

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQUID

SEZIONE SCIENTIFICA

Positiv  giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso

a cura di Claudio Sarra e M.^a Isabel Garrido Gómez



PADOVA
UP

P A D O V A U N I V E R S I T Y P R E S S

File riservato ad esclusivo fine di studio

JusQuid sezione scientifica

Nella *sezione scientifica* di *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento del « doppio cieco » (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori. I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni. Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, se è opportuno, e rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede di *JusQuid*, a cura del direttore. Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. Sono escluse dalla valutazione opere di componenti del comitato scientifico e del direttore responsabile. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

JusQuid

Direttori responsabili

Silvio Riondato e Riccardo Borsari

Comitato editoriale

Riccardo Borsari, Elena Cadamuro, Chiara Candiotta, Paolo Capoti, Elisabetta Palermo Fabris, Lorenzo Pasculli, Debora Provolo, Marco Rebecca, Silvio Riondato

JusQuid sezione scientifica

Comitato scientifico

Paolo Benciolini, Riccardo Borsari, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Francesco Moschetti, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiati, Daniele Rodriguez, John A. E. Vervaele, Paolo Zatti

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012.
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*. Criminal Law of the Republic of Turkey, 2012.
- R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, 2012.
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, 2013.
- R. Alagna, S. Riondato (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista*. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries, 2013.
- R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013.
- R. Borsari, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, 2013.
- S. Riondato, *Cornici di «famiglia» nel diritto penale italiano*, 2014.
- I.G. Antonini, *La duplice natura della società pubblica: tra garanzia della concorrenza e alternativa all'appalto*, 2014.
- D. Provolo, S. Riondato, F. Yenisey (eds.), *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, 2014.
- A. Aprile, A. Fabris, D. Rodriguez, *Danno da perdita di chance nella responsabilità medica*, 2014.
- R. Borsari (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, 2015.
- R. Borsari, L. Sammicheli, C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

- R. Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla Riforma Severino*, 2015.
- F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neuroscienze*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Processo alla scienza*, 2016.
- R. Borsari (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, 2016.
- D. Provolo, *L'identità genetica nella tutela penale della privacy e contro la discriminazione*, 2018.
- R. Borsari (a cura di), *Itinerari di diritto penale dell'economia*, 2018.
- Claudio Sarra, M.a Isabel Garrido Gómez (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, 2018.

JusQuid sezione teorico-pratica

- S. Cardin, *L'illecito punitivo-amministrativo: principi sostanziali, procedurali e processuali*, 2012.
- A. Giuliani, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Positività giuridica.
**Studi ed attualizzazioni di un concetto
complesso**

A cura di

Claudio Sarra e M.^a Isabel Garrido Gómez

PADOVA
UP

File riservato ad esclusivo fine di studio

Prima edizione anno 2018, Padova University Press

Titolo originale *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*

© 2018 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova
www.padovauniversitypress.it

Progetto grafico
Padova University Press

Immagine di copertina
“Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge”. Dall’affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza – Palazzo del Bo, Padova

ISBN 978-88-6938-142-3

Stampato per conto della casa editrice dell’Università di Padova – Padova University Press.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Indice

<i>Introduzione</i>	11
STEFANO FUSELLI	
Tra legge e sentenza. Sul ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale	19
PAOLO SOMMAGGIO	
Positività giuridica e usi (alternativi) del diritto. Per la democrazia nel processo	51
CLAUDIO SARTEA	
Requiem per la positività giuridica: il controllo di convenzionalità della Corte Interamericana dei Diritti umani.	73
CLAUDIO SARRA	
“Iper-positività”: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell’informazione.	95
CORRADO ROVERSI	
Diritto posto, diritto creato: una analisi del positivismo giuridico dal punto di vista della teoria del diritto come artefatto	127
J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ	
El Estado Constitucional actual: algunos cambios relevantes en el sistema jurídico	153
MANUEL CALVO GARCÍA	
Encrujadas teóricas y prácticas de los nuevos contextos de la regulación	169
M. ISABEL GARRIDO GÓMEZ	
El paradigma de la positividad jurídica en las normas de <i>soft law</i>	197
LEONOR SUÁREZ LLANOS	
La coherencia jurídica pospositivista del posmodernismo jurídico	227
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE	
Validez y eficacia intermitente de las normas. Una patología entre los “ilegalismos” y las normas perversas	251
ÁNGELES SOLANES CORELLA	
La positividad jurídica del principio de non-refoulement	273
<i>Nota sugli autori</i>	291

File riservato ad esclusivo fine di studio

Introduzione

Il testo che si introduce ha per oggetto il tema delle manifestazioni plurali della positività giuridica nell'epoca contemporanea e continua il lavoro di ricerca inaugurato con *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, edito per i tipi di FrancoAngeli¹, e proseguito con *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, uscito, invece, nella collana *JusQuid* di questo Editore².

Se le prime due raccolte coinvolgevano Autori di varie discipline, sia filosofico-giuridiche che giuridico-positive, del panorama accademico italiano, questo lavoro ha invece una spiccata dimensione internazionale dal momento che ha visto impegnati sul tema giusfilosofi italiani e spagnoli, questi ultimi con il coordinamento di M.^a Isabel Garrido Gómez. A tale proposito, si è voluto rimarcare l'internazionalità con la decisione di mantenere i contributi nella loro lingua originale (salva la presentazione di un *abstract* in inglese per dare omogeneità e ulteriore apertura), ritenendo che il concetto di internazionalità nelle scienze umanistico-sociali, lungi dal soffocare in una mono-lingua (e mono-cultura universale), debba, invece, esprimere un delicato e paritario equilibrio tra le esigenze di massima diffusione degli studi, da un a parte, e, dall'altra, la conservazione delle ricchezze semantiche e storico-concettuali di ciascuna lingua, le quali, a loro volta, esprimono modi di razionalizzare specifici, seppur diversi, ma non meno qualificati sul piano epistemico.

Come per gli altri lavori citati, si è deciso, inoltre, di lasciare ai singoli Autori la massima libertà di esprimersi sul tema generale nei modi e nelle forme che ciascuno avesse ritenuto più confacenti ai propri percorsi intellettuali ed esperienze di studio, ritenendo che il primo elemento di interesse filosofico specifico fosse dato proprio dal vedere quali riferimenti l'espressione "positività giuridica" avesse animato, quanto vi fosse di comune, e quanto no, nei presupposti semantici dell'espressione, se vi fosse qualche concetto teorico particolare dato per scontato nell'elaborazione del tema e quanto fosse diffuso. Da questo punto di vista, dunque, nessuna istruzione meta-teorica comune è stata data, né può essere presupposta *a priori*, venendo gli Autori da differenti Scuole di pensiero

¹ Moro P., Sarra C. (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012.

² Sarra C., Velo Dalbrenta D. (a cura di), *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova University Press, Padova 2013.

e accomunati, in questo caso, dalla riconosciuta centralità del tema proposto per riflettere attorno ai mutamenti di ciò che chiamiamo “diritto” nel contesto contemporaneo.

Parlare di “positività” significa, in senso generalissimo, discutere del modo in cui si dà nell’esperienza qualcosa che rileviamo intersoggettivamente come “diritto”: e, sebbene, l’espressione evochi una qualche forma percepibile di quest’ultimo, la parola è, anche nell’uso degli studiosi, di significato più ampio rispetto a quello, ristretto, di “documento normativo”. Né appare riferibile ap problematicamente e in modo esclusivo al concetto di norma giuridica, specialmente quando di essa si faccia un’entità intelligibile costituita dal “significato” di una o più disposizioni³.

Insomma: quello di positività giuridica non è un elemento primo ed autoevidente del pensiero giuridico, ma è, semmai, concetto che, quando si specifica, è già *interno* alla teoria che se ne serve, e pertanto di per sé inidoneo a valere come elemento istituzionale di base. Esso, in altri termini ha le connotazioni che gli vengono assegnate dal punto di vista speculativo a partire dal quale si considera l’esperienza giuridica ed è, perciò, trattabile in molti modi.

Così, venendo alla presentazione dei lavori qui racchiusi, diremmo che uno dei tratti principali del modo in cui il diritto “si pone” nella esperienza contemporanea è senz’altro collegato all’evidenziarsi della giurisprudenza come consapevole forza dinamica di innovazione giuridica. Quella “distanza” che, superando il formalismo illuministico, la teoria da tempo ha visto tra la “disposizione” e la “norma”, si è mostrata il luogo dello svolgersi fisiologico delle complesse attività interpretative delle comunità che, a vario titolo, collaborano alla determinazione delle cornici giuridiche delle azioni dei consociati, facendo del diritto un’impresa che si compie “a più mani”. In questo contesto, però, la comunità dei giudici è emersa come la più determinante, e ciò per molte e complesse ragioni, non ultime quelle connesse allo sviluppo economico e sociale, sempre meno incline ad approcci complessivi, stabili e sistematici, e sempre più, invece, animato da esigenze tecnico-pratiche che richiedono delle determinazioni puntuali ed efficaci, in un grado e una scala che il legislatore generale (statale o sovrastatale) non riesce a realizzare.

L’attenzione generale al lavoro del giudice e alle dinamiche in gioco nei processi decisorii una volta abbandonato il velo fittizio dell’ideologia del “giudice

³ D’altro canto, nella storia recente del pensiero giuridico, per esempio, si è usato il termine “positivo”, riferito all’altra espressione-chiave delle visioni teoriche sul diritto, quella di “ordinamento giuridico, nell’ambito di concezioni critiche del normativismo. Lo usa, per esempio, Santi Romano a proposito della propria concezione di istituzione ritenendo di mantenersi con essa “rigorosamente sul terreno di una concezione positiva del diritto ed evitando ogni veduta giusnaturalistica”. Il concetto di istituzione è, per il grande pubblicista, “il più positivo che una dottrina giuridica può assumere a suo fondamento”, cfr. Romano S., *L’ordinamento giuridico*, I, Spoerri ed., Pisa 1918, p. 88.

bocca della legge”, costituisce un tratto comune della riflessione giuridica (non soltanto filosofica) della contemporaneità, nella consapevolezza della tensione fortissima che, con il crollo del mito formalistico, vengono a subire i postulati generali dell’intero edificio concettuale della scienza giuridica moderna: con la crescente e consaputa creatività giurisprudenziale la stessa separazione dei poteri viene compromessa, come anche l’assetto stesso del giudiziario (visto che va in crisi il concetto di “controllo” sull’operato decisorio dei giudici), ma anche il ruolo e la funzione della giurisprudenza dottrinale, per citarne soltanto alcuni⁴.

Il tema è così vivo ed importante che qui ben quattro Autori – in modo del tutto indipendente – vi hanno rivolto le loro riflessioni seppur da angolature assai diverse, e, talvolta, offrendo un contributo critico in altrettanti nuovi ma già affermati campi di indagine accademica. Così, il saggio di Stefano Fuselli dedicato al tema di *Law and Emotions*, ci conduce dentro le linee essenziali di questo ambito, ormai esteso, della ricerca scientifica che indaga, alla luce della crisi del dualismo antropologico cartesiano e la conseguente rivalutazione scientifica della funzione delle emozioni nella decisione razionale, in quali modi tali aspetti possano venire in rilievo per pensare la figura del giudice e la sua attività decisoria.

Alla trasformazione delle modalità di approccio alla decisione del caso, al ruolo della disposizione scritta in relazione all’attività interpretativa e al ragionamento complessivo del giudice è, invece, dedicato il contributo di Paolo Sommaggio. Questo Autore, preso atto della natura poetica dell’attività giudiziale e della alternativa secca che sembra porsi tra astrattezza e irrealizzabilità del formalismo, da una parte, e arbitrio decisorio dell’antiformalismo, dall’altra, pone, nel mezzo, il tema degli strumenti per garantire una struttura democratica, ma non ideologica, all’attività del giudice e avanza la proposta “socratica” di una riposizione al centro del discorso giudiziale del principio del contraddittorio, inteso in un senso sostanziale e di controllo.

Rimanendo sul tema generale della crisi della positività giuridica in ragione del liberarsi dell’attività creativa ed imprevedibile del giudice, un ruolo specifico deve essere riconosciuto alle giurisprudenze sovra-nazionali, non certo in quanto creatrici di questo fenomeno, ma, piuttosto, in quanto catalizzatori potentissimi del formarsi di una, chiamiamola così, “coscienza di classe” dei giudici, con riferimento al riconoscimento a loro stessi non solo della funzione di interpretazione delle disposizioni giuridiche, ma anche di una diretta introduzione delle norme giuridiche⁵. Una tale funzione le Corti sovranazionali vengono ad

⁴ Visto che i giudici fanno anche quella: non solo partecipando alla formazione della letteratura scientifica ma anche con i loro stessi atti di esercizio della funzione, pensiamo al caso delle cc.dd. “sentenze-trattato”.

⁵ Come scrive il Tribunale di Varese, ord. 8 ottobre 2010, nell’ambito della interessantissima vicenda susseguente alla incredibile sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.

averla specialmente quando la loro opera, grandissimamente discrezionale, riceve forme di applicazione diffusa incentivata dagli stessi organismi di controllo di vertice interno (come, ad esempio, nella vicenda italiana, con lo strumento della c.d. “interpretazione conforme” nell’applicazione interna del c.d. diritto di Strasburgo, eminentemente giurisprudenziale⁶). Tale fenomeno supera la dimensione dello spazio giuridico europeo, mostrandosi come una vera tendenza globale della contemporaneità giuridica, come mostra molto bene il saggio di Claudio Sartea in questa raccolta, dedicato allo sviluppo del “controllo di convezionalità” nell’ambito della giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti dell’uomo.

Il tema della decisione giudiziale può, naturalmente, venire in considerazione anche sotto il profilo sistemico, come fa qui Juan Alberto del Real Alcalá, il quale si sofferma ad evidenziare il collegamento tra la trasformazione del ruolo del giudice nell’epoca contemporanea con la caratteristica dei sistemi contemporanei, ispirati al modello (neo-)costituzionalistico, di generare essi stessi l’aumento dei casi *borderline*, con conseguente bisogno di una presa di posizione contingente da parte del giudice allorché occorra una determinazione di fronte all’incertezza che paralizza la prassi.

Uscendo dall’ambito della positivizzazione giurisprudenziale, e collocandosi su quello della regolazione generale, va detto però, che uno sguardo, diciamo così, “prognostico”, mostra anche l’emergere sempre più potente di segni che possono forse preludere ad un ulteriore cambio di panorama. Per esempio, a partire dalle trasformazioni, prima di tutto socio-economiche, che l’informatizzazione ha determinato e continua a produrre, si cominciano a vedere rilevantissimi interventi di normazione astratta che accolgono il paradigma della “datificazione” introducendo modifiche ai sistemi giuridici che, per certi versi, appaiono aver già superato la “massa critica” che prelude ad uno stravolgimento dei principi fondamentali. La costruzione della legislazione generale in modo tale da legittimare e proteggere le traduzioni informatiche dell’esperienza, producendo la tendenza ad appiattire il lecito sul “tecnicamente possibile”, rinforza senz’altro l’efficacia e la certezza giuridica, giacché, per dirla con uno *slogan*, si può fare solo ciò che si è stati abilitati a fare da chi crea o gestisce l’ambiente virtuale entro cui si dispiega l’agire. Inoltre, attraverso gli automatismi informatici, essa porta a compimento, il sogno di un “giusto totalmente proceduralizzato”, seppur attraverso “procedure” che sono in realtà “processi di calcolo”

19246/2010, sulla quale si veda Sarra C., *Obiter posita. A margine di un caso esemplare di giurisprudenza normativa*, in Sarra, Velo Dalbrenta, *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*, cit., pp. 249-272.

⁶ Cfr. Sarra C., *Quando i fatti sono discorsi. L’interpretazione conforme nella delimitazione del “reale in quanto opposto al chimerico”*, in Moro, Sarra, *Positività e giurisprudenza*, cit., pp. 85-115.

degli elaboratori, resi possibile, sì, da regole, ma regole tecniche fatte potenti giuridicamente dal diritto stesso. Questa tendenza rinvigorisce il positivismo, elevandolo, anzi, a potenza, agendo conformativamente sulla prassi in un modo che, forse, il diritto non ha mai potuto fare. Parleremo qui, allora, di “iper-positività”, il cui concetto è proposto nel saggio di Claudio Sarra.

Rimanendo sul tema delle trasformazioni delle forme di normazione generale, a proposito degli spazi aperti dalla crisi del monopolio della norma positiva da parte dell’autorità statale e pubblica in genere, un posto di primo piano occupa ormai il concetto di *soft law*. Quest’ultimo, tuttavia, non è univoco in letteratura, né appare unificato dalle funzioni che vengono assegnate alle varie manifestazioni di questa normatività giuridicamente rilevante seppur non formalmente cogente. Di precisare il senso, le funzioni che un tale concetto possa svolgere, nonché i livelli nel quale può operare, nell’epoca contemporanea, si occupa qui il saggio di M.^a Isabel Garrido Gómez.

Il lavoro di Ángeles Solanes Corella è dedicato alle vicende contemporanee dell’istituto del *non-refoulement*, così delicato in tempi connotati da rilevanti fenomeni migratori. L’Autore contesta la pratica di alcuni stati di intendere un tale principio come espressione, appunto, di *soft law*, rilevandone, invece il carattere cogente anche di fronte a situazioni critiche come le attuali, ma mostra molto bene il ginepraio normativo multilivello in cui si inserisce e dovrebbe operare. Ci accorgiamo, così, che la positività *hard* o *soft* dipende dalle pratiche interpretative e non le precede. In altre parole, anche lo stabilire se si è in presenza di un diritto posto o meno, dipende dall’interpretazione (p. es. delle norme sulle fonti), sicché la positività *segue* l’interpretazione e non la precede.

Sempre in una prospettiva che guarda alla dimensione sociale e studia il rapporto dei suoi dinamismi con i concetti di validità, efficacia ed efficienza delle norme poste o positive, abbiamo qui l’interessante lavoro di Ángel Pelayo González-Torre, che, attraverso una rivisitazione dei concetti di “illegalismo” e di “norme perverse” proposti rispettivamente da Michel Foucault e José Miguel Fernández Dols, discute di rilevanti fenomeni sociali – connotati dalla programmatica disapplicazione o applicazione intermittente di norme poste, e/o, talvolta, persino dalla posizione preordinata ad una “gestione” variabile della applicazione – nei quali possiamo vedere forme che saremmo tentati di chiamare di “abuso della positività giuridica”. L’Autore qui si prodiga di distinguere varie forme di tali situazioni contribuendo così all’emersione di un fenomeno difficile da focalizzare per il fatto che si colloca negli interstizi tra la teoria generale, la filosofia del diritto e la sociologia giuridica.

Sul piano della teoria generale, invece, spetta a Corrado Roversi e Leonor Suárez Llanos di fare i conti (teorici) con il giuspositivismo in quanto teoria del

diritto, in particolare nella sua forma post-hartiana. Roversi prende sul serio la associazione che spesso è fatta tra l'idea di positività e di artificialità della "cosa" diritto, vale a dire, del suo essere ritenuto privo di dimensione "metafisica" (in senso razionalista) o naturalistica, ed essere un mero prodotto artificiale dell'agire umano, come tale del tutto contingente, sebbene il frutto di un'intenzione autoriale. L'Autore la discute alla luce delle complessità concettuali proprie della filosofia degli oggetti istituzionali e l'ontologia degli artefatti, portando a conclusioni interessanti ed utili per rivedere il rapporto – sovente assunto come mutualmente esclusivo – tra il giuspositivismo non formalista, il realismo giuridico e perfino il giusnaturalismo stesso.

Leonor Suárez Llanos, invece, muove dalla crisi dei presupposti teorici del giuspositivismo, per sostenere che le esigenze contemporanee di giustizia sostanziale e continua correzione degli ordinamenti giuridici sono meglio affrontabili adottando un punto di vista postmoderno e pospositivistico, entro il quale si inserisce, declinandone le principali connotazioni.

A questa pluralità di svolgimenti del concetto di positività giuridica, si aggiunge, infine, la riflessione di Manuel Calvo García che ci offre una fenomenologia critica della regolazione giuridica. Partendo dalla complessità delle vicende dell'ultimo secolo segnate dall'ascesa e il declino dei paradigmi dello "Stato regolativo" e "post-regolativo", con il risorgere – a fronte del disastro economico e sociale conseguente alla crisi economico-finanziaria del 2008 – della richiesta di nuovo interventismo regolativo, di "più Stato", l'Autore qui ci mostra le criticità teoriche e pratiche che costituiscono l'odierna sfida della teoria della regolazione.

Al termine di questa breve presentazione non possiamo non notare la ricchezza e la complessità dei percorsi che a partire dal tema della positività giuridica si dipartono e mostrano chiaramente l'impossibilità di trascurare o anche solo di dar per scontato un significato univoco di tale concetto. Di più: possiamo dire che adottare la positività come il tratto fondamentale del diritto, e dunque professarsi "positivisti" oggi, significa lavorare in una pluralità di direzioni teorico-speculative e, perciò, aprirsi a competenze e metodologie di indagine assai differenti. Gli intrecci si fanno così articolati, ma così fondamentali per la comprensione dell'esperienza giuridica odierna, che verrebbe da ipotizzare anche un ammodernamento degli studi giuridici, con ampliamento del *curriculum* universitario, a discipline non tradizionali, affinché le nuove generazioni siano più preparate ad affrontare tali complessità, e non vengano lasciate nella credenza (erronea e incosciente) che imparare alcune formule teoriche o stilemi argomentativo-espositivi sia sufficiente a far fronte, dalla parte del diritto, alle sfide del mondo futuro.

Parliamo, dunque, ancora di positività giuridica, ma fuori dai monismi metodologici e dalle “esclusive” teoriche, che nell’epoca contemporanea, proprio non si giustificano più.

Settembre 2018

Claudio Sarra, M.^a Isabel Garrido Gómez

File riservato ad esclusivo fine di studio

STEFANO FUSELLI

Tra legge e sentenza. Sul ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale

ABSTRACT. During the last two decades, the number of studies and researches on the role of emotion in judicial decision making has been steadily increasing. Using the discoveries of the cognitive sciences about the function of emotion in performing good reasoning and deliberative processes, scholars from different fields have raised a challenging issue. It is about whether it should not only be accepted but even required that emotions should play a role in the judge's decisions. In addition, the kind of emotions and how they could be managed has been tackled. After focusing on the conceptual premises of this debate, the essay aims to analyze Terry Maroney's claim about the role of anger as well as shed light on the underlying assumptions about law and judicial decision and to outline an alternative model pivoted on the litigation.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La ragione emotiva. 3. Una (diversa) mappatura. 4. Intorno a un distillato di «quintessenza». 5. Una base ontologica per l'emotività. 6. Un modello kantiano. 7. Una conclusione.

1. Introduzione

Il passaggio dalla disposizione generale astratta alla norma singola e concreta è un momento cruciale del porsi del diritto, del suo darsi in quanto *positum*. Questo passaggio non avviene senza l'intervento di un organo (sia esso costituito da un singolo individuo o sia collegiale) deputato a 'decidere', cioè a porre in essere quella regola che prescrive – qui ed ora – gli atti da compiersi o le condotte da tenere.

Come è stato giustamente rilevato, però, nella temperie culturale corrente, il giudice appare rivestito del compito, quasi ‘mistico’, di rendere ‘vivente’ il diritto, un compito che egli può assolvere non solo perché si postula che padroneggi le tecniche ermeneutiche adeguate a conferire significato alle disposizioni, ma che egli sia anche “interprete saggio delle (molte, diverse e conflittuali) esigenze sociali, crogiuolo della molteplicità di opinioni, in grado di distillarne il valore giuridico univoco, ‘bilancia’ degli interessi costituzionali, recettore della moralità intima dell’ordinamento costituzionale che attraverso di lui si fa(rebbe) univoca guida della legislazione e [...] degli stessi conflitti intersoggettivi”¹.

D’altro canto, che il complesso delle dinamiche che portano alla formulazione di quella norma in cui si condensa la decisione sia una sorta di ‘scatola nera’, è consapevolezza che ha accompagnato la riflessione novecentesca la quale, non a caso, si è concentrata “non sul modo in cui il giudice giunge a decidere il caso in questione”, quanto piuttosto “sul modo in cui tale decisione viene giustificata”, lasciando il primo aspetto alla competenza “della psicologia giuridica e delle scienze cognitive”².

E tuttavia, proprio in questo avvio del nuovo secolo, questa rigida delimitazione di campo pare essere stata messa in qualche modo in discussione, cosicché – proprio a partire dai contributi forniti dalle scienze cognitive – gli aspetti ‘soggettivi’ della decisione hanno riacquisito una nuova attenzione da parte di giuristi di diversa estrazione.

Poco più di un decennio fa, la rivista *Law and Human Behavior* ha dedicato un numero apposito al tema del rapporto tra diritto ed emozioni³. I vari contributi esaminavano diversi modi in cui le emozioni possono avere una qualche rilevanza nelle questioni giuridiche⁴. Il quadro che ne risultava era alquanto articolato e, per certi versi, ancora bisognoso di approfondimenti. Non a caso, uno degli studi era dedicato proprio a fornire una sorta di mappa concettuale di quello che allora appariva ancora come un “emerging field”⁵.

Il fatto che a questo tema nel 2015 sia stato dedicato anche il congresso mondiale della società internazionale di filosofia del diritto⁶ è una eloquente

¹ Moro P., Sarra C., *Introduzione*, in *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di Paolo Moro e Claudio Sarra, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 10–11.

² Canale D., *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino G., Schiavello A., Villa V., Giappichelli, Torino 2013, p. 324.

³ Bornstein B. H., Wiener R. L. (a cura di), *Emotion in Legal Judgment and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–248.

⁴ Bornstein B. H., Wiener R. L., *Introduction to the Special Issue on Emotion in Legal Judgement and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–18.

⁵ Maroney T. A., *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 119–142.

⁶ Sellers M. N. S. (a cura di), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

attestazione di come, nel corso degli anni, *Law and Emotion (L&E)* sia divenuto un indirizzo di studi che si è ulteriormente articolato⁷, evoluto e consolidato⁸, diventando oggetto di studio in diversi Paesi⁹, a partire da una molteplicità di prospettive. Ad essere coinvolti nel dibattito, infatti, non sono solo giuristi, ma anche filosofi o sociologi¹⁰ oltre che, ovviamente, psicologi o studiosi delle scienze cognitive¹¹.

Tra i molti indirizzi che vengono proposti e sviluppati, quello che – almeno di primo acchito – pare dotato di una particolare forza dirompente rispetto ai canoni tradizionali è appunto costituito dal ruolo che le emozioni hanno nella decisione giudiziale. La possibile carica ‘eversiva’ di questo tema va però spiegata.

Impegnarsi oggi a sostenere la tesi che le emozioni *possano* avere un ruolo nella decisione giudiziale, o la tesi che *di fatto* esse lo abbiano, sarebbe quanto meno giudicato una inutile fatica, solo a pensare al ruolo che Aristotele assegna ai *pathe* nella *Retorica*, o alla denuncia dei rischi della “malsana digestione”¹² del giudice fatta da Beccaria, o alle caustiche pagine di qualche esponente del realismo giuridico contro la illusorietà che la decisione sia il prodotto di una deduzione asettica.

Ben diversa, invece, pare essere, almeno di primo acchito, la tesi secondo la quale la decisione giudiziale non solo *può* essere o di fatto è intrisa di emozioni, ma lo *deve* anche essere, nel senso che solo una decisione che accolga in sé il contributo delle emozioni può essere una buona decisione. Tale tesi, rivendicando un ruolo non meramente fattuale o patologico ma addirittura normativo delle emozioni nella decisione giudiziale, pare andare contro, prima ancora che

⁷ Bandes S., Blumenthal J. A., *Emotion and the Law*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2012, 8, 1, pp. 161–81; Grossi R., *Understanding Law and Emotion*, in *Emotion Review*, 2015, 7, 1, pp. 55–60.

⁸ Maroney T. A., *A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion*, in *Emotion review*, 2016, 8, pp. 3–7.

⁹ Maroney, *A Field Evolves*, cit.; Landweer H., Koppelberg D. (a cura di), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Vol. 26, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016, Id., *Recht und Emotion II. Sphären der Verletzlichkeit*, Vol. 28, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg und München 2017; Fuselli S., *Le emozioni nell’esperienza giuridica: l’impatto delle neuroscienze*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Noi non «siamo» i nostri cervelli*, a cura di Palazzani L., Zannotti R., Giappichelli, Torino 2013, pp. 53–77; Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009; Papaux A., *Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit*, in *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2009, XLVII, 144, pp. 105–119.

¹⁰ Bergman Blix S., Wettergren Å., *A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary*, in *Emotion review*, 2016, 8, 1, pp. 32–37; Nussbaum M. C., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.

¹¹ Wiener R. L., Bornstein B. H., Voss A., *Emotion and the Law: A Framework for Inquiry*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 231–148.

¹² Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 1999, cpv. IV.

a specifiche disposizioni di legge, a quella idea di senso comune secondo la quale – per essere imparziale – il giudice ha da decidere secondo ragione e *quindi* non ha da farsi influenzare dai suoi sentimenti. Questa prospettiva suppone ovviamente che un conto sia la ragione, che consente di esaminare e di decidere ‘a mente fredda’, un conto sia invece l’emotività che, con la sua carica d’impulsività, porta a prendere delle decisioni quanto meno affrettate o sbilanciate.

Affermare che le emozioni contribuiscono invece al prodursi di una *buona* decisione e che, proprio per questo, esse *devono* entrare nella decisione giudiziale significa, quindi, in primo luogo prendere di petto e contestare la visione di una ragione contrapposta alle emozioni e rivendicare un ruolo costitutivo dell’emotività per la razionalità della decisione. Al contempo, però, affermare che l’ideale regolativo non è quello di un giudizio ‘spassionato’¹³ o rivendicare che nel suo giudizio il giudice deve fare spazio alle emozioni¹⁴, indicando come compito quello di stabilire quali emozioni si addicono a un buon giudice e a una buona decisione¹⁵, parrebbe implicare, almeno, di dover ripensare i contenuti dell’idea di ‘rule of law’ o del principio di legalità.

Questo contributo vuole prendere in esame proprio queste tesi. Per farlo, dopo una ricognizione circa il ‘ripensamento’ dello statuto e del ruolo delle emozioni nella decisione, ci si concentrerà sul modello di decisione, di giudice e di ‘diritto’ che viene prospettato da quanti sostengono la funzione normativa delle emozioni. L’intento è quello di delineare la possibilità di un ripensamento della questione su basi concettuali diverse da quelle dominanti nel dibattito, tale che induca anche a spostare l’attenzione dalla decisione alla sua ragion d’essere: la soluzione di una controversia.

2. La ragione emotiva

Ritenute per molto tempo di pertinenza propria, se non esclusiva, delle discipline psicologiche, non di rado screditate o guardate con sospetto, soprattutto nel confronto con le facoltà cognitive superiori, percepite spesso come antitetiche all’idea di razionalità, da vari decenni si guarda alle emozioni e ai sentimenti in una prospettiva diversa, facendone un tema di ricerca su cui convergono studiosi di diversi ambiti disciplinari, appartenenti tanto al versante

¹³ Maroney T. A., *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, in *California Law Review*, 2011, 99, pp. 629–182.

¹⁴ Wristich A. J., Rachlinski J. J., Guthrie C., *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, in *Texas Law Review*, 2014, 98, 855, pp. 317–330.

¹⁵ Maroney T. A., *Angry judges*, in *Vanderbilt Law Review*, 2012, 65, 5, pp. 1207–1286, Maroney T. A., *Judicial Emotion as Vice or Virtue: Perspectives both Ancient and New*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppel-Cluysenaer L., Coehlo N. M.M.S., Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 11–26.

delle ‘scienze naturali’ quanto a quello delle ‘scienze umane’. Si possono fornire, a tale riguardo, due esempi paradigmatici.

Un impulso rilevante al ripensamento del ruolo delle emozioni è stato senza dubbio fornito dagli studi compiuti dal neurologo Antonio Damasio. Anche attraverso una feconda attività di divulgazione¹⁶, egli ha formulato, sostenuto e riccamente illustrato la tesi secondo cui emozioni e sentimenti fanno “parte del circuito della ragione”¹⁷, sono “parte integrante del modo di operare della ragione”¹⁸, nel senso che “certi aspetti del processo dell’emozione e del sentimento sono indispensabili per la razionalità”¹⁹.

Secondo lo studioso portoghese, dal punto di vista fisiologico l’emozione è un dispositivo di cui il processo evolutivo ha dotato gli organismi così da renderli capaci di reagire in modo istantaneo alle sollecitazioni ambientali, attivando i meccanismi di ripulsa (come nel caso della paura) o di accoglimento (come nella gioia) di una data situazione²⁰. Anche se le emozioni operano in modo automatico, spesso inconscio, esse tuttavia sono diverse tanto dai semplici riflessi, quanto dagli impulsi come la fame e la sete²¹, perché sono correlate ad una attività mentale, al prodursi, mediante uno specifico sistema cerebrale, di una immagine mentale. Questo fa sì che si possa provare una data emozione – ad esempio la paura per un esame – anche quando l’esame è già stato superato da tempo: basta che qualcosa (l’imbatteci fortuito nel nostro professore di allora) ci faccia improvvisamente ricordare quell’esperienza.

¹⁶ Damasio A.R., *Descartes’ Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, Penguin Putnam, New York 2005; Damasio A.R., *The Feeling of What Happens. Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt, Orlando 1999; Damasio A.R., *Looking for Spinoza. Joy, Sorrow and the Feeling Brain*, Harcourt, Orlando 2003; Damasio A.R., *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain*, Pantheon, New York, 2010.

¹⁷ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., xi; Damasio A. R., *L’errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, (tr. it. F. Macaluso, I. C. Blum), Adelphi, Milano 1995, p. 5. Per un’analisi delle sue tesi a partire da una prospettiva filosofico-giuridica, cfr. Fuselli S., *Diritto neuroscienze filosofia. Un itinerario*, FrancoAngeli, Milano 2014, pp. 81-126; Fuselli S., *Logoi enuloi. Aristotle’s Contribution to the Contemporary Debate on Emotions and Decision-Making*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppés-Cluysenaer, Coehlo, cit., pp. 91-111.

¹⁸ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. xvi; Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 18.

¹⁹ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. xvii; Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 19.

²⁰ “Un’emozione è un insieme di cambiamenti dello stato del corpo connessi a particolari immagini mentali che hanno attivato uno specifico sistema cerebrale”, Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. 145; Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., pp. 209-210. “Le emozioni sono complicate collezioni di risposte chimiche e neurali, che formano una configurazione; tutte le emozioni hanno un qualche ruolo regolatore da svolgere (...); le emozioni *riguardano* la vita di un organismo – il suo corpo, per essere precisi – e il loro ruolo è assistere l’organismo nella conservazione della vita”, Damasio, *The Feeling of What Happens*, cit., p. 51; Damasio A. R., *Emozione e coscienza*, (trad. it. S. Frediani), Adelphi, Milano 2000, p. 70. Da questo punto di vista “Le emozioni offrono al cervello e alla mente un mezzo naturale per valutare l’ambiente all’interno e all’esterno dell’organismo e per reagire in modo adattivo”, Damasio, *Looking for Spinoza*, cit., p. 54; Damasio A. R., *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, (tr. it. I. C. Blum), Adelphi, Milano 2003, p. 72.

²¹ Damasio, *The Feeling of What Happens*, cit., p. 71, Id., *Emozione e coscienza*, cit., p. 93.

La centralità del circuito emozione-sentimenti²² nei processi decisionali di viene tuttavia evidente con ciò che Damasio chiama il “marcatore somatico”. Accade spesso che, di fronte ad una situazione incerta, prima ancora di ragionare distesamente su costi e benefici delle diverse opzioni, venga alla mente, come un lampo, l’esito negativo connesso ad una determinata opzione di risposta e che ciò provochi una sensazione spiacevole alla bocca dello stomaco: è uno stato somatico che contrassegna una determinata immagine un marcatore somatico, appunto. Il suo compito è quello di forzare l’attenzione sull’esito negativo a cui può condurre una data opzione, cosicché esso agisce come una sorta di segnale d’allarme irriflesso. In questo modo rende più efficiente e preciso, nonché più veloce, il processo di decisione.

A scanso di facili equivoci, Damasio ci tiene a rimarcare con insistenza che si tratta di dispositivi che “non deliberano per noi”²³, ma piuttosto assistono il processo deliberativo selezionando – in modo automatico e inconscio, facendo ‘tesoro’ delle passate esperienze – certe previsioni, scartandone alcune e dando rilievo ad altre.

Infatti, quando ci troviamo a dover prendere una decisione, vi è un continuo attivarsi di immagini mentali corrispondenti alle diverse opzioni d’azione: si tratta di un pullulare continuo, un incessante generarsi di combinazioni e di possibilità. Per deliberare è però necessario anzitutto sollecitare i meccanismi dell’attenzione di base, che consentono di far permanere un’immagine a scapito di altre; in secondo luogo, bisogna disporre di un meccanismo di memoria operativa di base, che trattiene le immagini isolate per un tempo relativamente lungo (centinaia di millisecondi); infine, è necessario avere dei valori di base (come: piacevole/spiacevole) in grado di guidare selettivamente l’attenzione e la memoria. Secondo Damasio è proprio questo che fa il marcatore somatico, positivo o negativo: marcando ciò che è rappresentato nell’immagine, funge anche da propulsore dell’attenzione e della memoria operativa, che vengono rinvigorite da ogni segnale che indichi che è in corso una valutazione²⁴.

Nel complesso, dunque, il corredo emotivo consente a suo avviso di “agire in modo accorto, senza dover pensare in modo accorto” e ha un ruolo importante

²² Vale la pena di ricordare che per Damasio il *sentimento* è invece l’esperienza di tali cambiamenti dello stato del corpo in quanto sono colti in relazione alle immagini mentali che hanno dato avvio al processo. Esso dunque ha per oggetto l’emozione in quanto *effetto* di – o comunque associata a – un evento emotigeno e consente una flessibilità nelle risposte, generalizzando sulla base della ‘storia’ delle interazioni fra quell’organismo e l’ambiente. “Alla semplice definizione di emozione come mutamento transitorio, con cause specifiche, dello stato dell’organismo corrisponde un semplice definizione del sentimento di un’emozione: è la rappresentazione di tale mutamento transitorio in termini di configurazioni neurali e di conseguenti immagini”, Damasio, *The Feeling of What Happens*, cit., p. 282, Id., *Emozione e coscienza*, cit., p. 339.

²³ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., p. 174, Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 246.

²⁴ Damasio, *Descartes’ Error*, cit., pp. 184–187, Damasio, *L’errore di Cartesio*, cit., pp. 273–276.

nell'intuizione. Inoltre, "può dare maggior peso e risalto ad una premessa" e contribuisce "al processo grazie al quale teniamo a mente i numerosi dati necessari per arrivare ad una decisione"²⁵. Il circuito emozionale, dunque, opera in parallelo a quello dell'analisi logica e lo integra. Ne sono la riprova casi clinici di pazienti con importanti lesioni neurologiche nelle aree interessate al prodursi delle emozioni, ma perfettamente in grado di svolgere ragionamenti anche complessi. Questi attestano che "[q]uando l'emozione è completamente esclusa dal processo del ragionamento [...] la ragione si scopre essere ancora più difettosa di quando l'emozione si intromette nelle nostre decisioni"²⁶. Secondo Damasio, dunque, le emozioni sono intrinsecamente razionali, non tanto nel senso di logico-razioncinative, ma nel senso di ragionevoli²⁷, cioè funzionali a predisporre azioni benefiche per l'organismo.

Sul versante delle 'scienze umane', uno dei contributi senza dubbio più influenti a riguardo – almeno per il tema che è ad oggetto nel presente studio – è stato fornito da Martha Nussbaum con un volume in cui raccoglie e mette a frutto i risultati di una lunga attività di ricerca²⁸. Con l'ampiezza di prospettiva che le è solita, la studiosa coniuga le istanze di una pluralità di ambiti disciplinari, che vanno dalla storia della filosofia alle scienze cognitive, dalle neuroscienze alle scienze sociali, dalla letteratura alla giurisprudenza.

Come noto, la tesi che Nussbaum sostiene, con l'ausilio di un'ampia messe di materiali, è che le emozioni abbiano una precisa funzione cognitiva e che, come tali, siano parte integrante e insostituibile del modo in cui ci rapportiamo al mondo. Infatti, rispetto ai meri appetiti, che sono sempre fissati su di un oggetto (la sete ci indirizza sempre a una bevanda), le emozioni sono flessibili quanto al loro oggetto e soprattutto sono pervase di valore: si può provare affetto per una persona ma anche per un animale o per un luogo perché, appunto, essi sono stati investiti di un certo valore. Proprio per questo, mentre l'assenza dell'oggetto non fa cessare l'appetito (in assenza di cibo non smettiamo di avere fame), le emozioni possono variare a seconda del variare delle nostre credenze circa il valore del loro oggetto (ci possiamo convincere che le ragioni per le quali in un primo tempo ci siamo arrabbiati non siano più tali)²⁹.

Poggiandosi sulle teorie degli antichi stoici, Nussbaum rivendica così per le emozioni un contenuto proposizionale di tipo valutativo: esse sarebbero, cioè, "valutazioni o giudizi di valore"³⁰ con i quali esprimiamo e manifestiamo le no-

²⁵ Damasio, *Descartes' Error*, cit., pp. xi–xii; Damasio, *L'errore di Cartesio*, cit., p. 6.

²⁶ Damasio, *Descartes' Error*, cit., p. xi; Damasio, *L'errore di Cartesio*, cit., p. 7.

²⁷ Damasio, *Looking for Spinoza*, p. 150; Damasio, *Alla ricerca di Spinoza*, cit., p.183.

²⁸ Nussbaum, *Upheavals of Thought*, cit.; Nussbaum M. C., *L'intelligenza delle emozioni*, (tr. it. R. Scognamiglio), Il Mulino, Bologna 2004.

²⁹ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., pp. 166–167.

³⁰ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 20.

stre preferenze rispetto a ciò con cui entriamo in relazione. Da questo punto di vista, sarebbero tutt'altro che irrazionali. Anzi, proprio alle emozioni sarebbero rimessi gli aspetti più importanti della nostra capacità di relazionarci anche con i nostri simili e di comprenderne aspettative, intenzioni, comportamenti. Come tali, esse non solo sono "elementi essenziali dell'intelligenza umana"³¹, ma giocano un ruolo importante nelle società umane, nei vari aspetti dell'etica o della vita pubblica.

Ad esempio, le sue minuziose analisi sulla compassione, sulla possibilità di configurare una 'compassione razionale', di cui delinea gli elementi cognitivi o i rapporti con l'empatia, le consentono, da un lato, di esplorarne il ruolo nella struttura politica di uno stato liberaldemocratico³² o nella aspirazione a costruire e promuovere – anche attraverso l'educazione morale e civica³³ – una società giusta, dall'altro, di argomentare che "[d]ai giudici e dai giurati [...] dobbiamo esigere sia empatia che un'appropriata compassione, quali elementi costitutivi della loro padronanza dei fatti umani che hanno di fronte"³⁴. E questo non perché la compassione sia infallibile o non si lasci fuorviare³⁵, ma perché solo dei giudici (e dei giurati) dotati "di un'appropriata emotività" – che li rende consapevoli del fatto che "tutti gli esseri umani sono fallibili, e che la differenza tra il criminale e il giurato, o tra il criminale e il giudice, è spesso generata da circostanze personali e sociali" – possono essere "esempio di razionalità"³⁶.

3. Una (diversa) mappatura

Gli studi prodotti negli ultimi decenni sul tema del ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale mettono a fuoco almeno tre profili attorno ai quali si addensano anche le diverse posizioni teoriche che animano il dibattito attuale. Essi attengono, rispettivamente, a quella che possiamo chiamare la fisiologia, la patologia e la deontologia del giudizio.

Come si è visto, dal punto di vista *fisiologico*, l'emozione è un elemento costitutivo dei processi psicofisici attraverso i quali si perviene a prendere una decisione o a formulare un giudizio. Su queste basi, richiamandosi per lo più a una teoria cognitiva delle emozioni³⁷, si sostiene che queste sono indispensabili

³¹ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 19.

³² Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 479.

³³ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 507.

³⁴ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 530.

³⁵ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 525.

³⁶ Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, cit., p. 531.

³⁷ Caratteristica di una teoria cognitiva delle emozioni è di intenderle come intenzionali, cioè come rivolte ad un oggetto (Ben-Ze'ev A., *The Thing Called Emotion*, in *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, a cura di Goldie P., Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 41–61); per un mappatura complessiva si veda de Sousa R., *Emotion*, a cura di Edward N. Zalta. *The Stanford*

fonti di motivazione dell'azione e che, essendo meccanismi adattivi altamente evoluti per la sopravvivenza e non meri riflessi agli stimoli, le emozioni contribuiscono al funzionamento della ragione. Dal momento poi che esse giocano un ruolo decisivo nel giudizio morale, diventa particolarmente rilevante il fatto che siano plasmabili attraverso l'educazione³⁸. Da questo punto di vista, tra gli studiosi della corrente *L&E* si lamenta una generale scarsa attenzione, fra quanti si occupano del diritto, per le nuove acquisizioni scientifiche grazie alle quali risulta essere riduttiva e riduzionistica la visione di una razionalità scevra di emozioni, denunziandone la astrattezza oltre che la vetustà³⁹.

D'altro canto, se da un lato si lamenta una certa arretratezza degli studi giuridici su questo versante, va rilevata la non-specificità della componente emotiva per l'esperienza giuridica in generale e per la decisione giudiziale in particolare. In altri termini, trattandosi di un fenomeno fisiologico che si assume essere presente in ogni processo decisionale, non vi è ragione né per pensare che esso sia assente nelle decisioni giudiziali, né che esso sia specifico o peculiare del contesto giudiziale e/o giuridico. Ciò che viene messo in discussione, allora, è l'idea di una soggettività disincarnata⁴⁰ e, quindi, per riflesso, anche quella che si indica come una visione astratta – se non addirittura ideologica – del giudizio come mero prodotto di una attività avalutativa⁴¹.

Encyclopedia of Philosophy, 2017, <https://plato.sanford.edu/archives/win2017/entries/emotion/> (con. 26.06.2018).

³⁸ Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit., pp. 643–68.

³⁹ Abrams K., Keren H., *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 2010, 94, pp. 1997–2074; Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit.; Grossi R., *Understanding Law and Emotion*, in *Emotion Review*, 2015, 7, 1, pp. 55–60. Val la pena di ricordare che in Europa continentale il tema era stato esplorato già agli inizi dello scorso secolo: ad esempio, in Polonia da Petrazycycki (cfr. Brożek B., *Le emozioni giuridiche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, III (numero speciale), pp. 107–30.), mentre in Italia Rignano aveva sostenuto la tesi della base affettiva del ragionamento, anche in ambito forense, cfr. Rignano E., *Psicologia del ragionamento*, Zanichelli, Bologna 1920, pp. 219–228.

⁴⁰ Papaux A., *Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit*, in *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2009, XLVII, 144, pp. 105–119.

⁴¹ Abrams, Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, cit. Pur muovendosi in un diverso orizzonte concettuale, mi pare che contro questa visione si sia espresso recentemente anche Celano B., *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico in Rivista di filosofia del diritto*, 2017, VI, 2, pp. 315–344. Riguardo alla sua tesi, che è volta a rimettere al centro la soggettività – naturalizzata – del decidente mi pare tuttavia che l'affermazione seguente: “Che cosa valga come ragionamento in senso logico dipende – almeno nel caso di inferenze non deduttive – da fatti mentali, psicologici, ossia: dalla natura dei processi biochimici che si svolgono nel cervello” (331) configuri la possibilità che esista una forma di validità del ragionamento – quella deduttiva – che non sia riducibile a processi biochimici; perché il soggetto sia di volta capace e non capace di produrre inferenze che non siano il mero risultato di processi biochimici resta però non chiarito. Così come discutibile, almeno alla luce delle diverse posizioni rilevabili nel vasto campo della filosofia della mente, è l'assunto che i fatti mentali e psicologici siano riducibili ai processi biochimici che si svolgono nel cervello. Per una diversa linea di pensiero, si veda ad es. Chiareghin F., *L'eco della caverna. Ricerche di filosofia della logica e della mente*, Il Poligrafo,

Complementare al ruolo fisiologico delle emozioni è quello che possiamo chiamare il loro profilo *patologico*. In linea di massima, esso si rivela laddove le emozioni intervengono a distorcere la capacità di giudizio.

È ovvio che per quelle posizioni secondo le quali razionale è solo la decisione che non contiene alcuna traccia di emotività, laddove si aspiri ad un giudizio che sia razionale il ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale non può non essere che patologico. Meno ovvio, invece, è il fatto che le stesse ragioni per cui possono essere considerate un momento necessario del processo decisionale sono anche quelle che le rendono pericolose⁴².

Si tratta di un aspetto che è ben noto e che interessa sotto vari profili l'esperienza giuridica e, in particolare, l'attività giudiziale. Il fatto che il giudice, come chiunque altro, sia soggetto a *biases*⁴³, a pregiudizi di tipo anche emotivo, la consapevolezza dei rischi derivanti dai moti degli affetti, è anzi il cuore di quelle istanze – additate come formalistiche o razionalistiche dagli esponenti di *L&E* – che hanno portato a sviluppare teorie normative del ragionamento giudiziale volte ad escludere il più possibile l'influsso dell'emotività nella decisione.

Come giustamente si è rilevato, le emozioni sono delle forze motrici che minacciano di fare precipitare il diritto nell'arbitrario proprio laddove esso è chiamato a porsi concretamente come regola capace di trascendere e comporre – secondo ragioni condivisibili e logicamente difendibili – le istanze particolari di chi è impegnato nella controversia. Da ciò – si sostiene – il diritto si difende attraverso gli strumenti procedurali che vanno, ad esempio dalla disciplina delle prove alla composizione collegiale dei tribunali, dall'obbligo di motivazione alla ricasazione. Le stesse accuse troppo spesso rivolte al sillogismo giudiziale non terrebbero conto, da questo punto di vista, del fatto che esso costituisce uno strumento per produrre la pace sociale mediante una parola definitiva, che è tale perché concludente⁴⁴.

Per altro, non va trascurato di rilevare che gli stessi esponenti di *L&E* non intendono affatto mettere in discussione il fatto che il giudicare non sia né possa essere ridotto a un atto arbitrario, a una manifestazione di volontà inevitabilmente parziale, e che debba anzi poggiare su ragioni vagliabili e controllabili. Se da un lato sostengono che le emozioni forniscono ragioni, dall'altro non hanno alcuna difficoltà ad ammettere che esse possono però fornire le ragioni 'sbagliate'.

La loro capacità di agire da selettori e semplificatori di diverse possibilità, consentendo di focalizzare in tempi rapidi l'attenzione su di un aspetto dei molti possibili, se da un lato ne fa un elemento imprescindibile dei processi decisio-

Padova 2004.

⁴² Maroney, *Angry judges*, cit.

⁴³ Forza A., Menegon G., Rumiati R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna 2017; Callegari A., *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, Aracne, Roma 2017.

⁴⁴ Papaux, *Un droit sans émotions*, cit.

nali, ha come contropartita il rischio di facilitare l'adozione di euristiche stereotipate, di connessioni inferenziali semplicistiche e sclerotizzate che portano a trascurare gli aspetti peculiari del caso in questione nonché ad una assolutizzazione di un punto di vista.

Non a caso, da un lato il confronto con opinioni o prospettive diverse dalle proprie è indicato come uno strumento essenziale per correggere i nostri punti ciechi⁴⁵; dall'altro, un ruolo centrale è attribuito all'*empatia*⁴⁶, quale capacità di assumere un punto di vista altrui. Queste avvertenze, comunque le si valuti, paiono concorrere entrambe verso la medesima direzione, cioè quella di sottolineare che gli influssi perniciosi sulla decisione non sono dati dalle emozioni come tali, ma dal loro imporsi come esclusive o totalizzanti, così da assorbire in un'unica prospettiva un complesso in sé articolato e problematico.

Senza dubbio il carattere più innovativo di questo orientamento di studi è dato dal terzo profilo con cui le emozioni entrano nella decisione giudiziale, ossia quello *deontologico* o *normativo*. La tesi, in altri termini, è che le emozioni *non solo* siano una componente strutturale di come *di fatto* il giudice perviene alla formulazione della decisione, ma che vi siano emozioni appropriate al raggiungimento di questo scopo. Cosicché il giudizio – per essere un *buon* giudizio – *deve* essere orientato da certe emozioni.

Si tratta di una prospettiva la cui novità e peculiarità viene rivendicata con forza, soprattutto laddove ci si confronta non solo con le posizioni da cui ci si vuole distanziare, ma anche con quelle che vengono in qualche modo indicate come prodromiche a questo indirizzo. Nel contesto statunitense, dove il movimento *L&E* è sorto, si è sviluppato ed è cresciuto, un importante antecedente viene individuato nel Realismo giuridico americano⁴⁷ e nella scossa che esso ha inferto all'idea dell'oggettività del diritto. D'altro canto, però, si sottolinea anche che il carattere specifico e originale del *new emotional realism* che prende forma alla fine del XX secolo è invece il tentativo programmatico di integrare l'emozione nella decisione giudiziale⁴⁸.

⁴⁵ Bandes S., *Empathetic judging and the rule of law*, in *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, 63, pp. 133–148.

⁴⁶ Posner R. A., *Emotion versus Emotionalism in Law*, in *The Passions of Law*, a cura di Susan A. Bandes, New York University Press, New York and London 1999, pp. 309–329; Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit.

⁴⁷ Pillsbury S. H., *Harlan, Holmes, and the Passions of Justice*, in *The Passion of Law*, a cura di S. Bandes, New York University Press New York and London 1999, pp. 330–362.

⁴⁸ Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit., Id. *Judicial Emotion as Vice or Virtue*, cit. Per altro è interessante notare che nel Realismo giuridico americano viene vista anche la fonte della prospettiva di *Law and Economics* – orientata ad un paradigma di tipo prognostico ed efficientista – che si sostiene essere del tutto opposto a quello che informerebbe tradizionalmente il *common law*, incentrato sul valore dell'equità e sulla convinzione che la giustizia richieda un certo giudizio morale (West R., *The Anti-Empathic Turn*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 243–288). Per una discussione delle tesi di West, cfr. Zipursky B. C., *Anti-Empathy and Dispassionateness in Adjudication*, in *Nomos* 2013, 53, pp. 304–314; Kersch K. I., *Systems and Feelings*, in *Nomos*, 2013, 53,

Per altro, vi è anche la consapevolezza che questa esigenza di incorporare le emozioni nella attività giudiziale non può trascurare il fatto che il loro ruolo in questo contesto è differente da quello che esse svolgono in altri contesti, come ad esempio quello terapeutico⁴⁹. La sfida della integrazione nell'ambito giudiziale delle conoscenze guadagnate in altri ambiti è data quindi proprio dalla possibilità di tradurle nelle categorie giuridiche e negli scopi e nella prassi della decisione giudiziale⁵⁰. E questo, si sottolinea, diventa tanto più difficile in quanto non solo non vi è una definizione o una teoria unica delle emozioni⁵¹, ma perché mancherebbe anche una adeguata epistemologia delle emozioni⁵².

Certo, si può facilmente constatare una generale convergenza sul ruolo centrale che viene riconosciuto all'empatia, cioè – in prima approssimazione – alla capacità di mettersi dal punto di vista dell'altro, comprendendo cosa può sentire o pensare⁵³. Come noto, però, si tratta di una nozione assai problematica, il cui significato non solo è mutato nel corso del tempo, ma è tuttora assai discusso. In particolare, ciò che viene contestato dai più attivi esponenti della corrente di studi *L&E* è la sua natura propriamente emotiva⁵⁴.

Come puntualizza Susan Bandes, infatti, l'empatia è più una capacità che non un'emozione e precisamente: è la capacità di assumere il punto di vista altrui⁵⁵. L'empatia implica la consapevolezza che gli altri sono diversi da noi e, al contempo, ci consente di comprendere cosa stanno pensando o provando. Nel

pp. 289–303; Meyler B., *Equity over Empaty*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 315–330.

⁴⁹ Bandes S., *Introduction*, in *The Passions of Law*, a cura di Susan Bandes, New York University Press, York and London 1999, pp. 1–15.

⁵⁰ Abrams, Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, cit.

⁵¹ Bandes, *Introduction*, cit.

⁵² Maroney, *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, cit.

⁵³ Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, cit.; Deigh J., *Empathy, Justice, and Jurisprudence*, in *The Southern Journal of Philosophy*, 2011, 49, pp. 73–90; Chin D., *Sentencing: a Role for Empathy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, 160, 6, pp. 1561–1584; West, *The Anti-Empathic Turn*, cit.; Meyler, *Equity over Empaty*, cit.; Zipursky, *Anti-Empathy and Dispassionateness in Adjudication*, cit.; Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit.

⁵⁴ C'è da dire, peraltro, che questo orientamento che esclude l'empatia dal novero delle emozioni risente in modo profondo del dibattito che si è sviluppato negli USA, durante la presidenza Obama, circa il ruolo del giudice in generale e, più in particolare, circa il ruolo dei giudici della Corte Suprema. Se, infatti, da un lato i sostenitori di un approccio più tradizionalista o conservatore vedevano nel concetto di empatia e di criterio empatico un modo per rispolverare un attivismo giudiziario tutto sbilanciato nei confronti dei soggetti più deboli o di una lettura di tipo liberal-progressista della costituzione, dall'altra parte, invece, veniva enfatizzato il ruolo dell'empatia quale componente necessaria per evitare la burocratizzazione del diritto (Brennan) e per realizzare la giustizia del caso concreto. Rivendicare la non emotività dell'empatia diventava perciò, in tale contesto, un modo per non esporsi all'accusa di voler minare l'imparzialità del giudice. Per una ricostruzione del dibattito Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit., pp. 61–96.

⁵⁵ Bandes, *Empathetic judging and the rule of law*, cit. Mi pare che anche Callegari sulla scorta di Bandes e Nussbaum privilegi l'aspetto più propriamente cognitivo o – se si vuole – immaginativo dell'empatia rispetto alla sua possibile declinazione emotiva.

contesto della decisione giudiziale è una capacità essenziale per comprendere cosa è in questione. Idealmente, il giudice dovrebbe essere in grado di mettersi nei panni di tutti coloro che sono coinvolti dalla sua decisione⁵⁶. Soprattutto, però, il giudice deve costantemente cercare di comprendere o prevedere le motivazioni della condotta umana e l'empatia, così intesa, è quella dote che lo rende possibile⁵⁷.

4. Intorno a un distillato di «quintessenza»

Tuttavia, dato che il carattere emotivo dell'empatia è controverso, forse è ben più indicativo di che cosa si intenda quando si parla di funzione normativa delle emozioni lo studio di Terry Maroney sul ruolo dell'ira (*anger*) nella decisione giudiziale⁵⁸. Che l'ira sia un'emozione è fuori discussione; d'altro canto, essa sembra particolarmente atta a fungere da collettore di quell'insieme di ragioni per cui alle emozioni viene attribuito un effetto distorsivo della capacità di giudizio⁵⁹. Tanto più provocatoria, quindi, risulta essere la tesi sostenuta dalla studiosa statunitense, secondo la quale “*anger could be called the quintessen-*

⁵⁶ Secondo Posner, *Emotion versus Emotionalism in Law*, cit.; Posner E. A., *Law and the emotions*, a cura di University of Chicago Law School, *Occasional papers from the Law School*, the University of Chicago, Chicago 2001, Ill.: University of Chicago Law School. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/unchoocp42&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/unchoocp>. (cons. 26.06.2018), l'empatia consente anche – e soprattutto – di tenere presenti le ragioni degli assenti, cioè le conseguenze che ricadono su soggetti ulteriori rispetto alle parti e per questo essa non è in opposizione con l'indirizzo di *Law&Economics*. Secondo Deigh, *Empathy, Justice, and Jurisprudence*, cit., p. 79, “Hence, to interpret a law soundly, one must be sensitive to the perspectives of the different people whose interests the law affects or is liable to affect if applied to their situation. Sound interpretation of law, in other words, requires empathy. And when law is interpreted without empathy for those whose interests it affects, when it is instead applied on the basis of a ‘strict’ reading, then the outcome is as likely as not to be grossly unjust”.

⁵⁷ Sicuramente più connotata emotivamente è la nozione di empatia a cui fa riferimento Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 161–182, la quale auspica, nelle questioni bioetiche, l'approdo a un diritto penale empatico, capace di valorizzare l'apporto delle emozioni – in tutta la loro immediatezza e ‘corporeità’ – nella conoscenza del fatto e nelle decisioni che devono di volta in volta essere prese e che non possono essere risolte mediante una predeterminazione normativa. L'empatia consentirebbe la costituzione di un *idem sentire* capace di superare le differenze culturali e la pluralità di quadri valoriali che caratterizzano la società contemporanea e rendono sempre più insostenibile – nell'ambito delle scelte bioetiche – la predeterminazione del bene da tutelare. Laddove l'empatia potesse costituirsi a base del giudizio e fornire anche un fondamento alle politiche legislative, sarebbe possibile, a suo avviso, una maggiore aderenza del diritto (penale) alla realtà sociale. Per una discussione del quadro concettuale che fa da sfondo a questa posizione cfr. Fuselli, *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, cit.; Fuselli, *Diritto neuroscienze filosofia. Un itinerario*, cit., pp. 81–101.

⁵⁸ Maroney, *Angry judges*, cit.

⁵⁹ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1209.

tially judicial emotion”⁶⁰. Mi proverò, qui di seguito, a riassumere prima (4.1.), e a esaminare poi (4.2.), quelli che mi paiono essere i passaggi cruciali di questa posizione: al di là, infatti, del suo chiaro radicamento nel sistema di *common law* e nel modo in cui i giudici statunitensi esercitano la loro funzione, essa fornisce una serie di interessanti spunti di riflessione.

La cornice teorica entro cui si inquadra la sua proposta è quella in cui confluono, come si è visto, le numerose occasioni di ripensamento del ruolo cruciale delle emozioni, soprattutto in relazione alla loro capacità di riflettere quelle ragioni che si incarnano nelle nostre valutazioni degli eventi del mondo e del modo in cui questi si relazionano ai nostri obiettivi e ai nostri valori. D’altro canto, con l’ausilio di una nutrita casistica, viene offerta una attestazione empirica dell’effettiva presenza di questa specifica emozione nei comportamenti dei giudici, nonché dei diversi bersagli – gli avvocati, i loro assistiti, i testimoni o anche altri giudici – a cui si indirizza. Per comprendere quale sia la funzione normativa che l’ira dovrebbe svolgere nella decisione giudiziale, è necessario tuttavia esaminare quelli che, ad avviso di Maroney, costituiscono i tratti specifici di quest’emozione.

Da un lato, l’ira si accompagna al senso di sicurezza, di padronanza della situazione da parte dell’agente, e lo carica di un’energia impulsiva (tanto corporea quanto mentale) che lo predispone a prendere decisioni veloci o a reagire rapidamente a una situazione che viene avvertita come lesiva, così da modificarla⁶¹. Dall’altro, ciò che la rende interessante è il ‘motivo’ a cui si accompagna, cioè al ‘perché’ in genere nell’uomo si scatena l’ira. Esso consiste essenzialmente nel fatto che quella situazione a cui si predispone a reagire viene percepita come un torto ingiustificato commesso da un agente razionale⁶². Proprio questo, infatti, agli occhi di Maroney rende l’ira non solo un’emozione che di fatto è all’opera anche nella quotidianità dei tribunali e dei comportamenti dei giudici, ma un’emozione che dovrebbe guidarne le decisioni. Ovviamente, a determinate condizioni che la rendano giustificata, e tali sono: il basarsi su una percezione accurata e non distorta della realtà, il concernere aspetti costitutivi del caso e non fattori ad esso completamente estranei, il riflettere un determinato assetto di credenze e valori che sono degni di un giudice in una società democratica, cioè quelle credenze e quei valori che rispondono a sentimenti morali ampiamente condivisi nella comunità⁶³.

⁶⁰ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 1208–1209.

⁶¹ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 1224–1225.

⁶² Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1209.

⁶³ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1283.

Da questo punto di vista, la giustificazione dell'ira giudiziale giunge al suo apice laddove si danno degli atti che sono indice di un tale disprezzo per gli altri, che ciascuno può sentirsi ferito e lesa: qui si manifesta nel modo più scevro da ambiguità il fatto che anche in una società democratica, caratterizzata da un'ampia gamma di giudizi morali, persiste un "moral baseline"⁶⁴, rispetto al quale si registra una convergenza istintiva su ciò che costituisce un torto ingiustificato e su ciò che significa agire colpevolmente.

L'ira, tuttavia, è anche funzionale al giudizio: sia perché tiene desta l'attenzione e la focalizza sulla persona offesa, sia perché favorisce le decisioni orientate al ripristino della giustizia, anche quando esse potrebbero essere impopolari, conferendo al giudice una maggiore sicurezza in se stesso⁶⁵. Certo: ciò presenta dei rischi, quali la superficialità e la fretteolosità nel giudizio o la possibilità di debordare dal contesto, divenendo preda di una euristica che procede per stereotipi⁶⁶, ma questi pericoli potrebbero essere scongiurati con un apposito *training* che insegni ai giudici a gestire in modo adeguato l'ira⁶⁷.

Come anticipato, si tratta indubbiamente di una tesi provocatoria che ha il pregio di suscitare molteplici interrogativi, oltre che perplessità.

Ad esempio, Maroney considera la prima condizione che dovrebbe giustificare l'ira del giudice – ossia il poggiare su premesse accurate – il criterio più facile da definire. Laddove un giudice si arrabbia con l'avvocato perché questi sta mentendo, allora ciò che conta per giustificare la sua ira è il fatto che le affermazioni dell'avvocato siano effettivamente false, che questi le ritenga tali e che sia veramente intenzionato ad ingannare il giudice. Tuttavia, poiché si tratta di una serie di valutazioni su cui il giudice può ovviamente essere in errore, la sua ira può essere ingiustificata⁶⁸.

Posta in questo modo, però, la condizione dell'accuratezza delle premesse non pare essere diversa da quella della 'verità' di una serie di asserti 'descrittivi', cioè come una qual forma di corrispondenza tra essi e i 'fatti' a cui si riferiscono⁶⁹: una corrispondenza per stabilire la quale l'ira e, più in generale, le emozioni non possono avere nessun ruolo normativo, dal momento che in tanto esse sono giustificate soltanto in quanto quella corrispondenza sia già stata stabilita, o possa esserlo successivamente, magari da una prospettiva esterna, neutrale (per restare all'esempio di Maroney: in sede di appello) che accerti che il giudice

⁶⁴ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1260.

⁶⁵ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 162–164.

⁶⁶ Maroney, *Angry judges*, cit., pp. 1265–1266.

⁶⁷ Maroney, *Angry judges*, cit., p. 1284.

⁶⁸ Maroney, *Judicial Emotion as Vice or Virtue*, cit., p. 20.

⁶⁹ Assumo qui una nozione del tutto ingenua e comune di 'corrispondenza'.

si è o no sbagliato. In altri termini, il giudice ‘appassionato’ sembra inevitabilmente restare subalterno a quella figura di giudice ‘disinteressato indagatore del vero’ la cui funzione e il cui sfondo epistemologico avevano trovato una potente sintesi proprio nelle teorizzazioni dell’Illuminismo giuridico.

A questo ordine di considerazioni è connesso un ulteriore profilo critico evidenziato da Christof Rapp che, in un recente intervento, richiama alla necessità di distinguere gli eventuali vantaggi che sono tali per il *giudizio* e quelli che lo sono invece per il *giudice*. Se, infatti, il modo in cui l’ira facilita il giudizio è quello di aiutare il giudice a rimanere concentrato sul caso consentendogli di non essere cinico o disincantato, allora questo è, propriamente parlando, un beneficio per il giudice e non per il giudizio in sé⁷⁰. Da questo punto di vista, se è vero che le emozioni attivano i meccanismi dell’attenzione, segnalando l’importanza di un evento, è anche vero che esse indicano solo ciò che è importante *per noi*, cioè per l’individuo che le prova. Ma questo ha come conseguenza il fatto che le emozioni rendono il giudizio inevitabilmente parziale⁷¹.

Del resto, è proprio il pericolo che vengano a priori soffocate le condizioni dell’imparzialità che rende così sospetta la tesi della funzione normativa delle emozioni nel giudizio; ed è proprio per questo che essa non appare conciliabile né con il ruolo che il nostro ordinamento (e non solo) assegna al giudice⁷², né con i principi deontologici che, sempre per restare nel contesto domestico, dovrebbero più in generale ispirare i magistrati e che potrebbero, al più, lasciare spazio al sentimento dell’indulgenza⁷³.

Adottando una lettura ‘caritatevole’, si potrebbe forse ribattere a questo tipo di rilievo il fatto che, nella particolare prospettiva che è qui in esame, il canone dell’imparzialità – una volta che si sia mostrata la astrattezza di un giudizio disincarnato e di un giudice anemotivo – trova una sua forma di riconfigurazione nell’idea che il giudice si fa portatore di valori e credenze che non sono ‘suoi’, ma sono quelli propri della società democratica in nome della quale è chiamato ad amministrare la giustizia e la violazione dei quali legittima la sua ira. In altri termini, l’idea di una funzione normativa delle emozioni parrebbe condurre a

⁷⁰ Rapp, C., *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppés-Cluysenaer, Coehlo, cit., pp. 27-49, qui p. 33. Questa distinzione non sembra però tenere conto fino in fondo di un presupposto implicito della tesi di secondo cui l’ira è l’emozione giudiziale per eccellenza, e cioè che non si possano produrre buoni giudizi senza essere buoni giudici e che un buon giudice è uno che reagisce di fronte alle ingiustizie.

⁷¹ Rapp, *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, cit., p. 34.

⁷² Su di un caso relativamente recente, deciso da Cass. Pen. Sez. III, n.12983/2014, cfr. Civinini M. G., *Tono di voce incalzante e atteggiamento partecipativo e il giudice viene ricusato!!*, in *Questione Giustizia*, 2014, <http://questionegiustizia.it>. (cons. 26.06.2018); Callegari, *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, cit., pp. 154-158.

⁷³ Cfr. Ferrajoli L., *Deontologia giudiziaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, 13, pp. 497-511.

configurare l'imparzialità del giudizio come l'espressione di un attivo – e reattivo, nel caso dell'ira – 'prendere parte per' quella base di valori condivisi alla luce dei quali, soltanto, una qualsiasi pretesa può legittimarsi. L'imparzialità del giudice, pertanto, potrebbe essere vista proprio nel suo farsi garante – attraverso la sua reazione emotiva – di quel «moral baseline» che qualsiasi società democratica, anche quella in cui massima è la divergenza dei valori, deve avere per mantenere un minimo di unitarietà⁷⁴.

Tuttavia, anche questa possibilità sembra destinata inevitabilmente a scontrarsi con il carattere soggettivo dell'emozione, che ha la sua radice – biologicamente giustificata – nel fare del punto di vista di chi la prova l'unità di misura e di valutazione dei fatti del mondo. Cosicché, il giudice finirebbe per rappresentare e riversare nel suo giudizio nient'altro che quello che egli 'sente' come insieme di valori condivisi, ergendosi in qualche modo a interprete unico – e insindacabile – di un 'sano sentimento del popolo' di nefasta memoria. Le contromisure che vengono suggerite non paiono attingere un livello diverso da quello di una serie di accorgimenti prudenziali che non incidono sull'imperante e – date queste premesse – intrascendibile soggettivismo giudiziale.

5. Una base ontologica per l'emotività

Se vi sono buone ragioni per respingere la proposta di considerare nell'ira la quintessenza dell'emozione giudiziale, ciò non significa tuttavia che le ragioni che inducono a prender sul serio il ruolo dell'emotività siano da trascurare: semmai ciò invita a pensare se sia mai possibile – e in che termini – che essa abbia una funzione costitutiva per l'imparzialità.

Detto altrimenti: ammesso che l'idea di un giudizio (sia esso inteso come attività, sia inteso come prodotto di tale attività) 'spassionato' sia un'astrazione che non tiene conto della realtà, la domanda è se sia possibile configurare un qualche fenomeno di tipo emotivo che possa essere posto a presidio di un giudizio imparziale, ossia di un giudizio il cui esito decisionale non sia l'imposizione del punto di vista particolare di un determinato soggetto. Si tratta cioè di capire se vi sia una componente emotiva – e quindi indubbiamente soggettiva – che

⁷⁴ In questa direzione, ad esempio, sembrano condurre sia la dissertazione dottorale di Salomon E., *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse pour le Doctorat en Droit, en sociologie du droit, droit pénal et procédure pénale, Université Panthéon-Assas – Ecole doctorale de droit privé (Paris 2) 2015, che attribuisce al giudice la funzione di far valere nel giudizio finale quei valori che si riflettono nelle emozioni sociali in cui egli stesso è immerso, sia per converso la tesi di Di Giovine, *Un diritto penale empatico?*, cit., secondo la quale l'empatia è la via per recuperare – nel giudizio su laceranti questioni bioetiche – una comune base di conoscenza pratica fondata su di una sorta di grammatica morale universale.

possa essere indicata come condizione di possibilità⁷⁵ dell'imparzialità del giudice e della sua decisione e che, quindi, abbia la sua giustificazione in null'altro che nella realizzazione di quella 'terzietà' che – sin dalle *Eumenidi* di Eschilo⁷⁶ – pare essere un tratto costitutivo, un carattere 'concettuale', del ruolo del giudice.

Come si è ricordato, la via più frequentemente battuta è quella che porta alla valorizzazione dell'empatia⁷⁷, la cui appartenenza al novero delle emozioni è, tuttavia, come si è visto, controversa. Per altro, oltre alle riserve già menzionate, vale la pena di ricordare anche la critica alla nozione di empatia o, meglio, ad un certo modo di concepirla, che è stata mossa da Heidegger, una critica che concerne non tanto il suo essere riconducibile o meno alle emozioni, ma la sua stessa struttura concettuale.

Questa critica, come noto, prende le mosse dall'analisi che egli fa della costituzione d'essere della soggettività umana come esserci (*Dasein*), ossia come quell'ente che ha quale suo carattere strutturale il suo essere situato (*esser-ci*, *Da-sein*). Comprendere la soggettività in questi termini significa fare cadere nella totale insignificanza ogni visione di una soggettività chiusa in se stessa, irrelata, che 'esce da sé' e si protende verso ciò che sta fuori di essa – il mondo – secondo le forme dell'apprensione teorica o pratica. Per contro, secondo Heidegger, il conoscere o il fare non sono i modi in cui il soggetto va verso una realtà esterna, istituendo una relazione con qualcosa che gli è estraneo, ma sono l'espressione del fatto che sin da principio esso in tanto è quello che è, cioè soggettività, in quanto è nel mondo, in quanto questa modalità relazionale gli appartiene in modo costitutivo⁷⁸. Quelle relazioni che si declinano secondo le forme del conoscere o del fare in tanto sono possibili in quanto essere soggetto significa, sin da principio, essere-già-presso le cose, essere-nel-mondo, appunto.

In maniera analoga, l'incontro con altri soggetti, che a loro volta sono *esser-ci*, non è qualcosa che soltanto 'capiti', o qualcosa che il soggetto introduca come un corpo estraneo, ma è qualcosa la cui possibilità è costitutiva del modo d'essere proprio di ciò che è soggetto. Con le sue parole: "[L]'*esser-ci* è, in quanto

⁷⁵ Si potrebbe obiettare che se si parla di condizione di possibilità non si parla di 'normatività', in quanto un conto è ciò che è necessario, un conto è ciò che è buono o doveroso. Credo tuttavia si possa rispondere che se il giudizio buono è il giudizio imparziale, allora l'emozione che lo rende possibile è l'emozione giustificata. Essa è giustificata – in questo senso 'normativa' – se e in quanto crea le condizioni per l'imparzialità.

⁷⁶ Per una lettura in chiave processuale della tragedia cfr. Cavalla F., *L'origine e il diritto*, Franco-Angeli, Milano 2017, pp. 187–194.

⁷⁷ Si veda anche Galuppo M., *Law and Emotion: How Empathy Forms the Judges' Sense of Justice*, in SSRN Scholarly Paper ID 2627363. Rochester 2015, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2627363>. (cons. 26.06.2018).

⁷⁸ Heidegger M., *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975, p. 221, Heidegger M., *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, (tr. it. R. Cristin, A. Marini), Il melangolo, Genova 1999, p. 199.

*essere-nel-mondo, anche essere l'un-con-l'altro – più esattamente: «essere-con»*⁷⁹. L'incontro *con* l'altro, cioè, non è qualcosa che si produca solo quando compare un altro individuo, “non è un risultato sommatorio dell'occorrenza di più persone [...]”, ma è al contrario reso possibile dal fatto che l'esser-ci, in quanto essere-nel-mondo, è di per se stesso “un *esser-con*”⁸⁰. Anzi, è solo a partire dal fatto che l'essere di ciascuno è “*un essere assegnati l'uno all'altro*”⁸¹ che diventano possibili tutte le diverse forme della relazione, sia quelle in cui si è ‘pro’ o ‘contro’ o ‘senza’ qualcuno, sia quelle in cui si è o si passa semplicemente e indifferentemente ‘accanto’ agli altri⁸².

Dati questi presupposti, diventa insostenibile l'assunto che sta alla base dell'idea stessa di *empatia*: “Si presuppone che un soggetto sia dato per se stesso, come incapsulato, cui poi si attribuisce il compito di penetrare per empatia in un altro soggetto”. Di contro a questa maniera artificiosa di raffigurare la comprensione di un altro soggetto, Heidegger rivendica che “io lo comprendo a partire dal mondo nel quale esso è con me”⁸³. Non devo, cioè, ‘entrare nell'altro’, in quanto siamo già compenetrati l'uno dell'altro e questa compenetrazione reciproca è, appunto, quel ‘mondo’, quella struttura relazionale a partire dalla quale ‘ci’ rendiamo comprensibili l'uno all'altro: senza questo essere da sempre assegnati alla reciproca comprensibilità, nessuna comprensione empatica sarebbe mai possibile. Proprio per questo, non ha senso raffigurarsi l'empatia come un ‘entrare’ nell'altro.

Ora, che si sia o meno d'accordo con le tesi heideggeriane, esse hanno tuttavia un pregio. Questo sta nel portare allo scoperto un presupposto antropologico implicito – sia esso consaputo o meno – del dibattito in esame. Tale presupposto è – sia detto con una certa rudezza – quello di una soggettività che si concepisce strutturalmente come solipsistica, isolata e, come tale, capace solo di quei rapporti di cui si pensa o si pretende artefice: rapporti che, proprio per questo, sono ‘artificiali’, cioè prodotti solo a partire dalla sua attività, trascurando del tutto le condizioni di tale attività: condizioni che, in questo senso, non sono né soggettive, né oggettive, cioè: non sono tali da lasciarsi ridurre entro la relazione soggetto-oggetto che è invece il campo proprio in cui quell'attività si dispiega. Di qui allora quella dialettica singolare – di cui la *Fenomenologia dello spirito* di

⁷⁹ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 328, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 294.

⁸⁰ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., pp. 329–330, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 296.

⁸¹ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 331, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., pp. 297–298.

⁸² Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., pp. 331–332, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 298.

⁸³ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 335, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 301.

Hegel offre ad esempio una sintesi paradigmatica – in cui le diverse forme con cui la ‘coscienza’ cerca di realizzare dei rapporti stabili – teoretici o pratici – con alcunché che le si presenta come ‘opposto’, cioè come *objectum*, *Gegenstand*, si capovolgono in altrettante dimostrazioni della loro insufficienza⁸⁴.

Se da un lato, cioè, l’aspirazione che sta sotto alla corrente *L&E* è quella di prendere le distanze da una certa visione del diritto di tipo ‘illuminista’ o ‘razionalista’, tuttavia pare restare impregiudicato proprio quell’assunto antropologico di tipo individualista che a quella concezione fa da sfondo e che anzi la giustifica⁸⁵. Certo: il richiamo all’emotività e al suo ruolo vorrebbe conseguire, grazie anche all’apporto di altri campi disciplinari, un diverso terreno su cui fondare non solo l’attività e il ruolo del giudice, ma anche – più ampiamente – del diritto: rivendicando la sua funzione di garante di quel ‘baseline’ che rederebbe possibile – anche nel ‘politeismo dei valori’ – l’organizzazione sociale dei rapporti intersoggettivi. E tuttavia, come mi pare mostri proprio l’esempio dell’ira, l’emozione così intesa rischia di essere l’ennesima riproposizione di quello stesso assunto individualistico e solipsistico, con l’aggravante, per di più, di togliere di mezzo anche quel sistema di garanzie e di contrappesi a cui rinviano – pur con tutte le loro deficienze – il modello dello stato di diritto e il principio di legalità.

Allo stesso tempo, proprio l’esigenza di superare l’idea di una soggettività che, strutturalmente separata, non può incontrare altro che ‘oggetti’, sembra conferire una profondità all’indagine sul ruolo dell’emotività nel diritto e, più nello specifico, nella decisione giudiziale qualora si prenda sul serio un’altra indicazione heideggeriana: secondo la quale “in fondo, ogni stato d’animo – è un essere ibrido, in parte oggettivo e in parte soggettivo”⁸⁶.

Come si sa, le molte pagine che Heidegger riserva all’analisi delle emozioni e dei sentimenti sono tappe fondamentali del suo tentativo di comprendere la costituzione d’essere della soggettività in un’ottica profondamente diversa da quella della ontologia tradizionale. Il soggetto, infatti, è caratterizzato da un suo peculiare modo d’essere, l’*esistere*, che ne fa qualcosa di completamente diverso da tutti gli altri ‘enti’, ne fa un *Dasein*. In questa prospettiva, la sua indagine sui fenomeni emotivi sposta l’attenzione dal loro ruolo biologico o psicologico o gnoseologico o sociologico al loro ruolo ‘ontologico’, cioè al ruolo che essi hanno rispetto ad una soggettività intesa come essere-nel-mondo.

Il modo primario in cui si manifesta la strutturale relazionalità del soggetto

⁸⁴ Per una ricostruzione di questa dinamica si veda Chierighin F., *La «Fenomenologia dello spirito di Hegel»*. Introduzione alla lettura, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1994.

⁸⁵ Sul tema si veda Zanuso F., *Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in *Custodire il fuoco*, a cura di Zanuso F., FrancoAngeli, Milano 2013, pp. 15–82.

⁸⁶ Heidegger M., *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1983, p. 132, Heidegger M., *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo – Finitezza – Solitudine*, (tr. it. C. Angelino), Il melangolo, Genova 1999, p. 117.

così inteso, infatti, non è, ad avviso di Heidegger, nessuno di quelli tradizionalmente invocati da una certa antropologia (e – potremmo qui aggiungere – anche dalle opposte visioni del diritto e della decisione che di volta in volta privilegiano l'uno o l'altro), ossia: il conoscere o il volere. Tanto il conoscere quanto il volere implicano infatti un certo andare o dirigersi del soggetto verso le cose. Come si è visto, però, questo andare verso le cose in tanto è possibile solo in quanto *in un certo qual modo* si è già presso le cose. Per potersi dirigere-verso bisogna che ciò verso cui ci si dirige abbia in qualche modo già dato notizia di sé, senza però anticipare in nulla l'apporto specifico del conoscere e del volere. È necessario, cioè, che questo essere *già presso* non renda insensato quel complesso di attività conoscitive e pratiche con cui si va verso le cose.

