 67/ 1984, FJ 2).

El reconocimiento explícito, por parte de nuestra más elevada instancia jurisdiccional constitucional, del carácter «sistemático» de nuestra tabla de derechos fundamentales deja abierta la consideración de importantes cuestiones.

En primer término, suscita el tema de la relación entre la idea de sistema constitucional y la noción de ordenamiento jurídico, expresada también en el propio texto de la Constitución. En efecto, la Ley Superior de 1978, a diferencia de los documentos precedentes de nuestra historia constitucional, utiliza literalmente el término «ordenamiento jurídico» en los artículos: 1.1, al enumerar los valores superiores del «ordenamiento jurídico»; 9.1, cuando establece el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del «ordenamiento jurídico»; 96.1, donde prescribe que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del «ordenamiento interno», y 147.1, al señalar que los Estatutos de las Comunidades Autónomas son parte integrante del «ordenamiento jurídico» estatal.

La alusión explícita de nuestra Constitución al concepto de ordenamiento jurídico no puede considerarse como una figura retórica o un dato casual, sino que responde a las exigencias de funcionamiento del derecho en una sociedad técnicamente avanzada. La Constitución española, como norma suprema de un Estado de derecho desarrollado, al apelar a la noción de ordenamiento jurídico no hace sino reconocer que el conjunto de reglas que integran su Derecho positivo objetivo responde a los principios básicos de: unidad, plenitud y coherencia.

a) *Unidad*, en cuanto que su estructura constituye un todo único, claramente delimitado y específico, cuyas características informan y se manifiestan en cada uno de los elementos que lo integran: las normas se definen a partir de su pertenencia al ordenamiento jurídico, no el ordenamiento en función de las distintas normas singulares que lo componen. Ello conduce a postular que todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran. En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución asume el

papel de norma fundamental y en su seno aparecen como la cúspide de la estructura jerárquica del sistema el conjunto de los valores, principios y derechos fundamentales, a tenor de cuanto se desprende de los artículos 1. 1 y 10. 1, del propio texto constitucional.

b) *Plenitud*, ya que todo ordenamiento jurídico aspira a ser una estructura completa, en el sentido de ser autosuficiente para regular todos los supuestos que se susciten en su seno, siempre que posean relevancia jurídica. El estatuto constitucional de los derechos fundamentales se presenta como un sistema pleno, en cuanto que pretende responder a todas las exigencias o necesidades básicas personales y colectivas de nuestra coyuntura histórica. Esa vocación de plenitud se manifiesta en cláusulas tales como la postulada en el artículo 10.1, donde se alude al pleno desarrollo de la personalidad, en la que la jurisprudencia y doctrina germanas (a través de la *freie Entfaltung der Persönlichkeit* reconocida en el art. 2.1 de la *Grundgesetz*) han visto una cláusula de garantía del sistema de los derechos fundamentales, que posibilita su adaptación a los fluctuantes valores y necesidades que emergen de la consciencia social.

c) *Coherencia*, esto es, la tendencia de todo ordenamiento jurídico a conformarse como un todo ordenado: un conjunto de elementos entre los que se da un orden sistemático. Si la unidad del ordenamiento jurídico se dirige a definir sus señas de identidad, y la plenitud a evitar las posibles lagunas de su estructura, la coherencia se orienta a eliminar las antinomias o contradicciones que pueden surgir en su seno. Por ello, el sistema constitucional de los derechos fundamentales, en cuanto supone la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad, proyecta su unidad de sentido al resto del sistema normativo, siendo el postulado-guía hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico y político, al tiempo que religa la constitución formal con la constitución material.

En estos últimos años, se ha producido una tendencia orientada a matizar el sentido de estas notas constitutivas del ordenamiento jurídico y el consiguiente desplazamiento de las mismas hacia nuevas categorías, que expresan los nuevos rumbos de la dimensión sistemática de los derechos fundamentales. Conviene apuntar aquí, por su actualidad y como anticipo a proyecciones futuras, una breve referencia a ese fenómeno.

2.1. Desde la unidad al pluralismo

Uno de los signos más relevantes de la coyuntura presente de los sistemas normativos y de derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático, ha sido el desplazamiento de su centro de gravedad desde el postulado de su carácter unitario al de su significado pluralista.

Es probable que haya sido Peter Häberle el constitucionalista más atento a captar y expresar esa nueva condición del sistema de las liberta-

des. Esta multiplicidad de centros de irradiación jurídica, en las sociedades multiculturales y abiertas de nuestro tiempo, se traduce en un pluralismo jurídico como signo del derecho y de los derechos en el presente.

En su obra *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, define certeramente los elementos conformadores de esa instancia pluralista hacia la que ahora se orienta el sistema jurídico y de los derechos fundamentales, así como su consiguiente interpretación. El modelo de pluralismo que postula Häberle se manifiesta como: multiplicidad de ideas e intereses, o viceversa, en el seno de una determinada comunidad política, dentro de los parámetros del *aquí y ahora*. Esta multiplicidad de facetas, se traduce en una pluralidad de instancias creadoras de normas y se nutre de todo un amplio abanico de procedimientos formalmente bien diferenciados y con diferentes grados respecto de su efectividad. Ese conjunto de ideas hace referencia a supuestos fácticos y a valores, concretándose en situaciones de consenso o de conflicto en el seno de las sociedades democráticas. La tensión dialéctica permanente en la que se desenvuelven estos fenómenos e ideas, conduce a determinadas alternativas. El pluralismo implica básicamente la «apertura» del sistema constitucional: «sus teorías y doctrinas, sus interpretaciones e intérpretes –sobre todo a nivel de derechos fundamentales–, y su inherente dogmática jurídica, junto con su posterior desarrollo y progresos»⁸.

