

NICOLO LIPARI

La formación negocial del Derecho

RESUMEN

El hecho de la creación extrasistemática de normas jurídicas obliga a revisar los procedimientos interpretativos con los que habitualmente trabaja el jurista. Y el hecho de que los sujetos destinatarios de la regla jurídica estén incluidos en el proceso de formación de ésta hace cada vez más difícil identificar el momento en que la regla nace y se constituye en posible objeto de conocimiento. La relación entre sistema de fuentes, formas de posición de las normas y nuevas figuras sociales crea un proceso circular en el que el destinatario y el juez se remiten mutuamente la justificación de la "norma". Nos encontramos así ante un derecho que es negocial en los contenidos, pero legal en las formas.

Constituye ya postulado imprescindible de cualquier reflexión sobre el sistema de las fuentes jurídicas y sobre su efectiva vinculación, el reconocimiento de que la norma eficaz, aquella que suscita modelos concretos de comportamiento en los consocios, no es producida por fuentes disciplinadas a su vez por normas (de segundo grado) sobre la producción de normas, sino que está determinada por los mismos hechos originarios que la producen y que, "digámoslo así, por propia virtud, rompen la corteza de la envoltura dogmática que cada ordenamiento ha ido construyendo gradualmente alrededor de sí mismo" (1). En esta clave, la creación extrasistemática de normas jurídicas (o bien su afirmación fuera de los circuitos normales de producción de leyes), lejos de constituir un hecho excéntrico o excepcional, representa una connotación esencial de la misma positividad de un ordenamiento jurídico.

(1) En estos términos, explícitamente, MODUGNO, voz *Norma (teoría gen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, 1978, pp. 363 y ss.

Cuando por eso, con respecto al mismo presente, en el marco de una crisis de la idea misma de “sistema” (2), se pone el acento en el alejamiento de la producción normativa desde los antiguos centros de una legislación unificada por polos lógicos comunes, hacia nuevas periferias que no siempre se pueden identificar fácilmente (3), no se descubre una novedad sustancial; si acaso, se identifica la medida diferente (respecto al pasado) de la relación entre centro y periferia y en particular el marcado desplazamiento de los hechos de producción de normas desde los emisores públicos a los abierta u ocultamente privados.

La novedad viene representada más bien por dos indicadores: el primero es que a la nueva medida de esa relación corresponde el disolverse de los criterios de identificación de las reglas (4) y, por lo tanto, la consiguiente afirmación de un código binario visible-invisible, manifiesto-oculto (5), que parece poner en tela de juicio la idea misma de soberanía (6), en favor de un poder cada vez más incontrolable; el segundo se conecta, por el contrario, con el dato de que la fuente privada (con sus connotaciones de decisión, acuerdo, mediatización transaccional) entra en la forma del precepto legal, determinando una superposición de modelos y criterios interpretativos e instaurando, como justamente se ha señalado, un proceso de continuas autorreferencias “entre regla y decisión, entre ley y caso, entre forma y sujeto, entre valor e interés” (7).

Reflexionar sobre la formación negocial del derecho no significa tanto evidenciar fuentes privadas de reglas que se afirman de un modo totalmente paralelo respecto al modo legal, cuanto identificar normas con forma de ley que se impongan como resultado de un convenio y que,

(2) Para algunas reflexiones de carácter general, con referencia al perfil de la denominada interpretación sistemática, *cfr.* LIPARI, *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, en *Rivista di diritto civile*, 1986, I, pp. 225 y ss.

(3) *Cfr.*, las observaciones del discurso de LOMBARDI VALLAURI, *Delegalizzazione, neogiuridicizzazioni, secolarizzazione*, en *Jus*, 1985, pp. 355 y ss.

(4) *Cfr.*, ya en LIPARI, *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza italiana*, en *Sociologia del diritto*, 1985, 2, pp. 7 y ss.