Questo modo di accesso originario è quello che Heidegger indica come il trovarsi in una certa situazione emotiva, in un certo 'stato d'animo', per così dire. Il "come ci si trova", il come ci si sente non è solo una modalità propria del nostro essere nel mondo, ma è, anzi, quella modalità che orienta sin da principio le forme – teoretiche o pratiche – in cui quell'essere nel mondo si declina, ed è, al contempo, il modo in cui ci si dispone ad accogliere ciò che via via prende forma attraverso il conoscere e il volere. Il trovarsi in un certo stato emotivo o in una data situazione emotiva è quell'apriori⁸⁷ che dischiude all'esserci il mondo al quale è da sempre assegnato.

È importante tenere presente che, nella prospettiva di Heidegger, questo 'trovarsi' non è un dato psicologico ma è, in senso proprio, un carattere 'ontologico', in quanto distintivo e rivelativo del modo d'essere proprio di un certo tipo di 'enti': "Una pietra non si trova mai, ma è soltanto sottomano; un animale primitivo unicellulare invece può già trovarsi, dove questo trovarsi può anche essere la più grande e la più oscura ottusità"⁸⁸. Per questa ragione, non solo "[l]o stato d'animo fa parte dell'essere dell'uomo"⁸⁹, per cui non si dà mai un uomo che non si trovi in un determinato stato d'animo, ma proprio lo stato emotivo è il primo indicatore di quel particolare modo d'essere che caratterizza in modo specifico l'uomo. Così, ad esempio, un'emozione come quella della paura, a cui Heidegger dedica intense pagine⁹⁰, rivela la costituzione ontologica fondamentale della soggettività umana, che è quella di un ente che è il proprio aver-da essere ed è, quindi, consegnato a se stesso.

⁸⁷ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 354, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 317.

⁸⁸ Heidegger, *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, cit., p. 352, Heidegger *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, cit., p. 315.

⁸⁹ Heidegger, *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*, cit., p. 96, Heidegger, *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo – Finitzza – Solitudine*, cit., p. 87.

⁹⁰ Heidegger M., *Sein und Zeit*, 19° ed., Niemeyer, Tübingen 2006, pp. 140–142, Heidegger M., *Essere e tempo*, (tr. it. P. Chiodi), Longanesi, Milano 1976, pp. 179–182.

Riconsiderata alla luce di queste indicazioni, l'indagine sul ruolo di emozioni e sentimenti nella decisione giudiziale può forse acquisire un altro rilievo nella esplorazione di un diverso modo di pensare il diritto – diverso, almeno, rispetto all'edificio concettuale costruito sulla pietra angolare della idea moderna di soggettività⁹¹ – o può, più umilmente, consentire di dubitare del fatto che una tazza di caffè⁹² possa essere altrettanto efficace quanto le emozioni nel catalizzare le energie cognitive e conative da cui si sprigiona un atto decisionale⁹³.

6. Un modello kantiano

Come si è visto, tanto chi invoca quanto chi teme un ruolo normativo dell'emotività nella decisione giudiziale lo fa in nome di una esigenza minimale: quella che vengano preservate le condizioni dell'intersoggettività, condizioni che poi, concretamente, sono diversamente interse a seconda che si adotti – uso qui una classificazione proposta da Sellers⁹⁴ – una concezione tecnocratica, romantica, postmoderna o totalitaria del diritto. La stessa idea di un giudice la cui decisione sia espressione di un comune sentire risponde, da quanto spunto di vista, ad una esigenza non così lontana da quella che animava un certo formalismo, cioè: l'idea di un giudizio che definisca la regola di composizione dei contrapposti interessi delle parti in nome di un criterio capace di superare e al contempo inverare le pretese parziali, dando loro un radicamento intersoggettivo.

Come si ricordava più sopra, ammesso che non sia possibile prescindere dalle emozioni, la questione è quella di individuare una componente affettiva della decisione che appaia, sul piano soggettivo, le condizioni per l'imparzialità del giudizio. Perché ciò accada, essa deve agire come freno inibitore del punto di vista soggettivo di chi decide, dei suoi pregiudizi, dei suoi *biases* anche emotivi, pur condividendone la stessa natura emozionale, pur rampollando dalla loro stessa fonte.

Se le emozioni sono, heideggerianamente, quella forma di accesso al mondo che precede ogni fare e ogni giudicare, si tratta di individuare qualcosa che possa configurarsi come il pre-giudizio della imparzialità e che, non dissimilmente

⁹¹ In questa direzione mi pare vada anche la proposta, che accoglie le istanze dell'approccio fenomenologico, formulata in relazione al ruolo dei sentimenti nell'argomentazione giuridica da Hänni J., *Phänomenologie der juristischen Entscheidung. Zur Bedeutung des Gefühls in der praktisch-juristischen Argumentation*, in *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, a cura di Landweer H., Koppelberg D., Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016, pp. 227–248.

⁹² Cfr. Rapp, *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, cit., p. 33.

⁹³ Sulla funzione delle emozioni quali "schemi della ragion pratica", ossia come unità mediatrice degli "estremi divaricati e contrapposti della *cognitio iners* e del *principium executionis* dell'agire" si veda Chierighin F., *Emozione, comprensione e azione nell'opera d'arte*, in *Verifiche*, 2011, XL, 1–3, pp. 74–75.

⁹⁴ Sellers M. N. S., *Law, Reason, and Emotion*, in *Law, Reason and Emotion*, a cura di Sellers M. N. S., Cambridge University Press, Cambridge 2017, pp. 11–31.

da quanto riesce a fare qualsiasi altra emozione, sia capace di catalizzare tanto le energie intellettive – dell’attenzione, della memoria, del vaglio critico – quanto quelle appetitive – grazie alle quali ci si risolve in una decisione.

Credo che un buon modello di riferimento possa ritrovarsi nel modo in cui Kant configura il *sentimento del rispetto* (*Achtung*) e nel ruolo che gli riconosce⁹⁵. È noto che il sentimento del rispetto ha uno statuto affatto peculiare: esso infatti, pur rientrando nell’orizzonte della sensibilità, in quanto è un sentimento, è tuttavia unico, in quanto è l’unico sentimento che non viene attivato da uno stimolo esterno al soggetto, ma è prodotto soltanto dalla ragione⁹⁶, è, per così dire, autooriginato ed è per questo conoscibile interamente apriori⁹⁷. Proprio questo suo carattere fa sì che esso indirizzi il soggetto che lo prova verso qualcosa che non si lascia risolvere nella particolarità dei suoi interessi o dei suoi impulsi sensibili, ma verso ciò che, sul piano pratico, sul piano dell’agire, è espressione della massima universalità cioè, la legge morale stessa, quella legge in virtù della quale la ragione dà prova, sul piano pratico, della sua incondizionatezza e libertà⁹⁸.

Il sentimento del rispetto è quindi l’unico adeguato all’universalità della legge morale, l’unico capace di renderla efficace in un soggetto finito nel quale agiscono, potentemente, stimoli ed inclinazioni sensibili. Questo è infatti il compito del rispetto: quello di consentire che la legge morale, e con essa una volontà capace di determinarsi senza restare intrappolata nelle panie dell’arbitrio, sia l’unico movente dell’azione: anzi a tale punto il suo ruolo è decisivo che Kant non esita ad affermare che “il rispetto per la legge non è movente alla moralità, ma è la moralità stessa considerata soggettivamente come movente”⁹⁹, è – per usare le parole di Heidegger – “la maniera in cui può in generale farmisi incontro la legge morale come tale”¹⁰⁰.

⁹⁵ Theis R., *Respect de la loi, respect de la personne: Kant*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 2005, 103, 3, pp. 331–346, ricorda che il termine ricorre circa trecento volte nel corpus kantiano.

⁹⁶ Kant, I., *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Bd. IV, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968, IV: 405, Kant, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, (tr. V. Mathieu), Rusconi, Milano 1994, 75n: “Ma, sebbene il rispetto sia un sentimento, esso tuttavia non è punto un sentimento ricevuto per un’azione esterna, bensì prodotto da sé, per un concetto della ragione. Esso si distingue perciò specificamente da tutti i sentimenti del primo tipo, che si possono riportare o a inclinazione o a timore”.

⁹⁷ Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie-Textausgabe, Bd. V, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968, V, p. 78, Kant, I., *Critica della ragion pratica*, (tr.it. da V. Mathieu), Bompiani, Milano 2017, p. 165.

⁹⁸ Sullo statuto della legge morale e il ruolo del rispetto cfr. Chiereghin F., *Il problema della libertà in Kant*, Verifiche, Trento, 1991, pp. 63–116; Schadow S., *Achtung für das Gesetz. Moral und Motivation bei Kant*, Vol. 171, Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter, Berlin/Boston 2013; Falduto A., *The Faculties of the Human Mind and the Case of Moral Feeling in Kant’s Philosophy*, Bd. 177, Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter Berlin/Boston 2014, 177, pp. 217–238.

⁹⁹ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., V, p. 76, Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 169.

¹⁰⁰ Heidegger M., *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975, p. 191, Heidegger M., *I problemi fondamentali della fenomenologia*, (tr. it. A. Fabris), Il melangolo, Genova 1999, p. 129.

La disciplina che la libertà della legge morale impone è durissima: essa infatti richiede che vengano tenuti a freno tutti quegli impulsi che vengono a condensarsi nell'amore di sé e nella superbia, e che portano l'individuo a fare di sé e del proprio arbitrio "il motivo determinante oggettivo della volontà in genere"¹⁰¹, fino a elevarlo a principio supremo dell'azione. Il sentimento del rispetto è ciò che consente che questa battuta d'arresto non si traduca in una paralisi dell'azione, ma che il soggetto si determini ad agire in virtù di qualcosa che non si lascia ridurre al piano degli interessi particolari e che è quindi la condizione alla quale è possibile prospettare una regola concreta dell'azione – una massima – che valga intersoggettivamente, fino al limite della sua universalizzabilità.

Mi sembra che, relativamente alle questioni che sono qui in discussione, sia da tenere in massimo conto il fatto che nella *Achtung* si dia a vedere una forma di affetto che, a differenza dei sentimenti empirici che possono cogliere solo valori relativi e condizionati, è capace dell'incondizionato¹⁰² e che proprio per questo rende possibile l'attuazione concreta, in una scelta d'azione, dell'autonomia della ragione. La configurazione del sentimento del rispetto, in altri termini, è quella di un movente che, nel suo essere massimamente soggettivo, è tuttavia indirizzato a ciò che, per la ragione stessa, è talmente oggettivo da presentarsi come un fatto, anzi come l'unico vero "Factum der reinen Vernunft"¹⁰³, l'unico fatto della ragione pura.

La pregnanza della *Achtung*, laddove si tratta di valorizzare la funzione normativa della componente emotiva della decisione giudiziale, risulta rafforzata se si presta attenzione ad un altro degli elementi che concorrono a definire il significato, in particolare quell'elemento che porta Kant a indicare nella *reverentia* il corrispettivo del termine tedesco¹⁰⁴. Come noto, infatti, *reverentia* è a sua volta la traduzione dei termini greci *aidos* ed *eulabeia*. Se entrambi indicano quell'atteggiamento di pudore, circospezione e timore reverenziale che connotano il timore di Dio, in particolare il termine *aidos* è riservato per qualificare tutto ciò che deriva da questo atteggiamento dell'uomo nei confronti della divinità, ossia: "l'osservazione dei vincoli superindividuali, il timore nei confronti di ciò che va oltre il *metron*"; come tale, *aidos* è "rispetto per la giustizia (*dike*) e per le leggi della *polis* e ha come suo contrario la violenza (*hybris*)"¹⁰⁵.

Per quanto possa apparire banale ricordarlo, nel contesto della decisione

¹⁰¹ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., V, p. 74, Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 165.

¹⁰² Per questa funzione 'valutativa' del rispetto cfr. Goy I., *Immanuel Kant über das moralische Gefühl der Achtung*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2007, 61, 3, pp. 337–360.

¹⁰³ Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., V, p. 31, Kant, *Critica della ragion pratica*, cit., p. 89.

¹⁰⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten*, cit., VI, p. 402, Kant., *La metafisica dei costumi*, cit., p. 255.

¹⁰⁵ Menegoni F., *Critica del giudizio. Introduzione alla lettura*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995, p. 99. Sul termine *aidos* si veda, più diffusamente, Cairns D. L., *Aidōs. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford University Press, Oxford 1993.

giudiziale il primo e fondamentale atto di *hybris* starebbe proprio nel trascurare il fatto che se c'è un giudice è perché c'è una controversia e che ciò su cui il giudice deve prendere la decisione è proprio sugli esiti del confronto dialettico fra le parti. Così, con una certa elasticità, l'esigenza che venga garantita l'imparzialità della decisione può essere letta come la trasposizione nell'aria densa e spessa dell'esperienza giuridica di quanto si dà a vedere nell'atmosfera tersa della fondazione della morale, ovvero sia l'esigenza di una decisione che non si lasci condizionare da fattori (interessi, preferenze, scopi, pressioni) precostituiti e in questo senso esterni all'ambito definito e articolato dalle ragioni invocate ed esibite dalle parti all'interno del quadro giuridico di riferimento, una decisione che possa essere presa sulla base di ciò che ha sostenuto e superato la dialettica del contraddittorio¹⁰⁶.

Se vi sia uno stato emotivo adeguato a sostenere lo sforzo richiesto da una decisione imparziale siffatta, credo che i suoi tratti identificativi non possano scostarsi molto da quelli con cui Kant delinea il sentimento del rispetto. In altri termini, l'imparzialità richiede una certa qual forma di autonomia che il modello offerto dal sentimento del rispetto sembra consentire si attui sotto vari profili anche nell'ambito specifico della controversia.

In primo luogo, esso è in grado di operare come movente soggettivo, ma non soggettivistico, dal momento che impone una battuta d'arresto proprio a quelle pulsioni o inclinazioni egoistiche che caratterizzano ogni chiusura autoreferenziale dell'individuo. In tal modo il rispetto manifesta e attua come condizione dell'autonomia il fatto che la soggettività del decidente, il suo "amor proprio" e la sua "superbia" – cioè la pretesa di erigere il proprio punto di vista a fondamento della decisione – vengano inibiti.

Al contempo, poiché esso porta ad effetto la capacità della ragione di essere per se stessa pratica, esso si presenta come un sentimento che dà il massimo impulso alla piena realizzazione delle potenzialità della ragione. Come la *Achtung* in ambito morale indirizza a considerare qual unico motivo la legge morale, ossia quello che per Kant configura l'unico fatto della ragione, così il movente soggettivo della decisione deve essere capace di indirizzare il decidente solo a ciò che dà prova di resistere ai tentativi di confutazione e non lascia adito ad alcun ragionevole dubbio. In questo modo, ciò in base a cui il decisore decide non è l'autoreferenzialità della propria volontà, ma qualcosa che gli si presenta come un 'fatto' razionalmente innegabile, perché 'fattosi' attraverso il confronto dialettico fra le parti.

Su queste basi, pare venire meno anche la distinzione fra ciò che è 'soggettivamente' vantaggioso per il decisore da ciò che è 'oggettivamente' vantaggioso

¹⁰⁶ Sul tema, cfr. Sommaggio P., *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*, FrancoAngeli, Milano 2012.

per la decisione. La decisione, piuttosto, si configura come qualcosa che è possibile solo dall'armonizzarsi dei diversi lati, qualcosa che, nella sua complessità, abbisogna dell'accordo di soggettivo e oggettivo e, in questo senso, si costituisce sin da principio come la sintesi di processo e risultato. Il paradigma concettuale del rispetto, infatti, è quello di una componente affettiva che non si sostituisce né alla intellesione né alla volontà, ma appresta le condizioni per l'incontro della componente cognitiva e di quella conativa senza del quale non può avere propriamente luogo alcuna decisione razionale. Esso fornisce il modello di un certo modo d'essere dell'affettività che, lungi dall'ottenebrare le capacità critiche necessarie per ogni buona decisione, rende al contempo possibile il loro incontro con l'energia impulsiva necessaria laddove ci si risolve per porre in essere quella norma particolare e concreta che è costituita dalla decisione giudiziale.

7. Una conclusione

Una rapida ricapitolazione del cammino percorso può essere d'aiuto, a questo punto, per trarre le fila del discorso fin qui svolto.

Come si è visto, è da tempo in atto un generale ripensamento del ruolo che le emozioni hanno nello svolgimento delle normali attività di ciascun individuo. In particolare, sulla spinta anche di cospicue e accreditate ricerche in ambito neuroscientifico, si è fatta via via sempre più strada la convinzione che le emozioni, lungi dall'essere degli agenti di disturbo della decisione razionale, ne siano invece un momento integrante.

Da almeno due decenni fioriscono studi volti ad esplorare le conseguenze che ciò può avere nel contesto giuridico e, soprattutto in ambito di *common law*, vi sono numerosi studi dedicati in modo specifico alla decisione giudiziale: la sua rilettura attraverso questi nuovi strumenti ermeneutici, infatti, viene vista come una via per ripensare non solo il tipo di dinamiche sottese ai processi decisionali, ma addirittura per ridiscutere la ragion d'essere del diritto.

Pur tra le differenze che caratterizzano i vari approcci e le molte prese di posizione, il ruolo delle emozioni appare caratterizzato da un triplice profilo, che può essere sintetizzato come fisiologico, patologico e deontologico o normativo. Come si è visto, è proprio quest'ultimo a rivestire un particolare interesse perché viene presentato – da alcuni – come la via per mettere definitivamente in discussione un certo modello di diritto quale ambito dominato da una razionalità asettica, di tipo vagamente formalistico, incapace di dare risposte soddisfacenti alle concrete istanze della società, di cui il giudice deve invece farsi interprete proprio nel momento in cui pone in essere la norma del caso.

Dati questi presupposti, non stupisce allora che siano in atto tentativi di definire quali siano le emozioni appropriate, cioè quali emozioni debbano au-

spicabilmente essere presenti al fine di conseguire questo risultato. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, un tratto distintivo delle proposte in campo è quello di configurare delle componenti affettive che non possono essere poste a presidio di un giudizio imparziale, ossia di un giudizio il cui esito decisionale non sia l'imposizione del punto di vista particolare di un determinato soggetto che si intesta di essere o il depositario di un comune sentire o il garante di un assetto assiologico indiscutibile.

Anche laddove si fa ricorso alla nozione di empatia, si paga il prezzo di confinare il fenomeno emotivo alla pura dimensione psicologica, trascurandone la sua valenza ontologica o esistenziale, cosicché viene persa di vista quella originaria e strutturale apertura all'incontro intersoggettivo di cui esso è invece una manifestazione. Il fenomeno giuridico, nel suo complesso, non appare caratterizzato da tratti distintivi radicalmente diversi da quelli in cui lo ha modellato l'individualismo moderno, né la decisione giudiziale pare arricchirsi di tratti particolarmente innovativi: anzi, essa semmai viene ad essere il momento, invero inquietante, in cui domina il soggettivismo più sfrenato, il cui unico vincolo resta quello dell'obbligo di motivazione.

Su queste basi, lavorando sul modello kantiano del sentimento del rispetto, si è cercato così di configurare un tipo di fenomeno affettivo che, nel suo essere indubbiamente e indiscutibilmente soggettivo, non sia però soggettivistico, dal momento che la sua primaria funzione è quella di inibire la pretesa di elevare il proprio punto di vista a unico criterio a cui informare la decisione. Come si è visto, esso pare particolarmente adatto ad apparecchiare le condizioni soggettive perché venga valorizzato, ai fini della decisione, il contraddittorio fra le parti. Al centro del giudizio viene così rimesso ciò da cui tale giudizio ha tratto impulso e ciò in virtù di cui esso esiste, ossia una controversia che si svolge nel confronto fra opposte ragioni di fronte a qualcuno che è non solo terzo nei fatti o nel ruolo, ma è terzo anche nel suo *habitus* mentale in quanto non prende le parti di nessuno, né dei contendenti né di un supposto 'sentire comune', ma piuttosto si dispone ad accogliere solo ed esclusivamente ciò che si fa avanti con la forza della sua innegabilità.

Bibliografia

- Abrams K., H. Keren, *Who's Afraid of Law and the Emotions?*, in *Minnesota Law Review*, 2010, 94, pp. 1997–2074.
- Bandes S., *Introduction*, in *The Passions of Law*, a cura di Bandes S., New York University Press, York and London 1999, pp. 1–15.
- Bandes S., *Empathetic judging and the rule of law*, in *Cardozo Law Review De Novo*, 2009, 63, pp. 133–148.

- Bandes S., Blumenthal J. A., *Emotion and the Law*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2012, 8, 1, pp. 161–181.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 1999.
- Ben-Ze'ev A., *The Thing Called Emotion*, in *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, a cura di Peter Goldie, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 41–61.
- Bergman Blix S., Wettergren Å., *A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary*, in *Emotion review*, 2016, 8, 1, pp. 32–37.
- Bornstein B. H., Wiener R. L. (a cura di), *Emotion in Legal Judgment and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–248.
- Bornstein B. H., Wiener R. L., *Introduction to the Special Issue on Emotion in Legal Judgement and Decision Making*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 115–118.
- Brožek B., *Le emozioni giuridiche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, III (numero speciale), pp. 107–130.
- Cairns D. L., *Aidōs. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford University Press, Oxford 1993.
- Callegari A., *Il giudice fra emozioni, biases ed empatia*, Aracne, Roma 2017.
- Canale D., *Il ragionamento giuridico*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino G., Schiavello A., Villa V., Giappichelli, Torino 2013, pp. 316–351.
- Cavalla F., *L'origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano 2017.
- Celano B., *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologico* in *Rivista di filosofia del diritto*, 2017, VI, 2, pp. 315–344.
- Chiereghin F., *Il problema della libertà in Kant*, Verifiche, Trento 1991.
- Chiereghin F., *La «Fenomenologia dello spirito di Hegel». Introduzione alla lettura*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1994.
- Chiereghin F., *L'eco della caverna. Ricerche di filosofia della logica e della mente*, Il Poligrafo, Padova 2004.
- Chiereghin F., *Emozione, comprensione e azione nell'opera d'arte*, in *Verifiche*, 2011, XL, 1–3, pp. 63–121.
- Chin D., *Sentencing: a Role for Empathy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2012, 160, 6, pp. 1561–1584.
- Civinini M. G., *Tono di voce incalzante e atteggiamento partecipativo e il giudice viene ricusato!!*, in *Questione Giustizia*, 2014, <http://questionegiustizia.it>. (cons. 26.06.2018).
- Damasio A. R., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, (tr. it. F. Macaluso, I. C. Blum), Adelphi, Milano 1995.
- Damasio A. R., *The Feeling of What Happens. Body and Emotion in the Making of Consciousness*, Harcourt, Orlando 1999.

- Damasio A. R., *Emozione e coscienza*, (tr. it. S. Frediani), Adelphi, Milano 2000.
- Damasio A. R., *Alla ricerca di Spinoza. Emozioni, sentimenti e cervello*, (tr. it. I. C. Blum), Adelphi, Milano 2003.
- Damasio A. R., *Looking for Spinoza. Joy, Sorrow and the Feeling Brain*, Harcourt Orlando 2003.
- Damasio A. R., *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, Penguin Putnam, New York 2005.
- Damasio A. R., *Self Comes to Mind: Constructing the Conscious Brain*, Pantheon, New York 2010.
- Deigh J., *Empathy, Justice, and Jurisprudence*, in *The Southern Journal of Philosophy*, 2011, 49, pp. 73–90.
- Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino 2009.
- Falduto A., *The Faculties of the Human Mind and the Case of Moral Feeling in Kant's Philosophy*, Bd. 177. Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter Berlin/Boston 2014.
- Ferrajoli L., *Deontologia giudiziaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, 13, pp. 497–511.
- Forza A., Menegon G., Rumiati R., *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Il Mulino, Bologna 2017.
- Fuselli S., *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Noi non «siamo» i nostri cervelli*, a cura di Palazzani L., Zannotti R., Giappichelli, Torino 2013, pp. 53–77.
- Fuselli S., *Diritto neuroscienze filosofia. Un itinerario*, FrancoAngeli, Milano 2014.
- Fuselli S., *Logoi enuloi. Aristotle's Contribution to the Contemporary Debate on Emotions and Decision-Making*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di Huppel-Cluysenaer L., Coehlo N. M. M. S., Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 91–111.
- Galuppo M., *Law and Emotion: How Empathy Forms the Judges' Sense of Justice*, in SSRN Scholarly Paper ID 2627363. Rochester 2015, NY: Social Science Research Network. <https://papers.ssrn.com/abstract=2627363>. (cons. 26.06.2018).
- Goy I., *Immanuel Kant über das moralische Gefühl der Achtung*, in *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2007, 61, 3, pp. 337–360.
- Grossi R., *Understanding Law and Emotion*, in *Emotion Review*, 2015, 7, 1, pp. 55–60.
- Hänni J., *Phänomenologie der juristischen Entscheidung. Zur Bedeutung des Gefühls in der praktisch-juristischen Argumentation*, in *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, a cura di Hilge Landweer e Dirk Koppelberg, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016, pp. 227–248.

- Heidegger M., *Die Grundprobleme der Phänomenologie*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975.
- Heidegger M., *Prolegomena zur Geschichte des Zeitbegriffs*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1975.
- Heidegger M., *Essere e tempo*, (tr. it. P. Chiodi), Longanesi, Milano 1976.
- Heidegger M., *Die Grundbegriffe der Metaphysik. Welt – Endlichkeit – Einsamkeit*, Klostermann, Frankfurt a.M. 1983.
- Heidegger M., *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo – Finitezza – Solitudine*, (Tr. it. C. Angelino), Il melangolo, Genova 1999.
- Heidegger M., *I problemi fondamentali della fenomenologia*, (tr. it. A. Fabris), Il melangolo, Genova 1999.
- Heidegger M., *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, (tr. it. R. Cristin, A. Marini), Il melangolo, Genova 1999.
- Heidegger M., *Sein und Zeit*, 19° ed., Niemeyer, Tübingen 2006.
- Kant, I., *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Bd. IV, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968.
- Kant, I., *Kritik der praktischen Vernunft*, Akademie-Textausgabe, Bd. V, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968.
- Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Textausgabe, Bd. VI, Kants Werke, de Gruyter, Berlin 1968.
- Kant, I., *La metafisica dei costumi*, a cura di Nicolao Merker, (tr. G. Vidari), Laterza, Roma-Bari 1983.
- Kant, I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, (tr. V. Mathieu), Rusconi, Milano 1994.
- Kant, I., *Critica della ragion pratica*, (tr. da V. Mathieu), Bompiani, Milano 2017.
- Kersch K. I., *Systems and Feelings*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 289–303.
- Landweer H., Koppelberg D. (a cura di), *Recht und Emotion I. Verkannte Zusammenhänge*, Vol. 26, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg-München 2016
- Landweer H., Koppelberg D. (a cura di), *Recht und Emotion II. Sphären der Verletzlichkeit*, Vol. 28, Neue Phänomenologie, Karl Alber, Freiburg und München 2017.
- Maroney T. A., *Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 119–142.
- Maroney T. A., *The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion*, in *California Law Review*, 2011, 99, pp. 629–682.
- Maroney T. A., *Angry judges*, in *Vanderbilt Law Review*, 2012, 65, 5, pp. 1207–1286.
- Maroney T. A., *A Field Evolves: Introduction to the Special Section on Law and Emotion*, in *Emotion review*, 2016, 8, pp. 3–7.

- Maroney T. A., *Judicial Emotion as Vice or Virtue: Perspectives both Ancient and New*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di L. Huppès-Cluysenaer, N. M. M. S. Coehlo, Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 11–26.
- Menegoni F., *Critica del giudizio. Introduzione alla lettura*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1995.
- Meyler B., *Equity over Emptat*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 315–330.
- Moro P., Sarra C., *Introduzione*, in *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, a cura di P. Moro, C. Sarra, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 7–14.
- Nussbaum M. C., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- Nussbaum M. C., *L'intelligenza delle emozioni*, (tr. it. R. Scognamiglio), Il Mulino, Bologna 2004.
- Papaux A., *Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit*, in *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2009, XLVII, 144, pp. 105–119.
- Pillsbury S. H., *Harlan, Holmes, and the Passions of Justice*, in *The Passion of Law*, a cura di S. Bandes, New York University Press New York and London 1999, pp. 330–362.
- Posner E. A., *Law and the emotions*, a cura di University of Chicago Law School, Occasional papers from the Law School, the University of Chicago, Chicago 2001, Ill.: University of Chicago Law School. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/unchoocp42&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/unchoocp>. (cons. 26.06.2018).
- Posner R. A., *Emotion versus Emotionalism in Law*, in *The Passions of Law*, a cura di S. A. Bandes, New York University Press, New York and London 1999, pp. 309–329.
- Rapp C., *Dispassionate Judges Encountering Hotheaded Aristotelians*, in *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, a cura di L. Huppès-Cluysenaer, N. M. M. S. Coehlo, Law and Philosophy Library, Springer Switzerland 2018, pp. 27–49.
- Rignano E., *Psicologia del ragionamento*, Zanichelli, Bologna 1920.
- Salomon E., *Le juge pénal et l'émotion*, Thèse pour le Doctorat en Droit, en sociologie du droit, droit pénal et procédure pénale, Université Panthéon-Assas – Ecole doctorale de droit privé (Paris 2), 2015.
- Schadow S., *Achtung für das Gesetz. Moral und Motivation bei Kant*, Bd. 171, Kantstudien-Ergänzungshefte, de Gruyter, Berlin/Boston 2013.
- Sellers M. N. S. (a cura di), *Law, Reason, and Emotion*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.
- Sellers M. N. S., *Law, Reason, and Emotion*, in *Law, Reason and Emotion*, a cura

- di M. N. S. Sellers, Cambridge University Press, Cambridge 2017, pp. 11–31.
- Sommaggio P., *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*, FrancoAngeli, Milano 2012.
- de Sousa R., *Emotion*, a cura di Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/emotion/> (cons. 26.06.2018).
- Theis R., *Respect de la loi, respect de la personne: Kant*, in *Revue Philosophique de Louvain*, 2005, 103, 3, pp. 331–346.
- West R., *The Anti-Empathic Turn*, in *Nomos*, 2013, 53, pp. 243–288.
- Wiener R. L., Bornstein B. H., Voss A., *Emotion and the Law: A Framework for Inquiry*, in *Law and Human Behavior*, 2006, 30, pp. 231–248.
- Wristich A. J., Rachlinski J. J., Guthrie C., *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?*, in *Texas Law Review*, 2014, 98, 855, pp. 317–330.
- Zanuso F., *Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in *Custodire il fuoco*, a cura di F. Zanuso, FrancoAngeli, Milano 2013, pp. 15–82.
- Zipursky B. C., *Anti-Empathy and Dispassionateness in Adjudication*, in *Nomos* 2013, 53, pp. 304–314.

PAOLO SOMMAGGIO

*Positività giuridica e usi (alternativi) del diritto.
Per la democrazia nel processo*

ABSTRACT: The essay proposes a survey on the concept of 'extra-legal' positivity of law, understood as the set of legal arguments for (external) justification of the sentencing. The research traces its evolution: from the use of topics in the studies of Viehweg (50s-60s), through the alternative use of law (ideological current of the 70s), the transformation into the idea of living law (current of the 80s) and subsequently in an antagonistic formula with respect to the traditional production of law. Since the years 2000s courts in fact develop a tendency to replace the legislature as a central figure in the creation of law: a real schizophrenic antithesis between law intended as political rule (coming from the legislator) and law as an argumentative rule (posed by the judges) that substitutes the function of the parties in trial with a clear deficit of democracy.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'emergere della questione. 3. Il ragionamento decisorio nell'epoca delle *rule*. 4. Dalle *rule* agli *standard*. 5. Dall'uso alternativo del diritto al diritto vivente. 6. Dal diritto vivente all'uso alternativo dei diritti. 7. Una proposta socratica (e democratica).

1. Introduzione

Negli ultimi anni in Italia, così come in Spagna, molti giuristi che svolgono ruoli di primo piano nella realtà giuridica si misurano con alcune tematiche di teoria del diritto e, in senso lato, di filosofia del diritto¹. Non possiamo che plau-

¹ Tra i molti si vedano almeno Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna 2005; Irti N., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007.

dire a queste iniziative, considerando quanto importanti possano essere, per lo statuto scientifico della materia, i contributi e le riflessioni di chi ha maturato con impegno e passione una vasta esperienza nei settori specialistici del diritto o nella pratica del Foro.

Occorre sottolineare come molte delle riflessioni di carattere squisitamente filosofico giuridico rimangano ancora oggi legate alla tradizione del diritto naturale, rinnovata nei temi grazie al notevole successo riscosso dai diritti umani². Tutto ciò a fronte di una apparente perdita di interesse verso quelle istanze positiviste e formaliste che, giorno dopo giorno, sembrano condannate ad assistere allo sgretolarsi delle loro certezze dogmatiche a cagione dei colpi che provengono da diverse direzioni³. Chiameremo queste due impostazioni culturali *right based* e *rule based*⁴. La differenza primaria che per il momento mi interessa far emergere è che mentre i primi considerano le prerogative personali e sociali in una posizione di preminenza rispetto allo strumento più adatto per porle in essere, i secondi ritengono che ogni prerogativa personale o sociale discenda da un sistema di regole formali poste da una fonte formale.

L'attuale contesto internazionale, comunitario e costituzionale sembra aver contribuito a trasformare l'impianto ordinamentale delle fonti ed il contenuto assiologico delle norme, sino a porre in crisi uno dei punti cardine del positivismo giuridico: il monopolio dello stato sovrano sulla produzione normativa. Di conseguenza il fenomeno della produzione del diritto si distribuisce oggi in una varietà di eventi che non consente di riferirsi al fenomeno della positività nelle forme consuete del pensiero della tradizione positivista otto-novecentesca.

Anche nella realtà spagnola, forti sono le critiche al formalismo avanzate dalla concezione argomentativa del diritto che, riscoprendo la matrice linguistica ed informale della logica giuridica, ha cercato di superare l'impostazione deduttivista, aprendosi ad un tipo di ragionamento giuridico più elastico ed in

² Sul punto non posso far altro che rimandare alla copiosa letteratura sul tema dei diritti umani. Tuttavia, per una breve introduzione alle questioni e alle tematiche sollevate nel campo dei diritti umani (*human rights*) si consiglia la lettura di: Callaway R. L., Harrelson-Stephens J., *Exploring international human rights: essential readings*, Lynne Rienner Pub., Boulder 2007.

³ Per inciso possiamo ricordare che i più strenui difensori del formalismo – Bulygin ed Alchourrón – hanno riconosciuto l'esistenza di altre forme di giustificazione giuridica diverse dal modello deduttivo, pur non approfondendole; si veda a riguardo *Entrevista a Eugenio Bulygin*, (per Ricardo Caracciolo), in *Doxa*, 14.

⁴ Tale concezione è una mia rielaborazione di quanto espresso in alcune delle opere di Ronald Dworkin. L'autore in questione riteneva infatti che il Diritto fosse formato da principi (*principles*) e regole (*rules*). Queste ultime, in particolare, avrebbero avuto un peso differente rispetto alle regole che, invece, dovevano applicarsi in un modo che lo stesso Dworkin definiva *all-or-nothing*. In questo testo, ho ritenuto tuttavia più appropriato usare la dicitura regole (*rules*) e diritti (*rights*). Sul punto cfr., ad esempio, Dworkin R. M., *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge 1977.

accordo con i sempre più rapidi mutamenti sociali e politici⁵. Il rischio, in questi casi, appare quello di avvicinarsi troppo ad un tipo di prassi che riduce il diritto ad una semplice pratica sociale, sfornita di garanzie razionali di accettabilità⁶.

Questa concezione, dunque, sembra aver intrapreso una strada alternativa rispetto al positivismo di stretta osservanza, ispirandosi ad una concezione avvicinata ad un moderato realismo.

In Spagna, come nel nostro Paese, infatti, la crisi del positivismo è sfociata in forme di positivismo 'morbido', ovvero inclusivo di una prospettiva assiologica oppure in un pragmatismo di tipo argomentativo⁷.

Siamo dunque di fronte ad un bivio: da un lato l'astrattezza della disposizione che nasce da una discussione parlamentare spesso percepita come astrusa e frutto di compromessi, dall'altro lato la concretezza di provvedimenti che risolvono problemi pratici.

2. L'emergere della questione

Come due sembrano i punti di partenza – *right* e *rule* – così due sono gli atteggiamenti razionali verso questo fenomeno: il ricorso ad una ragione 'formalista' (astratta) o l'appello ad una 'ragione pratica' (fin troppo concreta).

Il problema sembra riposare nel collegamento tra il diritto progettato dal legislatore nella disposizione e il diritto praticato nel foro: un complesso gioco di rimandi tra la emanazione e la concretizzazione. Questo fenomeno costituisce una rete inestricabile che si è decisamente allontanata dalla concezione tradizionale secondo cui il legislatore produce la regola astratta, mentre il giudice la applica al caso concreto: oggi il giudice pretende, non senza ragioni, di entrare nel novero delle fonti di diritto.

Partiamo, dunque, dalla constatazione secondo cui, mentre ogni disposizione di legge consiste in un progetto di regola, la sua determinazione concreta pone un problema di ragione giuridica che si presenta in molteplici forme⁸.

Tra una ragione giuridica pura (formalista, dogmatica) ed una ragione giuridica pratica (giurisprudenziale/sociologica) le strade che ci si parano d'innan-

⁵ Si veda a tale proposito Atienza M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006.

⁶ A tal proposito occorre ricordare come anche l'ermeneutica abbia, per certi versi, contribuito a portare allo scoperto la crisi del positivismo dato che, tanto che si indirizzi verso l'atto legislativo quanto verso i valori sociali, essa propone una teoria del diritto intesa come esito della attività dell'interprete, che si rivela decisamente più concreta rispetto alla costruzione dogmatica ed astratta propria del legislatore. Si veda Serna P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Ed. Comares, Granada 2005.

⁷ Per questi temi si rimanda a Villa V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 229 e ss.

⁸ Condividiamo sul punto un'importante osservazione di un illustre processualista italiano. Cfr. Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova 2008.

zi appaiono, nella loro originalità, decisamente molto ardue ed irte di insidie, soprattutto qualora decidissimo di intraprendere una terza via. Abbandonata infatti l'illusione neokantiana di poter risolvere il giuridico nella forma astratta della norma, sembra che il mondo di *Civil Law* stia procedendo verso la riscoperta di una ragione giuridica eminentemente pratica⁹.

Questo fenomeno che, ad un primo sguardo, potrebbe apparire come un inesorabile processo di *americanizzazione* degli ordinamenti di *civil law* coinvolge tanto l'Italia quanto la Spagna¹⁰.

La tentazione di risolvere i problemi giuridici attuali, riconoscendo esplicitamente un potere di vera e propria produzione del diritto da parte del giudice, sembra l'anticamera di una vera e propria svolta *realista*. Un blando realismo che cerca di prendere a prestito alcune formule dagli ordinamenti a tradizione di *Common Law* senza, peraltro, considerare il delicato equilibrio di pesi e contrappesi che, in quel contesto, la tradizione giuridica impone di seguire.

Cionondimeno questo lavoro, per parte sua, non solo cercherà di tenersi ben distante da questo tipo di tentazione, ma sarà ispirato ad un approccio che solleciti il ricorso a quella ragione giuridica che possiamo definire *critica*.

⁹ Dobbiamo questa osservazione a Norberto Bobbio che, durante il Congresso internazionale di filosofia giuridica e sociale di Milano Gardone del 1967, mutò le sue considerazioni circa il positivismo logico radicale, attraverso l'esplicazione di una serie di critiche circa l'avalutatività del giurista. Tali critiche sono state poi espresse nel saggio pubblicato l'anno successivo ed intitolato "Scienza Giuridica tra essere e dover essere". In tale opera l'autore lueggia la possibilità che la giurisprudenza sia prescrittiva, ovvero produttrice di norme, mutando in tal modo l'assetto delle fonti del diritto e uscendo da una prospettiva giuspositivista basata sulle *rules* per avvicinarsi ad una prospettiva basata su *rights*. Tale mutamento di prospettiva sarà successivamente ripreso ed esplicitato più chiaramente nel 1990 nella monografia intitolata *L'età dei diritti*. Cfr. Bobbio N., *Scienza Giuridica tra essere e dover essere*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1968, 4^a serie, XLV, p. 481; Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

¹⁰ Riprendiamo l'espressione da Filippo Sartori il quale, trattando il tema della azione di classe, sostiene che questa novità normativa "appare insomma una riforma simbolica che si inserisce nell'ambito del più generale fenomeno di americanizzazione del diritto", Sartori F., *Informazione economica e responsabilità civile*, Cedam, Padova 2011, p. 320 (vedi anche nota 384). In particolare, sul fenomeno della americanizzazione, Sartori rimanda a Mattei U., *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa Colonizzata*, in *Quaderni fiorentini*, (2002), pp. 401 e ss. La americanizzazione dei Paesi a diritto legislativo (come la Spagna e l'Italia) potrebbe essere posta in collegamento con le strategie che intendono imporre una economia di mercato globale. Un forte indizio di ciò potrebbe essere la preferenza attribuita dalla Banca Mondiale per sistemi di *Common Law*. Al contrario, i sistemi di *Civil Law* sarebbero fortemente svantaggiati da questo mutamento a cagione della loro impostazione giuridica di tipo statalista. Si veda, su questo tema, Somma A., *A proposito di processo, democrazia partecipativa e ruolo dei media*, in *Politica del diritto*, 2011, 1, pp. 123-142, in part. p. 124. L'autore aveva già trattato questi temi in Somma A. (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Torino 2007. Sul tema della influenza del *Common Law* sulle diverse esperienze di *Civil Law* e sul fenomeno della "americanizzazione del diritto" si veda anche il lavoro antologico: Carty A., *Law and Development*, Dartmouth pu. Ltd., New York 1992.

Quest'ultima, infatti, è in grado di promuovere l'identificazione e la progettazione di tecniche e di istituzioni di garanzia idonee ad assicurare il massimo grado di effettività ai valori fondamentali delle democrazie occidentali¹¹.

Un'armonizzazione non immediata, ma frutto di una attività razionale e *critica* che consenta di colmare quel vallo che sussiste tra il progetto di norma posto dallo stato e la sua determinazione concreta, attraverso il diritto praticato.

Non bisogna dimenticare infatti che tra il diritto posto ed il diritto praticato sussiste un fenomeno che è il processo, ovvero il confronto oppositivo tra differenti modalità di determinazione. Se non si fa strada una ragione critica, il pericolo è una carenza di democraticità nelle nuove forme di produzione giurisprudenziale del diritto.

Se il giudice produce diritto, e lo fa all'interno di un contesto come il processo, allora anche questo ambito, come quello parlamentare, dovrebbe essere dotato di quelle caratteristiche minime di democraticità proprie dei sistemi di produzione giuridica di tutte le democrazie occidentali. Pena un violento *vulnus* di democraticità del giudice divenuto un sovrano *ab-solutus*.

3. Il ragionamento decisorio nell'epoca delle rules

Il passaggio da una ragione formale ad una ragione pratica che tende a professare un blando realismo, ha origini risalenti, ma non così antiche.

In Italia, come noto, la crisi del formalismo ha coinciso, in parte, con la migrazione della giurisprudenza verso lidi decisamente più *ideologici*. La ragione giuridica del formalismo, in altre parole, avrebbe ceduto alla ragione pratica della cd. *giurisprudenza supplente*, in particolare nel momento della giustificazione delle premesse sulla base delle quali i giudici arrivano, di volta in volta, ad una decisione¹².

Eppure il modello di ragionamento giuridico proposto dai formalisti sembrava – e, in un certo senso, sembra ancor oggi – essere adamantino. Secondo l'ideale illuminista, così ben espresso dal Beccaria, il giurista avrebbe avuto l'obbligo di attenersi ad un rigido schema secondo cui la prescrizione normativa avrebbe dovuto costituire la *pre-messa*, il punto di partenza, del suo ragionamento. Un ragionamento che, secondo il giurista milanese, si sarebbe dovu-

¹¹ Con la ragione critica, la democrazia costituzionale dovrebbe essere configurata come una costruzione di tipo reticolare, dove i nodi sarebbero rappresentati di volta in volta dalle differenti modalità in cui si armonizzano il diritto posto ed il diritto praticato.

¹² Tralasciando di approfondire per evidenti esigenze di opportunità la distinzione tra ragionamento decisorio (il cd. "contesto di scoperta") e giustificativo (reperibile nella motivazione), possiamo invece inquadrare brevemente la questione della giustificazione delle decisioni, al solo scopo di comprendere meglio la portata delle trasformazioni storicamente determinatesi in Italia.

to limitare ad una deduzione sillogistica¹³. Alla prescrizione normativa, infatti, avrebbe dovuto far seguito la descrizione del fatto, di modo che la conclusione del ragionamento potesse emergere ed apparire come quella conseguenza necessaria già prevista dall'ordinamento giuridico. In altre parole, l'ideale di ragionamento giuridico proposto dai formalisti, partendo da una premessa generale ed astratta (*rule*), mirava a raggiungere un risultato puntuale e concreto.

Le generalità (o premesse), in tale modello, erano già pre-determinate dallo stato sovrano che ne pretendeva il monopolio attraverso la riduzione di ogni fenomeno dell'esperienza alla legge generale ed astratta.

Se a ciò si aggiunge che uno dei corollari dell'approccio formalista imponeva di ritenere costante ed inalterato nel tempo il significato del testo legislativo, capiamo come, secondo i formalisti, la giustificazione esterna delle premesse poteva benissimo essere puramente indicativa: non vi è bisogno di alcuna giustificazione se la legge è sempre l'unica e la sola premessa utilizzabile; essa non deve essere giustificata poiché auto-evidente. Ecco che il ragionamento giuridico veniva a ridursi essenzialmente in una giustificazione interna. Giustificazione interna che, nel modello formalista, aveva le caratteristiche di un percorso obbligato di restringimento progressivo dall'astratto della legge al concreto del caso.

Il movimento del ragionamento aveva, in altre parole, una direzione precisa: dall'alto verso il basso e veniva formalizzato nel cd. *sillogismo pratico*, che doveva servire, negli intenti di Beccaria, come strumento di calcolo atto ad impedire ogni forma di ingresso di altre premesse. Il calcolo razionale, inoltre, era strutturato con lo scopo dichiarato di impedire l'ingresso nel processo delle "passioni"

¹³ Sostiene il Milanese che "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta alla incertezza", in Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, I, Milano 1984, p. 36. Per un interessante approfondimento, rimandiamo a Zanuso F., *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in Cavalla F. (a cura di), *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1996, pp. 175-219. Sulla figura del sillogismo, come forma del ragionamento nella realtà giuridica si veda: Wróblewski J., *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 33-46; la traduzione di questo saggio, corredata di osservazioni a margine è di Paolo Comanducci e si trova in Comanducci P., Guastini R., *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1987, pp. 277-309. Jerzy Wróblewski propone, come noto, questa definizione di sillogismo giuridico: "questa locuzione designa un tipo di ragionamento giuridico in cui, da due premesse (la norma giuridica applicata e un asserto relativo all'essersi la fattispecie verificata), si inferisce la conclusione applicativa del diritto, si inferisce cioè che la fattispecie ha conseguenze giuridiche, determinate sulla base della norma giuridica applicata", *ivi*, p. 277.

dei giudici¹⁴. Uno strumento per garantire gli ideali di certezza ed uguaglianza, ma soprattutto di controllo da parte del sovrano, poi divenuto collettività.

Ma, ahimè, con quali costi¹⁵!

E' evidente che questo ideale regolativo fu perseguito allo scopo di garantire al sovrano il pieno controllo del fenomeno giuridico. Tale modello, seppure in una sua versione molto raffinata, dal periodo illuministico transita sino al novecento e costituirà un riferimento quando si apriranno nuove possibilità di estensione dei significati degli enunciati normativi. In tal caso, l'espansione del significato linguistico delle espressioni del legislatore, pur costituendo un elemento di sicura novità e relativa libertà, non muterà significativamente la struttura sillogistica di ragionamento.

I criteri di estensione infatti rientreranno in quella che molti hanno salutato come una evoluzione del giurista-esecutore: la figura del giurista-interprete¹⁶.

L'unica differenza, rispetto al modello precedente, starebbe nel fatto che, a cagione dell'interpretazione, il ragionamento si 'arricchirebbe' anche di materiale extralegale, in un sistema che continua però a riconoscere un ruolo predominante (e di partenza/premessa/protasi del ragionamento) alla disposizione

¹⁴ Questa è certamente la giustificazione del sistema delle prove legali, ovvero del loro valore pre-determinato normativamente, che "rispondeva ad una esigenza di legalità, ossia di assoluta prevalenza del momento normativo (inteso in senso ampio, come vuole la teoria del diritto comune) sull'esperienza del caso concreto. Esso si pone come una sorta di contrappeso al potere del giudice", Nobili M., *Il principio del libero convincimento del giudice nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano 1974, p. 108.

¹⁵ Una considerazione da fare circa il 'sillogismo pratico' è che esso implica una concezione del sapere secondo cui la ragione umana può rappresentare la realtà grazie alla adozione di un metodo che garantisce la certezza del sapere: "Ovvio presupposto è che esistano, e il giudice li conosca, un 'vero' – cioè un unico – significato normativo della legge e un 'vero' svolgimento – cioè un'unica ricostruzione obiettiva – dei fatti", cfr. Fuselli S., *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*, in Cavalla F., *Retorica, processo, verità*, Cedam, Padova 2005, pp. 151-194. In quest'opera l'autore sostiene che ancora in epoca contemporanea il sillogismo perfetto di Beccaria costituisce il modello ideale di riferimento, temperato tuttavia dal potere del giudice di 'disposizione' sulla base di valutazioni personali di natura etico-politica: un margine di discrezionalità (arbitraria) ineliminabile (*Ivi*, p. 157). La posizione discussa da Fuselli è quella di Luigi Ferrajoli in Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1996, in particolare pp. 147-160.

¹⁶ Il fenomeno della interpretazione del testo normativo è parte integrante della cultura giuridica e non si pretende qui di fornire alcun riferimento in ordine a questa attività, della quale chiunque può attestare la diffusione e la necessità. Tuttavia, per alcuni utili riferimenti, rimando a Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999. In questa sede, ci sembra utile ricordare anche alcuni luoghi autorevoli sul tema della interpretazione: Scialoja V., *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Scritti giuridici vari*, III, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, pp. 46 e ss. ed inoltre Sacco R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 1947; Tarello G., *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, p. 349 e ss. ed inoltre Id., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano 1980. Sui limiti vedi, invece, D. Canale, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova 2003.

normativa e, di conseguenza, al rapporto intimo che con la stessa intrattiene il giudice, vale a dire colui che effettua quel movimento razionale di progressiva individuazione del contenuto della norma ‘dall’alto verso il basso’¹⁷. Una struttura di ragionamento molto più ricca ma che, anche in questo caso, consisterebbe sempre e solo nel concretizzare una disposizione astratta¹⁸.

4. Dalle rule agli standard

Un diverso modello di ragionamento decisorio si è comunque fatto strada senza troppo clamore nel corso del tempo. Esso è noto come: “decisione fondata su *standard*”¹⁹. Non si tratta più di stabilire il significato di un enunciato normativo, “ma di formulare una norma – o almeno parte di essa – riempiendo il “vuoto” lasciato dal legislatore”²⁰. Perciò di utilizzare anche un potere integrativo che, per molti versi, diviene *creativo*.

Questo modello, a differenza del modello formalista, si muove ‘dal basso verso l’alto’ e, infatti, segue questo schema: “il punto di partenza non è la nor-

¹⁷ È noto come, nella cultura giuridica italiana, si incominci a parlare di ermeneutica e precomprensione a partire dall’opera di Joachim Hruschka e Josef Esser. Nei primi anni settanta, infatti, entrambi lavorano al tema della individuazione del significato nella attività interpretativa. Si veda, dunque: Hruschka J., *Das Verstehen von Rechtstexten*, München 1972, (trad. it. cura di De Giorgi), *La comprensione dei testi giuridici*, ESI, Napoli 1983; tuttavia l’autore di riferimento, circa il tema della precomprensione, rimane Esser J., *Vorverständnis und Methodenwahl im Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972, (trad. it a cura di Patti-Zaccaria), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli 1983. Per un approfondimento sulla questione si vedano anche Zaccaria G., *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984; ed il più recente Id., *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragion pratica*, 1998, 11, pp. 137-152.

¹⁸ Si veda a tale riguardo la interessante distinzione di Enrico Diciotti tra attività di individuazione di norme espresse e attribuzione di significato a enunciati legislativi da una parte; individuazione di norme inespresse ovvero integrazione della legge che ne colmerebbe le lacune, dall’altra: Diciotti E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, in part. pp. 202-219, 323-324, 451-469, 482-493.

¹⁹ Si veda Taruffo M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in Bessone M., Guastini R., *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova 1995, pp. 267- 290. Questa edizione riprende uno scritto del 1988: la versione italiana della relazione presentata al Premier Congrès de l’Association Internationale de Méthodologie Juridique (Aix-en-Provence, 5-7- settembre 1988) pubblicata in traduzione in Comanducci P., Guastini R., *L’analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 311-344. In questo saggio Michele Taruffo non fornisce una definizione precisa di *standard*, e tuttavia introduce interessanti spunti di riflessione sul modo nel quale gli stessi influiscono sulla decisione e sulla giustificazione della decisione. Nella precedente versione del saggio, si richiamano alcuni autori che qui vogliamo ricordare, limitandoci a quelli italiani: Falzea A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Aa. Vv., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padova 1988, pp. 101 e ss. e Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, pp. 709 e ss.

²⁰ Taruffo, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, cit., p. 269.

ma, ma il fatto: è il fatto concreto che, una volta accertato, viene valutato secondo lo standard per poi essere qualificato secondo la norma...il fatto, e non la norma, è il punto di riferimento per l'impiego dello *standard*; la norma è integrata dallo *standard* perché il fatto cui essa viene applicata è valutato sulla base dello *standard*²¹.

In questo modo, il giudice, partendo dagli *standard* extralegali, giungerebbe a reperire un riferimento formale nella disposizione di legge, alla luce della quale poter "leggere" le conseguenze previste dall'ordinamento. Le generalità (o premesse) del suo ragionamento non sarebbero più, pertanto, le sole disposizioni di legge, ma realtà di altro tipo.

Dunque, il giudice si muoverebbe da un punto *extranormativo*, – in maniera solitaria – verso la legge. In altre parole, non ci sarebbe più, come sognavano i formalisti, una deduzione che partendo dalla norma e passando per il fatto potesse condurre verso una conclusione astrattamente prevista dalla norma stessa, ma piuttosto una lettura della realtà che potesse tendere ad una norma o, meglio, ad una particolare lettura di quella norma.

Anche in questo modo di ragionare vi sono, tuttavia, alcune criticità: da dove provengono le premesse che non sono di natura legislativa? Quale legittimazione possiedono per costituire la base razionale della decisione?

La provenienza delle premesse, e la loro giustificazione razionale, assumono un valore molto più elevato all'interno di una decisione basata su *standard*²². Giustificazione razionale che, attingendo al serbatoio di 'precomprensione' soggettiva del terzo, necessiterà, se non vuole presentarsi unicamente in ragione della sua autorità, di una lunga serie di argomentazioni (giustificative e razionali) rispetto al modo di scelta, al valore di scelta ed alla rilevanza rispetto al caso in esame.

Meno complessa, in tale modello, sembra essere la giustificazione interna, dato che è sufficiente connettere argomentativamente lo *standard* prescelto con la norma di legge²³. Anche se, a ben guardare, rimane non investigata la relazio-

²¹ Taruffo, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, cit., p. 272.

²² "Si può dunque dire che la modalità di impiego dello standard non è in sé la giustificazione della decisione, che implica un discorso argomentativo formulato *a posteriori*, ma va considerato che essa ha un rilievo essenziale rispetto a ciò che si può definire una "buona" giustificazione. Quantomeno si potrà dire che non vi è giustificazione accettabile se la motivazione snatura completamente il ragionamento decisorio, e se essa non fornisce una base razionale alle scelte che hanno condotto alla decisione", Taruffo, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, cit., p. 272-273.

²³ "È chiaro che lo schema di impiego dello standard non è il modello tradizionale della sussunzione sillogistica: non si ha una premessa maggiore, costituita dalla norma integrata dallo standard, e una premessa minore rappresentata dal fatto, da cui il giudice trae una conclusione deduttiva. Si ha invece uno schema completamente diverso, dove prima si pone il fatto, che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto

ne di queste scelte con la discussione intercorsa tra le parti del giudizio, ovvero con il contraddittorio nel processo.

In ogni caso, giova ripeterlo, il problema più evidente, in questa impostazione, è rappresentato dall'individuazione e giustificazione di quelle generalità che costituiscono il cuore della decisione: potrebbe infatti trattarsi anche di una realtà completamente estranea alle statuizioni legislative e "terza" anche rispetto a quanto dibattuto dalle parti.

A questo punto, dunque, sorge il problema di come si possano giustificare razionalmente questi criteri *extranormativi*, in modo da limitare il pericolo di arbitri²⁴.

Secondo Michele Taruffo, autore molto noto anche in Spagna, tre sarebbero le modalità di giustificazione esterna che si possono considerare:

il giudice sociologo, che interpreta non più la legge ma la società;

il giudice che attua valori individuali, e che adatta le proprie scelte a quelle che ritiene siano le esigenze delle parti;

il giudice che crea criteri di valutazione, ovvero che formula autonomamente criteri alla luce dei quali procedere a valutazioni²⁵.

Ebbene, siamo giunti al punto: questo modello produce nuovo diritto?

La risposta, come abbiamo accennato, sembra essere affermativa. Tuttavia, per una risposta più precisa, occorre considerare come questo modello si sia fatto strada nella giurisprudenza di casa nostra.

5. Dall'uso alternativo del diritto al diritto vivente

Storicamente, in Italia, è possibile fissare il punto di partenza della evoluzione del ragionamento giuridico che porta oggi a decidere secondo standard. Un momento in cui le generalità del ragionamento non vengono più reperite per

di decisione", Taruffo, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, cit., p. 272.

²⁴ Sulla indagine specifica circa la natura degli elementi extralegali, con particolare riguardo alla dottrina tedesca, si veda Orrù G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, 1977, XXIV, pp. 298-427.

²⁵ Si veda Taruffo, *La giustificazione delle decisioni basate su standards*, cit., pp. 277-288. Rimandiamo a quella sede per le interessanti questioni che una concezione del terzo come "sociologo" potrebbe dischiudere. Da interprete del testo, infatti, egli diverrebbe interprete della società. Analogamente si comporta il terzo che attua valori individuali (delle parti, comunque prese singolarmente) e il terzo che crea criteri di valutazione: in quest'ultimo caso vi sarebbero alcuni limiti, tre condizioni che Taruffo definisce pre-giuridiche: una *condizione di legalità* (i criteri non devono essere in contrasto con il diritto positivo); una *condizione di congruenza assiologica* (coerenza con sistemi valoriali propri dell'ordinamento o ad esso estranei); ed una *condizione di universalizzabilità* (utilizzabilità potenziale in ogni caso simile). Ci si domanda tuttavia quali conseguenze potrebbero derivare alla motivazione nel caso di mancato rispetto di questi limiti di sapore kantiano. Crediamo nessuna, e ciò confermerebbe indirettamente l'esistenza di un potere creativo del terzo completamente illimitato almeno stando alla constatazione che esso non è sanzionato da alcun precetto normativo.

colmare una lacuna della legge o per integrarla, ma vengono *reperite* o, meglio, *create* al fine di trasformare la legge stessa e, conseguentemente, l'intero ordinamento.

La stagione, come noto, è quella del cd. *uso alternativo del diritto*, secondo cui le premesse della decisione avrebbero dovuto fondarsi su generalità ovvero su pretesi *valori sociali diffusi*²⁶.

Se l'uso alternativo del diritto si pone come uno dei primi movimenti giurisprudenziali critici della impostazione formalista, riteniamo quantomeno problematica la preminenza di alcuni valori "di classe" che, all'epoca, erano considerati come auto evidenti e dunque relativamente facili da giustificare *esternamente*.

Luigi Ferrajoli uno dei più accesi sostenitori, in allora, dell'uso alternativo del diritto, ci fornisce lumi sulle caratteristiche della concezione in esame. L'uso alternativo del diritto, nella sua concezione, si specifica: a) nella critica alla impostazione formalista e b) nell'introduzione di generalità/valori ideologicamente orientate/i.

L'illustre autore sosteneva infatti che:

La giurisprudenza alternativa risulta da un capovolgimento del rapporto tra norma e fatto istituito per via di sussunzione. Non è più la norma che è assunta quale dato naturale di cui è scontata, secondo le soluzioni canonizzate dalla tradizione, la capacità rappresentativa del fatto, ma è il fatto ad essere assunto a oggetto primario e privilegiato di conoscenza, non più in segmenti frazionati e avulsi dal contesto come il formalismo postula e impone attraverso il filtro della rilevanza giuridica, bensì nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali. In forza di questo capovolgimento il giudizio non consisterà più nell'estrarre dal fatto gli elementi "giuridicamente rilevanti" rispetto alle norme da applicare dommaticamente assunte a schemi rigorosi e coerenti di interpretazione del mondo, bensì, al contrario, nell'estrarre dalle norme, con procedimento inteso a riconoscerne e a risolverne di volta in volta sulla base del caso concreto le innumerevoli ambiguità e contraddizioni, i criteri di valutazione e di giudizio "fattualmente rilevanti" cioè volta a volta più adeguati al fatto considerato e appreso nella sua concreta interezza: sicché non sia il fatto a piegarsi alla norma ma la

²⁶ È noto, peraltro che in Italia il giurista-interprete (soprattutto il giudice) diventa protagonista, attorno agli anni settanta, di una nuova funzione etico-politica di completamento ed adattamento della legge (riconoscendone implicitamente il limite) a volte di natura anche prettamente creativa. Si veda sul punto Tarello G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1973; si veda inoltre Bricola F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *La Questione criminale*, 1976, II, 1 pp. 7 e ss. ora in Id, *Scritti di Diritto Penale*, v. I, Giuffrè, Milano 1997, pp. 1033 e ss. Si veda altresì Baratta A., *Criminologia critica e politica penale alternativa*, in *La Questione criminale*, 1977, III, 3, pp. 339 e ss. Per un approfondimento sul punto si rimanda a Baratta A., *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna 1982.

norma al fatto, non sia la realtà ad adattarsi al diritto ma sia il diritto ad adeguarsi alla realtà, e non sia il contenuto a essere modellato sulla forma ma sia la forma a modellarsi sul contenuto²⁷.

Ecco che le premesse (generalità) della decisione non provengono più dal legislatore ‘borghese’, ma da valori sociali. L’organo giudicante, quale portavoce del movimento di classe, avrebbe dovuto reperire nella società tali valori²⁸. Vediamo, nelle parole di Ferrajoli, che l’impegno di proselitismo lega il terzo ad un supposto pre-ordinamentale *mondo dei valori*, rivelandosi una vera e propria tirannia.

Secondo l’autore infatti:

[L]a giurisprudenza alternativa non può essere improvvisata sulla base di elaborazioni puramente intellettualistiche e dottrinarie, ma richiede una maturazione politica del giudice che può compiersi solo attraverso una radicale trasformazione dei suoi modelli di comportamento e dei suoi abiti mentali e culturali...in quanto cioè il giudice si apra all’esterno, e superando la chiusura corporativa e castale del proprio ruolo rompa l’isolamento fittizio in cui lo vuole la cultura dominante e si collochi all’interno delle dinamiche sociali, mediante un impegno politico vissuto non già, idealisticamente e moralisticamente, come impegno tutto individuale e soggettivo bensì come partecipazione diretta allo scontro politico in collegamento organico con il movimento di classe²⁹.

Solo in questo modo il terzo avrebbe potuto liberarsi dai condizionamenti ideologici del mondo borghese e sarebbe stato “capace di impostare le sue scelte tecniche come momenti specifici di un impegno politico generale, cioè come soluzioni non già semplicemente “nuove” o “coraggiose”, ma autenticamente alternative e tuttavia suscettibili, al di là di ogni ingenuo velleitarismo, di avere presa e di affermarsi concretamente”³⁰.

Un collegamento con la realtà esterna che, per così dire, avrebbe autogiu-

²⁷ Si veda Ferrajoli L., *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in Barcellona, *L’uso alternativo del diritto*, cit., p. 117-118. Si pretende, insomma, di non “partire” più da una legge per individuarne il significato e qualificare il fatto; ma sono le “premesse”, i precetti etici soggettivi o sociali, che costituiscono il punto di partenza (ovvero la generalità che consente la sussunzione) del ragionamento. Detti elementi non sono di natura formale o positiva. Ma sociale. Ed infatti: “non basta un semplice atto volontaristico del giudice che pure abbia compiuto una scelta politica di classe, ma è necessario che le soluzioni giurisprudenziali prescelte traggano ispirazione e trovino rispondenza e sostegno in interessi e in forze sociali che si trovino in posizione antagonista rispetto agli equilibri del potere”. Di esse andrà costruita una giustificazione accettabile socialmente.

²⁸ Di fatto, però, auto-legittimando la sua attività di fonte produttiva di tali valori.

²⁹ *Ivi*, p. 118-119.

³⁰ *Ivi*, p. 119.

stificato le scelte processuali promosse da un siffatto giudice, il quale avrebbe sostituito la propria opera a quella del legislatore in funzione di una volontà di trasformazione della società secondo ideali di stampo *postmarxista*³¹.

Il giudizio, in questa prospettiva, veniva ad essere strumento per l'imposizione di ideali e di valori politicamente orientati, aggirando così il vaglio democratico-parlamentare che caratterizza invece la legge.

Una forma di supplenza del legislatore molto forte e che poneva una serie di rischi di democraticità. Appare evidente che, in questo contesto, la difficoltà primaria, per il giudice, starebbe tutta nella giustificazione esterna delle premesse/generalità legate a prospettive ideologiche particolari, ma altresì del tutto estranee e, in molti casi, irrilevanti rispetto alla controversia da risolvere³².

Se dunque l'impostazione "sociologica" non è nuova, tuttavia il discorso sulla stagione dell'uso alternativo del diritto urge di una precisazione importante: la prassi *alternativa* avrebbe dovuto coinvolgere non solamente il completamento o l'integrazione delle lacune legislative, ma si sarebbe dovuta applicare ad ogni tipo di controversia processuale.

Inoltre il dogmatismo formalista non viene sostituito dalla prassi alternativa solo per completare o integrare la regola (*rule*), esso serve altresì per *orientare* la società: si costituisce un nuovo modello di ragionamento giuridico, che non si serve più del dettato normativo, ma lo trasforma in una particolare istanza politica. In altre parole la *rule* viene strumentalizzata per fini di lotta politica.

Appare appena il caso di ricordare poi che il terzo non avrebbe reperito le istanze sociali da utilizzare come generalità o premessa del proprio procedere decisionale e giustificativo, ma avrebbe dovuto *costruirli* razionalmente, invocando una sorta di loro autoevidenza sociale³³.

Se la critica al ragionamento giuridico formalistica, che caratterizza l'uso alternativo del diritto, ci trova pienamente d'accordo, crediamo tuttavia che gli autori che si sono ispirati a questa stagione abbiano confidato troppo sulla autoevidenza di certe ideologie che, di lì a qualche anno, avrebbero perso il loro *appeal* sociale.

³¹ Si veda a tale riguardo Barcellona P., *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'uso alternativo del diritto)*, in *Rivista critica diritto privato*, 2000, pp. 715 e ss.

³² I sostenitori di questo atteggiamento ritrovavano i suoi fondamenti nella Costituzione, in particolare nell'art. 101 Cost. ove si dichiara che l'amministrazione della giustizia avviene "in nome del popolo" e l'art. 3 Cost. relativo al principio di uguaglianza sostanziale. Perciò le istanze sociali avrebbero, in tale prospettiva, dovuto guidare le scelte del giudice. Quanto lo stesso si facesse portavoce di queste istanze o, invece, le creasse appare un argomento seppure interessante, fuori dal tema di questo lavoro.

³³ In questa attività si annida tuttavia il pericolo di una interpretazione arbitraria del "sentire sociale", come ricordava Santoro Passarelli in Santoro Passarelli F., *Quid ius?*, in Id., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, Napoli 1988, pp. 25-29, in part. p. 26.

L'atteggiamento dell'uso alternativo, infatti, consegnava al terzo la piena disponibilità non solo della controversia, ma addirittura del reperimento ovvero della formulazione, anche creativa, di quelle sollecitazioni sociali che si sarebbero dovute riversare sul popolo nel nome del quale si faceva luogo alla decisione: una concezione fortemente antidemocratica.

A distanza di alcuni anni, il ragionamento giuridico nel nostro paese si è trasformato di modo che la giustificazione esterna di una decisione è venuta ad essere collegata non più a militanti usi alternativi dello strumento giuridico, bensì a quel serbatoio di *valori condivisi* rappresentato dalla Costituzione o, meglio, dalle interpretazioni della Corte Costituzionale che possono porsi come ricognitive di valori *per definizione* condivisi, poiché esplicitamente o implicitamente facenti parte dell'ordinamento³⁴. La giustificazione esterna è divenuta, così, una giustificazione costituzionalmente orientata³⁵.

In questo modo è come se lo stato, in termini generali, avesse cercato di riprendere un minimo di coordinamento della giurisdizione attraverso il riferimento, nelle giustificazioni esterne, alle generalità contenute nella Costituzione ovvero ricavabili attraverso il lavoro della Corte Costituzionale.

Il ricorso ai principi della Costituzione ha aperto un vasto fronte di discussione circa la figura del cd. *diritto vivente*³⁶.

³⁴ È curioso notare che, proprio in quegli anni di sviluppo dell'uso alternativo del diritto, una sentenza del 1974 proponga il concetto di diritto vivente. Come noto, la sentenza n. 286 del 1974, senza definirlo, lo utilizza come criterio per ravvicinare due fattispecie differenti.

³⁵ Tanto che lo stesso Ferrajoli, più di recente, così si esprime: "*L'uso alternativo del diritto* fu solo il titolo di un convegno di giuristi di sinistra svoltosi a Catania nel maggio 1972 e dei due volumi, curati da Pietro Barcellona, che ne raccolsero gli atti. Con quella formula, e più esattamente con l'espressione "giurisprudenza alternativa" – caricate in seguito di tanti significati politici, accomunati dalla strana idea di un diritto alternativo a quello vigente –, intendo in quegli anni, insieme ad altri, solo una pratica giuridica vincolata, nella legislazione, nella giurisdizione e nell'amministrazione, a quel suo "dover essere" giuridico, vigente e positivo, che è espresso dalle norme costituzionali e che allora era largamente ignorato da politica, dottrina e giurisprudenza. La divaricazione normativa, in certa misura fisiologica ma oltre tale misura patologica, fra "il diritto che è" e il "diritto che deve essere" dettato dalle Costituzioni è rimasto per me un tema centrale di riflessione teorica", *Intervista a Luigi Ferrajoli*, in *il Mulino*, 2011, 3.

³⁶ Il concetto di *diritto vivente* ha avuto moltissime caratterizzazioni, ed in questa sede non possiamo darne conto in maniera esaustiva; tuttavia, per un primo approfondimento, si vedano: Ehrlich E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen u. Leipzig 1913, (trad. it.), *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1976; Ascarelli T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Id., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano 1959; Mengoni L., voce *Diritto vivente*, in *Dig. Disc. priv.*, pp. 445-452, ripubblicato con il titolo *Il diritto vivente come categoria ermeneutica* in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 141-164; Zagrebelsky G., *La dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, pp. 1148 e ss.; Busnelli F. D., *Ars notaria e diritto vivente*, in *Rivista del Notariato*, 1991, pp. 1-15; Pugiotto A., *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso ed implicazioni*, Giuffrè, Milano 1994; Meneghelli R., *Breve nota sulla tanto diffusa nozione di diritto vivente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, pp. 2306-2310; Urbina S., *Tradizione e diritto vivente*, in *Ars Interpretandi*, 2003, pp. 153-177; Resta E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008; Marinelli V., *Studi sul diritto vivente*, ESI, Napoli 2008; M. Cavino, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di*

6. Dal diritto vivente all'uso alternativo dei diritti

Non potendo soffermarci a lungo sul tema affascinante e complesso del diritto vivente, ci limitiamo a ricordare alcune considerazioni di Luigi Mengoni, l'autore che, in Italia, può esserne considerato a buon diritto uno dei padri nobili di questa corrente di pensiero.

Il giurista trentino, seguendo il solco tracciato da Eugen Ehrlich, ha avuto il merito di riprendere e vivificare il concetto di *diritto vivente*, identificandolo come il diritto vigente interpretato ed applicato dalla giurisprudenza – soprattutto quella della corte Costituzionale³⁷.

La sua posizione apparve decisamente critica verso quelli che egli stesso definisce i “*free riders* del diritto alternativo”, che riducono la giustificazione giuridica all'argomentazione politica³⁸. Da questo punto di vista, anche Mengoni contrastò la tradizione formalista, chiarendo come il significato di un testo normativo non emerga se non in relazione ad un caso specifico e, perciò, non possa ridursi ad una semplice esplicitazione del linguaggio normativo, ma necessiti sempre anche di una sua trasformazione in *regola concreta di decisione*. Il *diritto vivente*, nella accezione mengoniana, avrebbe un significato più ampio della semplice proposizione testuale (disposizione), ma comprenderebbe anche un diritto di formazione *extralegislativa*.

Negli anni Ottanta del secolo appena trascorso abbiamo assistito, nella giurisdizione ordinaria italiana, ad un sempre più diffuso ricorso a generalità reperate nel diritto vivente che ha assunto, dunque, il valore di premessa/generalità extralegale attraverso la giurisprudenza consolidata, intesa in una accezione più ampia rispetto al concetto di giurisprudenza “costante”.

Mentre, infatti, per i casi ordinari potrebbe essere sufficiente una certa “costanza” delle decisioni per potersi parlare di diritto vivente, secondo Mengoni nelle pronunce delle Giurisdizioni Superiori prevale, sul criterio quantitativo, il criterio qualitativo del grado e della funzione rivestiti dalla autorità da cui promana la decisione.

Ecco che la formula *diritto vivente* diviene, in modo particolare nel linguaggio della Corte Costituzionale, “sintesi verbale di un certo orientamento in ordine al problema dei rapporti tra la giurisdizione costituzionale e il potere interpretativo dei giudici ordinari: orientamento già da tempo affermato ma che negli anni ottanta si è ulteriormente definito e rafforzato”³⁹.

Qualche tempo dopo, e siamo già negli anni Duemila, notiamo come si sia inaugurata una stagione particolare in cui il rapporto tra legislatore e giudice

diritto legislativo, Giuffrè, Milano 2009.

³⁷ Si veda Mengoni, *Diritto vivente*, cit., pp. 445-452.

³⁸ Si veda Mengoni L., *Ugo Natoli come giurista del lavoro*, in *Rivista di giurisprudenza del lavoro*, 1993, I, p. 10.

³⁹ Mengoni, *Diritto vivente*, cit., p. 449.

si dispone in forma antagonista, poiché ambedue si pretendono portatori di valori esclusivi. Nel nostro paese ciò sembra accadere ancor oggi dato che, da un lato, la magistratura avrebbe sviluppato una concezione del diritto “a forte vocazione etico politico pedagogica, in una dimensione autoreferenziale”⁴⁰, facendola coincidere non più con un valore sociale o “di classe”, ma con il proprio *ethos* personale, sviluppando così un atteggiamento antidemocratico e puramente soggettivistico; dall’altro lato, il legislatore, che pure sulla carta ha ancora il primato della legalità, ripiega in una reazione “revanscista” all’atteggiamento della magistratura, tentando di limitarla con una serie di posizioni ispirate anch’esse a un giusnaturalismo secolarizzato (ad esempio il garantismo individualistico espresso proprio nella riforma del cd. “giusto processo”).

Da un estremo formalista di astrattezza e generalità si giunge oggi all’estremo opposto, di una prassi caratterizzata da contingenza ed incertezza.

In un siffatto panorama, in cui la ragione giuridica si basa su generalità soggettive, il problema ricade sulle spalle dei singoli magistrati, i quali devono sobbarcarsi, nella motivazione della loro decisione, prima la giustificazione dell’esistenza di alcuni valori sociali “condivisi” – molto spesso confusi con i diritti (*rights*) costituzionalmente garantiti – e poi un collegamento razionale con essi⁴¹.

Da una prospettiva che possiamo riassumere nello slogan illuministico del giudice “bocca della legge” si è passati dunque ad una prospettiva che considera il terzo rispettivamente “bocca della società”, “bocca della Costituzione” ed oggi “bocca di se stesso”.

7. Una proposta socratica (e democratica)

Vi è un ultimo ed ulteriore passo che ci sembra necessario compiere prima di concludere questa breve disamina sulla ragione giuridica in Italia: l’attitudine contemporanea del terzo a sostituire non solo il legislatore, ma le parti stesse, per esigenze di semplice “aggiustamento” della procedura, ovvero di semplice economia processuale.

Accade infatti che il giudice non è più il produttore di prerogative (*rights*) o il propalatore di una ideologia, ma semplicemente un segretario della procedura che si limita a “sistemare le cose” in funzione di una celere cessazione del controverso.

⁴⁰ Fiandaca G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, pp. 17-18.

⁴¹ Si pensi ad esempio alla struttura della sentenza n. 4020/2012 del Tribunale di Torino (nota come “sentenza Fiat”) ed allo sforzo argomentativo per giustificare la generalità (o premessa) relativa al cd. principio di effettività (p. 19) oppure relativa all’abuso di diritto (p. 48). La fatica concettuale di simili giustificazioni razionali, rendono il procedere argomentativo del terzo giudicante vicino ai trattati di teoria generale del diritto.

Ciò presuppone comunque di continuare a considerare il giudicante come una figura che aspira ad essere onnipotente, si professa bastevole a se stesso, e necessita di essere onnivoro nella raccolta delle prove⁴².

Nessun altro soggetto è ammesso infatti in questo atto di autonomo aggiustamento/creazione del diritto, che esautora lo stesso legislatore e le parti in modo decisamente 'antidemocratico', seppure non più per motivi ideologici ma per esigenze squisitamente *tecniche*.

Sembra dunque che, tramontate le ideologie, tanto quelle legaliste quanto quelle sociologico-valoriali, le premesse o generalità cui si riferisce oggi l'organo giudicante nella propria pronuncia non siano più espressione di valori condivisi, o patrimonio di una comunità interpretativa (costituzionale o meno) di riferimento ma, sulla scorta della crisi postmoderna, esse facciano parte unicamente del vissuto soggettivo di ciascun operatore.

Il materiale su cui si basano questi nuovi prodotti proviene dalle fonti più disparate: dalle Dichiarazioni dei diritti dell'Uomo, alle pronunce della CEDU, a qualunque altra possibile fonte di ispirazione. Ogni terzo, insomma, forma oggi una comunità ermeneutica ed assiologica unicamente con se stesso, divenendo egli stesso fonte di prerogative (*rights*) giustificate in termini internazionalistici o di gusto puramente personale. Con un evidente, forte rischio di autoreferenzialità del prodotto. Un prodotto che, come abbiamo visto, pretende oggi di essere diritto positivo a tutti gli effetti.

Riflettiamo per un momento su questo. Se, come abbiamo visto, il giudice si proclama (e lo è nei fatti) produttore di nuovo diritto, quale è la garanzia di democraticità di questa procedura?

Inutile nascondere che tale giudice è una sorta di Leviatano hobbesiano pronto ad imporre il suo volere senza alcun controllo, trasformando a sua discrezione i diritti (*rights*) in regole positive (*rules*). Questo tuttavia rischia di esitare in un paradosso: il processo resterebbe l'unico luogo del diritto dove non vige il principio democratico di partecipazione, ma una sovranità ancora per troppi versi legata alle forme di una sovranità assoluta.

Per questo motivo, ci sembra necessario assumere una posizione meditata più ragionevole che, pur riconoscendo la potestà decisionale e quella impositiva dell'organo giudicante, renda possibile assoggettare le pretese avanzate dalle parti durante il processo ad un controllo democratico, oltre che razionale.

Innanzitutto dobbiamo chiederci: è il giudice da solo o è il fenomeno processuale che produce diritto? Appare chiaro che solo se pensiamo che sia il proces-

⁴² Un rischio che, intendiamoci, potrebbe portare alla evoluzione di un organo giudicante che non miri più a dirimere le controversie o ad applicare una disposizione approvata dagli organi legislativi, ma che, quale mero funzionario pubblico, una volta messo a conoscenza di un problema concreto, cerchi di sua iniziativa tutte le informazioni possibili. In questo modo, egli giungerebbe ad una sorta di verità che, ancorché non assoluta, avrebbe almeno il pregio di non essere una "verità di parte" e quindi terza.

so a creare il diritto abbiamo la possibilità di rinvenire nella suddetta creazione delle garanzie di razionalità e democraticità.

Esiste infatti una procedura razionale di matrice socratica che consente di rinvenire nel fenomeno processuale (di cui il giudice partecipa) una garanzia anche democratica.

Si tratta del contraddittorio: della opposizione dialettica che consente di espellere ciò che si contraddice e di mantenere ciò che supera l'opposizione.

Si tratta infatti di un "controllo di razionalità" che si esplica durante tutto il procedimento giudiziale e che comporta la possibilità per le parti di produrre informazioni ed ipotesi frutto dello scontro dialettico⁴³.

In tutti i casi, l'espansione del principio del contraddittorio, lungi dal rendere il giudice superfluo, sembra poter dare alla dimensione dialogica del processo un nuovo riconoscimento. In quest'ottica l'organo giudicante, dopo aver messo le parti nella condizione migliore per dialogare, guidato da un fine comune con esse, coopererà con le stesse al fine di giungere ad una soluzione condivisibile della controversia, ispirata anche al principio di democraticità. Il terzo, infatti, in questo sistema non sarebbe più bocca della legge, della società, della Costituzione o di se stesso, ma sarebbe bocca di ciò che, nel caso concreto, apparendo indiscutibile non può che essere condiviso dai più.

In altre parole, in un sistema giuridico informato al metodo socratico, grazie al contraddittorio, il terzo si troverebbe nella posizione di potersi pronunciare a favore di una delle parti, dopo aver ascoltato e, in un certo senso, partecipato alla formazione della decisione stessa nel contraddittorio.

Se il diritto praticato non è il termine *ad quem* dell'itinerario che comincia con il referente positivo, ma è la stazione di una singola tappa che, a sua volta, è posta al principio di un nuovo stadio in un movimento senza fine (poiché le pronunce successive si pongono a loro volta come nuovo referente), allora in un lasso di tempo molto limitato, come è accaduto in Italia, assisteremo alla crisi, se non alla scomparsa, proprio del referente *post*. Questo non sarà più rappresentato dalla disposizione di legge, ma dalle singole pronunce in un circolo autoreferenziale tutto interno alla magistratura, senza alcun tipo di garanzia di razionalità e di democraticità e, soprattutto, con il forte rischio di incertezza giuridica e, quindi, sociale.

Il collegamento del ragionamento giuridico al principio del contraddittorio appare idoneo ad arginare il rischio di simili derive.

⁴³ Non solo: anche qualora fosse lo stesso organo giudicante a produrre informazioni, una lettura costituzionalmente orientata – per usare una terminologia cara a Mengoni – di tale prerogativa alla luce, in particolare, dell'art. 111 della nostra Costituzione, imporrebbe al giudice di mettere a disposizione delle parti il contenuto informativo della sua attività per dar modo alle parti stesse di poter avere un contraddittorio, in condizioni di parità, sulla questione rilevata ufficiosamente.