Los ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno del pluralismo. La superación del ámbito de referencia estatal, producto del nuevo orden de relaciones internacionales, se ha traducido en fuentes que expresan una *supra estatalidad normativa*. Pero, el desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no solo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado. De forma paralela, se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infra estatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas. Para aludir a esa situación he utilizado la metáfora hidráulica del «Desbordamiento de las fuentes del derecho»⁹.

El pluralismo jurídico se ha visto también potenciado por las repercusiones en el derecho del fenómeno de la globalización. Parafraseando

⁸ HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, ed. a cargo de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, p. 103; id., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad., cast, de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000. En la doctrina española, cfr., la obra colectiva a cargo de Belloso Martín, N. y De Julios Campuzano, A., *El retorno a la sociedad civil. Democracia, ciudadanía y pluralismo en el siglo XXI*, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, & Dykinson, 2011.

⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, cit., pp. 76 y ss.

el título del libro de José Ortega y Gasset, *El tema de nuestro tiempo*¹⁰, podríamos decir que la globalización constituye hoy «el tema de nuestro tiempo», y también «el tema de nuestro espacio», puesto que habitamos en un mundo global.

En su interesante obra *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Francesco Galgano afirma que la sociedad global es una *societas cum iure et sine lege*. Se trata de una sociedad que posee normas, pero en la que sitúa «il contrato al posto della legge»¹¹. La ley estatal ha sido desplazada, en la sociedad global, por normas paccionadas y por usos consuetudinarios, que constituyen una de las más significativas manifestaciones de la globalización jurídica: *la lex mercatoria*. El propio Galgano, autor de una relevante monografía sobre la materia¹², aclara que el término «*lex*» no evoca en esta denominación a la fuente jurídica procedente del Estado, sino al conjunto de reglas reguladoras de las transacciones financiera y comerciales debidas a los propios agentes mercantiles.

El nuevo derecho de la sociedad global y, en particular, la *lex mercatoria* se diferencian del derecho tradicional por:

a) Su *creación*, el derecho de ayer procedía, básicamente del Estado, mientras que el nuevo derecho, es creación de agencias e instituciones financieras, de sociedades y corporaciones multinacionales, que personifican a los «mercaderes» de nuestro tiempo. No obstante, se ha advertido, que esta *lex mercatoria* no ha sido elaborada directamente por los nuevos mercaderes, sino que ha sido el producto de la ingeniería jurídica de las *Law Firms* internacionales de abogados, que actúan como empresas productoras de reglas jurídicas adecuadas a los intercambios y operaciones financieras de las empresas en el mercado global¹³. Pero esta observación invita a plantear dudas sobre la naturaleza consuetudinaria de la *Lex mercatoria*, que parece mas bien fruto de un *Juristen Recht*, es decir, que se trata de una manifestación de doctrina científica.

b) Su *ámbito*, que no se halla circunscrito o localizado en el espacio territorial estatal. El signo de la era global es precisamente la

¹⁰ ORTEGA Y GASSET, J., *El tema de nuestro tiempo*, en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial & Revista de Occidente, 1983, vol. 3, pp. 143 y ss.

¹¹ GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2005, p.93. Vid., también, los trabajos de: De Julios Campuzano, A., *La transición paradigmática de la Teoría Jurídica. El Derecho ante la globalización*, Madrid, Dykinson, 2009. id., *La globalización ilustrada*, Madrid, Universidad Carlos III & Dykinson, 2003. Domingo, R., *¿Qué es Derecho global?*, Cizur Menor (Navarra), Thomson & Aranzadi, 2008.; Garrido, M. I., *Las Transformaciones del Derecho en la Sociedad Global*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2010; Perez Luño, A. E., «Globalización y Derecho» en la obra: *El juez y la cultura jurídica contemporánea*. Tomo II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 93 y ss.; Walters, M., London, *Globalization*, Routledge, 1996.

¹² GALGANO, F., *Lex mercatoria*, Bologna, Il Mulino, 4.^a ed., 2001, pp. 239 y ss.

¹³ A ello se ha referido, LOPEZ LOPEZ, A., «Hic sut leones. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización», en curso de publicación en *Crónica Jurídica Hispalense*. Revista de la Facultad de Derecho, cuyo texto a la amable deferencia de su Autor.

«deslocalización», es decir, la superación de las fronteras nacionales, para quienes son actores y para la regulación normativa de la *lex mercatoria*. Con frecuencia, para aludir a la morfología del derecho global, se propone, en nuestro tiempo, una nueva imagen. En la etapa anterior, los mapas políticos permitían distinguir, con diferentes colores, a los distintos espacios políticos coincidentes con espacios jurídicos. Hoy, en cambio, el derecho global halla mejor representación en los mapas físicos, en los que los fenómenos geográficos (cadenas montañosas, cauces fluviales, costas marítimas...) y los fenómenos atmosféricos trascienden a las fronteras nacionales; al igual que ocurre con los nuevos fenómenos jurídicos de la sociedad global.

c) Su *estructura normativa*, en la que la coacción ya no aparece, tal como ocurría en el derecho del pasado, como un rasgo constitutivo de la ley estatal, con el que se quería garantizar su inexorable cumplimiento. La *lex mercatoria*, por el contrario hace depender su cumplimiento de la adhesión voluntaria y otros medios de aplicación diferentes de la coacción estatal. Por ello, se designa a este nuevo derecho como una versión blanda «*soft law*» y «difusa» de juridicidad.