(5) Asimismo RESTA, *La ragione decisa*, en *Sociologia del diritto*, 1986, 2-3, pp. 105 y ss.

(6) *Cfr.* KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton University Press, 1957, p. 497.

(7) *Cfr.* RESTA, *op. cit.*, p. 109; *vid.*, también ID., *La struttura autopoietica del diritto moderno*, en *Democrazia e diritto*, 1985, 5, pp. 60 y ss.

modo exclusivo al contrato. La reflexión, iniciada sólo marginalmente con respecto a los contratos colectivos de trabajo (16) y considerada en cualquier caso referible a técnicas de carácter netamente excepcional (17), exige un nuevo esfuerzo de imaginación (18) para, por lo menos, intentar romper el artificio que hace aparecer como general lo que sólo es sectorial o parcial. Una reconsideración de los procedimientos interpretativos, haciendo emerger lo sumergido, podría quizás introducir anticuerpos adecuados estableciendo aquella correa de transmisión, hoy evidentemente inactiva, entre la fuente normativa y las realidades que se desea ordenar.

Si bien se mira, la formación negocial del derecho conduce a dos aberraciones concurrentes. Por un lado, impone la necesaria unanimidad entre los sujetos del acuerdo contractual, despojando por ello al modelo normativo de uno de sus postulados esenciales. La lógica del intercambio (presupuesto necesario del consenso convergente que determina la unanimidad de los contratantes) acierta en cada perfil de institucionalización jurídica y, por lo tanto, de incidencia autoritaria sobre la sociedad. Ligado a este proceso de producción de la norma (que, inevitablemente, determina también el ámbito de la persuasión social), acaba también por entrar en crisis aquel principio clásico que, según las fórmulas del llamado “conocimiento jurídico”, se suele reconducir a la máxima legal “*ignorantia iuris non excusat*”. Mientras por un lado la fuente negocial tiende a reconducirse a la forma legal, por otro se expresa según los modelos de un ordenamiento de fuente consuetudinaria, dando lugar a una suerte de derecho hermafrodita que, en cierto modo, se forma espontánea, natural, uniformemente y que, por otra parte, refleja todavía los cánones de la consciencia, la formalidad y las estructuras predefinidas (19). Precisamente porque los sujetos tendencialmente destinatarios de la regla jurídica se sitúan en el interior del proceso de formación de la misma, resulta cada vez más difícil identi-

(16) Cfr. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, en *Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1977, pp. 68 y ss.

(17) PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 70.

(18) Quizás mucho más allá de las mismas insinuaciones a las que se refiere PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, 1984.

(19) *Vid.*, para una reflexión sobre este punto, particularmente referida a uno de los papeles de fundamentos de la mediación jurídica, LIPARI, *La funzione dell'avvocato de fronte al difficile rapporto tra norma dettata, nora applicata e norma consciuta*, en *Giurisprudenza italiana*, 1987, IV, código 20 y ss.

car el momento en que la regla nace y, por tanto, se constituye en posible objeto de conocimiento. La enunciación formal en un texto legislativo del contenido de un pacto que sea reconducible a los cánones de la contratación privada, termina por explicitar un compromiso que las partes del acuerdo consideran ya vinculante en sus relaciones recíprocas; por el contrario, aquellos que se han quedado fuera del pacto pueden seguir manteniéndose ajenos al mismo aun después de haberse producido la intervención de un acto que tenga la eficacia de (por lo menos en sentido formal) ley. He ahí entonces que el proceso vertical, desde la enunciación normativa a la relación de hecho y viceversa, tiende a convertirse en un movimiento circular que, inevitablemente, acaba por determinar una nueva conexión estructural entre sistema de las fuentes, establecimiento lógico de las normas y nuevas figuras sociales o formas de subjetividad (20). El usuario tenderá a remitir la formulación del precepto a su aplicación implícita en el caso concreto, al órgano jurisdiccional (21); el juez tenderá a justificar la solución propuesta en función de motivaciones objetivas (22); de cualquier modo, tales motivaciones se referirán a los comportamientos sociales prevalentes y, por consiguiente, a las acciones o convicciones de los usuarios. En esta clave entra en crisis incluso la operatividad del principio *iura novit curia*, puesto que en autorizadas sedes jurisprudenciales se afirma, en el caso de normas jurídicas secundarias, que su aplicación “está condicionada, si no a la producción del texto normativo por parte del interesado, por lo menos a una alegación exacta y precisa de los extremos esenciales del hecho de su descubrimiento” (23).