Il problema sollevato in queste pagine, in sintesi, si inserisce nel contesto della più avanzata riflessione teorica italiana circa il superamento del dibattito tra giusnaturalismo e giuspositivismo⁴⁴.

Da quando lo stato ha perduto il monopolio della produzione normativa, non è più possibile pensare al concetto di diritto positivo negli stessi termini in cui lo si concepiva alla fine dell'ottocento o nell'ambito del formalismo kelseniano: il contenuto preciso di ogni norma non è nella sua cifra letterale, ma è quel contenuto che la norma assume dopo la sua determinazione nel caso concreto. Questo movimento di determinazione può essere messo in atto solamente attraverso una opposizione di tipo processuale, ovvero attraverso un confronto che vive nel contraddittorio. Detto in altri termini, "le norme giuridiche sono quelle predisposte alla positivizzazione mediante l'esperienza processuale"⁴⁵.

Il ponte tra norme poste e norme 'positure', il ragionamento giuridico, può essere attuato attraverso lo strumento del contraddittorio, riconoscendo la sua centralità nella esperienza giuridica⁴⁶.

Il contraddittorio, infatti, consente tanto di mantenere un alto grado di importanza alle premesse normative, quanto di assicurare una garanzia di razionalità e di sistematicità ordinamentale (e quindi di certezza) alle pronunce giurisprudenziali. Esso, invero, pone in crisi tanto coloro che ritengono che l'attività del terzo sia una semplice sussunzione sillogistica, quanto coloro che ritengono che essa possa essere una attività completamente creativa, svincolata da ogni garanzia di razionalità.

In questo modo il contraddittorio attua quel passaggio tra diritto posto e diritto praticato rinnovando, proprio nel diritto, il fenomeno della razionalità critica, e permettendo di adattare le forme proposte dal legislatore alla realtà concreta.

Anche noi, dunque, ci inseriamo nel solco della trasformazione, oggi sempre più pressante, del ragionamento giuridico, auspicando di riuscire a transitare da un Requiem per le forme morte a un motore dialettico produttore di creature vive, attraverso una formula critica, una metodologia che consenta di temperare l'impostazione autoritaria del fenomeno processuale e, perciò, anche del fenomeno di produzione di nuovo diritto.

⁴⁴ Riprendiamo, qui, alcune delle considerazioni contenute in Cavalla F., *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 107-122.

⁴⁵ Cavalla, *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, cit., p. 118.

⁴⁶ Sia consentito in questa sede rimandare Sommaggio P., *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 7 (2007) reperibile all'URL www.dirittoequazioniipubbliche.org. Si veda comunque: Sommaggio P., *Contraddittorio giudizio mediazione*, FrancoAngeli, Milano 2012.

Bibliografia

- Ascarelli T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in Id., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano 1959.
- Atienza M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006.
- Baratta A., *Criminologia critica e politica penale alternativa*, in *La Questione criminale*, 1977, III, 3, pp. 339 e ss.
- Baratta A., *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna 1982.
- Barcellona P., *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'uso alternativo del diritto)*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2000, pp. 715 e ss.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, I, Milano 1984.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.
- Bobbio N., *Scienza Giuridica tra essere e dover essere*, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 1968, XLV, pp. 475 e ss.
- Bricola F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi ollettivi*, in *La Questione criminale*, 1976, II, 1, pp. 7 e ss., ora in Id, *Scritti di Diritto Penale*, v. I, Giuffrè, Milano 1997, pp. 1033 e ss.
- Busnelli F. D., *Ars notaria e diritto vivente*, in *Riv. Not.*, 1991, pp. 1-15.
- Callaway R. L., Harrelson-Stephens J., *Exploring international human rights: essential readings*, Lynne Rienner Pub., Boulder 2007.
- Canale D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, Padova 2003.
- Caracciolo R.A., *Entrevista a Eugenio Bulygin*, (por Ricardo Caracciolo), in *Doxa*, (1993), 14, pp. 499-513.
- Carty A., *Law and Development*, Dartmouth Pub. Ltd., New York 1992.
- Cavalla F., *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 107-122.
- Cavino M., *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Giuffrè, Milano 2009.
- Comanducci P., Guastini R., *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli Torino 1987.
- Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova 2008.
- Diciotti E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999.
- Dworkin R. M., *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1977.
- Ehrlich E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen u. Leipzig 1913, (trad. it.), *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1976.

- Esser J., *Vorverständnis und Methodenwahl im Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972, (trad. it a cura di Patti-Zaccaria), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983.
- Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Aa. Vv., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Cedam, Padova 1988.
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1996.
- Ferrajoli L., *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari pp. 117-118.
- Fiandaca G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002.
- Fuselli S., *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti in margine ad Aristotele*, in Cavalla F., *Retorica, processo, verità*, Cedam, Padova 2005.
- Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005;
- Hruschka J., *Das Verstehen von Rechtstexten*, München 1972, (trad. it. cura di De Giorgi), *La comprensione dei testi giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983.
- Irti N., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- Marinelli V., *Studi sul diritto vivente*, Napoli 2008.
- Mattei U., *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa Colonizzata*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, pp. 401 e ss.
- Meneghelli R., *Breve nota sulla tanto diffusa nozione di diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1994, pp. 2306-2310.
- Mengoni L., *Diritto vivente*, in *JUS*, 1988., pp. 14-26.
- Mengoni L., *Ugo Natoli come giurista del lavoro*, in *Riv. giur. Lav.*, 1993, I, p. 15 e ss.
- Mengoni L., voce *Diritto vivente*, in *Digesto Disc. Priv.*, vol. IV, 1990, pp. 445-452.
- Mengoni L., *Il diritto vivente come categoria ermeneutica* in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 141-164.
- Nobili M., *Il principio del libero convincimento del giudice nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano 1974.
- Orrù G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, 1977, XXIV, pp. 298-427.
- Resta E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008.
- Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, pp. 709 e ss.
- Sacco R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino 1947.

- Santoro Passarelli F., *Quid ius?*, in Id., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, Napoli 1988, pp. 25-29.
- Sartori F., *Informazione economica e responsabilità civile*, Cedam, Padova 2011.
- Scialoja V., *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Scritti giuridici vari (Studi giuridici)*, III, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932.
- Serna P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Ed. Comares, Granada 2005.
- Somma A. (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Torino 2007.
- Somma A., *A proposito di processo, democrazia partecipativa e ruolo dei media*, in *Politica del diritto*, 2011, 1, pp. 123-142.
- Sommaggio P., *Contraddittorio giudizio mediazione*, FrancoAngeli, Milano 2012.
- Sommaggio P., *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 7 (2007) reperibile all'URL www.dirittoequestionipubbliche.org.
- Tarello G., *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, p. 349 e ss.
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano 1980.
- Tarello G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in Barcellona P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1973.
- Taruffo M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in M. Bessone, Guastini R., *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova 1995, pp. 267- 290.
- Urbina S., *Tradizione e diritto vivente*, in *Ars Interpretandi*, 2003, pp. 153-177;
- Villa V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Torino 2004, pp. 229 e ss.
- Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999.
- Wróblewski J., *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, 1974, 5, pp. 33-46.
- Zaccaria G., *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984.
- Zaccaria G., *Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser. Un confronto con Ronald Dworkin*, in *Ragion pratica*, 1998, 11, pp. 137-152.
- Zagrebel'sky G., *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, pp. 1148 e ss.
- Zanuso F., *Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in Cavalla F. (a cura di), *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1996, pp. 175-219.

CLAUDIO SARTEA

Requiem per la positività giuridica: il controllo di convenzionalità della Corte Interamericana dei Diritti umani.

ABSTRACT: For about ten years the Inter-American Court of Human Rights and its Commission have developed a legal institution called “conventionality control”: in short, through it the supranational bodies, established with the Pact of San José de Costa Rica in 1948 and the Convention on Human Rights in 1969, penetrate the structure of the national legislative power with a check of the compatibility with the Convention of normative texts approved or even being approved at national level. It is an extreme form of that erosion (jurisprudential but not only) of the legislative power of the States that inevitably reconfigures the originary idea of positivity of law and returns it substantially meaningless. It is an experience that, in the age of globalization and the dialogue between the Courts, it is worth meditating also in Europe, to reflect on the advantages and risks of the crisis of the positive nature of law.

SOMMARIO: 1. Introduzione: breve storia del controllo di convenzionalità. 2. I presupposti, la giustificazione normativa e la pretesa di legittimità. 3. Analisi delle criticità. 3.1. Criticità giuridiche: la giurisdizionalizzazione dei diritti. 3.1.1. Le difficoltà della de-positivizzazione. 3.1.2. Discussioni sul contenuto dei diritti umani. 3.2. Criticità politiche: il deficit democratico di Corte e Commissione. 3.2.1. Rarefazione del margine di apprezzamento. 3.2.2. Violazione del criterio della sussidiarietà. 4. *Requiem* per la positività del diritto.

1. Introduzione: breve storia del controllo di convenzionalità

Con una sentenza del 2006 la Corte Interamericana dei Diritti Umani (d’ora in avanti, CIDH) ha introdotto, e successivamente allargato e definito in termini

teorico-generalisti, il cosiddetto “controllo di convenzionalità”. La sua rilevanza principale dipende non tanto dai poteri che la Corte si attribuisce, e che in realtà le derivano indiscutibilmente dai Trattati istitutivi del sistema interamericano di protezione dei diritti umani: in analogia a quel che avviene per i Paesi aderenti alla Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo¹, che ha istituito la Corte di Strasburgo, l’assise giudiziaria sovranazionale ha il precipuo compito di vegliare sul rispetto della Convenzione che si sostanzia nella salvaguardia, protezione e promozione dei diritti fondamentali proclamati nella Carta. Tale vigilanza, come tutti sanno, si manifesta sotto la forma giurisdizionale: con un netto progresso in termini di effettività, le Convenzioni a cui ci stiamo riferendo compresero che era necessario, contestualmente alla proclamazione dei diritti², implementarne la tutela con l’istituzione di apposite Corti alle cui decisioni i Paesi aderenti decidevano di sottomettersi. Ciò che semmai attira specialmente l’attenzione nel controllo di convenzionalità introdotto dalla CIDH è la sua natura diffusa: non intrinsecamente connessa al concetto, invero, ma di fatto, a partire da quella data, sempre più indicata come la via principale di implementazione del diritto internazionale dei diritti umani. Questo “controllo diffuso di convenzionalità” costituisce un istituto di elevato interesse perché consiste nell’assegnazione alle giurisdizioni domestiche di ogni ordine e grado del compito di verificare in qualunque momento del procedimento (di approvazione o di esecuzione di una norma) la compatibilità con la Convenzione Interamericana dei Diritti Umani delle norme interne che sarebbero chiamate ad applicare, con l’obbligo di disapplicarle in caso di difformità.

Per ricorrere alle testuali parole della CIDH tratte dalla sentenza inaugurale, già citata³, “la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar

¹ Si tratta dell’esperienza parallela sviluppata in Europa a partire dall’anno di approvazione del Trattato di Roma, il 1950. Il testo della Convenzione ed i suoi successivi aggiornamenti sono disponibili presso il sito web della Corte Europea dei Diritti Umani e quello correlato del Consiglio d’Europa: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf

² Molto in voga negli anni immediatamente successivi al secondo, devastante conflitto mondiale, a partire dalla storica Dichiarazione ONU del 1948, che inaugurava la stagione delle dichiarazioni universali (nei fatti, non solo negli intenti: sia consentito in proposito il rimando a Sartea C., *Diritti umani. Un’introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2018).

³ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006, n. 124. Il documento è integralmente disponibile presso il sito web istituzionale della CIDH: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Ho deciso di lasciare in lingua originale (salvo rare eccezioni) sia i contributi dottrinari sia i testi normativi e giurisdizionali, così come i documenti ad elaborazione istituzionale.

porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas [sic] por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y [sic] que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican [sic] en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Da quel momento, l’impostazione sull’istituto si è consolidata ed è divenuta indiscussa (non tanto a livello dottrinale, come sto per evidenziare in nota, ma certamente a livello della giurisprudenza CIDH). Si vedano per convincersene le affermazioni ancora più esplicite di una decisione di sette anni successiva, e quindi ancor più vicina ai giorni nostri⁴: “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Per tale via, la CIDH si è spinta fino ad elaborare la categoria della “cosa juzgada internacional”, idonea a riverberare i propri effetti in tutti i Paesi aderenti al sistema, a prescindere dal loro coinvolgimento diretto nel contenzioso di cui la CIDH ha avuto cognizione: com’è stato notato, “a partire da alcune poche pronunce, ed abbondante dottrina che si è fatta carico di diffonderle e commentarle a profusione, il controllo di convenzionalità – interno ed esterno – non riguarderebbe solamente il Paese condannato dalla Corte nel caso specifico che ha dato origine alla decisione (in virtù dell’effetto relativo delle sentenze, previsto dalla Convenzione stessa all’art. 68.1), bensì dovrebbe essere vincolante per tutti i Paesi che hanno attribuito competenza a questo tribunale. In altri termini, l’idea è che il ragionamento o l’argomentazione elaborati dalla Corte in ogni sentenza emessa (la cosiddetta *res interpretata*), realizzato tramite il controllo di convenzionalità esterno, debba avere effetto *erga omnes* per tutto il Continente, tramite l’applicazione del controllo di convenzionalità interno di ogni Paese”⁵.

⁴ Caso *Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, n. 66: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

⁵ Silva M., *¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un Tribunal?*, in press, pp.

Con questa duplice trasformazione del sistema, che in altre parole è consistita da un lato nel trasferimento alle Corti nazionali dei poteri attribuiti in via esclusiva dai Trattati alla Corte Interamericana, e dall'altro nell'estensione⁶ della portata e degli stessi contenuti delle norme convenzionali in modo da includervi anche la loro interpretazione ad opera delle istituzioni convenzionali medesime, la CIDH ha prodotto un vero e proprio salto qualitativo del sistema interamericano di protezione dei diritti umani: il controllo diffuso di convenzionalità non è infatti previsto in nessuna norma dei trattati⁷, e concede ai giudici nazionali ordinari – come organi dello Stato aderente ed in qualche modo, quindi, come suoi esecutivi, direttamente vincolati dai trattati – un potere fino ad ora mai immaginato, in aperta e problematica tensione con alcuni principi considerati fin qui fondamentali per i sistemi costituzionali liberali⁸ (primato della legge o principio di legalità, divisione dei poteri, indipendenza dei giudici, etc.). Inoltre, lungi dall'indebolire l'incidenza dell'attività della CIDH (che apparentemente viene emarginata dall'attribuzione di un potere di controllo di convenzionali-

10 e s. (mia la traduzione).

⁶ Più normativa che ermeneutica, si direbbe alla luce di una visione complessa del ruolo dell'interpretazione giurisdizionale nella vita delle norme: si vedano i classici testi di Perelman C., *Logica giuridica. Nuova retorica*, (1976), trad. it. di M. Meier, Milano Giuffrè 1979; e da noi di Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999. Riflette sull'influsso della "nuova coscienza ermeneutica" anche nella vita del diritto D'Agostino F., *Interpretazione*, in Id., *Lezioni di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, p. 65.

⁷ Si tratta di una constatazione generalizzata ed acquisita: cfr. Silva M., *¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un Tribunal?*, cit., che a sua volta menziona Casal J.M., *Algunos desafíos del control de convencionalidad en América Latina*, s.d., reperibile comunque anche presso il seguente indirizzo web: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Algunos%20desaf%20del%20control%20de%20convencionalidad%20en%20Am%20C3%A9rica%20Latina1.pdf>; Mejía Lemos D.G., *On the 'Control de Convencionalidad' Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights' Relevant Case Law*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2014, XIV, pp. 136-137; Castilla Juárez K., *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, vol. XIII, p. 53. Di conseguenza, non sono pochi gli autori fortemente critici nei confronti dell'intero istituto, quanto alle sue utilizzazioni ed al suo fondamento: Bianchi A. B., *Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'*, in *La Ley*, 2010-E, 426, al seguente indirizzo: http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Bianchi_Control_de_Convencionalidad_LL_2010.pdf, pp. 4-5; Contesse J., *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, contributo del 2013, reperibile anche in internet: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf, pp. 4-5 e nota n. 23, p. 11; Henríquez Viñas M. L., *La polisemia del control de convencionalidad interno*, in *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014, 24, pp. 125, 128, 131 e 135-136; Malarino E., *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in Gruppo Latinoamericano di Studi sul Diritto Penale Internazionale, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Montevideo 2014, pp. 27-29.

⁸ Si veda lo studio già classico di Viola F., *Rule of law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino 2011.

tà alle corti domestiche), in realtà l'invenzione ed introduzione nel sistema di tale istituto ne rafforza enormemente l'importanza, visto il vincolo ermeneutico stabilito nell'ultima frase della parte di sentenza citata. Come onestamente riconosce il *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 7*, dedicato appunto all'istituto del controllo di convenzionalità⁹, "uno de los aspectos controvertidos del control de convencionalidad es el parámetro con que debe realizarse el referido control. La Corte IDH ha señalado que no solo la Convención Americana, sino que también su propia jurisprudencia, es parte del parámetro".

2. I presupposti, la giustificazione normativa e la pretesa di legittimità

Non deve sorprendere l'evoluzione dell'istituto. Se è vero infatti che l'analogo europeo della Corte Interamericana, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non si è mai spinta fino ad ipotizzare questo potere in chiari termini formali (come invece, lo abbiamo constatato, avviene espressamente a partire dalla sentenza citata, nel caso dell'omologa americana), non va d'altra parte dimenticato che vi sono alcune differenze nei contesti, tali da spiegare almeno sul piano storico questo divergere evolutivo. In primo luogo, la Corte Interamericana si è mossa fin dall'inizio in un Continente, come quello centro e latinoamericano, in cui secondo le tradizioni giuridiche dominanti il controllo diffuso di costituzionalità è la regola, e non l'eccezione, a differenza dell'Europa, dove le Corti ed i Tribunali costituzionali sono previste in numerosi ordinamenti, sebbene di recente introduzione (in Italia avvenuta nel 1948 con la Costituzione repubblicana, in Spagna analogamente nel 1978, in Francia l'istituzione del Consiglio Costituzionale risale al 1958, in Germania nel 1951, e così via). In secondo luogo, è a tutti noto che la storia del Secondo Dopoguerra nei Paesi su cui ha giurisdizione la Corte Interamericana, a causa soprattutto degli strascichi di complessi processi postcoloniali, è stata caratterizzata dall'avvicinarsi di dittature militari e/o familiari che, per definizione, hanno costruito l'affermarsi del proprio potere su violazioni spesso sistematiche dei diritti umani (la stessa sentenza contro il Chile, che come detto ha inaugurato l'era del controllo diffuso di convenzionalità, scaturisce da un episodio gravissimo verificatosi nei primi giorni del *golpe* militare in quel Paese, nel settembre del 1973)¹⁰.

⁹ Si tratta di una pubblicazione periodica a cura della CIDH, disponibile online: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

¹⁰ Luis Alfredo Almonacid Arellano, che dal giorno del *golpe* si nascondeva, la mattina del 16 settembre 1973 si recò in visita alla moglie (Elvira Gómez Olivares, incinta all'ottavo mese avanzato), e fu mitragliato a morte sotto i suoi occhi dalla polizia incaricata dal governo golpista di arrestarlo in quanto esponente di spicco dell'ala estrema del partito comunista cileno. La ragione dei colpi, nella sua testimonianza, è collegata ai gesti che il marito fece per sistemarsi gli occhiali, che

Sul piano sostanziale, pertanto, gli organismi sovranazionali hanno avuto dalla propria parte l'investitura di una missione civilizzatrice tanto importante storicamente quanto delicata sul piano politico e sociale, in qualche modo sintetizzata nei primi *considerando* del Preambolo della Convenzione Americana sui Diritti Umani, siglata a San José de Costarica nel novembre del 1969: "Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención/Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre/ Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"¹¹.

Sul piano formale, la giustificazione normativa del controllo diffuso di convenzionalità è stata sin dall'inizio cercata e individuata dalla Corte e dalla Commissione¹² nel combinato disposto di Convenzione Americana sui Diritti Umani e normativa internazionale sui trattati. In concreto, le norme fondamentali di riferimento sono:

provocarono la reazione di uno dei due agenti incaricati dell'arresto. Contestualmente alla sparatoria, per lo spavento, la donna soffrì un distacco placentare e perse il figlio. Una legge nazionale del 1978 (il Decreto Ley 2191) avrebbe poi introdotto un'amnistia per tutti i crimini commessi nel periodo di affermazione e consolidamento della dittatura: in base all'art. 1 di tale Decreto, si concesse l'amnistia per qualunque tipo di reato (ad eccezione di quelli elencati nell'art. 3, come il parricidio, l'infanticidio, la produzione o il traffico di stupefacenti, etc.), "a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978", senza distinguere tra delitti comuni e delitti politici. È per questo ordine di ragioni che, al termine della dittatura nel 1990, molti parenti e conoscenti delle sue vittime chiesero l'annullamento degli effetti di quell'amnistia ed alcune vicende processuali si protrassero per molti anni, compresa quella relativa all'uccisione di Almonacid Arellano.

¹¹ Se ne può leggere il testo integrale ed ufficiale in https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_american_a_sobre_derechos_humanos.htm

¹² È utile qui ricordare che affianca la CIDH, con funzioni eminentemente amministrative e procedurali ma non per questo meno importanti, la Commissione Interamericana per i Diritti Umani, il cui ruolo più rilevante per quel che riguarda il nostro tema (in base agli articoli 44 e seguenti della Convenzione Americana sui Diritti Umani del 22 novembre del 1969) consiste nell'effettuare un primo "filtro" del ricorso (per il quale, proprio come avviene per l'analoga Corte Europea, occorre che siano stati previamente esauriti i ricorsi interni), mediante l'istruzione di un tentativo di conciliazione che esordisce con l'invito allo Stato denunciato a chiarire la propria posizione: se esso sarà stato in grado di giustificare l'asserita violazione o addirittura mostrarne l'inesistenza, la Commissione archiverà la denuncia senza che sia più possibile adire la CIDH. Tale evenienza, peraltro, è stata finora molto rara: ma non ha impedito alla Commissione di accrescere significativamente il proprio potere anche in termini di influsso sull'ermeneutica della Convenzione e dei Trattati, operata dalla CIDH con gli importanti effetti *erga omnes* che già abbiamo sottolineato.

- Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, del 1969, che all'art. 27 dispone espressamente: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"¹³;

- Convenzione Americana sui Diritti Umani, del 1969: in particolare, per i contenuti, l'art. 2 che impone a ciascuno Stato membro il "deber de adoptar disposiciones de derecho interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"; e per le procedure, gli artt. 62 e 63 (sulla funzione giurisdizionale) e 64 (sulla funzione consultiva).

La pretesa di legittimità si fonda, negli intendimenti degli organismi interamericani, sulla priorità del diritto internazionale dei diritti umani rispetto a qualsivoglia normativa nazionale, foss'anche di rango costituzionale. L'urgenza e la rilevanza della protezione dei diritti umani – secondo una prospettiva innegabilmente giusnaturalistica, che evoca la già aristotelica distinzione tra giusto legale e giusto naturale – spiegherebbe l'assenza di esitazione al momento di apprestare tutela in caso di (rischio di) violazione.

Un altro punto di vista frequentemente evocato per spiegare ed in qualche modo legittimare in termini filosofici il sistema interamericano (e non solo) è quello del Kelsen della *Teoria pura del diritto*, che si domandava retoricamente "come potrebbe essere possibile tale contraddizione [tra diritto internazionale e diritto dello Stato singolo] se è la stessa 'volontà' quella che riconosce il diritto internazionale e che si presenta come ordinamento giuridico dello Stato particolare?"¹⁴. Epigono dell'utopia kantiana della "pace perpetua", il giurista austriaco generalizzava in tal modo su scala mondiale la sua costruzione a centratura pubblicistica (*rectius*, statualistica) dell'ordinamento giuridico: ed alcuni interpreti contemporanei amano vedere nell'affermarsi del diritto internazionale dei diritti umani una sorta di inveramento di quella, piuttosto diversa, profezia. È stato per esempio osservato che la nuova configurazione, se accettata come proposta dalla CIDH, implica al contempo la fine della sovranità nazionale ed una metamorfosi radicale del sistema delle fonti: "En la cúspide de la pirámide Kelseniana no está la Constitución sino la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin que ello signifique la inexistencia de la supremacía constitucional, toda vez que para los ordenamientos jurídicos internos ella seguirá existiendo, pero solo bajo el entendido de que haya concordancia entre la constitución y la Con-

¹³ <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

¹⁴ Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), trad. it. di R. Treves, Einaudi, Torino 1967, p. 161.

vención Americana sobre Derechos Humanos, tratándose entonces, al igual que con el concepto de soberanía y de las fuentes del derecho, en [sic] un replanteamiento de este principio constitucional”¹⁵.

A questo tipo di prevalenza hanno immancabilmente fatto riferimento gli autori più favorevoli al controllo di convenzionalità come potente strumento di progresso giuridico, che in qualche modo si giustifica di per sé, escludendo persino quello spazio residuo di discrezionalità delle autorità locali che, parallelamente, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo aveva invece frequentemente richiamato a partire dal 1956¹⁶ sotto il nome di “margine di apprezzamento”. Le parole di un paladino di questa impostazione, che ne è stato almeno in parte anche artefice lavorando nella CIDH come giudice, sono nette: “El ‘control difuso de convencionalidad’ constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdicción [sic] del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera ‘última’ y ‘definitiva’ el Pacto de San José. Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH”¹⁷. Di più, da molte parti si è da qualche anno cominciato a parlare di uno *jus commune* interamericano che sarebbe il frutto crescente del nuovo sistema: “La doctrina del ‘control de convencionalidad’ se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune* en la región, en particular en cuanto una visión homogénea [sic] en materia de derechos humanos fundamentales”¹⁸. Quel che dunque il sistema

¹⁵ Mora Méndez J. A., *El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho*, in *Revista Republicana*, XII, 2012, p. 231.

¹⁶ Corte Europea dei Diritti Umani (Commissione), *Grecia c. Regno Unito (caso Cipro)*, ricorso n. 176/56, decisione del 2 giugno 1956. Per una sintetica ricostruzione dell’istituto europeo si veda Anrò I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, in Oddenino A., Ruozi E., Viterbo A., Costamagna F., Mola L., Poli L. (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell’ordinamento internazionale e nell’ordinamento comunitario. Atti dell’Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionaliistiche – VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009*, ESI, Napoli 2010, pp. 7-28.

¹⁷ Ferrer Mac-Gregor E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, in *Estudios Constitucionales*, IX, 2011, p. 532.

¹⁸ Sagüés N. P., *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, in *Estudios Constitucionales*, VIII(1), 2011, p. 117. Più ampiamente Id., *El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, in von Bogdandy A., Ferrer Mac-Gregor E., Morales Antoniazzi M.(coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius*

così riplasmato tende a produrre non è semplicemente un rafforzamento della tutela dei diritti umani, ad un livello sovranazionale e comunque in subordine all'esaurimento dei ricorsi interni, bensì molto più profondamente un sistema sovracostituzionale di estensione continentale: in altri e più semplici – anche se tecnicamente meno precisi – termini, una “costituzione continentale”: “Para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes, están obligados a respetarla y a ella adecuarse”¹⁹.

Un'ultima notazione che riflette l'evoluzione dell'istituto è quella che possiamo mutuare da un altro studioso molto favorevole ad esso: “El Tribunal regional remarcó en los últimos años la importancia del control ‘primario’ de convencionalidad, como pilastra fundamental de todo el sistema, partiendo del postulado que el ‘secundario’ – hecho por ella – debe atenerse al modelo de la subsidiariedad, criterio que fue consolidado en el caso ‘Brewer Carías’ ya analizado, donde se requirió por mayoría el agotamiento de los recursos internos rechazando la demanda por incumplimiento de este criterio”²⁰. In altri termini, forse per ribilanciare l'enorme ed inedita crescita di importanza (anche politica) della propria attività giurisdizionale, la CIDH ha preferito autolimitare la propria funzione ad una specie di ruolo sussidiario, ove mai gli organi domestici

constituzionale commune *en América Latina?*, IJ-UNAM, IIDC, 2010, p. 453. Lo stesso eminente studioso argentino, in conclusione dell'articolo ribadisce di nuovo che “la doctrina del ‘control de convencionalidad’, bien instrumentada puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos, y edificar un *ius commune* en tal materia, en el área interamericana. Se trata de una innovación muy significativa, quizá copernicana, que: a) Provoca una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica. b) Recorta el margen de acción de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación del pacto y de las Constituciones locales. c) Parte del supuesto de la primacía del pacto sobre las Constituciones domésticas, cuestión muy polémica pero que es positivo que se defina de una vez. d) Posee una vertiente ‘destructiva’ o ‘saneadora’ (no aplicar las reglas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la interpretación de la Corte Interamericana), y otra ‘constructiva’, tan importante como la primera (interpretar las normas domésticas en consonancia con el pacto y con la Corte Interamericana). e) No explicita claramente su aplicación con la vigencia de la doctrina del margen de apreciación nacional. e) Tampoco delimita con cuidado si es obligatoria respecto de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos, y si todos ellos tienen primacía sobre las constituciones locales. f) No ha explicado con nitidez qué ocurre con los jueces nacionales que no pueden ejercer control de constitucionalidad, en el sentido de si también deberían, o no, practicar el de convencionalidad” (p. 467).

¹⁹ Voto Razonado del Juez *ad hoc* R. De Figueiredo Caldas con Relación a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24 de Noviembre de 2010, párr. 5: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf

²⁰ Hitters J.C., *Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)*, in *Estudios Constitucionales*, XIII, 2015, pp. 123-162.

(e non solo quelli giurisdizionali, ma anche quelli legislativi ed amministrativi, purché statali e dunque sottomessi ai vincoli del trattato come rappresentanti del Paese aderente), non abbiano mostrato capacità di onorare gli impegni presi nell'implementazione concreta delle norme di protezione e promozione dei diritti umani dei propri cittadini²¹.

3. Analisi delle criticità

Fin qui la presentazione dell'istituto, della sua storia, dei suoi fondamenti normativi e della sua giustificazione teorica da parte della CIDH medesima e dei suoi sostenitori: non pretendo di averne esaurito ogni profilo (per esempio non ho approfondito la questione del cosiddetto "material normativo controlante"²²), ma ritengo che quanto esposto possa rappresentare il minimo cognitivo indispensabile per riflettere sul piano critico attorno al controllo di convenzionalità per come va configurandosi nel contesto della Convenzione Americana, e dell'azione conformatrice della CIDH, con interessanti riflessi anche sul sistema europeo della CEDU²³. Di seguito cercherò di esporre, anche sulla scorta della fiorente e sempre più abbondante letteratura scientifica americana, le perplessità che l'istituto in questione ha generato, e che talora hanno mostrato vere e proprie criticità del sistema, tali da mettere i giuristi dinnanzi ad un cambio di paradigma e, come sempre avviene in questi casi, alla necessità di assumere una posizione davanti al dilemma: assecondare l'evoluzione magari tentando

²¹ Per la letteratura monografica favorevole all'istituto, si vedano soprattutto le opere di Cançado Trindade A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2006, e di Sagüés N. P., *La Constitución bajo tensión*, Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

²² Di cui parlano vari autori: cfr. Silva M., *¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un Tribunal?*, cit., pp. 14 e ss., che illustra tre percorsi che si aprono davanti al giudice domestico e che devono guidarne l'interpretazione in sede di controllo diffuso di convenzionalità, vale a dire le risoluzioni della CIDH, anzitutto, ma poi anche le sue opinioni consultive (espresse in base all'art. 64 della Convenzione), ed infine, meno intuitivi ma altrettanto incisivi, gli eventuali riconoscimenti (ammissioni) di responsabilità totale o parziale che lo Stato denunciato decidesse di effettuare per evitare il giudizio della CIDH, o anche gli accordi cui esso potesse addivenire in via stragiudiziale davanti alla Commissione. Si veda altresì quel che dice in argomento Sagüés N. P., *El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, cit., pp. 458 e ss., distinguendo tra "material normativo controlado" e "material normativo controlante".

²³ Il disinteresse degli europei per il sistema interamericano non ha corrispondenza biunivoca: si vedano per esempio le considerazioni di comparazione tra i sistemi che effettua ancora Sagüés N. P., *El 'control de convencionalidad' en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, in Ferrer Mac-Gregor E., Herrera García A. (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant Le Blanch, Valencia 2013, pp. 993-1030.

di giustificarla in termini di giustizia, oppure contrastarla, nel nome di principi irrinunciabili? Non ho dubbi infatti circa la sapienza racchiusa nelle parole con cui Giuseppe Capograssi, molti anni fa, descrisse l'opera del filosofo del diritto – ed anche in quell'occasione si trattava dell'apporto del pensiero alla “pratica dei diritti umani”²⁴: “Spetta al pensiero di riconoscere lo sforzo che fa la vita nell'affermare la verità, e col riconoscerlo, aiutarlo. È tutto quel che il pensiero può fare. E non è poco; ed è un aiuto essenziale”²⁵. Come si vede, il compito del “pensiero” non è quello di un supino assecondamento dei fatti, bensì quello di un loro vaglio critico che li coadiuva, ed eventualmente orienta, nel percorso verso la verità che vogliono/debbono affermare. Il resto, è fallacia naturalista, o, quel che è peggio, storicista.

3.1. Criticità giuridiche: la giurisdizionalizzazione dei diritti.

Un primo aspetto – così generale da ricomprendere tutti gli altri – è quello della transizione postpositivistica, da un modello legalista di ordinamento giuridico ad un modello giurisdizionalista. Non è un mistero che per alcuni autori, anche prestigiosi, poiché è la struttura stessa del fenomeno giuridico ad essere casistica, prudenziale e non scientifica, il modello giurisdizionale è l'unico modello sensato per il diritto: come in epoca romana (vale a dire, alle origini del diritto occidentale), fu la spinta pretoria a far evolvere e perfezionare gli strumenti giuridici fino all'apoteosi della compilazione giustiniana – che come noto è solo in minima parte collezione di leggi, prevalendo l'antologia di pareri e consultazioni giurisprudenziali – e come per lunghi secoli dopo la fine dell'Impero fu pur sempre un diritto di matrice romanistica e di elevata complessità come il diritto comune, a dominare la scena europea con suprema rilevanza della classe dei giuristi (quindi, di nuovo, degli interpreti e dei giudici, non dei legislatori), così la rapida crisi del progetto illuministico e positivista segnerebbe un inevitabile “ritorno al diritto”²⁶, oltre “le mitologie giuridiche della modernità”²⁷.

²⁴ Come la definì felicemente Viola F., *Etica e metaetica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2000, ed anche, più recentemente e sinteticamente, Viola F., *I diritti umani sono naturali?*, in Botturi F., Mordacci R. (a cura di), *Natura in etica. Annuario di etica*, 6, Vita e Pensiero, Milano 2009, p. 76. Di elevato interesse per un'attuale teoria dei diritti umani il volume a quattro mani di Trujillo I., Viola F., *What human Rights are not (or not only). A negative Path to human Rights Practice*. Novinka, New York 2016.

²⁵ Capograssi G., *Il diritto dopo la catastrofe*, saggio del 1950, reperibile anche in Id., *Incertezze sull'individuo*, Giuffrè, Milano 1969 (cito da qui, nota 13, p. 40).

²⁶ Grossi P., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2018.

²⁷ Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007.

3.1.1. Le difficoltà della de-positivizzazione.

Non c'è dubbio che l'opinione esposta ha dalla sua molta scienza e molta saggezza: quel che occorre tuttavia problematizzare, in primo luogo, è la capacità dei giudici di "dire la giustizia", in uno scenario composito e culturalmente molto frammentato come quello in cui, in maniera probabilmente inedita ed impreveduta, si trovano oggi ad operare; ed in secondo luogo, è la legittimità dell'operazione ermeneutica effettuata dalla CIDH al momento di imporre come contenuto vincolante in forza della Convenzione non soltanto il testo della medesima, ma anche, ed allo stesso livello, l'interpretazione che essa ne dà²⁸. Alle spalle dell'operatore giudiziario infatti non vi è più – come invece avveniva in passato – una chiara e più o meno univoca tradizione, magari frastagliata ma convergente in alcune linee comuni (un'antropologia filosofica soggiacente, anche se magari mai esplicitata, proprio per la sua indiscussa unanimità; una visione della politica e delle funzioni del potere; contenuti condivisi circa i beni umani). Che la legge scritta da un parlamento sia sempre e comunque idonea a sopperire pienamente a questo *deficit* è ovviamente un'utopia: ma – se consideriamo la democrazia una sorta di zattera di salvataggio provvisorio per la coesistenza collettiva, e le sue forme una specie di "salvagente"²⁹ – non possiamo non concludere che anche la legge scritta conserva un suo ruolo prezioso³⁰. Quando, negli anni Settanta, si diffuse la "moda" dell'uso alternativo del diritto, quel che allarmò i giuristi più attenti fu l'impiego ideologico o persino politico dello strumento giudiziario, con sacrificio non già della norma che veniva ermeneuticamente forzata o magari tradita, bensì dell'uguale libertà delle persone, discriminate in base a criteri estranei alle esigenze della giustizia. È probabile pertanto che quando Kelsen in persona ripeteva la nota espressione secondo cui "il diritto può avere qualsiasi contenuto", coltivasse un concetto di diritto che alla fin fine coincideva con quello di "legge approvata validamente da una mag-

²⁸ Tutt'altro che irrilevanti, sul punto, appaiono le obiezioni per esempio di Bianchi A.B., *Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'*, in *La Ley*, 2010-E, 426: "Las sentencias mencionadas [tra esse, la più volte citata *Almonacid Arellano vs. Chile*], lejos de establecer una obligación, formulan una recomendación. Lo que imponen, a mi juicio, no es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino, en todo caso, la obligación de 'tenerla en cuenta', de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de acatarla. En relación con lo segundo, preciso es admitir que, bajo la CADH [la Convenzione], la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de 'tener en cuenta' su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de 'acatar' su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Esta responsabilidad solamente surge frente al incumplimiento de los fallos recaídos en los casos en los cuales los Estados son parte".

²⁹ Per evocare la brillante metafora di Irti N., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007.

³⁰ Alcune valide suggestioni sulla necessaria interazione di giustizia e certezza per garantire al diritto il compimento delle sue funzioni in Amato Mangiameli A.C., *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Padova 2012, specialmente capitoli secondo e terzo.

gioranza legittima”, e confidasse che questo fosse sufficiente – fermo restando il vincolo del giudice alla norma scritta come fonte di legittimazione del suo potere decisionale – a garantire la “pace attraverso il diritto”³¹.

3.1.2. Discussioni sul contenuto dei diritti umani.

Un ulteriore problema di non piccolo momento che scaturisce dalla de-positivizzazione dei diritti umani risiede nella loro paradossale arbitrarietà. È noto che i criteri, per così dire, “storiografici” a cui si affida l’espansione giurisdizionale della CIDH sono il *favor personae* e la progressività ed unità dei diritti umani³²: ed è difficile contestare quanto tali criteri risultino preziosi al momento di innescare e portare avanti i processi di democratizzazione di Paesi che escano da dittature e governi illiberali. Le difficoltà iniziano subito dopo: questa “marcia dei diritti” verso quale meta si dirige? Ed il suo procedere è inarrestabile? Svincolando la giustificazione teorica delle pretese soggettive da qualsivoglia antropologia filosofica, oppure – che è lo stesso – coltivandoli all’ombra di un’antropologia schiettamente individualista che scommette tutto sull’arbitrio individuale trasformato in diritto soggettivo con il solo limite del danno ad altri³³, è poi possibile governare ed organizzare l’ordinamento dei “diritti insaziabili”³⁴? Si dirà che le Convenzioni appunto questo fanno essenzialmente, e prima ancora di istituire le Corti incaricate di tutelarli: esse dichiarano cioè quali siano i diritti umani, così conferendo loro un contenuto definito. Ma ciò è vero solo in parte: sia perché l’abilità ermeneutica delle Corti si è spesso mostrata tale da andare ben al di là del dettato letterale di tali definizioni, sia perché per natura propria le dichiarazioni sui diritti umani tendono ad una certa genericità, sem-

³¹ Secondo il titolo del noto saggio di Kelsen H., *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it. di L. Ciaurro, Giappichelli, Torino 1990. Sul difficile equilibrio tra i due “principi” (“In principio era la legge e in principio era il giudice”), e l’insostituibile ma arduo compito dei giuristi come protagonista di una “infaticabile mediazione tra *jus* e *lex*, tra equità e giustizia”, si veda Amato Mangiameli A.C., *Sfide di teoria giuridica*, CEDAM, Padova 2010, pp. 125 e ss.

³² Nogueira Alcalá H., *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus juris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLV, 135, p. 1175. Il riferimento normativo è l’art. 29 della Convenzione Americana sui Diritti Umani, che regola l’interpretazione della medesima.

³³ Notoriamente critici di questa prospettiva sui diritti soggettivi ed a maggior ragione sui diritti umani sono stati in Europa Villey M., *Il diritto e i diritti dell’uomo*, Cantagalli, Siena 2009, e Cotta S., *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, anche in Id., *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano 2004, pp. 9 e ss.

³⁴ L’espressione è stata resa proverbiale da uno scritto di Pintore A., *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2/2000, XVI, pp. 3-20, con riferimento all’attitudine contemporanea dei diritti soggettivi a fagocitare persino le garanzie democratiche determinando il “sacrificio degli stessi connotati democratici dei nostri ordinamenti costituzionali” (p. 3). Riprende l’espressione, facendone un uso più vicino a quello che qui ne faccio io, D’Agostino F., *Corso breve di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011, p. 155.

pre suscettibile di differenti interpretazioni, sia infine perché non è difficile – e le Corti medesime lo hanno fatto dagli inizi del loro operato – reperire nei testi delle Convenzioni norme aventi la funzione di clausole generali, di valvole che consentono l'ingresso nel sistema di fattispecie completamente inedite e non considerate nel testo convenzionale³⁵. Siccome però, lo abbiamo notato, non solo non esiste un'istanza di controllo esterno e nemmeno un meccanismo interno di appello avverso le decisioni della CIDH, il potere di riempimento di tali clausole, o volta per volta del diritto umano considerato, risulta alla fine sconfinato e insindacabile³⁶. Ancor più della certezza del diritto (che per alcuni magari è addirittura un valore dubbio, o “mitologico”, nonostante la sua capacità rassicurante), è qui in gioco l'arbitrarietà del giudizio: e mentre la prima potrebbe mostrarsi irrealizzabile e forse nemmeno tanto desiderabile nelle sue forme più rigide, la seconda è uno spettro che andrebbe tenuto il più possibile lontano dai tribunali di ogni ordine e grado, ivi incluse, ovviamente, le Corti sovranazionali.

3.2. Criticità politiche: il deficit democratico di Corte e Commissione.

Proprio sulla natura democratica delle Corti sovranazionali è in secondo luogo il caso di portare l'attenzione³⁷. Come noto, le procedure di nomina dei giudici (che, rispetto ai numeri ben superiori della CEDU, nella CIDH sono soltanto sette) non coinvolgono direttamente la popolazione degli Stati aderenti alle rispettive Convenzioni, che possono tutt'al più raccogliere informazioni sulla composizione delle Corti tramite, per esempio, internet. Secondo le Con-

³⁵ Per la CEDU la norma chiave di tali processi è sempre stata l'art. 8. Per una riflessione critica su usi ed abusi di questa norma sia permesso il rinvio a Sartea C., *Aventuras y desventuras del derecho a la intimidad*, in Santos J. A., Albert M., Armida C. (a cura di), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada 2016, pp. 187-202.

³⁶ Sembra pertanto difficile negare l'importanza cruciale che può avere, in aiuto del lavoro di queste Corti, la riflessione teorica sul fondamento dei diritti umani: sia in proposito consentito nuovamente il richiamo di Sartea, *Diritti umani. Un'introduzione critica*, cit.

³⁷ Naturalmente lo stesso problema può essere riguardato da un punto di vista della giustificazione sostanziale della democrazia, come propone Santiago A., *El derecho internacional de los derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico*, in *Persona y Derecho*, 2009, 60, pp. 100 e s.: “Legitimidad democrática y pleno respeto a los Derechos Humanos, son dos principios organizadores de la convivencia política y jurídica, a primera vista, plenamente compatibles y armonizables entre sí, es más, parecería que se exigen mutuamente. Cabría, sin embargo, preguntarse ¿cuál de ellos tiene un valor más definitivo y supremo en caso de un conflicto supuestamente inevitable? ¿cuál de ellos debería prevalecer: el respeto a la opinión de la mayoría o la protección de la dignidad humana y los derechos que de ella se derivan? ¿a quién corresponde resolver, en última instancia, las situaciones aparentemente dilemáticas? Nos inclinamos a pensar que es el principio de la dignidad humana el que tiene mayor valor ético y jurídico y, por lo tanto, corresponde reconocerle un carácter supremo. Los Derechos Humanos son un valor final y definitivo que en situaciones límites pueden quitar la palabra final a la voluntad mayoritaria, ya que la dignidad humana es el presupuesto, fundamento y límite del sistema y procedimiento democrático”. Resta il problema di definire i contenuti di questi diritti così potenti da riuscire a prevalere, almeno sulla carta, persino contro l'autorità (legittimamente) costituita.

venzioni, ciascuno Stato aderente alla Convenzione candida alcuni giuristi (per la CIDH, al massimo tre, tra cui uno almeno dev'essere cittadino di altro Stato), ed ovviamente, se sono sette i giudici e durano in carica quattro anni, una buona parte dei venticinque Paesi aderenti (i Paesi americani sono 34: come noto non hanno aderito alla Convenzione, tra gli altri, USA e Canada), non sarà rappresentata da un giudice proprio nei procedimenti che la riguardano. Sebbene nella fase istruttoria (fin dal filtro della Commissione³⁸) le regole sul procedimento prevedano il coinvolgimento obbligatorio degli Stati sottoposti a giudizio nella persona dei loro rappresentanti, c'è da dubitare dell'idoneità di queste misure a colmare il *gap* cognitivo e di sensibilità giuridica e culturale tra Corte concretamente formata e Stato denunciato. Va anche osservato che – a differenza della CEDU – le decisioni della CIDH non sono appellabili, perché la Corte Americana non è suddivisa in Camere e non conosce un secondo grado davanti alla Gran Camera, come avviene a Strasburgo. In questo senso, è possibile sostenere che le sentenze provenienti dalla CIDH si collocano fuori dal sistema giurisdizionale ordinario: ed anche se si accettasse l'idea, da alcuni difesa da altri osteggiata, che la CIDH costituisca una sorta di “quarto livello” di giurisdizione, rimane il *monstrum* giuridico di un'istanza decisionale non rivedibile perché sottratta ad appello.

3.2.1. Rarefazione del margine di apprezzamento.

Un aspetto se vogliamo secondario, ma non certo irrilevante, della tendenza della CIDH per come si manifesta nell'istituto del controllo di convenzionalità, è quello su cui insiste la strutturale tensione tra livello nazionale e livello sovranazionale del discorso giuridico. Vi si riverbera, chiaramente, una tensione ancor più profonda tra locale e globale, che alimenta le diatribe dei filosofi del diritto e della politica come poche altre questioni teoriche sanno fare ai nostri giorni. Se infatti optiamo per un generoso e nobile cosmopolitismo

³⁸ In base alle disposizioni della Convenzione, la Commissione dovrebbe avere una maggior capacità rappresentativa rispetto alla CIDH: si vedano per esempio le considerazioni sul punto di Dulitzky A. E., *El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?*, in Rivera J.C., Elías J.S., Grosman L.S., Legarre S. (a cura di), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo Perrott, Buenos Aires 2014, pp. 533-569. Questo autore così scrive a p. 551: “Si se acepta la premisa postulada por la Corte y apoyada por parte de la doctrina que el control de convencionalidad se debe ejercer de acuerdo a la Convención interpretada a nivel interamericano, entonces el parámetro para dicho control debe abarcar interpretaciones de la Convención efectuadas tanto por la Comisión como la Corte. Sería importante pues que la Corte así lo reconociese. Este cambio sería el que mejor se adecuaría a un sistema donde un tercio de los Países no aceptan ni reconocen la competencia de la Corte Interamericana. Reconocería a la Comisión su carácter de órgano principal y consultivo de la OEA [Organización de los Estados Americanos] y representante de todos los Estados de la Organización, algo no atribuido a la Corte. Principalmente demostraría que el control de convencionalidad interamericano es bifronte”.

giusnaturalista (di sapore vagamente neostoico), potremmo pensare di gettarci tranquillamente alle spalle ogni preoccupazione etnica e domestica, sicuri che la difesa del modello universalistico di uomo è la via maestra per l'affermazione della giustizia a tutti i livelli. Il problema però si fa sottile, perché è l'antropologia filosofica stessa ad insegnarci che l'uomo è "naturalmente culturale"³⁹, per natura propria s'inserisce in contesti circoscritti e non è in grado di abitare concretamente (esistenzialmente, se si preferisce) l'universale, nemmeno l'universale virtuale della rete (si pensi anche solo alla lingua parlata e scritta, ed alle sue innumerevoli sfumature che, sullo sfondo della generale comunicabilità dei messaggi tra esseri umani, accomunati appunto dalla loro umanità, proietta una paradossale incomunicabilità, giacché li divide la Babele degli idiomi e dei pregiudizi culturali che si manifestano nel parlare e nell'ascoltare⁴⁰, condizionandoli intimamente). Anche ammettendo che a sedere sugli scranni delle Corti sovranazionali siano sempre e solo persone dotate di straordinarie capacità intellettuali e di un formidabile senso del giusto, possiamo essere convinti, senza riserve, che affidare loro una pienezza di potere decisionale eviti del tutto danni e torti ai sottosistemi culturali legittimi? (Dico legittimi perché non si creda che voglio qui difendere la teorica dei "reati culturali"⁴¹, che mi trova invece piuttosto freddo a causa dell'evidente – almeno a mio avviso – spessore giusnaturalistico del diritto penale). L'invenzione del "margine di apprezzamento" è stata tra le migliori trovate dell'attività della CEDU, ma non sembra altrettanto presente ad illuminare l'azione della CIDH⁴², ed in un Continente che senz'altro è più complesso e frammentato, sul piano delle tradizioni ancestrali, rispetto a quello europeo, plasmato ed armonizzato, nonostante tutto, da secoli di cristianità. Forse andrebbe dunque difesa adeguatamente – cioè con maggior energia di quanto non sia stato fatto finora – l'importanza di questo strumento anche nel contesto americano: e questo, oltre ad allentare in modo benefico tensioni latenti, favorirebbe un ridimensionamento del potere della CIDH con maggior rispetto dell'autonomia domestica e della sovranità nazionale⁴³.

³⁹ D'Agostino F., *Pluralità delle culture ed universalità dei diritti*, in Id., *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 248-269.

⁴⁰ Sulle difficoltà e le virtù dell'ascolto, notevole il saggio di Zanetti G.F., *Il principio dell'ascolto*, in Amato A., Amato S., Palazzani L. (a cura di), *Diritto e secolarizzazione. Scritti in onore di Francesco D'Agostino*, Giappichelli, Torino 2018.

⁴¹ Tutto dedicato a questo problema, e proprio in relazione alla complessa realtà latinoamericana, il lavoro di dottorato di Tejada Pinto P.E., *Los delitos culturalmente motivados de las poblaciones indígenas y nativas de Latinoamérica*, Dissertazione presentata in seno al Dottorato di Ricerca in Storia e Teoria del Diritto Europeo presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2015.

⁴² Per un approfondimento di questo tema, si veda Contreras P., *Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Ius et Praxis*, 2013, 20, 2, pp. 235-274.

⁴³ È ovvio che questo discorso richiede uno speciale equilibrio, che sarà normalmente fondato sulla conoscenza delle situazioni reali: deprecando le ripetute renitenze di Paesi come il Perù di

3.2.2. *Violazione del criterio della sussidiarietà.*

Anche qui ci troviamo di fronte ad un dilemma che la CIDH ha impostato⁴⁴ ma non sempre risolto, o risolto in maniera soddisfacente. Teoricamente, il sistema è basato proprio su una funzione secondaria e, per così dire, “patologica” delle istituzioni interamericane, quando non è funzionato il fisiologico “controllo di convenzionalità” ad opera delle istituzioni domestiche: “Solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte”⁴⁵. Tuttavia, è arduo non vedere dietro questo meccanismo una permanente condizione di “ricattabilità” dello Stato, che dunque non è semplicemente *invitato* o *incoraggiato* a svolgere la propria parte nella protezione dei diritti umani (con il contenuto proclamato dalla Convenzione secondo la declinazione interpretativa che ne dà volta per volta la CIDH), bensì vi è più propriamente *costretto*. Il recente ma progressivo aumento di tensioni tra i poteri nazionali e la CIDH in relazione a decisioni delicate⁴⁶, testimonia con la forza dei fatti che questa ipotesi non è

Fujimori ed ora, soprattutto, il Venezuela di Chávez e Maduro, si mostra molto critico verso ogni rivendicazione di autonomia Meier García E., *Nacionalismo constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 2011, 9, 2, pp. 329-376: “Esto es una muestra de cómo los Tribunales Supremos o Tribunales Constitucionales pueden y deben cambiar, porque la resistencia al Derecho internacional de los derechos humanos es un signo de franco aislacionismo, un brote de autoritarismo, de nacionalismo constitucional o de provincialismo judicial, muy inconveniente en nuestros días, en que ya son pocos los jueces nacionales que se creen portadores de la última palabra, siguen apotegmas constitucionales cerrados o se escudan en la omnipotencia de sus propios poderes, o lo que es lo mismo, en la infalibilidad de sus propias decisiones”.

⁴⁴ Come spiega il *Cuadernillo* 7, cit., § 7, p. 18, “la Corte IDH ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada”.

⁴⁵ *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

⁴⁶ Il caso più clamoroso, tuttora in sospenso, è quello che ha contrapposto la Repubblica Argentina alla CIDH a partire dal 2011: *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas) (reperibile online: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf). La crisi è stata scatenata dalla decisione con cui il 24 febbraio del 2017 la Corte Suprema de la Nación Argentina ha affermato che “ella no puede ser obligada a acatar el fallo supranacional de dejar sin efecto un pronunciamiento doméstico” (CSJN, 14 febbraio 2017, 368/1998 (34M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada para el caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). In precedenza, aveva elaborato un quadro sintetico delle reazioni delle Corti Supreme nazionali alle giurisprudenze della CIDH Bazán V., *El control de convencionalidad: incógnitas*,

teorica ma rischia di mettere in discussione l'intero sistema interamericano, ove non si proceda con saggezza ed equilibrio.

4. Requiem per la positività del diritto

I segnali di crisi della positività del diritto che il sistema che abbiamo descritto e sottoposto a vaglio critico presenta sono davvero numerosi, e debbono indurre il giurista a prendere molto sul serio questo processo che avviene sotto i suoi occhi e mette in discussione alcune pietre miliari della sua scienza e della sua arte. Prendere sul serio può anche significare, a mio avviso, criticarne e respingerne i risvolti inaccettabili (perché ingiusti: e la giustizia, che naturalmente va definita in base ad un paradigma teorico, torna ad essere il criterio fondamentale di guida del discernimento giuridico), sapendo al contempo accoglierne i profili da salutare con convinzione perché consentono il superamento di schematismi che hanno preteso di imbrigliare abusivamente la vita del diritto. Non è necessario aderire agli entusiasmi (a volte forse troppo facili) del neocostituzionalismo⁴⁷, per comprendere i pregi di questa situazione in termini di progresso della civiltà giuridica.

Rimane il punto principale: anche ammettendo che la giurisdizionalizzazione dei diritti umani sia un fatto compiuto o inevitabile, e costituisca in ultima analisi un "ritorno al diritto", così come il moltiplicarsi delle fonti e dei livelli del discorso normativo⁴⁸, vale ancora la pena di invocare garanzie contro l'arbitrio del potere giudiziario? La risposta che ipotizzo è affermativa: quel che faccio più fatica ad immaginare è quali forme possano o debbano assumere tali garanzie nel contesto concreto in cui oggi l'attività dei giuristi si svolge⁴⁹. Molti ritengono superati i modelli legati alla tradizione, e con questi nuovi strumenti

desafios y perspectivas, in Id. et Alii (a cura di), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control de convencionalidad*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Bogotá 2012, spec. pp. 36 e ss.

⁴⁷ Con riferimento ai lavori di Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelski, Luigi Ferrajoli, in ordine al celebrato "dialogo tra le Corti", si veda il saggio di Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, México 2013. Da noi si veda Mazzarese T., *Le sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e il disordine delle fonti del diritto*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2017, XVII/1, pp. 109-137.

⁴⁸ È per esempio l'approccio proposto in Italia da Zaccaria G., *Nuove fonti e pluralismo giuridico*, in Amato A., Amato S., Palazzani L. (a cura di), *Diritto e secolarizzazione. Scritti in onore di Francesco D'Agostino*, cit.

⁴⁹ Qualche indicazione utile in uno dei pochi testi che in Italia ha approfondito il nostro tema: Rossetti A., *La Corte interamericana y el sistema regional de protección de los derechos humanos. Surgimiento, importancia y perspectivas en el mundo globalizado actual*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2017, XVII/1, numero monografico a cura di Mazzarese T., *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali*, pp. 59-83.

internazionali prendiamo anche le distanze dai metodi positivisti del legalismo, del vincolo rigido del giudice alla norma scritta, e così via. Dobbiamo allora pensare ed intraprendere nuove strade, tra le quali certamente ha la sua parte anche una più accurata formazione dei giudici, che giocoforza dovrà anche tener conto dello spessore antropologico dei beni in gioco quando parliamo di diritti dell'uomo, e di un'adeguata responsabilizzazione *lato sensu* politica di chi arriva a rivestire quel ruolo.

Bibliografia

- Amato Mangiameli A. C., *Sfide di teoria giuridica*, CEDAM, Padova 2010.
- Amato Mangiameli A. C., *Arte e/o tecnica. Sfide giuridiche*, CEDAM, Padova 2012.
- Anrò I., *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in Oddenino A., Ruozi E., Viterbo A., Costamagna F., Mola L., Poli L. (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009*, ESI, Napoli 2010, pp. 7-28.
- Bazán V., *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*, in Id. et Alii (a cura di), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Control del convencionalidad*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Bogotá 2012.
- Bianchi A. B., *Una reflexión sobre el llamado «control de convencionalidad»*, in *La Ley*, 2010-E, 426: http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Bianchi_Control_de_Convencionalidad_LL_2010.pdf
- Cançado Trindade A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006.
- Carbonell M., *Introducción general al control de convencionalidad*, Porrúa, México 2013.
- Casal J. M., *Algunos desafíos de control de convencionalidad en América Latina*, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Algunos%20desaf%C3%ADos%20del%20control%20de%20convencionalidad%20en%20Am%C3%A9rica%20Latina1.pdf>
- Castilla Juárez K. A., *¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, Vol. XIII, pp. 51-97.
- Contesse J., *¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

- Contreras P., *Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Ius et Praxis*, 2013, 20, 2, pp. 235-274.
- Cotta S., *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in Id., *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Milano 2004.
- D'Agostino F., *Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1996.
- D'Agostino F., *Lezioni di teoria del diritto*, Giappichelli, Torino 2006.
- D'Agostino F., *Corso breve di filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino 2011.
- Dulitzky A. E., *El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?* in Rivera J. C., Elías J.S., Grosman L.S., Legarre S. (a cura di), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrott 2014, pp. 533-569.
- Ferrer Mac-Gregor E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, in *Estudios Constitucionales*, 2011, Vol. IX, pp. 531-622.
- Grossi P., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015.
- Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007.
- Henríquez Viñas M. L., *La polisemia del control de convencionalidad interno*, in *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014, Vol. 24, pp. 113-141.
- Hitters J. C., *Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos)*, in *Estudios Constitucionales*, 2015, XIII, pp. 123-162.
- Irti N., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. Treves. Einaudi, Torino 1967.
- Kelsen H., *La pace attraverso il diritto*, (1944), trad. it. di L. Ciaurro. Giappichelli, Torino 1990.
- Malarino E., *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in Gruppo Latinoamericano di Studi sul Diritto Penale Internazionale, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., Montevideo 2014, pp. 25-71.
- Mazzarese T., *Le sfide del costituzionalismo (inter)nazionale e il disordine delle fonti del diritto*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2017, XVII/1, pp. 109-137.
- Meier García E., *Nacionalismo constitucional y Derecho internacional de los derechos humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 2011, 9/2, pp. 329-376.
- Mejía Lemos D. G., *On the 'Control de Convencionalidad' Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Rights' Relevant Case Law*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2014, XIV, pp. 117-151.

- Mora Méndez J. A., *El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho*, in *Revista Republicana*, 2012, XII, pp. 217-237.
- Nogueira Alcalá H., *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus juris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2012, XLV, 135, pp. 1167-1220.
- Perelman C., *Logica giuridica. Nuova retorica*, (1976), trad. it. di M. Meier, Giuffrè, Milano 1979.
- Pintore A., *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, XVI, pp. 3-20.
- Rossetti A., *La Corte interamericana y el sistema regional de protección de los derechos humanos. Surgimiento, importancia y perspectivas en el mundo globalizado actual*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, numero monografico 2017, XVII/1, a cura di Mazzaresse T., *Disordine delle fonti del diritto (inter)nazionale e tutela dei diritti fondamentali*, 2017, pp. 59-83.
- Sagüés N. P., *El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, in A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* IJ-UNAM, IJDC 2010, pp. 403-430.
- Sagüés N. P., *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, in *Estudios Constitucionales*, 2011, VIII(1), p. 117-136.
- Sagüés N. P., *El 'control de convencionalidad' en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, in Ferrer Mac-Gregor E., Herrera García A. (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Tirant Le Blanch, Valencia 2013, pp. 993-1030.
- Sagüés, N. P., *La Constitución bajo tensión*. Querétaro. Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro 2017.
- Santiago A., *El derecho internacional de los derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico*, in *Persona y Derecho*, 2009, 60, pp. 91-130.
- Sartea C., *Aventuras y desventuras del derecho a la intimidad*, in Santos J.A., Albert M., Armida C. (a cura di), *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada 2016, pp. 187-202.
- Sartea C., *Diritti umani. Un'introduzione critica*. Giappichelli, Torino 2018.
- Silva Abbott M., *¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un Tribunal?* In press (*paper* presentato al convegno di Buenos Aires nel settembre del 2017).

- Trujillo I., Viola F., *What human Rights are not (or not only). A negative Path to human Rights Practice*, Novinka, New York 2016.
- Villey M., *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Cantagalli, Siena 2009.
- Viola F., *Etica e metaetica dei diritti umani*. Giappichelli, Torino 2000.
- Viola F., *I diritti umani sono naturali?*, in Botturi M., Mordacci R. (a cura di), *Natura in etica. Annuario di etica*, 6. Vita e Pensiero, Milano 2009, pp. 69-92.
- Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari 1999.
- Zaccaria G., *Nuove fonti e pluralismo giuridico*, in Amato A., Amato S. Palazzani L. (a cura di). *Diritto e secolarizzazione. Scritti in onore di Francesco D'Agostino*, Giappichelli, Torino 2018.
- Zanetti G. F., *Il principio dell'ascolto*, in Amato A., Amato S. Palazzani L. (a cura di). *Diritto e secolarizzazione. Scritti in onore di Francesco D'Agostino*. Giappichelli, Torino 2018.

CLAUDIO SARRA

“Iper-positività”: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell’informazione.

ABSTRACT: In this work I discuss a peculiar trend in contemporary european and italian legislation aiming at reducing fundamental legal concepts within the boundaries of technical categories of IT. Some crucial examples are presented, and a general overview of the consequences is given. In first place, this phenomenon changes the way in which the legal norm is derived asking for a modification of the composition in the set of communities whose interpretative work is necessary for making the legal rule work in the society. Since the main framework is made by technical presuppositions and definitions, the community of IT scholars is now legitimate as one new kind of legal community too, and new forms of dialogue with the traditional legal communities (judges, legal scholars, professional legal associations) are to be found. Secondly, it may lead to the extreme the reduction of what is licit from the juridical point of view to what is technically made possible by IT (“Code is Law”¹), thus increasing exponentially the level of artificiality in legal behaviour. As a matter of fact, in order for the technical framework to be efficient it needs to have a complete dominance of the pragmatic conditions of the behaviour which is supposed to comply, realizing a level of control never attained before by the legal rule alone. I suggest to call this last phenomenon – which is open to discussion – “Hyper-positivity”.

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. “*Hominum causa omne ius constitutum sit*”? 3. *E-governement* o la nuova cibernetica. 4. “...un deficit strutturale/ontologico...”. 5. Conseguenze sulle dinamiche della positivizzazione giuridica. 6. “Iper-positività”.

¹ Cfr. Lessig L., *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York 1999; Maestri E., *Lex Informatica. Diritto, persona e potere nell’età del Cyberspazio*, ESI, Napoli 2015; Id., *Lex Informatica e soft law. Le architetture normative del Cyberspazio*, in Moro P., Sarra C. (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2017, pp. 157-177.

1. Introduzione.

In uno dei passaggi più inquietanti del suo famoso libro *The Human Use of Human Beings* (1950), testo pionieristico quanto ai temi che sarebbero stati discussi nella futura *Cyberethics*², Norbert Wiener scrive:

La nostra nostalgia per la “vita semplice” risale all’epoca precedente ai successi della rivoluzione industriale, ma essa non deve oscurare il fatto che noi *non siamo liberi* di ritornare al nostro stato primitivo [...] I nostri nonni hanno gustato il frutto dell’albero della scienza, e anche se questo frutto ha oggi un sapore amaro per le nostre bocche, l’angelo dalla spada fiammeggiante è ormai dietro di noi. Dobbiamo continuare ad inventare nuove tecniche e guadagnarci il pane non soltanto con il sudore dei nostri muscoli, ma con il metabolismo del nostro cervello³.

Il tono sconsolato, perfino apocalittico, nel testo di un autore che, con la sua *Cibernetica*, tanta parte ha avuto nello sviluppo della nuova rivoluzione tecnologico-informatica che in quegli stessi anni andava realizzando alcuni dei propri decisivi presupposti⁴, si accompagna ad una preoccupata riflessione sulle trasformazioni che l’inevitabile accrescimento della potenza tecnica e della regolazione automatica della società avrebbe determinato sulla capacità morale dell’uomo⁵.

Un analogo senso di “inevitabile progresso infelice” compare nell’orizzonte intellettuale anche prima del lavoro di Wiener: già Bertrand Russell, nel suo

² La c.d. *Cyberethics* costituisce un settore della filosofia morale che ha come oggetto l’incidenza delle tecnologie informatiche sulle categorie morali. Si tratta di una disciplina presente sin dalla metà degli anni Settanta del Ventesimo secolo sotto il nome di *Computer Ethics* e che esplicitamente individua la propria prima fondazione nel lavoro di Wiener. Si veda Bynum T. W., *Computer Ethics: its Birth and its Future*, in *Ethics and Information technology*, 2001, 3 p. 109-112, e più in generale per una panoramica su questi studi si vedano almeno: Johnson D., *Computer Ethics*, Pearson Int., New Jersey 2003; Spinello R. A., *Case Studies in Information Technology Ethics*, Upple Saddle River, New Jersey 2003; Himma K., Tavani H., *The Handbook of Information and Computer ethics*, Wiley & Son, New Jersey 2008; Tavani H., *Ethics and Technology. Controversies, Questions and Strategies for Ethical Computing*, Wiley & Son, New Jersey 2012; Floridi L., *The Cambridge Handbook of Information and Computer Ethics*, Cambridge University Press, New York 2010.

³ Cfr. Wiener N., *Introduzione alla cibernetica. L’uso umano degli esseri umani*, Bollati Boringhieri, Torino, 1966, p. 72 (tr. it. *The Human use of Human Beings*, Houghton Mifflin Company, Boston 1950).

⁴ Il testo di Wiener, *Cybernetics. Control and Communication in the Animal and the Machine* è del 1948. In quegli stessi anni si realizza il progetto avviato nel 1943 di ENIAC, il primo computer ‘general purpose’ della storia. Del 1950 è, invece, il famoso articolo di Alan Turing, *Computer Machinery and Intelligence*, nel quale si trova rappresentato il famoso “test” che ancora oggi porta il suo nome. Del 1956 è la Conferenza di Dartmouth nella quale viene coniata la stessa espressione *Artificial Intelligence* ed inaugurato il paradigma c.d. “forte” della ricerca in questo ambito, mentre nel 1958 John Mc Carthy e Marvin Minsky fondano l’Artificial Intelligence Laboratory al MIT.

⁵ Sulla vita, l’educazione, il lavoro e il senso morale di Wiener si veda Conway F., Siegelman J., *The Dark Hero of Information Age. In search of Norbert Wiener the Father of Cybernetics*, Basic Books, New York 2005.

profetico e, a tratti, visionario *The Scientific Outlook* (1931), descriveva freddamente l'immagine della società "scientifica" del prossimo futuro nella quale ogni elemento avrebbe trovato il proprio posto in un'organizzazione millimetricamente misurata, quantificata, preveduta e regolata; una società nella quale, scrive Russell, "potrà forse esservi piacere, ma non gioia"⁶.

Ed ancora, in quegli stessi anni, ispirato dagli stessi motivi, Aldous Huxley nel celeberrimo *Brave New World* (1932), fornisce l'immagine letteraria alla società "scientifica" di Russell, e, incarnando lo stesso freddo sguardo di fronte ad un decorso ineluttabile, rappresenta un mondo dove le forme di vita e di organizzazione sociale "pre-scientifiche", "naturali", sviluppatasi, cioè, al di fuori di una logica di misurazione e controllo totale, residuano ormai soltanto nella riserva dei "selvaggi"⁷, ed appaiono incomprensibili, perfino disgustose, nient'affatto più "felici" o "buone" della sterilizzata società scientifica.

L'uso del termine "scientifico", in questi contesti, non ha nulla del disinteressato amore per la conoscenza fine a se stessa. Al contrario, "società scientifica" qui sta, precisamente, per "tecnicamente organizzata": una società nella quale l'uso efficace di strumenti e mezzi è impiegato per l'ottenimento di precisi risultati di controllo e stabilità⁸. Essa semmai è il prodotto tecnologico di un sapere che quantifica scopi e mezzi e procede ricodificando ogni conoscenza in funzione di tale quantificazione⁹: è, dunque, uno dei frutti della *tecnica*. Quest'ultima, secondo il filosofo Emanuele Severino, trova la propria essenza nell'*accrescimento indiscriminato della potenza*, e sta nel cuore dello stesso Occidente, dalla grecità ai giorni nostri¹⁰. Le forme dello sviluppo della tecnica, le modalità con cui si presenta l'accrescimento della potenza, sono ovviamente storicamente mutevoli, e nel nostro tempo si esprimono nell'esigenza di più velocità, di trasferimento di informazioni, di riduzione della "fisicità" e delle limitazioni dovute a distanza, lentezza di trasmissione o archiviazioni "chiuse" (*siloes*, nel contemporaneo gergo IT). Questi sono i principali formanti dell'attuale realizzazione socio-tecnica, nella forma dell'incorporea potenza informazionale.

Ma la tecnica è, per l'appunto, in primo luogo, *accrescimento*: essa è necessitata al continuo superamento delle proprie realizzazioni storiche, a "correre sempre in avanti", per sfuggire a quell'"angelo dalla spada fiammeggiante", che

⁶ "In such a world, though there may be pleasure, there will be no joy", Russell B., *The scientific outlook*, Allen & Unwin, London 1931, p. 266.

⁷ Huxley A., *Il mondo nuovo*, Mondadori, Milano 1991, pp. 95-124.

⁸ «La stabilità» disse il Governatore «la stabilità. Non c'è civiltà senza stabilità sociale. Non c'è stabilità sociale senza stabilità individuale», Huxley, *Il mondo nuovo*, cit., p. 39.

⁹ E sullo sviluppo totalizzante di questa mentalità il cui cuore è dato dalla riflessione sul concetto di algoritmo – quale sintesi dell'effettiva calcolabilità teorica e dell'efficienza tecnica di computazione, si veda oggi il fondamentale Zellini P., *La dittatura del calcolo*, Adelphi, Milano 2018.

¹⁰ Tra i molti luoghi in cui l'Autore enuncia e sviluppa questo suo tema fondamentale, cfr. per esempio E. Severino, *Il destino della tecnica*, BUR, Milano 2009.

rappresenta l'enormità del rischio di un arresto tecnologico, o dell'incapacità di soddisfare, con ulteriore strumentario, le innumerevoli esigenze che ogni raggiungimento fa, a sua volta, inevitabilmente nascere.

Ne emerge un paradosso che traluce dal disagio della citazione di apertura: l'uomo, in cerca della propria liberazione – dal bisogno, dai propri limiti, dalla paura – per mezzo della scienza-tecnica – non è più libero di fronte a questo stato di cose, lo dice con lucidità Wiener. Non può più permettersi di non volere quell'accrescimento indiscriminato, costi quello che costi, costi pure la propria felicità. Liberandosi, si è vincolato: una sorta di nuovo Prometeo che inchioda se stesso alla roccia della propria condizione. È in gioco la sua stessa sopravvivenza: nella tecnica è il suo pericolo e la sua salvezza, essa è – ora più che mai – il suo *pharmakon* universale. Non potrà, per esempio, permettersi di non volere lo sviluppo di nuovi e più potenti farmaci antibiotici, o altre forme di contenimento e neutralizzazione dei batteri nocivi che l'utilizzo della sua stessa tecnica (passata) ha prima contenuto e poi reso più forti¹¹.

Un paradosso, dunque: il mezzo (la tecnica) impiegato per il superamento dei propri limiti, percepito a servizio della propria libertà, diviene scopo obbligato e, pertanto, limite alla libertà stessa. Una volontà che liberandosi, più potentemente si vincola, diviene volontà necessitata (ciò che forse è un ossimoro). Anche questo un tema severiniano¹².

Ora, la libertà del volere con la sua caratteristica riottosità perfino alle conclusioni della ragione e alla consapevolezza – comunque concepita ed acquisita – di ciò che è giusto (*video meliora proboque, deteriora sequor*¹³), costituisce un presupposto fondante di larga parte del diritto e delle sue teorizzazioni. Di più, esso è alla base perfino delle narrazioni fondative della modernità giuridico-istituzionale: la libertà in capo ad ogni individuo di volere (e quindi di fare) ciò che “non si deve” giustifica la regola con la sua sanzione, rende visibile la sua esistenza specifica¹⁴, e la coazione, a sua volta, rafforza il “patto con la spada”¹⁵.

¹¹ Livermore D. M., *The Need for New Antibiotics*, in *Clinical Microbiology and Infection*, 2004, 10, pp. 1-9; O'Brian S., *Meeting the social need for new antibiotics: the challenges for pharmaceutical industries*, in *British Journal of Clinical Pharmacology*, 2014, 79, 2, pp. 168-172.

¹² Cfr. Severino, *Il destino*, cit., cap. V; Id., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Adelphi, Milano 1988, cap. III.

¹³ Ovidio, *Le metamorfosi*, Libro VII.

¹⁴ “L'illecito non significa, come lascia supporre la concezione tradizionale, un'interruzione nell'esistenza del diritto, ma proprio l'opposto; in questo fatto si conferma l'esistenza del diritto che consiste nella sua validità, nella doverosità dell'atto coattivo come conseguenza dell'illecito”, Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1984, p. 68.

¹⁵ “Le leggi di natura (come la giustizia, l'equità, la modestia, la compassione, e, insomma il fare agli altri quel che vorremmo fosse fatto a noi) sono di per se stesse, senza il timore di qualche potere che ne impone l'osservazione, contrarie alle nostre passioni naturali che ci spingono alla parzialità, all'orgoglio, alla vendetta e simili. I patti senza la spada sono soltanto parole prive della forza di dare sicurezza”, Cfr. Hobbes T., *Leviatano*, UTET, Torino 1955, p. 313.

In questo senso, forse più profondo di quanto talvolta si rappresenta, può dirsi che la tecnologizzazione della società operi una “trasformazione del diritto”: non tanto con riferimento ai contenuti specifici di una qualche legislazione, ciò che è triviale, e non distingue la trasformazione tecnologica odierna da qualsiasi altro mutamento sociale bisognoso di normazione adeguata. Ma nemmeno si comprende il senso intimo della trasformazione tecnologica del diritto pensando che con essa si determini l’insufficienza di alcune categorie tradizionali di base. Piuttosto, e ben più significativamente, è il fatto che l’accrescimento indiscriminato della potenza comporta il paradosso del rovesciamento della libertà in necessità, della trasfigurazione del volere libero nella impossibilità di volere diversamente, inducendosi così una trasformazione delle stesse narrazioni fondative alla base dell’istituzionalizzazione e della legittimazione del diritto.

Come pensare il diritto quando viene meno la libertà di “fare ciò che non si deve”? Ebbene, quando la volontà è necessitata a rimanere dentro i confini prescritti da un certo avanzamento tecnico, le logiche e le finalità di quest’ultimo le si impongono e il diritto segue questa necessità: se i fini sono già posti, realizzarli o proteggere gli avanzamenti, diviene, di nuovo, una questione tecnica, e il diritto si fa tecnica a sua volta.

Questo lavoro intende proseguire la riflessione di vari autorevoli Autori sulla funzione di nuove “leggi di natura” delle regole cc.dd. “virtuali”, cioè delle regole che governano i processi informatici¹⁶, in particolare con riferimento al concetto di “positività giuridica” sul quale da qualche tempo si è riaperta la discussione¹⁷. Così come quelle determinavano l’ambito del fisicamente (o moralmente) possibile, queste determinano l’ambito del virtualmente possibile, ma, nella misura in cui ai processi da esse determinati si affidi la regolazione giuridica di sempre più estesi ambiti dell’esperienza, esse vengono a determinare anche, con ciò, l’ambito del giuridicamente possibile.

L’informatizzazione della società starebbe, così, realizzando una transizione verso un modello di diritto nel quale a ciascuno è “lecito fare quanto egli di fatto è in grado di fare [...] ma egli è in grado di fare solo ciò che è stato abilitato a fare”¹⁸: una transizione, questa, che produrrebbe una radicale rivoluzione nel con-

¹⁶ Cfr. Sartor G., *Internet e il diritto*, in Di Cocco C., Sartor G., *Temi di diritto dell’informatica*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 4-5; Capaccioli S., *Smart contracts: traiettoria di un’utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 17, 55, p. 34.

¹⁷ Cfr. i saggi di Autori di differenti discipline giuridiche raccolti in Moro P., Sarra C. (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e pratica della formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012; nonché in Sarra C., Velo Dalbrenta D. (a cura di), *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*, Padova University Press, Padova 2013. Cfr. inoltre Cavalla F., *L’origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano 2017, spec. parte IV, Cap. 1; Cavalla F., *Sull’attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 107-121.

¹⁸ Sartor, *Internet*, cit., p. 17.

cetto stesso di diritto quale lo si è inteso dalla modernità ai giorni nostri, e ciò esattamente perché ambisce a realizzare una forma del giuridico che – sempre più conformata all’automatismo informatico – non ha bisogno della volontà per realizzarsi nel mondo. Dal momento che le regole “virtuali”, avendo la funzione di governare processi informatici, hanno natura prettamente tecnica¹⁹, parleremo di “tecnicizzazione del diritto” per indicare il fenomeno generale sopra ricordato e in questo contributo, proveremo a riflettere su questa trasformazione alla luce, da un lato, di alcuni esempi di realizzazione normativa e giurisprudenziale del fenomeno, e, dall’altro, valutandone più in generale l’incidenza di esso sul concetto di “positività” giuridica.

Il lavoro è pertanto diviso come segue: i §§ 2, 3 e 4 presentano esempi di realizzazioni giuridiche dirette a chiudere il confine giuridico entro l’orizzonte delle regole “virtuali”; il § 4, in particolare, discute di un caso giurisprudenziale in cui alla tecnicizzazione del diritto viene fatto corrispondere – dice il giudice stesso – un fenomeno di trasformazione delle ontologie giuridiche; il § 5 valuta, alla luce degli esempi, l’incidenza della “tecnicizzazione del diritto” sul concetto di positività giuridica, mentre il § 6 conclude introducendo il concetto “iper-positività” per esprimere il peculiare grado di esplicitazione e di determinazione della prassi quando il diritto, con le sue categorie più fondamentali, viene pensato all’interno delle regole “virtuali” che governano i processi informatici.

2. *“Hominum causa omne ius constitutum sit”²⁰?*

In questo paragrafo, e in quelli successivi, proporrò una serie di esempi di interventi normativi e giurisprudenziali che manifestano l’intenzione esplicita di determinare un assetto giuridico il cui confine sia dato dalle regole “virtuali” di governo dei processi informatici, introducendo o potenziando la realizzazione di assetti dell’esperienza che esistono giuridicamente solo e per quanto essi si ricodifichino entro i paradigmi resi possibili da quelle stesse regole, a prescindere dall’intuizione e dalla consapevolezza dei soggetti potenzialmente coinvolti. Per quanto riguarda gli esempi legislativi, pur trattandosi di normazioni in alcuni casi notevolmente significative nella trasformazione delle esperienze giuridiche di riferimento e delle concettualizzazioni ad esse sottese, in questa sede non si

¹⁹ Corrispondono, in effetti, al concetto di “regola tecnica” noto e discusso ampiamente quale tradizionale contraltare della regola giuridica, sebbene non siano mancati Autori che, interpretando la norma tecnica come la traduzione in termini prescrittivi di una legge naturale, abbiano ritenuto di avvicinare i due concetti ponendoli entrambi sul piano della doverosità del comportamento-mezzo posto in essere in vista di un fine liberamente scelto, cfr. Modugno F., *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, 1978, *ad vocem*.

²⁰ Non è inopportuno riportare il noto passo per intero: D. 1.5.2 Hermog. L. 1 *iuris epit.*: Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris”

offrirà una discussione esaustiva delle stesse ma le si presenterà e commenterà esclusivamente con il fine di mostrare il punto in oggetto, e cioè la tendenza alla costruzione di un assetto che determina l’agire giuridicamente lecito entro i confini del tecnicamente possibile, nella forma peculiare della tecnica costituita dall’informatica.

In generale, ogniqualvolta la realizzazione di un’attività giuridicamente rilevante venga fatta dipendere in modo esclusivo dal funzionamento di una qualche piattaforma informatizzata, che a sua volta costituisce il luogo di svolgimento di automatismi più o meno visibili, abbiamo una situazione del tipo di quelle che stiamo trattando, in cui, cioè, sono le regole “virtuali” a dettare le condizioni di possibilità per quella stessa attività, con un grado di dipendenza del giuridico dal tecnologico come forse mai prima d’ora s’era realizzato. Esempi si possono trovare nelle realizzazioni e la pianificazione per il *single digital market* a livello europeo, nella riforma della P.A. con l’introduzione dell’agenda digitale, nella legislazione tributaria, previdenziale ecc. ecc. Qui, tuttavia, vengono in considerazione situazioni che sembrano spingere il presupposto normativo “virtuale” più in là del solo efficientamento tecnico, producendo una tensione trasformativa nelle categorie giuridiche più profonda, fino a farne trasfigurare i fondamenti.