Esta observación no implica desconocer que, para quienes realizan transacciones al amparo de la *lex mercatoria* su eficacia normativa sea, casi siempre, mayor que la de los preceptos del Código de comercio. Los «nuevos mercaderes» se sienten, por tanto, obligados a cumplir esas prescripciones que emanan de dicha *lex*. No obstante, la coactividad que garantiza el cumplimiento de esas normas de derecho global, es una coactividad imprecisa, indeterminada y difusa, que contrasta con la tipificación precisa con la que la ley estatal establece la coacción.

La globalización, cuyas consecuencias suscitan crecientes actitudes de recelo y de crítica, nos sitúa, según se infiere de un interesante análisis de Francisco Laporta ante una paradoja insoslayable: los problemas jurídicos que se derivan de la globalización en el orden internacional son «fuertes» mientras que las reglas jurídicas previstas para resolver esas cuestiones son «blandas». Laporta reivindica la función del imperio de la ley, que entraña un Derecho «fuerte» (*hard law*), basado en la exigencia de un consenso internacional, fundado en tratados dotados de *ius cogens* para garantizar su efectividad y hace de esos acuerdos un factor básico del orden internacional propio de la sociedad global¹⁴.

De lo expuesto se infiere que no todo lo «nuevo» representado por el derecho global es «bueno». El carácter impreciso, indeterminado, difuso, y «blando» de este nuevo derecho, implica un menoscabo de un valor fundamental del Estado de derecho: la seguridad jurídica.

¹⁴ LAPORTA, F., *El imperio de la Ley, una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 261 y ss. En relación con la problemática de la legislación «Blanda», vid., también, Zapatero, V., *El Arte de Legislar*, Cizur Menor (Navarra), Thonsom & Aranzadi, 2009, pp. 147 y ss.

Además, supone también un déficit de legitimación democrática con respecto a las normas legales promulgadas por los Estados de derecho. En ellos, la ley es creada por los Parlamentos integrados por los representantes de la soberanía popular, mientras que la *lex mercatoria* es el producto de los acuerdos entre agencias, corporaciones y sociedades multinacionales o de *Law Firms*, carentes de cualquier representatividad democrática¹⁵.

En el sistema constitucional de los derechos fundamentales españoles se advierten manifestaciones de esas tendencias contrapuestas representadas por los principios de unidad y pluralismo.

1) De un lado, se desprende de la CE que nuestros derechos fundamentales constituyen un sistema de valores objetivos dotados de una unidad de sentido y que representan la suprema expresión del orden axiológico de nuestra sociedad, así como también de la comunidad internacional a la que pertenecemos. La existencia de esa unidad de sentido es la que explica la razón de ser de la solemne afirmación constitucional de la dignidad de la persona, en el propio quicio del Título I. Una unidad de sentido que, a continuación, se reitera con la exigencia de que los derechos y libertades constitucionales sean interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, en materia de derechos fundamentales. Unidad que se refleja también en el reconocimiento constitucional de un contenido esencial de los derechos fundamentales, lo que supone aceptar que éstos poseen un núcleo previo cuya objetividad deberá respetar el propio legislador (estas tesis han hallado amplio eco en la jurisprudencia constitucional, vid., por ejemplo, las SSTC 11/1981; 13/1984; 196/1987; 71/1994...).

2) Pero, junto a esa unidad básica, nuestro orden axiológico constitucional responde a una estructura abierta y dinámica, corolario del pluralismo político, consagrado también en nuestra Ley de leyes como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro estatuto de derechos y libertades se halla, de este modo, fundado en un orden político pluralista, acorde con una sociedad abierta. Esta estructura pluralista es la que legitima a los representantes parlamentarios para una concreción y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, acorde con las aspiraciones sociales expresadas por las mayorías. De igual modo, el propio proceso hermenéutico constitucional actúa como un cauce abierto a las distintas exigencias y alternativas prácticas, es decir, como una instancia crítica capaz de «ponderar los bienes», a fin de resolver y canalizar los conflictos que puedan darse entre los diversos valores e intereses tutelados por la normativa constitucional (vid., sobre ello, las SSTC 101/1983; 32/1985; 163/1991; 30/1993...).

¹⁵ Cfr., LOPEZ LOPEZ, A., «Hic sunt leones. La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización», *op. cit.*,

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha tendido a conjugar, a través del equilibrio y la ponderación interpretativa, los postulados de la unidad y pluralismo en nuestro sistema constitucional de los derechos fundamentales¹⁶. Una lectura inicial del artículo 139. 1 de la CE, que postula la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado, así como del artículo 149. 1, que corrobora esta idea al prescribir la competencia exclusiva del Estado en lo referente a «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», podría hacer pensar en la existencia de un absoluto monopolio estatal en la fijación del sistema de los derechos fundamentales. Sin embargo, el alcance de este precepto no es el de consagrar un uniformismo en el régimen de todos los derechos y libertades, sino el de establecer la garantía de su ejercicio en unas condiciones básicas de igualdad. Tesis desarrollada explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional al poner de manifiesto que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida «como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones». Puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente en nuestro ordenamiento tiene una estructura compuesta, «por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional» (STC 184/1981, FJ2). Doctrina corroborada por una decisión posterior en la que, con respecto a la simultánea articulación de la diversidad de estatutos subjetivos con la unidad del ordenamiento, se establece que: «no es, en definitiva, la igualdad de derechos de las Comunidades lo que garantiza el principio de igualdad de derechos de los ciudadanos (...), sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las Comunidades Autónomas» (STC 76/1983 FJ2). Se desprende de todo ello, que los Estatutos de Autonomía pueden establecer el desarrollo del sistema constitucional de los derechos fundamentales que, respetando las condiciones básicas de la igualdad de su ejercicio (en el sentido de evitar cualquier tipo de privilegio, discriminación o arbitrariedad en su desarrollo estatutario), introduzca modalidades que hagan especial hincapié en aquellos derechos que sean de interés prioritario en su