(20) Para algunas observaciones generales, *cfr.* BARCELLONA, *I sogetti e le norme*, Milano, 1984, especialmente pp. 55 y ss.

(21) De aquí la nueva función del juez que, en una vicisitud histórica que tiende a acentuar las fuentes extralegislativas del derecho, acaba por prestarse como vehículo de legitimaciones formales de los comportamientos no formalizados: *cfr.*, ya en KANTOROWICZ, *Legal Science. The Summary of its Methodology*, *Colombia Law Revue*, 1928, p. 679; en la literatura más reciente, *vid.* RABKIN, *The Judiciary in the Administrative State*, en *The Public Interest*, Spring, 1983; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; PULITANO, *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, en *Quaderni costituzionali*, 1983, 1, pp. 93 y ss.; RIGGIO, *La supplenza della magistratura nei rapporti con il potere politico e la pubblica amministrazione*, en *Studi in memoria di G. Costa*, Milano, 1982, pp. 353 y ss.

(22) *Cfr.* BOBBIO, voz *Consuetudine*, en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, pp. 426 y ss.

(23) Así Cass., sección III, 6 de diciembre de 1979, n.º 6.333, en el *Archivio civile*, 1980, p. 462.

por lo tanto, sean “en su conjunto, afirmaciones de la decisión política, pero al mismo tiempo y ambiguamente límite del poder de decisión del soberano” (8).

El contexto histórico dentro del cual se ha formado y desarrollado el *Welfare State* ha llevado a usar el derecho como medio de control de las intervenciones y de las compensaciones realizadas por el Estado social (9), conduciendo a un ordenamiento orientado a los resultados, en vez de consistir simplemente en un conjunto de reglas del juego sin predeterminación de los resultados (10). La selección de los fines vuelve a incluirse ya claramente en la competencia del legislador, el cual (salvo en el caso de quitar mañana con una mano, en nombre de instancias más poderosas, lo que hoy ha concedido con la otra) no se limita a dictar reglas meramente instrumentales sino que enuncia principios finales, que casi son contenidos de actos administrativos, formas concretas de resolución, por lo menos en un plazo breve, de los conflictos (11). La crisis de los fines propios del Estado social no ha arrinconado, sin embargo (sino más bien incentivado), esta técnica de formación de la regla, con el perverso efecto de utilizarla no ya para reequilibrar intereses débiles, sino para hacer cada vez más fuertes intereses fuertes, o sea, para asentar mejor en la mesa de la negociación las posiciones dotadas de mayor poder contractual. En el momento en que la función le-

(8) Asimismo RESTA, *La ragione decisa...*, cit., p. 109.

(9) Cfr., lúcidamente, TEUBNER, *Verrechtlichung-Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, en ZACHER - SIMITIS - KUEBLER - HOPT - TEUBNER, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1985, pp. 289 y ss.

(10) Cfr., por todos, BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Turín, 1985, p. 109. Sobre el mecanismo y los riesgos de la contratación entre partes organizadas y gobierno, cfr. RUSCONI, G. E., *Scambio, minaccia, decisione. Elementi di sociologia politica*, Bolonia, 1984. Para una crítica a la utilidad misma de la locución “Estado social”, cfr. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, en *Scritti in onore de C. Mortati*, I, Milano, 1977, pp. 141 y ss.