Il primo dei nostri esempi è dato da uno degli interventi normativi più rilevanti e discussi degli ultimi tempi vale a dire il Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali (Reg. UE 2016/679, GDPR), che, nel momento in cui scriviamo, ha appena visto la propria entrata in vigore. Come è noto, la prima e relevantissima novità in materia consiste proprio nell’adozione di un Regolamento come strumento regolativo, la qual cosa ha avuto lo scopo di superare, per lo spazio giuridico dell’Unione, i residui di frammentazione giuridica conseguenti al precedente sistema basato sulla Direttiva 95/46/CE, e sulle conseguenti legislazioni nazionali di implementazione²¹. Stando alla ricostruzione teorica più diffusa sulla c.d. “primazia” del diritto dell’Unione²², il Regolamento si caratterizza per la peculiare forza giuridica delle proprie disposizioni che risultano immediatamente efficaci negli ordinamenti interni collocandosi nella gerarchia delle fonti a livello *supra*-costituzionale, al di sotto esclusivamente dei cc.dd. “principi supremi” dell’ordinamento giuridico²³. Il che fa sì che non

²¹ Innanzi tutto, nel caso italiano, la L. 675/1996 e le successive modifiche, riordinate nell’adozione del D. Lgs 30 giugno 2003, n. 196, c.d. “Codice Privacy”, a sua volta più volte modificato.

²² Ma vedi *contra* Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano pp. 673-676, che la ritiene “tanto indifendibile sul piano teorico, quanto incontestabile sul piano pratico (politico)”, p. 673, nota 12. L’Autore considera la tesi, recepita dalla Corte Costituzionale, un esempio di “sovra-interpretazione”, cfr. Guastini R., *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Giappichelli, Torino 2010, p. 222.

²³ Anche l’individuazione di questi ultimi, come è noto, da parte della Corte Costituzionale nella famosa sentenza 1146/1988 non è avvenuta senza critiche da parte della dottrina, cfr. Cicconetti

vi possa essere alcuna “caratterizzazione” personale da parte degli ordinamenti in merito al modo con cui introdurre i principi regolativi, ma essi vi si travasino direttamente conformandoli, ed offrendo un’unica visione dell’esperienza giuridica così regolata. Non solo, la particolare collocazione nel sistema – supra-costituzionale – delle fonti implica il riconoscimento di una peculiare “forza conformativa” rispetto a tutta la normazione inferiore, dal momento che la potestà legislativa “è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”, come recita oggi l’art. 117, I comma, Cost., novellato con la riforma del Titolo V del 2001.

Ebbene, ancor prima di entrare nel merito della regolazione specifica e di chiedersi come essa, nel complesso delle sue assai articolate disposizioni, trasformi il diritto degli stati dell’Unione e sia più o meno in linea con le trasformazioni epocali della società dell’informazione, la stessa riarticolazione formale delle fonti produce un effetto assai importante, che, sebbene non ancora sottolineato a dovere dalla letteratura scientifica impegnata nella ricostruzione sistematica, costituisce un indice di trasformazione giuridica molto rilevante e, a parere di chi scrive, potenzialmente foriero di evoluzioni impreviste una volta portato all’attenzione delle corti.

L’art. 1, nel suo primo e secondo comma, del GDPR, infatti, dispone che il Regolamento, in primo luogo, “stabilisce norme relative alla *protezione delle persone fisiche* con riguardo al trattamento dei dati personali”; in secondo luogo, “norme relative alla *libera circolazione* di tali dati”, e infine, “protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche in particolare il diritto alla protezione dei dati personali”. Tuttavia, con un interessante “chiasmo assiologico”²⁴, il comma terzo del medesimo articolo dispone che “la libera circolazione dei dati personali nell’Unione *non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche* con riguardo al trattamento dei dati personali”. La protezione delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali non può, stante la lettera del terzo comma, essere invocata come argomento per vietare o limitare la circolazione degli stessi nell’Unione. Poiché la “circolazione” dei dati configura senz’altro un “trattamento” degli stessi²⁵, è chiaro che nel

M., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2007, p. 105-111.

²⁴ Il “chiasmo” è la figura retorica per la quale l’ordine delle parole presenti in un enunciato viene invertito in un enunciato successivo ottenendo una disposizione incrociata dei termini, cfr. Moro P., *L’arte della scrittura giuridica*, Libreria al Segno, Pordenone 2016, p. 124. In questo caso parlo di “chiasmo assiologico” perché i termini invertiti corrispondono ai valori asseritamente tutelati dalla normazione discussa. Così, la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali viene indicato per primo nel primo comma, rispetto alla circolazione dei dati nell’Unione, e per secondo, corrispondentemente ad una subordinazione gerarchica, nel terzo comma.

²⁵ E ciò ai sensi dello stesso regolamento, atteso che l’art. 4, punto 2), indica come definizione di “trattamento”: “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la

Regolamento europeo esiste *almeno* una forma di "trattamento dei dati personali" che – diversamente dalle altre – lungi dal porsi al servizio della protezione della persona fisica, appare invece costituire il confine di riferimento entro cui ricodificare quello stesso concetto, che, dunque, sembra subire una rideterminazione significativa e, decisamente, tecnologicamente orientata.

Ora, in linea di principio, la disposizione in parola non costituisce una novità assoluta: in effetti, la Direttiva 95/46/CE, si apriva con un articolato relativamente simile²⁶.

E tuttavia, tale previsione, inserita in una fonte del genere, non immediatamente efficace nei confronti dei cittadini dei singoli stati dell'Unione, si manifestava propriamente come l'enunciazione di un obbligo da valersi nel rapporto tra gli stati membri. In qualche modo, dunque, essa aveva, con riferimento alle future loro implementazioni interne, una funzione "programmatica", che, ove disattesa, avrebbe semmai aperto una questione di relazione fra stati senza determinare una regola subito vincolante verso i singoli cittadini²⁷. Ed infatti è accaduto che, almeno la ricezione italiana sul punto, non presentasse alcuna disposizione specifica in cui veniva riportato come principio generale l'impossibilità di limitare o vietare la circolazione dei dati in ragione della tutela dei diritti fondamentali delle persone.

Anzi, l'art. 1 della L. 675/1996, disponeva che la legge in questione avrebbe garantito che i trattamenti dei dati personali si svolgessero "nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale", e che sarebbero stati garantiti altresì "i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione". Non facendosi distinzione di sorta tra "trattamento" e "circolazione" dei dati, la naturale interpretazione che poteva darsi andava in senso diametralmente opposto a quanto previsto come obbligo degli stati nell'art. 1 della Direttiva d'origine. Né tale situazione aveva subito alcuna modifica con l'introduzione del D. Lgs. 196/2003, che esordiva con la protezione per "chiunque" dei propri dati personali (art. 1), e la netta dichiarazione di subordinazione di ogni trattamento degli stessi al "rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, non-

registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, *la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione*, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione"

²⁶ Art. 1, Direttiva 95/46/CE: "Gli stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali. Gli stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela garantita a norma del paragrafo 1."

²⁷ Difficile, sul piano interpretativo, ritenere una tale disposizione un contenitore di norme *self-executing*, data la sua genericità e vaghezza.

ché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali”.

Nella recezione interna, dei principi europei, dunque, non vi poteva essere dubbio che la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nonché della dignità della persona – le quali costituiscono le prime ed essenziali forme giuridiche della “protezione della persona fisica” – venissero intese come limite ad ogni trattamento, incluso – non poteva non concludersi – quello che si sostanzia nella messa in circolazione dei dati personali nello spazio europeo.

Non solo. Più profondamente, se si vuole, si può notare che tali concetti oltre ad essere dichiarati assiologicamente superiori, venivano a costituirsi come limite *esterno* al trattamento dei dati personali²⁸. In altri termini, si presumeva che la loro costruzione concettuale avvenisse al di fuori e fosse indipendente dall'universo delle esperienze informatizzate dei soggetti e, in quanto tali, non subissero alcuna decodifica in ragione di queste ultime.

Indubbiamente, una tale discrepanza tra Direttiva e realizzazioni interne, nel mondo degli anni Novanta, in cui ancora non era infrequente una gestione non informatizzata dell'esperienza e, certamente, si dava una assai limitata “globalizzazione” dei dati²⁹, è potuta passare pressoché inosservata, e non apparire in grado di generare alcuna seria tensione sistemico-costituzionale³⁰. In quel contesto, d'altronde, il “dato personale”, per come vissuto nella prassi, non aveva un'immediata e predominante costruzione informatizzata.

Ben diversa è, tuttavia, la situazione nella quale il Regolamento 2016/679 inizia ad operare, come ben diverso è, come ricordato, a questo punto l'effetto della mera riarticolazione della fonti e della loro forza formale data la sua diretta incidenza nel tessuto costituzionale. Ora, in punta di diritto la questione sarebbe

²⁸ Vale a dire, il cui concetto veniva costituito *aliunde*, sulla base di categorie diverse, più generali e comprensive, di quelle che costituiscono la base per la costruzione del concetto specifico “dati personali”.

²⁹ Secondo le statistiche riportate dalla Banca Mondiale, nel 1995 la percentuale di utilizzatori di Internet in Italia si aggirava intorno allo 0,5% per salire rapidamente al 23% nel 2000, cfr. <https://data.worldbank.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?end=2016&locations=IT&start=1995>. Attualmente secondo i dati Istat, raccolti nel *report 2018 Internet@Italia. Domanda e offerta di servizi Online e scenari di digitalizzazione*, che raccoglie dati e statistiche nel periodo 2006-2016, la percentuale di coloro che nel periodo di riferimento non hanno mai utilizzato Internet è passata dal 63% al 32,7% (cfr. <https://www.istat.it/it/files/2018/06/Internet@Italia-2018.pdf>).

³⁰ Sebbene, in linea teorica, una tale questione non appaia del tutto irrilevante per lo meno dopo la riforma dell'art. 117 Cost. che ora individua come limite al potere legislativo di Stato e Regioni il “rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario”. Ora, anche una direttiva, benché non *self-executing*, e proprio per la sua caratteristica forza normativa, individua dei “vincoli” di tal fatta. In effetti, la Corte Costituzionale ha ammesso la funzione di norme interposte delle direttive e la necessità per il giudice interno – che non è nella condizione di disapplicare il diritto statale nel caso di specie – di sollevare la questione di illegittimità costituzionale, cfr. Corte Cost. 129/2006; 28/2010, con nota di Celotto A., *Venisti tandem! La Corte finalmente ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 1, pp. 382 ss.

quali possono essere gli effetti sistemici della subordinazione assiologica della "tutela della persona" rispetto a quello specifico trattamento che consiste nella circolazione dei dati personali (nei paesi dell'Unione), e, quindi, quale consistenza giuridica abbia l'impossibilità di invocare una limitazione (se non una proibizione) di esso per "motivi attinenti alla protezione delle persone". Tale subordinazione pare, infatti, *prima facie*, mettere in tensione questa previsione con la preminenza costituzionale dei diritti fondamentali delle persone e della loro dignità, i quali, tutti, come è noto, costituiscono "principi supremi dell'ordinamento repubblicano", e, dunque, in linea teorica, comunque prevalenti anche rispetto alla regolamentazione europea di diretta applicazione. Ma lavorando interpretativamente è possibile ipotizzare che non si dia alcun conflitto a tale livello apicale sol che si tenti di riconfigurare il concetto giuridico stesso di "protezione della persona" in modo da escludere che esso vada in conflitto con la libertà di circolazione dei dati.

In altri termini, il punto rilevante per il percorso che qui stiamo svolgendo è che, nel disegno del legislatore sovranazionale, la tutela della persona sembra "stare dentro" un assetto caratterizzato dalla circolazione continua dei dati personali, e poiché tale circolazione avviene, oggi, nella società digitalmente evoluta del 2018 d.C., pressoché esclusivamente nella forma informatizzata, ecco che le regole "virtuali" – secondo la definizione data – che costituiscono e governano questi processi, vengono a porsi, *esse stesse*, come il limite esterno entro cui si gioca anche la partita sui diritti fondamentali delle persone. Appare, dunque, che vi sia la potenzialità per portare verso una riconfigurazione concettuale anche dei concetti-limite relativi ai diritti fondamentali e alla tutela della persona interna compatibile con una visione completamente informazionale dell'esistenza umana³¹.

Per opportuna – anzi, urgente – che sia l'apertura di una seria discussione costituzionalistica sulla gerarchizzazione assiologica operata dal Regolamento, qui possiamo limitarci a rilevare come essa sottenda una visione del diritto (e *dei diritti*, financo fondamentali) che "sta al di qua" delle regole "virtuali" della (costruzione prima e della) circolazione (poi) dei dati personali, che nel mondo contemporaneo corrispondono alle loro condizioni di (esistenza e) trasferimento nella *cybersfera*.

Quod erat demonstrandum.

³¹ Secondo un percorso non nuovo e presente in letteratura. Già da tempo, infatti, sono state avanzate visioni "informazionali" come nuove "filosofie generali", nelle quali il concetto di "essere" viene sostituito con quello di "informazione" in costruzioni idonee anche a riconfigurare in senso complessivo il discorso morale sulla dignità degli "enti informazionali" entro una visione oggettivistica e non antropocentrica. Ivi, l'uomo condivide lo spazio morale con enti non umani ed anche artificiali entro una riconfigurata "gerarchia degli enti", cfr. Floridi L., *On the intrinsic value of information object and the infosphere*, in *Ethics and Information Technology*, 2002, 4, 4, pp. 287-304.

3. E-government o la nuova cibernetica.

Quando Norbert Wiener introdusse la sua *cibernetica*, vale a dire la teoria del controllo e della comunicazione nell'animale e nella macchina, individuò con essa le condizioni di possibilità di un campo concettuale e logico-linguistico aggiornato alle possibilità aperte dalla tecnica del XX^{mo} secolo, ed idoneo a fornire il quadro di riferimento per un'implementazione ingegneristica avente per oggetto indifferentemente il comportamento finalizzato di organismi biologici o artificiali. Su tale livello di astrazione, per esempio, poteva discorrersi di tutti gli aggiustamenti del movimento che un agente (organico o meno) mette in atto una volta prefissato – per qualche ragione – un certo fine, modificando ed ottimizzando il comportamento sulla base della contestuale verifica di efficacia ambientale (retroazione o *feedback*)³². Eliminando dall'orizzonte concettuale tutto ciò che, per qualsiasi motivo (imprecisione definitoria, limitata conoscenza), non fosse necessario ad una rappresentazione puramente fenomenologico-tecnica dei comportamenti orientati al raggiungimento di uno scopo specifico empiricamente constatabile, si otteneva così la base di un linguaggio, utile a molte diverse discipline, e soprattutto idoneo a collocare sullo stesso piano, considerandoli fungibili, umano e non umano, animale e artificiale³³. Il nome adeguato per questa teoria, fu scelto assieme ad Arthur Rosenbleuth, riprendendo il greco *Kybernétes*, *timoniere*, e realizza un interessante trasferimento sinodotico. Wiener stesso ricorda, infatti, come esso fosse stato ispirato dalla lettura di un articolo di Clerk Maxwell sui dispositivi di controllo, detti *governors*, il cui nome – così come il nostro termine *governo* – è il derivato dalla traslitterazione latina (*gubernum*) proprio del termine greco sopra ricordato. Poiché al tempo di Wiener i dispositivi di guida delle navi costituivano le migliori realizzazioni di apparati di controllo basati su *feedback*, e, dunque, ottimi esempi di applicazioni rappresentabili ciberneticamente, i due studiosi ripresero l'originario termine greco per dare un nome a quello specifico punto di vista costituito dalla nuova “scienza” del controllo e della comunicazione³⁴.

³² Cfr. Wiener, *Introduzione*, cit., p. 29. Quanto alla retroazione essa è definita come “il comando di un sistema attraverso la reinserzione nel sistema stesso dei risultati del suo comportamento”, *Ivi*, p. 86

³³ “È mia convinzione che il comportamento degli individui viventi sia esattamente parallelo al comportamento delle più recenti macchine per le comunicazioni. Entrambi sono forniti di organi sensoriali di recezione che agiscono come primo stadio del ciclo di funzionamento: in entrambi esiste, cioè, un apparato speciale per raccogliere informazioni dal mondo esterno a bassi livelli di energia e per renderle utilizzabili nel comportamento dell'individuo o della macchina. In ambedue i casi questi messaggi esterni non sono utilizzati al loro stato naturale, ma dopo un processo interno di trasformazione operato dalle forze dell'apparato, siano esse viventi o no. Le informazioni sono tradotte quindi in una nuova forma utilizzabile dagli stadi successivi del funzionamento. Sia negli animali che nelle macchine ciò deve tradursi in un'azione effettiva sul mondo esterno”, così, ad esempio, in Wiener, *Introduzione*, cit., pp. 29-30.

³⁴ Wiener N., *Cybernetics or Communication and Control in the Animal and the Machine*, II ed., MIT

La *Cibernetica*, dunque, si costituì come una sorta di programma di ricerca fortemente interdisciplinare sulle strutture di controllo e di comunicazione di enti, naturali o artificiali, in rapporto informazionale con l'ambiente con il quale interagiscono, modificandolo in vista di scopi prefissati. Si capisce, dunque, quanta importanza tale programma abbia avuto in un momento in cui il progresso tecnologico si andava sempre più affermando nel potenziamento e nella estensione di catene di automazioni, governate da meccanismi sempre più autonomi nella gestione delle variabili di risposta ambientale.

Focalizzata sul tema del controllo e della comunicazione in vista del perseguimento di scopi, la cibernetica ha creato, il *framework* e il lessico per una rappresentazione fenomenotecnica delle attività di gestione e di *governo*; termine, quest'ultimo, che non esclude affatto dal proprio ambito nemmeno i significati socio-istituzionali e giuridici. Con riferimento al diritto, d'altro canto, la riducibilità cibernetica era apparsa ovvia allo stesso Wiener al quale essi apparivano "per natura problemi di comunicazione e di cibernetica", vale a dire problemi connessi appunto "al regolato e ripetibile governo di certe situazioni critiche"³⁵. L'applicabilità del punto di vista cibernetico alla dimensione politico-sociale apparve più che possibile, ed anzi, naturale, sicché, già nel 1963 Karl Deutsch pubblicava, con il suo *The Nerves of Government: Models of Political Communication and Control*, un completo programma di ricerca in tal senso³⁶.

Anche qui, come altrove, dunque, le attuali progettazioni e, talvolta, notevoli realizzazioni giuridiche del c.d. *e-government*, orientate alla automazione e completa informatizzazione degli apparati di governo e, in particolare dell'intera Pubblica amministrazione³⁷, appaiono, quindi, proseguire un progetto che è perfettamente inserito nello sviluppo della visione tecnica generale del XX secolo³⁸.

Press, Cambridge 1961, pp. 11-12.

³⁵ Wiener, *Introduzione*, cit., p. 134.

³⁶ Cfr. Carradore R., *Cibernetica e ordine sociale. Modelli e immagini di società in Norbert Wiener e Karl Deutsch*, in *Scienza e Politica*, 2013, XXV, 48, pp. 149-173.

³⁷ Sulla nozione di *e-government* e sullo sviluppo delle relative politiche in Europa e in Italia, cfr. Maddalena M.L., *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amministrativo*, 2016, 10, pp. 2535 ss; Cardarelli F., *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, 2, pp. 227 ss; per i profili costituzionali, D'Orlando E., *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2011, 2, pp. 213 ss., si veda inoltre Masucci A., *Il procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli Torino 2011; Masucci A., *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997, I aggiornamento.

³⁸ "Il processo di digitalizzazione, dunque, non può riguardare solo l'uso delle risorse tecnologiche come supporto strumentale all'attività amministrativa, lasciandola tale e quale, o la realizzazione delle sole necessarie infrastrutture tecnologiche, ma incide anche sul modo di strutturare i procedimenti amministrativi, imponendo l'elaborazione di moduli uniformi per la presentazione di istanze, l'omogeneizzazione della struttura dei siti web delle amministrazioni, l'utilizzo del fascicolo elettronico e delle modalità di comunicazione telematiche, ecc. In sostanza, tutto il modo di lavorare dell'amministrazione cambia", Maddalena, *La digitalizzazione* cit., p. 2569

Oggigiorno, riconoscendosi nelle tecnologie digitali il mezzo fondamentale per favorire lo sviluppo economico degli Stati, offrire loro nuovi strumenti per uscire dalla crisi economica, anche attraverso la promozione di un'amministrazione più efficiente, trasparente, responsabile e partecipata³⁹, si è proceduto ad un deciso rafforzamento delle implementazioni giuridiche idonee a realizzare una definitiva trasformazione delle strutture e delle modalità di conduzione della vita amministrativa dei paesi⁴⁰. Il radicale potenziamento della comunicazione tra amministrazioni attraverso l'informatizzazione della loro attività istituzionale, affinché i presupposti e i prodotti di essa siano fin dall'inizio attingibili, condivisibili, interscambiabili, e interoperabili⁴¹, costituisce un programma di ripensamento del rapporto cittadini-governo che comporta una vera e propria ricodificazione entro l'ambito dei presupposti che sono alla base della visione tecno-giuridica contemporanea⁴².

In questo percorso, nell'ambito del quale, per l'ordinamento italiano, spicca il lungo e assai complicato lavoro normativo attorno al D. Lgs. 82/2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale), si nota una progressiva trasformazione che va proprio nel senso che in questo lavoro stiamo mettendo a fuoco, e cioè della strutturale dipendenza dell'attività giuridica – in quanto tale – dalle regole “virtuali” che governano i processi informatici, di talché le possibilità dell'agire giuridicamente rilevante siano messe in progressiva dipendenza da tali regole, e, dunque, esistano solo entro le condizioni di possibilità espresse da esse. Ciò si mostra in particolare nelle più recenti riforme, tra le quali spicca in primo luogo il D. Lgs 179/2016, in realizzazione della importante delega contenuta nell'art. 1 della L. 124/2015 (c.d. Riforma “Madia”). Quivi, si trovano enunciati i principi e criteri direttivi per l'esercizio delle deleghe in realizzazione della c.d. “Carta della Cittadinanza Digitale”, vera e propria (ri-)costituzione delle modalità di

³⁹ Cfr. Maddalena, *La digitalizzazione*, cit., p. 2545-2549.

⁴⁰ Tra le molte iniziative istituzionali sul punto si segnalano: l'Agenda Digitale Europea entro il piano Europa 2020 dell'Ue, e le strategie per la costituzione del mercato unico digitale del 2010, la Raccomandazione OCSE sulle strategie di governo digitale del 2014; il rapporto sull'e-Government delle Nazioni Unite del 2016; la ricerca della Banca d'Italia sull'E-Government del 2016 e naturalmente le trasduzioni italiane di tali movimenti quali principalmente il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), D. Lgs 82/2005 e successive modifiche in particolare dopo la realizzazione dell'Agenda Digitale Italiana prevista dal D.L. 5/2012, conv. L. 35/2012 e successive modifiche tra cui il D.L. 179/2012, conv. L. 221/2012, la L. 98/2013, la L. 124/2015, art. 1, che prevede la delega al Governo per l'emanazione di decreti legislativi di riforma del CAD, in parte realizzata recentemente con i Decreti Legislativi 179/2016 e 217/2017.

⁴¹ L'interoperabilità tra i sistemi di gestione, la valorizzazione degli *open data*, al fine di rafforzare strumenti e modalità di costruzione e condivisione della conoscenza pubblica sono tra gli obiettivi fondamentali del recente D. Lgs. 217/2017.

⁴² Sul concetto di *Tecnodiritto* cfr. Moro, Sarra (a cura di), *Tecnodiritto*, cit.; Amato Mangiameli A. C., *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, spec. 2017, pp. 87-112.

instaurazione e gestione dei rapporti tra PA, cittadini e soggetti economici, nel senso di un assorbimento, idealmente totale, di essi nei canali di trasduzione digitale. Rispetto alle categorie giuridiche della modernità, appare significativo il ricorso alla categoria "primordiale" della costituzione della relazione Stato-popolo e cioè del concetto di "cittadinanza", indice, di nuovo, della consapevole messa in atto di una radicale ricodificazione.

Sebbene progetti di *office automation* per la PA siano stati avviati fin dagli anni Settanta del Ventesimo Secolo⁴³, e per quanto un vero e proprio diritto soggettivo a (ma non un obbligo di...) "richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni" fosse previsto già nella prima formulazione del CAD⁴⁴, è con la L. 124/2015 che per la prima volta viene affermato esplicitamente il principio del c.d. "digital first" vale a dire la "ridefinizione e semplificazione dei procedimenti amministrativi [...], mediante una disciplina basata sulla loro digitalizzazione"⁴⁵.

Si noti come la realizzazione di tale principio implichi che la digitalizzazione venga a costituirsi come il presupposto ("disciplina basata sulla digitalizzazione") su cui la legislazione di ricodifica dei procedimenti amministrativi debba avvenire. Anche in questo caso, cioè, la digitalizzazione si costituisce come il *limite esterno* della costruzione giuridica che, di conseguenza, si concepisce solo entro l'orizzonte delle possibilità che le regole "virtuali" determinano. Ed entro il medesimo orizzonte devono venire pertanto ricodificati termini e concetti propri della funzione amministrativa (se è vero che il procedimento è la forma della funzione amministrativa stessa⁴⁶) e informata l'organizzazione e le strutture amministrative (cosa che, non a caso, richiede lo stesso art. 1 L. 124/2015, lett. b).

Andiamo, con ciò, oltre l'idea di un'amministrazione che si dota di strumenti per l'efficientamento della propria azione giuridica, il digitale non è più il mezzo per lo svolgimento dell'azione amministrativa, come se essa avesse un'identità a prescindere da quello. Invero, anche qui, i termini appaiono rovesciati e lo strumento diviene il fine: il digitale è "first", è ciò a partire dal quale si ridefinisce il concetto di azione e di funzione amministrativa.

Sicché quel principio di "digital first" – così naturale nella percezione dello spirito del tempo da apparire ovvio il suo inserimento nell'orizzonte giuridico –

⁴³ Olson M.H., Lucas H.C., *The Impact of Office Automation on the Organization: Some Implications for research and Practice*, in *Communication of the ACM*, 1982, 25, 11, pp. 838-847; Maddalena, *La digitalizzazione*, cit., p. 2536.

⁴⁴ Art. 3, D. Lgs 82/2005, versione originaria in G.U.16/05/2005, n. 112.

⁴⁵ L. 124/2015, art. 1, lett. b), corsivo aggiunto.

⁴⁶ Cfr. Benvenuti F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, in Id. *Scritti giuridici*, II, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 991-1136; Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento processo*, Id. *Scritti giuridici*, II, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 1117-1140; Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1950, p. 261.

sembra in realtà affermare un salto di qualità nella costruzione concettuale della forma giuridica della vita amministrativa. Esso appare tradursi, in effetti, in un “digital only”: dal momento che la ridefinizione che implica si esprime e si realizza fin dalle modalità esclusive di costruzione e conservazione dei documenti, di raccolta e condivisione dei dati (elettronici, e aperti, in formato che garantisca l’accessibilità e l’interoperabilità). Tutto ciò ricodifica radicalmente, in generale, il processo di costruzione e diffusione della conoscenza “pubblica”⁴⁷, alla base dell’azione amministrativa, come pure la configurazione concreta dei diritti di accesso e di partecipazione a partire dalla stessa identificazione e domiciliazione digitale.

Questa la direzione su cui, giustamente, il legislatore delegato si è mosso in realizzazione della delega della L. 124/2015 con il recente D. Lgs. 217/2017. Non a caso un’introduzione significativa – anche sul piano simbolico – di tale ultimo decreto consiste nella rinuncia alla fonte formale per l’emanazione delle “regole tecniche e di indirizzo”, quali i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per la pubblica amministrazione e l’innovazione, prevista dalla previgente normativa, a favore di “linee guida” emanate direttamente dall’AgId quale agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio. In questo modo la produzione e la successiva modifica delle regole tecniche dovrebbero avvenire con la tempistica e la competenza necessarie per la migliore e rapida implementazione del progetto codicistico, seppur attraverso forme di consultazione e partecipazione pubblica⁴⁸.

Una “disciplina basata sulla digitalizzazione”, implica una primazia (assiologica? O, piuttosto, ontologica?) del tecnico rispetto al giuridico, e, dunque, una positivizzazione giuridica che si muove entro il cerchio delle possibilità aperte e consentite dalla regola tecnico-informatica: non è un caso, dunque, che la fonte formale “si ritragga” lasciando lo spazio alla nuova fonte tecnica la quale non abbisogna nemmeno più del “vestito” simbolico della prima per valere giuridicamente il quel mondo che, in fondo, le è proprio.

4. “...un deficit strutturale/ontologico...”

Sotto molti profili l’istituzione di procedure giudiziarie informatizzate e telematiche costituisce un ulteriore modo di darsi del fenomeno appena descritto di riformulazione ordinamentale sul fondamento di regole “virtuali”, spe-

⁴⁷ Cfr. sul punto Falcone M., *Big Data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2017, 3, pp. 601 ss., il quale ritiene che attraverso l’adeguato utilizzo di tecniche di elaborazione dei Big Data sia possibile per l’attività amministrativa una rivalorizzazione dell’attività legata alla ricostruzione dei fatti rispetto a quella della composizione degli interessi.

⁴⁸ Cfr. art. 71, I comma, CAD, come da ultimo modificato dall’art.63 del D. Lgs. 217/2017.

cialmente allorché le normazioni di riferimento individuino esplicitamente la modalità informatica come esclusiva per la realizzazione pratica del diritto di azione e di difesa in giudizio. Per ricordare due esempi notevoli si pensi all’art. 16-bis del D.L. 179/2012, conv. con modif. dalla L. 221/2012, nel quale si disciplina l’obbligatorietà del deposito di telematico degli atti processuali nel processo civile⁴⁹, oppure l’art. 136 del C.P.A., recentemente modificato ed in vigore nella sua nuova versione a partire dal 1 gennaio 2017.

In queste come in altre ipotesi, un concetto o un istituto giuridico (p. es. il deposito di atti giudiziari in cancelleria), pur mantenendo il medesimo nome e, in generale, la medesima funzione giuridica, viene interamente ricodificato per corrispondere ad una modalità prasseologica completamente differente e informatizzata. In altri termini, al medesimo nome, concetto, e ruolo ordinamentale non corrispondono più i medesimi comportamenti che lo realizzano nella prassi, ma altri, del tutto differenti, e del tutto costituiti e governati da regole di realizzazione tecnico-informatica.

Sul piano delle complessità esistenziali non standardizzabili, quella trasformazione implica, davvero, un cambio di mondo. Assieme alla “vecchia modalità” di deposito degli atti giudiziari, con la sua indubbia obsolescenza e inefficienza produttiva, stavano anche prassi di organizzazione del lavoro, modalità di gestione del tempo e degli incontri, stava la necessità di un *vis-à-vis* personale che si intesseva nella trama delle relazioni professionali in quanto relazioni personali, con tutta la loro complessità e incidenza prospettica. Il piano della relazione, il c.d. “fattore umano”, cioè, veniva ad esprimersi assieme a quello dell’adempimento formale, riempiendolo di “carne e sangue” e rendendo anche quest’ultimo, in qualche misura, “naturale”: poiché l’adempimento istituzionale, sebbene solenne, veniva così a dipendere dall’incontro tra le persone e dalla possibilità del loro dialogo esso configurava una modalità dell’agire giuridico, in qualche modo, in continuità con altre forme dell’azione interpersonale ancorché non “giuridicamente rilevanti”.

Un cambiamento sostanziale a livello della corrispondenza dei termini e dei concetti – che permangono invariati – rispetto ai comportamenti, costituisce sempre un dato degno di nota, atteso che non è irrilevante il modo con cui concettualizziamo ed inseriamo nella prassi la novità tecnologica, il modo, cioè, con cui commisuriamo il nuovo mondo a quello che conoscevamo per (re-)imparare ad abitarlo. Il lavoro concettuale di ricostruzione richiesto in questi casi, anche attraverso forme di “ri-mappatura” delle categorie di riferimento, utilizza tutte

⁴⁹ Atti che, come è noto, devono essere “nativi digitali”, e cioè costituiti attraverso la conversione informatizzata di documenti generati da programmi di videoscrittura e non, ad esempio, stampati e scannerizzati, cfr. art. 12 del Provvedimento del Ministero della Giustizia 16.4.2014, contenente le Specifiche tecniche previste dall’art. 34 d.m. 21 febbraio 2011 n. 44. Ciò comporterebbe una sorta di doppio passaggio da digitale ad analogico e viceversa, con una (seppur breve) “riapparizione” del documento nel mondo non informatico, e, dunque, una sottrazione al dominio del puro dato.

le potenzialità della nostra capacità figurale pur di tracciare una continuità tra prima e dopo che limiti le potenzialità alienanti dell'imposta trasformazione della prassi⁵⁰.

D'altro canto, costituisce un aspetto rilevante della narrazione sul progresso tecnologico quello di presentare l'innovazione come qualcosa che "risolve un problema", o che "efficienta" una pratica, sottolineando la funzione di mero "mezzo" della tecnica e postulando, così, un'identità tra "prima" e "dopo" la sua introduzione, sottacendone, invece, la capacità trasformativa. Dire di "fare la stessa cosa", ma meglio, è una forma retorica importante per l'accettazione sociale della novità tecnologica⁵¹, perché mira a ridurre la distanza tra noto ed ignoto, a ridimensionare la rilevanza e l'attenzione rispetto agli aspetti più estranei, più tecnici e, dunque, meno familiari per chi dovrà adeguare la propria modalità di vita.

Naturalmente, così facendo, si mettono in ombra anche tutte quelle decisioni, a loro volta supportate da postulati (e, questi, da visioni del mondo), che stanno inevitabilmente a monte della individuazione di una certa forma tecnologica dell'agire come quella "preferibile", e che, inevitabilmente, la costituiscono – invece – nella non-neutralità assiologica. E così, l'accettazione dell'immagine del mondo come totalmente "datizzabile" e, dunque, rappresentabile, archiviabile, misurabile, non è di certo neutrale assiologicamente⁵², e tale carica assiologica si diffonde assieme alle tecnologie sviluppate su quello stesso postulato proprio nelle rideterminazioni concettuali che vengono prescritte per la loro diffusione. In questo senso, quella narrazione, con il suo bisogno di accettabilità, gioca un ruolo essenziale in questa dinamica.

Da questo punto di vista, allora, sono ancora più interessanti le situazioni nelle quali emerge la possibilità del conflitto tra "vecchia" e "nuova" semantica e pragmatica di quei termini che, pur rimanendo immutati nel simbolismo e nella

⁵⁰ Questa "mappatura" concettuale che consente di commisurare la trasformazione indotta dalla novità tecnologica nel mondo si dà anche nel discorso giuridico ed ha ripercussioni applicative. Una serie di esempi sugli effetti giuridici delle metafore usate per pensare giuridicamente Internet si trova in Blavin J.H., Cohen G.I., *Gore, Gibson and Goldsmith: the Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2002, 16, 1, pp. 265 ss. Per uno studio radicale della funzione della metafora nel diritto cfr. Sarra C., *Lo Scudo di Dioniso. Contributo allo studio della metafora giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2010.

⁵¹ Così, ad esempio, il "Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale nella Pubblica amministrazione" pubblicato il 28 marzo 2018 a cura della "Task Force sull'Intelligenza Artificiale" costituita in seno all'AgId, riconosce apertamente la necessità di una narrazione tranquillizzante per l'accettazione sociale dell'innovazione tecnologica da costruirsi fin dall'educazione scolastica.

⁵² Sulla c.d. "datification" cfr. Mayer-Schoenberger V., Cukier K., *Big Data: a Revolution that will transform how we live, work and think*, J. Murray, London 2013, cap. 5; van Dijck J., *Datafication, datism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance and Society*, 2014, 12, 2, pp. 197-208.

funzione istituzionale, vengono trasferiti a comportamenti del tutto differenti. Ed arriviamo così al nostro ultimo esempio, questa volta di tipo giurisdizionale.

La vicenda riguarda l’applicabilità e gli effetti dell’eventuale violazione proprio delle citate norme contenute nell’art. 16-bis del D.L. 179/2012, conv. con modif. dalla L. 221/2012, ed ulteriori modifiche, nelle situazioni caratterizzate da una pluralità di fasi procedurali.

In effetti, poiché l’obbligo di deposito di atti giudiziari esclusivamente con modalità telematica, previsto dalle disposizioni citate, non riguarda, in generale, gli atti cc.dd. “introduttivi”⁵³, occorre chiarire se e in quali casi i procedimenti “multi-fasici” siano costituiti da vari procedimenti autonomi e, dunque, ciascuno possa essere introdotto con atti “tradizionali”, depositati secondo il “vecchio” concetto e la “vecchia” prassi, oppure se ogni unità procedimentale successiva alla prima instaurazione non sia altro che lo svolgimento di un unico procedimento e debba pertanto seguire le nuove norme sull’obbligo di deposito telematico degli atti giudiziari. Esempi di situazioni che richiedono questo tipo di indagine, come pure, di decidere quali possano essere gli effetti della eventuale violazione delle norme da applicarsi di conseguenza, sono il “deposito dell’atto per l’inizio del giudizio di merito» ex art. 669 octies c.p.c.”; il “deposito dell’atto di «prosecuzione» del giudizio di merito possessorio ex art. 703, comma 4, c.p.c.”; il “deposito degli atti della fase istruttoria dei giudizi di separazione o divorzio”; quello “degli atti introduttivi e di costituzione nel giudizio di opposizione alla fase sommaria del c.d. “Rito Fornero” ex art. 1, comma 51°, l. n. 92/2012”⁵⁴.

La questione è interessante, perché, come è noto, l’ordinamento processuale è ispirato a principi “liberali” in materia di atti processuali, quali il principio della libertà delle forme (art. 121 c.p.c.), il divieto di pronunciare la nullità dell’atto per inosservanza di forme se questa non è prevista espressamente dalla legge (art. 156 c.p.c.), né se tale atto ha comunque raggiunto lo scopo per il quale esso è stato previsto (art. 156, III comma, c.p.c.). Tutti principi e regole che sembrano favorire la sostanza sulla mera forma e, dunque, rendere l’opzione per la traduzione “tecnologica” degli atti processuali – con annessa incidenza sulla disponibilità dei rimedi e, dunque, sul diritto di difesa – meno rigida e, potenzialmente, meno incidente rispetto ad altri settori ordinamentali.

E tuttavia, come si diceva, la scelta di far riposare la regolazione giuridica sul tessuto delle regole “virtuali”, sui protocolli informatico-tecnici, come novelles “leggi di natura”, può implicare una trasformazione più radicale di quello che può apparire. Così, nell’ambito di una situazione fatta di disaccordo giurisprudenziale sia sull’identificazione dei procedimenti su cui il problema può porsi,

⁵³ Cfr. art. 16-bis D.L. 179/2012.

⁵⁴ Trib. di Vasto, ord. 15 aprile, 2016.

come pure sulle conseguenze giuridiche della violazione delle nuove regole laddove applicabili⁵⁵, ecco il Tribunale di Vasto – ord. 15 aprile 2016 – propendere per una linea “radicale”, non solo e non tanto – per quel che qui interessa – sulla qualificazione del reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c. come fase “endoprocessuale” dell’unico procedimento introdotto con il primo ricorso cautelare, quanto piuttosto sulle conseguenze della violazione dell’obbligo di deposito del reclamo per via telematica.

Altri giudici, infatti, pur optando per la soluzione dell’endoprocessualità e, dunque, per la sussistenza dell’obbligo in capo al reclamante di depositare l’atto – ritenuto perciò “non introduttivo” – in via telematica, avevano, tuttavia, fatto applicazione dei principi generali sopra richiamati per ritenere che, comunque, la violazione dell’obbligo non comportasse per il reclamante la perdita del rimedio, atteso che l’atto depositato nella “vecchia” modalità cartacea aveva comunque raggiunto lo scopo e, dunque, la violazione a monte poteva considerarsi sanata⁵⁶. Per costoro, dunque, la previsione dell’esclusività del deposito telematico non aveva comportato una modifica tale da far sì che l’informatizzazione dell’istituto avesse prodotto una cesura insanabile rispetto alla prassi precedente, per lo meno fintantoché fosse garantita la “sostanza”, e cioè l’instaurazione del contraddittorio processuale senza lesioni del diritto di difesa delle parti.

Ma per il Tribunale di Vasto – che si impegna in una motivazione dai sicuri profili filosofico-giuridici – la nuova modalità di deposito degli atti processuali porterebbe a vedere l’istituto in modalità ben più radicale. In effetto, argomenta il giudice, tali previsioni toccano “profili afferenti alla stessa natura” di tali atti⁵⁷. Poiché l’atto, per essere depositato nella “nuova” modalità, deve anche, logicamente e giuridicamente, essere stato creato in modo compatibile a tale forma di deposito, secondo le regole “virtuali” recepite nella normazione istitutiva, prescrivendo quella forma come esclusiva, il legislatore avrebbe anche determinato un “mutamento strutturale”, avrebbe, cioè, modificato la stessa natura degli atti processuali.

Quelli per i quali è prescritto il deposito telematico come esclusivo, avrebbero delle caratteristiche essenziali del tutto differenti dagli altri, una *natura* diversa. Il “vecchio” atto cartaceo depositato in violazione della nuova modalità,

⁵⁵ Cfr. Nardelli M., *La natura del reclamo cautelare e le conseguenze in tema di PCT*, in *Ilprocesso-telematico.it*, 2016, 6, s.p. L’Autore, con riferimento al reclamo cautelare, predilige la soluzione di quella giurisprudenza – a contrario del Tribunale di Vasto citato nel testo, che lo considera una fase del tutto autonoma rispetto a quella cautelare e, dunque, per la quale non varrebbe l’obbligo di esclusivo deposito telematico.

⁵⁶ Cfr. Trib. di Palermo, 10 maggio 2016; Trib. di Ancona 28 maggio 2015, Trib. di Asti 23 marzo 2015.

⁵⁷ Tutte le citazioni di questo capoverso e del secondo sono prese dalla sentenza Trib. di Vasto, 15 aprile 2016.

rivelerebbe, così, un vero e proprio “deficit strutturale/ontologico”, tale da renderlo semplicemente inesistente e ciò renderebbe la situazione non sanabile in alcun modo. Si noti come l’argomento del giudice faccia leva sulla connessione essenziale tra la nuova modalità di deposito e la necessità per l’atto di essere fin dall’inizio creato in funzione di essa.

Secondo questa visione, perciò, la violazione delle regole “virtuali”, quali nuove leggi di natura, impedisce all’atto di “venire all’essere” (giuridico), e tale “deficit” ontologico non potrebbe sanarsi mediante nessun comportamento “naturale”, nemmeno se questo fosse comunque potenzialmente in grado di costituire un idoneo contraddittorio e, realizzando lo scopo, non portasse ad alcuna lesione sostanziale dei diritti delle (altre) parti. Imponendo una forma di comunicazione, sarebbe stata imposta una mutazione nella natura agli atti, che, qui come altrove, si costituirebbe esclusivamente “al di qua” delle regole “virtuali” che non possono essere eluse senza con ciò stesso “uscire” dalla possibilità di esistenza giuridica. Il vecchio atto cartaceo, pur essendo sotto gli occhi e nella disponibilità di tutti, pur senza violare né “minacciare” i diritti di nessuno, semplicemente non esiste e questa sua peculiare inesistenza giuridica ne precluderebbe la salvifica possibilità di raggiungere gli scopi di instaurazione processuale.

Non sappiamo se questa visione radicale si imporrà nella giurisprudenza, ma, certamente, per quanto siamo venuti dicendo, è innegabile che la posizione illustrata intuisca la direzione di una linea di sviluppo che comincia a strutturare anche la precomprensione giuridica degli operatori e, in questo senso, questa decisione costituisce un’importante spia. Sebbene la conclusione possa apparire forse eccessivamente zelante, il Tribunale di Vasto ha indubbiamente recepito – consapevolmente o meno – le linee di una spinta trasformativa in atto nel nostro tempo, cui non sembra sottrarsi nemmeno il processo⁵⁸.

5. Conseguenze sulle dinamiche della positivizzazione giuridica.

Gli esempi portati ci mostrano che la configurazione giuridica delle trasformazioni rese possibili dalle cc.dd. “nuove tecnologie” ha raggiunto ormai un gra-

⁵⁸ Anzi, è nella trasformazione delle modalità di difesa dei diritti e soluzione delle contese che si intravede un ambito tra i più idonei alla trasformazione tecnologica, financo con la conseguenza della loro sottrazione alle forme giurisdizionali classiche, attraverso forme informatizzate di ADR, sfruttando le potenzialità di connessione. Si realizzano così forme di O(nline) D(ispute) R(esolution) di prima e, ormai già, di seconda generazione dove l’automatismo informatico – e, dunque, il dominio “virtuale” – si estende fino a potenzialmente a sostituire le procedure di risoluzione dei conflitti c.d. *human based*. Cfr. sul punto Mingardo L., *Online Dispute Resolution. Involuzioni ed evoluzioni di telematica giuridica*, in Moro, Sarra, *Tecnodiritto*, cit., pp. 121-140.

do notevole di implementazione. In particolare, come si è cercato di evidenziare, esiste almeno una direzione di sviluppo di tale processo che appare consistere nel rovesciamento della precomprensione sui postulati di base dell'esperienza giuridica: sempre di più, e sempre più consapevolmente, sono le categorie generali proprie di quello specifico mezzo tecnologico ad essere elette come presupposti ineludibili anche per la costruzione, al loro interno, dei concetti giuridici fondamentali. Abbiamo visto comparire tale tendenza con riferimento al tema della "tutela della persona" (con tutto ciò che comporta ridefinire questo concetto), della "azione amministrativa", e, infine, nella ricodificazione delle forme con cui si esperiscono i rimedi giurisdizionali.

Si tratta ora di valutare questo processo anche dal punto di vista del concetto di "positività" giuridica, e dunque di discutere delle conseguenze possibili di tale movimento trasformativo sulle forme e le modalità con cui diciamo che il diritto è "posto"⁵⁹.

In linea generale non è inopportuno ricordare che, sebbene di per sé per nulla univoco⁶⁰, il termine "positivo" viene tradizionalmente e tralattivamente associato all'idea di diritto, sul postulato che esso sia riducibile a fenomeno esclusivamente normativo, per esprimere una serie di caratteristiche che lo identifichino rispetto ad altri fenomeni consimili, quali il costume, l'etica, visti anch'essi nella loro componente normativistica, talvolta assunta come esclusiva. Oltre a ciò, spesso ci si affida all'idea di positività per ritrovare nel fenomeno giuridico un grado di "realtà" o di "oggettività" superiore o, comunque, preferibile rispetto al diritto c.d. "naturale"; concetto, questo, ritenuto ideologicamente compromesso e risultante da una confusione dei piani descrittivo e prescrittivo.

La raggiunta consapevolezza – propria dell'epistemologia post-positivista – della impossibilità di distinguere questi stessi piani con quella nettezza ed oggettività che una lettura radicale della c.d. "Legge di Hume" avrebbe auspicato, ha, di fatto, contribuito alla necessità di riqualificare il concetto di positività giuridica senza, peraltro, ridurne l'importanza endossale nella costruzione identitaria del ceto dei giuristi⁶¹. In effetti, riconoscere che, da un lato, *nessun* oggetto

⁵⁹ Il concetto di "diritto positivo" è, in effetti, per nulla intuitivo e primitivo ma, anzi, per la venerabile risalenza e, quindi, la sua stretta connessione con orizzonti teorici, speculativi e, in generale, culturali, più diversi, necessita di un apparato definitorio e di adeguate giustificazioni del ruolo che gli si intende attribuire in ragione degli obiettivi che vengono perseguiti e della metodologia che si adotta. Spesso tale complessità non viene esplicitata lasciando l'espressione nel vago. Non così in Jori M., *Del diritto inesistente*, ETS, Pisa 2010, dove, anzi, è sviscerata la complessa rete di relazioni che dal senso comune arriva fino alle strutturazioni complesse dei giuristi e in questa complessità si gioca anche il senso del c.d. "diritto positivo".

⁶⁰ Cfr. Moro P., Sarra C., *Introduzione*, in Id., *Positività e Giurisprudenza*, cit., pp. 7-14.

⁶¹ Il termine "endossale" riprende il concetto aristotelico di *endoxon* che, come è noto, fa riferimento a consolidazioni di sapere diffusi in un contesto comunicativo di riferimento e assunti perciò dal parlante come premesse (spesso implicite) del proprio discorso. Per l'uso di tale concetto nel

emerge alla descrizione indipendentemente dall'adozione previa di prescrizioni non necessitate⁶², e per converso, che nessuna prescrizione fa senso nel mondo senza incorporare una postulazione circa l'essere di questo (o una sua parte) in un certo stato piuttosto che un altro (cosa che a sua volta presuppone, di nuovo, una rete intricatissima di prescrizioni e descrizioni), impone di rifiutare *tout court* ogni semplificazione, e, dunque, ogni proposta teorica che parta dal postulato della distinzione tra descrittivo e prescrittivo senza premettere ulteriori doverose specificazioni⁶³. Questo percorso teorico-epistemologico induce allora a ridimensionare la "oggettività" dell'ordinamento giuridico, come insieme di proposizioni linguistiche prescrittive, descrivibili a prescindere da prelieve prese di posizione normative rimesse alla comunità interpretativa, in quanto sono invece quelle stesse decisioni a porsi come presupposti *da cui* dipende l'emersione dell'oggetto-ordinamento⁶⁴.

In questo senso, il riconoscimento da parte della più aggiornata teoria del diritto, per esempio, della natura interpretativa anche dei discorsi sulle fonti del diritto e, dunque, della natura interpretativa dei discorsi che conducono alla identificazione dello stesso materiale disposizionale⁶⁵, costituisce un'acquisizio-

diritto cfr. Cavalla F., *L'origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano 2017, p. 382; Azzoni G. M., *Endoxa e fonti del diritto*, ora in Id., *Nomofanie. Esercizi di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 65-86.

⁶² Cfr. da ultimo Cavalla, *L'origine*, cit., pp. 74-89.

⁶³ La critica di questo presupposto e delle sue ricadute nella costruzione teorico-giuridica è stata sviluppata in Italia da Vittorio Villa a partire dal suo libro *Teorie della scienza giuridica e teorie della scienze naturali*, Giuffrè, Milano 1984; fino a *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 95-103, e a *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, Giappichelli, Torino 2012, in particolare in questo testo, in sintesi, cfr. 48-57.

⁶⁴ Circa queste "decisioni", è appena il caso di ricordare che con tale termine non ci riferisce a atti di volontà che cadono in un vuoto comunicativo e possono, dunque astrattamente muoversi in qualunque direzione anche la più imprevedibile. Piuttosto, tale termine ha funzione di chiusura nell'orizzonte teorico, agisce da "concetto negativo", vale a dire indica tutte quelle situazioni nelle quali certi presupposti ancorché non necessari, vengono tenuti fermi come elementi di costruzione di una concettualizzazione condivisa per la ragione che la loro messa in discussione, pur astrattamente possibile, viene giudicata, nel contesto di riferimento, come troppo onerosa argomentativamente rispetto agli scopi della comunicazione. Così, è possibile – e doveroso sul piano filosofico – mettere in discussione qualunque concetto giuridico fondamentale, persino la definizione stessa di diritto (non a caso ritenuta tra quelle cc.dd. "essenzialmente contestabile", cfr. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, cit. p. 21-23), ma non essendo opportuno fare ciò in ogni situazione in cui si discute di questioni giuridiche, ci si appoggia su definizioni (implicite) che si assumono condivise e vi si costruisce la propria argomentazione giuridica. Solo allorché la conflittualità sia tale da essere determinata proprio dalla mancata condivisione di tali "luoghi comuni" fondamentali, è possibile che si apra una discussione anche su tali *endoxa*. In generale, dunque, qui si rifiuta ogni concezione che presupponga la possibilità intellegibile di atti linguistici "assoluti", "primi", in assenza di riferimenti a comunità comunicative situazionate e dialetticamente attive.

⁶⁵ Pino G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 54.

ne decisiva e illustra quanto poco di intuitivo e di immediato vi sia nel concetto di positività.

Stando così le cose, nemmeno il tentativo di salvare l'oggettività neutrale del concetto di positività riferendolo ai *testi* e non più alle *norme*, sembrerebbe sottrarsi a queste stesse osservazioni⁶⁶. Infatti, se le norme si pongono come prodotti dei complicati processi interpretativo-comunicazionali, che coinvolgono varie comunità in rapporto dialettico tra loro, lo stesso sembra potersi dire con riferimento a quelle *norme* (o *meta-norme*) dalle quali dipende l'identificazione dei testi ritenuti esaurire il concetto di diritto positivo, rimettendo, dunque anche questi ultimi all'interno di quei giochi interpretativo-comunicazionali che sono espressi dalle dinamiche di comunità di riferimento, e mai da un individuo isolato, nemmeno quando su costui si imputi una responsabilità istituzionale⁶⁷. Dottrina, giurisprudenza, associazioni di esperti, gruppi di professionisti, istituzioni e altro ancora costituiscono comunità di riferimento dedite alla consolidazione dei significati giuridici e dei riferimenti endossali utilizzati nella gestione della pratica giuridica, sebbene, come è ovvio, con differente grado di incidenza, volta a volta, settore per settore, nell'evoluzione complessiva⁶⁸.

⁶⁶ Tale operazione è operata da Guastini R., *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 57 ed è, sul piano teorico generale, probabilmente la definizione più coerente di diritto positivo con l'intento di riservare tale nozione all'ambito delle "realtà" materiali descrivibili. Dopo la posizione del testo, inizia il lavoro interpretativo per la individuazione di norme e questo non ha certamente lo stesso grado di oggettività (materiale) di quella, a meno di adottare un approccio radicalmente formalistico dell'interpretazione.

⁶⁷ In effetti, si danno oggi fenomeni che sempre più mostrano tendenze a liberalizzare perfino la ricerca e l'uso di testi giuridici di riferimento nella soluzione dei casi. Per esempio, in aumento notevole rispetto al passato è il libero ricorso al precedente straniero per la decisione di casi per i quali non vi sarebbe alcun obbligo formale di ricorrervi, cfr. Sarra C., *Dialoghi con se stesso. Sul c.d. "uso dialettico" del precedente giudiziario*, in AA.VV., *Principio di proporzionalità e dialogo tra corti. Saggi per un simposio*, Cleup, Padova 2012, pp. 251-273, Id., *Dialoghi tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull' "uso dialettico" del precedente giudiziario*, in Bianchini M., Gioia G., *Principio di proporzionalità e dialogo tra corti. Atti del I Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013, pp. 477-501; Bertea S., Claudio S., *Foreign Precedents in Judicial Argument: a Theoretical Account*, in *European Journal of Legal Studies*, 2014, 7, 2, pp. 140-179; Id., *Dialettica del precedente. Appunti per una collocazione teorica del precedente straniero*, in *Ars Interpretandi*, 2016, 1, pp. 13-46. Si veda anche Ferrua P., *Le sentenze "Taricco": brevi riflessioni sui giudici-legislatori*, in *Cassazione penale*, 2018, 6, pp. 1844 ss.

⁶⁸ Tale differenza di grado di efficacia, tuttavia, dipende da macro fattori culturali: ad esempio il rapporto di autorevolezza tra dottrina e giurisprudenza nella storia del pensiero giuridico non è sempre stato il medesimo. Inoltre, il concetto stesso di "efficacia" può non essere univoco: a seconda che si guardi all'effettiva diffusione di una pratica ritenuta adempiente delle prescrizioni giuridiche oppure ai soli riconoscimenti giurisprudenziali, soggetti differenti possono avere maggiore o minore efficacia nella determinazione del diritto seguito. Per esempio, certe interpretazioni che le associazioni o le comunità di professionisti elaborano e condividono, in assenza di contenzioso specifico e di prese di posizioni giurisprudenziali, possono essere le sole ad essere efficaci nella prassi. La complessità dei rapporti tra le comunità che partecipano alla realizzazione delle consolidazioni giuridiche costituisce la realtà del diritto come impresa collettiva, come "processo

In questo senso, la positivizzazione "dipende da" tutte le pre-comprensioni che (pre-)informano l'interprete inserito in una relazione comunicativa con una (o più) comunità di riferimento. Quest'ultima condivide delle (e lavora su) strutture endossali che si configurano, a loro volta, come delle "consolidazioni" di senso sempre, di principio, rivedibili seppur attraverso le forme che quelle stesse comunità riconoscono, di volta in volta, come "accettabili", sulla base di condizioni (di accettabilità) elaborate anch'esse su base endossale.

Ora, la prima considerazione sulla positività giuridica che si può fare con riferimento alla soggezione progressiva del giuridicamente lecito rispetto alle regole "virtuali" che governano i processi informatici è, pertanto, che un tale sviluppo introduce e legittima la comunità degli ideatori e sviluppatori di tali regole nel novero di quelle che partecipano direttamente alla determinazione delle consolidazioni giuridiche, ed essa, oggi, assume sempre di più una posizione non secondaria ma di riferimento.

In dottrina si era già individuato il fenomeno delle norme cc.dd. "opache"⁶⁹, situazione nella quale la norma giuridica, per la sua natura tecnica, risulta del tutto opaca al giudice che è chiamato comunque ad applicarla sicché la sua attività propriamente giuridica dipende sul punto totalmente dal contributo del tecnico di riferimento. Tale situazione si mostra, per quanto siamo venuti dicendo, come il frutto di un'esperienza che non è più episodica, ma sistemica. La – chiamiamola così – comunità dei "tecnici" (informatici) non è più soltanto una collettività che presta il suo ausilio ai giuristi in occasione di qualche difficoltà che coinvolga settori specialistici, ma è, invece, da ritenersi, a tutti gli effetti, una comunità giuridica, ancorché, forse, non siano del tutto realizzate le condizioni per l'instaurazione di uno stabile e fruttifero dialogo con le altre e più consolidate comunità giuridiche⁷⁰.

L'incontro sistemico tra costruzione tecnico-informatica del mondo contemporaneo e diritto determina così un problema attuale di commensurabilità dei linguaggi delle comunità destinate a quel dialogo finalizzato alla determinazione della regola concretamente agibile per la collettività, e, prima ancora di pensare a luoghi stabili di realizzazione di tale dialogo.

condotto a più mani" come scrive Villa V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004, p. 196.

⁶⁹ Cfr. Canale D., *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, Speciale 2015, pp. 93-124.

⁷⁰ In questo senso, il potenziamento degli insegnamenti di Informatica giuridica nei corsi di studio di Giurisprudenza appare oggi quanto mai urgente: esso crea le basi per una sensibilizzazione e alfabetizzazione dei futuri giuristi e auspicabilmente li mette in grado di avviare utili dialoghi professionali con il mondo tecnico impegnato nella costruzione di questo diritto informatizzato. Sarebbe altrettanto urgente l'introduzione di analoghi e stabili percorsi formativi più orientati sulla formazione giuridica nei corsi di studio tecnici.

6. "Iper-positività".

Un ulteriore profilo di interesse della sottoposizione del giuridicamente lecito a quanto reso possibile di volta in volta dalle regole "virtuali" di governo dei processi informatici è dato dal fatto che, in un certo senso, esso mette potenzialmente in crisi la distinzione tra norme cc.dd. "regolative" e norme cc.dd. "costitutive" perché, come abbiamo accennato nell'introdurre il nostro esempio giurisprudenziale, la ricodifica sul piano prasseologico dei comportamenti che la digitalizzazione comporta può essere così profonda ed alienante, da sottendere una continuità puramente nominalistica con la struttura della prassi precedente. Così, nell'orizzonte che sembra scorgersi dalla linea di sviluppo evidenziata in queste pagine, non si danno realtà giuridiche – anche comportamentali – che non siano *sempre* costituite (almeno) da regole "virtuali", per la ragione che sono i processi informatici – quali macro postulati giuridici – a determinare che cosa è (vale come) "reale" nel contesto giuridico di riferimento.

Come è noto, l'idea che le norme giuridiche siano *sempre* costitutive era già comparsa nella letteratura che per prima ha riflettuto su tale concetto⁷¹. Altri Autori, poi, approfondendo l'analisi, avevano evidenziato che si possono rilevare tipi diversi di costitutività e che, dunque, tale concetto si mostra a sua volta come assai complesso, specialmente se discusso con riferimento al rapporto di condizione tra la regola e il tipo di "realtà" costituita da essa⁷². Sul punto, più recentemente, è stato opportunamente mostrato come la costitutività non sia intellegibile senza un riferimento a condizioni contestuali preve – di tipo naturale o, a loro volta, sociali – rispetto alla mera regola, che sarebbero rilevanti per l'effetto costitutivo di essa⁷³.

Tuttavia, l'immagine di una realtà giuridica totalmente costituita da regole (costitutive) poste, non è mai penetrata completamente nell'immaginario dei giuristi, probabilmente per la ragione che è apparsa finora più forte l'idea che il diritto debba avere come prima funzione quella di ordinare, di "regolare" i comportamenti "naturali" della società, magari servendosi anche di finzioni, strumenti di creazione di realtà artificiali (perfino "persone" artificiali), ma sempre come strumenti peculiari per una sofisticata opera di regolazione che non si distacca troppo radicalmente dai comportamenti naturali dei consociati e prende atto delle necessità e delle impossibilità fisiche proprie di questi. Ma forse, oggi, l'idea che il compito del diritto sia prima di tutto di costituire società nuove e

⁷¹ Cfr. Carcaterra G., *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano 1974; Id., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma 1979.

⁷² In particolare si tratta degli studi di Amedeo Conte. Sul punto cfr. almeno: Conte A.G., *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 17-30; Id., *Paradigmi di analisi della regola in Wittgenstein*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 265-312.

⁷³ Cfr. Roversi C., *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Giappichelli, Torino 2012.

non solo di regolare quelle esistenti appare più conforme allo “spirito dei tempi” e meno aliena ai giuristi di nuova generazione più intrisi degli esiti culturali dell’età della tecnica di cui si diceva all’inizio. Si dubita meno della “realtà” del “virtuale”, e la costitutività universale operata dalla regola tecnico-giuridica può apparire un’opzione possibile, sensata e, forse, perfino assiologicamente preferibile rispetto ad una aggiornata idea di progresso.

Infatti, con le regole “virtuali” il rapporto possibilità-necessità si riconfigura: costituire processi virtuali attiva (e disattiva) possibilità con un gradiente di “gestione” dei limiti naturali assai più elevato, idealmente totale.

Perciò, con la sottoposizione della costruzione giuridica alle regole virtuali (collocando il concetto di persona entro quelle che costituiscono e trasferiscono dati, o che informano la funzione amministrativa, o che determinano l’esistenza della richiesta di giustizia, per esempio), vediamo concretizzarsi un fenomeno che, almeno per la scala con cui si pone, appare nuovo: quello della possibilità di controllo e posizione della totalità delle condizioni per la costituzione della prassi giuridica. La possibilità, cioè di costituire forme esclusive di comportamento giuridico, totalmente determinate al di là delle limitazioni, e necessità naturali che, invece, cadono progressivamente nell’irrelevanza⁷⁴.

Allora, posto che le regole “virtuali” realizzano l’ideale della totale esplicitazione e, certo, positivizzazione, visto che se non sono state poste, non saranno possibili nemmeno quei processi informatici che esse costituiscono, si verifica l’avvento di un orizzonte in cui il giuridicamente lecito, coincide con la realizzazione dei processi di riferimento i quali manifestano un grado di positività che la regola giuridica non aveva mai conosciuto, pur avendola auspicata.

Questo aumento iperbolico del grado di positività della regola che raggiunge e determina totalmente un (idealmente) completo orizzonte prasseologico, merita forse un nome, almeno per comodità sintetica nella discussione accademica e, a tal fine, propongo di chiamare questo fenomeno “iper-positività”.

Si profila dunque l’epoca della “iper-positività giuridica”, che esorcizza lo spettro libero della volontà individuale, realizza nel diritto quel progetto di realtà totalmente dominata, controllata e misurata che informa l’immagine della società scientifica del Novecento, e, dall’altro lato, richiede uno sforzo di riconfigurazione dei luoghi di dialogo giuridico interdisciplinare che includa le nuove comunità (giuridiche) di tecnici, pena la continua giustapposizione di “scatole

⁷⁴ Pensiamo, per esempio all’irrelevanza di una condizione fisica inabilitante per la partecipazione personale ad un’udienza. Sempre di più compaiono nell’ordinamento forme di gestione telematica delle udienze processuali: si pensi ad esempio all’art. 96 L. Fall che consente al Giudice – in considerazione del numero dei creditori e all’entità del passivo – di svolgere l’udienza per l’analisi dello stato passivo in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione. Naturalmente, a questo punto “essere presenti in udienza” viene a dipendere totalmente dalle regole virtuali che realizzano questa tipologia di comunicazione telematica, e il concetto relativo a tale comportamento giuridico si trasforma radicalmente perché, per esempio, dalla sua semantica viene meno la rilevanza della fisicità materiale.

nere” concettuali con la perdita di ogni consapevolezza – e, starei per dire *prudenza* – giuridica.

Bibliografia

- Amato Mangiameli A. C., *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, spec. 2017, pp. 87-112.
- Azzoni G. M., *Endoxa e fonti del diritto*, ora in Id., *Nomofanie. Esercizi di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 65-86.
- Benvenuti F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, in Id. *Scritti giuridici*, II, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 991-1136.
- Benvenuti F., *Funzione amministrativa, procedimento processo*, Id. *Scritti giuridici*, II, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 1117-1140.
- Bertea S., Claudio S., *Foreign Precedents in Judicial Argument: a Theoretical Account*, in *European Journal of Legal Studies*, 2014, 7, 2, pp. 140-179.
- Bertea S., Sarra C., *Dialettica del precedente. Appunti per una collocazione teorica del precedente straniero*, in *Ars Interpretandi*, 2016, 1, pp. 13-46.
- Blavin J.H., Cohen G.I., *Gore, Gibson and Goldsmith: the Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary*, in *Harvard Journal of Law and Technology*, 2002, 16, 1, pp. 265-285.
- Bynum T. W., *Computer Ethics: its Birth and its Future*, in *Ethics and Information technology*, 2001, 3 pp. 109-112.
- Canale D., *Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, Speciale 2015, pp. 93-124.
- Capaccioli S., *Smart contracts: traiettoria di un'utopia divenuta attuabile*, in *Cyberspazio e diritto*, 2016, 17, 55, pp. 25-45.
- Carcattera G., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma 1979.
- Carcattera G., *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano 1974.
- Cardarelli F., *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, 2, pp. 227-273.
- Carlioni E., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva tra procedimento e processo*, Giuffrè, Milano 2011.
- Carradore R., *Cibernetica e ordine sociale. Modelli e immagini di società in Norbert Wiener e Karl Deutsch*, in *Scienza e Politica*, 2013, XXV, 48, pp. 149-173.
- Cavalla F., *L'origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano 2017.
- Cavalla F., *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 107-121.
- Celotto A., *Venisti tandem! La Corte finalmente ammette che le norme comunita-*

- rie sono «cogenti e sovraordinate», in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, 1, pp. 382-385.
- Cicconetti M., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2007.
- Conte A.G., *Paradigmi di analisi della regola in Wittgenstein*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 265-312.
- Conte A.G., *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 17-30.
- Conway F., Siegelman J., *The Dark Hero of Information Age. In search of Norbert Wiener the Father of Cybernetics*, Basic Books, New York 2005.
- D’Orlando E., *Profili costituzionali dell’amministrazione digitale*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, 2011, 2, pp. 213-229.
- Duni G., *Amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano 2008.
- F. Cavalla, *L’origine e il diritto*, FrancoAngeli, Milano 2017.
- Falcone M., *Big Data e pubblica amministrazione: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, 3, pp. 601-639.
- Ferrua P., *Le sentenze ‘Taricco’: brevi riflessioni sui giudici-legislatori*, in *Cassazione penale*, 2018, 6, pp. 1844-1851.
- Floridi L., *On the intrinsic value of information object and the infosphere*, in *Ethics and Information Technology*, 2002, 4, 4, pp. 287-304.
- Floridi L., *The Cambridge Handbook of Information and Computer Ethics*, Cambridge University Press, New York 2010.
- Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1950.
- Guastini R., *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Giappichelli, Torino 2018.
- Guastini R., *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2012, 1, pp. 51-66.
- Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano 1998.
- Himma K., Tavani H., *The Handbook of Information and Computer ethics*, Wiley & Son, New Jersey 2008.
- Hobbes T., *Leviatano*, UTET, Torino 1955.
- Huxley A., *Il mondo nuovo*, Mondadori, Milano 1991.
- Johnson D., *Computer Ethics*, Pearson Int., New Jersey 2003.
- Jori M., *Del diritto inesistente*, ETS, Pisa 2010.
- Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1984.
- Lessig L., *Code and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York 1999.
- Livermore D. M., *The Need for New Antibiotics*, in *Clinical Microbiology and Infection*, 2004, 10, pp. 1-9.

- Maddalena M.L., *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro Amministrativo*, 2016, 10, pp. 2535-2592.
- Maestri E., *Lex Informatica e soft law. Le architetture normative del Cyberspazio*, in Moro P., Sarra C., *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2017, pp. 157- 177.
- Maestri E., *Lex Informatica. Diritto, persona e potere nell'età del Cyberspazio*, ESI, Napoli 2015.
- Masucci A., *Il procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, Giappichelli Torino 2011.
- Masucci A., *Atto amministrativo informatico*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997, I aggiornamento.
- Mayer-Schoemberger V., Cukier K., *Big Data: a Revolution that will transform how we live, work and think*, J. Murray, London 2013.
- Mingardo L., *Online Dispute Resolution. Involuzioni ed evoluzioni di telematica giuridica*, in Moro P., Sarra C., *Positività e Giurisprudenza. Teoria e pratica della formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 121-140.
- Modugno F., *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XX-VIII, 1978, *ad vocem*.
- Moro P., *L'arte della scrittura giuridica*, Libreria al Segno, Pordenone 2016,
- Moro P., Sarra C.(a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e pratica della formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012.
- Morongiu D., *L'attività amministrativa automatizzata*, Rimini, 2005, 69.
- Nardelli M., *La natura del reclamo cautelare e le conseguenze in tema di PCT*, in *Ilprocessotelematico.it*, 2016, 6, s.p.
- O'Brian S., *Meeting the social need for new antibiotics: the challenges for pharmaceutical industries*, in *British Journal of Clinical Pharmacology*, 2014, 79, 2, pp. 168-172.
- Olson M.H., Lucas H.C., *The Impact of Office Automation on the Organization: Some Implications for research and Practice*, in *Communication of the ACM*, 1982, 25, 11, pp. 838-847.
- Pino G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, p. 54.
- Roversi C., *Costituire. Uno studio di ontologia giuridica*, Giappichelli, Torino 2012.
- Sammarco P., *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Diritto dell'informatica*, 2008, 6, pp. 711-730.
- Sarra C., *Dialoghi con se stesso. Sul c.d. "uso dialettico" del precedente giudiziario*, in AA.VV., *Principio di proporzionalità e dialogo tra corti. Saggi per un simposio*, Cleup, Padova 2012, pp. 251-273.

- Sarra C., *Dialoghi tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull' "uso dialettico" del precedente giudiziario*, in M. Bianchini, G. Gioia, *Principio di proporzionalità e dialogo tra corti. Atti del I Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013, pp. 477-501.
- Sarra C., *Lo Scudo di Dioniso. Contributo allo studio della metafora giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2010.
- Sarra C., Velo Dalbrenta D. (a cura di), *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova University Press, Padova 2013.
- Sartor G., *Internet e il diritto*, in Di Cocco C., Sartor G., *Temi di diritto dell'informatica*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 1-26.
- Severino E., *Il destino della tecnica*, BUR, Milano 2009.
- Severino E., *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Adelphi, Milano 1988.
- Spinello R. A., *Case Studies in Information Technology Ethics*, Upple Saddle River, New Jersey 2003.
- Tavani H., *Ethics and Technology. Controversies, Questions and Strategies for Ethical Computing*, Wiley & Son, New Jersey 2012.
- van Dijk J., *Datafication, datism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology*, in *Surveillance and Society*, 2014, 12, 2, pp. 197-208.
- Villa V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999.
- Villa V., *Il positivismo giuridico: metodi, teorie, giudizi di valore*, Giappichelli, Torino 2004.
- Villa V., *Teorie della scienza giuridica e teorie della scienze naturali*, Giuffrè, Milano 1984.
- Villa V., *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*, Giappichelli, Torino 2012.
- Wiener N., *Cybernetics or Communication and Control in the Animal and the Machine*, II ed., MIT Press, Cambridge 1961.
- Wiener N., *Introduzione alla cibernetica. L'uso umano degli esseri umani*, Bollati Boringhieri, Torino, 1966, p. 72 (tr. it. *The Human use of Human Beings*, Houghton Mifflin Company, Boston 1950).
- Zellini P., *La dittatura del calcolo*, Adelphi, Milano 2018.

File riservato ad esclusivo fine di studio

CORRADO ROVERSI

Diritto posto, diritto creato: una analisi del positivismo giuridico dal punto di vista della teoria del diritto come artefatto

ABSTRACT: The legal-positivistic idea that law is the outcome of legislative enactment entails, as its ontological counterpart, the idea that law is an artifact, an object created by human beings for specific purposes. In this paper, I will discuss this connection at the core of the “positivistic dream”. First, I will develop a socio-ontological analysis of the “positivistic dream” and of its assumptions in terms of three metaphysical relations (existential dependence, supervenience, and grounding) and I will show that legal positivism implies an over-inclusive conception of authorial intention. I will also try to show the relevance of the “positivistic dream” by applying the same kind of analysis to customary law. In the second part of the paper, however, I will argue that this relevance and role of legal positivism does not inevitably entail the authorial model of artifacts that it assumes. Another model of artifacts can instead be assumed and turns out to be more fruitful, namely, a model based on the concept of “deliberative history” that, when applied to legal institutions, shows not the inevitability of the “positivistic dream” but rather the necessary dialectics between legal positivism and legal realism. Finally, in the third part of the paper, I will enquire into a possible relation between an artifact theory of law and natural law theory, by showing how this relation, here described in terms of a phenomenon called “institutional mimesis”, can lead to a sort of descriptive natural law theory.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il “sogno positivista”. 2. Ontologia del “sogno positivista”. 2.1. Un’analisi socio-ontologica del “sogno positivista”. 2.2. Tridimensionalità del diritto nel “sogno positivista”. 2.3. Analisi metafisica del “sogno positivista”: dipendenza esistenziale, superveniens, grounding. 3. Istituzioni e artefatti. 3.1. Il modello autoriale nella teoria degli artefatti. 3.2. Una versione alternativa delle istituzioni giuridiche in termini di artefatti. 4. Artificialità e naturalità del diritto. 4.1. Positivismo e concezioni di un diritto naturale. 4.2. Mimesi istituzionale: alcuni esempi e distinzioni. 5. Conclusione.

1. Introduzione: il “sogno positivista”

L'idea che il diritto sia positivo equivale all'idea che esso sia un artefatto. “Porre”, in questo senso, significa soprattutto creare dal nulla un oggetto artificiale, che non necessariamente deve avere un legame con il contesto naturale. Se guardo il computer *laptop* che ho di fronte a me mentre scrivo, vedo un oggetto dotato di una sua fisicità peculiare: ma che cosa questo oggetto sia, ciò che lo rende un oggetto diverso da un altro e ciò che lo rende se stesso, dipende da un progetto che qualcuno ha concepito. L'idea di positività del diritto è proprio l'idea che ciò che identifica una istituzione giuridica dipenda da un progetto: l'intenzione creativa originaria del legislatore.

In questo lavoro vorrei proporre una analisi di questa idea fondamentale, cercando di dimostrare che, proprio nella prospettiva di una ontologia degli artefatti, si tratta di una concezione in buona parte infondata: il modo migliore per concepire l'idea che il diritto sia un artefatto non conduce alla positività, o almeno implica una concezione della positività che non è quella del “sogno positivista”. Questo non significa che il “sogno positivista” sia una mera ideologia: al contrario, cercherò di mostrare come esso abbia una precisa funzione normativa.

Per fare questo è almeno necessario chiarire preliminarmente cosa intendo per “sogno positivista”. Questa concezione consiste almeno di due tesi fondamentali: la prima, che chiamerò “esistenza come dichiarazione”, asserisce che l'esistenza di una istituzione giuridica è il risultato di un atto linguistico dichiarativo che la pone; la seconda, che chiamerò “essenza come intenzione”, sostiene che la natura dell'istituzione dipende dall'intenzione connessa a quell'atto linguistico dichiarativo. Questo significa che, una volta posta, l'istituzione non muta se non in virtù di un altro atto linguistico dichiarativo, ed anche che vi è una risposta corretta, diciamo “oggettiva”, alle domande interpretative sulla natura di quella istituzione: questa risposta va cercata nell'atto linguistico originario e nella lettura “più stretta” dell'intenzione del legislatore connessa a questo atto linguistico. Questa ricostruzione del “sogno positivista” è, da un punto di vista sia storico sia storico-filosofico, chiaramente idealtipica: non è chiaro se sia mai stata sostenuta in questa forma estrema. Eppure è stata, e per certi versi ancora è, un modello ideale di esattezza che, come ideale regolativo, gioca un suo ruolo nel discorso giuridico. In questo senso essa deve essere analizzata: perché, una volta analizzata la struttura di questo “sogno”, essa potrà essere emendata e adattata nella misura in cui il sogno originario si intenderà modificato ed indebolito. Nell'analizzare la posizione estrema vorrei quindi fornire qui, anche, un metro possibile per leggere le sue possibili varianti.

Questo lavoro è strutturato come segue: nel paragrafo 1 proverò a formulare il “sogno positivista” in termini di ontologia sociale, utilizzando una prospettiva

che ho chiamato in lavori precedenti “ontologia sociale tridimensionale” e che si basa su alcune aggiunte e modifiche al modello di John Searle¹. Cercherò anche di mostrare le differenze tra una istituzione creata in modo positivo ed una istituzione creata in modo consuetudinario, tentando di fare emergere in questo modo, per così dire per opposizione, la funzione e la razionalità del “sogno positivista”. Nel paragrafo 2, invece, mostrerò il limite fondamentale del “sogno positivista” a partire dalla sua stessa assunzione, ovvero il carattere artificiale del diritto. Nel paragrafo 3, infine, mostrerò che le istituzioni giuridiche, pur essendo artefatti, possono intrattenere un rapporto metaforico con le concezioni del mondo fisico e naturale, e a questo fine utilizzerò alcune recenti ricerche sulla creazione di concetti astratti svolte nel campo della psicologia cognitiva all’interno del paradigma della *embodied cognition*. In questo modo, l’opposizione originaria tra il “sogno positivista” e l’idea della naturalità del diritto trova una composizione peculiare che chiamerò, in modo forse un po’ dissacrante, “giusnaturalismo descrittivo”.

2. Ontologia del “sogno positivista”

2.1. Un’analisi socio-ontologica del “sogno positivista”

I due elementi essenziali del “sogno positivista” possono essere bene espressi nei termini della teoria degli atti linguistici e dell’intenzionalità di John R. Searle, la cui teoria assumo qui come strumento analitico. La dichiarazione autoritativa, che è condizione necessaria e sufficiente per l’esistenza di un istituzione giuridica, corrisponde infatti a ciò che Searle, nella sua tassonomia degli *speech acts*, chiama *declaration*, ovvero un atto linguistico essenzialmente performativo dotato di doppia “direzione di adattamento” (*direction of fit*): dalla parola al mondo, e viceversa dal mondo alla parola². L’atto, cioè, pone il proprio contenuto in modo tale da far emergere ciò che esso stabilisce, e insieme rappresenta nel proprio contenuto ciò che esso ha posto: porre una o più norme giuridiche, in questo senso, significa nello stesso tempo creare e rappresentare ciò che si è creato. A questa *declaration* corrisponde secondo Searle un preciso stato in-

¹ Mi permetto di rinviare ai seguenti lavori: Roversi C., *Constitutive Rules and the Internal Point of View in Argumenta*, 2018, 4, pp. 139-156; Roversi C., voce “Ontology of Law” in Sellers M., Kirste S. (a cura di), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_59-1, 2018.

² Searle J. R., *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, in *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge 1979 (1° ed. 1975), pp. 1-29; Searle J. R., Vanderveken D., *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge University Press, Cambridge 1995, pp. 52 ss.

tenzionale: il desiderio di far venire in essere lo stato di cose rappresentato e la credenza che, nel pronunciare la *declaration*, questo stato di cose verrà in essere (nella concezione di Searle si tratta di una sorta di intenzione “sublimata”, ovvero depurata dalla sua connessione primaria con la percezione e con l’azione)³. Il contenuto della istituzione, la sua natura, è dunque in questa prospettiva il contenuto di una *declaration* connesso ad una intenzione del legislatore.

A questa analisi del “sogno positivista” nei suoi due cardini (esistenza di una istituzione intesa come dichiarazione e sua essenza intesa come intenzione) si può ricollegare anche l’ontologia sociale di Searle, per la quale un qualsiasi fatto istituzionale complesso dipende da un sistema di regole dette “costitutive” (*constitutive rules*). Queste regole attribuiscono ad un determinato *type* istituzionale sia delle condizioni di attuazione, sia delle conseguenze normative che Searle chiama “funzioni di status” (*status functions*). In questo modo è possibile attribuire ai fatti istituzionali una oggettività almeno “epistemica”: la verità di un giudizio sull’occorrenza o meno di un fatto istituzionale non dipende da ciò che i membri della comunità credono bensì da criteri oggettivi dipendenti da regole⁴.

È importante notare qui che, nonostante la teoria degli atti linguistici e della intenzionalità di Searle ci forniscano gli elementi per esprimere le tesi fondamentali del “sogno positivista”, la sua ontologia sociale non si basa su una concezione di questo tipo: se si dovesse qualificare la posizione di Searle in termini giusfilosofici, sarebbe più opportuno qualificarla come un forma di realismo giuridico di tipo psicologista piuttosto che come esemplificazione del positivismo giuridico. Searle, infatti, ritiene che all’oggettività epistemica dei fatti istituzionali non corrisponda una oggettività ontologica, perché in un’ultima analisi l’esistenza di questi fatti è riconducibile a fattori soggettivi, dipendenti cioè da stati mentali collettivi. Invece, il “sogno positivista” attribuisce ai fatti istituzionali una “soggettività ontologica” di tipo del tutto diverso da quella, di marca sostanzialmente realista-psicologista, teorizzata da Searle. Mentre in quest’ultimo caso, infatti, l’esistenza ed essenza di una istituzione hanno una forma di dipendenza costante, sincronica, da stati intenzionali collettivi nel contesto di una comunità, nel “sogno positivista” questi fattori hanno una dipendenza storica da un atto originario⁵. In conclusione, l’ontologia del “sogno

³ L’analisi della *declaration* come atto linguistico che trova la propria “condizione di sincerità” (*sincerity condition*) in una credenza ed un desiderio è riscontrabile in Searle, Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, cit., pp. 57-58. La connessione tra intenzioni, da un lato, e credenze e desideri dall’altro (nonché l’osservazione interessante per cui credenze e desideri sono forme affievolite, *etiolated*, di intenzioni) è riscontrabile in Searle J. R., *Intentionality*, Cambridge University Press, Cambridge 1983, pp. 35-36.

⁴ Cfr. Searle J. R., *The Construction of Social Reality*, Penguin, London 1996 (1° ed. 1995); Searle J. R., *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford 2010.

⁵ Traggo la distinzione tra “dipendenza esistenziale costante” (*constant existential dependence*) e “dipendenza esistenziale storica” (*historical existential dependence*) da Amie Thomasson: cfr.

positivista” può essere espressa in questi termini: un fatto giuridico sussiste (un giudizio su fatti giuridici è vero o falso) in virtù di un sistema di regole costitutive la cui esistenza dipende storicamente da un atto linguistico dichiarativo del legislatore e il cui contenuto dipende dal contenuto di quell’atto linguistico desumibile dall’intenzione del legislatore.