¹⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 295 y ss.; Prieto Sanchís, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 175 y ss.; Vidal Gil, E. *Los conflictos de derechos en la legislación y en la jurisprudencia españolas. Un análisis de los casos difíciles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 46 y ss.

respectivo ámbito territorial. Esta posibilidad tiene especial relevancia respecto a la fijación del estatuto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya eficacia queda supeditada a la existencia de una infraestructura que posibilite su implantación. Ha sido aleccionadora al respecto la experiencia de la República Federal de Alemania, donde las constituciones de los *Länder* han desarrollado y completado eficazmente el precario estatuto de los derechos sociales contenido en la *Grundgesetz*. Nuestro ordenamiento constitucional permite articular la unidad básica del sistema de los derechos fundamentales, con el pluralismo de su desarrollo y perfeccionamiento a través de los Estatutos de Autonomía.

2.2. Desde la plenitud a la apertura jurisdiccional

Otro de los signos característicos del nuevo derecho y de los nuevos derechos, con inmediata incidencia en el ordenamiento jurídico y en el estatuto de las libertades, es el de una paulatina relativización del postulado de la plenitud del orden jurídico y su desplazamiento hacia la garantía de una multiplicidad de instancias jurisdiccionales. Con ello, se pretende relativizar el carácter completo del sistema legal, que hoy se considera inalcanzable y sustituirlo por formas pretorianas de respuesta a las demandas y conflictos sociales. El carácter completo y pleno del ordenamiento jurídico era corolario de su condición de sistema único y cerrado. Por eso, cuando hoy se afirma la dimensión plural y abierta del ordenamiento, necesariamente se cuestiona el rasgo de su plenitud.

En la nueva coyuntura, en la que el ordenamiento jurídico estatal se halla trascendido por otras instancias normativas, aludir a la inexistencia de lagunas en su seno ha perdido gran parte del significado que pudo tener en el periodo histórico anterior como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos¹⁷.

En la coyuntura presente se hace especial hincapié en la apertura al procedimiento jurisdiccional, más que a la plenitud del ordenamiento jurídico, como garantía de la tutela de las libertades. Esa tendencia ha hallado eco doctrinal en la obra colectiva, *Critical Legal Thought*, que vino a ser para los años 90 lo que en la década de los 70 supuso el Congreso de Catania sobre el *Uso Alternativo del Derecho*. En su contribución a dicha obra, Rudolf Wiethölter ha definido la tarea a cumplir en los años inmediatos por la teoría crítica del derecho, como la «Proceduralización» de las categorías jurídicas¹⁸. Esa tarea ha sido

¹⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, (2.ª ed.1994). pp. 30 ss y 78 y ss.; id., «La seguridad jurídica y sus paradoja actuales», en *Teoría & Derecho*, 2012, n.º 12, pp.124 y ss.

¹⁸ WIETHÖLTER, R., «Proceduralization of the Category of Law», en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Joerges, CH. y Trubek, D. M., Baden-Baden, Nomos, 1989, pp.501 y ss.

concretada, en la propia obra, por Erhard Denninger como un esfuerzo hacia la garantía a través del procedimiento de un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática, en las relaciones entre particulares y de éstos con los poderes públicos. Ese *status activus processualis*, que completaría la teoría de los status elaborada por Jellinek, constituye un factor clave de los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Este status procesal se concibe como el reconocimiento de cada persona de participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en las estructuras organizativas. En el plano de los derechos fundamentales, implica reconocer la apertura a la protección jurisdiccional de las libertades, así como acoger formas de participación dinámicas y activas por parte de los interesados en los procedimientos tendentes a la formación de actos jurídicos¹⁹.

Haciéndose eco de esa inquietud, ha reconocido nuestro TC que: «Para la ordenación adecuada del proceso existen impuestos, formas y requisitos procesales que, por afectar al orden público, son de necesaria observancia por su racionalidad y eficacia», pero sin que ello suponga aceptar la validez de obstáculos procesales que «sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginan con el derecho a la justicia». (STC, 95/1983, FJ.5. Vid. también en sentido análogo las SSTC, 3/1983, FJ 1; 19/1983, FJ 4; 65/1983, FJ 4). Todavía reviste mayor interés, desde el punto de vista del reconocimiento por nuestra jurisprudencia constitucional del derecho a la jurisdicción, cuanto se afirma en la decisión que proclama: «el artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». El TC entiende que el contenido básico de tal derecho «en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas» (STC 220/1993, FJ2; vid., también las SSTC 115/1984; 15/1985; 34/1989; 164/1991; 192/1992; 28/1993 y 101/1993).