(11) Cfr. LIPARI, *Sistematica giuridica e nuovo contrattalismo*, cit., p. 233. Más en general, sobre la crisis del Estado social, cfr. BARCELLONA, *Oltre lo Stato sociale*, Bari, 1980; varios autores, *Critica dello Stato sociale*, a cargo de Baldassare y Cervati, Bari, 1982; autores varios, *Welfare State: problemi e alternative*, a cargo de Rossi y Donati, Milán, 1982. Para una lúcida indicación de los elementos constitutivos de la crisis, vid. ARDIGO, *Introduzione all'analisi sociologica del Welfare State e alle sue trasformazioni*, en *I servizi sociali tra programmazione e partecipazione*, a cargo de La Rosa, Minardi y Montanari, Milán, 1978, pp. 62 y ss. Continúa poniendo el acento sobre la naturaleza de “Estado de derecho” del Estado social FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, pp. 29 y ss.

gislativa pierde sus fines últimos y se da un componente anormal entre intereses económicos (individuales o de grupo) y acción política (12), resulta vano todo tipo de jerarquía en clave de valores y se vuelve, aunque sea según parámetros cada vez distintos, a la jerarquía pura de la fuerza.

Razonar sobre una vicisitud de ese tipo según el instrumental propio del jurista, lleva a revolucionar una serie de categorías operativas, con las cuales, de modo más o menos consciente, estamos acostumbrados a convivir (13). Ante todo, resultan ya difícilmente utilizables todas aquellas técnicas operativas que, de algún modo, se remitían a la idea de sistema en el doble significado, sea de sistema “interno”, como término de referencia objetivo de la actividad del jurista, sea de sistema “externo”, entendido como último destino de la actividad del jurista (14). En el momento en que la regla, aunque consignada en forma de ley, aparece como resultado de una negociación, siempre limitada en sus referentes objetivos, cambiará de manera refleja el papel mismo de la mediación jurídica, destinada en todo caso a asumir la perspectiva sistemática como punto teleológico al que mirar, recomponiendo en unidad la fragmentación del ordenamiento (15).

Por otra parte, también será necesario reflexionar seriamente sobre si la aplicación a actos (formalmente) legislativos de la técnica propia de la estipulación de los contratos no debe inducir a revisar las mismas modalidades de desarrollo del procedimiento interpretativo, aplicando a enunciados que, sin embargo, tienen la estructura formal de ley, instituciones y procedimientos que la tradición iusprivatística refiere de

(12) Sobre el tema, *vid.*, también BERTI, G., *Normatività, leggi dello stato e diritti della persona*, en *Jus*, 1985, p. 322.

(13) Quizás sea precisamente desde esta perspectiva como tenga que plantearse la reflexión, más allá de las contraposiciones de BERMAN, (*Law and Revolution — The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press., 1983), que, en cierto sentido, nuestra cultura jurídica ya ha metabolizado ampliamente.

(14) Para los varios significados de la distinción, *cfr.* LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, I, en *Dalle origini alle scuola storica*, Turín, sin fecha (pero 1968), p. 113.

(15) En esta línea, véanse las observaciones del discurso de LOMBARDI VALLUARI, *Giuridico e metagiuridico: diritto e dimensioni profonde della persona*, en *Il problema del “metagiuridico” nell’esperienza contemporanea del diritto*, Actas del XVI Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, Milán, 1984, especialmente p. 78; *vid.*, también LIPARI, *Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo*, *cit.*, pp. 239 y ss.