2.2 Tridimensionalità del diritto nel “sogno positivista”

Cosa dire di questo modello, che in qualche modo rappresenta l’idealtipo della positività giuridica? Un’analogia interessante e feconda in questo caso è quella con un gioco qualsiasi, o ancora meglio (caso paradigmatico di ragionamento sulle regole) con il gioco degli scacchi, il gioco perfetto in cui ogni mossa è prevista e regolata a priori (davvero, in questo caso, il “paradiso” del positivista!)⁶. Propongo qui un esperimento mentale che può permetterci di procedere nell’analisi: immaginiamo che gli scacchi siano un gioco creato dal nulla, il cui game designer sia anche l’autorità ultima per definire il contenuto delle regole (siamo qui di fronte al gioco “positivo” degli scacchi). L’esperimento mentale del gioco positivo degli scacchi, se trasposto al diritto, rappresenta bene il “sogno positivista” di una esperienza giuridica riassumibile in regole a loro volta riconducibili ad atti dichiarativi.

Considerando il gioco degli scacchi positivista, risulta problematico ritenere che tutto ciò che è rilevante per l’istituzione scacchi sia dipendente da un sistema di regole istituite, determinate per via linguistica e dunque da quel momento fissate. Sul piano fenomenologico, emerge chiaramente che vi sono almeno due aspetti del gioco degli scacchi che un modello di questo tipo non cattura. In primo luogo, le regole degli scacchi si inscrivono all’interno di un contesto di senso più ampio (che potremmo chiamare meta-istituzionale) le cui coordinate di base non sono costituite dalle regole: l’idea del “giocare”, del giocare in modo competitivo, l’idea stessa di vittoria in un gioco competitivo, i valori della sportività, del giocare in modo onesto, ed anche per contrasto il disvalore connesso al barare sono tutti elementi meta-istituzionali che le regole degli scacchi presuppongono, in qualche caso specificano (come nel caso delle condizioni di vittoria) ma che certamente non costituiscono. In secondo luogo, la pratica di fatto del gioco degli scacchi dà luogo a tutta una serie di fenomeni (il cosiddetto “vantaggio della prima mossa”) o strategie (il “gambetto di donna”) che dipendono dalla

Thomasson A. L., *Fiction and Metaphysics*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, cap. 2. Si tratta di una distinzione che tornerà utile anche nella discussione che segue.

⁶ Per una discussione estremamente interessante e feconda delle potenzialità e dei limiti di questa analogia si veda Silvi M. Q., *Diritto, giochi, regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, n. 2, pp. 455-485; Silvi M. Q., *La melanconia del pedone: Saggio sulla funzione dell’atto giuridico*, Aracne, Canterano 2017.

semantica delle regole, poiché emergono dalla prassi ad esse corrispondente, ma il cui concetto non è costituito dalle regole (formando un livello che potremmo, dunque, definire “para-istituzionale”).

Tentiamo ora di ricondurre questa fenomenologia scacchistica all’esperienza giuridica. Se, ad esempio, si considera una fonte del diritto come la “legge ordinaria”, si vede chiaramente che siamo qui di fronte ad un concetto giuridico tecnico costituito da norme procedurali che formano il livello istituzionale. Ma, nel chiederci ad esempio se una legge ordinaria corrisponda ad una norma valida, o in vigore, o anche se si tratti di una norma iniqua, il nostro discorso si sposta da un piano istituzionale ad uno meta-istituzionale, perché le procedure per l’emanazione di una legge ordinaria non costituiscono, bensì presuppongono, i concetti di validità giuridica, di vigore e di equità. Per altro verso, se ci soffermiamo sui molteplici concetti utilizzati per descrivere le pratiche parlamentari, dal tradizionale “ostruzionismo” alle pittoresche definizioni utilizzate nel giornalismo politico italiano per definire le prassi anti-ostruzionismo (un esempio recente: il “canguro”, ovvero la strategia che consiste nel votare su gruppi di emendamenti aventi materia analoga piuttosto che su ogni singola proposta di emendamento), non possiamo comprendere il significato di queste nozioni facendo semplicemente riferimento alle norme del sistema, bensì è necessario comprendere le strategie e le problematiche connesse alla prassi para-istituzionale che su queste norme si basa.

Questa distinzione tra tre diversi livelli ontologici può essere generalizzata ed estesa: in ogni istituzione troviamo, accanto ai concetti per così dire tecnici il cui significato è strettamente definito da una o più regole del sistema, dei concetti meta-istituzionali, che forniscono le coordinate teleologiche ed axiologiche di base entro cui quel sistema si iscrive, e dei concetti para-istituzionali che emergono per denotare strategie o più in generale fenomeni connessi al modo in cui gli agenti mettono in pratica le regole dell’istituzione. L’ontologia istituzionale è dunque per sua natura tridimensionale, e il modello socio-ontologico basato esclusivamente su regole costitutive va certamente emendato in modo tale da includere, accanto al livello istituzionale costituito da regole, gli altri due livelli che da queste regole non sono costituiti⁷.

⁷ Alcuni cenni sui precursori teorici di questa impostazione ontologica. Per quanto riguarda i concetti meta-istituzionali, si vedano almeno Miller D., *Constitutive Rules and Essential Rules in Philosophical Studies*, 1981, 39, pp. 183-197; Lorini G., *Meta-institutional Concepts. A New Category for Social Ontology* in *Rivista di Estetica*, 2014, 54, pp. 127-139. Più in generale, la distinzione tra un sistema di regole costitutive e il suo contesto concettuale più profondo è stata introdotta per la prima volta in Schwyzer H., *Rules and Practices*, in *The Philosophical Review*, 1969, 78, pp. 451-467 e discussa in Lorini G., *Dimensioni giuridiche dell’istituzionale*, Cedam, Padova 2000, pp. 263 ss.; Marmor A., *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton 2009; Roversi C., *Constitutive Rules in Context*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 2010, 96, pp. 223-238. Riguardo al livello para-istituzionale, si veda la discussione delle “ricadute siste-

2.3 Analisi metafisica delle tre dimensioni del “sogno positivista”: dipendenza esistenziale, supervenience, grounding

Come può il “sogno positivista” spiegare questa tridimensionalità? Torniamo all’esperimento del gioco positivo degli scacchi e chiediamoci quale relazione sussista tra (1) la struttura istituzionale del gioco degli scacchi, (2) la pratica meta-istituzionale di sfondo del “giocare” in modo competitivo e (3) le strategie e gli altri fenomeni che determinano il livello para-istituzionale. Alcuni tipi di relazioni che giocano un ruolo importante nella discussione metafisico-analitica contemporanea possono aiutarci a rispondere a questa domanda in modo fruttuoso.

Consideriamo dapprima la relazione di dipendenza esistenziale, la più “debole” tra le relazioni di dipendenza ontologica: necessariamente, x esiste soltanto se y esiste⁸. Nella situazione che stiamo immaginando, quella di un gioco creato *ex novo*, il gioco degli scacchi dipende per la propria esistenza dal contesto di sfondo: senza la pratica più generale del giocare, nuovi specifici giochi non sarebbero nemmeno concepiti. Per altro verso, evidentemente, le strategie del gioco degli scacchi non potrebbero esservi se non vi fosse la struttura del gioco. Vi è quindi una relazione di dipendenza esistenziale della struttura istituzionale dallo sfondo meta-istituzionale, nonché della prassi para-istituzionale dalla struttura istituzionale. Ma non vale il contrario: “il giocare” esisterebbe anche in assenza dello specifico gioco degli scacchi, la struttura del gioco esisterebbe (come sistema di regole, come creazione di un *game designer*, nell’esperimento degli scacchi positivi) anche in assenza di una prassi effettiva o di peculiari strategie.

Consideriamo il caso della co-varianza, o *supervenience*: necessariamente, se due oggetti differiscono rispetto a proprietà del tipo x , allora differiscono anche rispetto a proprietà del tipo y ⁹. Qui i tre livelli dell’ontologia istituzionale

matiche” compiuta da Searle in *Making The Social World*: Searle, *Making the Social World*, cit., p. 117. Si tratta di una discussione che prende le mosse da una osservazione di Amie Thomasson: cfr. Thomasson A., *Foundations for a Social Ontology*, in *Protosociology*, 2003, 18-19, pp. 269-290. La “tridimensionalità” del diritto era stata teorizzata, su una strada differente ma connessa con la prospettiva ontologica avanzata in questo lavoro, da Gustav Radbruch, Luis Recaséns Siches, Miguel Reale. Due lavori recenti in cui si assume questa prospettiva sono Falcón Y Tella M., *A Three-dimensional Theory of Law*, Brill, Leiden 2010; Novak M., *The Type Theory of Law: An Essay in Psychoanalytic Jurisprudence*, Springer, Berlin 2016.

⁸ La dipendenza esistenziale è una nozione estremamente complessa e non entro qui nei dettagli delle sue possibili interpretazioni: in particolare, ne assumo qui una interpretazione modale, pur essendo conscio dei suoi limiti. Si veda, a questo proposito, Koslicki K., *Ontological Dependence: An Opinionated Survey*, in Hoeltje M., Schnieder B., Steinberg A. (a cura di), *Varieties of Dependence: Ontological Dependence, Grounding, Supervenience, Response-dependence*, Philosophia Verlag, Munich 2013, pp. 31-64.

⁹ Sulla *supervenience* rimando a McLaughlin B., Bennett K., voce “Supervenience” in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/supervenience/>; Steinberg A., *Su-*

non sembrano intrattenere relazioni rilevanti: le regole del gioco degli scacchi possono chiaramente cambiare senza che cambino le convenzioni profonde del “giocare”, così come le strategie rilevanti e più in generale i fenomeni tipici della comunità degli scacchisti possono cambiare senza necessariamente richiedere un cambiamento delle regole (appunto, sulla base delle “tendenze tipiche” dei giocatori). E lo stesso grado di indipendenza si osserva nella direzione contraria: il concetto del giocare in senso ampio può mutare senza richiedere mutamenti nel gioco degli scacchi (gli scacchi resterebbero semplicemente una reliquia, un gioco “superato”), così come le regole del gioco degli scacchi possono mutare senza implicare mutamenti significativi nelle strategie (la cosa dipende dalla centralità del mutamento, dalla sua portata complessiva).

Così come la dipendenza esistenziale è una relazione molto “debole” sul piano della spiegazione metafisica, anche la *supervenience* non ha necessariamente una portata esplicativa¹⁰. Una relazione che ha invece per sua natura una portata esplicativa è il cosiddetto *grounding*, ovvero la relazione di spiegazione metafisica costitutiva e non causale¹¹. La domanda è quindi la seguente: esiste una relazione di *grounding* tra almeno alcuni dei tre livelli della ontologia istituzionale? Non vi è relazione di *grounding* tra il livello para-istituzionale ed il livello istituzionale: il fatto che il gioco degli scacchi abbia queste e non altre strategie, così come il fatto che nel gioco effettivo si diano questi e non altri fenomeni tipici, non è costituito dalle regole degli scacchi bensì dai comportamenti e dalle tendenze dei giocatori (si può forse dire, al massimo, che le regole abbiano un parziale ruolo causale nello spiegare questi comportamenti e queste tendenze); e, per converso, le regole degli scacchi non sono evidentemente spiegate dalle strategie del gioco degli scacchi. La relazione di *grounding* tra livello meta-istituzionale e livello istituzionale sembra invece più complessa: il fatto che il “giocare” in modo competitivo abbia queste e non altre caratteristiche non è costituito dal fatto che il gioco degli scacchi sia strutturato in un determinato modo (particolarmente nel nostro esperimento mentale “positivista”, in cui gli scacchi sono creati *ex-novo*); ma, per altro verso, il fatto che il gioco degli scacchi

pervenience: A Survey, in Hoeltje M., Schnieder B., Steinberg A. (a cura di), *Varieties of Dependence: Ontological Dependence, Grounding, Supervenience, Response-dependence*, Philosophia Verlag, Munich 2013, pp. 123-166; si veda anche, più recentemente, Brozek B., Rotolo A., Stelmach J. (a cura di), *Supervenience and Normativity*, Springer, Berlin 2017.

¹⁰ Cfr. Kim J., *Postscripts on Supervenience*, in Id., *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, p. 167.

¹¹ La nozione di *ground* è uno dei temi più dibattuti dalla metafisica analitica contemporanea. Rimando in particolare a Fine K., *Guide to Ground*, in F. Correia, B. Schnieder (a cura di), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 37-80; Audi P., *A Clarification and Defense of the Notion of Grounding*, in Correia F., Schnieder B. (a cura di), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 101-121.

sia strutturato in un determinato modo è spiegato e costituito, pur parzialmente, dal fatto che si tratta di un gioco, il quale, dunque, raccoglie e specifica in modo peculiare le istanze della più generale pratica di tipo competitivo. Vale a dire: le caratteristiche strutturali di una istituzione sono parzialmente spiegate e costituite dal fatto che quella istituzione si colloca in un determinato contesto teleologico ed assiologico. Questo è un risultato importante, che giocherà un ruolo rilevante nell'analisi che segue.

Questa analisi metafisica della tridimensionalità del “sogno positivista”, per quanto ancora applicata all'esperimento *in vitro* della micro-istituzione degli scacchi (che dunque manca di tutte le complessità delle istituzioni tipicamente giuridiche), ci mostra tuttavia già un aspetto tipico ed estremamente importante della strategia esplicativa che è connessa con questo sogno: da un lato si tratta di una strategia per esclusione, focalizzata sull'aspetto strutturale; ma, dall'altro, la stessa strategia presuppone una concezione sovra-inclusiva dell'intenzione del legislatore. L'analisi effettuata mostra, infatti, che i tre livelli dell'ontologia istituzionale presentano nel complesso una indipendenza esplicativa: non vi è *supervenience* e l'unica relazione di *grounding*, per di più parziale, è quella che va dal meta-istituzionale all'istituzionale. Diviene quindi possibile, e per certi versi raccomandabile in una prospettiva “positivista”, concepire i tre livelli come livelli isolati, non tutti appartenenti alla spiegazione propriamente giuridica. Il diritto propriamente detto, in questa prospettiva, è quello definito dalla struttura istituzionale, dall'insieme delle regole costitutive e dalla caratteristiche tipiche dei fatti istituzionali che ne seguono. Gli altri due livelli appartengono invece a considerazioni accessorie e di natura diversa: il meta-istituzionale alla assiologia morale o alla teleologia politica, il para-istituzionale alla sociologia giuridica.

Cosa dire però del *grounding* parziale tra livello meta-istituzionale e livello istituzionale, ovvero del fatto che certe caratteristiche strutturali della istituzione “posta” sembrano parzialmente spiegate da aspetti più profondi del contesto assiologico e teleologico in cui quella istituzione viene posta? Qui emerge la seconda caratteristica tipica della strategia metodologica connessa al “sogno positivista”, ovvero l'utilizzo dell'intenzione del legislatore in senso (non esclusivo in questo caso, bensì) sovra-inclusivo. In questa prospettiva, l'assiologia e la teleologia “alla base” dell'istituzione creata per dichiarazione non formano il contesto che precede e spiega l'intenzione creativa alla base dell'istituzione, bensì sono parte dell'intenzione stessa. È, cioè, proprio ricostruendo questa intenzione che possiamo ricostruire il contesto: e la stessa intenzione viene “razionalizzata” in una concezione sovra-umana del legislatore. Solo in questo modo diviene possibile riconciliare un aspetto essenziale del “sogno positivista” (l'essenza dell'istituzione risiede nella intenzione di chi la pone) con la relazione

esplicativa parziale tra la struttura dell'istituzione ed il suo contesto meta-istituzionale, assiologico e teleologico.

È tuttavia importante notare, alla luce di questa analisi, che la semplificazione alla base del “sogno positivista” ha una funzione molto precisa apprezzabile per contrasto, ovvero considerando la struttura di un sistema istituzionale non positivo, bensì consuetudinario. Immaginiamo allora, in un ulteriore esperimento mentale, che gli scacchi siano un gioco del tutto consuetudinario, le cui regole sono state definite dalla pratica dei giocatori e in qualche modo emergono da questa pratica. Risulta evidente che, in questo caso, le relazioni metafisiche individuate considerando il “sogno positivista” sono stravolte: nel caso della consuetudine vi è infatti una relazione di dipendenza esistenziale tra il livello istituzionale ed il livello para-istituzionale (le regole degli scacchi consuetudinarie dipendono dalla pratica effettiva, attuale dei giocatori), una relazione di co-varianza tra livello istituzionale e livello para-istituzionale (ogni cambiamento nelle regole richiede un preliminare cambiamento della pratica), ed infine una relazione di *grounding* parziale tra livello istituzionale e para-istituzionale (ciò che il gioco degli scacchi è, la sua struttura e le sue regole, è in parte costituito dal modo in cui viene giocato). La struttura normativa dell'istituzione è plasmata dalla fattualità del suo dispiegarsi nel comportamento concreto. Questo può generare due fenomeni che sembrano tipici del diritto consuetudinario. In primo luogo, un fenomeno definibile come processo di “sedimentazione”: poiché la struttura normativa — il contenuto della cosiddetta *opinio juris* — è plasmata dalla pratica effettiva, e poiché questa pratica include anche strategie ed altre contingenti regolarità sociologiche, può avvenire che il comportamento strategico o semplicemente ripetuto dei giocatori divenga la norma, dunque che il fatto, a lungo termine, plasmi il diritto. In secondo luogo, può emergere nel diritto consuetudinario un fenomeno di “cristallizzazione”: poiché la struttura normativa non viene introdotta per dichiarazione autoritativa ma richiede un lungo processo di rinforzo nella pratica attuale, questo emergere della norma è difficilmente compatibile con alternative, richiede cioè che la pratica sia univoca, evocando dunque nei giocatori l'idea che quello sia il modo naturale, l'unico modo o comunque il modo migliore possibile. Questi due fenomeni — sedimentazione e cristallizzazione — mostrano la sostanziale dipendenza della struttura normativa consuetudinaria dalla contingenza di ciò che avviene di fatto, da un lato, e per altro verso la trasformazione di questa contingenza in una necessità percepita, d'altro lato. Mostrano che la consuetudine può portare alla ipostatizzazione della contingenza nella norma.

Da ciò emerge, appunto per contrasto, il ruolo e la funzione del “sogno positivista” e delle sue assunzioni. La creazione della struttura istituzionale tramite dichiarazione autoritativa rende questa struttura, come abbiamo visto, sostan-

zialmente indipendente sul piano esplicativo dal comportamento di fatto, ottenendo così due risultati: da un lato, l'oggettività della norma risulta indipendente dall'oggettività del fatto che quella norma venga seguita e da come essa venga seguita; d'altro lato, le strutture istituzionali risultano essere sempre almeno in parte arbitrarie, possono cambiare in modo anche repentino e soprattutto diverse alternative sono possibili per le stesse esigenze contestuali. La positività del diritto diviene dunque lo strumento concettuale per esprimere sia l'idea che sia possibile regolare le contingenze fattuali e non subirle, sia l'idea che questa regolamentazione sia dinamica, sottoposta al nostro controllo e non cristallizzata in qualche ineludibile esigenza "naturale". Essa ha dunque una funzione precisa di preservazione del ruolo della normatività e del nostro controllo su di essa.

La domanda che emerge a questo punto è la seguente: è possibile mantenere questa funzione senza assumere tutto ciò che, di implausibile, il "sogno positivista" assume? Forse è possibile partendo proprio dal suo modello ontologico originario e rivedendolo criticamente: considerando con più attenzione, cioè, l'idea che le istituzioni giuridiche siano artefatti.

3. Istituzioni e artefatti

3.1 Il modello autoriale nella teoria degli artefatti

Si è detto che il "sogno positivista" riposa sull'analogia tra istituzioni e artefatti: come il computer su cui sto scrivendo è stato il prodotto di una precisa intenzione creativa (di un progetto, potremmo dire) e di un atto creativo, così una istituzione giuridica è il prodotto di un atto dichiarativo connesso ad una specifica intenzione. Le caratteristiche essenziali di entrambe le entità — artefatti, istituzioni — sono il contenuto della intenzione originaria. Questa intenzione, nel "sogno", spiega tutto di esse: non solo la loro struttura, ma anche la assiologia e la teleologia nella quale esse si iscrivono.

In realtà, la concezione puramente "autorale" non è soltanto problematica per le istituzioni ma anche per gli stessi artefatti materiali. Nel campo della metafisica degli artefatti, il principale campione di questa prospettiva è Risto Hilpinen, il quale riproduce in modo piuttosto accurato, pur riferendolo agli artefatti, il modello che il "sogno positivista" riferisce alle istituzioni. Secondo Hilpinen, qualcosa è un artefatto se e soltanto se (1) ha un autore, (2) l'autore intende produrre qualcosa di un determinato tipo, (3) l'esistenza e le caratteristiche dell'oggetto così creato dipendono dall'intenzione dell'autore, e infine (4) le condizioni di identità dell'oggetto così creato sono normalmente associate

alla sua funzione, nel senso che l'autore intende creare qualcosa per realizzare un certo obiettivo¹².

La spiegazione del dominio artifattuale fornita da Hilpinen è completamente centrata sull'autore, proprio come nel "sogno positivista" la spiegazione delle istituzioni giuridiche è centrata sull'atto dichiarativo originario, creativo. In quest'ottica, la problematica principale del "sogno positivista" nel campo istituzionale dipende da una problematica più generale del modello autoriale nel dominio degli artefatti. L'idea, infatti, che un autore e la sua intenzione abbiano un controllo completo sull'identificazione di un genere artifattuale va incontro a molteplici controesempi.

In primo luogo, è molto dubbio che un artefatto come un cacciavite possa in effetti essere un cacciavite laddove non fosse in grado di svolgere la propria funzione, indipendentemente dalle intenzioni di colui che lo ha costruito; e, per converso, la semplice intenzione di produrre un artefatto dalle molteplici e stravaganti funzioni non rende il risultato conforme all'intenzione. Vi è, cioè, un aspetto reale e non meramente intenzionale nel rendere qualcosa un artefatto di un determinato tipo. L'intenzione deve almeno in un certo grado avere successo, il genere funzionale inteso dall'autore deve tradursi in un oggetto almeno parzialmente corrispondente a quel genere funzionale¹³.

In secondo luogo, molti artefatti sono il frutto di una precisa storia evolutiva, nella quale la funzione originariamente intesa viene modificata, o addirittura sostituita, alla luce di nuovi contesti: l'aspirina può divenire un farmaco con valenza cardiologica, il coltello può essere sia un arma sia un utensile, la morfina può essere un farmaco o una droga¹⁴. Questo tipo di trasformazioni non può essere previsto dall'autore originario, il quale spesso vede la propria "creatura" trasformarsi alla luce della ricezione, dell'uso, del semplice passare del tempo. Secondo alcuni autori (Beth Preston, ad esempio), questa "storia evolutiva" dell'artefatto è la chiave per renderlo ciò che è, e l'aspetto intenzionale degli autori originari diviene secondario¹⁵.

In terzo luogo, vi possono essere artefatti che emergono, per così dire, per concrezione sulla base di molteplici intenzioni autoriali. La chiesa di San Petro-

¹² Hilpinen R., *Authors and Artifacts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1993, 93, pp. 156 ss., 161.

¹³ Si veda questa obiezione ad una teoria puramente intenzionalistica degli artefatti in Houkes W., Vermaas P. E., *Technical Functions: On the Use and Design of Artefacts*, Springer, Dordrecht-Berlin 2010, p. 51.

¹⁴ Cfr. Houkes, Vermaas, *Technical Functions*, cit., pp. 146-147.

¹⁵ Cfr. Preston B., *Why is a Wing Like a Spoon? A Pluralist Theory of Function*, in *The Journal of Philosophy*, 1998, 95, pp. 215-254; Preston B., *Philosophical Theories of Artefact Function*, in A. Meijers (a cura di), *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, Elsevier, Amsterdam 2009, pp. 213-233. Si tratta di una conclusione estrema, che peraltro non sarebbe in grado di spiegare gli artefatti privi di una storia evolutiva, dunque appena concepiti e creati. Essa, tuttavia, rappresenta per così dire l'estremo opposto all'estremismo del modello autoriale puro.

nio, a Bologna, è uno splendido incompiuto frutto di molti disegni e progetti diversi che si sono accavallati, sono stati rivisti e modificati o addirittura cancellati in corso. Non esiste una singola intenzione autoriale che riassume ciò che la chiesa di San Petronio è: piuttosto, esiste una lunga storia di intenzioni diverse, in parte intersecantesi, in parte indipendenti e innovative.

Tutte queste considerazioni, che descrivono in modo molto sintetico un ampio e variegato dibattito nel campo della metafisica analitica, sono riconducibili ad una stessa radice: anche nel modello autoriale degli artefatti, così come nel “sogno positivista”, è riscontrabile una concezione dell’intenzione come entità ipertrofica alla quale si vorrebbe ricondurre l’intera essenza dell’oggetto creato. Ma anche in questo modello tale concezione mostra i propri limiti, perché la spiegazione dell’artefatto creato non si riassume in un contenuto intenzionale originario: si tratta piuttosto di una storia che è la somma di diverse intenzioni tra loro variamente intrecciate, una storia nella quale le intenzioni autoriali e le intenzioni dei fruitori dell’oggetto sono in rimando costante e determinano mutamenti, aggiustamenti, radicali cambi di rotta. Randall Dipert ha utilizzato il concetto di “storia deliberativa” (*deliberative history*) per rendere conto di questa caratteristica essenzialmente diacronica degli artefatti¹⁶. Questa stessa caratteristica può essere estesa alle istituzioni senza venire meno alla funzione fondamentale del “sogno positivista”.

3.2 Una concezione alternativa delle istituzioni giuridiche in termini di artefatti

La proposta che emerge dall’analisi appena svolta è dunque la seguente: se vogliamo mantenere l’analogia tra diritto ed artefatti, dobbiamo tuttavia cambiare significativamente il nostro modello di ontologia degli artefatti. Dobbiamo, in particolare, passare da un modello autoriale “puro”, che è alla base del “sogno positivista”, ad un modello “storico-deliberativo” per il quale la spiegazione di una istituzione giuridica non dipende da un atto originario bensì da una storia evolutiva composta da atti dichiarativi, interpretazioni e re-interpretazioni, modifiche.

Altrove ho sviluppato questo modello storico-deliberativo delle istituzioni: lo riprendo qui più sinteticamente.¹⁷ Sulla base di questo modello, essere un ar-

¹⁶ Si veda Dipert R., *Artefacts, Art Works, and Agency*, Temple University Press, Philadelphia 1993, pp. 121, 125.

¹⁷ Si veda Roversi C., *Legal Metaphoric Artefacts*, in Stelmach J., Brozek B., Kurek Ł. (eds.), *The Emergence of Normative Orders*, Copernicus Center Press, Kraków 2016, pp. 215–280; Roversi C., *On the Artefactual—and Natural—Character of Legal Institutions*, in Burazin L., Himma K. E., Roversi C. (a cura di), *Law as an Artifact*, Oxford University Press, Oxford 2018. Una teoria del diritto come artefatto è stata sviluppata anche in Crowe J., *Law as an Artefact Kind*, in *Monash University Law Review*, 2014, 40, 3, pp. 737-757; Burazin L., *Can There Be an Artefact Theory of*

tefatto (e dunque una istituzione) è essere il risultato di una storia deliberativa, la quale consiste in un processo di creazione e successive modifiche basati su intenzioni che hanno come contenuto un piano di interazione. Questo piano di interazione deve a sua volta essere fondato su un meccanismo di funzionamento con una qualche base reale. Essere un artefatto è dunque in primo luogo una proprietà storica, e questa proprietà storica non si riassume in un singolo atto creativo bensì in un processo.

Utilizzo qui due concetti che richiedono una spiegazione ulteriore. L'idea di "piano di interazione" (*interaction plan*) è una variante del concetto di "piano d'uso" (*use plan*) utilizzato da Wybo Houkes e Pieter Vermaas nella loro teoria degli artefatti tecnici¹⁸. Si tratta sostanzialmente di una serie di enunciati condizionali che prevedono risultati sulla base di una interazione da parte di esseri umani: un avvitatore elettrico, se usato correttamente, stringe le viti; un computer *laptop* fornisce determinati servizi se determinate azioni vengono svolte nell'ordine e nelle modalità corrette. L'idea di "meccanismo", invece, viene qui introdotta per evitare uno dei problemi che, lo abbiamo visto, sono tipici del modello autoriale puro, ovvero la possibilità di intenzioni autoriali alle quali non corrispondono artefatti in grado di svolgere alcuna funzione. È importante, lo si è detto, che all'intenzione autoriale corrisponda un qualche tipo di supporto reale (che l'avvitatore sia di un metallo sufficientemente duro, che la costituzione del *laptop* sia oggettivamente in grado di fornire questi servizi) per avviare la storia deliberativa dell'artefatto e non ridurlo ad una arbitraria ed idiosincratca bizzarria.

Questa ricostruzione mostra due caratteristiche che sembrano potersi estendere a tutti gli artefatti. Da un lato, gli artefatti sono oggetti essenzialmente basati su ragioni, almeno in due sensi: ragioni per credere che essi sono in grado di svolgere una determinata funzione (che il loro meccanismo, nel senso appena specificato, sussista) e ragioni per credere che la loro funzione abbia un senso in un determinato contesto. Vi è dunque una razionalità tecnica negli artefatti che è distinta dalla loro più generale razionalità teleologica. D'altro lato, gli artefatti hanno una doppia dipendenza esistenziale: una dipendenza storica dal processo creativo di cui sono il risultato (e, come si è detto, dall'evolvere della loro storia deliberativa) e una dipendenza costante dalla sussistenza del proprio meccanismo¹⁹.

Le istituzioni, intese come artefatti concepiti secondo questo modello, hanno alcune peculiarità. In primo luogo, sono artefatti *immateriali* che consisto-

Law?, *Ratio Juris*, 2016, 29, 3, pp. 385–401; Ehrenberg K., *The Functions of Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.

¹⁸ Cfr. Houkes, Vermaas, *Technical Functions*, cit., pp. 20-21.

¹⁹ Raccolgo qui nuovamente la già menzionata distinzione tra due tipi di dipendenze esistenziali utilizzata da Amie Thomasson: cfr. *supra*, nota 5.

no di rappresentazioni, in modo non dissimile dalle opere di letteratura²⁰. In secondo luogo, proprio come nelle opere di letteratura, nelle fiabe e nelle altre finzioni, sono costrutti linguistici: il linguaggio è centrale nel processo della loro creazione e della loro modifica²¹. In terzo luogo, il loro piano di interazione è basato su regole, regole costitutive che determinano gli effetti normativi di determinate azioni: in questo le istituzioni non sono dissimili dai cosiddetti giochi del “far finta che”, ai quali peraltro sembrano connessi sul piano della psicologia evolutiva²². In quarto luogo, e infine, il meccanismo fondamentale delle istituzioni giuridiche è un sistema di riconoscimento condiviso e di conseguente *rule-following* nel contesto di una determinata comunità.

Se leggiamo le istituzioni nei termini di questo modello artifattuale modificato — e tenendo presente le peculiarità appena esposte — otteniamo significative modifiche al “sogno positivista”. In primo luogo, capiamo con più precisione per quale motivo esso richiede una concezione sovra-inclusiva dell’intenzione del legislatore: perché condensa, per così dire, una intera storia deliberativa in un atto creativo originario, presuppone che l’autore *sappia già* come l’artefatto evolverà; o, ribaltando la prospettiva, estende l’autore e la sua intenzione a fornire una copertura esplicativa di un intero processo che da quella intenzione prende le mosse. Ma la storia deliberativa di una istituzione è il prodotto di un contesto: è il contesto meta-istituzionale a garantire lo sfondo e la continuità, non l’estensione in un futuro indefinito di una intenzione originaria. L’intenzione creativa, e le successive intenzioni alla base dei processi di modificazione e re-interpretazione dell’istituzione, sono al contrario determinate in modo cruciale da questo contesto. Per questo motivo l’idea di spiegare la relazione di *grounding* parziale del contesto meta-istituzionale sulla struttura istituzionale in termini di intenzione alla base di quest’ultima — idea che, lo abbiamo visto, è alla base del “sogno positivista” — rappresenta una inversione quasi paradossale: si scambia il determinante per il determinato.

²⁰ Per l’idea che le finzioni siano artefatti astratti (*abstract artifacts*) rimando ancora una volta a Thomasson, *Fiction and Metaphysics*, cit., cap. 3. L’idea che le istituzioni siano artefatti immateriali o astratti è condivisa nella cosiddetta “teoria del diritto come artefatto”: cfr. anche Roversi, *Legal Metaphoric Artefacts*, cit., pp. 228-230; Ehrenberg, *The Functions of Law*, cit., p. 11; Burazin L., *Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts*, in Burazin, Himma, Roversi (a cura di), *Law as an Artifact*, cit., p. 184.

²¹ Il ruolo del linguaggio nella costruzione istituzionale è un tema classico in Searle: si veda Searle, *Making the Social World*, cit., cap. 5. Non tutti condividono questa centralità e priorità del linguaggio: cfr. ad esempio Lawson T., *Comparing Conceptions of Social Ontology: Emergent Social Entities and/or Institutional Facts*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2016, 46, pp. 373 ss.

²² Cfr. su questo Rakoczy H., *Play, Games, and the Development of Collective Intentionality*, in *New Directions for Child and Adolescent Development*, 2007, n. 115, pp. 53-67; Rakoczy H., Tomasello M., *The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality and Status Functions*, in Tsohatzidis S. L. (a cura di), *Intentional Acts and Institutional Facts*, Springer, Berlin 2007, pp. 113-137.

È la razionalità teleologica dell'istituzione ad essere, in particolare, determinata dal contesto e a non poter essere ricondotta esclusivamente all'intenzione creativa originaria. Come si è detto, ogni artefatto è oggetto a modifiche e re-interpretazioni della propria funzione essenziale, e le istituzioni in questo non fanno eccezione. Questa ri-considerazione e adattamento della razionalità teleologica dell'istituzione è anche un modo per garantirne il meccanismo fondamentale, ovvero il riconoscimento e la pratica di *rule-following* in una determinata comunità, da cui l'istituzione dipende in modo costante.

La duplicità della dipendenza esistenziale di una istituzione giuridica in quanto artefatto (dipendenza storica dal processo di creazione e dalla storia deliberativa, dipendenza costante dal riconoscimento e *rule-following* attuale) mostra un altro dei limiti del "sogno positivista" ed anzi svela una potenzialità esplicativa della visione del diritto come artefatto che va ben al di là di quel modello. Si è detto in esordio, infatti, che il "sogno positivista" prevedeva semplicemente una dipendenza storica costante dall'atto dichiarativo originario, mentre il modello della "intenzionalità collettiva" alla base dell'ontologia sociale di Searle prevedeva una dipendenza costante dall'accettazione nel contesto di una determinata comunità. Si è anche detto che questa dipendenza costante dal riconoscimento in Searle può essere interpretata come una forma peculiare di realismo psicologista. Ma se le istituzioni giuridiche sono artefatti, nel senso qui esposto, allora esse presentano entrambe le forme di dipendenza, e la teoria del diritto come artefatto finisce per essere un *trait d'union* tra positivismo e realismo psicologista. Da un lato, infatti, essa riconosce l'importanza del processo creativo dell'artefatto e del suo autore; d'altro lato, però, essa vede questo processo creativo appunto come un processo, ovvero come una entità dinamica che include anche atti di interpretazione, re-interpretazione e modifica, e connette questa storia deliberativa, da cui l'artefatto dipende in modo storico, con il riconoscimento attuale in una comunità, da cui l'artefatto dipende in modo costante. L'analogia originaria del positivismo, in questo modo modificata, diviene una spiegazione della sua dialettica ineludibile con il realismo.

È importante notare come, con questo modello di concezione del diritto come artefatto alternativo al "sogno positivista", non si perda la funzione che abbiamo visto tipica del positivismo, vale a dire la preservazione della autonomia della dimensione normativa giuridica rispetto al dominio fattuale e la garanzia del nostro controllo su di essa. La storia deliberativa di una istituzione è, infatti, oggettiva: essa riassume l'evoluzione dei processi di creazione, re-interpretazione e modifica dell'istituzione in questione. Questi processi sono intenzionali e non si riassumono nelle caratteristiche della pratica di *rule-following*, come nel caso consuetudinario: il riconoscimento e la pratica attuale

non determinano la natura della istituzione ma ne forniscono il meccanismo. Vi è un controllo sul contenuto della istituzione, ma esso va letto all'interno di una storia deliberativa e di un contesto meta-istituzionale che la plasma, evitando di assumere una sorta di "panteismo" del legislatore originario.

4. Artifattualità e naturalità del diritto

4.1 Positivismo e concezioni di un diritto naturale

Un breve bilancio può mostrare il percorso svolto fin qui. Si è detto che il "sogno positivista", nelle due tesi dell'esistenza di una istituzione giuridica come dichiarazione e della sua essenza come intenzione autoriale, si focalizza sull'aspetto esclusivamente strutturale (ciò che abbiamo chiamato il "livello istituzionale") della ontologia istituzionale, compiendo così una operazione di rovesciamento. Tutto l'aspetto contestuale, meta-istituzionale nell'ambito del quale l'istituzione viene concepita, interpretata e modificata viene ricondotto alla originaria intenzione del legislatore, che diviene una creatura ipertrofica, un concetto ampiamente sovra-inclusivo. Si è detto, inoltre, che molta parte di questa operazione teorica dipende da una analogia, quella con il dominio degli artefatti, che non necessariamente conduce a quella conclusione. Al contrario, se si analizza il modello autoriale degli artefatti e se ne comprendono i limiti, e se a questo modello se ne sostituisce un altro basato sul concetto di storia deliberativa e sul riconoscimento della doppia dipendenza esistenziale di una istituzione (storica da atti creativi e modificativi, costante dal riconoscimento e dal *rule-following* attuale) è possibile trovare nell'analogia con gli artefatti il segno non della inevitabilità del positivismo bensì della sua inevitabile dialettica con il realismo giuridico, pur mantenendo la funzione tipica del "sogno positivista".

La domanda che sorge a questo punto è la seguente: che dire del giusnaturalismo? Sostenere l'analogia tra artefatti ed istituzioni implica un abbandono *tout court* del giusnaturalismo, come assume il positivismo giuridico formalistico? La risposta è negativa: l'artifattualità del giuridico è perfettamente coerente con l'idea di un diritto naturale, particolarmente se si interpreta questa idea nell'alveo del giusrazionalismo. In particolare, non vi è nulla nella visione del diritto come artefatto che impedisca di interpretare la razionalità teleologica delle istituzioni giuridiche nei termini di una realizzazione di beni di natura morale, secondo una qualche concezione cognitivista di questi beni²³. Né la

²³ Per certi versi si tratta della strategia funzionalista di Michael Moore: cfr. Moore M., *Law as a Functional Kind*, in George R. P. (a cura di), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford 1992. Per una discussione della relazione tra teoria del diritto come artefatto

concezione delle istituzioni giuridiche come artefatti è incompatibile con una loro “naturalizzazione” nel senso di uno studio delle condizioni psicologiche ed evolutive che rendono tali istituzioni un elemento invariante delle civiltà umane: non si tratta qui, evidentemente, di giusnaturalismo, ma di collegamento tra l’artifattualità del diritto e la sua naturalità in un senso forte, oggettivo, scientifico di “natura”. Questo tipo di studi sono, com’è noto, molto praticati nel dibattito attuale.

Vi è tuttavia un senso più ampio nel quale le istituzioni giuridiche intese come artefatti potrebbe avere un contatto con la natura, o meglio, con una qualche concezione della natura: ed è quando il contesto, che abbiamo visto avere un ruolo essenziale nella storia deliberativa di una istituzione giuridica, include in sé una qualche metafora di base che rimanda ad una determinata concezione della realtà fisica e più in generale naturale. Se questo avviene, è possibile congetturare che la costruzione e le successive modifiche della istituzione siano influenzate da idee-guida che ricollegano la struttura istituzionale a qualche struttura fisica o più in generale ad una qualche concezione della interazione tra agenti e natura.

Questo tipo di connessione tra ontologia giuridica e ontologia scientifica o fisica non ha suscitato molto interesse nel dibattito filosofico-giuridico, con l’eccezione molto importante dell’opera di Kelsen *Society and Nature*, del 1943. In questo lavoro, Kelsen non mostra una relazione di dipendenza della concettualizzazione giuridica dalla concettualizzazione del mondo fisico, bensì esattamente il contrario. In particolare, egli mostra come lo sviluppo di molti concetti cruciali per lo sviluppo della scienza naturale occidentale, tra cui il concetto presocratico di prima causa (*archè*) o, ancora più importante, il concetto di causalità, dipendono sostanzialmente da una sorta di “giuridificazione” del mondo naturale tipica della visione primitiva del mondo, per la quale la natura viene umanizzata e gli eventi naturali sono spiegati in termini di intenzioni attribuite a Dei naturali, di potere divino e di volontà di infliggere sanzioni o attribuire riconoscimenti. In questa prospettiva, che curiosamente ribalta sul piano antropologico quanto Kelsen invece mostra sul piano teorico-filosofico, la causalità deriva dal concetto di imputazione e la spiegazione della natura dipende da una precedente concezione della società²⁴. Si tratta di un modello che Kelsen supporta con un impressionante numero di conferme derivate dalla letteratura sociologica e antropologica di quel tempo, e questo supporto empirico non sembra aver trovato critiche significative da allora. In generale, la descrizione che Kelsen fornisce è considerata un modello affidabile della relazione tra concezioni della natura e concezioni del giuridico.

e giusnaturalismo si veda anche Ehrenberg, *The Functions of Law*, cit., cap. 4.

²⁴ Cfr. Kelsen H., *Society and Nature: A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago 1943, pp. 234 ss.

L'ipotesi che qui si propone è invece quella di un modello misto, in cui possa essere previsto che la costruzione istituzionale proceda, anche, dal fisico al giuridico. Vi sono, infatti, nuovi elementi provenienti dalle scienze empiriche che rendono questa ipotesi plausibile. In particolare, la letteratura sulla cosiddetta *embodied e grounded cognition*, paradigma sviluppato negli ultimi trent'anni, mostra come la formazione di concetti sia fondata sulla percezione, sull'azione e sull'attivazione dei sistemi motori, dunque sulla interazione con il mondo fisico concreto²⁵. Una sfida importante per questo tipo di teorie è quello di descrivere come vengano rappresentati i concetti astratti: e, pur differenziandosi nell'ascrivere un ruolo importante alla linguistica, all'esperienza emotiva o sociale, le più importanti teorie sull'*embodied e grounded cognition* convergono nel ritenere che anche i concetti astratti sono in ultima analisi fondati sulle nostre interazioni fisiche con l'ambiente²⁶. L'esperienza più elementare del mondo fisico inserita nei nostri sistemi cognitivi percettivi e motori sembra cioè essere alla radice di tutti i tipi di concetti astratti e dunque, potremmo concludere, anche delle istituzioni giuridiche.

In altri lavori, ho chiamato "mimesi istituzionale" questa relazione di isomorfismo strutturale tra artefatti giuridici e descrizioni del mondo fisico o della interazione fisica con l'ambiente e l'ho collegata con la teoria delle metafore concettuali e della integrazione concettuale²⁷. Secondo queste teorie, la metafora è infatti uno dei modi fondamentali con cui costruiamo concetti astratti, in quanto la relazione di isomorfismo passa attraverso domini concettuali e categoriali del tutto diversi pur proiettando una somiglianza strutturale. La teoria della "miscela concettuale" (*conceptual blending*) di Gilles Fauconnier and Mark Turner spiega proprio come siano possibili dei concetti-ibrido che connettono "spazi mentali" (*mental spaces*) attraverso "reti di integrazione" (*in-*

²⁵ Cfr. Barsalou L. W., *Grounded cognition*, in *Annual Review of Psychology*, 2008, 59, pp. 617-645; Borghi A. M., Caruana F., *Embodiment theories*, in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier, 2015, pp. 420-426.

²⁶ Per una panoramica delle più recenti teorie si veda Borghi A. M., Binkofski F., Castelfranchi C., Cimatti F., Scorolli C., Tummolini L., *The Challenge of Abstract Concepts*, in: *Psychological Bulletin*, 2017, <http://dx.doi.org/10.1037/bul0000089>.

²⁷ Si veda ad esempio Roversi, *Legal Metaphoric Artefacts*, cit. Sulla teoria delle metafore concettuali il riferimento obbligato è Lakoff G., Johnson M., *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago 1980. Per una discussione delle sue relazioni con il diritto cfr. anche Johnson M., *Mind, Metaphor, Law*, in *Mercer Law Review*, 2007, 58, pp. 845-868. Il collegamento con la teoria delle metafore concettuali sta ricevendo una certa attenzione in teoria del diritto, anche in connessione con questioni connesse alla digitalizzazione delle pratiche giuridiche: cfr. Larsson S., *Conceptions in the Code: How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times*, Oxford University Press, Oxford 2017. Per uno studio complessivo della metafora nel ragionamento giuridico e del suo collegamento con il concetto di similitudine, si rimanda a Sarra C., *Lo scudo di Dioniso. Contributo alla studio della metafora giuridica*, Franco Angeli, Milano 2010.

tegration networks) che possono avere natura metaforica²⁸. Di seguito, fornirò alcuni esempi di istituzioni giuridiche “mimetiche” la cui genealogia può essere il risultato di miscele concettuali di questo tipo.

4.2 Mimesi istituzionale: alcuni esempi e distinzioni

Come si è detto, la mimesi istituzionale è una situazione idealtipica in cui le regole costitutive di una struttura istituzionale, definendo il piano di interazione di un determinato artefatto giuridico, “imitano” regolarità fisiche o interazioni con il mondo fisico inserite in una certa concezione della “natura”.

La mimesi istituzionale può essere *genetica* o *ermeneutica*, a seconda del suo ruolo nella creazione dell’istituzione in questione, e può anche essere *cosmologica*, *ecologica* o *etologica*, in funzione del tipo di schema di immagine fisica su cui essa è basata. La mimesi istituzionale è *genetica* quando essa gioca un ruolo nel processo creativo dell’istituzione in questione, mentre è *ermeneutica* quando è usata in modo da legittimare o interpretare un’istituzione che è stata creata su altre basi. Molto spesso, nella pratica, è difficile distinguere chiaramente tra mimesi genetica e mimesi ermeneutica, perché il modo in cui gli artefatti giuridici sono interpretati gioca un ruolo nella loro storia deliberativa e dunque nel modo in cui essi sono modificati ed evolvono.

La mimesi istituzionale è *cosmologica* quando lo schema d’immagine della realtà fisica è basato sulla rappresentazione di una qualche legge di natura o regolarità naturale nella quale l’interazione umana non gioca nessun ruolo: per esempio, il sistema planetario, l’organismo umano o una tassonomia di differenti corpi fisici. La mimesi istituzionale è invece *ecologica* quando lo schema di immagine rilevante rappresenta un’interazione tra esseri umani e il loro ambiente fisico: per esempio, una persona che agisce e ha un impatto causale sull’ambiente circostante o una persona che si alza e segue un percorso. In ultimo, la mimesi istituzionale è *etologica* quando lo schema di immagine è basato sulla rappresentazione di una interazione fisica tra due o più esseri umani: per esempio, strappare via con violenza o toccare un altro essere umano.

Un primo esempio di mimesi cosmologica è quello descritto nel libro di Stephen Toulmin *Cosmopolis*, del 1990. In questo lavoro, Toulmin afferma che l’emergere del moderno concetto di Stato come disegno politico unificato, organizzato secondo una razionalità interna e in senso universale, dovrebbe essere visto nella sua inestricabile connessione con una specifica concezione del mondo naturale, ovvero la concezione contenuta dalla nuova scienza matematica che emerse nello stesso periodo e di cui l’esponente più importante fu Isaac

²⁸ Fauconnier G., Turner M., *The Way We Think: Conceptual Blending and the Mind’s Hidden Complexities*, Basic Books, New York 2002.

Newton. Secondo Toulmin, dall'inizio del diciottesimo secolo, la struttura gerarchica connessa con lo Stato moderno può essere vista come una struttura istituzionale che "rispecchia" la struttura del sistema planetario di tipo newtoniano e che può essere addirittura giustificata da questa analogia²⁹.

Un secondo esempio di mimesi istituzionale cosmologica è quello che emerge dagli studi di Karl Olivecrona riguardanti l'emergere del concetto di *universitas* (e quindi di enti giuridici "collettivi") nel diritto romano antico in termini di entità separate, non consistenti meramente in un insieme di parti. Nel suo saggio del 1928 "Corporations as *universitates*" Olivecrona afferma che, nel pensiero giuridico romano, la stessa idea di una *universitas* avente personalità giuridica separata da quella dei suoi membri individuali dipendeva da una precisa descrizione della sua esistenza come entità separata, qualcosa che può esistere non semplicemente come una mera collezione di parti. Questo era possibile alla luce di una distinzione tra tre tipi di *corpora* naturali che può essere fatta risalire ai filosofi stoici e che era accettata dai giuristi romani. Secondo questa distinzione, che è chiaramente formulata da Pomponio in un famoso passaggio del Digesto (41, 3, 30, pr.) e che si riscontra allo stesso modo in Seneca, in natura vi sono tre tipi di *corpora*: in primo luogo, oggetti omogenei di una specie data le cui parti sono sciolte insieme e non hanno parti separate, per esempio una statua; in secondo luogo, oggetti di una specie data le cui parti hanno le loro specie separate ma sono connesse in un modo coerente, per esempio, una nave (*corpus ex cohaerentibus*); e, infine, oggetti di una specie data le cui parti hanno le loro specie separate e sono anche fisicamente indipendenti, per esempio, un gregge di pecore (*corpus ex distantibus*). Per Olivecrona, le *universitates* discusse dai giuristi romani erano concepite come *corpora ex distantibus*³⁰. Come nel caso dell'ascesa dello Stato moderno descritta da Toulmin, qui una organizzazione giuridica è creata in modo da rispecchiare la realtà naturale secondo una comune — potremmo dire addirittura "scientifica", secondo gli standard del periodo — concezione di essa³¹.

Un esempio di mimesi istituzionale etologica è invece l'idea che il concetto di contratto possa essere ricondotto ad uno schema di immagine di contatto e trasmissione tra agenti. Questa congettura è basata sulla ricostruzione che Axel Hägerström fornisce del negozio giuridico nel diritto romano antico e in particolare del concetto romano di *promissio*. Una *promissio* era un negozio giuridico attraverso cui le persone potevano sottoscrivere un'obbligazione sotto lo *ius gentium*, vale a dire, anche se essi non erano cittadini romani (la corrisponden-

²⁹ Cfr. Toulmin S., *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*, University of Chicago Press, Chicago 1992 (1° ed. 1990), p. 133.

³⁰ Olivecrona K., *Corporations as universitates*, in *Three Essays in Roman Law*, Ejnar Munksgaard, Copenhagen 1949, p. 35.

³¹ *Ibidem*, p. 29.

te transazione per i cittadini romani era invece la *sponsio*, come descritto, per esempio, da Gaio nel *Digesto* 1, 3, 93). Nel secondo volume del suo *Der römische Obligationsbegriff*, del 1941, Hägerström sostiene che una *promissio* poteva avere luogo solo offrendo (letteralmente *pro-mittere*, “mettendo avanti”) la mano destra, la quale doveva essere accettata con la promessa per validare a tutti gli effetti la transazione. Un contatto di questo tipo tra mani destre era necessario, secondo Hägerström, perché si pensava che attraverso di esso si trasmettesse una sorta di fluido o forza, e questa forza in un certo senso implicava una comunione non soltanto fattuale, bensì anche normativa: in questo caso, uno schema di interazione fisica si trasforma metaforicamente in uno schema di interazione istituzionale³².

Infine, un esempio di mimesi istituzionale ecologica riguarda l'autorità. In questo caso, si può ipotizzare che il concetto di autorità possa essere fondato su uno schema di immagine che rappresenta un oggetto avente un effettivo impatto causale sulla posizione o il movimento di altri corpi. Vi sono molti studi antropologici o storici che possono supportare questo legame tra impatto causale e potere normativo. Si consideri ad esempio la sovranità, intesa come il potere gerarchicamente più elevato all'interno di una data organizzazione politica. È stato osservato che, in molte culture, i poteri normativi di un re — la sua autorità — erano originariamente connessi con l'effettiva abilità dello stesso di produrre effetti causali sul contesto naturale: portare buoni frutti, scacciare la siccità, avere capacità magiche. Un esempio classico è quello descritto da Marc Bloch nel suo *Les Rois Thaumaturges*: l'idea, ampiamente condivisa nel Medioevo e strumentale alla costruzione dell'autorità del monarca in Europa, che i “veri” re dovevano avere poteri taumaturgici. Bloch fornisce un'accurata descrizione della nascita e morte di questa concezione: in particolare, egli mostra nel dettaglio come il supposto potere taumaturgico attribuito ai re della dinastia capetingia sia il risultato di una “combinazione” tra l'antica concezione germanica per cui i re avrebbero dovuto avere una effettiva capacità di manipolare la natura e la traduzione cristiana di questa idea, nei termini di un “sacro potere” del re analogo a quello dei re-sacerdoti della Genesi, come Melchisedec³³.

Questi esempi di “mimesi istituzionale” rimangono allo stato di congetture. Essi prefigurano, tuttavia, una tematica generale che è meritevole di considerazione per la filosofia del diritto: se la costruzione di artefatti istituzionali non è, come assumeva il “sogno positivista”, interamente funzione di una intenzione creativa, ma anzi questa intenzione creativa è il risultato di uno specifico

³² Hägerström A., *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. II., Alqvist & Wiksell, Uppsala 1941, p. 162.

³³ Bloch M., *Les Rois thaumaturges: étude sur le caractère surnaturel attribué a la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, Armand Colin, Parigi 1961 (1° ed. 1924), pp. 57ss.

contesto meta-istituzionale, allora la tematica giusnaturalistica del rapporto tra diritto e natura può essere considerata anche sul piano descrittivo, non semplicemente prescrittivo, come studio dei rapporti di mimesi metaforica tra le concezioni della fisicità che operano in un determinato contesto e le strutture istituzionali. La mimesi istituzionale si propone allora come il concetto centrale di una forma di giusnaturalismo descrittivo perfettamente compatibile con la natura artifattuale del diritto.

5. Conclusione

Questa analisi del concetto di positività del diritto alla luce della natura artifattuale delle istituzioni giuridiche conduce, in conclusione, a tre tesi principali. In primo luogo, la connessione tra positività e artifattualità del diritto non è bidirezionale: dalla natura artifattuale del diritto non discende, cioè, l'inevitabilità del "sogno positivista", poiché questo ideale presuppone una specifica concezione degli artefatti — il modello autoriale — che non è affatto l'unico possibile. In secondo luogo, una concezione alternativa della artifattualità del diritto non conduce necessariamente al positivismo formalistico ed anzi promette una concezione più dinamica e diacronica dell'ontologia giuridica, in grado di mostrare il nesso tra le esigenze positivistiche e l'insistenza sul riconoscimento sociale di fatto che è invece tipico delle concezioni antiformalistiche e realistiche. Infine, una concezione artifattuale delle istituzioni giuridiche non solo non è incompatibile con il giusnaturalismo razionalistico nel suo senso prescrittivo (una incompatibilità che invece può essere vista come un'assunzione della ideologia positivista, almeno alle origini), ma non è nemmeno incompatibile con, ed anzi apre a, un giusnaturalismo descrittivo che studi il rapporto metaforico tra gli artefatti istituzionali e le concezioni della natura.

Con ciò, si sono forniti elementi per scardinare la connessione assunta tra l'artifattualità e la positività del diritto e per vedere il "sogno positivista" in chiave critica alla luce delle sue stesse premesse. Tuttavia, come si è detto, è necessario considerare bene la funzione e il ruolo che il "sogno positivista" e la sua concezione sovra-inclusiva dell'intenzione autoriale hanno rispetto all'idea stessa di normatività del diritto: essi sono volti a preservare, e in un certo senso proprio ad esaltare, l'idea di direzione normativa, vale a dire la possibilità di regolare, in un modo nuovo e non necessariamente derivato dallo *status quo*, il corso dei comportamenti umani. Anche questa funzione e questo ruolo, tuttavia, non implicano in modo necessario il modello autoriale degli artefatti e il "sogno positivista": è infatti possibile un modello alternativo di teoria del diritto come artefatto che li preserva.

Bibliografia

- Audi P., *A Clarification and Defense of the Notion of Grounding*, in Correia F., Schnieder B. (a cura di), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 101-121.
- Barsalou, L. W., *Grounded cognition*, in *Annual Review of Psychology*, 2008, 59, pp. 617-645.
- Bloch M., *Les Rois thaumaturges: étude sur le caractère surnaturel attribué à la puissance royale particulièrement en France et en Angleterre*, Armand Colin, Parigi 1961.
- Borghi A. M., F. Caruana, *Embodiment theories*, in *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier, 2015, pp. 420-426.
- Borghi A. M., F. Binkofski, C. Castelfranchi, F. Cimatti, C. Scorolli, L. Tummolini, *The Challenge of Abstract Concepts*, in: *Psychological Bulletin*, 2017, <http://dx.doi.org/10.1037/bul0000089>
- Brozek B., A. Rotolo, J. Stelmach (a cura di), *Supervenience and Normativity*, Springer, Berlin 2017.
- Burazin L., *Can There Be an Artefact Theory of Law?*, *Ratio Juris*, 2016, 29, 3, pp. 385-401.
- Burazin L., *Legal Systems as Abstract Institutional Artifacts*, in Burazin L., Himma K. E., Roversi C. (a cura di), *Law as an Artifact*, Oxford University Press, New York 2018.
- Crowe J., *Law as an Artefact Kind*, in *Monash University Law Review*, 2014, 40, 3, pp. 737-757.
- Dipert, R., *Artefacts, Art Works, and Agency*, Temple University Press, Philadelphia 1993.
- Ehrenberg K., *The Functions of Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Fauconnier G., M. Turner, *The Way We Think: Conceptual Blending and the Mind's Hidden Complexities*, Basic Books, New York 2002.
- Fine K., *Guide to Ground*, in Correia F., Schnieder B. (a cura di), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, pp. 37-80.
- Hägerström A., *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. II., Alqvist & Wiksell, Uppsala 1941.
- Hilpinen R., *Authors and Artifacts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1993, 93, pp. 155-178.
- Houkes W., P. E. Vermaas, *Technical Functions: On the Use and Design of Artefacts*, Springer, Dordrecht-Berlin 2010.
- Johnson M., *Mind, Metaphor, Law*, in *Mercer Law Review*, 2007, 58, pp. 845-868.
- Kelsen H., *Society and Nature: A Sociological Inquiry*, The University of Chicago Press, Chicago 1943.

- Kim J., *Postscripts on Supervenience*, in *Supervenience and Mind: Selected Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge 1993.
- Koslicki K., *Ontological Dependence: An Opinionated Survey*, in M. Hoeltje, B. Schnieder, A. Steinberg (a cura di), *Varieties of Dependence: Ontological Dependence, Grounding, Supervenience, Response-dependence*, Philosophia Verlag, Munich 2013, pp. 31-64.
- Lakoff G., M. Johnson, *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago 1980.
- Larsson S., *Conceptions in the Code: How Metaphors Explain Legal Challenges in Digital Times*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Lawson T., *Comparing Conceptions of Social Ontology: Emergent Social Entities and/or Institutional Facts*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2016, n. 46, pp. 359-399.
- Lorini G., *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Cedam, Padova 2000.
- Lorini G., *Meta-institutional Concepts. A New Category for Social Ontology*, in *Rivista di Estetica*, 2014, 54, pp. 127-139.
- Marmor A., *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton 2009.
- McLaughlin B., Bennett K., voce *Supervenience*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/supervenience/>
- Miller D., *Constitutive Rules and Essential Rules in Philosophical Studies*, 1981, 39, pp. 183-197.
- Olivecrona K., *Corporations as universitates*, in *Three Essays in Roman Law*, Ejnar Munksgaard, Copenhagen 1949.
- Preston B., *Why is a Wing Like a Spoon? A Pluralist Theory of Function*, in *The Journal of Philosophy*, 1998, 95, pp. 215-254.
- Preston B., *Philosophical Theories of Artefact Function*, in Meijers A. (a cura di), *Philosophy of Technology and Engineering Sciences*, Elsevier, Amsterdam 2009, pp. 213-233.
- Rakoczy H., *Play, Games, and the Development of Collective Intentionality*, in *New Directions for Child and Adolescent Development*, 2007, 115, pp. 53-67.
- Rakoczy H., M. Tomasello, *The Ontogeny of Social Ontology: Steps to Shared Intentionality and Status Functions*, in Tsohatzidis S. L. (a cura di), *Intentional Acts and Institutional Facts*, Springer, Berlin 2007, pp. 113-137.
- Roversi C., *Legal Metaphoric Artefacts*, in *The Emergence of Normative Orders*. Ed. J. Stelmach, B. Brozek, Ł. Kurek, Copernicus Center Press, Kraków 2016, pp. 215-280.
- Roversi C., Voce "Ontology of Law" in Sellers M., Kirste S. (a cura di), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_59-1, 2018.

- Roversi C., *On the Artefactual—and Natural—Character of Legal Institutions*, in Burazin L., Himma K. E., Roversi C. (a cura di), *Law as an Artifact*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.
- Roversi C., *Constitutive Rules and the Internal Point of View*, in *Argumenta*, 2018, 4, pp. 139-156.
- Sarra C., *Lo scudo di Dioniso. Contributo alla studio della metafora giuridica*, Franco Angeli, Milano 2010.
- Schwyzler H., *Rules and Practices*, *The Philosophical Review*, 1969, 78, pp. 451-467.
- Searle J. R., *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, in *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge 1979 (1° ed. 1975).
- Searle J. R., D. Vanderveken, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.
- Searle J. R., *The Construction of Social Reality*, Penguin, London 1996 (1° ed. 1995).
- Searle J. R., *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Silvi M. Q., *Diritto, giochi, regole costitutive*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 2, pp. 455-485.
- Silvi M. Q., *La melanconia del pedone: Saggio sulla funzione dell'atto giuridico*, Aracne, Canterano 2017.
- Steinberg A., *Supervenience: A Survey*, in Hoeltje M., Schnieder B., Steinberg A. (a cura di), *Varieties of Dependence: Ontological Dependence, Grounding, Supervenience, Response-dependence*, Philosophia Verlag, Munich 2013, pp. 123-166.
- Thomasson A. L., *Fiction and Metaphysics*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.
- Toulmin S., *Cosmopolis: The Hidden Agenda of Modernity*, University of Chicago Press, Chicago 1992 (1° ed. 1990).

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

El Estado Constitucional actual: algunos cambios relevantes en el sistema jurídico

ABSTRACT: This text analyzes the evolution and alterations in legal system of Constitutional State. These alterations consist in open texture and ductility in the legislation. But, also, these alterations consist in complexity assumed by the judicial function, application and interpretation of the legal norms, for this constitutional model.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La construcción abierta y pactada de las normas constitucionales. 3. Función judicial más compleja: el incremento de los casos difíciles a partir del Derecho abierto. 4. Conclusión.

1. Introducción

Hoy en día es de interés para la Teoría General del Derecho dar cuenta de la evolución y de las principales alteraciones que ha experimentado el sistema jurídico en el neoconstitucionalismo, relacionadas en buena medida con la *ductilidad* reconocida que viene a presentar su legislación, pero también con la complejidad que adquiere la tarea judicial, la aplicación e interpretación de las normas del Derecho en este modelo diferente de Estado de Derecho que representa el actual Estado Constitucional en el siglo XXI.

A partir de la praxis jurídica, la decisión judicial en el Estado Constitucional de nuestros días es descrita por un abanico de concepciones, que vienen a representar distintas teorías de la decisión judicial, que difícilmente puede escapar a la *textura abierta* que presenta el Derecho actual (y en mayor medida de las

normas constitucionales) y asimismo a la *tendencia* de los sistemas jurídicos del Estado Constitucional a incrementar los “borderline cases” a causa de aquella condición.

2. La construcción abierta y pactada de las normas constitucionales

La “doctrina *il diritto mite*” viene a cuestionar que la ley en el constitucionalismo siga presentando todos los rasgos con los que clásicamente la hemos conocido¹. Y aquí hay que tener en cuenta que el “Derecho por principios” es el origen del *diritto mite*. La ductilidad que se predica del Derecho actual tiene que ver con la *inclusión* –en los sistemas jurídicos occidentales posteriores a la segunda guerra mundial– de *valores* y *principios* a los que la actuación ordinaria del legislativo también ha de ajustarse². Hecho que supuso la “constitucionalización de los derechos y principios³ de justicia” y determinó el “correlativo final de la omnipotencia de la ley”⁴, tan reivindicado por el antipositivismo⁵ ante la situación de crisis en la que estaba inmerso el positivismo legalista⁶. Todos estos acontecimientos jurídicos y políticos impulsaron el tránsito del *legalismo* (que, recordemos, había sido desbordado por el nacionalsocialismo en las primeras décadas del siglo XX⁷) hacia el *constitucionalismo* contemporáneo. Al mismo tiempo, un reemplazo de esta envergadura desembocó en un *cambio* en el “modelo de Estado de Derecho” que sostiene a nuestros sistemas democráticos: el Estado de Derecho legislativo decimonónico (*legalismo* como teoría jurídica), cuya vigencia se extendió al siglo XX, fue sustituido por el actual Estado Constitucional de Derecho (*constitucionalismo*); que es el modelo de Estado de De-

¹ Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992; traducción esp., Id., *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Trotta, 4ª ed., Madrid 2002, pp. 9-10.

² Vid. García de Enterría E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Civitas, Madrid 1991.

³ Vid. Prieto Sanchís L., *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid 1998.

⁴ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 148.

⁵ Vid. Peces-Barba G., *Epílogo: desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, en Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 157-173, sobre el antipositivismo del Derecho dúctil; asimismo, Guastini R., *Derecho dúctil, Derecho incierto*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1996, pp. 111-123, también analiza el carácter antipositivista que toma la descripción *zagrebelskiana*.

⁶ Cfr. Javier Ansuátegui Roig F., “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y Libertades*, nº 2, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993-1994, pp. 113-151.

⁷ Vid. Kelsen H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México DF 1995; y asimismo, Id., *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alem. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México 1993.

recho con el que actualmente operamos las Democracias modernas⁸. Además, este canje significó la *rectificación* definitiva en la Europa occidental-continental de la *doctrina de la ley* de J.J. Rousseau heredada de la Revolución francesa, que prácticamente gobernó el ámbito de lo jurídico del Estado de Derecho hasta la primera mitad del siglo pasado⁹.

El constitucionalismo contemporáneo (o constitucionalismo *de principios*) alza a los jueces a *nuevos* señores del Derecho, relevando de su protagonismo a los antiguos dueños: los legisladores; concurriendo ahora en la actividad judicial las principales dimensiones de lo jurídico: la ley, los derechos, y la justicia. Sin embargo, algunas opiniones, tal como la de J.A. García Amado, estiman que la imagen del Derecho que nos proporciona este constitucionalismo deriva en una *excesiva* exaltación del juez¹⁰.

El rol de los principios en el *constitucionalismo* es muy diferente al que concebía el *legalismo*, para el que los principios eran un elemento secundario del Derecho, porque “al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico”¹¹. Opuestamente, a partir del constitucionalismo contemporáneo, los principios asumen un gran protagonismo en el Derecho. Y, frente al decimonónico *Derecho por reglas*, ahora el Derecho incluye tanto normas-regla como normas-principios, siendo estas últimas tan auténticas normas jurídicas como las primeras¹². Estableciéndose la exigencia de “hacer ‘concordar’ [a la ley ordinaria] con la otra cara [de la moneda del Derecho], la de los principios contenidos en la Constitución”¹³. Eso sí, en la esfera jurídica del constitucionalismo, “por lo general, los principios no se estructuran según una ‘jerarquía de valores’¹⁴. Pues de ser así, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de

⁸ Zabrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 150.

⁹ Rousseau J. J., *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid 1985. La *rectificación* por el constitucionalismo vino a decir que “la ley es la expresión de la voluntad general de la comunidad *siempre* que no viole la Constitución”. De modo que sólo si la voluntad general de la comunidad es acorde a la Constitución es considerada auténtica ley.

¹⁰ García Amado J. A., *¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, cit., pp. 65-86.

¹¹ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 112.

¹² Vid. Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. Id., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona 1999; asimismo, Dworkin R., *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford 2000. Véase también *Postscript*, en Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press, Oxford 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., Id., *Post scriptum al concepto de Derecho*, edición de Bullock P. A. y Raz J., estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF 2000.

¹³ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 113.

¹⁴ Vid. Moreso J. J., *Conflictos entre principios constitucionales*, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003, pp. 99-121.

la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad”¹⁵.

El autor italiano entiende que “son las reglas y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviere compuesto por reglas no sería insensato pensar en la ‘maquinización’ de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta” mediante el uso “de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma”. Pero tal idea “carece totalmente de sentido en la medida en el que el derecho contenga [asimismo] principios”, porque “la aplicación de los principios es completamente distinta”¹⁶ a la aplicación que resulta de las normas-regla.

La relevancia de los principios en los sistemas jurídicos del constitucionalismo es, por tanto, *muy significativa*. Si esto no lo reconocemos los juristas y seguimos asignando a los principios un rol reducido, se debe –y coincido con Zagrebelsky– al “persistente prejuicio [típico del legalismo decimonónico] de pensar que las verdaderas normas son [únicamente] las reglas”. Aquí hay que tener en cuenta que los principios “no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una ‘toma de posición’ conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear”, poseyendo los principios autonomía y entidad jurídica frente a las reglas.¹⁷ Esta reivindicación de los principios que realiza la doctrina *il diritto mitte* como marca identificativa del constitucionalismo actual es lo que lleva al Profesor italiano a *reubicar* la función de aquéllos en el sistema jurídico, para luego proceder a una descripción *asimétrica* del mismo en orden a la ductilidad que aquellos proporcionan al Derecho.

Además del papel tan poco notable que asigna a los principios, el legalismo también imagina al Derecho desde la idea de que “la generalidad de la ley... [venía siendo entendida como] la esencia de la ley en el Estado de Derecho”, por ser esto premisa de la separación de poderes, de la igualdad ante la legalidad y de la imparcialidad de las instituciones. Del mismo modo, la “abstracción” de la ley era observada como un elemento que coadyuva a conservar el Derecho, a hacerlo más estable y –en su conjunto– más previsible, permitiendo su adaptación al caso concreto.¹⁸ Sin embargo, hoy no es posible obviar “la ‘pulverización’ del derecho legislado, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, o sea, de ‘reducida generalidad y abstracción’”. Esto ocurre, en

¹⁵ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 124.

¹⁶ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 111.

¹⁷ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 117-118.

¹⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 29-30.

opinión del autor italiano, principalmente a causa de tener que legislar medidas concretas que satisfagan el principio de igualdad, lo cual ha llevado a una explosión de las *legislaciones sectoriales*, “con la consiguiente crisis del principio de generalidad” y “del principio de abstracción”. Consecuencia de esta crisis es que el Derecho legislado es el resultado de un *proceso plural* en el que participan *numerosos sujetos sociales*: grupos de presión, sindicatos, partidos políticos, y se encuentra marcado por la *ocasionalidad*. Es decir, lo contrario de la generalidad y la abstracción. Son éstas unas circunstancias que limitan la función de la ley como tal, en la medida en que “reduce[n] notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación” y guía de conducta estable para ciudadanos y operadores jurídicos.¹⁹

Pero, ahora, en el constitucionalismo de nuestra época, el Ordenamiento jurídico ya no se identifica con aquellas características de un modo tan claro como lo era antaño. La clave es que en la descripción que lleva a cabo del constitucionalismo de principios²⁰ (o neoconstitucionalismo²¹, que ha invadido todo el Ordenamiento jurídico²² en oposición al legalismo²³), la doctrina *il diritto mite* no considera al Derecho como un “dato” establecido, sino como “un incesante ‘hacerse’ donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales”²⁴.

Por eso, frente a los principios de generalidad y abstracción como conceptos insuficientes que ya no reflejan la praxis jurídica tal como se produce en el constitucionalismo, Zagrebelsky afirma que la mejor característica que describe hoy al Derecho es su “ductilidad”. El Derecho es *dúctil*, y la ductilidad en el Derecho es sobre todo ductilidad *constitucional*²⁵. Él entiende la ductilidad como

¹⁹ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 36-37.

²⁰ Vid. García Figueroa A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; e Id., *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*, en Miguel Carbonell M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159-186; asimismo, Prieto Sanchís L., *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, cit., pp. 125-158; y Comanducci P., *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, trad. de M. Carbonell, *Isonomía*, n.º 16, Abril 2002, pp. 89-112.

²¹ Comanducci, *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, cit., pp. 89 y ss., distingue tres formas de neoconstitucionalismo: *teórico, ideológico y metodológico*.

²² Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 49-73.

²³ Cfr. Ansuátegui Roig F. J., *La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias*, en VV.AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid 2008, pp. 73-104.

²⁴ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 122-124.

²⁵ Cfr. del Real Alcalá J. A., *Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado*, en *Derechos y Libertades*, n.º 11, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid y

la catalogación que permite expresar “el carácter esencial del derecho en los Estados constitucionales actuales”. Y, de hecho, la ductilidad de la Constitución es, por una parte, lo que facilita a ésta mantener sus fines de *unidad e integridad* al posibilitar la coexistencia de valores y principios diferentes en un mismo sistema jurídico. Y asimismo, por otra parte, además la ductilidad es el rasgo del Derecho que consigue evitar que la Constitución se haga *incompatible* con la base material *pluralista* de nuestras sociedades democráticas.²⁶

Ahora bien, para conseguir los objetivos anteriores es necesario que dichos valores y principios se legislen (juridifiquen) en el Estado Constitucional con carácter “no absoluto”, esto es, de forma no-categorica, o sea, con cierta *vaguedad*, a fin de hacerlos “compatibles con aquellos otros con los que debe[n] convivir”²⁷. Ocurre que si los legislamos en términos absolutos, “los principios se convertirían rápidamente en enemigos unos de otros, y al final uno se erigiría en soberano sobre los demás y sólo perseguiría desarrollos consecuentes con él. [Y] En las Constituciones pluralistas no cabe, sin embargo, que esto sea así”²⁸. Razón por la cual “los términos a los que hay que asociar la ductilidad del derecho son la *coexistencia* y el *compromiso*”. La ductilidad es así definida como un rasgo especialmente vinculado a la tarea de la construcción “abierto” y “pactada” del proceso legislativo. En caso contrario, “si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos”²⁹.

3. Función judicial más compleja: el incremento de los casos difíciles a partir del Derecho abierto

El hecho de configurar un Derecho más dúctil y, por tanto, con *más vaguedad*, necesariamente lo va a hacer *proclive* a generar *más* indeterminación y, en relación al ámbito de la adjudicación, a producir *más* casos indeterminados (*borderline cases*) a la hora de su aplicación e interpretación. Podemos estimar que el incremento de *borderline cases* en los sistemas jurídicos del Estado Constitucional ocasionados por la ductilidad es en buena medida un rasgo significativo que identifica al ámbito de la adjudicación del constitucionalismo de principios. Y, por supuesto, si el constitucionalismo dúctil tiene *tendencia* a incrementar el número de *borderline cases* en el Ordenamiento, entonces la ductilidad del Derecho viene a constituirse en otra “fuente relevante” de casos indeterminados

Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2002, pp. 223-250, sobre la indeterminación del Derecho constitucional.

²⁶ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 14.

²⁷ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 14-15.

²⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 125.

²⁹ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 15-16.

en los sistemas jurídicos del Estado Constitucional. En rigor, del Ordenamiento jurídico de hoy no es posible ofrecer una imagen satisfactoria sin aceptar esta circunstancia.

Los *borderline cases* son un tipo de caso judicial que pueden ser comprendidos como “casos marginales”, porque se corresponden con casos del Derecho que se sitúan *al margen* del “núcleo de certeza” aplicativa o no-aplicativa de las reglas. Igualmente, son, por eso, también entendidos con la nomenclatura de “casos dudosos”, porque hay *incertidumbre* sobre si pertenecen o no pertenecen al ámbito de aplicación de una regla. O, asimismo, con la de “casos indeterminados”, en función de las consecuencias (de *indeterminación*) que conllevan para la aplicación del Derecho. Y, del mismo modo, vienen a coincidir con la catalogación de “casos difíciles” (*hard cases*), en virtud de la complejidad que supone la construcción de la decisión judicial en estos supuestos indeterminados y en contraste con la sencillez que adquiere esta tarea en los casos claros (*clear cases*).

Es conveniente aclarar que lo que aquí se señala de ningún modo significa que los *borderline cases* se deban exclusivamente a la ductilidad del Derecho, pues los sistemas jurídicos ya generan esta clase de casos por otras causas y debido a otras fuentes. Mi afirmación se dirige a poner de manifiesto que la ductilidad, como *técnica* legislativa que es “fuente de vaguedad” en el Derecho, acrecienta forzosamente el número de este tipo de casos en el Ordenamiento. Esta es, además, razón suficiente, en mi opinión, para tomar como *propias* del ámbito de la *adjudicación* del constitucionalismo actual a aquellas particularidades que delimitan la resolución de los *borderline cases*. Téngase en cuenta que si el incremento de *borderline cases* es un rasgo que viene a singularizar cómo es la adjudicación en el constitucionalismo actual, entonces *también* las características de la resolución judicial que solventa esta tipología de casos definirán en buena medida cómo es la decisión judicial en el constitucionalismo dúctil de nuestro tiempo.

Así, en primer lugar, la *discrecionalidad judicial* es el único mecanismo con que cuentan los sistemas jurídicos para poder dar efecto a los derechos y deberes de las personas en las controversias jurídicas en las que el Derecho resulta *indeterminado*, tal como ocurre finalmente en un *borderline case*. H.L.A. Hart ya previó la existencia de esta tipología de casos, a los que identificó con la *textura abierta* que presenta la estructura del Derecho³⁰. Y advirtió, en comparación a los *clear cases* –en los que nítidamente puede advertirse si la regla se aplica o no se aplica al caso dado– que la realidad jurídica genera “otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica” la regla.³¹

³⁰ Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción española, Id., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, p. 175.

³¹ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 152-153.

Esto viene a significar que en el Derecho hay “áreas de conducta [en las que se generan *borderline cases*] donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso [decisión], a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, [y] cuyo peso varía de caso a caso”.³² Sin duda, la ductilidad persigue esta manera de legislar.

Claro está, la resolución de un *borderline case* no es posible mediante la *sub-sunción* del caso individual en el caso genérico (paradigma) de la regla: ni en el supuesto de hecho, ni en la aplicación de la consecuencia jurídica *predispuesta* por ella,³³ en virtud de que el paradigma de aplicación que estamos manejando –por los rasgos que presentan estos casos– resulta *controvertido*, no responde a una única dirección de sentido que sea compartida. A causa de lo cual, y en coincidencia con Zagrebelsky, en estos supuestos hay que rechazar la “aplicación exacta de la ley, es decir no alterada por influencias de ningún género”³⁴, así como su aplicación *automática* según el criterio del significado *literal* de las palabras y la búsqueda de la intención del legislador (criterio hermenéutico *subjetivo*). Y aunque los que persiguen acrecentar la certeza del Derecho recurren –afirma– “a la letra de la ley” (frente a su evolución) y utilizan el más seguro e incontestable de todos los criterios de interpretación: el literal, sin embargo, cuando existen “distintos contextos de sentido y de valor [como muestra la ductilidad], ni siquiera la letra [de la ley] es una garantía de su aplicación precisa. Y la mera exégesis de los textos resulta al final la más abierta de todas las interpretaciones”.³⁵ Téngase en cuenta que el constitucionalismo dúctil propio de nuestras sociedades pluralistas impide la existencia de un marco de *sentido único* para la aplicación e interpretación de las reglas y principios del Derecho.

Puede decirse que los *borderline cases* se sitúan en los “márgenes discutibles”³⁶ del ámbito aplicativo de las reglas, ya sea a causa de la *textura abierta* que presenta la estructura del Derecho³⁷, o de la *ductilidad* con la que el Derecho es legislado hoy, o por otras causas, de las que al fin y al cabo viene a resultar la misma vaguedad legislativa. Pero, en todo caso, por uno u otro motivo, los *borderline cases* se localizan todos en la zona de “imprecisión” de la significación y aplicación de las reglas. Lógicamente, al estar situados al margen del núcleo de certeza, el operador jurídico va a tener “incertidumbre” sobre qué *decisión* tomar en relación con la regla a aplicar: dudará de si verdaderamente se trata de

³² Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 168.

³³ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 168.

³⁴ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 149.

³⁵ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., pp. 145-146.

³⁶ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 180.

³⁷ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 167 y 179-180.

un caso que pertenece al ámbito de su aplicación (decidiendo aplicarla) o si no pertenece definitivamente a él (excluyendo dicha aplicación).

Y, de hecho, en estos supuestos el operador jurídico encuentra tantas razones en el Derecho para ubicar su decisión en una dirección de sentido determinada como para hacerlo en la contraria. La pluralidad de marcos de sentido del Derecho incluso opuestos con los que aquél se encuentra *no* facilitan la construcción de la solución del caso, aun cuando ésta debe ineludiblemente producirse. Como, lógicamente, en una situación así deviene inservible el procedimiento de la subsunción y el silogismo judicial si “el derecho existente resulta ser indeterminado”,³⁸ el juez sin más remedio “debe salir fuera del Derecho” “y ejercer un poder de creación para [conseguir] llegar a una decisión” cuando ninguno de los mecanismos del Derecho se la proporcionan.³⁹ De ahí que la resolución que solventa un *borderline case* no pueda ser sino “discrecional”. Pues bien, puede decirse que este tipo de resolución singulariza a buena parte de las decisiones judiciales en el constitucionalismo dúctil, sobre todo las que resuelven asuntos de temática constitucional. Resulta, además, tal como evidencia R. Guastini, que esto ocurre así dada la imposibilidad del Derecho de llegar a “regular la vida social y política en su totalidad”⁴⁰, a la que hay que dejar a veces abierta, siendo la ductilidad un mecanismo útil para establecer ese estado legislativo.

La ductilidad del Derecho viene a evidenciar que los juristas hemos de asumir que “en todo sistema jurídico habrá ciertos casos” en los que las pretensiones de las partes no están contempladas en el Derecho, sino que se encuentran abiertas para ser decididas en el compromiso del caso dado. Casos, por tanto, que “no [están] regulados legalmente”, es decir, “para los que ningún tipo de decisión es dictada por el derecho claramente establecido” de un modo preciso y exacto. En esos casos (*borderline cases*), el sistema jurídico “es parcialmente indeterminado o incompleto”, porque “no proporciona ninguna respuesta a la cuestión planteada”.⁴¹ Lógicamente, la existencia de esta tipología de decisión judicial, diferente a la subsunción y al silogismo judicial, explica, en buena parte, la importancia progresiva que ha ido adquiriendo también la argumentación judicial en el Derecho.⁴²

En segundo lugar, a pesar de las dificultades anteriores, la decisión judicial discrecional que resuelve un *borderline case* puede ser construida a través del

³⁸ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 158.

³⁹ Hart., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, p. 8.

⁴⁰ Guastini R., *La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento*, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 147-172; versión en español, Id., *La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 53-54.

⁴¹ Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, cit., p. 5.