En lo que respecta a la tensión entre plenitud y apertura jurisdiccional, los enfoques actuales de las libertades deben inclinarse a una postura mediadora. Cabe demandar a los actuales empeños teóricos y prácticos sobre la significación de los derechos fundamentales un esfuerzo de mediación entre las exigencias, hoy prácticamente inalcanzables, de la absoluta plenitud del orden jurídico y un procedimentalismo entendido como respeto a las garantías procesales y apertura a la jurisdicción que son rasgos informadores de las estructuras jurídicas de las instituciones democráticas.

¹⁹ DENNINGER, E., «Government Assistance in the Exercise of Basic Rights» (Procedure and Organization), en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, op. cit., pp.461 y ss.

2.3. Desde la coherencia a la argumentación

La coherencia, en cuanto ausencia de antinomias o contradicciones normativas, era una condición fácilmente predicable de los ordenamientos jurídicos caracterizados por las notas de la unidad y la plenitud. Cuando esas notas resultan cuestionadas, al haberse erosionado la dimensión unitaria, compacta, cerrada y autosuficiente de los sistemas jurídicos, y su consiguiente decantación hacia el pluralismo, la apertura y la multiplicidad compleja de su estructura normativa, la coherencia ha devenido una condición prácticamente inalcanzable. Por ello, en los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho del presente resulta casi imposible garantizar la inexistencia de antinomias, y se tiende a sustituir esa garantía de seguridad jurídica por la exigencia de un amplio aparato argumentativo tendente a motivar la racionalidad de las posibles contradicciones existentes entre las normas y/o las decisiones judiciales, que son inevitables en ordenamientos abiertos y complejos.

Si se puede considerar a Peter Häberle como el máximo exponente teórico del pluralismo constitucional, con idéntica razón se debe reputar a Robert Alexy como el más cualificado estudioso del papel de la «argumentación iusfundamental». Alexy ha prestado especial atención doctrinal a los procesos actuales tendentes a clarificar la teoría argumentativa en el seno de los procesos rehabilitadores de la racionalidad práctica. En su obra sobre la *Teoría de la argumentación jurídica*, ha llevado a cabo un importante esfuerzo intelectual tendente por sugerir reglas y procedimientos dirigidos a garantizar la racionalidad de la argumentación jurídica. Se pretende evitar, de este modo, que las ineludibles valoraciones del jurista intérprete degeneren en juicios de valor subjetivos y arbitrarios. La referencia a las normas materiales y procesales aplicables al caso, la obligada consideración de los precedentes, así como las pautas orientadoras de la Dogmática jurídica institucionalmente cultivada, constituyen el horizonte en el que se proyecta la racionalidad práctica en el derecho²⁰.

Quizás el mérito principal de la investigación de Alexy resida en su esfuerzo por establecer un acercamiento entre la argumentación jurídica a partir de la racionalidad práctica y el análisis lógico y lingüístico del razonamiento jurídico. Alexy comparte con los teóricos de la argumentación la idea de que la racionalidad jurídica no puede reducirse a esquemas de la lógica formal, y rechaza que la interpretación del derecho sea un acto de subsunción mecánica, tal como se desprende de la actitud metodológica del positivismo legalista. No obstante, entiende que la racionalidad de la argumentación jurídica no deja de ser una forma de

²⁰ ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, pp. 32 ss y 263 y ss. Existe trad. cast. de M. Atienza e I. Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Ofrece un completo estudio de las tesis argumentativas en el derecho, Atienza A. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

«racionalidad», que debe obedecer a premisas de corrección y rigor. El elemento básico para conseguirlo es el *procedimiento*.

El razonamiento jurídico no responde al azar o a la arbitrariedad, sino a «razones» que actúan como modelos justificativos de la creación, la interpretación y la aplicación de normas. Esas justificaciones no solo se basan en factores *estáticos* (la conformidad de las premisas con el contenido de reglas jurídicas positivas o meta positivas-Derecho natural; o la estricta deducción entre las premisas y sus consecuencias...); sino principalmente en un elemento *dinámico*: el procedimiento argumentativo²¹.

Robert Alexy ha acogido, desarrollado y proyectado a la teoría del derecho y a los derechos fundamentales las tesis sobre el discurso práctico y la teoría consensual de la verdad debidas a Jürgen Habermas. Según Alexy, un discurso práctico es racional cuando satisface las condiciones de una argumentación práctica racional. Cuando estas condiciones se cumplen, el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es, por tanto, una teoría procedimental de la corrección práctica. Las condiciones que garantizan la racionalidad del procedimiento del discurso son resumidas por Alexy en un sistema de reglas que guían la actividad de la racionalidad práctica. Estas reglas responden a una doble exigencia: 1) Las que garantizan la *corrección estructural* de los argumentos y que imponen, entre otras cosas, su no contradicción, la claridad lingüístico-conceptual, la veracidad de las premisas empíricas utilizadas, la exhaustividad deductiva de los argumentos, la consideración de las consecuencias, la valoración comparativa de los argumentos...; 2) Las que garantizan la *imparcialidad del procedimiento* argumentativo y que hacen referencia al reconocimiento del derecho a participar en el discurso en condiciones de libertad y de igualdad (cualquier persona capaz puede intervenir en el discurso, plantear sus puntos de vista, deseos y necesidades; a ningún dialogante se le puede impedir que ejercite sus facultades reconocidas en las reglas del discurso, mediante una coacción establecida, exterior o interior al discurso)²².