En este panorama general, al jurista corresponde pues, en primera instancia, volver a poner en discusión sus instrumentos tradicionales. Si el derecho no tiene ya su fuente exclusiva en la autoridad estatal (24) y se diluye en una serie articulada de diversas fuentes, no siempre convergentes, es necesario abandonar el uso esclerotizado de categorías conceptuales cuya funcionalidad operativa está de algún modo ligada a la concentración autocrática del poder de creación de normas (25). Existe, sin embargo, el riesgo, reduciendo la reflexión a un enfoque de este tipo, de desarrollar una operación intelectual sustancialmente de retaguardia, limitándose a introducir a la fuerza en el lecho de Procusto las muchas parcialidades, paradigmas y categorías surgidos en un panorama diferente e incapaces quizás de adaptarse integralmente al nuevo modo de trabajar de la experiencia jurídica. La archisabida conciencia de que el fenómeno jurídico no puede venir dado por la sólida “certeza” del derecho formalizado, sino que exige situarse en la problemática de los contrastes sociales y de los valores, incluso conflictos, que en éstos se expresan (26), ya no es suficiente. Hay que preguntarse por las razones que han conducido a tales resultados y plantear itinerarios futuros a lo largo de los cuales sea posible, para el jurista, reconquistar motivaciones y estímulos, sin caer ni en una vacía repetición de operaciones conceptuales abstractas, ni en una simple garantía argumentativa de las reivindicaciones sectoriales o corporativas. No reconquistaremos nuestro papel ni contribuiremos a volver a fundar el valor de la justicia simplemente juntando o separando, según nuestras conveniencias personales, aquellos iconos religiosos o laicos, filosóficos o políticos, que hemos llevado con nosotros o que nosotros hemos construido (27).

En el momento en el que el Estado social, superando la tendencia compensadora originaria hacia los sectores más marginados y explota-

(24) Cfr. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Paris, 1985, el cual, sin embargo, toma un criterio parcialmente diferente, puesto que afirma, con referencia a la experiencia francesa: “Il y a à la fois trop de droit tatique e pas assez de droit social ou contractuel” (p. 128).

(25) Prescíndase aquí de la hipótesis formulada por BERMAN, *Law and Revolution*, cit., especialmente pp. 79 y ss., 164 y ss., y 516. Críticamente sobre tales hipótesis, cfr. CLAVE-RO, *De la religion en el derecho historia mediante*, en *Quaderni fiorentini por la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 531 y ss.

(26) En estos términos se halla la conclusión de PARESCÉ, *Fonte del diritto (filosofía)*, en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, pp. 923 y ss.

(27) Cfr. LIPARI, *La funzione dell'avvocato*, cit., código 30.

dos, ha ido transformándose en Estado derogador universal de garantías económicas y de seguridad existencial, el mecanismo ha incentivado inevitablemente el empuje reivindicativo de los grupos portadores de los intereses más fuertes o mejor organizados, también en función de su importancia política, y en todo caso ha inducido un efecto multiplicador en los modos de producción de las reglas, asumidas como instrumento formal de garantía de las nuevas conquistas. La lógica intervencionista del *Welfare State* ha acabado siendo directamente proporcional al incremento de las fuentes de producción normativa, a su desordenado entrelazarse y, sobre todo, a su modo de caracterizarse en una clave auténticamente negocial. La tensión por garantizar el interés propio según la lógica primordial del trueque ha aumentado cuanto más se ha aplicado la pretensión de atraer al ámbito de la regulación estatal al campo entero de la vida. Como ha sido justamente dicho, “a fuerza de *materializar* cada vez más el auténtico derecho, el Estado le haría perder su forma propia; por querer regularlo todo, no regularía ya casi nada, tendiendo a coincidir con el proceso jurídicamente informe de los hechos” (28). Es precisamente en esta clave como hay que entender la tensión intrínseca de un derecho que es negocial en los contenidos, pero que continúa cultivando la pretensión de ser legal en las formas. La muerte del derecho parece consumarse en esta contradicción: aspirar a querer regular todo y, al mismo tiempo, aceptar no disciplinar nada.