⁴² Cfr. Moreso J. J., *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, Barcelona 2006.

criterio *hartiano* de que el juez actúe “como si” fuera un “legislador”, pero, en rigor, se trata de un procedimiento de decisión normativamente indeterminado en el Derecho. En mi opinión, también la ductilidad viene a poner de manifiesto este hecho. Sin duda, el uso de la discrecionalidad posibilita al juez cumplir con el *deber* de pronunciarse a favor de alguna de las partes en el caso cuando no encuentra en el Derecho *ninguna a razón* por la que decidir en un sentido o en el contrario, o encuentra *tantas* como para fallar a favor de cualquiera de las dos partes. Como el juez “debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso” que se presenta incierto e indeterminado⁴³ saliendo *fuera* del sistema jurídico (si fuese necesario), los casos *indeterminados* son, pues, los que activen esa “función creadora” de los tribunales,⁴⁴ que se traduce en “una función productora de reglas” en el Derecho⁴⁵. Se trata de la creación (judicial) de *nuevo* Derecho⁴⁶, configurado *ex post* y *ad hoc* a fin de regular una controversia jurídica específica que no ha sido contemplada con antelación por el Ordenamiento⁴⁷.

Ahora bien, tal como hemos anunciado más arriba, para la creación de esas nuevas reglas y de ese nuevo Derecho no existe verdaderamente un procedimiento o método preestablecido en el sistema jurídico que diga al juez *qué* ruta ha de seguir en la construcción de la decisión discrecional con la que solventar un *borderline* case. Hart, sin embargo, sí dio algunas *pautas*. La *primera pauta* consiste en que “el juez halla primeramente que el derecho existente no acierta a dictar [por ninguna clase de mecanismo del Derecho preestablecido] decisión de tipo alguno”. La *segunda pauta* afirma que, dado el supuesto anterior, el juez “se separa del derecho existente para crear derecho para las partes, *de novo* y *ex post facto*, de acuerdo con su idea de lo que es mejor”⁴⁸. Aunque, en realidad, esta pauta segunda no parece eliminar la *incertidumbre* que impregna a las decisiones judiciales en los *borderline cases*, pues decidir según la idea “de lo que es mejor” es algo *excesivamente indeterminado*, y también algo muy diferente a decidir según lo que (*pre*) establece el Derecho. Y la *tercera pauta* conmina al juez a “actuar [creando Derecho] como lo haría un legislador *consciente*”⁴⁹. Pero, claro está, tampoco cuenta el operador jurídico con ningún “procedimiento legislativo” *preestablecido* en el Ordenamiento que le guíe en cómo ha de crear el

⁴³ Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, cit., pp. 5-6

⁴⁴ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 183.

⁴⁵ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 169.

⁴⁶ Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, cit., p. 14.

⁴⁷ Cfr. de Asís Roig R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224 y ss.

⁴⁸ Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, cit., pp. 9-10; y asimismo, en Id., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 57.

⁴⁹ Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, cit., p. 9; y asimismo, en Id., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 56.

Derecho (judicial) actuando como un legislador consciente (legislador judicial), tal como sí lo hay para el legislador parlamentario.

Por consiguiente, no parece que estas tres pautas eliminen la *incertidumbre* de la discrecionalidad como procedimiento para resolver los *borderline cases*. Lo que sí afirma Hart es que la discrecionalidad es “intersticial” y está sujeta “a muchas limitaciones sustantivas” que “estrechan sus opciones”, a fin de que no pueda ser empleada para “introducir [en el sistema jurídico] reformas a gran escala o nuevos códigos”⁵⁰.

En tercer lugar, la clase de decisión judicial que solventa un *borderline case* *desborda* el mecanismo de la bivalencia jurídica propio de la subsunción. Tal como hemos explicitado, este tipo de casos se identifica con el hecho de que “el lenguaje general dotado de autoridad en el que se expresa una regla sólo puede guiar [al juez] de una manera incierta”⁵¹.

Con esto quiero decir que la discrecionalidad constituye en sí mismo un procedimiento *impreciso e incierto* para resolver un *borderline case*. Y, en principio, se presenta incompatible con –y no puede construirse a través de– la *bivalencia* jurídica que brota del núcleo de certeza aplicativa de las reglas. Aunque, según M. Cristina Redondo, se trata más bien de incompatibilidad inicial, porque *a posteriori* es posible *recuperar* la bivalencia (y configurar desde ahí una decisión positiva o negativa sobre la aplicación de la regla) si se reconstruye aunque sea discrecionalmente a fin de que eso haga más preciso el contenido de la norma⁵².

En mi opinión, lo antepuesto, puede derivar en afrontar el Derecho aplicable bajo la *ficción* del “como si” fuera bivalente aunque realmente *no* lo sea. Así lo reconoce Paolo Comanducci, para quien el Derecho actúa “como si” todas las normas fueran claras aunque no siempre lo sean. Él constata que el deber de resolver las disputas jurídicas que el Estado encomienda solucionar a los jueces, invita a éstos a adoptar esta clase de “ficciones” sobre la bivalencia jurídica, que no es sino una determinada “imagen” *construida* del Derecho: “Para los jueces... el derecho no solo es determinable, sino que tiene que serlo... [por lo que el juez] tiene que actuar *como si* el derecho fuera completamente determinado *ex ante*”⁵³.

Comparto con Zagrebelsky que si la subsunción se presenta como “un mecanismo lógico sin discrecionalidad”⁵⁴, entonces subsunción y discrecionalidad

⁵⁰ Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., pp. 56 y 57.

⁵¹ Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 159.

⁵² Redondo M. C., *Teorías del Derecho e indeterminación normativa*, en *Doxa*, n.º 20, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante 1997, pp. 193 ss.

⁵³ Comanducci P., *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*, *Doxa*, n.º 21-II, Universidad de Alicante y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Alicante 1998, pp. 101-102.

⁵⁴ Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, cit., p. 132.

son dos procedimientos *opuestos* de construir la decisión judicial⁵⁵. Porque, mientras que la subsunción es un procedimiento claramente *determinado* en el Derecho, la discrecionalidad es un procedimiento *indeterminado* en manos del operador jurídico, o en todo caso, determinado por algunas teorías del Derecho –caso de la hartiana que lo somete a algunos criterios de actuación, u otras– pero *no* por el Derecho mismo. Sin lugar a dudas, los *borderline cases* que genera la ductilidad en el Ordenamiento del constitucionalismo dúctil no escapan a estas premisas.

Y, por último, en cuarto lugar, la decisión judicial que resuelve un *borderline case no* es la única respuesta correcta. Ocurre que de la función creadora que los tribunales tienen necesariamente que ejercer a fin de resolver los *borderline cases*⁵⁶ resulta una proposición jurídica construida por el juez que *no* tiene “valor de verdad” para con lo *predispuesto* en el Derecho, porque de ella no puede predicarse *ni* que claramente es *verdadera* ni *falsa* en relación al Derecho preestablecido. Por eso, decidir discrecionalmente (que se traduce –por ejemplo– en una proposición jurídica del tipo “ni verdadero ni falso”) es algo muy distinto a decidir con la única “respuesta correcta” prevista en el Derecho con antelación al acontecer del caso en cuestión.

Desde luego, si la decisión judicial no es la única respuesta correcta y, consiguientemente, no es un “valor de verdad” en relación a lo establecido por las reglas del Derecho, entonces nos encontramos, por un lado, con una respuesta “indeterminada” por parte del Derecho para afrontar el caso dado, la cual exigirá del juez el uso de la discrecionalidad; pero, por otro lado, *también* con un procedimiento discrecional que es indeterminado en manos del operador jurídico, y con el que tiene que solventar su resolución, tal como hemos referido anteriormente⁵⁷. Estos dos rasgos resumen la singularidad de los *borderline cases* a los que son *proclives* los sistemas jurídicos del Estado Constitucional a causa de la ductilidad del Derecho con la que hoy se configurando la ley, y en mayor medida la Ley Constitucional.

4. Conclusión

La ductilidad, como rasgo que identifica al Derecho del constitucionalismo contemporáneo, se traduce en *vaguedad* legislativa y principalmente en vaguedad constitucional. Y esta vaguedad consecuencia de la ductilidad es *fuentes* de que los sistemas jurídicos en el constitucionalismo sean *proclives* a generar (aún

⁵⁵ Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 147 ss.

⁵⁶ Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 28.

⁵⁷ Vid. Anzalone A., *Felice Battaglia. Per una teoria giuridica tra idealismo crociano e gentilismo*, Euno Edizioni, Leonforte EN, 2014.

cuando también lo hacen por otros motivos) casos indeterminados (*borderline cases*) en el Derecho. Y, de hecho, de las dos características que identifican en mayor medida la aplicación judicial del Derecho en el constitucionalismo dúctil de nuestros días, esto es, que singularizan a su adjudicación, si una de ellas es la *ductilidad* legislativa con la que se encuentra el operador jurídico, la otra consiste en la tendencia del sistema jurídico a incrementar los *borderline cases* en el Derecho.

La existencia insalvable de *borderline cases* en el sistema jurídico generados (al menos) por la ductilidad legislativa con la que hoy se configura al Derecho, ha venido a *desmentir* desde el constitucionalismo actual la *imagen* del sistema jurídico que lo describe –en la adjudicación, y en los procedimientos de decisión– desde la simetría, la uniformidad y la simplicidad, tal como se ha contemplado antaño.

Bibliografía

- Ansuátegui Roig F. J., *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, en *Derechos y Libertades*, n.º 2, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1993-1994, pp. 113-151.
- Ansuátegui Roig F. J., *La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias en VV.AA., Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid 2008, pp. 73-104.
- Anzalone A., *Felice Battaglia. Per una teoria giuridica tra idealismo crociano e gentilizio*, Euno Edizioni, Leonforte EN 2014.
- Comanducci P., *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, n.º 16, Abril 2002, pp. 89-112.
- Comanducci P., *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*, en *Doxa*, n.º 21-II, Universidad de Alicante-CEPyC, 1998.
- De Asís Roig R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid 1995.
- Del Real Alcalá J. A., *Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional*, en *Derechos y Libertades*, n.º 11, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2002, pp. 223-250.
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. Id., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona 1999.
- Dworkin R., *Law’s Empire*, Hart Publishing, Oxford 2000.

- García Amado J. A., *¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1996, pp. 65-86.
- García de Enterría E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., Cívitas, Madrid 1991.
- García Figueroa A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998.
- García Figueroa A., *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003, pp. 159-186;
- Guastini R., *La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento*, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 147-172; versión en español, Id., *La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003, pp. 49-73.
- Guastini R., *Derecho dúctil, Derecho incierto*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1996.
- Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción española, Id., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Hart H. L. A., *Postscript*, en Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press, Oxford, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., Id., *Post scriptum al concepto de Derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Ciudad de México 2000.
- Hart H. L. A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980.
- Kelsen H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, Ciudad de México 1995.
- Kelsen H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.^a ed. alem. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, Ciudad de México 1993.
- Moreso J. J., *Conflictos entre principios constitucionales*, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid 2003, pp. 99-121.
- Moreso J. J., *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, Barcelona 2006.
- Peces-Barba G., *Epílogo: desacuerdos y acuerdos con una obra importante*, en G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1a ed. 1995, pp. 157-173.
- Prieto Sanchís L., *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas', Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid 1998.

Prieto Sanchís L., *El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, 1997-1998, pp. 125-158.

Redondo M. C., *Teorías del Derecho e indeterminación normativa*, en *Doxa*, nº 20, Universidad de Alicante y CEPC, 1997.

Rousseau J. J., *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid 1985.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

MANUEL CALVO GARCÍA

Encrujadas teóricas y prácticas de los nuevos contextos de la regulación

ABSTRACT: In the last decades of the twentieth century, the emergence of what was called the regulatory state was greeted as an incontestable reality. The boom in economic and social regulation revealed a far-reaching normative panorama that did not fit well with the Standard Theory of Law. There was a shift from the *positive state* to a *regulatory state*. Subsequently, the regulatory state itself began to overflow into new contexts and with new practices that opened a new perspective: that of the *post-regulatory State* in which were combined extraordinarily complex normative mechanisms emanating from state and non-state regulators. In the meantime, the neoliberal push seemed to lead the regulatory right to its extinction --or at least some of its manifestations. But the financial crisis of 2008 caused us to miss state regulation and, apart from blaming it for its failures, the regulatory law took on new forms and validity, renewing the traditional model “command and control” (CAC); giving rise to new techniques and new forms of “authority”.

SUMARIO: 1. Presentación. 2. El Estado regulativo. 3. Los nuevos contextos de la regulación. 3.1. Del Estado regulativo al Estado post-regulativo. 3.2. ¿Crisis regulativa? 4. Un nuevo panorama regulativo. 4.1 La autorregulación en entredicho. 4.2. ¿Retorno al derecho regulativo? 5. Encrujadas teóricas del nuevo panorama regulativo.

1. Presentación

El Estado, según la ideología liberal, sólo tendría funciones negativas, de mero árbitro o gendarme del juego social. Debería dejar hacer sin interferir en las relaciones sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas nece-

sarias para garantizar exclusivamente la plena realización de las leyes “naturales” del orden social y del mercado, que se organizaría en virtud de una “mano invisible” – según la conocida imagen de Adam Smith. Las funciones del derecho, en este sentido, se concebían desde una perspectiva meramente negativa, como *funciones de vigilancia y control* encaminadas a mantener los fundamentos del orden social¹.

Sin embargo, las sendas que ha recorrido la evolución del derecho a lo largo del siglo XX están relacionadas con la utilización del sistema jurídico con fines intervencionistas. Para ello, el derecho se ha visto obligado a experimentar con nuevas formas de regulación legal con el fin de hacer frente a las demandas que plantea la intervención jurídica en la economía y en las relaciones sociales. Surge así el denominado “derecho regulativo”, que se convierte en el instrumento para afrontar, primero, los riesgos económicos; y, en una segunda fase, los riesgos sociales.

El crecimiento que experimentan el Estado y el derecho regulativo despierta las suspicacias del liberalismo científico y político, recelo que se agudiza a partir de los años 70 del siglo pasado momento en el que los ataques al Estado regulativo se suceden desde ambos frentes. Como consecuencia, el auge de las políticas neoliberales cuestionó e impulsó alternativas desreguladoras y una profunda transformación de los instrumentos regulativos, abriendo paso al denominado “Estado post-regulativo”, en el que la autorregulación y otras formas alternativas a la regulación estatal van cobrando gran relevancia. Además, el auge de la globalización económica en las últimas décadas de siglo pasado impulsará una regulación económica global al margen del derecho regulativo de los Estados.

Hablar de *regulación* –mejor, quizá, que de derecho regulativo— a partir de las últimas décadas del siglo XX implica explorar las nuevas sendas de este fenómeno en el Estado post-regulativo y en la regulación económica global². Este abordaje nos situará ante un panorama de gran complejidad, donde la regulación estatal persiste; pero en el que se habrían abierto espacios muy importantes para técnicas regulativas mixtas o exclusivamente privadas. Un modelo impuesto por las políticas neoliberales y que se expande globalmente, pero que

¹ Calvo García M., *Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista*, en Añón M^a J., Bergalli R., Calvo M., Casanovas P. (eds), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 60-61.

² El primer problema que se nos planteará es terminológico. De entrada no está claro que hoy en día todo lo que llamamos “regulación” sea derecho, sin embargo el acarreo histórico hace que utilicemos de modo genérico el término “derecho regulativo”. Este uso quizá tenía pleno sentido en las primeras fases de la “regulación” basada en el modelo ‘*command and control*’ (CAC) asentado en la producción de reglas coercitivas respaldadas institucionalmente por organismos estatales o agencias dotadas de autoridad normativa y mecanismos de control positivo y negativo. Sin embargo, en el ámbito de lo que hoy llamamos “regulación” no está claro que todo sea derecho y la autoridad que respalda algunas técnicas regulativas está sometida a debate.

ha sido profundamente cuestionado a raíz de la crisis financiera de 2007 y la subsiguiente crisis económica de 2008.

Las consecuencias de la crisis y el fracaso de los nuevos instrumentos regulativos nos llevarán a cuestionar si no se ha enterrado demasiado pronto la regulación estatal y si los planteamientos regulativos tradicionales pueden tener sentido todavía hoy. Esto nos situará ante un panorama de gran complejidad en el que coexistirán el derecho regulativo y las regulaciones privadas, tanto en su faceta de regulación privada dentro del Estado como de las regulaciones vinculadas a la gobernanza global. Lo cual nos ubica ante un panorama de descentramiento regulativo y de cuestiones importantes que habría que afrontar desde el prisma de la Teoría del derecho.

2. El Estado regulativo

La evolución hacia el modelo jurídico intervencionista – frente a los postulados del liberalismo clásico – se produjo en fases sucesivas que respondían a necesidades características de cada periodo. La primera gran marea regulativa se produce en los años treinta y coincide precisamente con la resaca de la gran depresión económica vivida como consecuencia del crack económico y social de 1929, que llevo a la bancarrota a un número elevado de instituciones financieras norteamericanas y a la desesperación a otro infinitamente mayor de ciudadanos de ese país. La intervención frente a esa situación tenía como objetivo la respuesta a una demanda generalizada de racionalización del sistema económico para evitar riesgos como los vividos durante la profunda crisis económica vivida, orientándose hacia políticas de corrección de las imperfecciones del mismo y de restauración de las propias reglas del mercado. Surgen así, la regulación económica desde agencias independientes en EEUU y la intervención del Estado en la economía que daría paso al llamado Estado keynesiano. Esta intervención sigue el modelo *command and control* (CAC) basado en la producción de reglas coercitivas respaldadas y supervisadas institucionalmente por el Estado o Agencias dotadas de autoridad normativa y de control positivo y negativo.

A finales de los años sesenta, la regulación económica se complementa con una nueva etapa regulativa “social” en EEUU y el desarrollo de lo que se dio en llamar el “Estado regulativo del bienestar”. La “regulación social” se aproxima al fenómeno más general de la legislación compensatoria y promocional del Estado providencia y, en particular, a las formas y dinámicas jurídicas mediante las que se realizan algunas políticas sociales. Paradójicamente en el control de los riesgos sociales también se va a recurrir al derecho regulativo, lo cual da lugar al desarrollo de una auténtica marea regulativa vinculada inicialmente al control de la economía y los mercados y, con posterioridad, a la explosión de nuevas

técnicas regulativas asociadas a la materialización que suponen la regulación social y el Estado regulativo del bienestar³.

El derecho deja de tener el aire clásico de un sistema normativo formal compuesto por normas cuyo cometido es asegurar negativamente la libertad de los miembros de una comunidad y facilitar patrones de relación social. El derecho regulativo se *materializa* desde el momento en que persigue fines e intereses sociales, tanto en el ámbito de la regulación económica como en el ámbito de la regulación social. Además, o quizá por eso, los sistemas jurídicos experimentan una auténtica avalancha normativa y su estructura formal se torna extraordinariamente compleja.

El derecho regulativo se asienta en instrumentos normativos de legislación primaria, secundaria y terciaria. A veces se piensa que hábitat del derecho regulativo tendría que ser la legislación secundaria, pero lo cierto es que el derecho regulativo toma cuerpo inicialmente en la legislación primaria – que, obviamente, tiene un desarrollo reglamentario en la legislación secundaria. Sin embargo, la auténtica avalancha normativa se produce en la llamada legislación terciaria⁴.

El aumento de la cantidad no trae aparejada mayor calidad, sino más bien al contrario. En la praxis se puede constatar una profunda degradación de los instrumentos de producción de normativa, tanto desde el punto de vista de las técnicas legislativas como desde el punto de vista de la “relevancia” de los instrumentos utilizados. Si en los instrumentos de la legislación primaria lo que encontrábamos eran principios y reglas, en la legislación secundaria el panorama se completa con el recurso a reglas técnicas y estándares. La legislación terciaria – que, como hemos dicho, es donde se produce la auténtica avalancha “normativa” – es la que incorpora instrumentos regulativos que incluyen nuevas reglas técnicas y estándares muy abiertos a una implementación controlada, por una parte, y discrecional, por otra. Estos instrumentos normativos difícilmente encajan con el formalismo jurídico tradicional: directrices procedimentales para el control positivo y negativo, guías interpretativas, bases, baremos, recomendaciones, códigos de buenas prácticas, etc.⁵

En cualquier caso, el derecho regulativo tradicional surge vinculado a exigencias de implementación profesionalizadas y a mecanismos de supervisión y control positivos y, sobre todo, negativos que descansan en la intervención de agentes estatales directamente o a través de agencias independientes. De ahí también muchas de las críticas que recibe. En particular, por la explosión burocrática que provoca y por las aperturas discrecionales, basadas en la propia

³ Calvo García, *Paradojas regulativas*, cit.; Calvo García M., *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.

⁴ Baldwin R., *Rules and Government*, Clarendon Press-Oxford Socio-Legal Studies, Oxford 1996.

⁵ *Ibidem*, pp. 80 y ss.

flexibilidad regulativa pero también en la penetración política de la regulación y las consiguientes determinaciones circunstanciales⁶. Dicho esto, la implementación del derecho regulativo se concibe como algo fundamental e inherente al mismo. El derecho regulativo tradicional no se concibe sin supervisión y control. Más aún, podría decirse que una de las claves de la efectividad del derecho regulativo radica en su puesta en práctica.

3. Los nuevos contextos de la regulación

A medida que las políticas y los agentes sociales neoliberales van cobrando fuerza, las iniciativas desreguladoras empiezan a ser la tónica dominante en las estrategias de la acción social y estatal en las dos últimas décadas del siglo XX. El auge de la regulación económica y la social ponían en evidencia un panorama normativo de una gran extensión que no encajaba muy bien ni con la *Teoría del derecho* estándar ni con las formas tradicionales del Estado y el derecho liberales. Se hablaba en ese sentido de un desplazamiento desde el “Estado positivo” al “Estado regulativo”⁷. En realidad, en muchos discursos de esa época, la propia identificación de un “Estado regulativo” tenía un objetivo claro de crítica al crecimiento “desmesurado” del Estado, al aumento de la burocracia y a la marea normativa vinculada al desarrollo de la regulación.

Se abre, así, una nueva época para la regulación. Esta etapa va a estar dominada por el triunfo de las tesis neoliberales, tanto en el ámbito académico como sobre todo en el ámbito de la acción política. Un periodo en el que priman las intervenciones centradas en embates desreguladores y el retroceso de la regulación estatal para ser sustituida por nuevas técnicas de regulación “privadas” o mixtas. Es por eso que, como se advertía más arriba, preferimos hablar de “regulación”, mejor que de derecho regulativo.

3.1. Del Estado regulativo al Estado post-regulativo

Las dos últimas décadas del siglo XX están marcadas por la generalización de la crítica – teórica y política – al Estado regulativo y propuestas claras a favor de la “desregulación, aunque paradójicamente en algunos ámbitos la llamada desregulación alentó una nueva marea regulativa”⁸. La privatización de utili-

⁶ Calvo García, *Paradojas regulativas*, cit.; Id, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, cit.

⁷ Seidman H., *Politics, position, and power: from the positive to the regulatory state*, 4ª ed., Oxford University Press, New York 1986; Majone G., *From the Positive to the Regulatory State*, en *Journal of Public Policy*, 1997, 17, pp. 139–67; Levi-Faur D., *The Welfare State: A Regulatory Perspective*, en *Public Administration*, 2014, 92, pp. 599–614.

⁸ En realidad muchas de las acciones llamadas “desreguladoras” no hacían sino encubrir privatizaciones y aperturas de espacios a la competencia.

dades (energías, agua, comunicaciones, etc.) implicaba la necesidad de regular y controlar esos ámbitos abiertos a la competencia, pero muy sensibles desde el punto de vista de la seguridad y el bienestar. La aparente crisis del Estado regulativo no se correspondía con la supervivencia y ampliación de las estructuras y los mecanismos regulativos. En realidad, puede hablarse de un desbordamiento de la regulación estatal ampliándose las estrategias regulativas a nuevos contextos y recurriendo a nuevas prácticas⁹.

Lo que si es cierto es que en este periodo pueden constatarse algunas transformaciones técnicas y una retórica generalizada tendente a poner en solfa el derecho regulativo. Esto aparte, el Estado regulativo se mantuvo tanto en términos de crecimiento como de aumento de la complejidad. En este sentido, si que puede hablarse de un tránsito desde el “Estado regulativo” basado en el modelo CAC al “Estado post-regulativo” en el que se incorporan los nuevos desarrollos de la regulación estatal y en el que además la regulación estatal se complementa con nuevas técnicas regulativas de carácter privado o mixtas. Técnicas que incluso sustituyen a la regulación tradicional en algunos ámbitos, sobre todo económicos y financieros; pero también en ámbitos como la normalización, códigos de buenas prácticas, autoevaluaciones de impacto medioambiental, etc.

Los nuevos contextos y prácticas del Estado post-regulativo no destierran los instrumentos del Estado regulador y las técnicas del mandato normativo-control institucional, pero si que se abren espacios a nuevos mecanismos normativos y pseudo-normativos extraordinariamente complejos – emanados de reguladores estatales y no estatales. En realidad, lo que se denomina como “nuevo Estado regulativo”¹⁰, o Estado post-regulatorio¹¹, habría surgido como respuesta a las demandas neoliberales y al desarrollo de la regulación económica global.

Desde los años 80 del siglo XX el neoliberalismo ataca la regulación estatal como el mayor de los males. Además, las crisis del derecho regulativo estatal en el plano local confluyen a partir de los 90 con la explosión de los nuevos instrumentos regulativos que se produce en el plano global, sobre todo en el ámbito de la regulación económica. En definitiva, la retirada del Estado y las nuevas técnicas regulativas, privadas en muchos casos, provocan un cambio importante en el panorama de la regulación.

⁹ Decker C., *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*, CUP, Cambridge, 2015, pp. 65 y ss., 189 y ss.

¹⁰ Braithwaite J., Drahos P., *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

¹¹ Scott C., *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post Regulatory State*, en Jordana J., Levi-Faur D. (eds), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, Cheltenham 2004.

Si bien no se acaba de desterrar la regulación estatal, ni tan siquiera reducirla significativamente; sí que hay un amplio rechazo retórico a la misma y a la implementación estatal de las normas regulativas. En este sentido, se ve como un prioridad el retroceso del “derecho” regulativo y la reducción de la burocracia. Aunque ya no se plantea como defendible la ausencia total de regulación, se acaba sosteniendo la necesidad de evitar la reacción exagerada frente a los nuevos –y viejos– riesgos abriendo paso a la implementación de nuevos sistemas estatales de regulación que pudieran resultar excesivos en términos de aumento de normas y explosión burocrática. Por otro lado, se apuesta por una “regulación ligera” y en la que deben cobrar mayor peso principios y estándares procedentes de los propios agentes sociales; reglas contractuales colectivizadas o individualizadas; procesos de establecimiento de estándares o reglas de normalización; y, en general, los instrumentos regulativos del denominado genéricamente *soft law*¹².

A partir de estas transformaciones, estaríamos hablando de “normas” e “implementación de normas” en las que el esquema regulativo en principio se mantiene tanto para la regulación estatal como para los nuevos modelos de regulación privados o mixtos. En este sentido, Scott define la regulación en el Estado post-regulatorio como “un instrumento de gobernanza estatal o no estatal”. Según esto, podemos pensar en la regulación como cualquier “proceso o conjunto de procesos por el cual se establecen normas, se supervisa el cumplimiento de las mismas o hay una retroalimentación en el sistema, y existen mecanismos para mantener el comportamiento de los actores regulados dentro los límites aceptables del régimen regulatorio (ya sea coercitivamente o por algún otro mecanismo)”¹³.

Se va a producir, como consecuencia, un claro “*descentramiento*” de la regulación. Las nuevas técnicas regulativas provocan el desbordamiento de la regulación estatal y nos sitúan ante un panorama de gran complejidad¹⁴. De entrada, el derecho regulativo tradicional pasa a ser tan sólo una de las técnicas que pueden ser utilizadas. Más aún, en el ámbito regulativo estatal también se han multiplicado las estrategias regulativas. Pero lo que es más significativo en esta transición es el desarrollo de nuevas estrategias y técnicas no estatales de regulación que reafirman esa descentralización y que han llevado a recurrir a nuevas concepciones de gobernanza y a asociar las nuevas formas regulativas con el

¹² Scott, *Regulation in the Age of Governance*, cit.; Garrido Gómez I., *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 38 y ss.

¹³ Scott C., *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, en *Public Law*, 2001, p. 286.

¹⁴ Black J., *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a 'Post-Regulatory' World*, en *Current Legal Problems*, 2001, 54, pp. 103-147; Id, *Critical Reflections on Regulation*, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, pp. 3-35.

pluralismo jurídico¹⁵. Aunque sea a vuela pluma, entre esas nuevas estrategias cabe mencionar: la autorregulación – basada en estándares y prácticas, mecanismos contractuales y pseudo-contractuales locales y globales ;la meta-regulación o regulación regulada, el desarrollo de instituciones reguladoras mixtas basadas en la incorporación –*enrolment*– de asociaciones y “vigilantes” –*gatekeepers*–; etc. También hay que destacar el desarrollo de nuevos mecanismos coercitivos informales vinculados a la autorregulación –que sólo de modo parcial y muy difusamente estarían respaldados por una autoridad institucional, pero que en principio han demostrado ser efectivos.

La autorregulación descansa en organismos de base privada que han asumido la tarea regulativa a partir de la producción de normas –privadas, obviamente – que contienen principios, reglas y estándares. La autorregulación ha ido ganando terreno a medida que cuajaban las críticas a la intervención regulativa estatal y se producían los avances del neoliberalismo. El derecho regulativo se ha ido reduciendo y complementariamente han ido apareciendo “certificaciones, auditorías, declaraciones, informes o valoraciones hechas por organizaciones privadas que actúan en un marco de reglamentaciones, también de base privada [...] La Administración pública no toma la iniciativa de reglamentar y aplicar las normas, sino que se retrae y abre espacios a los organismos y corporaciones de base privada”¹⁶.

Este descentramiento se multiplica con la globalización y, en particular, con la regulación privada transnacional que promueve la globalización económica. Desde un punto de vista general se evidenció muy pronto que la globalización abría nuevos espacios a ordenamientos jurídicos supra-estatales, transnacionales, que coexistían en el sistema mundial con los Estados. Ello llevó a reparar en un nuevo “derecho”¹⁷ que emergía desde múltiples sectores de la sociedad civil en los procesos globalizadores y que es independiente de la legalidad de los Estados nacionales y que en buena medida tiene que ver con regulaciones privadas de carácter global¹⁸. Este nuevo derecho del estado nación se sitúa a medio camino entre la regulación del estado nación y las propias instancias regulativas del derecho público internacional. Sin menoscabar la relevancia regulativa de alguna

¹⁵ Black, *Critical Reflections*, cit., p. 29.

¹⁶ Muñoz Machado S., *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en Id. (dir.), *Derecho de la regulación económica*. Vol I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid 2010, pp. 119-20.

¹⁷ Teubner G., *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, en Id. (ed.), *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth 1997, pp. 3-28; Id., *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?*, en Ladeur K.-H. (ed.), *Globalization and Public Governance*, Ashgate, Aldershot 2004, pp. 71-87.

¹⁸ Desde el punto de vista de las tesis imperantes sobre el pluralismo jurídico, estaríamos ante normas jurídicas en sentido estricto, con independencia de que en muchos supuestos surjan de mecanismos contractuales o de la autorregulación de agentes privados.

de estas instancias, como por ejemplo la Organización Mundial del Comercio¹⁹, el fenómeno verdaderamente significativo por su novedad y amplitud estaría relacionado con las nuevas técnicas de la regulación privada transnacional.

Esta regulación privada transnacional constituye un nuevo conjunto de principios, estándares, reglas, prácticas y procesos, creados principalmente por actores privados (empresas, ONG, expertos independientes, etc.) que ejercen un poder regulador autónomo o implementan un poder delegado – conferido por el derecho internacional o por legislaciones nacionales. La regulación privada transnacional difiere tanto de la regulación pública global como de las formas convencionales de elaboración de reglas identificables con el derecho privado²⁰.

Braithwaite y Drahos realizaron un esfuerzo considerable para compendiar esta regulación económica global – “*global business regulation*”. Este estudio nos permite identificar a los actores, los principios que concurren en los diferentes ámbitos de la globalización económica y los mecanismos que han permitido la expansión globalizadora²¹. La información recogida en el mismo pone en evidencia una realidad incontestable desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo. Una realidad que es operativa y que ha ido desplazando o encorsetando las regulaciones estatales²².

La regulación privada transnacional ha emergido como un ámbito regulador impulsado, por una parte, como alternativa a la regulación estatal o de los agentes del derecho internacional público; y, por otra, como necesidad de dar homogeneidad a las normas reguladoras de la globalización económica. En cualquier caso, la regulación privada global está ahí y ha contribuido exponencialmente al descentramiento de la praxis regulativa presentándose a priori como una forma privada de regulación²³. Otra cuestión es la que se relaciona con la naturaleza de estas normas, que de momento dejamos sin respuesta y que retomaremos *infra* en el epígrafe 4.

¹⁹ López Barrero E., *Regulación del Comercio Internacional: la OMC*, Tirant, Valencia 2010, pp. 31 ss., 65 ss.; Matus Baeza M., Unger M. (eds), *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, U. Externado de Colombia, Bogotá 2016.

²⁰ Cafaggi F., *New Foundations of Transnational Private Regulation*, en *Journal of Law and Society* 38, 1, 2011, pp. 20-49.

²¹ Braithwaite J., Drahos P., *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. pp. 37-469 y 476 ss.

²² Cfr, también, al respecto, Calliess G. P., Zumbansen P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2010, pp. 153 y ss.

²³ “Lo *privado* en el derecho transnacional indica que iniciativa en la producción, el desarrollo, la interpretación y la aplicación de normas se encuentra principalmente con los actores de la sociedad civil, en lugar de las autoridades públicas del Estado o el Derecho internacional público”, vid. Cotterrell R., *What Is Transnational Law?*, en *Law & Social Inquiry*, 2012, 37, 2 pp. 509.

3.2. ¿Crisis regulativa?

El empuje neoliberal parecía abocar a la extinción del derecho regulativo –o al menos algunas de sus manifestaciones. La evolución regulativa en el Estado post-regulativo y la regulación económica global nos habrían situado a comienzos del siglo XXI ante lo que parecía ser una profunda crisis del derecho regulativo. Aunque quizá sea más preciso decir del derecho regulativo tradicional basado en el mandato normativo-control institucional por parte de agentes públicos.

Pero la crisis financiera de 2007 y la crisis económica generalizada de 2008 hicieron que nos volviésemos a acordar de la regulación²⁴. Desde muchos puntos de vista, la crisis financiera estuvo estrechamente relacionada con el fracaso regulativo²⁵. En cualquier caso, aparte de achacar a la regulación fracasos y fallos, lo cual resultaba innegable²⁶, el derecho regulativo cobró nuevas vigencias y desarrolló nuevas estrategias. En ese sentido, la crisis financiera que condujo a una recesión mundial en la primera década del siglo XXI ofrece muchos argumentos para reconsiderar la práctica y el estudio de la regulación.

Julia Black²⁷ ha revisado algunas de las nuevas técnicas de gobernanza que se desarrollan al calor del Estado post-regulativo y las tendencias al descentramiento a la luz de las repercusiones de la crisis: la regulación basada en principios; la meta-regulación o regulación regulada; las estrategias basadas en el compromiso y la incorporación (*enrollment*) de organizaciones – locales y globales, estatales y no estatales- y “agentes de vigilancia” (*Gatekeepers*); y, por último, una de las técnicas más extendidas en numerosos países como la regulación basada en los riesgos (*risk based regulation*).

La *regulación basada en principios* fue saludada positivamente por gobiernos y organizaciones financieras. Buscaba superar un modelo basado en reglas prescriptivas detalladas y hacer descansar el control regulativo en reglas establecidas en términos muy generales o principios desde los que se desplegarían los estándares con base a los cuales las firmas reguladas deberían conducir su comportamiento económico. La lógica de esta estrategia era bastante convincente y se basaría en la idea de que los agentes económicos estarían mejor si-

²⁴ La gobernanza frente a las crisis financieras no sólo tiene una dimensión regulativa. En este trabajo nos centraremos en esta última dimensión, pero que duda cabe que en buena medida la evitación de riesgos y las respuestas frente a las crisis van más allá de la regulación. Las políticas económicas y la intervención directa del Estado en la economía juegan un papel fundamental al respecto.

²⁵ Black J., *Rebuilding the Credibility of Markets and Regulators*. Guest Editorial, en *Law and Financial Markets Review*, 2009, 3, 1, pp. 1–2.

²⁶ Stiglitz J. E., *Regulation and Failure*, en David Moss y John Cisternino (eds) *New Perspectives on Regulation*, The Tobin Project, Cambridge (MA) 2009, pp. 11–24.

²⁷ Black J., *Paradoxes and Failures: ‘New Governance’ Techniques and the Financial Crisis*, en *Modern Law Review*, 2012, 75, 6, pp. 1037–1063.

tuados que los reguladores para determinar los procesos y acciones específicas para alcanzar los objetivos regulativos. Según esto, los reguladores, en lugar de prescribir procesos o acciones concretas deberían permanecer en un segundo plano estableciendo los objetivos y los resultados demandados y dejando espacio para que los agentes económicos encuentren la forma más eficiente de lograr el resultado requerido²⁸. Esta estrategia sufrió un embate decisivo con la rápida llegada de la crisis financiera que hizo pensar a mucho que este tipo de estrategia no funciona con “gente que no tiene principios”²⁹. Más allá de este tipo de críticas, Julia Black apuntó que es una estrategia complicada que requiere competencias extraordinarias por parte de los reguladores en el diseño y supervisión sobre el despliegue regulativo específico de los agentes económicos para adaptarse a los principios establecidos y también de los propios agentes regulados para establecer los estándares y reglas específicos a partir de los que conducir sus conductas³⁰.

La *meta-regulación* o “regulación regulada”, en algunos contextos y terminologías, consiste en regular la autorregulación de los agentes regulados. Se basa en un modelo de autorregulación. Los reguladores no prescriben reglas específicas que deben ser cumplidas a “rajatabla” por los agentes regulados, sino que les exigen que desarrollen sus propios estándares y mecanismos para el cumplimiento con los objetivos regulativos y demuestren que cumplen con la regulación³¹. Esta estrategia se basaría en la idea según la cual de hecho los reguladores siempre dependen de los sistemas internos de los agentes económicos para garantizar de facto el cumplimiento de la regulación. En ese sentido, la meta-regulación simplemente haría explícita esta necesidad práctica³². Además, esta técnica aporta al Estado una información y una capacidad de control que va más allá de lo que podría desarrollarse a partir del modelo CAC. Esta regulación de la autorregulación, en principio y en abstracto, supondría que el Estado, que aparentemente se retrae de intervenir regulativamente de un modo preciso y exhaustivo, en realidad extiende su regulación e “intervendría más y con mayor intensidad”³³. Ahora bien, estas tesis no se corresponderían con lo ocurrido en la coyuntura de crisis financiera y económica a la que venimos haciendo referencia.

En el sector financiero, la meta-regulación fue adoptada como una técnica regulatoria específica, permitiendo que los agentes financieros pudieran utilizar

²⁸ Black J. et al., *Making a success of Principles-based regulation*, en *Law and Financial Markets Review*, 2007, 1, 3, pp. 191-206.

²⁹ Black, *Paradoxes and Failures*, cit., p. 1042.

³⁰ *Ibidem*, p. 1045.

³¹ *Ibidem*, p. 1045.

³² *Ibidem*, p. 1046.

³³ Darnaculleta M., *La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía*, en Muñoz Machado S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*. Vol I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid 2010, p. 655.

sus propios modelos de riesgo interno para establecer, por ejemplo, sus exigencias de capital. La crisis demostró que los reguladores ignoraban de facto los sistemas y controles internos de los agentes financieros, y sólo accedían a representaciones “hábiles” de los sistemas y controles construidos por los responsables de gestionar las relaciones con los organismos reguladores. Como consecuencia, la meta-regulación o “*management-based regulation*” se mostró como una “*myth-based regulation*”³⁴.

A pesar de radicalidad de su crítica, Julia Black no acaba de tener claro que se pueda dar de lado totalmente a esta estrategia. Y que en cualquier caso, la gestión interna de los agentes económicos para impulsar el proyecto regulativo es un elemento inevitable: “Los reguladores no pueden estar presentes en todo momento y en todos los lugares, incluso bajo los regímenes del CAC tienen que depender de firmas que cumplan con la regulación de forma continuada, no solo cuando el inspector llama a la puerta”³⁵.

Otra estrategia regulativa, que Julia Black también somete a escrutinio³⁶, es la del *enrolment* que también es revisada a la luz de las experiencias de la crisis financiera del 2007 y la subsiguiente crisis económica del 2008. En el marco de esta estrategia regulativa, el sistema de regulación financiera incorpora a diferentes organizaciones – nacionales o transnacionales, públicas o privadas – con capacidades regulatorias diferenciadas que pueden amplificar y mejorar la capacidad reguladora al inscribir a una multiplicidad de agentes para realizar diferentes funciones. Esta estrategia se habría complementado con la incorporación, en función de su reconocimiento en normas jurídicas o por su propia posición en el mercado, de “agentes de vigilancia” (Gatekeepers) que no son objeto directamente de la regulación; pero que tienen una posición estratégica con respecto a los agentes incorporados³⁷.

Obviamente, el *enrolment* supone una concepción descentralizada de la regulación. La incorporación (*enrolment*) proporciona “un marco normativo para considerar las formas en que la capacidad del sistema en su conjunto podría mejorar de manera efectiva y legítima el despliegue dentro de este marco de la capacidad reguladora de diferentes actores” que son incorporados a la estrategia regulativa³⁸. En este sentido, los reguladores no solo inscribieron actores y modelos de riesgo, también inscribieron estándares elaborados por esos organismos dando paso a una autorregulación policéntrica.

A priori, no cabe duda de que la estrategia del *enrolment* puede proporcionar beneficios, de entrada ampliando la capacidad regulatoria. Sin embargo, como

³⁴ Black, *Paradoxes and Failures*, cit., p. 1047.

³⁵ *Ibidem*, p. 1048

³⁶ Black J., *Enrolling Actors in Regulatory Systems: Examples from UK Financial Services Regulation*, en *Public Law P.*, 2003, pp. 63-91.

³⁷ Black, *Paradoxes and Failures*, cit., pp. 1048 ss.

³⁸ Black, *Enrolling Actors in Regulatory Systems*, cit., p. 91.

se demostró en la crisis financiera de las calificaciones crediticias por parte de estos agentes, existían dependencias y vulnerabilidades que tuvieron graves consecuencias³⁹. La ingeniería financiera permitió a muchas entidades obtener altas calificaciones, que al estallar la crisis no se mostraron acordes con la realidad. Pero es que incluso, el funcionamiento adecuado del sistema puede causar distorsiones debido a su propia complejidad⁴⁰.

Julia Black también revisa la *regulación basada en la evaluación y gestión de riesgos*. La evaluación de riesgos se convirtió desde la década de los 90 en un elemento central en las estrategias regulativas⁴¹. De hecho, la OECD en su *Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria* aconseja “aplicar [...] la evaluación, la gestión y las estrategias de comunicación de riesgos al diseño y la implementación de las regulaciones para asegurar que éstas estén bien orientadas y sean efectivas” (recomendación n° 9). Además, en este texto, a la vista de las repercusiones de la crisis financiera de 2007, se apostilla que “la evaluación de riesgos y los sistemas de gestión de los reguladores deben estar explícitamente diseñados para contemplar las consecuencias de riesgos sistémicos y de eventos catastróficos esporádicos”⁴².

La regulación basada en la evaluación y gestión de riesgos implica procedimientos para priorizar las intervenciones regulativas y desplegar recursos adecuados de cara a la implementación de las regulaciones encaminadas a hacer frente a esos riesgos en el plano de la supervisión y control de las actividades reguladas. Como señala Black, la regulación basada en la evaluación basada en riesgos es extraordinariamente compleja y puede ser contradictoria. De entrada, por regla general los recursos son limitados y ello obliga a realizar opciones y a elegir a qué riesgos se hace frente y con qué recursos⁴³. Por lo demás esta priorización se basa en evaluaciones de los riesgos que pueden ser falibles.

En definitiva, la crisis financiera y económica puso en evidencia las tensiones fundamentales de la regulación basada en la evaluación y control de riesgos al tener que gestionar al mismo tiempo la complejidad regulativa intrínseca y las cautelas políticas de los reguladores. El diseño y la implementación regulativa tienen que encarar la limitación de recursos y los “riesgos” de la evaluación de los riesgos. Más concretamente apunta Black que, “la regulación basada en el riesgo es [...] una estrategia intrínsecamente contradictoria que, políticamente,

³⁹ Black, *Paradoxes and Failures*, cit., p. 1051.

⁴⁰ *Ibidem*, 1052.

⁴¹ Mientras que algunas de las técnicas a las que se ha hecho referencia más arriba se han centrado específicamente en ámbitos financieros y en la regulación del mercado, la regulación basada en la evaluación y gestión de riesgos se ha desplegado profusamente en el diseño e implementación de la regulación social y medio-ambiental.

⁴² OECD, *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, OECD Publishing, Paris 2012, p. 30.

⁴³ Black, *Paradoxes and Failures*, cit., p. 1055.

nunca puede enseñar sus verdaderas cartas” obligados a transmitir una imagen de “control, racionalidad y protección en términos de igualdad”⁴⁴.

En definitiva, como resultado de la crisis, o mejor, del fracaso de los instrumentos regulativos, de los tradicionales y de las nuevas estrategias regulativas locales y globales, el ánimo regulatorio había cambiado hacia fines de 2008 y principios de 2009⁴⁵. Las crisis financiera y económica alientan una crítica generalizada al modelo regulativo impuesto por el neoliberalismo. No regular o recurrir a estrategias de regulación “débiles” podía tener repercusiones muy costosas, como las que evidenciaban estas crisis. Costos mucho mayores de los que se achacaban al exceso de regulación⁴⁶. En ese momento, desde muchos puntos de vista, se planteaba la necesidad de dar marcha atrás y restablecer el modelo tradicional a nivel local y un régimen más intervencionista tanto a nivel local como global. En palabras de Joseph Stiglitz: “Nuestro sistema financiero nos ha fallado. En parte, la razón de este fracaso tiene que ver con una regulación y estructuras regulatorias inadecuadas. [...] Si el gobierno designa como reguladores a aquellos que no creen en la regulación, no podemos esperar que la regulación se implemente con seriedad”⁴⁷.

Las estrategias a adoptar no dejaron de ser controvertidas. Desde algunos puntos de vista, se reclamaba más regulación y una supervisión más seria por parte de autoridades públicas. Nuevos controles que reemplazaran el “*light handed*” con una regulación basada en reglas más claras y terminantes y distanciada del sector privado⁴⁸. También se ha señalado que la regulación de los mercados financieros había sido particularmente débil⁴⁹ y que el retroceso de la regulación profesional había sido colmado con una dependencia e imitación excesivas de prácticas comerciales privadas – amen de la confusión entre regulados y reguladores⁵⁰. Frente a estas críticas surgidas al calor de la crisis, también se ha apuntado que si bien la demanda de “más regulación” fue útil en términos políticos en los primeros momentos de la misma, las demandas de más regulación

⁴⁴ *Ibidem*, p. 1056.

⁴⁵ La regulación no fue la única causa de la crisis, pero ciertamente jugó un papel importante. Los fallos fueron cometidos tanto por reguladores estatales como no estatales y por los agentes del mercado a nivel global, de la UE o nacional, desde los comités reguladores transnacionales hasta las instituciones financieras y sus estructuras de gobierno corporativo. *Ibidem*, p. 1037.

⁴⁶ Baldwin R. et al., *The Future of Regulation*, en Baldwin R., Cave M., Lodge M. (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, OUP, Oxford 2010, p. 615.

⁴⁷ Stiglitz J. E., *Regulatory reform is necessary to restore confidence in the financial system*, en *The Guardian* 22/10/2008.

⁴⁸ Baldwin et al., *The Future of Regulation*, cit., p. 616.

⁴⁹ Muñoz Machado S., *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en Muñoz Machado S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*. Vol I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid 2010, p. 64.

⁵⁰ Baldwin et al., *The Future of Regulation*, cit., p. 616.

también acabarían fracasando como ya había ocurrido en el pasado⁵¹.

Lo anterior aparte, no hay duda de que la crisis financiera y económica de la primera década del siglo XXI ha marcado las sendas del debate sobre las estrategias regulativas para garantizar la estabilidad de los mercados financieros y la regulación de las utilidades. O bien las técnicas regulativas no funcionaron adecuadamente, o bien la dimensión de control necesaria en los instrumentos regulativos no era lo suficientemente eficaz. El exceso de normas y de burocracia asustaba, pero la confusión entre reguladores y regulados y la dimensión “líquida”⁵² de las nuevas autoridades en el ámbito de la regulación no parecen haber sido efectivas a la hora de evitar los riesgos que determinaron las crisis.

4. Un nuevo panorama regulativo

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, las principales técnicas que se desarrollan al calor del Estado post-regulativo y las tendencias al descentramiento también presentan problemas. Las nuevas estrategias regulativas tienen fortalezas que pueden ayudar a superar algunas de las limitaciones y carencias del modelo regulativo tradicional; pero, como señala Julia Black, “no pueden minimizarse sus propias vulnerabilidades, tensiones internas y paradojas”⁵³.

Lo anterior, sin embargo, no debería llevar sin más a postular el retorno a las estrategias regulativas tradicionales basadas en la producción estatal de normas coercitivas respaldadas institucionalmente por organismos públicos o agencias dotadas de autoridad normativa y mecanismos de control positivo y negativo conocido en la terminología anglosajona como CAC – *comand and control*. Las tensiones que abrieron los espacios para las nuevas estrategias regulativas en los años 90 del siglo pasado no se habrían superado al interior de ese modelo. Ahora bien, dicho esto, tampoco parece prudente enterrar definitivamente las estrategias regulativas del modelo tradicional. Es más, incluso nos atreveríamos a decir que hoy por hoy el arquetipo tradicional prevalece en muchos ámbitos regulativos. Claramente en la regulación social, pero incluso en la regulación económica el modelo CAC tiene un peso importante. El único ámbito en el que las cosas son distintas por razones obvias es el de la regulación global. Un ámbito que, por lo demás, lleva a subrayar la tendencia al descentramiento que hemos destacado y la apertura de espacios para el pluralismo jurídico.

⁵¹ *Ibidem*, 616

⁵² Krisch N., *Liquid Authority in Global Governance*, en *International Theory*, 2017, 9, 2, pp. 237–260; Id., *Authority, solid and liquid, in postnational governance*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, pp. 25-48.

⁵³ Black, *Paradoxes and Failures*, cit., p. 1062.

4.1 La autorregulación en entredicho

La evolución regulativa en las últimas décadas pone en evidencia que en paralelo y en los márgenes de la regulación estatal han ido surgiendo otras estrategias que han llevado a una regulación “policéntrica” promoviendo técnicas no estatales o mixtas: autorregulación a partir de principios, estándares y prácticas respaldadas por mecanismos informales vinculados a la autorregulación; mecanismos contractuales y pseudo-contractuales locales y globales; meta-regulación; incorporación de agentes económicos y vigilantes privados a las estrategias regulativas; etc.

Ahora bien, más allá de esta discusión, las enseñanzas de la crisis muestran que la autorregulación y las técnicas mixtas más características del Estado post-regulativo no han funcionado. No han sido eficaces en la gestión de los riesgos que desencadenaron la crisis financiera y como consecuencia han sido muy cuestionadas desde muchos puntos de vista. La autorregulación ha sido vista como una contradicción en sus propios términos ya que “no puede identificar riesgos sistémicos”⁵⁴. No puede o no se quiere. En este sentido, Joseph Stiglitz mantenía radicalmente en una entrevista que “no podemos confiar en ellos [en los bancos y en el sector financiero], que engañarán, que se aprovecharán de la gente. La idea de que pueden autorregularse es absurda, es un oxímoron. Tiene que haber regulaciones”⁵⁵.

Un ejemplo citado reiteradamente estaría relacionado con la quiebra del Banco de inversión global *Bear Stearns* en los primeros momentos de la crisis. Esta institución financiera realizaba autoevaluaciones de riesgo bajo el paraguas de una comisión – *Consolidated Supervised Entities (CSE) Program* – creada a tal efecto para ofrecer la posibilidad de una supervisión voluntaria a grandes entidades crediticias. Esta comisión realizaba para *Bear Stearns* evaluaciones periódicas de riesgo, pero nunca consideró como un factor de riesgo para esta institución una posible bajada en picado de los precios de las viviendas. Circunstancia que provocó su descalabro económico y anunció el colapso generalizado de la banca de inversión en USA.

Ciertamente, algunas normas privadas sobre autorregulación pueden tener sentido. Si pensamos en las agencias de normalización y certificación, quizá en muchos casos puedan tener sentido. Pero cuando nos enfrentamos, por poner algunos ejemplos, a la intervención de agencias de calificación crediticia autorizadas institucionalmente – *Moody’s Investors Service, Standard & Poor’s (S&P), Fitch Ratings* – o de supervisión medioambiental – auditorías y certificaciones ambientales, evaluaciones privadas de impacto ambiental, etc. – parece prudente

⁵⁴ Stiglitz, *Regulation and Failure*, cit., pp. 11-24.

⁵⁵ Stiglitz J. E., *Entrevista a J. Stiglitz*, en *Eldiario.es* 31/12/2017.

te establecer algún tipo de supervisión o control desde organismos públicos más allá de la mera autorización⁵⁶. En principio, la corregulación o la regulación regulada permitirían mantener las ventajas de una autorregulación efectiva donde se implique a los agentes sociales en la consecución de los intereses y fines sociales y evitar sus trampas⁵⁷. Y aun así las cautelas no estarían de más, dadas las consideraciones críticas apuntadas más arriba (cfr. *supra* 2.2).

El problema que quedaría sin abordar es el de la gobernabilidad global, en la que se enmarcaría el ámbito regulativo privado transnacional que surge como alternativa a la regulación institucional – estatal e internacional – y para dar homogeneidad a las normas reguladoras de la globalización económica. También aquí, el rápido contagio de las crisis económicas y su dimensión global obligaron a replantearse si los mecanismos regulativos de carácter privado desarrollados por la globalización económica son suficientes.

4.2. *¿Retorno al Derecho regulativo?*

Desde algunos puntos de vista, lo anterior, quizá, no debería llevar sin más a postular el retorno a las estrategias regulativas tradicionales basadas en la producción estatal de normas coercitivas respaldadas institucionalmente por organismos públicos o agencias dotadas de autoridad normativa y mecanismos de control positivo y negativo, esto es, según el mecanismo tradicional conocido en la terminología anglosajona como CAC – *comand and control*.

Las tensiones que abrieron los espacios para las nuevas estrategias regulativas en los años 90 del siglo pasado no se habrían superado al interior de ese modelo. Ahora bien, dicho esto, tampoco parece prudente enterrar definitivamente las estrategias regulativas del modelo tradicional. Es más, incluso nos atreveríamos a decir que hoy por hoy el arquetipo tradicional prevalece en muchos ámbitos regulativos. Claramente en la regulación social, pero incluso en la regulación económica el modelo CAC sigue teniendo un peso importante. El único ámbito en el que las cosas son distintas por razones obvias es el de la regulación global.

El estado de cosas respecto a la regulación estatal, por otro lado, tampoco es halagüeño. Para abrir espacios a la autorregulación se promovió una lucha sin cuartel contra la regulación estatal con el fin de asegurar su retroceso. Estas acciones no sólo cuestionaron la legitimidad de la regulación estatal, sino que

⁵⁶ El problema se agiganta cuando estás agencias acumulan más poder que los propios Estados y los organismos supranacionales.

⁵⁷ Balleisen E. J., Eisner M., *The Promise and Pitfalls of Co-Regulation: How Governments Can Draw on Private Governance for Public Purpose*, en Moss D., Cisternino J. (eds), *New Perspectives on Regulation*, The Tobin Project, Cambridge (MA) 2009, pp. 11-24.

bloquearon en muchos casos el desarrollo de políticas regulativas públicas para hacer frente a nuevos problemas y nuevos riesgos sociales y económicos. La experiencia de la crisis ha evidenciado que ese camino no era el correcto. Frente a esta situación pensamos que se debe avanzar en la recuperación de los espacios de la regulación estatal donde sea necesaria y, en su caso, asegurar el reconocimiento y la efectividad de la autorregulación evitando sus “capturas” y malos usos –que han sido evidentes a raíz de la crisis financiera y económica de 2007.

Esa recuperación de espacios para la regulación estatal debería estar guiada por la revisión de los instrumentos jurídicos regulativos y los procesos de implementación de la misma con el fin de garantizar una “mejor regulación” de acuerdo con planteamientos no desreguladores, es decir, con programas que hagan frente a las demandas neoliberales. Por otro lado, a la vista de las experiencias derivadas de la crisis debe ponerse en primer lugar la dimensión coercitiva en la implementación de las regulaciones estatales propiamente dichas. E, igualmente, para las regulaciones privadas que de alguna manera sean incorporadas al ordenamiento jurídico. Al respecto, los instrumentos regulativos deben desprenderse de la tendencia a ser considerados como un fin en sí mismos y dar por descontado que lo importante son las técnicas jurídicas en sentido formal. Ya hace varios años, Robert Baldwin puso el dedo en la llaga al preguntarse “por qué no funcionan las reglas”⁵⁸. Si no se identifican claramente los objetivos, las estrategias y los instrumentos regulativos vinculados a esos objetivos y los mecanismos de implementación que aseguren su realización efectiva haciendo frente a las dificultades circunstanciales que puedan surgir, las regulaciones no funcionarán.

5. Encrucijadas teóricas del nuevo panorama regulativo

La evolución de la regulación en las últimas décadas pone en evidencia el desbordamiento de las técnicas regulativas tradicionales. La regulación estatal del sistema tradicional basada en el modelo de supervisión y control sería sólo *una* de las técnicas que pueden ser utilizadas. Como hemos apuntado, en los márgenes de la regulación estatal y en paralelo han ido surgiendo otras estrategias regulativas que han desembocado en una regulación *policéntrica*, promoviendo técnicas no estatales y/o mixtas: auto-regulación a partir de principios, estándares y prácticas respaldadas por mecanismos informales vinculados a la auto-regulación; mecanismos contractuales y pseudo-contractuales locales y globales; meta-regulación; incorporación de agentes económicos y vigilantes privados a las estrategias regulativas; etc.

⁵⁸ Baldwin R., *Why Rules Don't Work*, en *Modern Law Review*, 1990, 53, 3, pp. 321-337.

Ahora bien, ese panorama no obvia el hecho de que el elemento central de cualquier régimen regulatorio son “normas escritas”⁵⁹. Esto aparte, la pregunta que se sigue de entrada a partir de lo anterior es la de si en todos los regímenes regulativos no estatales se puede considerar como “normas jurídicas” las regulaciones privadas. Dejando a salvo, por supuesto, las normas privadas que son recogidas con posterioridad en reglamentaciones públicas o respecto de las que existen remisiones desde las mismas, con respecto de las cuales no existen dudas sobre su reconocimiento como normas jurídicas.

Las normas emanadas de la autorregulación pueden ser consideradas como normas “obligatorias” y por lo general suelen ser efectivas de facto; pero, obviamente, salvo que se haya producido su recepción en el ordenamiento, desde el punto de vista de la teoría jurídica tradicional es problemático calificarlas como normas “jurídicas”. Han sido elaboradas y aprobadas por los propios destinatarios y contienen mecanismos de autocontrol y autodisciplina. Son reglas técnicas, normas o estándares elaborados por un organismo de normalización privado, códigos éticos profesionales, la denominada responsabilidad social empresarial, buenas prácticas, etc. Desde ese punto de vista, podría hablarse de *obligatoriedad voluntaria* que, en principio, no podría confundirse con una obligatoriedad jurídica. Lo cual no impide que la obligación derivada de una norma técnica privada surgida en procesos de autorregulación puede desplegar su “validez y obligatoriedad de facto”⁶⁰. Todo ello, dejando siempre a salvo las posibles remisiones a esas normas privadas desde el ordenamiento jurídico, lo cual implicaría su incorporación al mismo⁶¹ y los supuestos de regulación regulada en los que existirá “un marco o un entorno de regulación pública que adoptará perfiles diversos, cercanos unos a la idea de habilitación, próximos otros a las a fórmulas de control, y que confiere a la autorregulación su reconocimiento público”⁶². En general, estaríamos ante normas de origen social y un carácter coercitivo difuso, pero que se vinculan a la realización de fines regulativos y, en principio, serían efectivas en la praxis.

Para algunos autores esas normas no sólo obligan voluntariamente, sino que pueden ser consideradas “normas jurídicas” en sentido estricto – más allá de su reconocimiento o incorporación al ordenamiento jurídico. Obviamente, para quienes defienden tesis radicales sobre el pluralismo jurídico, esto sería

⁵⁹ Como señala Julia Black, “en todos los tipos de sistemas regulativos, las normas escritas (reglas, estándares, principios, etc.) son la herramienta reguladora básica”, Black, ‘Says who?’ *liquid authority and interpretive control*, cit. p. 288. Para una aproximación más precisa y centrada en la Teoría del derecho, puede verse Black J., *Rules and Regulators*, OUP, Oxford 1997.

⁶⁰ Muñoz Machado, *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, cit., p. 209.

⁶¹ Esteve Pardo, *Autorregulación: génesis y efectos*, cit., p. 120.

⁶² *Ibidem*, p. 39. Habrá otras formas de autorregulación que tendrán más bien un valor declarativo limitándose a certificar el cumplimiento de las “normas” originadas en procesos de autorregulación, *ibidem*, 120 ss.; Darnaculleta i Gardella, *La autorregulación y sus fórmulas*, cit., pp. 662-663.

algo que cae por su peso⁶³. Pero, también desde perspectivas más aquilatadas, se defienden tesis próximas al pluralismo jurídico en relación con estas normas o estándares regulativos elaborados en ámbitos privados, locales o globales.

También la regulación estatal se ha descentrado y se ha desarrollado por sendas y tecnologías de gran complejidad. A la pluralidad inicial de los instrumentos normativos (reglas, principios, estándares, directrices, etc.) y sus espacios formales en ámbitos que iban desde la legislación primaria a la legislación secundaria y a la terciaria, se habría ido añadiendo una progresiva degradación normativa a la que ya hemos hecho referencia. Amén del surgimiento de técnicas híbridas y de la confusión creciente entre reguladores y regulados. Como consecuencia, hay una pregunta aún sin resolver también en este punto: ¿es derecho *todo* en la “regulación estatal”? En la legislación primaria y secundaria es obvio que sí, pero las dudas surgen en la legislación terciaria cuya efectividad se suele consolidar por la vía de hecho.

Pero una vez dicho esto, la pregunta es si la autoridad del derecho regulativo estatal se reduce a la efectividad de sus reglas y a su funcionamiento. En el caso de las normas que emanan de la legislación primaria y la legislación secundaria es obvio que no es así. Tendrá que existir siempre un mecanismo de autoridad basado en el reconocimiento de esas normas y su alcance por normas de segundo grado dentro del sistema jurídico. Pero, sobre todo en el ámbito del derecho regulativo, la efectividad de estas normas no dependerá exclusivamente de la dimensión formal de esta autoridad. La autoridad, de facto, tendrá una dimensión funcional que se irá fraguando en la implementación de esas normas a partir de las prácticas y las interpretaciones de las personas encargadas de su realización en contextos en los que la legitimidad de sus actuaciones descansa en un entreveramiento de la autoridad formal de estas normas y la aceptación de las dinámicas institucionales sobre las que descansa su efectividad⁶⁴.

Más difíciles de establecer son los mecanismos de la autoridad en el caso de

⁶³ Desde la perspectiva del pluralismo jurídico estaríamos ante auténticas normas jurídicas que incluso suelen obtener el respaldo de autoridades estatales aunque su implementación coercitiva siga dependiendo de los propios agentes privados que las han creado: Vid. Zumbansen P., *Neither ‘Public’ nor ‘Private’, ‘National’ nor ‘International’: Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective*, en *Journal of Law and Society*, 2011, 38, 1, pp. 50-75; Calliess G. P., Zumbansen P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2010; Berman P. S., *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, New York 2012; Cotterrell R., *What Is Transnational Law?*, en *Law & Social Inquiry*, 2012, 37, 2, pp. 500-524; Id., *A Concept of Law for Global Legal Pluralism?*, en Donlan S. P., Urscheler L. H. (eds.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives*, Ashgate, Farnham 2014, pp. 193-208. Por lo demás, el tránsito desde el *soft law* de la regulación global al *hard law* no es infrecuente, Cotterrell, *What Is Transnational Law?*, cit., p. 509.

⁶⁴ Un buen estudio para comprobar cómo operan en la praxis esas dinámicas puede verse en Hawkins K., *Environment and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*, Clarendon, Oxford 1984.

las normas producidas en el marco de lo que hemos denominado “legislación terciaria”, aunque esta busque vincularse a la legislación primaria y secundaria. Y mucho más todavía en relación con los regímenes híbridos de la regulación *policéntrica* característica del contexto regulativo actual. Aquí la autoridad de las normas todavía se torna más difusa. Básicamente descansará en la autoridad formal de las normas válidas que se tengan como referencia, pero sobre todo en la aceptación de las dinámicas institucionales vinculadas a su implementación. En los límites de esta dimensión normativa se habla incluso de *softlaw*, por contraposición a un *hardlaw* cuya autoridad se resolvería al interior del sistema jurídico. Por eso la aplicabilidad de este *softlaw* se resolvería “de acuerdo con un criterio normativo producido exógenamente”⁶⁵. La autoridad bascularía desde criterios de legitimidad formalistas a una dimensión de legitimidad vinculada a las dinámicas institucionales sobre las que descansa su efectividad y que conectaría con la concepción sociológica de la noción de legitimidad –con ecos weberianos incluso⁶⁶. Por eso, como ya hemos apuntado más arriba, algún autor ha definido la autoridad de las normas característica de estos ámbitos como una “autoridad líquida”⁶⁷.

En el contexto transnacional y en el de la regulación privada, es donde el concepto de “autoridad líquida” cobra mayor relieve. Nico Krisch, remitiéndose a un concepto de autoridad perfilado por Hannah Arendt, ha tratado de conectar este concepto con la noción de “*deterrence*”. Es decir, un reconocimiento de la autoridad de las regulaciones que no entronca directamente ni con una obligación que descansa en la coerción ni con la mera persuasión⁶⁸. En cualquier caso, el uso de ese término (*deterrence*), parece indicar que aunque no exista una dimensión coercitiva evidente, como en el modelo CAC, sí que existiría un elemento “disuasorio” y/o de “condicionamiento de conductas”. En cualquier caso, es evidente que la autoridad en las regulaciones transnacionales, que sería el horizonte en el que se enmarca la propuesta de Krisch, no puede descansar en poderes legales formales, sino que necesita asentarse en prácticas de reconocimiento y deferencia⁶⁹.

A partir de lo anterior, parece claro que es necesario un enfoque de la noción de autoridad como *práctica* y *experiencia* y que en consecuencia la auto-

⁶⁵ Black, ‘Says who?’ *Liquid authority and interpretive control*, cit., pp. 287.

⁶⁶ Cotterrell R., *Transnational Legal Authority: A Socio-Legal Perspective*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, p. 262 ss.; Krisch N., *Authority, solid and liquid, in postnational governance*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, p. 29.

⁶⁷ Krisch, *Authority, solid and liquid, in postnational governance*, cit.; Id., Krisch, *Liquid Authority in Global Governance*, cit.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 249.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 249

ridad que legitima las regulaciones debe ser identificada e interpretada sociológicamente⁷⁰. De ahí también que la recuperación del pensamiento de Weber y su concepción plural sobre la autoridad en nuestras sociedades tenga pleno sentido⁷¹. Weber habría subrayado al respecto que no toda autoridad en nuestras sociedades descansa exclusivamente en un sistema legislativo de reglas; con independencia de que la legitimidad legal, esto es, la autoridad derivada de reglas y procedimientos racional-formales de carácter legal, representa el tipo de autoridad dominante en nuestras sociedades⁷².

En definitiva, quizá debemos desterrar la idea de una autoridad política excluyente identificada con el Estado como creador y garante de la regulación. Ciertamente, en el plano del derecho regulativo tradicional y de los espacios en los que este se mantiene efectivo, la autoridad podía reducirse a una autoridad “jurídica” formal; pero en los modelos híbridos de la regulación estatal y en la regulación privada (local y global) nos encontramos con una autoridad supra-jurídica basada en prácticas y experiencias que sólo puede ser comprendidas correctamente desde una perspectiva socio-jurídica⁷³. Más aún, si algo hacen evidente la gobernanza global y la regulación transnacional es que quizá se hace necesario hablar de *autoridades*. Algo que desde un enfoque sociológico que vaya más allá de la noción formal de autoridad parece claro⁷⁴.

Ahora bien, una vez que se ha aceptado ese respaldo plural de las normas regulativas la pregunta que queda sin respuesta es la de si podemos hablar de normas “jurídicas” para referirnos a las normas que emergen de tecnologías híbridas del derecho regulativo o de las regulaciones puramente privadas en el contexto transnacional y/o local. Lo cual nos sitúa ante la pregunta central que se ha planteado y que se vincula claramente a la comprensión de los fenómenos regulativos desde la Teoría del pluralismo jurídico.

Esta cuestión es nuclear para quienes partende una concepción amplia de la regulación. Julia Black, al comprender la regulación como un fenómeno “descen-trado” opta por una definición particularmente amplia y define esta regulación policéntrica como una “actividad intencional que busca controlar, ordenar o influenciar el comportamiento de otros”. Según esto, “la regulación es un proceso que involucra una acción, sostenida y focalizada, orientada a alterar el comportamiento de los agentes a los que se dirige, según estándares o propósitos

⁷⁰ Cotterrell, *Transnational Legal Authority*, cit., p. 253.

⁷¹ *Ibidem*, p. 262 ss.

⁷² Cotterrell R., *Why lawyers need a theory of legal pluralism*, en *Sociological Jurisprudence: Juristic thought and social inquiry*, Routledge, London 2018, p. 83.

⁷³ Cotterrell, *Transnational Legal Authority*, cit., pp. 253-279.

⁷⁴ Roughan N., *From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, pp. 283 ss.

establecidos, con la intención de producir un resultado o resultados definidos” en esas normas⁷⁵. Obviamente, esta definición, acorde con la comprensión de regulación como un fenómeno “descentrado” en el que caben la regulación estatal, la regulación privada o mixta y la regulación transnacional, amplía considerablemente los presupuestos de la autoridad de la Teoría del derecho tradicional – y no tan tradicional – que siempre tiene una base normativa e institucional. La noción de poder se desplaza desde el estricto ámbito estatal a una noción de control social en la que priman los ecos funcionalistas y foucaultianos y permite vislumbrar la obediencia a las regulaciones privadas o transnacionales como una cuestión de poder⁷⁶. Obviamente, desde esta perspectiva, una vez sentado el reconocimiento de los fundamentos del poder que legitima la autoridad característica de la regulación en cualquiera de sus ámbitos, más allá de la autoridad estatal, aceptar las tesis del pluralismo jurídico cae por su propio peso.

Este concepto de gobernanza no centrado en el Estado, con rasgos difusos, extiende el concepto de autoridad que al igual que la aplicabilidad de las regulaciones se resuelve como “exógeno” a los mecanismos formales del sistema jurídico⁷⁷. Con lo cual, no se ve inconveniente en ampliar la caracterización jurídica a todos los instrumentos regulativos, incluidos los procedentes de la autorregulación – local o global – dentro del marco de una Teoría del pluralismo jurídico que atienda a las relaciones entre la regulación “descentrada” y el derecho. Más concretamente, Julia Black concluye que “descentrar el análisis de la regulación plantea cuestiones que van desde problemas de diseño regulatorio a las preguntas más fundamentales sobre la naturaleza de la regulación, el papel del Estado, y el concepto de derecho.”⁷⁸

Una *Teoría del derecho* anclada en una perspectiva puramente filosófica no puede dar cuenta de los fenómenos del pluralismo jurídico y difícilmente reconocería como derecho las normas emergentes de la regulación privada, local o global. A ello hay que añadir que, hoy por hoy, no contamos con una *Teoría del pluralismo jurídico* plenamente desarrollada y ello dificulta la concreción de un concepto de derecho y una *Teoría del derecho* capaz de explicar el entrelazamiento de normatividades diversas y a veces difusas. Cuando el derecho deja de ser algo monolítico que emana siempre de fuentes estatales y reducido a criterios de racionalidad formal, una perspectiva más amplia permitiría considerar esas regulaciones privadas como normas legítimas --“jurídicas” si se quiere. Ahora bien, dejando claro que la autoridad que legitima tales normas descansa

⁷⁵ Black J., *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a 'Post-Regulatory' World*, en *Current Legal Problems*, 2001, 54, p. 142.

⁷⁶ Black J., *Critical Reflections on Regulation*, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, pp. 4 ss..

⁷⁷ Black, ‘Says who?’, cit, p. 287.

⁷⁸ Black, *Decentring Regulation*, cit., p. 146.

en su propia dinámica institucional, esto es, como práctica y experiencia. Con lo cual, tanto su aceptación como su imposición coercitiva se situaría más allá de los resortes del sistema legal propiamente dicho.

Bibliografía

- Baldwin R., *Why Rules Don't Work*, en *Modern Law Review*, 1990, 53, 3, pp. 321-337.
- Baldwin R., *Rules and Government*, Clarendon Press-Oxford Socio-Legal Studies, Oxford 1996.
- Baldwin R. et al., *The Future of Regulation*, en Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, OUP, Oxford, 2010, pp. 613-626.
- Baldwin R. et al., *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, 2nd ed., OUP, Oxford 2012.
- Baldwin R., Black J., *Driving Priorities in Risk-based Regulation: What's the Problem?*, en *Journal of Law and Society*, 2016, 43, 4, pp. 565-595.
- Balleisen E. J., Eisner M., *The Promise and Pitfalls of Co-Regulation: How Governments Can Draw on Private Governance for Public Purpose*, en David Moss, John Cisternino (eds), *New Perspectives on Regulation*, The Tobin Project, Cambridge (MA) 2009, pp. 11-24.
- Berman P. S., *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, New York, Cambridge University Press, 2012.
- Black J., *Rules and Regulators*, OUP, Oxford 1997.
- Black J., *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a 'Post-Regulatory' World*, en *Current Legal Problems*, 2001, 54, pp. 103-147.
- Black J., *Critical Reflections on Regulation*, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, pp. 3-35.
- Black J., *Enrolling Actors in Regulatory Systems: Examples from UK Financial Services Regulation*, en *Public Law P.*, 2003, pp. 63-91.
- Black J., *Rebuilding the Credibility of Markets and Regulators. Guest Editorial*, en *Law and Financial Markets Review*, 2009, 3, 1, pp. 1-2.
- Black J., *Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis*, en *Modern Law Review*, 2012, 75, 6, pp. 1037-1063.
- Black J., *'Says who?' liquid authority and interpretive control in transnational regulatory regimes*, en *International Theory*, 2017, 9, 2, pp. 286-310.
- Black J. et al., *Making a success of Principles-based regulation*, en *Law and Financial Markets Review*, , 2007, 1, 3, pp.191-206.
- Braithwaite J., Drahos P., *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- Cafaggi F., *New Foundations of Transnational Private Regulation*, en *Journal of Law and Society*, 2011, 38, 1, pp. 20-49.
- Calliess G. P., Zumbansen P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford 2010.

- Calvo García M., *Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el Estado intervencionista*, en M^a J. Añón, R. Bergalli, Manuel Calvo y P. Casanovas (eds), *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 99-129.
- Calvo García M., *Teoría del derecho* (2^aed.), Tecnos, Madrid 2002.
- Calvo García M., *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.
- Calvo García M., Picontó-Novales T., *Introducción y perspectivas actuales de la Sociología jurídica*, Editorial UOC, Barcelona 2017.
- Cotterrell R., *What Is Transnational Law?*, en *Law & Social Inquiry*, 2012, 37, 2, pp. 500-24.
- Cotterrell R., *A Concept of Law for Global Legal Pluralism?*, en S. P. Donlan and L. H. Urscheler (eds.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives*, Ashgate, Farnham, 2014, pp. 193-208.
- Cotterrell R., *Transnational Legal Authority: A Socio-Legal Perspective*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, pp. 253-279.
- Cotterrell R., *Why lawyers need a theory of legal pluralism*, en *Sociological Jurisprudence: Juristic thought and social inquiry*, Routledge, London 2018, p. 75-88.
- Darnaculleta i Gardela M. M., *La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía*, en Muñoz Machado S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, Vol I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid 2010, pp. 631-668.
- Decker C., *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*, CUP, Cambridge 2015.
- Esteve Pardo J., *Autorregulación: génesis y efectos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2002.
- FSA-The Financial Services Authority, *Principles-based regulation. Focusing on the outcomes that matter*, FSA, London 2007.
- Garrido Gómez I., *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, Dykinson, Madrid 2017.
- Keith H., *Environment and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*, Clarendon, Oxford 1984.
- Jordana J., Levi-Faur D. (eds). *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2004.
- Keynes J. M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, F. C. E, México 1987.
- Koop, C., Lodge M., *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis*, en *Regulation & Governance*, 2017, 11, pp. 95-108.
- Krisch N., *Authority, solid and liquid, in postnational governance*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds.), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, pp. 25-48.
- Krisch N., *Liquid Authority in Global Governance*”, en *International Theory*, 2017, 9, 2, pp. 237-260.

- Levi-Faur D., *The Welfare State: A Regulatory Perspective*, en *Public Administration* 2014, 92, pp. 599–614.
- López Barrero E., *Regulación del Comercio Internacional: la OMC*, Tirant, Valencia 2010.
- Majone G., *From the Positive to the Regulatory State*, en *Journal of Public Policy*, 1997, n° 17, pp. 139–67.
- Matus Baeza M., Unger M. (eds), *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*, U. Externado de Colombia, Bogotá 2016.
- Muñoz Machado S., *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*, en Id. (dir.), *Derecho de la regulación económica. Vol I: Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid 2010, pp. 15-244.
- OECD, *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, OECD Publishing, Paris 2012.
- Roughan N., *From Authority to Authorities: Bridging the Social/Normative Divide*, en Cotterrell R., Del Mar M. (eds), *Authority in Transnational Legal Theory: Theorising Across Disciplines*, Elgar, Cheltenham 2016, pp. 280-299.
- Santos, B. S., *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*, trd. C. Rodríguez, UNC/ILSA, Bogotá 1998.
- Santos, B. S., Rodríguez-Garavito C. A. (eds), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge UP, Cambridge 2005.
- Scott C., *Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design*, en *Public Law*, 2001, pp. 283-305.
- Scott C., *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post Regulatory State*, en Jordana J., Levi-Faur D. (eds), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Edward Elgar, Cheltenham 2004, pp. 145-174.
- Scott C., *Regulation and Risk Today*, en *European Journal of Risk Regulation*, 2017, 8, 1, pp. 24-27,
- Seidman H., *Politics, position, and power: from the positive to the regulatory state*, 4ª ed., Oxford University Press, New York 1986.
- Stiglitz J. E., *Principles of Financial Regulation: A Dynamic Portfolio Approach*, en *The World Bank Research Observer*, 2001, 16, 1, pp. 1–18.
- Stiglitz J. E., *Regulatory reform is necessary to restore confidence in the financial system*, en *The Guardian* 22/10/2008). [<https://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2008/oct/22/economy-financial-crisis-regulation>].
- Stiglitz J. E., *Regulation and Failure*, en David Moss y John Cisternino (eds), *New Perspectives on Regulation*, The Tobin Project, Cambridge (MA) 2009, pp. 11-24.
- Stiglitz, J. E., *Entrevista a J. Stiglitz*, en *Eldiario.es* 31/12/2017 [http://www.eldiario.es/sociedad/Joseph-Stiglitz-financiero-regulamos-aprovecharan_0_723728182.html].
- Teubner G., *Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold*, en *Society & Legal Studies*, 1992, 1, 1992, pp. 451-475.
- Teubner G., *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, en Teubner G. (ed.), *Global Law without a State*, Brookfield, Dartmouth 1997, pp. 3-28.

Teubner G., *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?*, en Ladeur K.-H. (ed.), *Globalization and Public Governance*, Ashgate, Aldershot, 2004, pp. 71-87.

Zumbansen P., *Neither 'Public' nor 'Private', 'National' nor 'International': Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective*, en *Journal of Law and Society*, 2011, 38, 1, pp. 50-75.

File riservato ad esclusivo fine di studio

M. ISABEL GARRIDO GÓMEZ

*El paradigma de la positividad jurídica en las normas de soft law**

ABSTRACT: Currently, soft law is seen as an increasingly common legal manifestation, occupying very diverse spaces within public and private Law, and in the internal spheres of States and extra-national contexts (of an international, supranational and transnational nature). From this point of view, this work is based on the complexity of determining a unanimous position on what is soft law, however it seems that virtually all authors agree to consider it as an instrument that has a legally non-binding character and has some legal relevance. Consequently, taking into account such estimation, the paradigm of legal positivity is analyzed from the perspective of voluntariness, reflecting on its way of acting in its main models and dynamics.

SUMARIO: 1. Fórmulas regulatorias y fases de estudio. 2. Concepto de *soft law* y valoración de la positividad jurídica que deriva del mismo. 3. Pautas de acción 3.1. En el ámbito interno: caso de la Administración pública. 3.2. En los ámbitos internacional y supranacional: casos del Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea. 3.3. En los ámbitos internacional y supranacional: casos del Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea. 3.4. En el ámbito transnacional, caso de la *lex mercatoria*, la responsabilidad social empresarial y los nuevos tipos de contratos.

1. Fórmulas regulatorias y fases de estudio

La transformación del Estado incide en la producción y aplicación normativas adaptándose al nuevo contexto global. Tales escenarios nos dejan ver la

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación *Diversidad y convivencia. Los derechos humanos como guía de acción* (DER 2015-65840-R) del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

crisis de los sistemas representativos y evidencian que las fuentes del Derecho de origen parlamentario se han debilitado notablemente¹. Desde este punto de vista, se observa que la desregulación es una de las principales manifestaciones del Derecho fruto de la globalización, la cual se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras que se limitan a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que actúan dentro del mercado.

Este trabajo pretende analizar la situación en la que se encuentra el Derecho hoy día con la finalidad de establecer el paradigma de su positividad jurídica. Todo ello en términos de validez, justicia y eficacia intentando poner de manifiesto que es necesario avanzar en el estudio de un tipo de Derecho esencialmente voluntario y en su creación libre dentro de un espacio, que supere la estatalidad, desembocante en nuevos criterios rectores y contenidos por los que se rigen conductas en el terreno de la autorregulación.

El plan de trabajo desarrollado se divide en tres grandes apartados los cuales se corresponden en un primer plano que define normativa y conceptualmente el concepto de fuente y el *soft law*. El punto de partida es el análisis del marco normativo general, de dicho análisis se obtienen los principios y los conceptos jurídicos fundamentales que sirven de guía y facilitan más adelante la determinación de las dinámicas y tipos de *soft law* con la finalidad de vigilar la efectividad y eficiencia de las normas al ser implementadas. En segundo lugar, se llega a una categorización de las dimensiones examinadas en el plano de la desregulación y la autorregulación articulando estas con atributos que la norma recoja. En la medida de lo posible, los atributos se definen de forma bien delimitada pero, a su vez, se intentan complementar para la organización de un sistema en red basado en la voluntariedad. Igualmente, queda reflejado en esta fase el carácter intersectorial de las normas y sus principios operativos.