Robert Alexy entiende que la argumentación iusfundamental posee algunas peculiaridades respecto a las demás formas de argumentación jurídica. La fundamentación de los derechos en valores éticos y su vinculación con determinadas concepciones y metas políticas, exige que esta forma de discurso práctico se atenga a reglas procedimentales que avalen su racionalidad. En la tarea de construir una argumentación iusfundamental que responda a exigencias de racionalidad, corresponde un especial protagonismo a los Tribunales Constitucionales. Alexy concluye que para dotar de seguridad a la argumentación iusfundamental: «es razonable la institucionalización de una justicia

²¹ ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., pp. 177 y ss.

²² ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, op. cit., pp. 213 y ss.

constitucional cuyas decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional»²³.

Las tesis de Robert Alexy permiten, a mi entender, inferir una doble consecuencia:

1.^a) Que la teoría de la argumentación jurídica ha supuesto, en cierto modo, un desplazamiento desde la hoy cuestionable coherencia del ordenamiento jurídico, a la coherencia, en términos de racionalidad discursiva, de las decisiones jurisprudenciales referidas al derecho y a los derechos fundamentales.

2.^a) Que la teoría de la argumentación racional de Alexy no es ideológicamente neutral. Los presupuestos del procedimiento discursivo son la libertad y la igualdad, o sea, los valores básicos del Estado de derecho y a su vez, la teoría del consenso obtenido a través de la argumentación racional constituye el fundamento legitimador de la legalidad del Estado de derecho. De este modo se advierte una cierta circularidad en esta concepción argumentativa de las libertades: la argumentación exige la presencia de determinados derechos para garantizar su propia racionalidad e imparcialidad; y los derechos fundamentales requieren de la argumentación para poder ser interpretados y aplicados a las situaciones concretas.

En la jurisprudencia constitucional española, al igual que en la de otros Estados de derecho de nuestro entorno político-cultural, se advierte el preponderante papel que asume la argumentación como garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos²⁴. En el marco de la amplia, casi constante referencia del TC a la fundamentación racional de sus argumentos y en relación con aspectos que inciden en la argumentación jurídica, se pueden distinguir tres postulados básicos:

1.º La argumentación racional se considera como requisito básico para la *tutela efectiva* de los derechos fundamentales. Existe una abundante jurisprudencia en la que expresamente se alude a la motivación, en términos de argumentación racional de las decisiones, como elemento nuclear del derecho constitucional a la tutela efectiva. Así, nuestro máximo intérprete de la Constitución proclama que: «Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía máxima –dada la esencia de la función jurisdiccional– frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos» (STC 131/1990, FJ 1.). Doctrina reiterada, entre otras, en la sentencia que sostiene: «La obligación de motivar las sentencias que el art. 120.3 CE impone a los órganos judiciales, puesta en cone-

²³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad., cast. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 554 y ss.

²⁴ Sobre la actualidad de estos aspectos en la actividad jurisprudencial, vid., De Asís, R., *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

xión con el derecho a la tutela judicial protegido por el art. 24.1 de la Constitución –entendido como derecho a una resolución jurídicamente fundada–, conduce a integrar en el contenido de esta garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales y, por tanto, el enlace de las mismas con la ley y el sistema general de fuentes, de la cual son aplicación» (STC 14/1991, FJ 2).

2.º La argumentación judicial se concibe como un ejercicio de *racionalidad* tendente a evitar decisiones *arbitrarias*. Un buen número de sentencias de nuestro TC coinciden en exigir una motivación basada en razonamientos argumentativos de las decisiones judiciales, como medio para evitar resultados contradictorios o ilógicos. Ello implica que los jueces deberán justificar racionalmente sus resoluciones y sentencias. Baste como muestra cuanto el TC expresa en los siguientes párrafos: «Es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial... Así ocurre en los casos en los que... la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, por ello, carente de motivación» (STC 184/1992, FJ 2).

3.º La exigencia de argumentación racional no garantiza el *acierto de la decisión judicial*. El TC advierte que el procedimiento argumentativo contribuye a que las decisiones judiciales se elaboren según pautas de racionalidad formal, pero sin que ello necesariamente entrañe que el resultado de esas inferencias racionales represente la justicia material. Como ejemplo significativo de esta orientación, puede valer cuanto se indica en la siguiente decisión del TC, en la que se sostiene que «el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE conlleva el derecho a obtener una resolución fundada en derecho en relación a la pretensión formulada ante el Juez competente, el cual debe aplicar de manera motivada las normas jurídicas aplicables y resolver razonadamente la cuestión que se le plantea, pero el artículo 24.1 CE no garantiza el acierto del órgano judicial en cuanto a la solución del caso concreto» (STC 55/1993, FJ 5).

3. CONCLUSIÓN: LA TRANSFORMACIÓN ACTUAL DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De cuanto hasta aquí se lleva expuesto, se desprende que la definición de derecho de la que partían estas consideraciones ha experimentado una profunda transformación. El derecho ya no aparece como: «sistema normativo, coactivo, estatal». Porque, junto a la dimensión lógico-sistemática del orden jurídico, se afirma hoy la importancia de sus elementos tópicos-argumentativos. La normatividad ya no es sinóni-

mo de legalidad, porque ahora adquieren protagonismo otras fuentes jurídicas. La coactividad no se perfila con los rasgos precisos con los que venía caracterizada en el derecho estatal, pues aparece, en el presente, bajo formas imprecisas e indeterminadas. Por último, el derecho ha dejado de ser solo una realidad estatal por hallarse inmerso en procesos de supra-estatalidad e infra-estatalidad normativa. De ello, se infiere que, en la coyuntura presente, parezca mas acorde con la realidad de las cosas concebir el derecho como: «conjunto de normas de diferente naturaleza, dotadas de una coacción indeterminada y procedente de una pluralidad de entes con potestad de creación normativa».