Entonces, si la reflexión debe moverse en la dirección de una revisión de la teoría clásica de las fuentes, no basta ya limitarse a distinguir entre hechos normativos y normas, entre validez de la ley y su eficacia, entre enunciado normativo y efectividad del precepto: es necesario deshacer el equívoco de la ley contratada o del contrato legalizado, reconduciendo la regla dirigida a componer y disciplinar intereses de parte en un ámbito autónomo y diferenciado respecto al de la norma que ha sido aplicada en cuanto conocida y compartida por toda la colectividad. No basta entonces suponer una regulación jurídica que sea mero reflejo de la autorregulación social: es más, se hace preciso romper el molde de un derecho que recoge automáticamente las normas

(28) Así, LOMBARDI VALLAURI, *Delegalizzazione, neogiuridicizzazioni, secolarizzazione*, cit., p. 359.

sociales (29). No toda solución institucionalizada de un conflicto cualquiera puede ser identificada como derecho (30). La respuesta hay que buscarla quizás venciendo la lógica de los extremos: aquel, en clave normativa, que se conforma con la vuelta unitaria a un único criterio disciplinario y aquel que, siguiendo la huella de Habermas (31), construye los mundos de la vida social como jurídicamente puros. Desde una perspectiva de signo exclusivamente sociológico, puede que sea suficiente redimensionar cualquier afán de predicción asumiendo, en la clave de un nuevo realismo jurídico, que sea derecho “lo que de hecho aquí y ahora deviene derecho (también) por obra del derecho” (32). Para el jurista, en cambio, no puede ser suficiente tal autorreflexión. Debe saber proponer fines, proporcionando después a éstos los medios de los que valerse, siendo consciente de ser el momento central en aquel proceso de actuación de la experiencia jurídica, que le pide tanto que reconozca la norma jurídica efectiva, como que elabore las políticas interpretativas que a su vez condicionan los modelos de comportamiento.

La formación negocial del derecho, por lo menos en los términos que se ha venido expresando en la experiencia italiana de estos últimos años, traduce, en clave dogmática, una contradicción intrínseca, que el jurista no puede limitarse a registrar sin volverse automáticamente esclavo de un poder ambiguo y no evidente (y, de todos modos, no censurable en clave de responsabilidad). Por un lado, la perspectiva contractual induce a poner el acento en los actores del acuerdo negociado; por otro, el modo concreto en que se estructura la fuente normativa debería llevar a ampliar ese marco subjetivo, realizando un nada fácil proceso de conversión de las “partes” de un contrato en “destinatarios” de una ley potencialmente capaz de ámbitos de aplicación mucho más amplios (33). Quizás haya en la postura de renuncia del que no hace otra cosa que constatar la falta de sintonía, acaso con el único fin de registrar el límite de elasticidad de las viejas categorías conceptuales, la

(29) Cfr. TEUBNER, *Evoluzione giuridica ed autopoiesi*, en *Sociologia del diritto*, 1986, 2-3, p. 209.

(30) TEUBNER, última *op. cit.*

(31) Cfr., especialmente, *Theorie des Kommunikativen Handelais*, Frankfurt a.M., 1981.

(32) Así, FEBBRAJO, *Regolazione giuridica e autoregolazione sociale*, en *Sociologia del diritto*, 1986, 2-3, p. 157.

(33) LIPARI, *Sistematica giuridica*, *cit.*, p. 238.

aceptación inconsciente de las posiciones de Luhmann, el cual, después de haber afirmado la obsolescencia del modelo weberiano basado en una imagen del poder concebido como sistema “cerrado”, en el que se dan relaciones jerárquicas de mandato y ejecución, de fines y medios, afirma la imagen de un sistema “abierto”, en el que el poder se construye *a posteriori* en la relación siempre variable del sistema con su ambiente (34). En el fondo de un planteamiento similar se halla el riesgo de una merma de la misma mediación jurídica, incapaz de imponer límite alguno a la eficacia de las fuentes normativas, independientemente del contenido de los enunciados. Cuando el juego de los intereses se traduce directamente en un acto de disposición, cualquiera está en condiciones de decidir por sí mismo, en la lógica de las relaciones de fuerza, sin recurrir a mediaciones ajenas o incluso recuperándolas como mera cobertura de fachada para soluciones conseguidas por otra vía.