En una segunda parte, se concretan los aspectos vistos en el primer apartado dentro de las diferentes modalidades de *soft law* estimando los objetivos específicos de cada una de ellas según la funcionalidad que desempeñan y conforme a las competencias que tienen, adecuándose en cada supuesto a la especificidad de su origen y contexto. A ello se une la determinación de criterios de referencia que permitan evaluar su desempeño. Al tiempo que se mide la situación de cada dinámica y tipología. De ahí que la presentación se construya de forma sistemática y transversal para que puedan operar óptimamente los desarrollos analíticos y sistemáticos sobre el alcance de los contenidos normativos en cuestión y su operatividad, de manera que podamos observar más claramente el elemento de la positividad jurídica.

¹ Ferrarese M. R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2000 pp. 57 y ss., pone de manifiesto la privatización progresiva del Derecho en el contexto de la globalización.

Y, finalmente, llegamos a una serie de conclusiones valorativas del *soft law* y de sus modalidades utilizando como criterios la validez, la relevancia, la actualidad, la interpretabilidad, la orientación a los grupos de riesgo y la conexión con un modelo previo. Y los criterios más específicos en función de las áreas concretas considerarán la identificación de necesidades, la determinación de prioridades, y los objetivos para la acción y evaluación.

En esta dirección, se dice que con la globalización ha aparecido un nuevo tipo de Derecho -un *soft law*- en el que el recurso a la coacción es menos importante que en el Derecho estatal. Esto recae en la tendencia a privilegiar mecanismos de resolución de conflictos, como la mediación o el arbitraje, que frente a la jurisdicción no parecen tener un carácter impositivo, puesto que presuponen la aceptación por las partes que son quienes nombran a los árbitros o mediadores; o en la relevancia de organismos como la Organización Mundial de Comercio, regido por normas y procedimientos distintos a los del clásico Derecho estatal.

Por otro lado, en general la autorregulación es la forma más representativa y es entendible de tres maneras, primero como las actuaciones normativas con cierto grado de abstracción (normas técnicas, protocolos o códigos de conducta). La segunda de las posibilidades está configurada por acuerdos y decisiones singulares. Y la tercera comprende soluciones de conflictos en especial por las vías del arbitraje o de la mediación. No obstante, a pesar de que las tres variantes son distintas, existe un elemento que aporta unidad y es el origen de la naturaleza privada que comparten. Ahora bien, se observa también que hay expresiones de autorregulación que superan la órbita privada y consiguen tener una trascendencia pública².

También puede que un sector pretenda limpiar su imagen o mejorar su credibilidad, huyendo la autorregulación de la regulación ante la amenaza del gobierno. Y puede que sean los gobiernos los impulsores de la autorregulación, los organismos que se autorregulan son variables y están más o menos formalizados. En el grado más bajo se halla un sistema en el que la empresa se dota de un código ético; un grado más elevado de formalización supone que la autorregulación la realice una asociación representativa de determinadas empresas o sociedades; y un nivel todavía más elevado sería el que se produce por corporaciones con facultades legales para dictar normas. En segundo lugar, puede que la autorregulación sea optativa y el gobierno no tenga ningún tipo de intervención, o los gobiernos puedan reservarse la intervención.

Igualmente, la autorregulación puede ser un sustituto de la reglamentación o complementarse con normas estatales. Si nos centramos en la participación dada a los terceros, se incluye cualquier normativa que no se haya elaborado di-

² Esteve J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2002, pp. 15-19. Ver además, Duijkersloot T., *The Principle of Legality and the 'Soft Law' Regulation and Supervision of Financial Markets*, en Leonard B., Frans P., Sacha P. (eds.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn 2011, pp. 273-294.

rectamente por el Parlamento ni por el gobierno sino por los propios afectados, y que tiene distinta naturaleza, fuerza vinculante y grado de intervención por las autoridades públicas³.

2. Concepto de soft law y valoración de la positividad jurídica que deriva del mismo

Cuando hablamos del *soft law*, cuya expresión aglutina fenómenos heterogéneos, nos referimos a un Derecho negociado y directivo, que viene conformado por normas obligatorias que poseen cláusulas de escape o provisiones de salida que permiten que la parte vinculada determine cuándo es exigible la obligación⁴. Esta cuestión hace que se hayan conformado normas de cumplimiento que, en el caso de que se incumplan, no acarreen una respuesta específica si bien existen ciertas vías de sanción distintas a las tradicionales. Además, el *soft law* impulsa a los poderes públicos a espacios impropios desde el punto de vista jurídico competencial, estando sujeto a procedimientos que para desplegar efectos *ad extra* no requieren su aprobación pero sí su publicación, y la manifestación de los efectos se produce en las reglas antes que en los principios⁵. Mas no está previsto que los conflictos, dudas o desacuerdos sobre el alcance de sus normas sean resueltos por una autoridad independiente y superior al de las partes del litigio, lo que se puede entender como un déficit⁶.

La doctrina considera que el *soft law* se encuentra en los confines del sistema jurídico, pero los autores no se ponen de acuerdo a la hora de fijar qué lugar ocupa como fuente del Derecho. Unos creen que está dentro porque de él se derivan efectos jurídicos relevantes -aparte de que anticipa futuras regulaciones- de actuar como criterios de interpretación de las reglas jurídicas vinculantes, o de transformarse como resultado de una aplicación que resulte reiterada en normas vinculantes. Los códigos de conducta, las recomendaciones, los códigos de buenas prácticas, las declaraciones, las instrucciones, los programas, etc., pueden definir reglas que, pese a no ser exigibles por medio de los procedimientos típicos de la coerción jurídica se pueden observar configurando comportamientos y alcanzando cierto grado de efectividad. Simultáneamente, se piensa

³ Zapatero V., *El arte de legislar*, Thomzon-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009, pp. 159 y ss.

⁴ Galiana Á., *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016, vol. XXXII, pp. 302-303 y 308.

⁵ Sarmiento D., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008, pp. 105-106.

⁶ Laporta F. J., *Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional*, en Ruiz Miguel A., *Entre Estado y cosmópolis: Derecho y justicia en el mundo global*, Trotta, Madrid 2014, pp. 76 y 77.

que el *soft law* es un parámetro interpretativo del *hard law* y parte de la doctrina entiende que es fuente del Derecho como principio general⁷.

En esta línea, el *soft law* puede ser público *ad intra* si el objeto se dirige a la autoorganización administrativa; privado si el objeto es únicamente la autorregulación; y privado-público en el supuesto de que se mezclen la naturaleza pública con elementos contractuales de las relaciones entre particulares⁸. También puede desempeñar distintas funciones, esto es las de servir de avance, alternativa, complemento y parámetro interpretativo del *hard law*, siendo digno de señalar que pueda servir de precursor a la hora de desarrollar el Derecho con algunos efectos jurídicos -deslegitimar la acción contraria y la que se adecua-. Este Derecho podrá ser el *hard law* futuro pero también es posible que sea un producto final⁹. En definitiva, de lo que se trata es de reflexionar sobre la idea de Derecho y cuáles son los límites que posee la juridicidad en los espacios extranacionales.

Mas, en este orden de ideas, se ha llegado a hablar de una inflación normativa, la cual menoscaba la estructura formal de las normas legales, y se produce en los niveles vertical, horizontal y de forma conjunta. La existencia de una masa de normas ha producido una baja intensidad a la vez que la mitificación de la ley ha hecho surgir la llamada deslegalización. Pero lo más importante es no olvidar que el principio de jerarquía deja paso al pluralismo. La expansión del pluralismo ha traído consigo los sistemas de interlegalidad o, como dice Pérez Luño, “de la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad”¹⁰. Por consiguiente, hay que replantear el concepto del Derecho como sistema, y los conceptos de vigencia y validez¹¹.

En un principio, el *soft law* se identificaba con normas programáticas cuyo contenido se formulaba por medio de principios con el objetivo de promover la práctica de los Estados en una línea. Sin embargo, el componente autonormativo de los dispositivos *soft* los hace obligatorios gracias al consentimiento; y el

⁷ Galiana, *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, cit., p. 314.

⁸ Rubio A., *Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2014, vol. XXX, p. 59.

⁹ Para la enumeración de las funciones del *soft law*, se sigue la relación realizada por Alonso García R., *El soft law comunitario*, en *Revista de Administración Pública*, 2001, 154, pp. 74-80; Galiana Á., *Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010, 21, pp. 44 y 45.

¹⁰ Pérez Luño A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid 2011, pp. 81 y ss. Además ver Twining W., *Derecho y globalización*, trad. de O. Guardiola-Rivera, C. Sandoval Villalba y D. E. López Medina, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá 2005.

¹¹ Block-Lieb S., Halliday T., *Incrementalism in Global Lawmaking*, en *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 32, pp. 851 y ss.; Pérez Luño A. E., *ibidem*; Valentino D., *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror-image rule*, en *Contratto e impresa*, 2010, 26, 2, pp. 392 y ss.

efecto del *soft law* nos aporta instrumentos alternativos satisfactorios a la hora de solucionar controversias. Así, son muy útiles los instrumentos del *American Law Institute*, el *Max Planck Institute* de Hamburgo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) que aportan perspectivas pragmáticas para el desarrollo del Derecho internacional. La estrategia indicada se traduce en la adaptación normativa a una rápida evolución tecnológica gracias a principios comunes que son aplicables internacionalmente¹².

En base a lo indicado, el *soft law* está muy vinculado a la desregulación que no pretende abolir totalmente la legalidad¹³, además de apreciar que existen exigencias no expresadas con el cumplimiento de las notas de generalidad o abstracción de las normas jurídicas, en la dirección de aplicarse a todas las relaciones integradas en las mismas. De esta manera, cuestión indiferente es el mayor número de personas o de relaciones que por ellas son regidas. Las ideas a las que aquí nos referimos se refieren a que las normas no pueden acoger materialmente la totalidad de los casos que surgen en la vida real; y a que los intentos de exhaustividad reguladora algunas veces distorsionan el contenido de las figuras jurídicas y del orden jurídico general. Por consiguiente, aquí el concepto de desregulación jurídica se refiere a la flexibilización del poder absoluto de la ley¹⁴. Desde ese prisma, es preciso profundizar en la justicia de las normas jurídicas como ajustamiento de las relaciones del hombre y de los grupos en los que se inserta dentro de la sociedad¹⁵.

Los defensores de una política de mínima intervención se caracterizan por entender que el mercado potencia su eficiencia. El mercado se presenta como el mecanismo ordinario de asignación de recursos siempre que se den las siguientes condiciones ideales: “información completa de los precios, establecimiento claro y preciso de los derechos de propiedad, egoísmo racional de los individuos, ausencia de costes de transacción, inexistencia de externalidades en el funcionamiento del propio mercado, homogeneidad de los productos e imposibilidad de que un individuo pueda determinar el precio del producto”¹⁶.

¹² Boretto M. M., *Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho internacional de la propiedad intelectual*, en *Ars Boni et Aequi*, 2012, 2, pp. 82 y 83.

¹³ Irti N., *La edad de la descodificación*, trad. e introducción de L. Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona 1992, pp. 181 y ss.

¹⁴ Oppetit B., *Le droit hors de la loi*, en *Droits*, 1989, 10, pp. 49 y ss.

¹⁵ Ollero A., *¿Tiene razón el Derecho?: entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid 1996, pp. 457 y ss.

¹⁶ Zapatero, *El arte de legislar*, cit., pp. 122-127 y 138-139. Ver también Marcilla G., *Desregulación, Estado social y proceso de globalización*, en *Doxa*, 2005, 28, pp. 239 y ss.; y sobre el concepto de *soft law* ver Garrido, M. I., *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 55 y ss.

3. Pautas de acción

3.1. En el ámbito interno: caso de la Administración pública

El camino de la pseudoprivatización iniciado en el ámbito de la Administración supone que, mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado, haya una supuesta creencia de que el Derecho administrativo no es útil. En relación con lo expuesto, se sustenta que tal Derecho no sirve para llevar a cabo la actividad propia de la Administración, solamente aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete al Derecho examinado. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles, porque el Derecho privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general.

Ligado con lo indicado, la progresiva remisión pública a fórmulas autorregulativas indica la tendencia de que las normas se concentren en los aspectos procedimentales, sin considerar aspectos sustantivos como los atinentes a las condiciones técnicas y materiales por las que deben conducirse las actividades. Remisiones que concurren también en las condiciones de cada licencia derivándose hacia la autorregulación¹⁷. En consecuencia, cuando hablamos de autorregulación aquí, no nos referimos simplemente a la capacidad y tendencia de los individuos y las organizaciones para regular su conducta. Dentro de la misma línea, tampoco es adecuado seguir identificando la autorregulación como una capacidad innata de los mercados para lograr sus equilibrios con eficacia. Ello se ha de considerar en cuanto que con la palabra autorregulación se superan las técnicas de autocontrol social, y se conecta con la globalización apreciándose una contraposición terminológica entre los conceptos de *autorregulación*, *mercado* y *eficacia*, y los de *regulación*, *Estado* y *eficacia*¹⁸.

Por otro lado, la gobernanza se explica en la actuación pública por parte de los poderes correspondientes, y su fin es encaminar a modelar las estructuras y procesos socioeconómicos para lograr fines propios del interés general. En lo que se refiere a la gestión pública, la gobernanza nos da a conocer un modelo paralelo a la gestión empresarial. Desde esta visión, para aportar una mayor claridad el Libro Blanco sobre Gobernanza elaborado por la Comisión Europea

¹⁷ Esteve, *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., pp. 26 y 27.

¹⁸ Darnaculleta M. M., *La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación*, en Muñoz Machado S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, t. I (*Fundamentos e instituciones de regulación*), dirigido por Muñoz Machado S., Esteve J. (dirs.), Iustel, Madrid 2009, pp. 631-634.

nos remite a normas, procesos y comportamientos de los poderes públicos los cuales mejoran la participación y aumentan la responsabilidad social en el ejercicio de las funciones públicas, con el objetivo de mejorar su eficacia y coherencia en la regulación pública¹⁹.

La idea de gobernanza nos remite, según Laporta, a instituciones y actores que nacen desde el gobierno y más allá de él, identifica lo que queda difuminado en los límites y responsabilidades dentro del choque entre los temas sociales y económicos, identifica la dependencia de poder entre las relaciones institucionales que se refieren a las acciones colectivas, nos remite a redes de actores autogobernados autónomamente, y reconoce la capacidad de hacer cosas fuera del poder del gobierno para ordenarlas o usar de su autoridad. Lo dicho incide en un cambio de los actores plurales, siendo públicos y privados definidos de un modo más formal. En cuanto a las relaciones entre los actores múltiples, se rompen las jerarquías y nace la interdependencia. En lo atinente a las acciones de gobernanza, se incide en la autoorganización de las redes que hacen que haya pautas de comportamiento desde sí mismas y se habla de gestionar las reglas o de negociar su generación. Y en cuanto a la naturaleza de las pautas, ellas se centran en la flexibilidad y la permisividad²⁰.

Consiguientemente, en el nuevo Derecho administrativo, las cláusulas abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados aportan el soporte material sobre el que la discrecionalidad administrativa actúa en lo restante, asumiendo grandes cotas de libertad²¹. Así, la cuestión que queda abierta es que la regulación actual no impone ya simples límites de mínimos, como ocurría en la época decimonónica, sino que establece una relación de requisitos que condicionan las actividades, razón por la que muchos hablan de un Derecho administrativo neopolicial²². Muchas veces se ha optado por reducir la aplicación del Derecho administrativo a las esferas en las que resulta totalmente imprescindible a causa de que el Derecho privado no es aplicable para conseguir los fines de interés general. Tal cosa hace que perdamos en garantías, y esa pérdida puede ser causa de ineficiencias dado que el no tener un control adecuado de la actividad ad-

¹⁹ *Ibidem*, pp. 641 y 642.

²⁰ Laporta F. J., *Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional*, en Ruiz Miguel A., *Entre Estado y cosmópolis: Derecho y justicia en el mundo global*, Trotta, Madrid 2014, pp. 57-60.

²¹ González García J. V., *Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo. Presupuesto de una relación*, en *Revista de Administración Pública*, 2004, 164, pp. 7-39; y la obra de Soriano J. E., *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1993.

²² Aman A. C., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law. From Government to Governance*, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, 8, pp. 379 y ss.; Mir O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid 2004, pp. 116 y ss.

ministrativa abre un cauce para el empleo incorrecto de los fondos públicos, el descontrol del gasto o la corrupción²³. En este sentido, el hecho de que esta huida hacia el Derecho privado se produzca por el propio legislador es un asunto que nos debe hacer tomar conciencia de la realidad y examinar los campos que han quedado desfasados, proponiendo nuevas soluciones y buscando un nuevo equilibrio que se ajuste mejor a las necesidades de nuestra coyuntura con nuevas técnicas y nuevos instrumentos²⁴.

Conforme al camino de la pseudoprivatización que hemos descrito anteriormente, se supone el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado. Se cree que el Derecho administrativo no sirve para llevar a cabo la actividad de la Administración, y solo aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete a tal Derecho. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles porque el Derecho privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general²⁵.

Pero los cambios no quedan aquí, sino que también se percibe la existencia de una modificación en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y de los actos políticos o de Gobierno y de su control por los tribunales. En resumen, se trata de un Derecho administrativo “menos nacional, más garante y menos prestador, más democrático en unos aspectos y menos en otros, sometidos a un régimen jurídico que le concede mayores espacios de libertad”²⁶. Desde el punto de vista apuntado, el reto más relevante jurídico-político es alcanzar el desenvolvimiento de un entramado jurídico y político-institucional que pueda hacer frente a los obstáculos de la nueva sociedad global²⁷. La aparición de múltiples Administraciones independientes ha hecho hablar de un cuarto poder del Estado que hasta ahora no existía y que conlleva peligros evidentes por su falta de control, aunque se puede apreciar que hay ventajas de gestión y de coste²⁸.

²³ Desdentado E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huida de la regulación jurídica y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 105-106 y 130-131.

²⁴ Auby J. B., *Globalización y descentralización*, en *Revista de Administración Pública*, 2001, 156, pp. 7 y ss.; Mir, *Globalización, Estado y Derecho*, cit., pp. 240 y ss.

²⁵ Desdentado, *La crisis de identidad del Derecho administrativo*, cit., pp. 108 y 117.

²⁶ Mir, *Globalización, Estado y Derecho*, cit., pp. 184 y ss., y 207.

²⁷ *Ibidem*, pp. 210 y 211.

²⁸ Desdentado, *La crisis de identidad del Derecho administrativo*, cit., pp. 142 y 143. Sobre los temas tratados, ver Nieto A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona 2008.

3.2. *En los ámbitos internacional y supranacional: casos del Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea*

a) Los rasgos característicos del *soft law* en el ámbito del Derecho internacional público beben de los caracteres generales indicados en el epígrafe segundo, y son la no vinculatoriedad jurídica conforme se entiende en los contenidos clásicos del Derecho; cierta relevancia jurídica; la buena fe; que posean términos vagos e imprecisos; que sean ajenos a otras teorías de la responsabilidad; y que se basen en la adhesión voluntaria y no haya mecanismos para su exigibilidad, no siendo aplicables las sanciones como consecuencia jurídica del incumplimiento. Consiguientemente, la clave del *soft law* radica en describir los fenómenos que comprende y la sujeción al concepto de Derecho que se adopte²⁹.

Thürer identifica cuatro aspectos para describir el *soft law*, estos son: tiende a regular relaciones internacionales, las cuales tienen lugar en el marco de actuación de las organizaciones de esta índole; se refiere a cuestiones de Derecho internacional, mas no pasa por todas las fases previstas en el ordenamiento jurídico para convertirse en *hard law*; y aunque carezca de efectos jurídicos vinculantes, se aproxima a la ley por la producción de ciertos efectos³⁰.

De esta manera Dupuy, en el artículo “Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’”, recalcó el hecho de que algunas resoluciones promueven la práctica estatal en una dirección, cuyo contenido normativo debe conocer que todavía no está sancionado por la práctica. Se trata, por lo tanto, de un contenido formulado a través de principios y objetivos, en este contexto se prefiere la expresión Derecho-programa. Ese *soft law* puede constituir un expediente negador o difuminador de la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda*, así no es admisible que haga borrosos los límites entre el preDerecho y el Derecho³¹.

Se trata, pues, de normas que carecen de consecuencia jurídica. Estas normas poseen una sanción referente al descrédito o pérdida de consideración pública. Desde el punto de vista de la finalidad, pretenden convencer, sirven para señalar la dirección que el legislador desea dar. En consecuencia, podría hablarse de un

²⁹ Chinkin C., *Normative Development in the International Legal System*, en Shelton D., (ed.), *Commitment and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 21-42; García-Muñoz M. A., Ter Haar B., Kun A., *Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los instrumentos de Derecho laboral internacional*, en *Ius et Praxis*, 2012, 18, p. 362.

³⁰ Toro M. I. de, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, pp. 534 y 535; Thürer D., *Soft Law*, en *Max Planck Encyclopedia of Public Internatioal Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford 2000.

³¹ Dupuy R. J., *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’*, en *L’élaboration du droit international public, Colloque de Toulouse*, Pedone, Paris 1975, pp. 132 y ss.; Mazuelos Á., *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, 8, pp. 2 y 3.

Derecho indicativo aunque con algunos efectos jurídicos o con cierta relevancia jurídica.

El *soft law* propone y recomienda, no obliga impositivamente. El *soft law* es un Derecho laxo y flexible y se manifiesta, normalmente, con recomendaciones teniendo como principal objetivo el consenso entre los Estados, significando la adopción voluntaria de estas regulaciones un consenso y una integración de la comunidad internacional³². Esta falta de vinculatoriedad ha hecho surgir una problemática que es la del sometimiento, conocido como *compliance*. Por otro lado, el *soft law* suele tener una cierta autoridad, caracterizada porque se trata de normas elaboradas por fuentes independientes y expertas, ello hace que se invierta la carga de la prueba y que haya que justificar públicamente el caso de desacuerdo³³.

Tenemos que el diseño e implementación del *soft law* no depende de la potestad regulatoria de los Estados y existe una participación voluntaria en la construcción, operación o continuación del mismo, buscándose que las decisiones sean fruto del diálogo y sean consensuadas. Por ende, encontramos documentos que las naciones firmantes deben observar sin estar obligadas legalmente a ello. Lo cual hace que se realicen los esfuerzos necesarios a la hora de su implementación, y que el principio de la buena fe juegue un papel esencial.

Similarmente, Baxter estima que estas normas se conforman fácticamente, pero no bajo el principio de la coerción del *pacta sunt servanda* u otra norma consuetudinaria del Derecho internacional. Observado lo que se señala, se podría llegar a sostener que hay una diferencia entre los acuerdos de *soft law* y de *hard law*: los últimos se configuran como tratados con las características de la vinculatoriedad, la salvaguarda del principio *pacta sunt servanda* y la regulación por medio de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, la Convención de Viena considera que la costumbre y los tratados son las fuentes básicas del Derecho internacional, las cuales se rigen por el principio de coerción. Consecuentemente, este autor afirma que el *soft law* viene dado por la negociación y el diálogo³⁴.

³² Alegría H., *Globalización y Derecho*, en *Revista Pensar en Derecho*, 2012, p. 251; Virally M., *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, en Fouchard P., Khan P., Lyon-Caen A. (eds.), *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, París 1982, pp. 387 y ss.

³³ Laporta F. J., *Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westafalianas*, en Cancio M. (coord.), *Globalización y Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, pp. 193 y 194.

³⁴ Acevedo-Guerrero J. A., Zárate-Rueda R., Garzón-Ruiz W. F., *Estatus jurídico de la responsabilidad social empresarial (RSE) en Colombia*, en *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, 2013, 22, 2, pp. 307 y ss.; Baxter R., *International Law in 'Her Infinite Variety'*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, 29, pp. 549-566; Colin L. G., *El Soft Law, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional?*, p. 3. [Consulta: 10 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>.

Las razones que hay detrás del nacimiento del *soft law* en el ámbito del Derecho internacional público son, según Shelton, las siguientes: la existencia de un marco institucional de un gran número de organismos internacionales desapoderados para adoptar normas de *hard law*; el temor de los Estados hacia la adopción de normas que pertenecen al *hard law*; la pedagogía del *soft law* que hace que los Estados participen en iniciativas reguladas por actos atípicos; la convivencia en el seno del Derecho internacional público entre el *hard law* y el *soft law*; la eficacia de los instrumentos atípicos para definir consecuencias jurídicas si se incumple; la capacidad del *soft law* para acoger y compatibilizar intereses, y potenciar la participación de los sujetos afectados; al igual que el antiformalismo que preside al *soft law*, lo cual aumenta la flexibilidad³⁵.

b) En relación con el Derecho de la Unión Europea, partiremos de que la Unión posee un aparato político con facultades para producir normas jurídicas e ir especificando los objetivos que el Tratado establece. De esta manera, ya el art. 249 del Tratado de la Comunidad Europea (art. 288 del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) establecía que “Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes en las condiciones previstas en el presente Tratado.//El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.//La directiva obligará al Estado miembro en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios.//La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios.//Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”. En consecuencia, el citado artículo nos indica que ni las recomendaciones ni los dictámenes son vinculantes.

Al tiempo que, dentro del Derecho de la Unión, se fija un *soft law ad intra* referido a la obligación de las instituciones a cooperar conforme a Derecho. En tal sentido, los mecanismos de cooperación son muy diversos actuando en ámbitos procedimentales y materiales³⁶. Un *soft law ad extra* nos remite a la pregunta de cuál es la diferencia entre las recomendaciones y los dictámenes, y esa diferencia es establecida doctrinalmente según Cortese de la siguiente manera: las recomendaciones implican “una invitación a actuar en un determinado sentido”, y los dictámenes “enuncian el punto de vista de su autor respecto de la legitimidad u oportunidad de decisiones ajenas”. Por consiguiente, las primeras

³⁵ Sarmiento, *El soft law administrativo*, cit., p. 77; Shelton D., *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft Law’*, en Shelton (ed.), *Commitment and Compliance*, cit., pp. 12 y 13.

³⁶ Alonso García R., *El soft law comunitario*, en *Revista de Administración Pública*, 2001, 154, pp. 63-69; Kassis A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1993, pp. 30 y ss.

son manifestaciones de voluntad y las segundas de juicio. Ahora bien, se mantiene que, si se separa la actividad consultiva dentro del proceso decisorio de los dictámenes, entonces obtendremos que los límites entre las recomendaciones y los dictámenes quedarán difuminados³⁷.

Es habitual en la Unión Europea la firma de acuerdos no normativos con terceros países u organizaciones internacionales, si bien su contenido se refiere a compromisos sobre políticas europeas plasmados en memorandos de entendimiento, directrices o declaraciones conjuntas. La característica común que se desprende de todos esos supuestos es que hay una tensión entre supranacionalidad e intergubernamentalidad. Esto se explica gracias a que la Unión Europea es sujeto de Derecho internacional y posee una plena capacidad convencional, aunque hay que matizar que su personalidad jurídica es funcional y no orgánica lo que desemboca en que actúa en la medida en que tiene competencias atribuidas para ello³⁸.

El TFUE habla de acuerdos entre la Unión Europea y terceros países u organizaciones internacionales en dependencia del acuerdo, pero se suele hacer una distinción entre tratados internacionales y acuerdos internacionales no normativos. El rasgo característico es que son voluntarios y confidenciales al prescindir de las autorizaciones e informaciones parlamentarias preceptivas, aparte de que se evita darles publicidad. Por su parte, los tratados internacionales y los acuerdos no normativos tienen una relación de compatibilidad, los dos son instrumentos convencionales para lograr el mismo objetivo de acción exterior, uno crea obligaciones y otro manifiesta compromisos políticos³⁹.

En el plano del *soft law* de la Unión Europea, nos tenemos que centrar en los ámbitos competenciales en los que la Unión actúa con menor autoridad, como es el supuesto de la política económica, laboral, cultural o educativa. Además de las instituciones que precisan de más legitimidad y participación de la esfera privada, caso de la política de competencia que necesita de comunicación permanente entre la Comisión, los Estados y las empresas que poseen una dimensión europea⁴⁰.

Ahora bien, la duda se cierne especialmente en relación con las recomendaciones y, en concreto, en lo atinente a su valor jurídico. Aquí, las recomendaciones o expresiones exhortatorias de las normas de *soft law* son incluidas en

³⁷ Cortese E., *Le raccomandazioni nel Diritto de la CEE*, en *Rivista di diritto europeo*, 1989, 3/4, pp. 355 y 356, considerado en Alonso García R., *ibidem*, pp. 71 y 72; Snyder F., *'Soft law' e prassi istituzionale nella Comunità Europea*, trad. de M. C. Reale, en *Sociologia del diritto*, 1993, 20, pp. 79 y ss.

³⁸ Moral L., *Variaciones sobre un tema: la negociación y firma de acuerdos internacionales no normativos*, en Arana E. (dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 259 y 262.

³⁹ *Ibidem*, pp. 265-267.

⁴⁰ Sarmiento, *El soft law administrativo*, cit., pp. 217 y 218.

el ámbito de la moral o de la política, y no en la esfera jurídica. Pero no podría hablarse de que se trata de meros consejos ya que debe haber una petición previa y de un actor que posea *auctoritas*, mas aquí lo que se recuerdan son deberes. Como dice Laporta, la exhortación no se puede considerar como un consejo porque es “una incitación persuasiva para que algo se lleve a cabo al ser considerado adecuado o útil para el que lo realiza o para los demás”⁴¹.

3.3. En el ámbito transnacional, caso de la lex mercatoria, la responsabilidad social empresarial y los nuevos tipos de contratos

a) En relación al comercio internacional, la representación con mayor peso del *soft law* es la nueva *lex mercatoria*. La *lex mercatoria* es un Derecho cuya validez no surge en el marco del Estado sino que se forma, pragmáticamente, fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales que se ligan a lógicas funcionales supraterritoriales⁴². Aquella viene a representar la parte del Derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en acoplamiento estructural directo con las empresas y las transacciones económicas globales⁴³; y se compone de los principios generales y los principios fruto de la armonización; el Derecho uniforme; las regulaciones emanadas de la Comisión para el Derecho mercantil internacional; la normatividad del Centro Internacional para el arreglo de disputas en materia de Inversiones; las regulaciones de la Organización Mundial para la Propiedad Industrial; el Código de Derecho internacional privado;⁴⁴ los formularios estandarizados y los contratos tipo, que forman las verdaderas condiciones generales de la contratación; la costumbre y los usos del comercio internacional; los contratos autonormativos; los contratos atípicos; los códigos de conducta específicos; y la jurisprudencia arbitral⁴⁵.

Conforme a lo señalado, la *lex mercatoria* no es amorfa ni neutral, las costumbres y los usos no son necesariamente universales ni tradicionales. Incluso, la nueva *lex* se encara a su relación con el sistema mundo y con las culturas jurídicas⁴⁶, siendo, quizá, en este segundo nivel en el que se aprecia la *lex mer-*

⁴¹ Laporta, *Gobernanza y soft law*, cit., pp. 73 y 74.

⁴² López Ruiz F., *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*, en *Revista del Derecho del Mercado Financiero, Working Paper*, 2007, 1, pp. 83-84.

⁴³ All P. M., *Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional*, en Moreno J. A., Fernández Arroyo D. P., *Derecho internacional privado y Derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción (Paraguay) 2013, p. 17. [Consulta: 15 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://repensartedipr.files.wordpress.com/.../algunos-interrogantes-sobre-la-fuerza-y-l-1>; Cadena, *La nueva Lex mercatoria*, cit., p. 101.

⁴⁴ Cadena, *ibidem*, pp. 111-112.

⁴⁵ López Ruiz, *Reflexiones sobre la nueva lex mercatoria*, cit., pp. 101-102.

⁴⁶ Santos B. de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, trad. de C. Rodríguez, Trotta, Madrid 2009, pp. 350 y 351.

catoria como expresión de la cultura jurídica global. En tal línea, hay autores que van más allá, como es el caso de Osman, quien cree que este Derecho tiene unas fuentes originarias que lo hacen autónomo, derivadas de la *societas mercatorum*⁴⁷.

Pero fuera de que este Derecho conforme o no un ordenamiento autónomo, sus normas se dirigen a la expansión de una organización económica centrada en el mercado de bienes y servicios y en los flujos financieros, junto a la desaparición de las fronteras⁴⁸. Por lo tanto, comienzan a preocupar los mismos temas que en el ámbito estatal, esto es, la forma y cuantía de la participación de los interesados, el acceso de la ciudadanía, los costes y su control por el Parlamento. Sin embargo, la cuestión es hasta dónde puede llegar este sistema privado. La dinámica hace que el control de los Estados se esté perdiendo presentándose conflictos a la Teoría política y la Ciencia del Derecho.

Para comprender mejor estas peculiaridades, no hemos de perder de vista que la autoridad de los actores de la regulación proviene generalmente de una delegación del legislador, aun cuando lo que importe sea la atracción y la eficiencia de un mercado. En ese campo, un Derecho de los mercados financieros dentro del contexto de la globalización extrae sus fuentes de la diversidad de los Derechos nacionales y de un marco complejo, el cual comprende actores muy diversificados dejando al descubierto que la globalización crea nuevas relaciones entre el Estado, el mercado y la sociedad civil⁴⁹. Por otro lado, hay que tomar en consideración que la *lex mercatoria* es un Derecho extrajurisdiccional, cambiante y centrado en la negociación⁵⁰.

En síntesis, la progresión de tales redes conforme a los estándares que gobiernan la esfera jurídica hace que estemos ante un orden globalizador que tiende a superar los límites y controles impuestos por el Estado, a sustituir la política por el mercado, como instancia máxima de regulación social, adoptando las normas flexibles de la *lex mercatoria*, a condicionar el principio de *pacta sunt servanda* por el de *rebus sic stantibus*, a sustituir la adjudicación por el arbitraje y la mediación, y a alterar la distinción clásica entre lo público y lo privado⁵¹. Se

⁴⁷ Ver las tesis de Osman en Osman F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1992.

⁴⁸ Capella J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al Estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid 2008, pp. 272 y ss.

⁴⁹ Arnaud J. A., *Entre la modernidad y la globalización*, trad. de N. González Lajoie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000, pp. 211 y 212; Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, cit., pp. 100 y ss.

⁵⁰ Capella, *Fruta prohibida*, cit., p. 274; Galgano F., *Lex Mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 25 y ss.; Goldman B., *Frontières du droit et 'lex mercatoria'*, en *Archives de philosophie du droit*, 1964, 9, pp. 177-192, pp. 177 y ss.

⁵¹ Olivás E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid 2004, pp. 70-72.

trata de un Derecho autoválido y autolegítimo, como diría Teubner un *Derecho global sin Estado*⁵². Con la lógica indicada, a medida que se va totalizando el control de los mercados, más difícil es ejercer una política frente a ellos porque el control político democrático va aumentando su impracticabilidad⁵³.

Pero el escenario actual está marcado también por la homogeneización normativa como la que proviene de UNCITRAL, UNIDROIT o las áreas regionales, sin olvidar la armonización espontánea actuada por la adopción de una normativa legal siguiéndose modelos dotados de prestigio. Igualmente, aparece un nuevo Derecho internacional privado que supera el conflictualismo clásico a través de un reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de técnicas de Derecho uniforme. Y por último, se puede hablar de una desestatización arbitral de la resolución de conflictos⁵⁴.

b) Por lo que respecta a la responsabilidad social empresarial, hemos de partir de que los actores jurídicos han ido incrementándose a causa de la globalización y hoy día se habla, entre otros, de las empresas nacionales, multinacionales y transnacionales; de manera que se ha superado la idea de que solamente los Estados y los individuos pueden ser responsables jurídicamente, a lo cual hay que añadir que la promoción y defensa de los derechos humanos dentro del ámbito empresarial descansa en la autorregulación y códigos de conducta voluntarios⁵⁵.

La RSE nos remite a tres áreas consideradas como las más relevantes, estas son: la contribución al crecimiento sostenible, la realización de actividades responsables en la cadena de valor y la promoción de la ciudadanía corporativa global voluntaria. Con esta visión global, las áreas de desarrollo de la RSE son la cohesión social, el medioambiente y el buen gobierno de las empresas. La cohesión social pretende garantizar la educación sin excepciones, fomentar sistemas de protección de la salud que sean efectivos y accesibles, combatir la exclusión social y el desempleo, eliminar el trabajo infantil y las prácticas laborales discriminatorias. Con respecto al medioambiente, se incluyen la mejora de la calidad

⁵² Ver los trabajos contenidos en Teubner G. (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997.

⁵³ Fariñas M. J., *Mercado sin ciudadanía*, Biblioteca Nueva, Madrid 2005, pp. 135 y ss.; Ost F., *Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza*, trad. de M. T. García-Berrio, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 3, 2002, p. 474.

⁵⁴ Wasserstein Fassberg C., *Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?*, en *Chicago Journal of International Law*, 2004, 5, pp. 67-90; Moreno J. A., *El debate sobre el Derecho no estatal y la lex mercatoria*, cit., p. 80.

⁵⁵ Belloso N., *Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas transnacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2013, 28, pp. 2-8; López-Francos de Busturia A. A., *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial*, Biblioteca de Derechos Humanos, Berg Institute, Bogotá 2015, p. 69.

del aire, el agua, la fauna o la flora. El empleo de la ciencia y la tecnología en beneficio de todos, y la reducción de los residuos, la contaminación, etc. Por último, en lo atinente al buen gobierno, dentro de él se contienen el impulsar las mejores prácticas empresariales, favorecer la libre competencia, luchar contra la corrupción y el lavado de capitales, o reforzar la transparencia en las operaciones empresariales y en el sector público⁵⁶.

Los estándares de buenas prácticas deben contener las siguientes líneas: confiabilidad, sensibilidad y rapidez de respuesta, competencias en cada uno de los servicios, accesibilidad, cortesía, comunicación, credibilidad, seguridad y comprensión evidenciables⁵⁷; marcándose la responsabilidad empresarial por una etapa obligatoria dictada por el mercado o la regulación vigente; una fase política que viene dada por las presiones sociales sobre la empresa; y una fase socialmente responsable por la capacidad de anticiparse y prevenir los impactos que produce una empresa⁵⁸.

En síntesis, las prácticas cuasinormativas sobre las que se construye la RSE, es decir, la voluntariedad, la unilateralidad, la autorregulación y la no exigibilidad jurídica son ejes de la responsabilidad social. En consecuencia, observamos que la cuestión es medir la eficacia de la gestión en clave de derechos humanos, y esto se hace mediante indicadores. La RSE y los códigos de conducta se basan en la ética empresarial, habiendo más de doscientas normas o principios⁵⁹.

Desde esta perspectiva, apreciamos que los códigos de conducta suelen hacer hincapié en la RSE, manteniéndose que el principal objetivo es “definir, supervisar y aplicar reglas internas de comportamiento con el objetivo de mejorar la homogeneidad de la organización y la adherencia a obligaciones legales o valores específicos de la empresa y de ese modo reducir los riesgos que puedan surgir de una violación de las leyes nacionales”⁶⁰. El cumplimiento con el código de la empresa matriz es posible articularlo como condiciones contractuales

⁵⁶ Casares J., *Ética, economía y política*, ESIC, Madrid, 2011, pp. 86 y 87; Gómez Isa F., *Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes*, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 2006, pp. 57 y ss.

⁵⁷ Hartman L. P., Desjardins J., Espinoza F. A., *Ética en los negocios. Decisiones éticas para la responsabilidad social e integridad personal*, McGraw Hill, México D. F. 2014, pp. 132 y 133.

⁵⁸ Ramiro P., *Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad*, en Hernández Zubizarreta J., Ramiro P. (eds.), *El negocio de la responsabilidad*, Icaria, Barcelona 2009, pp. 47-78; Raufflet E., Lozano J.-F., Barrera E., García de la Torre C., *Responsabilidad social empresarial*, Pearson, México D. F. 2012, p. 3.

⁵⁹ Belloso, *Algunos efectos perversos de la globalización*, cit., pp. 25 y 26. Ver además Borgia F., *La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali*, en *Il diritto marittimo*, 2010, 24, 2, pp. 309-334.

⁶⁰ Decaux E., *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite*, en *Annuaire française de droit international*, 1983, 29, pp. 81-97; García-Muñoz M. A., Ter Haar B., Kun A., *Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los instrumentos de Derecho laboral internacional*, en *Ius et Praxis*, 2012, 18, p. 363.

o cláusulas en los contratos con subcontratistas y proveedores. La ampliación de la cadena de responsabilidades aventaja las estrategias de autorregulación de la RSE incluyéndose, además, dentro del pensamiento legal y las políticas públicas⁶¹.

Por otra parte, en cuanto a su vinculatoriedad, la declaración unilateral de voluntad es fuente de obligaciones, cabiendo interpretar así muchos de los códigos de conducta que afirman que “el código ético de nuestro comportamiento empresarial obtiene, a través del presente código, su reflejo normativo”. En alguno de ellos se regula también “una unidad de cumplimiento normativo”, o establecen órganos que llevan a cabo la interpretación y aplicación, o denuncias, quejas o comités de seguimiento⁶². El problema es que la protección se funda únicamente en la elección empresarial, para aplicarlos no existen mecanismos adecuados, ni una institucionalización especializada de resolución de conflictos. A pesar de ello, existen sanciones disciplinarias y civiles para los trabajadores; y muchos códigos incluyen procedimientos informativos por los que los trabajadores denuncian anónimamente⁶³.

c) Por último, se aprecia que los contratos ocupan un lugar primordial en el sistema de fuentes. El centro de gravedad ha pasado de la ley, como producto de la voluntad estatal, a los contratos entre particulares (aunque esos *particulares*, o algunos, sean las grandes empresas multinacionales y transnacionales). Eso va acompañado de una tendencia a la deslocalización del contrato, apuntando hacia la adopción de esquemas autosuficientes y completos que aseguren la independencia contractual de las legislaciones estatales.

Así, en la medida en que el contrato constituye la forma típica de la juridicidad en el ámbito de la globalización, el Derecho tiende a verse más con una visión que lo sitúa como mecanismo de construcción social⁶⁴. En síntesis, la pluralidad y complejidad de las relaciones intersubjetivas hace que sea preciso analizar los principios y fundamentos de las relaciones contractuales. Hoy en día, las fórmulas que resultan de las relaciones interpersonales complejas superan el

⁶¹ García-Muñoz, Ter Haar, Kun, *ibidem*, p. 382; Rodotà S., *Códigos de conducta: entre hard law y soft law*, en Pérez del Real A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos internacionales sobre Códigos de conducta y Mercado*, Marcial Pons, Madrid 2010, pp. 19 y ss.

⁶² Sánchez-Urán Y., Feliú M. I., Zornoza A., *Instrumentos de RSE: códigos de conducta y publicidad*, en Sánchez-Urán Y. (dir.), Grau Ruiz M. A. (coord.), *Responsabilidad social de las organizaciones*, Grupo 5, Madrid 2013, pp. 160 y 161.

⁶³ García-Muñoz, Ter Haar, Kun, *Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior*, cit., pp. 380 y 381.

⁶⁴ Belley J. G., *L'État et la régulation des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique*, en *Sociologie et sociétés*, 1986, 18, pp. 11-32; Miguel Beriain Í. de, *¿El Derecho, moneda de cambio? 'Regulatory Competition' en la era de la globalización*, en *Revista de Derecho UNED*, 2007, 2, pp. 121-142.

concepto individualista de antaño y muestran una relevancia colectiva dentro de la sociedad de masas⁶⁵.

Ahora bien, aparte de estas dos cuestiones de gran interés, nos interesa subrayar que el modelo que muestra los grandes cambios producidos es el de los contratos relacionales, caracterizados por la adaptabilidad y la desmaterialización del objeto contractual ya que se trata de reglas de procedimiento de actuación que deben adaptarse a ciertas circunstancias. Derivativamente, la posición ya no es la estática a la que estamos acostumbrados y los contratos se organizan en red de forma que su relación es sistemática mediante una vinculación funcional, lo que posibilita identificar una finalidad negocial supracontractual⁶⁶. Se trata de una realidad con un contexto externo, cambiante e incierto, junto a un contexto interno en constante tensión⁶⁷.

La teoría inicial de estos contratos reside, entre otros, en Macneil y se debe a los cambios de los procesos productivos obedeciendo a una dinámica exógena que afecta a los contratantes en lo referente a los deberes de cooperación mutua y buena fe. Así las cosas, la relación contractual debe responder a los cambios de circunstancias y proteger al consumidor⁶⁸. Por consiguiente, se conforman redes contractuales y se aprecia que las relaciones surgidas conectan con un tercero poseedor de intereses relacionados con el objeto del contrato. Este es un fenómeno de interlitigación sistemática, funcional y económica entre contratos los cuales poseen una distinción de tipo estructural, advirtiéndose que un contrato puede actuar como fuente de obligaciones oponibles a terceros. Globalmente, estos contratos desarrollan los deberes precontractuales, contractuales y postcontractuales lo que hace que se produzcan unos efectos jurídicos existenciales y patrimoniales entre las partes y los terceros⁶⁹.

Ellos poseen un carácter entrecruzado y tienen una duración considerable, debiendo ser compartidos los beneficios y cargas más que divididos con una

⁶⁵ Aljure A., *El contrato internacional*, Universidad del Rosario-Legis, Bogotá 2011, pp. 25 y ss.; Kennedy D., *Form and Substance in Contract Law*, en *Harvard Law Review*, 1976, 89, pp. 1.717 y ss.; Zuel R., *Nuevas tendencias en Derecho de contratos*, pp. 10-15. [Consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: www.gomes-rosskamp.adv.br/artigos/Artigo6.pdf.

⁶⁶ Rescigno P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, en *Contratto e impresa*, 1990, pp. 43 y ss.; Zuel, *Nuevas tendencias en Derecho de contratos*, cit., p. 15.

⁶⁷ Flood J., *Megalawyer in the Global Order: The Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice*, en *International Journal of the Legal Profession*, 1996, 3, 1 y 2, pp. 169 y ss.; Rivera J. C., *Globalización y Derecho. Las fuentes del Derecho de los contratos comerciales*, en Martinic M. D., Tapia M., *Sesquicentenario del Código civil Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la Codificación*, t. II, LexisNexis, Santiago (Chile), 2005, pp. 1.005 y ss.

⁶⁸ Macneil I. R., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, en *Northwestern University Law Review*, 2000, 94, pp. 877 y ss.; Zuel, *Nuevas tendencias en Derecho de los contratos*, cit., pp. 15 y ss.

⁶⁹ Porto R., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, Max Limonad, Sao Paulo 1998, pp. 50 y ss.; Zuel, *ibidem*.

fuerza vinculante limitada. Pero no olvidemos que son típicos del ámbito de la globalización al implicar amplias y complejas redes de agentes y participantes con una interacción que se remarca por la solidaridad dentro de una organización, y por la cooperación y confianza recíprocas. En la medida en que la complejidad interna de las redes va creciendo, la racionalidad de sus relaciones contractuales adquiere rasgos más originales; y los contratos relacionales se convierten en un *continuum procesal* en el que las partes autonegociaban los conflictos a medida que nacen durante el proceso económico⁷⁰.

Esta teoría aporta una visión interdisciplinaria, e incide en la planificación contractual y la interpretación flexible⁷¹. No hay que olvidar la cláusula de distribución de riesgos guiada por la idea de que el riesgo tiene un coste y debe enfrentarse a él aquel que se encuentre en la mejor situación. Se trata de un mecanismo cooperativo que facilita acuerdos equilibrantes y ahorra los problemas que supone tener que acudir a la Administración de justicia⁷². En este espacio habría que incluir a los terceros que influyen en el negocio, además se difumina la separación que había en la teoría clásica entre la etapa precontractual y la contractual al analizarse el contrato más allá de sus formalidades, pretendiéndose dar sentido a las relaciones contractuales fuera de los acuerdos retóricos⁷³.

Lo que se acuerdan son procedimientos de actuación y reglas que unirán a las partes y se irán fijando en el proceso de cumplimiento con carácter procesal. Así las cosas, estos vínculos son múltiples y se apoyan en la confianza para lograr una metodología flexible siendo, al lado de la cooperación, el punto de unión de las redes⁷⁴.

⁷⁰ Faria J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid 2004, pp. 169-172.

⁷¹ Di Matteo L. A., *An International Contract Law Formula: The Informality of International Business Transactions Plus the Internationalization of Contract Law Equals Unexpected Contractual Liability*, en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1997, 23, pp. 67-111; Martínez Ochoa S., *Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del Derecho de contratos*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes (Bogotá), 2005, 35, pp. 205-207.

⁷² Martínez Ochoa, *Teoría relacional de los contratos*, cit., pp. 211-220.

⁷³ Dutrey Y., *La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2004, 251, pp. 271-290; Martínez Ochoa, *ibidem*, pp. 224-229.

⁷⁴ Cafaggi F., *Le role des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée*, en *Revue française d'administration publique*, 2004, 109, pp. 23-35; Lorenzetti R. L., *Teoría sistémica del contrato*, pp. 40 y 41. [Consulta: 8 de enero de 2018]. Disponible en: seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/52835/32773; Martínez Ochoa, *ibidem*, pp. 228 y 229; Sozzo G., *La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual*, en *Isonomía*, 2005, 23, pp. 146 y ss. En general, sobre la idea del *soft law* como fuente del Derecho en los ámbitos externos al Estado ver Garrido, *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, cit., pp. 58 y ss.

5. Conclusiones

El nacimiento del *soft law* indica una flexibilidad vinculada a la adaptación del Derecho a la heterogeneidad y dinamismo de los que goza la realidad social regulada, y es ahí desde donde se divisa la problemática del cambio normativo y la posibilidad de que quepan varias conductas⁷⁵. Lo expuesto demuestra la referencia del Derecho a la realidad social, presuponiendo y exigiendo la acentuación de tal función del Derecho y de los derechos la superación de un legalismo cerrado y estático.

La lectura de la complejidad se traduce en que el Derecho se reprivative. Por lo que retrocede el Derecho público, adquiriendo también la idea de la Constitución unos perfiles nuevos al adoptar la forma de “una carta de identidad política y cultural” y actuar como un centro de convergencia de valores en cuyo campo solo tendrían absolutividad, desde un punto de vista sustantivo, los derechos de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico, por medio de la adopción de mecanismos neutralizadores de soluciones que siguen una línea homogeneizadora, y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social indiferenciada⁷⁶.

Las fuerzas económicas han potenciado vías y formado organizaciones que escapan, al menos en su gran mayoría, del Estado, sin que quepa duda de que la idea de la unificación del Derecho en la era de la globalización parte de que hay una nueva relación en las fronteras entre lo público y lo privado. Las Administraciones públicas recurren progresivamente al Derecho privado cuando proceden a la venta de sus activos y emplean la contratación para cumplir con las misiones que tienen encomendadas, prestando servicios de forma indirecta mediante las concesiones a empresas que son privadas, extrapolando a las empresas públicas fórmulas utilizadas en el Derecho privado o recurriendo a la constitución de fundaciones⁷⁷. Esta asunción de contenidos tiene como consecuencia que se haya llegado a hablar de un Derecho común de las regiones -caso de la Unión Europea- con referencia al Derecho interno de los Estados miembros dictado para cumplir con una obligación establecida por las normas del Derecho regional⁷⁸.

De otra parte, un sector de la doctrina considera que en el ámbito del Derecho internacional público el *soft law* es un Derecho espontáneo, pues nace o emerge de los usos y costumbres de los operadores jurídicos y comprende un conjunto

⁷⁵ Galiana, *Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho*, cit., pp. 42 y 43.

⁷⁶ Ver la obra de Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, cit.

⁷⁷ Zapatero, *El arte de legislar*, cit., pp. 376 y 377.

⁷⁸ Estévez J. A., *La globalización y las transformaciones del Derecho*, en Zapatero V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid) 2002, p. 316.

de actos de variados tipos (guías jurídicas, leyes modelo, recomendaciones y resoluciones, entre otros), constituyendo reglas surgidas del obrar de los participantes. Se considera también ley imperfecta, pues son normas desprovistas de sanción o incoercibles que en algunos casos constituyen declaraciones de principios. Por otro lado y desde un punto de vista sustantivo, es un Derecho fragmentario que requiere muchas veces la aplicación supletoria de una ley estatal⁷⁹.

Si las propuestas deben dirigirse a superar el vacío de la esfera pública y repensar su estructura, sería recomendable clarificar la distinción entre instituciones de gobierno y de garantía. Desde esta línea, en el ámbito de la Unión Europea nos hallamos ante organizaciones internacionales que solo poseen una legitimación democrática indirecta, derivada de los Estados que las integran. Además la representación se ejerce no por los Parlamentos nacionales, sino por los Gobiernos. Tal déficit democrático se puede apreciar en el caso de la Unión Europea, donde el Parlamento se compone de representantes populares que se eligen por sufragio universal directo y, en muchos casos, colegislativo, mas la Comisión, el Tribunal de Justicia y el Consejo no guardan esas características, careciendo las grandes corporaciones transnacionales de legitimación democrática directa o indirecta⁸⁰.

Pero, aparte de lo que hemos indicado sobre el *soft law* en el ámbito del Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea, el *soft law* se materializa transnacionalmente en los ámbitos del comercio internacional, la responsabilidad social empresarial y el espacio contractual.

En síntesis, el recorrido es el siguiente: frente al modelo abstencionista y al intervencionista la tendencia es el “modelo de dirección social”; frente al Derecho formal o material hallamos el “Derecho reflexivo”; frente a la centralización estatal o la descentralización del mercado se presenta la “dirección descentralizada”; frente al aumento o la disminución del Derecho hay un “Derecho con otros contenidos”; frente a la legitimación de las decisiones jurídicas por la forma o las consecuencias aparece la “legitimación procedimental”; frente a la programación condicional o teleológica se sigue la “programación relacional”; y frente a la racionalidad sistémica surge la posibilidad de “reflexión discursiva”⁸¹.

En conjunto, las funciones del *soft law* se pueden analizar en los siguientes planos: En el prelegislativo, sirve para preparar y elaborar una próxima legislación, de manera que se aporta mayor fundamento y respaldo a la misma, y sirve como vía para canalizar el consenso que derive en la producción normativa

⁷⁹ Escudero R., *El concepto de soft law*, en Moreso J. J., Martí J. L., *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 127 y ss.

⁸⁰ Mir, *Globalización, Estado y Derecho*, cit., pp. 32-62.

⁸¹ García Amado J. A., *Sociología sistémica y política legislativa*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, 5, pp. 243 y ss.

futura. En el postlegislativo, partimos de que existe una legislación y el *soft law* presta una función interpretativa y complementadora. Finalmente, en el paralegislativo, su uso se lleva a cabo cuando no hay norma y cuando la hay constituyendo una alternativa⁸².

En definitiva y conforme a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, el empleo abusivo del *soft law* puede afectar a las partes más débiles de la sociedad ya que se produce un grave déficit en la participación y en la representación al quedar fuera de la regulación pública. Igualmente, puede suponer una excusa para que los poderes públicos no actúen⁸³. Sin embargo, la cara positiva del *soft law* nos remite a que esta fórmula normativa puede generar nuevos modos de cooperación, participación e integración en contextos y en relaciones en las que confluyen distintos sujetos, intereses y niveles de regulación. Así, sirven como instrumentos reguladores frente a la discrecionalidad judicial y los límites que impone la Constitución⁸⁴.

Bibliografía

Acevedo-Guerrero J. A., Zárate-Rueda R., Garzón-Ruiz W. F., *Estatus jurídico de la responsabilidad social empresarial (RSE) en Colombia*, en *Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica*, 2013, vol. 22, 2, pp. 303-332.

Alegría H., *Globalización y Derecho*, en *Revista Pensar en Derecho*, 2012, pp. 187-264.

Aljure A., *El contrato internacional*, Universidad del Rosario-Legis, Bogotá 2011.

All P. M., *Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional*, en Moreno Rodríguez J. A., Fernández Arroyo D. P. (coords.), *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción (Paraguay) 2013, pp. 169-204. [Consulta: 15 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://repensartedipr.files.wordpress.com/.../algunos-interrogantes-sobre-la-fuerza-y-l>.

Alonso García R., *El soft law comunitario*, en *Revista de Administración Pública*, 2001, 154, pp. 63-69.

Aman A. C., *The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law. From Government to Governance*, en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2001, 8, pp. 379-400.

⁸² Senden L. A., *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford 2004, p. 120.

⁸³ Galiana, *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, cit., p. 219.

⁸⁴ Estévez J. A., *La privatización de los derechos*, en Estévez, J. A. (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid 2013, pp. 223-253; Rubio, *Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*, cit., p. 51; Garrido, *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, cit., pp. 199 y ss.

- Arnaud J. A., *Entre la modernidad y la globalización*, trad. de N. González Lajoie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000.
- Auby J. B., *Globalización y descentralización*, en *Revista de Administración Pública*, 2001, 156, pp. 7-21.
- Baxter R., *International Law in 'Her Infinite Variety'*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, 29, pp. 549-566.
- Belley J. G., *L'État et la régulation des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique*, en *Sociologie et sociétés*, 1986, 18, pp. 11-32.
- Belloso N., *Algunos efectos perversos de la globalización: las empresas transnacionales y el deber de respeto de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2013, 28, pp. 2-8.
- Block-Lieb S., Halliday T., *Incrementalisms in Global Lawmaking*, en *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 32, pp. 851-903.
- Boretto M. M., *Soft law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho internacional de la propiedad intelectual*, en *Ars Boni et Aequi*, 2012, 2, pp. 81-144.
- Borgia F., *La soft law come strumento di regolamentazione delle attività delle imprese multinazionali*, en *Il diritto marittimo*, 2010, 24, 2, pp. 309-334.
- Cadena W. R., *La nueva lex mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho*, en *Papel Político*, 2001, 13, pp. 45-89.
- Cafaggi F., *Le role des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée*, en *Revue française d'administration publique*, 2004, 109, pp. 23-35.
- Capella J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al Estudio del Derecho y del Estado*, Trotta, Madrid 2008.
- Casares J., *Ética, economía y política*, ESIC, Madrid 2011.
- Chinkin C., *Normative Development in the International Legal System*, en Shelton D. (ed.), *Commitment and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 21-42.
- Colin L. G., *El Soft Law, ¿una fuente formal más del Derecho Internacional?*, [Consulta: 10 de marzo de 2016]. Disponible en: <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>.
- Cortese E., *Le raccomandazioni nel Diritto de la CEE*, en *Rivista di diritto europeo*, 1989, 3/4, pp. 1-43.
- Darnaculleta M. M., *La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación*, en Muñoz Machado S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, t. I (*Fundamentos e instituciones de regulación*), dirigido por Muñoz Machado S., Esteve J. (dirs.), Iustel, Madrid 2009, pp. 631-634.

- Decaux E., *La forme et la forcé obligatoire des codes de bonne conduit*, en *Annuaire française de droit international*, 1983, 29, pp. 81-97.
- Desdentado E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huida de la regulación jurídica y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- Di Matteo L. A., *An International Contract Law Formula: The Informality of International Business Transactions Plus the Internationalization of Contract Law Equals Unexpected Contractual Liability*, en *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1997, 23, pp. 67-111.
- Duijkersloot T., *The Principle of Legality and the 'Soft Law' Regulation and Supervision of Financial Markets*, en Besselink L., Pennings F., Prechal S. (eds.), *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Wolters Kluwer, Alphen aan de Rijn 2011, pp. 273-294.
- Dupuy R. J., *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la 'soft law'*, en *L'élaboration du droit international public, Colloque de Toulouse*, Pedone, París 1975, pp. 132-148.
- Dutrey Y., *La repercusión de la globalización económica en las fuentes del Derecho privado: de la tradicional reciprocidad a la universalidad*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2004, 251, pp. 271-290.
- Escudero R., *El concepto de soft law*, en Moreso J. J., Martí J. L., *Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 127-148.
- Esteve J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2002.
- Estévez J. A., *La privatización de los derechos*, en Estévez J. A. (ed.), *El libro de los deberes. Las debilidades e insuficiencias de la estrategia de los derechos*, Trotta, Madrid 2013, pp. 223-253.
- Estévez J. A., *La globalización y las transformaciones del Derecho*, en Zapatero V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid) 2002, pp. 311-320.
- Faria J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid 2004.
- Fariñas M. J., *Mercado sin ciudadanía*, Biblioteca Nueva, Madrid 2005.
- Ferrarese M. R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2000.
- Flood J., *Megalawyering in the Global Order: The Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice*, en *International Journal of the Legal Profession*, 1996, 3/1 y 2, pp. 169-214.
- Galgano F., *Lex Mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2010.
- Galiana Á., *Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010, 21, pp. 39-61.

- Galiana Á., *La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016, vol. XXXII, pp. 297-322.
- García Amado J. A., *Sociología sistémica y política legislativa*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1988, 5, pp. 243-272.
- García-Muñoz M. A., Ter Haar B., Kun A., *Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los instrumentos de Derecho laboral internacional*, en *Ius et Praxis*, 2012, 18, pp. 361-396.
- Garrido M. I., *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Goldman B., *Frontières du droit et 'lex mercatoria'*, en *Archives de philosophie du droit*, 9, 1964, pp. 177-192.
- Gómez Isa F., *Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes*, en *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, 2006, pp. 55-94.
- González García J. V., *Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo. Presupuesto de una relación*, en *Revista de Administración Pública*, 2004, 164, pp. 7-39.
- Hartman L. P., Desjardins J., Espinoza F. A., *Ética en los negocios. Decisiones éticas para la responsabilidad social e integridad personal*, McGraw Hill, México, D. F. 2014.
- Irti N., *La edad de la descodificación*, trad. e introducción de L. Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona 1992.
- Kassis A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1993.
- Kennedy D., *Form and Substance in Contract Law*, en *Harvard Law Review*, 1976, 89, pp. 1685-1778.
- Laporta F. J., *Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas*, en Cancio M. (coord.), *Globalización y Derecho*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, pp. 177-198.
- Laporta F. J., *Gobernanza y soft law: nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional*, en Ruiz Miguel A., *Entre Estado y cosmópolis: Derecho y justicia en el mundo global*, Trotta, Madrid 2014, pp. 41-82.
- López-Francos de Busturia A. A., *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial*, Biblioteca de Derechos Humanos, Berg Institute, Bogotá 2015.
- López Ruiz F., *Reflexiones sobre la nueva lex mercatoria*, en *Revista del Derecho del Mercado Financiero, Working Paper*, 2007, 1, 15 pp.
- López Ruiz F., *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2010, 20, pp. 67-91.

- Lorenzetti R. L., *Teoría sistémica del contrato*, pp. 25-49[Consulta: 8 de enero de 2018]. Disponible en: seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/52835/32773.
- Macneil I. R., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, en *Northwestern University Law Review*, 2000, 94, pp. 877-907.
- Marcilla G., *Desregulación, Estado social y proceso de globalización*, en *Doxa*, 2005, 28, pp. 239-263.
- Martínez Ochoa S., *Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del Derecho de contratos*, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes (Bogotá), 35, 2005, pp. 203-229.
- Mazuelos Á., *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?*, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, 8, pp. 1-40.
- Miguel Í. de, *¿El Derecho, moneda de cambio? 'Regulatory Competition' en la era de la globalización*, en *Revista de Derecho UNED*, 2007, 2, pp. 121-142.
- Mir O, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid 2004.
- Moral L., *Variaciones sobre un tema: la negociación y firma de acuerdos internacionales no normativos*, en Arana E. (dir.), *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, pp. 259-280.
- Moreno J. A., *El debate sobre el Derecho no estatal y la lex mercatoria*, en *Forseti*, 2014, pp. 72-96.
- Nieto A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona 2008.
- Olivas E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid 2004.
- Ollero A., *¿Tiene razón el Derecho?: entre método científico y voluntad política*, *Congreso de los Diputados*, Madrid 1996.
- Oppetit B., *Le droit hors de la loi*, en *Droits*, 1989, 10, pp. 47-50
- Osman F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1992.
- Ost F., *Mundialización, globalización y universalización: Abandonar, ahora y siempre, el estado de naturaleza*, trad. de M. T. García-Berrio, en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, 3, 2002, pp. 453-499.
- Pérez Luño A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid 2011.
- Porto R., *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, Max Limonad, São Paulo 1998.

- Ramiro P., *Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad*, en Hernández Zubizarreta J., Ramiro P. (eds.), *El negocio de la responsabilidad*, Icaria, Barcelona 2009, pp. 47-78.
- Raufflet E., Lozano J.-F., Barrera E., García de la Torre C., *Responsabilidad social empresarial*, Pearson, México, D. F. 2012.
- Rescigno P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, en *Contratto e impresa*, 1990,1, pp. 43-55.
- Rivera J. C., *Globalización y Derecho. Las fuentes del Derecho de los contratos comerciales*, en Martinic M. D., Tapia M., *Sesquicentenario del Código civil Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la Codificación*, t. II, Lexis Nexis, Santiago (Chile) 2005, pp. 1307-1342.
- Rodotà S., *Códigos de conducta: entre hard law y soft law*, en Pérez del Real A. (coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. I y II Congresos internacionales sobre Códigos de conducta y Mercado*, Marcial Pons, Madrid 2010, pp. 19-30.
- Rubio A., *Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2014, t. XXX, pp. 37-68.
- Sánchez-Urán Y., Feliú M. I., Zornoza A., *Instrumentos de RSE: códigos de conducta y publicidad*, en Sánchez-Urán Y. (dir.), Grau M. A. (coord.), *Responsabilidad social de las organizaciones*, Grupo 5, Madrid 2013, pp. 135-195.
- Santos B. de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, trad. de C. Rodríguez, Trotta, Madrid 2009.
- Sarmiento D., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2008.
- Senden L., *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford 2004.
- Shelton D., *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of 'Soft Law'*, en Shelton D. (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford 2000, pp. 1-18.
- Snyder F., *'Soft law' e prassi istituzionale nella Comunità Europea*, trad. de M. C. Reale, en *Sociologia del diritto*, 1993, 20, pp. 79-109.
- Soriano J. E., *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.
- Sozzo G., *La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual*, en *Isonomía*, 2005, 23, pp. 145-164.
- Teubner G. (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997.
- Thürer D., *Soft Law*, en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford 2000.

- Toro M. I. del, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2006, vol. VI, pp. 513-549.
- Twining W., *Derecho y globalización*, trad. de O. Guardiola-Rivera, C. Sandoval y D. E. López Medina, Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá 2005.
- Valentino D., *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror-image rule*, en *Contratto e impresa*, 2010, 26/2, pp. 392-432.
- Virally M., *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, en Fouchard P., Khan P., Lyon-Caen A. (eds.), *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, París 1982, pp. 373-385.
- Wasserstein Fassberg C., *Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?*, en *Chicago Journal of International Law*, 2004, 5, pp. 67-82.
- Watson A., *Law Out of Context*, University of Georgia Press, Atenas 2000.
- Zapatero V., *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2009.
- Zuel R., *Nuevas tendencias en Derecho de los contratos*, pp. 1-23 [Consulta: 3 de mayo de 2018]. Disponible en: www.gomes-rosskamp.adv.br/artigos/Artigo6.pdf

File riservato ad esclusivo fine di studio

LEONOR SUÁREZ LLANOS

La coherencia jurídica pospositivista del posmodernismo jurídico

ABSTRACT: In this paper, I argue that legal posmodernism and pospositivism are interesting ways to organize, conceptually and materially, the goals of coherence as well as descriptive and substantive rational correction of Law. In this respect, I look into a concept of coherence affiliated to a critical positivism that opposes traditional iuspositivism, its three fundamental thesis and its normative concept of formal coherence.

SUMARIO: 1. Introducción y objetivos. 2. El viaje moderno de la coherencia crítica. 3. El posmodernismo jurídico en acción. 4. La coherencia jurídica en la encrucijada de la teoría del Derecho. 5. La coherencia pospositivista, crítica y fundamentadora tras la que se anda. 6. Cerrando ya. Hacia un concepto de coherencia abierto y a tiempo y dinámica constante.

1. Introducción y objetivos

Seguramente estaremos de acuerdo en que el planteamiento positivista de que el Derecho es lo que es, es vago y aboca un colorista ramillete de objeciones.

La primera, la de las distintas perspectivas positivas desde las que contemplar el Derecho; voy a reducirlas a dos: la estática formalista, más vinculada al normativismo kelseniano, para la que el Derecho es un objeto identificable que soporta estoicamente las claves formales de conocimiento. Y la que contempla una realidad más compleja, ideológica, material y cultural, que se integra a través de una concatenación de decisiones y motivaciones de los distintos miembros de la sociedad y que aspira a la corrección. Esta segunda perspectiva

devuelve a Hart, avanza por el realismo, y conduce a modelos de iuspositivismo blando y/o inclusionista, ensanchándose para cuestionarse luego si la relación entre la moral y el Derecho es contingente o necesaria.

Sobre estos modelos y todas sus variantes se van desarrollando distintas maquetas alternativas que tratan de ofrecer la perfecta proyección de lo que el Derecho es. Maquetas que reproducen a escala de racionalidad humana el objeto, el Derecho, ayudando a describirlo, comprenderlo, manejarlo y, en su caso, mejorarlo.

Pero, claro, la maqueta precisa un objeto previo, si no, estaría inventándolo y creándolo, no describiéndolo como la teoría y la dogmática pretenden. Y es aquí donde el asunto empieza a rizarse y a volverse interesante y entretenido. Pues si la maqueta, p.ej., describe a escala la catedral de Oviedo, se ajusta a las formas y medidas del objeto físico. Pero cuando la teoría comienza a escalar su descripción jurídica llega otra de aquellas cuestiones-objeciones, la de la particularidad del objeto del Derecho: no hay un objeto físico o lógico formal de correspondencia simple, pues el Derecho consiste en la práctica social expresada lingüísticamente y tiene naturaleza compleja, interpretativa y cambiante.

Sea como fuere, el positivismo es, en todos los campos de conocimiento, la clave de bóveda de la modernidad en las ciencias sean lógicas, físicas o sociales, y el iuspositivismo jurídico no es excepción. Por eso, la teoría jurídica en cuanto ciencia fue desmontando el entramado metafísico previo conforme a la moderna perspectiva de que la realidad jurídica es fáctica, real, y para teorizarla y conocerla se precisan instrumentos descriptivos (positivos, fácticos, reales, no morales, ni justificativos, ni metafísicos) adecuados a la realidad de ese fenómeno.

A partir de estos presupuestos se derivan tres tesis que, por su origen descriptivo, son presentadas como axiomas definitorios, imprescindibles, ineludibles a la propia definición del Derecho, por el iuspositivismo jurídico: la separación conceptual entre el Derecho y la moral, las fuentes sociales y la discrecionalidad judicial.

Ahora bien, mucho me temo que las buenas intenciones de asepsia y neutralidad de la descripción se impregnan de impurezas que ascienden a través de las distintas grietas que se van abriendo en su basamento. Pues el iuspositivista tiene que partir de un “prejuicio conceptual”: que lo que se seleccione como Derecho se describirá como un Derecho cerrado, y que todo lo demás que exista más allá de lo preconcebido es no-Derecho, no es Derecho.

El problema es que, de esta forma, en vez de identificar las condiciones del Derecho para luego determinar cómo es, se sigue el procedimiento inverso (Stammler): presuponer que el Derecho es el hecho de la normación que emana de ciertas autoridades que monopolizan el uso de la fuerza, luego, tal es el concepto de validez jurídica. Pero si esta validez se define a sí misma, deja de poder

fundamentar positivamente el conocimiento que propone acerca del objeto¹. Se produce entonces la “falacia positivista”: a partir de la observación de lo particular se alcanza un juicio de juridicidad, de validez jurídica, de normatividad institucionalizada, de coactividad legalizada...

Es verdad que el iuspositivista responderá enseguida, entre otras cosas, que su elección del objeto no es arbitraria, ni parte de una teoría del poder, sino que responde a la tesis de las fuentes sociales y a la creencia social en la identificación y significación del Derecho como sistema de inteligibilidad específico. Esto es, sería la conciencia interna del Derecho la que sirve de basamento para describirlo distanciadamente y sin valorar sus claves de justificación, de obligatoriedad interna, de obediencia, de permanencia, de creencia en que la coactividad del más fuerte es el Derecho, o el tiempo que durará tal concepción.

Sea como fuere de atractiva para cada uno la salida a la objeción, lo cierto es que, para la crítica iusposmoderna que aquí sostengo, la relevancia de que el objeto jurídico tenga una naturaleza no-científica ni objetivable es inmensa.

Porque es precisamente la blandura del objeto la que ha permitido construcciones formales y conceptualizadoras que parecen tan verdaderas como el Derecho que refieren. Pero que son falsas y peligrosas, porque alientan un Derecho favorable solo a ciertos intereses protegidos por quienes detentan el poder de dictarlo.

Un pequeño experimento imaginativo puede ayudar a aclarar lo que quiero decir. Porque, en cierto sentido, la partida de positivismo jurídico se asemeja al juego del *quidditch*, al que con tanta maestría juega Harry Potter. Para jugar, lo primero, hay que practicar la magia, ese arte o ciencia oculta que produce, gracias a ciertas palabras o actos, resultados que van más allá de los acaecidos en el contexto físico o natural. Y es que, en el Derecho juegan un número elevado de elementos performativos, simbólicos y valorativos fluidos que afectan tanto a lo que de él vemos, como a su puesta en práctica. Luego, igual que en el *quidditch*, existen una reglas formales objetivas sobre el juego (quién puede jugar, con qué instrumentos, cuál es el campo, cuánto vale cada tanto, cuándo acaba el juego y cuántos puntos vale la *snitch* dorada). También se depende de elementos poco objetivos, las distintas habilidades y recursos, de las condiciones sociomedioambientales, la suerte, los prejuicios, los sesgos coyunturales, etc., porque no es lo mismo jugar volando sobre una escoba barredora, una Nimbus 2001 o, como Harry Potter, Sobre la saeta de fuego. Como tampoco es lo mismo tener el viento en contra o a favor. Ni da igual si el mago árbitro está más de tu parte que de tu rival. Desde luego es diferente que sea Hogwarts quien se enfrenta a otra escuela de magia y hechicería, pues le apoyaremos hasta vencer.

¹ Vid. González Vicén F., *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, en Id. *Estudios de Filosofía del Derecho*, Univ. La Laguna Santa Cruz de Tenerife 1979, p. 135.

O que Gryffindor, la casa de Harry y Hermione y escudo de león sobre intensos colores rojo escarlata y oro, se enfrente a Slytherin, a cuya astucia y ambición prejuzgamos desvaliosamente.

Y hay más elementos de esa maravillosa ficción de magia y hechicería que juegan papeles parecidos a los jurídicos. Por ejemplo, el innombrable.

En Hogwarts el innombrable es Lord Voldemort, un mago muy poderoso que, a pesar de ser impuro por su sangre mestiza, aspira a dominar el mundo y la inmortalidad. Si alguien osara saltarse la prohibición y nombrara a Lord Voldemort, los mortífagos a su servicio localizarían inmediatamente a quien le hubiere mencionado para aplicarle su “justo” castigo.

Pues bien, también es elemento definicional del iuspositivismo clásico conjurar a un ente caído, y como buen mago el iuspositivismo abdica tajantemente de pronunciar su nombre en el castillo a fin de garantizar la seguridad; el Voldemort innombrable del Derecho es “lo justo”. Y bien se ha cuidado todo iuspositivista de no mentarle so pena de ser expulsado de los pasillos catedralicios más puramente positivos. Sus razones tiene, dice, pues el innombrable ha impulsado y amparado muy diversas y terribles tropelías, y sin él todo es más ordenado, seguro y previsible.

Por eso el iuspositivista siempre está atento, por si aparece, para evitar que entre en el castillo mágico del Derecho positivo. Y en esta labor vigía es especialmente cuidadoso, porque sabe que la justicia puede adoptar formas distintas y que, aunque creamos poder conjurarlas, siempre termina resurgiendo de sus cenizas más fuerte, con mejores ardidés y más precavida.

Una de las hogueras en que ardió esa innombrable justicia fue la analítica cientifista, la del Círculo de Viena y Kelsen; feroces llamas de análisis lingüístico protocolar, fáctico y demostrable acabaron con todos los hechizos poéticos y metafísicos de la justicia. Pero también ahí se recompuso. Empezó redibujándose como un espectro suave y pragmático, pero se fue fortaleciendo e insuflando luego en una forma mucho más robusta, la de normación constitucional axiológica y la conversión del Estado de Derecho a Estado social y del bienestar.

Se impusieron entonces las Constituciones que apelaban a la justicia y los derechos dirigidas e interpretadas por un sabio razonable y justificado, un TC que juega un papel benefactor y tan creativo y sorprendente como Albus Dumbledore (el mejor director que jamás haya tenido Hogwarts, escuela de magia y hechicería).

Este nuevo modelo de Derecho, “neoconstitucional”² o “constitucional” pero

² Empezaría la escuela genovesa a usar el término, pero críticamente, y se expande doctrinalmente con eficacia expresando la “axiologización” de la Constitución. Pronto se incorporan por los distintos sectores sus problemáticas concreciones metodológicas. Aquí es paradigmáticamente crítico García Amado, para quien ese neoneconstitucionalismo de Dworkin, Alexy, Nino o Zagrebelsky, afirma un orden de valores objetivo en la Constitución, la capacidad para detallar

en un sentido distinto al merkeliano o kelseniano, introduce a hurtadillas y luego impone sin complejos, otra vez, a la innumerable justicia.

En general, son conocidas las causas que trae (crisis social, política, económica, jurídica y epistemológica), los objetivos a que apunta (evitar nuevas dictaduras, recortes de derechos y el bienestar de los socialmente vulnerables), y los desajustes y problemas que conlleva el proyecto político jurídico de justicia posbélico y su teoría jurídica.

Y también que sus estrategias jurídicas transformativas, ya patológicas ya benéficas, actúan sobre: la estructura y definición de la ley y de la autoridad normativa; las funciones del Derecho, ahora de promoción, incentivo, educación, prevención de conflictividad; la conceptualización fundamentadora del Derecho, su metodología, la motivación judicial, etc³.

Pero los problemas no tardaron en evidenciarse: ni las sociedades político-jurídicas desarrolladas alcanzaron un edén de justicia, bienestar y satisfacción. Ni la teoría jurídica posee instrumentos y recuentos pacíficos.

En este trabajo sostendré que, por distintas razones, las aspiraciones de corrección y justicia que hoy se prodigan constitucional y socialmente encuentran su mejor encaje material en una visión posmoderna de la justicia que destile un concepto de coherencia complejo y funcional en el contexto teórico de un pospositivismo crítico.

2. El viaje moderno de la coherencia crítica

La definición de la coherencia del Derecho es tan fundamental como la de la validez jurídica. Y lo es, porque la coherencia, ya entendida en un sentido

su contenido, y que son los jueces quienes lo explicitan con la solución correcta de los casos difíciles. Lo que para García Amado da cuenta de un triple error neoconstitucional: el objetivismo, el cognitivismo y el elitismo judicial (cf. García Amado J. A., *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Controversias Constitucionales*, Rosario, Bogotá 2008, 3-ss.). Igualmente crítico con el término neoconstitucional es Atienza, pero no tanto por la aspiración de corrección que positivizan las Constituciones, sino por la forma en la que los neoconstitucionalistas al uso la desarrollan; el término “da a entender lo que no es. Me parece que es mejor hablar de ‘constitucionalismo’... una Teoría General del Derecho basada en la nueva realidad de unas constituciones con características que antes no habían tenido”, Atienza M., *Teoría constitucionalista y el Derecho más allá de argumentación jurídica*, en *Gaceta Constitucional & Derecho Procesal*, 2014, 74, 187. Frente a estos planteamientos, García Figueroa no solo se proclama fiel al neoconstitucionalismo, también propone un programa sintetizado en veinte artículos de necesario y pendiente desarrollo, García Figueroa A., *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, en *Derecho PUCP*, 2017, 79, pp. 24-28.

³ Trataba las causas que habían frustrado la teoría de la legislación en la modernidad: su crisis jurídico conceptual, su desenmascaramiento ideológico, la crisis político-social del Estado de Derecho, luego la crisis de instrumentos (crisis del legislador, de la ley, de la sistematización codificadora y en la aplicación judicial) a que conduce el nuevo Estado social, en Suárez Llanos L., *Razón, Política y Legislación. La Ley Desmedida*, Dykinson, Madrid 2007, pp. 77-100.

lógico, formal, material y/o crítico, forma parte constituyente de toda teoría del Derecho, de sus modelos argumentativos, de las declaraciones de intenciones y metodologías legislativas, de la motivación judicial y de la aspiración de corrección del Derecho en todo contexto.

Lo que luego esa coherencia sea para cada uno y su desarrollo es otra historia, y lo demuestra el devenir de su teoría y de su práctica (exégesis, historicismo, jurisprudencia teleológica, conceptual, de intereses, de valoraciones, el cientifismo analítico, principalismo, ponderación...).

Sin embargo, y a pesar de su continua dialéctica interna, el fuerte revulsivo de la coherencia jurídica lo inyectan las teorías críticas y la *outsider jurisprudence* que, desde distintos puntos de vista, consideran “muy poco coherentes” a las construcciones iuspositivas. Las perspectivas críticas, desde el ‘37 con la Escuela de Frankfurt, exigían planteamientos teóricos conscientes de que el Derecho es política y de que los intereses de poder y clase residen en la definición del Derecho.

Desde el comienzo, la teoría crítica lanza una concepción teórica materialista, histórica e interdisciplinar (inicialmente se armó teóricamente al marxismo con la influencia de Weber y el rigor idealista de Kant y Hegel) que impacta en el centro de la inaceptable determinación capitalista de la sociedad. Luego, conforme al caos y el pesimismo profundo que siguen al nazismo y la guerra, se impulsa una “dialéctica de la Ilustración” que trata de desmontar el liberalismo destacando la deshumanización, emancipación y cosificación del individuo y los grupos. En reduccionista síntesis, las vicisitudes de la guerra y el enfrentamiento teórico e interdisciplinar abocan una crisis que solo va a encontrar unguento en la lógica de la acción comunicativa, dialógica y consensualista de Habermas. Vuelve Kant, la ilusión, la reconstrucción y una forma de racionalización entre lo político y lo jurídico pero de naturaleza crítica que, esta vez sí, parece capaz de construir una teoría justificativa fuerte.

Mientras tanto, en Estados Unidos con un contexto socio-histórico y jurídico bien distinto, tienen gran influencia el realismo y el postestructuralismo, y la teoría crítica se enfrenta con vehemencia a las pretensiones teóricas del positivismo, la democracia y los derechos, el poder y, por supuesto, la teoría del Derecho, metodología de aplicación y su indeterminación e injusticia. En particular, pienso en los *Critical Legal Studies* (CLS) y su profunda insatisfacción con la situación política, jurídica, civil, bélica y económica.

A partir de esos CLS, por desmembración o por influencia, se desarrollan distintos modelos críticos del Derecho que toman el relevo de aquéllos y crean sus propios asentamientos, como la *racial critical theory* o la *feminist jurisprudence*.

Movimientos de teoría crítica que, ajustados a las peculiaridades de las sociedades desarrolladas por las que se extienden, sirven de *atrezzo* conceptual de los nuevos modelos constitucionales y de justicia normativa.

Tal es el contexto de explicación, justificación y desarrollo del posmodernismo jurídico: una especie de espiral de psicodelia crítica que agita el contexto práctico y el especulativo en un contexto “neoconstitucional” que amplía el rango ponderativo y valorativo de la normación jurídica. Pues en el nuevo escenario los derechos, la justicia y los valores constitucionales arroyan en cascada sobre todos los ejes jurídicos de definición.

En efecto, la consciencia de los límites y problemas de la modernidad y sus derechos impulsa en el orden jurídico una “revolución práctica” que ofrece claves muy interesantes para desarrollar el planteamiento teórico de la coherencia pospositivista del posmodernismo que aquí se persigue.

Esta “revolución práctica” se desarrolla en diversos sentidos sobre los operadores jurídicos, de tal forma que, p.ej., los jueces enmiendan la plana al legislador para ajusticiar al Derecho positivo.