Estas transformaciones se han reflejado también, en el significado, función y garantía de las libertades, en cuyo sistema, tal como se ha tenido ocasión de comprobar *supra*, las nuevas circunstancias jurídicas propiciadas por el pluralismo, la apertura jurisdiccional y la argumentación, han tenido una profunda e insoslayable repercusión²⁵.

Debo advertir, asimismo, que las consideraciones que anteceden no pretenden propugnar la tesis de la superación de la unidad, plenitud y coherencia de los sistemas jurídicos. Sin una proporción adecuada de tales postulados, un ordenamiento jurídico sería impensable. Pero, con el mismo énfasis con el que se reitera la importancia de esos ingredientes básicos de los ordenamientos normativos, se debe admitir la erosión de las categorías teóricas con que fueron elaborados por el positivismo jurídico formalista.

Los desplazamientos de estos postulados hacia nuevas exigencias y pautas funcionales de los sistemas jurídicos, si no significan su abolición, entrañan transformaciones y cambios de incuestionable calado en su significación y alcance. El positivismo jurídico formalista, en particular su formulación más acabada e influyente, o sea, la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, ha sido incapaz de hacerse cargo y de explicar adecuadamente esa metamorfosis. De ello, se desprende la profunda crisis que aqueja a esa versión de la ciencia jurídica y la consiguiente aparición de una multiplicidad de teorías «postpositivistas», que, en muchos casos, implican la abierta negación de los postulados-guía de la teoría pura y la admisión encubierta de determinados presupuestos metodológicos y teóricos muy próximos a concepciones iusnaturalistas²⁶.

La unidad, coherencia y plenitud del orden jurídico respondían a una concepción jerárquica de su estructura y funcionamiento. La idea kelseniana de la «norma fundamental» (*Grundnorm*), evocaba la imagen de una norma suprema y que, por ser la primera, no tenía por encima otra

²⁵ Entre la amplísima bibliografía sobre la nueva significación, los nuevos derechos y la teoría generacional de los mismos, vid.: PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson & Aranzadi, 2006; id., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Universitas, 2012; id. (ed.), *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014; Rodríguez Palop, M. E. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 2010.

²⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 58 y ss.

norma superior o previa. Este rango primero o último, según se quiera entender, imprimía a todo el ordenamiento una estricta conformación jerarquizada, en la que a tenor de la célebre teoría kelseniana de la formación del orden jurídico por grados o peldaños (*Stufenbau der Rechtsordnung*), la validez de cada norma se hacía depender de su estricta vinculación y origen en una norma inmediatamente superior²⁷.

En la parte dedicada por Hans Kelsen, en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre*, a la «dinámica jurídica» (*Rechtsdynamik*), explicitaba su concepción jerárquica del ordenamiento normativo. La construcción por grados o peldaños del sistema jurídico, implica una idea jerárquica del orden normativo en la que cada norma se apoya en otra y sirve, a su vez, de apoyo a otras hasta llegar a la cúspide de esa estructura escalonada donde se halla la norma fundamental (*Grundnorm*). A tenor de la teoría kelseniana, de cada dos normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico se puede decir que la superior precede a la inferior, la cual es la siguiente o consecuente. En dicho orden jerárquico se precisa una norma que no tenga precedente, ni principio y esa norma es, precisamente, la *Grundnorm*. Todas las restantes normas del ordenamiento son consecuencia de ella y, al propio tiempo, de la validez de esa norma fundamental se deriva la de las normas que le están subordinadas²⁸.

La dinámica jurídica se estructura, según Kelsen, como un todo ordenado, es decir, como un sistema cuyos elementos integrantes o normas forman un conjunto jerarquizado en función de un principio básico que es la norma fundamental. En su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, Hans Kelsen, al explicar la problemática lógica del fundamento de la validez jurídica (*Logische Probleme der Geltungsbegründung*), señala que el orden sistemático del derecho se estructura a partir de la validez, entendida como pertenencia al sistema. Lo que significa que cada una de las normas singulares exhibe la cualidad de la validez como rasgo distintivo de su integración y pertenencia al ordenamiento jurídico. En función del principio de validez, las normas que conforman los sistemas jurídicos, quedan ordenadas de forma que las inferiores se fundan en las superiores, hasta llegar a

²⁷ Cfr.: DELGADO PINTO, J., «El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico» en *Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Valencia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de 1977, vol., I. pp. 175 y ss.; id., «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *Doxa*, 1990, vol. 7., pp. 101ss.; GARCÍA AMADO, J. A., HANS KELSEN y la norma fundamental, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 56 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Madrid, Tébar, 5.ª ed., 2007, pp. 37 y ss. y 189 y ss.; id., «Abschied von Hans Kelsen? La metamorfosis actual de los sistemas jurídicos y su impacto en la teoría pura del derecho», en *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009, pp. 361 y ss.; id., *Kelsen y Ortega. Positivismo jurídico y raciovitalismo en la cultura jurídica actual*, Presentación de L. Cervantes, Liminar de D. García Belaunde, Estudio Preliminar y ed. a cargo J. F. Palomino Manchego, Lima, Cuadernos del Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009, pp. 46 y ss.