Así es como se impone la exigencia de repensar el problema de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos (tal vez en el interior de un ámbito que estamos acostumbrados a considerar unitario). No por contraponer, sin embargo, simplemente una regla a otra, superponiendo continuamente criterios de valoración que remiten a referentes distintos, representando así como racional y moderado lo que, desde una óptica distinta, aparece irracional y desmedido. Se trata, en todo caso, de recuperar la óptica del pluralismo jurídico como modelo teórico explicativo (35). En el momento en que el Estado, “perdiendo su dimensión ética implícita en la concepción liberal del *Rechtsstaat*, favorece la mediación de compromisos entre intereses en competencia y se arroga continuamente nuevos deberes subrogados, tanto en la esfera de la producción como, todavía, en la reproducción social” (36), se amplía el papel del jurista, a quien “queda inevitablemente confiada la tarea de interpretar todo este material reconduciéndolo al ámbito del sentido del derecho” (37). Las direcciones de la intervención se presentan operantes sobre planos diferentes, aunque no sea imposible identificar

(34) Cfr. LUHMANN, *Evolution und Geschichte*, en *Soziologische Aufklärung*, 1975, 2 Opladen, Westdeutscher Verlag, pp. 150 y ss.; ID., *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M., 1984, especialmente pp. 27 y ss.

(35) Para un cuadro de síntesis válido, cfr. CORSALE, voz *Pluralismo giuridico*, en la *Enciclopedia del derecho*, XXXIII, Milán, 1983, pp. 1.003 y ss.

(36) CORSALE, *op. cit.*, p. 1.020.

(37) CORSALE, *op. cit.*, p. 1.023.

una motivación común o, en todo caso, una exigencia común por salvar. Hay quien apela a razones del movimiento idealista del hecho de “deslegislar” (38), quien retorna a las exigencias de una “neolegalización”, especialmente con atención a los llamados bienes inclusivos (39), quien aspira a ampliar el marco de referencia de las posiciones a tutelar, venciendo la contraposición entre Estado monopolizador y pura competencia asocial (40), quien, en fin, se limita a auspiciar la “precognición de lo que el derecho, de todos modos, *no* será nunca” (41). Más allá de los diferentes enfoques, se advierte en cada caso un implícito reclamo de la sobrentendida aspiración al valor de la solidaridad, como soporte necesario de cualquier motivación en clave jurídica. Quizás se ponga en debate la pretendida contraposición entre lógica contractual y criterio solidario, dando a este último un valor interpretativo concreto. Sin un factor de unión considerado como supuesto previo a toda forma de contratación, tampoco se tiene interés por la contratación; se prefiere el choque susceptible de ser resuelto con la fuerza desnuda, o bien el aislamiento, no la relación (42).

En una dimensión más estrechamente operativa, proplamente haya que abandonar la óptica exclusiva de los objetos con necesidades no formalizadas, que durante años ha caracterizado una línea de pensamiento de la civilística italiana (43). El mismo intento de hallar una dimensión unificante en la tutela de los denominados intereses difusos (44), parece destinado al fracaso, puesto que, en la “sociedad del bienestar”, el mismo sujeto que aparece como portador de una necesidad generalizada (de la protección del ambiente, de la garantía de la salud) está inserto al mismo tiempo en una estructura productiva que comprime esa necesidad, estructura que, por otra parte, le interesa proteger e incentivar, cuanto menos por motivaciones de carácter es-

(38) Cfr. BLACKENBURG, *The Poverty of Evolutionism. A Critique of Teubner's Case for Reflexive Law*, en *Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, Madison, 1984.