²⁸ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre, op. cit.*, pp. 198 y ss.

la norma fundamental. Esta concatenación normativa se concreta, en definitiva, en que la validez de las normas inferiores es inconcebible sin la validez de las superiores y, en última instancia, sin la fuente de toda validez del ordenamiento que es la que fluye de la *Grundnorm*²⁹.

De no existir un fundamento último o un término en la concatenación normativa, todo el sistema quedaría vacío de validez. En la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico, la *Grundnorm* desempeña esa función de principio de validez, del que ésta fluye e informa a todas las restantes normas integradoras del sistema; se trata del principio que va a determinar que todas ellas sean válidas.

La «nomodinámica» kelseniana implicaba, en definitiva, una visión jerarquizada del ordenamiento jurídico, que permitía explicar y conjugar sus tres notas o postulados básicos. La *unidad*, en cuanto que tal ordenamiento se concebía como una entidad indivisa, compacta y entera, cuyo rasgo constitutivo identitario (validez) se transmite a cuantos elementos singulares (normas) la integran. La *plenitud*, en cuanto que esa estructura sistemática en que el ordenamiento consiste aparecía como un todo completo y cerrado, que no admitía fisuras, hiatos o vacíos, es decir, lagunas en el seno de ese conjunto normativo. La *coherencia*, a su vez, era también corolario de esa totalidad normativa jerarquizada e imbricada, cuya sistematicidad resultaba inconciliable con cualquier tipo de contradicciones o incompatibilidades (antinomias).

En el interesante intercambio epistolar mantenido por Hans Kelsen con Ulrich Klug, entre los años 1959 a 1965, sobre los aspectos lógico-formales y sistemáticos de la teoría pura del derecho, se explicitan y desarrollan algunos de los aspectos aquí apuntados, en relación con la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y sus consecuencias en orden a la validez normativa³⁰.

Esta explicación teórica del ordenamiento jurídico constituyó la expresión formal más brillante, acabada e influyente del positivismo jurídico, en la medida en que, en las décadas anteriores, era un marco explicativo adecuado para reflejar la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídico-positivos vigentes. Como quiera que las notas básicas conformadoras de los sistemas jurídicos del presente han sufrido una profunda metamorfosis, cuyos aspectos principales en el ámbito del sistema jurídico y de los derechos fundamentales han sido objeto de las reflexiones que anteceden, se plantea ahora la cuestión insoslayable de la aptitud de la teoría pura del derecho para dar cuenta de esas mutaciones.

La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide o estructura pira-

²⁹ KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. a cargo de K. Ringhofer y R. Walter, Wien, Manzsche Verlag-und Universitätsbuchhandlung, 1979, pp. 203 y ss.; *vid.*, cuanto expone el propio Kelsen en su *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 196 y ss. y 228 y ss.

³⁰ KELSEN, H.-KLUG U., *Rechtsnormen und logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien, Franz Deuticke, 1981.

midal, cuyo vértice venía constituido por la *Grundnorm*. Frente a esa representación, el actual significado de los sistemas jurídicos reclama una simbolización que se aproxima más a una *bóveda* que a una *pirámide*. Esa estructura abovedada implica la confluencia, involucro o interacción de un conjunto de arcos o cubiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros o columnas. Los actuales desplazamientos desde la unidad al pluralismo, desde la plenitud a la apertura jurisdiccional y desde la coherencia a la argumentación, a cuyo análisis se ha atendido *supra*, en la esfera del sistema de libertades, inducen y avalan ese nuevo enfoque.

El jurista de la hora presente, habituado a la circunferencia del horizonte explicativo tradicional conformado por la teoría pura del derecho, no acierta ahora a encajar en esa perspectiva del positivismo jurídico el nuevo significado de los ordenamientos normativos. Si hasta el presente la teoría jurídica iuspositivista había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico (*Grundnorm*), hacia el cual se hacían converger todos los procesos normativos, a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos. Esta nueva perspectiva metodológica para asumir el significado actual de los sistemas jurídicos, denuncia la crisis del iuspositivismo kelseniano. Impone sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda.

No huelga advertir, al concluir estas reflexiones, que los riesgos propios de cualquier criterio teórico o metodológico de la ciencia jurídica, se acrecientan cuando se trata de explicar categorías o cuestiones contemporáneas. En este caso, la dificultad de tener que reducir a conceptos la realidad problemática, heterogénea y cambiante de la experiencia jurídica, se ve acrecentada por la necesidad de afrontar unas circunstancias *in fieri*, que se están haciendo y que, en modo alguno, pueden considerarse una experiencia concluida. El filósofo o teórico del derecho que intenta dar cuenta de las transformaciones que se están produciendo en el presente, realiza una forma de *ursprüngliche Geschichte*, en la acepción hegeliana, en la que tiene a su favor el ser, a la vez, cronista y actor de hechos de los que le es dado poseer una vivencia directa o inmediata, pero, como contrapartida, carece de la seguridad que proporciona el distanciamiento. De ahí, que las consideraciones aquí avanzadas sobre la crisis del paradigma iuspositivista, en función de la metamorfosis operada en los sistemas jurídicos actuales y, en el sistema de los derechos fundamentales, ha pretendido solo trazar un marco referencial de orientación de tendencia, más que un esquema rígido, completo y definitivo.

Fecha de recepción: 30/06/2015. Fecha de aceptación: 31/10/2015.