(39) Cfr. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, pp. 363 y ss.

(40) Cfr. AA.VV., *Social Justice and individual responsibility in the welfare state*, a cargo de Broeckman, en “Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie”, 24, Stuttgart, 1985.

(41) FEBRAJO, *op. cit.*, p. 158.

(42) Cfr. CORSALE, *op. cit.*, p. 1.012.

(43) Cfr. por todos, AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cargo de N. Lipari, Bari, 1974.

(44) Cfr. AA.VV., *Il controllo sociale delle attività private*, a cargo de S. Rodotà, Bologna, 1977, especialmente pp. 13 y ss., 73 y ss.

trictamente económico. El artículo 3 de la Constitución, que muchos de nosotros hemos leído de forma perfectamente subjetiva, exige ser reintegrado en un contexto más amplio: no ya de atención exclusiva a los actores, sino simultáneamente a los resultados de sus acciones y las estructuras normativas que esos resultados determinan o limitan. Ciertamente, la idea de “desarrollo de la persona”, que constituye la base legitimadora de ese principio constitucional, es un concepto límite, en el sentido de que no es lógicamente posible indicar un fin social y jurídico que no constituya una especificación o explicación del mismo. Se trata, sin embargo, de comprender, dentro de las delicadas intersecciones que caracterizan la experiencia jurídica de nuestros días (con sus habituales *praeter legem*, sus poderes ocultos, sus contrataciones impuestas) que la que ha sido llamada autopoiesis del derecho no se expresa (en el valer del derecho como valor) contraponiendo a la religión de la ley la religión de la sociedad, sino consiguiendo recoger la pluralidad, las analogías, las interacciones, las lagunas del ordenamiento y, más aún, de los ordenamientos. A las viejas seguridades dogmáticas, hoy se les exige sumergirse en el mar de las inseguridades cotidianas, emigrando continuamente desde la complejidad del marco a la especificidad de las acciones individuales, desde los matices del gran angular a la incisividad del teleobjetivo. Sólo así podremos conseguir diferenciar los ámbitos del contrato y los de la ley, los intereses de algunos de los de todos. Sólo así, de la crisis de un panjuridicismo, que de hecho acaba correspondiendo a una radical anomía, podremos hacer revivir el sentido de una regla que nace y vive en las conciencias individuales, incluso cuando es sobrellevada o padecida en sus resultados. Al jurista de hoy, liberado de toda simetría conceptual abstracta (45), se le pide un esfuerzo intelectual que era desconocido para nuestros padres. Mantener un papel en la difícil vicisitud de la aplicación del derecho significa hoy hacerlo según cada cual, quemando un poco de sí mismos. No está dicho, sin embargo, que no sea posible, ahondando en las paradojas de la experiencia contemporánea, redescubrir el estatuto de la regla jurídicamente válida, no sólo en cuanto eficaz, sino también en cuanto compartida. Quizás se pueda, en el ocaso de este segundo milenio, encender la llama de una nueva cultura jurídica capaz de unir racionalismo moderno y tradición personalista, teoría de la praxis y plu-

(45) Como la que, en relación con el perfil contractualista, me parece que está presente en BERMAN, *Law and Revolution*, cit., pp. 245 y ss.

ralidad de sistemas, para vibrar una vez más relejendo las palabras que el Platón de *Critón* pone en boca del Sócrates moribundo. Precisamente el jurista, como especialista no de las almas sino de las estructuras (consciente, entre otras cosas, de que el modo de operar de éstas acaba por incidir en la vida y en la sensibilidad de los hombres), puede legítimamente asumir como programa la exhortación que B. Brecht asigna, como prueba de una dramática experiencia, a su “Juana de los mataderos”: “Vosotros, en fin, cuidado de que, al dejar el mundo, no sólo hayáis sido buenos, sino que hayáis creado un mundo bueno.”