Y afecta constitutivamente a la concepción teórica del Derecho, a sus tres tesis definicionales y a su metodología de aplicación. Básicamente porque se está exigiendo e imponiendo al Derecho y a su teoría “descriptiva” que cobijen a la corrección y coherencia material en términos de justicia. Un reclamo que viene a fortalecer y, voy a decir, a multiplicar la fuerza del desbordamiento en cascada de los valores vinculados a los derechos que la cláusula Radbruch, propia de todos los modelos de Estado de Derecho desarrollado, contienen⁴.

De esto, en parte, es de lo que da cuenta el iuspositivismo “blando”⁵, y dentro de éste, el “inclusionista”. De que la aspiración a la justicia es ya un patrón descriptivo de la positividad, pero también crítico y justificativo de la misma. Y de que, en consecuencia, y esto es fundamental, aunque el iuspositivismo permanece inalterado, sus tres tesis definicionales se conmueven de forma representativa, pero no porque el teórico se empeñe en ello, sino porque ciertas de las características básicas del Derecho y de la comprensión del mismo se han modificado.

En concreto, y por destacar alguna fundamental:

- la condición de la interpretación para la aplicación se redefine en favor

⁴ Por eso hay que entender el Derecho posmoderno como algo “líquido”, más que blando, que como el agua recorre los distintos cauces hasta llenarlos, Ost F., *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, en *Doxa*, 1993, 14, pp. 183-186.

⁵ Un *soft Law* que aquí manejo respecto de la coherencia interna del ordenamiento, y que ofrece alta rentabilidad como fuente del Derecho extranacional haciendo jugar a los principios junto con las reglas “que pueden ser cumplidas o no” rememorando el Derecho romano de gentes y la *lex imperfecta*, vid. Garrido Gómez M. I., *El Soft Law como Fuente de Derecho Extranacional*, Dykinson, Madrid 2018, pp. 57-58.

de los valores y principios constitucionales incrementándose las posibilidades argumentativas; se abandona la subsunción lógica en favor de la subsunción ponderativa y se altera la naturaleza de la decisión, que ya no es solo válida, sino también correcta.

- junto con las reglas positivas autónomamente identificables, juegan los principios, que actúan como verdaderas normas jurídicas⁶.

Esto altera la concepción ontológico-formal del Derecho, que vuelve a definirse en función también del contenido.

Y también enmienda la plana a la coherencia lógica y formal. Pues ahora la condición de coherencia del ordenamiento jurídico se desarrolla como una exigencia de adecuación material con un criterio sustantivo, lo que nos acerca al sistema normativo estático o de unidad de contenidos de que nos hablaba Kelsen.

Y todo ello, claro, impacta en la teoría del Derecho que, entre otras cosas, adquiere consciencia de que la mera descripción ya es normativa, por lo que la teoría del Derecho posee naturaleza justificativa y crítica.

Esto explica por qué académicos investigadores del Derecho, destacadamente iusfilósofos y constitucionalistas, y los del resto de disciplinas, elucubran y discuten de forma reincidente y entre exhaustiva y exhausta acerca del sentido conceptual, teórico, especulativo, etc., del Derecho, sus productos, pragmáticas y dinámicas.

Los positivistas duros, reacios a la valoración, consideran a los positivistas blandos iusmoralistas, que diría García Amado, iusnaturalistas, que diría Raz, o no-positivistas, al gusto de la autodenominación de Alexy.

Sin embargo, para el positivista blando, para quien la teoría positiva del Derecho debe ser integradora de la realidad de los valores posconstitucionales en un sentido holista, los verdaderos no iuspositivistas e ideólogos más extremados son quienes excluyen la valoración en el Derecho, tipo Raz y sus normas jurídicas como razones excluyentes. Porque sustentados sobre el valor de la seguridad jurídica que “debe” garantizar el Derecho, y frecuentemente con el aderezo del legislador democrático y representativo, sustentan la necesidad tanto de describir el Derecho que previamente han decidido describir como existente, cuanto de que reproduzcamos fielmente lo que la normatividad establece.

Es en este punto en el que ya se evidencia un brusco cambio de ancho de vías. El vial moderno se estructuró de forma estrecha para evitar al enemigo externo, lo extraño, lo desconocido, al otro que pudiera invadir el territorio de lo seguro, unitario, imparcial y universal. Pero la nueva anchura entre railes del iusposmodernismo pretende justamente lo contrario; facilitar la entrada del otro, de lo distinto, de lo particular. Pues no se trata de que el otro y las partes

⁶ Cfr. Zagrebelsky G., *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid 1995, p. 19.

de su diversidad entren a hurtadillas en algún vagón cuya diáspora finalmente la modernidad puede selectivamente tolerar y finalmente asimilar y reconvertir. Sino de que la identidad de la diferencia entre por derecho propio, por justicia, con toda su mercancía, sea cual sea y aunque disguste o sorprenda, porque en el Derecho lo imparcial unitario y universal no existe. En efecto, la tolerancia en favor de la igualdad de la alta modernidad, no incluyó ni igualó nada. Pues cuando “uno”, quien tiene el poder jurídico, económico y político, tolera, solo exhibe su superioridad moral y racional injustificada y sustentada en teorías universales no demostradas que condonan la posibilidad de verdad de lo concreto.

Pues bien, definido su contexto y su campo de desarrollo, será bueno sistematizar sintéticamente cuáles son las críticas y los argumentos del posmodernismo jurídico para, a partir de ahí, comprobar cuál es el tipo de coherencia jurídica y de corrección a que se orienta su pospositivismo.

3. El posmodernismo jurídico en acción

La crítica posmoderna tiene una fuerte relación con aquellas distintas corrientes de la teoría crítica, los CLS, la *outsider jurisprudence*, etc. aunque llega más lejos.

Porque no se objetan solo las “disfunciones” de unos instrumentos que fallan respecto de la legítima función moderna que les corresponde; no es solo que se haya fallado en la consecución de los objetivos de la modernidad. Es más, mucho más. Es que los objetivos, los planteamientos y la misma racionalidad que nos permitía comprenderlos y adecuar su diseño están tendenciosamente equivocados⁷. No es solo un cambio de paradigma (Kuhn) es una verdadera “revolución” de la estructura racional y axiológica.

Tal es el presupuesto posmoderno. Que la modernidad es una ruta llena de trampas. La trampa del binarismo, de la imparcialidad, neutralidad y universalidad. La del mundo feliz universal, ordenado, limpio, blanco, masculino y capitalista, ¿positivo? y que no es feliz. La de los derechos garantes del aislamiento. La del juego democrático y legislativo que persevera en la legitimación de la corrupción y el engaño. La de la economía de máximos que instrumentaliza y exhibe su tendencia centrípeta a la exclusión y el engorde siempre de las mismas bolsas de pobreza. Etc.

Por lo que se refiere al método de conocimiento, el posmodernismo considera inasumible, falsa e interesada la definición de un yo racional universal capaz de conocer por todos y homogéneamente. Ni ese individuo existe, ni conoce de

⁷ Cf. Facio A., *Hacia otra teoría crítica del Derecho*, Agora, Méjico 2000, p. 19.

forma estable, unitaria, universal e imparcialmente. En consecuencia, las verdades, y muy especialmente en las ciencias sociales y en el Derecho, se vuelven relativas y parciales.

Frente al Derecho positivo moderno y sus concepciones, el posmodernismo objeta los presupuestos y pretensiones de conocimiento en general de la teoría del Derecho y la dogmática porque ofrecen una falsa e interesada concepción del Derecho como ordenamiento y de su capacidad para jugar de forma segura en la resolución de los casos.

En efecto, el Derecho positivo es una fuente de radical indeterminación, que se posibilita la protección de los mandatos interesados de quien detenta el poder en los distintos niveles y proyecta unas concretas verdades jurídicas que se imponen normativamente so excusa de una neutralidad, imparcialidad y universalidad realmente inexistentes. De hecho, la normalización del carácter descriptivo, demostrativo y verdadero de la teoría o ciencia del Derecho de la modernidad se consiguió “expulsando todas las formas de conocimiento que fueran diferentes a ‘la’ verdad interesada y tautológica que impuso la taumaturga modernidad”⁸.

Esta desgraciada constitución de los modelos de verdad, conocimiento y teorización y práctica del Derecho, a su vez, tanto sirven como son consecuencia de una muy defectuosa comprensión de la persona y de la justicia de las personas.

Pues se impuso que el “hombre” universal tenía unas necesidades y unas características homogéneas. Esto justifica que, todos uniformados por la igualdad en nuestros Derechos y en contextos democráticos, solo se aspire a nombrar, como garantía imparcial de justicia, un representante universal que regule todos los ámbitos de la vida de la persona.

Pero todo ello es falso. Y aquí nuevamente la radicalidad de la crítica posmoderna va mucho más lejos de lo habitual. El sujeto universal y único de los derechos no existe. Los macro Estados democráticos son formas de legitimación del poder homogéneo y universal del grupo de poderosos frente a todos los demás. Las personas tienen múltiples intereses ajenos a concepciones homogéneas. La realidad racional universal es profundamente injusta con la diferencia y con el otro, al que desplaza en cuanto miembro negativo de las estructuras binarias (bueno/malo, justo/injusto, racional/irracional,...) proyectadas universalmente y con carácter de imparcialidad y neutralidad. Etc.

En este contexto moderno, la voluntad del legislador, queda reducida a mera voluntad de poder y la interpretación judicial se reduce a radical voluntarismo, arbitrariedad y/o activismo amparado en la radical indeterminación del Derecho

⁸ Suárez Llanos L., *El Posmodernismo Jurídico y la Filosofía del Derecho*, Tirant lo Blanch, Madrid 2018, p. 162.

a todos los niveles⁹. Y frente a todo ello no basta una *performance* de legitimidad y de justicia de contenidos, como pretendiera el Estado de Derecho, porque la unidad de razón, el titular universal de derechos y la imparcialidad son falsos en un mundo formado por personas segmentadas en necesidades e intereses que el Derecho no puede reconocer como legítimos conforme a su esquema binario excluyente.

Pues bien, como anunciaba, lo que aquí sostendré es que la concepción posmoderna, en toda su amplitud, más que asumible es imprescindible por cuanto de reconocimiento de la persona y de la justicia representa. Y que conforme a tal planteamiento debe desarrollarse una teoría del Derecho que permita su conocimiento, pero también su corrección sucesiva y dinámica conforme al nuevo patrón de justicia.

Es verdad que en el contexto de la concepción político jurídica posmoderna nos encontramos con una muy amplia variedad de planteamientos, y también que para algunos de esos planteamientos lo esencial es el deconstructivo radical, nihilista, sin posibilidad reconstructiva, pues toda reconstrucción recaería nuevamente en el afán universalizador y homogeneizador de una teoría verdadera.

Pues bien, aunque no pierdo en ningún momento de vista esta advertencia frente a la teoría verdadera, la realidad uniforme, la justicia única y el Derecho imparcial y lo que de ellas se derivan, igualmente propongo manejar estas consciencias en favor de la construcción y la propuesta.

Y es en este sentido en el que antes destacaba la oportunidad de una concepción integradora, inclusionista, fluida y crítica del Derecho que gire en torno a una concepción posmoderna de la coherencia.

Pero, proyectar esa realidad crítica sobre el Derecho exige e implica varias cosas. Aquí me centraré exclusivamente en la transformación del concepto de coherencia del ordenamiento jurídico y en cómo la misma puede desarrollarse a partir de una teoría pospositiva inclusionista, integradora, dinámica y crítica.

4. La coherencia jurídica en la encrucijada de la teoría del Derecho

Como señalaba inicialmente, una teoría pospositivista del Derecho es consciente de que el Derecho es el Derecho que hay.

⁹ Por varias razones, entre ellas porque: es imposible encorsetar y asegurar las decisiones en un contexto plural y escéptico; toda pretensión normativa lleva implícita la controversia y el disenso que anula cualquier solución fundacional; la corrección de la solución está directamente relacionada con la naturaleza contradictoria de la valoraciones de los textos; las sentencias parten y culminan en una aspiración, por lo que su conclusión (Lyotard y Vattimo) solo alimenta el mito; y por el alcance de la "tesis de la contradicción fundamental", pues en todo orden normativo las fuerzas conviven en conflicto convirtiéndose en un instrumento indeterminado de decisiones poco creíbles frente a la controversia; *vid. ibidem*, pp. 205-ss.

Pero también sabe que la teoría participa de los mismos presupuestos normativos de lo fáctico, lo que reclama habilitar los correspondientes instrumentos críticos para afrontar el iuspositivismo ideológico, algo que el positivista clásico suele rehusar hacer.

Así, ante la cuestión de qué ha de hacer un juez ante una norma claramente injusta, el positivista responde que debe aplicar el Derecho descrito como positivo. Pero, a renglón seguido, generalmente señala que este “deber jurídico” del juez es diferente del “deber moral” que ese juez pueda tener, y es su responsabilidad si incumple el deber jurídico.

Sin embargo, a mí me parece que, generalmente, esa dicotómica y “pacificoncencias” disociación iuspositivista entre el deber jurídico y el deber moral, no es ni aséptica, ni neutral, ni tampoco descriptiva. Más al contrario, es normativa de contenidos, ya que el deber jurídico surge de la descripción verdadera de la norma como válida en busca de prescripciones, por eso, el iuspositivista no puede abrazar el deber jurídico en términos descriptivos.

Pues bien, con el término post-positivismo me referiré a una concepción que trata de definir de la forma más adecuada las relaciones existentes entre el orden del Derecho positivo coactivo y el orden la justicia.

Y dentro del post-positivismo propongo diferenciar inicialmente dos categorías. La del iuspositivismo blando en su despliegue iusmoralista principialista. Y la del pospositivismo que también arranca de un iuspositivismo blando pero ahora se desarrolla en otra forma, inclusiva y crítica.

Un pospositivismo crítico e inclusivo¹⁰ que dibuja la hoja de ruta de la Teoría del Derecho partiendo de la experiencia crítica de deconstruir el convencionalismo establecido para, a partir de ahí, reconstruir un nuevo modelo teórico institucional, dinámico y que circule, en tránsitos de ida y vuelta, entre los niveles legislativos, judicial, dogmático y teórico reforzando, así, la perspectiva crítica de fundamentación a tiempo constante.

Por eso el pospositivismo al servicio del posmodernismo y su coherencia tiene ciertas ventajas descriptivas y de fundamentación.

Porque apunta a una teoría positiva del Derecho que ya incorpora los criterios de corrección, que son críticos y normativos.

Porque es consciente de que el Derecho se crea y recrea en cada momento con cada realidad, cada decisión, cada permisión, cada crítica, cada teoría creída o descreída y caída, cada nueva aspiración, cada tradición traicionada o reafirmada...

Porque es capaz de apuntar a una caracterización y teorización ordenada que nos permita comprender críticamente, y no solo tensar los lazos del corsé de la conceptualización formal y estática so excusa de seguridad jurídica.

¹⁰ Profundizo en este pospositivismo crítico e inclusivo que pongo al servicio del iusposmodernismo, en *ibidem*, pp. 179-ss.

Porque la corrección, fundamentación y legitimación de los sistemas de justicia posmodernos están ya incorporadas en la descripción de la pragmática constitutiva del Derecho de los Estados constitucionales y del bienestar.

Porque la coherencia pospositivista trata de incorporar las dos concepciones alternativas de la coherencia, la formal y la material, pero superando sus defectos.

La concepción material y objetivista de la coherencia, dicho en términos telegráficos, sirve a los iusnaturalismos habituales y apela a la adecuación de contenidos entre dos sistemas normativos, el justo y el positivo: si quiere ser válida, la regla positiva y la decisión judicial deben ser coherentes con los contenidos de un sistema axiológicamente superior al del Derecho positivo. P.ej., un alcalde se niega a casar a dos personas del mismo sexo apelando a que la injusticia natural de tal unión invalida la norma positiva de Derecho.

Por su parte, la coherencia formal del ordenamiento y la decisión, la consistencia que diría MacCormick, se vincula a la concepción iuspositivista formalista que veíamos hace un momento y que hereda su tesis de la separabilidad de la concepción humeana: una cosa es el Derecho válido, otra su (in)justicia.

Como en este caso la validez jurídica no se condiciona ni por el contenido de las normas —vale la “regla alternativa”—, ni por su valoración, esta coherencia se reduce a una condición lógica definicionalmente vinculada al fundamento último de unidad del ordenamiento jurídico. Que el Derecho es formalmente coherente lo demuestra la descripción proposicional de las reglas antinómicas. Luego, si el juez encuentra incoherencias las resuelve sistémicamente conforme a un acto de voluntad que deja indemne el ideal positivista de coherencia¹¹.

Pero para el posmodernismo jurídico esta idea formalizadora y de radical indeterminación voluntarista es tan falsa e inaceptable como el monolito objetivista de su rival material.

Por eso, el pospositivismo y su teoría del Derecho precisan un tercer modelo de coherencia¹² que frente al formalista garantice la corrección sustantiva y frente al objetivismo material cognoscivista incorpore instrumentos racionales críticos vinculados a una ambiciosa pretensión de corrección material. Una racionalidad crítica, así, que supere el enfrentamiento entre la forma y el contenido renegando de la objetividad del cognoscivismo trascendental, del relativismo radical nihilista y del objetivismo del formalismo, la voluntad de poder y la seguridad jurídica.

Bien es cierto que concretar conceptual y pragmáticamente este modelo de coherencia posmoderna es labor compleja. Pero esa complejidad se aclara si contamos con criterios axiológicos fundamentados racionalmente.

¹¹ Así, para Kelsen, p.ej., la coherencia rezuma del carácter lógico de la validez que dicta la Norma Fundamental; el conflicto reside en lo subjetivo y la voluntad, no en las categorías de validez.

¹² Vid., Alexy R., *El Concepto y la Validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona 2004, pp. 133-ss., Massini Correas C., *Los principios jurídicos y su objetividad*, en *AFD*, 1999, vol. XVI, pp. 81-ss.

Ya apunté en este sentido que Habermas desde la escuela crítica de Frankfurt, sustenta una teoría postiluminista, discursiva, constructiva y de justificación de los derechos individuales y los procedimientos de decisión.

Pero, hay que ir más allá, porque es imprescindible que el instrumental crítico de la coherencia iuspositivista eleve a categoría universal la diversidad como concepto normativo complejo y pragmático que exige revisar uno a uno y a tiempo constante los conceptos pragmáticamente operativos: el interés de parte y el cuestionamiento de las instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas establecidas como forma de descubrir al otro perdedor de las relaciones binarias del poder y la norma. Y esto exige que la coherencia iuspositiva y crítica del posmodernismo reconstruya los modelos decisionales de actuación conforme a las claves de la diferencia.

Criticar la justificación de la realidad binaria establecida nos puede y nos debe llevar muy lejos porque se vapulea una realidad que tercamente permanece jurídicamente inalterada. Así p.ej., debemos cuestionar críticamente el concepto de imparcialidad, representación homogénea de intereses unificados de los partidos, finalidad sancionadora, consentimiento, causalidad, propiedad, decisiones vitales, religión, pero no en busca de soluciones universalmente racionales, sino en busca del procedimiento de integración de la diversidad que la misma representa y/o de exclusión de prácticas e instituciones sociales y jurídicas que por definición excluyen esa libertad.

5. La coherencia pospositivista, crítica y fundamentadora tras la que se anda

Claro, lo difícil ahora es saber cómo se concreta la aspiración posmoderna de corrección del Derecho y cómo articular su utopía jurídica como una forma de coherencia pospositiva. Para ello la estrategia pospositivista debe iniciarse en el iuspositivismo blando e inclusivo, pero no, como apuntaba, en el iusmoralista principialista.

Es verdad que el iusmoralismo principialista, pienso paradigmáticamente en Dworkin, también puede aparentarse atractivo porque: uno, en los principios incorpora los criterios sociales de justicia que dan sentido al Derecho como integridad. Dos, garantiza la seguridad jurídica, pues la respuesta dada a las cuestiones moralmente conflictivas es la única respuesta correcta. Y, además, tres, ofrecería vía jurídica a la posmoderna caracterización de las personas como socialmente determinadas y contextualmente localizadas en sus parámetros significativos gracias a la conexión entre la interpretación jurídica y la significación social¹³.

¹³ Cf. Balkin J. M., *Deconstruction's legal career*, en *Cardozo Law Review*, 2005, 27, pp. 734-ss.

Ahora bien, aunque esta modelación prudencial de la razón práctica (centrada en una especie de red de comprensiones doctrinales y jurisdiccionales que actúan de guía interpretativa) es buena para reforzar el planteamiento jurisprudencial y la doctrina del *stare decisis*, etc.

Sin embargo se arriesga a un conservadurismo universalista lacerante de las pretensiones liberadoras y de justicia postmodernas. Universalismo por el que el mismo coherentismo de base dworkiniana¹⁴ objeta que algunos, como Ost o García Figueroa, pretendan dar una lectura posmoderna a Dworkin como si éste abandonara la racionalidad y moralidad únicas y excluyentes en favor de “minirrationalidades” o “heterarquías”. Y por ello también la objeción al conservadurismo.

Y no solo esto; hay otros defectos y obstáculos que vuelven al iusmoralismo principialista más negativo que valioso para el iusposmodernismo. P.ej.:

Que en los casos moralmente controvertibles, sean o no jurídicamente difíciles, el juego de los principios y las reglas se subvierte a sí mismo y los principios pueden prevalecer sobre las reglas.

Que en virtud del Derecho como integridad el juez debe reforzar a través de los principios las condiciones injustas, discriminatorias o aberrantes. Es más, incluso en el tipo de sistemas que protegen los derechos individuales, la interpretación de lo que exige la integridad moral del sistema frente a las reglas secunda una metodología interpretativa oscilante, arriesgada e injustificadamente confiada en una clase judicial visionaria. Así, Hércules incrementa los problemas al dar carta de autoridad moral a todo juez para dictar las únicas sentencias jurídicamente correctas.

Y que el planteamiento se enfrenta a la objeción democrática, a los jueces que lanzan sus discursos alternativos a la ley, porque ellos no han sido democráticamente elegidos para representar a nadie.

No obstante estos déficits y obstáculos del principialismo, me parece buena cosa aprovechar sus aciertos críticos cara a la reconstrucción de la teoría del Derecho por el postmodernismo jurídico.

Así, me interesa especialmente el acierto de reconocer que la tesis de la separación entre el Derecho y la moral ya no es la crucial, definitiva y definitiva para la concepción iuspositivista.

Aunque no desacredita, ni afirma que sea falsa. Sino que tanto su relevancia como su concreción se desplazan subsidiarizándose a la previa definición y concepción de las otras dos tesis, origen del Derecho en fuentes socialmente re-

¹⁴ Pienso, p.ej. en Pérez Bermejo, para quien son “ilegítimas las interpretaciones que denuncian o aplauden en el coherentismo supuestas tendencias posmodernas y anti-sistémicas, o bien impulsos de realismo jurídico extremo”, Pérez Bermejo J. M., *Coherencia y Sistema Jurídico*, Marcial Pons, Madrid 2006, p. 273.

conocidas y discrecionalidad que, así, pasan a ser, más que prioritarias, previas a efectos de identificación, descripción y teorización del Derecho.

En concreto, la coherencia pospositivista apunta a una teoría descriptiva, normativa y axiológica, crítica y dinámica para la que la justificación y la normatividad se entremezclan en lo jurídico. Y permite, uno, representar y manejar el continuo que integran la normación y la decisión. Dos, huir de la visión estática y petrificadora del Derecho “realmente existente” en todos sus niveles, pero “incorporando” las dimensiones de justificación y crítica del Derecho positivamente establecido. Tres, descentrar descriptivamente los criterios de producción normativa del vértice del legislador racional, para abrirlos no solo a las decisiones judiciales, sino también a los patrones jurídicamente relevantes que se definen y desarrollan en el nivel primario de la actuación de los individuos jurídicos¹⁵ (acuerdos, contratos, prácticas, disidencias que abren al Derecho a la pluralidad, etc.). Y, cuatro y en consecuencia, enriquecer y reordenar la vieja comprensión autárquica de la validez con una comprensión heterárquica más correcta de esa misma validez pero centrada la pragmática crítica de las relaciones sociales.

De esta forma, el “pospositivismo crítico”¹⁶ (inclusionista) contribuye a la construcción de un sistema coherente, al ofrecer: tanto una descripción dinámica de materiales explícitos considerados jurídicos en sentido amplio, y no solo del voluntarismo arbitrario incontrolable e impredecible de la discrecionalidad legislativa, judicial y del resto de operadores jurídicos, cuanto instrumentos de control de la corrección material, conforme al planteamiento crítico sustantivo promovido por el posmodernismo político-jurídico. Y en este sentido es fundamental la idea de que la coherencia de contenido no excluye, diversamente, precisa de parámetros de razonamiento predeterminados y controlables, como el razonamiento deductivo de la lógica formal. Aunque, eso sí, no se absolutizan como fuentes excluyentes de verdad, sino que se ponen al servicio de un modelo narrativo de coherencia vinculada a la “lógica humana”, la lógica del sentido valorativo de las acciones y los resultados en relación con la persona y el mundo¹⁷.

Desde luego, un problema para este inclusionismo crítico y justificador es sostener su naturaleza positiva, es decir, su vinculación al Derecho realmente existente. Pero el problema se aclara porque, como metateoría los recursos y los

¹⁵ Porque “el legislador tiene que tener en cuenta los patrones relacionales que se reproducen en la práctica jurídica... (y) emplazarlos en el centro de los sistemas jurídicos mismos”, Ladeur K. H., *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern Law*, en *EUI Working Paper Law*, 1999, 99, 3, p. 17.

¹⁶ Profundizo en esto en *Iuspositivismo excluyente vs. Positivismo crítico no inclusivo*, *El Positivismo Jurídico a Examen*, Universidad Salamanca, Salamanca 2006, pp., 497-ss. y en *La Ley Desmedida*, cit., pp. 80-ss.

¹⁷ Cf. Amaya A., *Coherencia, justificación y Derecho*, en *Discusiones*, 2010, X, p. 234.

límites del conocimiento conducen a la descripción centrada en la efectividad y la vigencia, y por tanto a la tesis de las fuentes socialmente reconocidas.

Aunque, y esto es muy importante, deconstruyendo la pretensión de que lo que se describe es neutral. Porque ni es neutral el observador, ni es neutral el objeto. Es esta consciencia la que permite abrir nuevas perspectivas críticas, que la teoría positivista ortodoxa cierra, a la teoría descriptiva del Derecho positivo. Dicho de otra forma, la epistemología orientada a la descripción se acompaña de una tesis de neutralidad del recuento, no neutralidad del Derecho que es objeto de tal recuento¹⁸.

Conforme a esas nuevas perspectivas nos hacemos conscientes de que el Derecho positivo incorpora normativamente aspiraciones de justicia —libertad ideológica, igualdad, derecho a la imagen, dignidad, etc.—. Pero ni sus contenidos son neutrales, ni ya son indiferentes a la validez del Derecho positivo, ni tampoco vienen predefinidos en breviario cognoscivista alguno. A estos efectos, la concepción iusposmoderna puede ofrecer una importante aportación tanto de contenidos como de conceptualización a través de una coherencia pospositivista crítica, inclusiva y vinculada a un planteamiento dinámico.

Esa conexión material vinculada a la lógica de los dictados de justicia que positivizan unas fuentes sociales liberadas, expresa y “debe materializar” la coherencia material sistémica que presida la relación entre la Constitución, la ley y la jurisdicción. Por eso se precisa una teoría del Derecho que delimite las vías para proponer, ordenar y dotar de sentido sistémico y positivo a esas claves de justicia y liberación en relación con las fuentes sociales del Derecho, pero sin caer en el hoyo de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

Así las cosas, la coherencia pospositivista posmoderna se concreta como un ideal regulativo que da entrada a las aspiraciones crítico normativas y de legitimación del iusposmodernismo. Una coherencia que asume que “(l)a presunta necesidad de optar (en teoría y en la práctica) entre subsunción y ponderación es un error que deriva en buena parte del anterior (confundir razón excluyente con razón absoluta)¹⁹ ... falacia de la falsa oposición... Necesitamos los dos esquemas argumentativos²⁰”.

¹⁸ Y es que, una teoría iuspositivista no puede imponerle al Derecho lo que debe ser. Por eso, el *approach* epistemológico o el carácter metateórico que sirve a la teorización del “iuspositivismo crítico” es importante. Porque el *approach* no decide, aunque sitúa ante la decisión, “no nos compromete a aceptar la verdad de ninguna de las tesis o concepciones que caracterizan al positivismo jurídico como teoría” (Carrío G., *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, en *Cuadernos Crítica*, 1981, 16, p. 11); en particular las tesis acerca de la “naturaleza” del Derecho positivo, de las normas, de las “fuentes”, de las propiedades de los ordenamientos jurídicos (plenitud y coherencia) y la función de los jueces (*vid.* Bobbio N., *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México 1995, pp. 44-45, Carrío, *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, cit., 16, p. 10).

¹⁹ Paréntesis mío.

²⁰ Atienza M., *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo*

En consecuencia, la coherencia pospositiva del ordenamiento se proyecte en dos vertientes, como coherencia de la cadena de sistemas jurídicos temporales que integran el ordenamiento, y como coherencia material de la resolución respecto de ese sistema coherente con los valores que el posmodernismo pospositivista reclama en oposición frontal a las dicotomías tradicionales del Derecho positivo.

Valores positivos posmodernos que apelan al cognoscivismo, sí, pero de la diferencia, de la alteridad del otro concreto, de la justicia, de lo que se es y se pretende, y no como algunos descubran o acuerden que debe ser.

Y esto reclama “descubrir las políticas en conflicto y las posibilidades ocultas en las expresiones de los textos legales”. Por eso el iusposmodernismo objeta los métodos interpretativos objetivos, el privilegio que la modernidad otorga al textualismo y el originalismo y el discurso particular del poder amparado en una verdad interpretativa, unitaria y no justificada²¹. Por eso hay que “de-construir la metodología de interpretación moderna en general y, en particular, lo criterios de interpretación jurídica²².”

Deconstruir interpretativamente significa des-decir lo que se ha viniendo diciendo como verdadero. Y entender que ninguna interpretación ni de la ley, ni del caso, ni de la justicia puede poseer el rango de interpretación fundacional, única, verdadera. Y esto obliga a seguir nuevas vías que la modernidad decidió no transitar o que atajó inexcusablemente. Al deconstruir se invierte esa jerarquía privilegiada de la interpretación que busca la intención normativa y/o de quien hace la norma anhelando decisiones correctas²³.

Y todo ello impone reformas profundas en el modelo de racionalidad y de razonabilidad, en de la legislación, una reconsideración del procedimiento de enjuiciamiento e interpretación judicial y, también, desde luego un cuestionamiento muy profundo acerca de la integración, naturaleza y función del TC.

postpositivista. Conceptos y Valores Constitucionales, Plaza y Valdés, Madrid 2016, p. 21.

²¹ Dicho de otro modo, “(l)a cuestión ya no es tanto cómo interpretar el texto; sino más bien la legitimidad del discurso legal como un mecanismo de poder enmascarado en la búsqueda de la verdad interpretativa. Así, el proyecto de la crítica deconstructiva consiste en dar cuenta de un cambio en la legitimidad del proyecto del Derecho considerado como un instrumento para generar característicamente verdades legales”, Hunt A., *The big fear: Law confronts Postmodernism*, en *McGill Law Journal*, 1990, 35, p. 514, cf. ídem, pp. 512-ss.

²² De hecho, “ninguno de los métodos de interpretación que nos son familiares... ofrecen un fundamento autosuficiente de interpretación legal... Más bien... la interpretación es una empresa pragmática que define cada método de interpretación a través de una tensión creativa”, en Balkin, *Deconstruction's legal career*, cit., p. 732. Cf. Id, *What is a postmodern constitutionalism*, en *Michigan Law Review*, 1992, 90, pp. 1966-1988.

²³ Cf. Suárez Llanos, *El Posmodernismo*, cit., pp. 208-ss.

6. *Cerrando ya. Hacia un concepto de coherencia abierto y a tiempo y dinámica constante*

La “coherencia pospositivista crítica” introduce los principios y valores al servicio de la coherencia material y valorativa, y define los cauces que dinámicamente concretan su contenido.

Esta perspectiva dinámica del inclusionismo, así, sirve para, uno, resolver el problema-objeción de que el Derecho contiene normas jurídicas válidas que no se aplican y “normas inválidas pero que despliegan toda su eficacia jurídica”²⁴, pues aunque como concepto la validez es estática su contenido normativo se adecua a sus concreciones materiales, lo que sustenta la imagen del ordenamiento jurídico dinámico como cadena de sistemas jurídicos momentáneos. Dos, compatibilizar el principio de legalidad, y su sustancia derivada de la forma, con la axiología de la de heterogeneidad y de una justicia fragmentada y crítica. Y, tres, en consecuencia, entender, atender, encauzar y proyectar la “revolución práctica” en todas sus dimensiones jurídico y político institucionales. Esta “revolución práctica”, ya iniciada y a que apunta el pospositivismo posmoderno, exige cuestionar y reformular todas las categorías jurídico-dogmáticas y jurídico-fácticas, todas, y todas las claves formales y materiales de opresión del Derecho positivo.

En efecto, cuando se abandona la metafísica ontologizadora de la norma como un hecho acabado, y se asume su concepto dinámico, se vuelve flexible y pasa a incorporar nuevas significaciones; la interpretación gana y el concepto formal de validez renovado aúna la autoridad de la tesis de la producción con la determinación crítica (y cambiante) de su significación²⁵. El posmodernismo jurídico puede ofrecernos los instrumentos deconstructivos útiles para tal crítica²⁶, en una forma similar a como, p.ej., Balkin refiere el “constitucionalismo postmoderno” como una exigencia de adaptar nuestro conocimiento a la inci-

²⁴ Escudero Alday R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, Cívitas, Madrid 2004, p. 239.

²⁵ Importa aquí la distinción neoinstitucionalista entre validez “prima facie” y “validez consideradas todas las circunstancias” en la que profundizaba en *El concepto dinámico de la validez jurídica neoinstitucionalista*, en *AFD*, 2005, vol. XXII, pp. 350-ss., porque la validez formal es una condición *sine qua non*, pero no una condición suficiente, *per qua*, de la validez. Porque las reglas jurídicas son razones excluyentes (Raz) pero no son razones absolutas (Atienza). Y porque un punto de vista externo complementario al interno permite identificar los argumentos críticos del Derecho positivo a partir del mandato inclusivo de justicia constitucional Cf. Wintgens L., *Creation and application of Law from a legisprudential perspective. Justice, Morality and Society*, Juristförlaget, Lund 1997, pp. 472-476.

²⁶ Es precisa “una transición desde la lógica central a la lógica local de las interdependencias. Una doctrina... orientada a un modelo de equilibrio no-lineal y dinámico basado en redes plurales... Tal doctrina debería, en relación con la red, estructurar las interdependencias respecto de cada caso siempre de una forma horizontal y descentralizada”, Ladeur K. H., *Perspectives on a post-modern Theory of Law. Autopoietic Law*, De Gruyter, Berlín 1988, 275. Vid. Trazegnies Granda F., *Postmodernidad y Derecho*, Ara, Lima 1996, pp. 33-34.

dencia real que las transformaciones sociales, culturales y tecnológicas tienen para el Derecho entendido como una institución compleja²⁷.

Pues bien, esta “reintegración del concepto de validez”²⁸, como permanente redefinición de sentido que debe guiar la labor teórica, permite una constante incorporación de elementos significativos que fortalece el vínculo entre la teoría del Derecho, su metodología de la aplicación y la realidad pragmática, de ellos con la práctica y las reivindicaciones sociales y de todo ello con la justicia posmoderna como ideal programático. También facilita el desarrollo de teorías de la legislación y de la argumentación conforme a criterios pospositivos de validez formal y material del ordenamiento jurídico²⁹ y su crítica significativa posmoderna. Y permite comprender e impulsar el desarrollo coherente de un Derecho más correcto en todos sus niveles porque, sin favorecer el activismo, se posibilita la actividad de solventar las lagunas jurídicas, las contradicciones normativas y las lagunas axiológicas a que conduce la incoherencia entre reglas positivas y contenidos críticamente fundamentados³⁰. En estos casos, la decisión no puede tomarse conforme a una regla positiva porque pertenece a esa “esfera ‘abierta’”³¹ en que la positividad jurídica aún no reconoce o contradice valores que, conforme a la perspectiva crítica que manejamos, consideramos fundamentales.

Un ejemplo de esta pospositivista concepción dinámica y crítica de la teorización del Derecho: Vía civil, el concepto legal de causa en la responsabilidad aquiliana. Mientras la ley y su dogmática son fieles a la estructura formal y segura de la causa unitaria de todo el daño, la realidad y la justicia reclaman incorporar la responsabilidad por “pérdida de oportunidad”³²; esto es conforme a la probabilidad de que la acción u omisión hiciera perder una oportunidad o una

²⁷ En la que legislativo, ejecutivo y juez interactúan, se dan argumentaciones jurídicas, se experimenta el Derecho, se desarrollan y proyectan los derechos constitucionales, se debaten pública y socialmente las normas y los avances tecnológicos favorecen el conocimiento y el control en sus distintas facetas (cf., Balkin J., *What is a postmodern constitutionalism*, en *Michigan Law Review*, 1992, 90, p.13).

²⁸ Cf. Suárez Llanos L., *El concepto dinámico de la validez jurídica neoinstitucionalista*, en *AFD*, 2005, vol. XXII, pp. 333-ss.

²⁹ Existen diversos órdenes socio-culturales que rivalizan en el control del sistema normativo dando cuenta de una gran heterogeneidad social, y “(l)a teoría del Derecho no puede ignorar este hecho. Lo que hace necesario impulsar un cambio drástico en los contenidos de la subdisciplina filosófico-jurídica”, Bozo de Carmona A. J., *Toward a postmodern Theory of Law*, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Law/LawBozo.htm>, 2013, pág. 4) — Grün E., *El Derecho postmoderno: un sistema lejos del equilibrio*, en *Doxa*, 1998, 21-II, pp. 174-175.

³⁰ Cfr. Atienza, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo*, cit., pp. 21-23; Alonso J. P., *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, en *Doxa*, 36, 2013, pp. 379-ss., Sastre Ariza S., *Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos*, http://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/6982/dyo1_23.pdf?sequence=1&isAllowed, 1993, 299-305.

³¹ Cf. Alexy R., *El positivismo no incluyente*, en *Doxa*, 2013, 36, 19.

³² Lo abordé en *La teoría de la pérdida de oportunidad*, EAE, Saarbrücken 2014.

mejora respecto de la situación resultante. P.ej., un abogado olvida presentar el tiempo y forma un recurso; como el cliente no pierde el recurso por lo que el letrado deja de hacer, éste no es responsable causal de nada. Sin embargo, una reconstrucción postmoderna indaga en el concepto de causa como un instrumento que maximice la satisfacción del interés de las personas.

Vía constitucional, la solución de los falsos dilemas constitucionales de quienes sostienen un cognitivismo binario y objetivista que penaliza el concepto y regulación de la eutanasia activa. Pues, lo desarrolló por extenso en otro lugar³³, el derecho de cada cual a escribir todos los capítulos de su propia vida no solo implica tolerancia, sino también un conjunto activo de medidas para que la concepción del bien de la justicia de cada cual pueda ser efectiva.

O vía penal, mientras que la dogmática penal insiste en responder al reclamo social de justicia —fiel a la concepción de que la sanción sigue a la lesión social y no a la víctima damnificada³⁴— en vía de agresión sexual incrementando la pena, la crítica posmoderna insistirá, entre otras cosas, en la necesaria deconstrucción de los conceptos patriarcales de voluntad, consentimiento, fuerza y violencia, y en la construcción y calificación jurídica de los hechos.

E insisto en que al ponerse en valor el carácter complejo del Derecho se evidencia mejor la naturaleza ideológica de todas las concepciones que la teoría del Derecho soporta, tanto de las pospositivas como de las positivistas clásicas y pretendidamente excluyentes³⁵.

Precisamente por este carácter ideológico de la teoría y de la práctica hay que descentrar el Derecho en favor de un pluralismo jurídico no trivial, ordenado en torno a la diferencia y la libertad, que ofrezca una concepción caleidoscópica de la diversidad y la pluralidad política, social y vital y que, así, se modele en un “multicentrum” normativo “que protege las definiciones originales de la individualidad al tratar razonablemente las expectativas de cada grupo de interés particular”³⁶ en un contexto de acciones comunicativas (Teubner). El centro

³³ *La ley de la muerte: eutanasias, éticas, derechos*, en *AFD*, 2012, vol. 28, pp. 323-371.

³⁴ Lo explica bien Foucault al referir los cambios de criterios penales franceses de comienzos del XIX: El criminal es quien damnifica, perturba a la sociedad... el crimen es una perturbación para la sociedad y nada tiene que ver con la falta, con la ley divina, natural, religiosa, etc., es claro que la ley penal no puede prescribir una venganza, la redención de un pecado”, Foucault M., *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, Barcelona 1973, pág. 40. Cfr. Musco E., *La irracionalidad del Derecho Penal*, en *RECPC*, 2014, 16, pp. 1-ss. Al desaparecer la víctima, se condonan diversas vías de definición del daño, de determinación de los hechos, de prueba de argumentación, de justicia del otro no representado en la consideración social del daño y del escarnio público de la redención.

³⁵ Pues, “la labor del jurista supone una teoría sobre cómo sería bueno que el derecho fuera. Privado de esa teoría lo que hoy denominamos “positivismo jurídico” se hace trivial y estéril”, Atria F., *La ironía del positivismo jurídico*, en *Doxa*, 2004, 27, p. 135.

³⁶ Suárez Llanos L., *La «cultura jurídica» y el «pluralismo jurídico»*. *Problemas de definición*, en *BFD*, 24, Madrid 2004, p. 48. Hay que reconocer “otras fuentes u órganos de cambio en la regulación situados más allá de los del Estado centralizado... órganos y grupos de interés que, desde dentro

ahora es el orden y el desorden, la dialéctica constante entre lo establecido y lo correcto.

Se trata, en fin, de una concepción paradójica del Derecho³⁷ para la que el Derecho es lo que es más su contrario, pero no el bisturí que escinde el mal del bien en formato jurídico de binarios. Más bien, la coherencia pospositiva se asiste de métodos argumentativos formales y narrativos, y los amplía críticamente al participar de una concepción del bien y de la justicia que permite ofrecer una justificación material de las decisiones³⁸, incluidas las legislativas, al centrarse en el “por qué” y no en el “qué” (fundamentación ética), a la vez que satisface instrumentalmente las condiciones lógicas de la racionalidad (cómo).

Pero sin desatender la seguridad jurídica. Claro que, ahora, entendida ésta en un sentido reforzado dinámico, complejo, racionalizador y más razonable que permita superar la fundacionista concepción de la seguridad como predecibilidad silogística³⁹, en favor de una certeza como corrección y aceptabilidad⁴⁰ de la justicia compleja y crítica.

¿Supone esto descentrar el dogma de unidad del ordenamiento jurídico? Pues en un cierto sentido sí, porque la “regla de reconocimiento” del pospositivismo crítico iusposmoderno apela a un componente dinámico y crítico de los conceptos. Pero en otro no.

Bibliografía

- Alexy R., *El Concepto y la Validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona 2004.
Alexy R., *El positivismo no incluyente*, en *Doxa*, 2013, 36, 19, pp. 15-24.
Alonso J. P., *Principios jurídicos implícitos y coherencia*, en *Doxa*, 2013, 36, pp. 357-385.
Amaya, A., *Coherencia, justificación y Derecho*, en *Discusiones*, 2010 X, pp. 1-43.
Amaya, A., *La coherencia en el Derecho*, en *Doxa*, 35, 2012, pp. 59-90.
Atienza, M., *Teoría constitucionalista y el Derecho más allá de argumentación jurídica*, en *Gaceta Constitucional & Derecho Procesal*, 2014, 74, pp. 187-191.

de los grupos sociales particulares, delimiten, modifiquen o preserven la regulación, e intensifiquen las condiciones de solidaridad, integración, eficiencia y orden específico de cada campo relevante”, Cotterrell R., *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Clarendon Press. Oxford 1995, p. 310; cf. Tie W., *Legal Pluralism. Toward a Multicultural Conception of Law*. Aldershot, Dartmouth 1999, pp. 165-166.

³⁷ Cfr. Ost, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, cit., p. 187.

³⁸ Cf. Amaya A., *La coherencia en el Derecho*, en *Doxa*, 2012, 35, pág. 74.

³⁹ Sobre los pesados lastres del silogismo deductivo apegado a la moderna dogmática (inadecuado modelo de enjuiciamiento, insensibilidad a la diversidad de discursos, acción y valoración, indiferencia a las posiciones discursivas subjetivas...), Milovanovic D., *Postmodern Law and Disorder*, Deborah Charles Publications, 1992, p. 172.

⁴⁰ Sobre la certeza como aceptabilidad moral, p.ej., Peczenic A., *Legal reasoning as a special case of moral reasoning*, en *Ratio Iuris*, 1988, vol. I, 2, p. 191.

- Atienza, M., *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. Conceptos y Valores Constitucionales*. Plaza y Valdés, Madrid 2016, pp. 22-58. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>
- Atria F., *La ironía del positivismo jurídico*, en *Doxa*, 27, 2004, pp. 81-139.
- Balkin J. M., *What is a postmodern constitutionalism*, en *Michigan Law Review*, 90, 1992, pp. 1966-1990.
- Bobbio N., *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México 1995.
- Bozo de Carmona J., *Toward a postmodern Theory of Law*, <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Law/LawBozo.htm> 2013, pp. 1 y ss.
- Carrió G., *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, en *Cuadernos Crítica*, 16, 1981, pp. 1-57.
- Cotterrell R., *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*. Clarendon Press, Oxford 1995.
- Escudero Alday R., *Los calificativos del positivismo jurídico*, Cívitas, Madrid 2004.
- Facio A., *Hacia otra teoría crítica del Derecho. Las fisuras del patriarcado*, Agora, México 2000, pp. 15-54.
- Foucault M., *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, Barcelona 1973. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina40496.pdf>
- García Amado J. A., *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Controversias Constitucionales*, Universidad Rosario, Bogotá 2008, pp. 24-49. https://www.academia.edu/7599793/SOBRE_EL_NEOCONSTITUCIONALISMO_Y_SUS_PRECURSORES
- García Figueroa A., *Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, en *Derecho PUCP*, 2017, 79, pp. 9-32.
- Garrido Gómez I., *El Soft Law como Fuente de Derecho Extranacional*, Dykinson, Madrid 2018.
- González Vicén F., *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea. Estudios de Filosofía del Derecho*, Univ. La Laguna, Santa Cruz de Tenerife 1979, pp. 13-60.
- Grün E., *El Derecho postmoderno: un sistema lejos del equilibrio*, en *Doxa*, 1998, 21-II, pp. 166-177.
- Hunt A., *The big fear: Law confronts Postmodernism*, en *McGill Law Journal*, 1990, 35, pp. 507-540.
- Ladeur K. H., *Perspectives on a post-modern Theory of Law: A Critic of Niklas Luhmann, 'The unity of legal system'. Autopoietic Law*, De Gruyter, Berlín 1988, pp. 242-282.
- Ladeur K. H., *The theory of autopoiesis as an approach to a better understanding of postmodern Law*, EUJ Working Paper Law, 1999, 99/3, pp. 1-45.

- Massini Correas C., *Los principios jurídicos y su objetividad*, en *AFD*, 1999, vol. XVI, pp. 81-ss., pp. 81-97.
- Milovanovic D., *Postmodern Law and Disorder*, Deborah Charles Publications. Chicago 1992.
- Musco E., *La irracionalidad del Derecho Penal*, en *RECPC*, 16, 2014, pp. 1-15.
- Ost F., *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, en *Doxa*, 14, 1993, pp. 169-194.
- Peczenic A., *Legal reasoning as a special case of moral reasoning*, en *Ratio Iuris*. vol. I, 2, 1988, pp. 123-136.
- Pérez Bermejo J. M., *Coherencia y Sistema Jurídico*, Edt. Marcial Pons, Madrid 2006.
- Sastre Ariza S., *Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos*, http://helvia.uco.es/bitstream/handle/10396/6982/dyo1_23.pdf?sequence=1&isAllowed=, pp. 295-308.
- Suárez Llanos L., *La «cultura jurídica» y el «pluralismo jurídico». Problemas de definición*, en *BFD*, 24, Madrid 2004, pp. 15-60.
- Suárez Llanos L., *El concepto dinámico de la validez jurídica neoinstitucionalista*, en *AFD*, vol. XXII, 2005, pp. 333-358.
- Suárez Llanos L., *Iuspositivismo excluyente vs. Positivismo crítico no inclusivo. El Positivismo Jurídico a Examen*, Universidad Salamanca, Salamanca 2006, pp. 497-519.
- Suárez Llanos L., *Razón, Política y Legislación I y II. La Ley Desmedida*, Dykinson, Madrid 2007, pp. 23-198.
- Suárez Llanos L., *La ley de la muerte: eutanasias, éticas, derechos*, en *AFD*, vol. 28, 2012, pp. 323-371.
- Suárez Llanos L., *La teoría de la pérdida de oportunidad*, EAE, Saarbrücken 2014.
- Suárez Llanos L., *El Posmodernismo Jurídico y la Filosofía del Derecho*, Tirant lo Blanch, Madrid 2018.
- Tie W., *Legal Pluralism. Toward a Multicultural Conception of Law*, Aldershot, Dartmouth 1999.
- Trazegnies Granda F., *Postmodernidad y Derecho*, Ara, Lima 1996.
- Wintgens L., *Creation and application of Law from a jurisprudential perspective. Justice, Morality and Society*, Juristförlaget, Lund 1997, pp. 469-485.
- Zagrebelsky G., *El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Trotta, Madrid 1995.

ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE

*Validez y eficacia intermitente de las normas.
Una patología entre los “ilegalismos” y las normas perversas*

ABSTRACT: The purpose of this article is to study a series of cases in which we are facing with valid norms, whose effectiveness is nevertheless scarce, as they are frequently inaplicable, and whose intermittent application can be used to realize spurious interests. We introduce the concepts of “ilegalisms” (Foucault) and “perverse norm” (Dols).

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Una aproximación. Los ilegalismos en Michel Foucault. 3. Una segunda aproximación: las “normas perversas”. 4. Un intento de concreción.

“Si cuando se tiene ganas de perder a un hombre hubiese que esperar a que atentase contra el Estado, no se terminaría nunca. Mientras que hay muy pocos mortales que no cenen con prostitutas. Por tanto, está muy bien que las trampas se hayan colocado donde están”.

Marqués de Sade. *Historia de Aline y Valcourt*.

1. Planteamiento

El objeto del presente artículo es explorar la relación entre la validez y la eficacia de las normas en una serie de casos problemáticos; intentando encontrar entre ellos una identidad de razón que permita conceptualizarlos como una categoría concreta, que sea capaz de iluminar fenómenos jurídicos, sociales y políticos.

Los supuestos que nos interesan se refieren a casos o situaciones que están formalmente recogidas en normas válidas, normas que prohíben una determi-

nada actividad, pero que, sin embargo, no son sistemáticamente intervenidos por las autoridades. La actividad prohibida se realiza, pero en una mayor o menor proporción es tolerada intencionadamente por las autoridades, sin aplicar sistemáticamente las normas que la prohíben. El poder ejerce entonces sobre ella funciones de vigilancia, con el propósito de intervenirla no según un criterio que puede ser, no ya un criterio legal, sino una conveniencia política o un interés económico. El fenómeno será por lo tanto un fenómeno no estrictamente legal, aunque necesitaremos recursos básicamente normativos para comprenderlo, conceptos como validez, eficacia, eficiencia, cumplimiento, aplicación, discrecionalidad, arbitrariedad, etc. En su estudio nos plantearemos complejas e interesantes situaciones patológicas.

Si los conceptos en juego son los de validez, eficacia, eficiencia, o cumplimiento y aplicación, así como los de discrecionalidad y arbitrariedad, podemos empezar haciendo algunas consideraciones generales en torno a estos conceptos básicos que nos interesan. Desde Kelsen, la validez la entendemos como la existencia jurídica de la norma. Una norma válida es aquella que pertenece al sistema jurídico, por haber sido aprobada de acuerdo a su sistema de fuentes, y que resulta por lo tanto legalmente exigible. En cuanto a la eficacia, esta supone la aplicación de la norma en la práctica social: una norma es eficaz cuando se cumple y se aplica regularmente. A este respecto, la eficacia de una norma se desenvuelve en dos manifestaciones. En un primer momento, se considera que una norma es eficaz cuando se produce el cumplimiento de la norma por parte de sus destinatarios, que adecúan su comportamiento a sus prescripciones; en un segundo momento, en el caso de que no sea así y se produzca el incumplimiento de la norma, la eficacia remite a su aplicación por parte de las autoridades, bien sea mediante el restablecimiento de la situación de hecho, de acuerdo con las pretensiones de la norma incumplida, o bien mediante la imposición de una sanción a los incumplidores. En ambos casos podemos decir que la norma es eficaz.

Por su parte, la eficiencia se refiere al cumplimiento de los objetivos sociales perseguidos por la norma. Se distingue de la eficacia en la medida en que una norma eficaz puede cumplir o no los objetivos sociales a los que la norma aspiraba, según que los medios que contempla la norma y que ella misma materializa, conduzcan o no al logro real de los fines a los que aspiraba el legislador. Eficacia y eficiencia son por lo tanto conceptos distintos. La eficacia está al servicio de la eficiencia, pero puede materializarla o no, o puede hacerlo más o menos.

Algunas consideraciones más que pueden hacerse sobre estos conceptos y su relación en su realidad práctica, nos resultan también de interés. Así, una norma puede ser válida pero no ser eficaz, o serlo más o menos, ya que la eficacia es también una propiedad gradual. Una norma puede ser desde el cien por

cien eficaz, si se cumple siempre (caso improbable), hasta no serlo en absoluto en ningún caso (también difícil, pero posible). Pero a la vez, lo que puede ocurrir con una norma no puede ocurrir con el sistema jurídico en su conjunto, ya que la eficacia en general de la mayoría de las normas de un sistema jurídico sí que es condición de validez de ese sistema en su conjunto, y por lo tanto de cada una de sus normas. No puede darse un sistema jurídico válido si hay una ineficacia generalizada de sus normas, pero un sistema jurídico admite cierta proporción de normas más o menos ineficaces¹.

En relación con las normas que nos ocupan, nos movemos en un campo en el que el sistema jurídico es válido en su conjunto, al ser eficaces la gran mayoría de sus normas, pero donde existen algunas normas concretas que plantean problemas en cuanto a su eficacia general, siendo su eficacia más bien gradual, y siendo frecuente su incumplimiento por los destinatarios y su inaplicación por las autoridades.

Como hemos visto, en cuanto a la eficacia de la norma, se desarrolla el concepto distinguiendo entre el cumplimiento y la aplicación de la norma. El cumplimiento se referiría a la actuación acorde con la norma por parte de sus destinatarios. Liborio Hierro se refiere a este cumplimiento denominándolo “eficacia-correspondencia” (se entiende correspondencia del comportamiento de los sujetos con los dictados de la norma), y dice de ella que “es absoluta si todos los sujetos destinatarios de la norma realizan la acción prescrita en las ocasiones que la norma establece”, para insistir después en que la eficacia es una propiedad gradual².

Por su parte la aplicación consistiría en la reacción por parte de las autoridades ante el incumplimiento de las normas, sea restableciendo la regularidad normativa, o imponiendo una sanción. Cumplimiento y aplicación son dos componentes de la eficacia de las normas³.

Una consideración importante respecto de la relación es que entre el incumplimiento y la aplicación de una norma hay un espacio que se cubre por parte de las autoridades encargadas de la aplicación de la norma cuando esta se incumple. Este espacio puede ser protagonizado por la autoridad judicial, y puede que precise además de la intervención de un tercero, que inste la aplicación de las sanciones previstas por la norma; nos encontramos entonces ante el carácter rogado que tiene, en general, el sistema de aplicación de las normas⁴. Puede ser

¹ Estas consideraciones, que podemos tomar como un lugar común para la teoría del derecho, las extraemos de Hierro L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel Derecho, Barcelona 2003, pp. 13-14. El autor cita a su vez a Navarro P., *La eficacia del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.

² Cfr. Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, cit., pp. 78 y 80.

³ Cfr. *Ibidem*, p. 17.

⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 144.

una denuncia de un particular interesado, de un agente de la autoridad, preferentemente la policía, o del ministerio fiscal, como órgano encargado de velar por la legalidad, etc. En ocasiones la posibilidad de reclamar estará amplificadas, al ser generalizada la capacidad de reaccionar ante la ilegalidad mediante una acción popular. Todos estos sujetos resultan interesantes en nuestro caso, ya que son potencialmente los llamados a reclamar el cumplimiento de la norma, y de no hacerlo, los protagonistas de que la norma válida no se cumpla, y de que no se reaccione contra su incumplimiento de forma sistemática y, por tanto, digamos a los efectos que nos ocupan, desinteresada.

El fenómeno que tratamos intentamos describir, puede concebirse inicialmente como una “irregularidad normativa”, que consiste en que una actividad legalmente prohibida en función de una norma válida, es intencionadamente permitida por las autoridades responsables, en una cantidad más o menos numerosa de casos, con lo que la idea de la eficacia general de la norma resulta cuestionada. Pero hay una peculiaridad que caracteriza los casos que pretendemos estudiar, en relación con otros en los que las normas tampoco se aplican sistemáticamente; esta peculiaridad radica en la motivación de la inaplicación de la norma. En otros casos la inacción de las autoridades puede justificarse en aras, por ejemplo, de la misma finalidad perseguida por la norma, es decir sobre la base de cumplir mejor la pretensión que la norma aspira a lograr. La eficacia general deja entonces paso a la eficiencia. No se persiguen todos los casos contrarios a la norma porque hacerlo resultaría difícil en la práctica, o porque conviene dejar que los infractores actúen, en ocasiones para controlar la actividad e intervenir en el momento más oportuno, con la idea de reprimir, de la manera más eficiente posible, la actividad ilegal. Nos encontramos entonces ante una decisión de oportunidad que podría moverse dentro de los márgenes permitidos de la discrecionalidad administrativa, y que no plantea los problemas propios de los casos que nos interesan.

En otras ocasiones puede ser simplemente la incapacidad, o la falta de medios, la imposibilidad técnica o material, la que determine que la actividad no sea sistemáticamente reprimida en todos los casos, por parte de las autoridades. Sin que exista tampoco un cálculo de conveniencia tendente a maximizar la eficiencia de la norma, no se interviene en todas las ocasiones porque las autoridades son simplemente impotentes para hacerlo; pero no existen estos casos una intencionalidad concreta en las más o menos frecuentes inaplicaciones de la norma.

Finalmente, en otros casos, que son los que ahora nos interesan, la función de esa tolerancia respecto de las prácticas ilegales es más compleja, y tiene que ver con una motivación que, además de no ser jurídica, pretende realmente satisfacer un interés distinto y espurio, jugando para ello con la validez y la eficacia intermitente de la norma.

Pongamos un ejemplo histórico del tipo de prácticas que nos pretendemos plantear: el tratamiento de las costumbres libertinas en el siglo XVIII francés⁵. Esta época ha sido conocida como “la época galante”, por la libertad y el exceso en las prácticas eróticas, especialmente en lo que se refiere al estamento nobiliario. La frecuencia de estas prácticas contrastaba con la dureza de la represión penal prevista para tales casos, a partir de una normativa inspirada aún en criterios propios del derecho natural, muy contrario, como es sabido, a manifestaciones de la sexualidad más allá del más elemental sexo reproductivo entre los conyugues. Esta paradoja entre la frecuencia y variedad de las prácticas eróticas, especialmente en los segmentos más elevados de la sociedad, y la dureza prevista para su persecución, se resolvía, en el Antiguo régimen francés, en un sistema de amplia tolerancia, que sólo en casos excepcionales provocaba la intervención del derecho. Esta intervención extraordinaria del derecho, podía producirse ante casos muy notorios⁶, aunque no siempre la notoriedad provocaría la intervención; o ante denuncias insistentes, aunque tampoco necesariamente; o, lo que ahora nos interesa, y entonces sí, de manera irremisible, de resultas de un interés concreto, por parte de la autoridad competente, de perder a alguien⁷. Entonces, la general tolerancia respecto de esas prácticas se convertía

⁵ Tema ya abordado por el autor al hilo de tres ensayos escritos sobre el Marqués de Sade, donde se trata el papel de la represión penal de las prácticas libertinas y su significado político, cfr. Pe-layo González-Torre Á., *La sombra de la Ilustración. Tres variaciones sobre Sade*, Universidad de Cantabria, Santander 2006.

⁶ Nótese que el carácter íntimo de las prácticas sexuales implica, en principio, una dificultad extra para la averiguación que debe llevar a cabo el derecho antes de ser aplicado, con lo que la tolerancia ante la infracción encuentra aquí cierta justificación. Si bien es igualmente cierto que en ocasiones las prácticas libertinas se llevaban a cabo no entre dos, en la intimidad de un lugar cerrado, sino de manera más notoria, en orgías, fiestas galantes o locales públicos. Cuando la relación es entre dos personas resulta más difícil de probar, y se puede recordar cómo en el proceso que se llevó a cabo contra Oscar Wilde, se hubo de recurrir a la camarera del Hotel Savoy, para que declarara sobre el estado de las sábanas que recogía de la cama donde Wilde pasaba ocasionalmente la noche, después de cenar en el hotel, con otros hombres. Sólo los dos protagonistas, y ahora la camarera, podrían decir algo a ciencia cierta. Cuando no hay camarera sólo quedan los protagonistas, cfr. *Los procesos contra Oscar Wilde*, transcripción de las actas de los procesos judiciales traducidas por Ulises Petit, Valdemar, Madrid 1996. Lo que pasa entre dos puede ser siempre más secreto, y de ahí la regla que tradicionalmente regía en el mundo monástico para los religiosos en sus salidas al exterior: *numquam duo, semper tres*, ya que la pareja se prestaba a las intimidades o confidencias de una manera en que no lo hacía el trio.

⁷ Como señala uno de los protagonistas del Marqués de Sade en una de sus obras, concretamente el Magistrado Presidente Blamont, en referencia a las prohibiciones en materia sexual: “Si cuando se tiene ganas de perder a un hombre hubiese que esperar a que atentase contra el Estado, no se terminaría nunca. Mientras que hay muy pocos mortales que no cenen con prostitutas. Por tanto, está muy bien que las trampas se hayan colocado donde están”, Marqués de Sade, *Historia de Aline y Valcour*, trad. de F. Montes de Santiago, Editorial Fundamentos, Madrid 1981, p. 237. Y aquí el interés en perder a alguien puede tener un origen variado. Puede ser un interés político, para destruir a una persona políticamente molesta, por la razón que sea, o puede ser un interés económico, cuando se ha sometido a alguien a un chantaje, precisamente sobre la base de sus

en un decidido empeño en perseguirlas en relación con un caso concreto y una persona concreta⁸. De resultados de un interés espurio, basado en un objetivo político o en un interés económico, la norma válida despierta del habitual letargo en que era mantenida, y se reclama ahora su puntual eficacia.

Que este ejemplo sea histórico no quiere decir que el campo de las prácticas sexuales no siga siendo, hoy en día, un ámbito ideal para el ejercicio de las prácticas propias de nuestro objeto de estudio.

En referencia al tipo de casos que nos proponemos abordar, se nos plantean inicialmente varias preguntas. En primer lugar, si es posible conceptualizar de algún modo estas prácticas. La dificultad radica en que no son obviamente prácticas jurídicas que respondan a los esquemas de la teoría del derecho, sino que se trata de patologías jurídicas en las que la actuación espuria de las autoridades juega con la aplicación de las normas. En este sentido son más bien prácticas que entran dentro del mundo de las arbitrariedades del poder, de ahí que podamos adelantar que, como realidades sociológicas que son, se darán más o menos, y con una mayor o menor intensidad, en función de los contextos jurídicos, éticos y políticos.

Precisamente, y en cuanto al primer problema de su conceptualización, que sería el de cómo denominarlas, hemos empezado por denominarlas prácticas, en cuanto se refieren a un uso más o menos frecuente de la estrategia descrita de no aplicar una norma de manera sistemática para que la ilegalidad se desarrolle, y se pueda intervenir ocasionalmente contra un sujeto que la realiza, y al que se quiere perder o extorsionar. Llegados a este punto ya podemos hablar de una estrategia, tendente a conseguir realizar normalmente intereses políticos o económicos – intereses que se materializan en ocasiones mediante el chantaje -, jugando con la aplicación intermitente, y espuriamente interesada, de las normas⁹. A partir de ahí el problema de la denominación resulta complejo: por un lado, no son simplemente prácticas ilegales, ya que lo que las caracteriza es, más que el incumplimiento de la ley, la tolerancia de las autoridades y su inter-

prácticas sexuales, y se niega a pagar. En este caso se ilustra la forma en que ese juego entre la validez y la aplicación de la ley, que nos traemos entre manos, puede funcionar también como el desarrollo de una operación económica, de un negocio basado en el chantaje. Aunque como veremos las posibilidades económicas de la trama no se quedan ahí. En la historia real, el Marqués de Sade fue víctima de estas trampas, y quizás por eso quisiera desvelar su funcionamiento en una de sus obras, cfr. Pelayo González-Torre, *La sombra de la Ilustración. Tres variaciones sobre Sade*, cit.
⁸ En ese momento, la intervención del derecho puede adoptar un empaque teatral, y el teatro de la persecución puede adoptar guiones distintos, el caso puede convertirse en ejemplarizante, y en consecuencia las prácticas pueden temporalmente remitir, pero lo normal será que pasado un tiempo todo vuelva a quedar como estaba antes.

⁹ El interés en desencadenar la represión intermitente puede tener también razones mediáticas, y consistir en poner en marcha y publicitar, en un campo de tolerancias, una actuación policial de gran calado, para encubrir otras noticias que no interesa que tengan mayor repercusión. Aquí, una vez más, la teatralidad de la acción.

vención interesada; por otro la denominación de “tolerancias” tampoco encaja del todo, al tener el término un sentido acuñado más específico, y dejar fuera la intención perversa de las autoridades; el término podría ser quizás el de “ilegalismos”, acuñado por Foucault, aunque, como veremos, convendría entonces delimitar el sentido específico que Foucault concede a esta palabra. La noción de “norma perversa”, a la que también nos referiremos, y que alude a normas que escasamente se cumplen, y que producen efectos perversos en el contexto social, puede igualmente iluminar el concepto, aunque no matiza la misma realidad. Con estas referencias seguimos buscando una ubicación más exacta para la práctica que ahora nos interesa.

Otra cuestión previa es si realmente nos encontramos ante un problema de teoría del derecho, o si más bien se trata de un problema que escapa a los intereses de esta teoría, y se refiere más al ámbito de la sociología jurídica¹⁰, o si incluso la cuestión se ubica mejor, y simplemente, en el campo de la acción y la estrategia política o económica, o bien si lo podemos remitir sin más al mundo de la delincuencia, en este caso muy especializada. En este último ámbito nos encontramos con los tipos penales que prevén, por ejemplo, la inactividad de las autoridades, como ocurre en nuestro Código penal, en los capítulos dedicados a los *Delitos contra la Administración pública*, – que son con frecuencia delitos cometidos por las autoridades. En este marco podemos referirnos al artículo 408 del Código penal español, que castiga a “la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables”¹¹, y también a los artículos 419 y 420 que castigan, respectivamente, a la autoridad o funcionario que en provecho propio o de un tercero, reciba o solicite cualquier retribución para realizar actos que sean de su competencia (el art.420¹²), o para retrasar su ejecución o no realizarlos (el 419¹³). Si bien en el primer caso no se incluye la intención espuria del funcionario, y en los dos siguientes se requiere la presencia de dos partes en concurso, la autoridad y el particular que promueve su

¹⁰ En general se sostiene la idea de que la preocupación por la eficacia de las normas es competencia de la sociología, mientras que el tema de la validez es un tema propio de la ciencia jurídica. Aquí no compartimos esta idea, y reivindicamos el interés de su estudio para la teoría del derecho, y desde luego, para la Filosofía del derecho. En sentido similar Hierro, que habla, en relación con esa distinta forma de enfocar validez y eficacia, de una “convencional y discutible distinción del trabajo”, cfr. Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, cit., p. 23, nota 10.

¹¹ Dicha autoridad incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

¹² Penado con prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.

¹³ Aquí la pena prevista es de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años.

actuación delictiva, no contemplando la actuación autónoma de las autoridades gestionando ellas mismas los beneficios de la ilegalidad¹⁴. Más se aproximan los tipos especiales, redactados en el año 2010, relativos a materias específicas, como el urbanismo o el medio ambiente, incluidos en los artículos 320¹⁵ y 329¹⁶, y pensados para la autoridad o funcionario que, a sabiendas, haya omitido la realización de inspecciones obligatorias o haya silenciado la infracción comprobada con motivo de las inspecciones realizadas.

También en el campo del derecho administrativo se manejan conceptos interesantes para nosotros. Allí es clásica la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad de la Administración¹⁷. En principio la discrecionalidad es una actuación permitida, por medio de la cual la Administración cumple sus funciones eligiendo entre distintas opciones posibles, mediante un juicio de conveniencia u oportunidad. Se aprovecha aquí de un margen de apreciación, de una libertad de elección que permite actuar de una manera u otra. En el caso que nos ocupa podríamos considerarlo a la hora de justificar que la autoridad no interviniera sistemáticamente la práctica prohibida, a partir de un cálculo de oportunidad, que recomendaría hacerlo de manera intermitente, para maximizar, no ya la eficacia, sino la eficiencia de la norma. Por el contrario, la arbitrariedad entraría directamente dentro de la ilegalidad, y se referiría a una actuación inadecuada, denotada por su falta de justificación. Lo arbitrario tiene una connotación peyorativa, y se identifica con una actuación no sujeta a la ley, y en ese sentido sería tanto como una actuación despótica. El concepto peyorativo de arbitrariedad se ha considerado incluso acuñado para controlar, precisamente, el respeto por parte de la Administración al principio de igualdad, lo que la coloca en un ámbito próximo a nuestras preocupaciones. Sin embargo, a diferencia de nuestro objeto de interés, no se requiere en ella una intencionalidad concreta en el actuar de la Administración. Una actuación arbitraria no es necesariamente una actuación con un interés espurio, sino, en principio, simplemente, una actuación

¹⁴ Nuestros supuestos tampoco encajan fácilmente ni en el delito de prevaricación, que se refiere al juez que dicta a sabiendas una resolución injusta, ni en el de encubrimiento.

¹⁵ La pena será de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, y de nueve a quince años de inhabilitación para cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

¹⁶ La pena será de prisión de seis meses a tres años, multa de ocho a veinticuatro meses, y de nueve a quince años de inhabilitación para cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

¹⁷ Cfr. como referencia clásica, el libro de Ramón Fernández T., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid 2002. Es el texto que seguimos aquí a la hora de hablar de discrecionalidad y arbitrariedad. La tesis que sostiene el autor en el libro es que la discrecionalidad de la Administración era una característica que estaba en los orígenes del derecho administrativo, pero que con el Estado constitucional las potestades de la Administración han de estar cada vez más regladas, más sometidas al imperio de la ley y al derecho (art. 9.3 de la Constitución española), y, por lo tanto, más ampliamente sometidas al control jurisdiccional.

sin justificación. La intencionalidad contraria al servicio público que justifica la potestad administrativa, daría un paso más allá de la arbitrariedad, para entrar en el campo de la desviación de poder, o para pasar ya al ámbito penal.

En cuanto a la desviación de poder, administrativamente, se trata de una infracción de la legalidad llevada a cabo en el ejercicio de potestades administrativas, que se caracteriza precisamente por su componente teleológico, es decir, porque se aparta del fin público para el que fue concedida la potestad, existiendo en este caso una voluntad desviada o torcida por parte de sus autores¹⁸. Esta intención no prevista puede ser más o menos correcta, en el sentido de estar dirigida a otra finalidad pública distinta, como cuando se usan las normas de tráfico con finalidades recaudatorias, o directamente a un fin ilícito, como ocurriría en el caso que nos interesa. Precisamente la construcción teórica de la técnica de la desviación de poder se considera como un medio clásico para controlar el adecuado sometimiento de la administración al derecho.

Junto a la desviación de poder, hay otra figura del derecho administrativo que está próxima a los casos que nos interesan. En la medida en que una falta de actuación de la Administración es en parte la base de los casos que nos ocupan, limitamos con la denominada, en el ámbito administrativo, “inactividad de la Administración”; y más concretamente con una de sus especies, que es la llamada *inactividad material*, catalogada en referencia a omisiones o falta de realización de actividades técnicas, materiales o físicas de transcendencia externa a la Administración¹⁹. Y aquí se incluyen doctrinalmente los casos de falta de ejercicio de los poderes de inspección-sanción por parte de la Administración, que se explican con expresiones corrientes como “hacer la vista gorda” o “tener manga ancha”. En estos casos se da una omisión de la acción administrativa, no determinada por una imposibilidad material o técnica, careciendo la inacción de un fundamento objetivo o justificación razonable. La doctrina hace notar que esta inactividad administrativa “puede(n) entrañar grave discriminación o arbitrariedad”²⁰.

Aparte de su conceptualización más teórica, y del marco en que nos movemos, en el seno de las relaciones entre validez y eficacia, o entre cumplimiento y aplicación, o discrecionalidad y arbitrariedad, nos interesa también referirnos a las prácticas que pueden ser el sustrato material donde se desarrollan estos casos, y después también a sus sujetos protagonistas y a sus efectos sociales. En efecto, una pregunta interesante es la de qué tipo de prácticas suelen servir de

¹⁸ En este tema de la desviación de poder seguimos a Chinchilla Marín C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid 1999. En la p. 51 insiste en que lo que define a la desviación de poder es precisamente el elemento teleológico.

¹⁹ Seguimos en este punto de la inactividad de la Administración a Gómez Puente M., *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Madrid 2002.

²⁰ *Ibidem*, p. 98.

base para estos supuestos. Los ámbitos sociales donde podemos encontrar estas prácticas son muy variados, pero podemos dar algunas indicaciones. Podemos pensar en campos donde la infracción es frecuente, como el tráfico de drogas a pequeña o mediana escala; o ciertas prácticas sexuales, como el proxenetismo, o allí donde estén prohibidas, la prostitución, el adulterio, la homosexualidad; u otros ámbitos como la disciplina urbanística, o la protección del medio ambiente, o realidades de generalizada extensión en las últimas décadas, como la presencia de inmigrantes sin papeles. Campos en los que la pretensión normativa se encuentra con una intensa realidad resistente.

Si son ámbitos en los que se da una frecuente infracción de las normativas vigentes, es porque hay una descompensación entre la pretensión reguladora de la norma y la realidad de la práctica social que se regula. Si la normativa es demasiado restrictiva en relación con la práctica social, puede ser porque la práctica prohibida está fundada en fuertes instintos humanos, y es difícil de evitar por parte de los destinatarios del mandato, como ocurre en el caso de las prácticas sexuales o del consumo de estupefacientes; o porque es una normativa nueva que pretende imponer concepciones recientes frente a prácticas extendidas y consideradas hasta el momento como normales, como ocurre por ejemplo con las normas relativas al respeto al medio ambiente; o porque incluso siendo normativas con más tradición, se pronuncian frente a prácticas muy extendidas, como pequeñas o medianas –o grandes– infracciones urbanísticas. En otros casos, ante lo que nos encontramos es ante campos cubiertos por un velo de secreto, como el del tráfico de armas, o campos de especial complejidad, donde la comprensión y el control técnico de la actividad resulta difícil, como puede ocurrir en el mundo financiero, la fiscalidad de las empresas, o el mundo de las prácticas de la competencia. También en el ámbito de la publicidad engañosa, sobre todo en relación con la información que ha de facilitarse sobre los productos, por ejemplo, en los productos alimentarios; o en la contratación seriada, donde son posibles grandes fraudes a los consumidores, o en el campo de la protección de datos. En todos estos casos la descompensación entre la pretensión reguladora y la realidad, social o empresarial, favorece que la actividad ilegal continúe realizándose, y puede determinar que el campo evolucione con más facilidad hacia el tipo de prácticas que estamos describiendo.

En cuanto a los sujetos que se ven envueltos en las prácticas podemos referirnos a organismos reguladores o de control que no intervienen, fiscales que no persiguen de oficio las prácticas delictivas, funcionarios o policías que hacen la vista gorda, responsables políticos que mantienen la situación, abogados, un caldo social de tolerancia o impotencia por parte de la población en general, jueces que prefieren no entrar, o que no entienden la complejidad de los procesos. Participando todos ellos en un entramado complejo, que en ocasiones amenaza

con excederles, y a que, en estos casos, con frecuencia se tejen en torno a ellos redes peligrosas, que operan mediante la acumulación de información, el espionaje y la extorsión.

Además, y aparte de la relación de los representantes del Estado entre sí (jueces, políticos, funcionarios, policías...), es esencial en este campo la relación entre ellos y los beneficiarios y protagonistas de las prácticas ilegales, a los que nos referiremos. Quizás podría esbozarse una geografía de las actuaciones administrativas en relación con las prácticas ilegales que nos interesan a partir de cómo se articulan esas relaciones en los distintos campos en los que se desarrollan²¹.

Ante el interés, la transcendencia, ya la vez la complejidad que presentan estos casos que nos ocupan, procedemos a planteamos la búsqueda de una ubicación teórica, en la literatura actual, que nos permita avanzar en el análisis de esta cuestión.

2. Una aproximación. Los ilegalismos en Michel Foucault

En el seno de la obra de este autor francés se acuña, con un sentido específico, el concepto de “ilegalismo”. Los ilegalismos son descrito por Michel Foucault en su libro *Vigilar y Castigar*, en un ejercicio más del pensamiento de la sospecha que transita a lo largo de toda esta obra esencial.

La posición de Foucault ilustra desde una perspectiva sociológica la relación entre el poder y el derecho en el ámbito penal. Su idea consiste en sostener que el poder articula el sistema penal, y que gestiona la criminalidad tratando las ilegalidades de forma diferenciada. En esencia nos encontraríamos ante dos tipos de ilegalidades que el poder articula y gestiona. Por un lado, estarían los ilegalismos de las clases populares, es decir, los delitos considerados comunes, que son perseguidos y castigados sistemáticamente, y por otro, otro tipo de ilegalismos, protagonizados por los sujetos burgueses o privilegiados, y en los que la persecución se relaja o desaparece. En el planteamiento de Foucault el sistema penal se concibe como “un aparato para administrar diferencialmente los ilegalismos, y no, en modo alguno, para suprimirlos todos”²². Esta diferencia

²¹ Cfr. Fischer N., Spire A., *L'État face aux I'llégalismes*, en *Politix*, 2009, 3, 87, pp. 7-20. Esta dinámica relacional entre agentes del Estado y agentes privados puede, en parte, explicar que, como señala el autor, las arenas de la gestión de estos ilegalismos evolucione constantemente. La referencia está en la p. 18.

²² Foucault M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, Madrid 2009, p. 93. El tema de los ilegalismos está más desarrollado en el capítulo II de la parte cuarta del libro, titulado “Ilegalismos y delincuencia”, pp. 261-299. Sobre los ilegalismos en Foucault, cfr. Serrano González A., *Michel Foucault, sujeto, derecho, poder*, Zaragoza 1987. En especial el epígrafe titulado “El fracaso de la prisión: la gestión de los ilegalismos”, pp. 133-141. Respecto del concepto se ha dicho que “reenvía sobre todo a la articulación de actividades de

remitiría a la distinción entre delincuencia propiamente tal, e ilegalismos propiamente dichos. Entonces, junto a la persecución y castigo de los delitos de las clases populares, conviviría la tolerancia respecto de los ilegalismos de la clase dominante. Mientras que el ilegalismo popular se convierte en delincuencia, el ilegalismo burgués es un campo hábil para un desarrollo económico o político. Es un ilegalismo que en otros momentos el autor denomina “ilegalismo lícito del poder”, o “ilegalismo de privilegiados”²³.

Desde una perspectiva crítica, la Administración de justicia, la policía, la prisión, cumplen entonces el papel de separar ilegalismos de delincuencia, al intervenir las conductas de una manera selectiva, y la noción de delito se reserva para los ilegalismos populares efectivamente perseguidos y castigados. Este tipo de ilegalismos populares hace de los culpables reclusos, y los marca como los auténticos delincuentes, los aísla socialmente y los convierte en la imagen social del crimen. Los crímenes y criminales de los que se habla son esos. Por el contrario, la impunidad y la tolerancia respecto del segundo tipo de ilegalismos hace que sus responsables, anónimos y con frecuencia enriquecidos, convivan respetablemente en sociedad. Incluso en el caso de ser perseguidos judicialmente, los mecanismos de defensa jurídica a su servicio hacen que se demoren los procesos y se posponga la prisión; y su reflejo social se intenta convertir en un debate sobre la presunción de inocencia y sobre las llamadas “penas de teleradio”, que lamentan la persecución mediática de estos sujetos.

Respecto de esos últimos ilegalismos se ha dicho que a partir de Foucault, se “revela que tales prácticas forman parte de las relaciones de poder que tejen el cuerpo social, por cuanto reportan altos beneficios económicos y políticos a diversos grupos que nada tienen de socialmente marginales”, y se alude como ejemplo a los campos de la evasión fiscal, el contrabando, o la contaminación ambiental²⁴. Y podrían añadirse otros campos, como el del derecho de la competencia, los fraudes a los consumidores, las irregularidades en la contratación seriada, o la protección de datos. Los ámbitos variarían en función del contexto económico, social y político, y de las relaciones entre sus agentes.

diferenciación, de categorización, de jerarquización y de gestión social de las conductas definidas como indisciplinadas”, Lascoumes P., *L'illegalisme, outil d'analyse*, en *Sociétés & Représentations*, 1996/2, n.º 3, pp.78-84. La referencia está en la p. 78. En este artículo se insiste en la importancia de las actividades institucionales de calificación, en referencia a la capacidad de las instituciones de poder de establecer las categorías que gradúan la culpabilidad o responsabilidad social. Hoy día tendríamos que abrir un apartado para destacar el papel que en este proceso de calificación juegan los medios de comunicación.

²³ Referencias que aparecen en las pp. 290 y 291 respectivamente de *Vigilar y castigar*, cit. También usa Foucault la diferencia entre “ilegalismo de los bienes”, que se atribuye a las clases populares, e “ilegalismo de los derechos”, propios de las clases privilegiadas para referirse a la delincuencia económica y financiera, fraudes, evasiones fiscales, operaciones comerciales irregulares...

²⁴ Cfr. Tonkonoff S., *Acerca del concepto Foucaultiano de ilegalismos*. La cita puede verse en acta-cientifica_servivioit.cl/biblioteca/gt/GT4/GT4/_tonkonoffS.pdf p. 2.

Es importante insistir en que lo que hace Foucault es, nada más y nada menos que poner de manifiesto una grieta clave en el sistema penal y en el sistema legal contemporáneo en su conjunto. Y en cierto sentido estos ilegalismos serían la versión moderna de los privilegios característicos del Antiguo régimen. Pese a su retórica, la modernidad y su aporte jurídico, el Estado de derecho, habrían sido incapaces de hacer desaparecer los privilegios medievales, que aparecerían ahora bajo una nueva forma.

Además, esta inmensa grieta detectada por Foucault, se hace cada vez mayor con el desarrollo del contexto económico e ideológico contemporáneo, al ser cada vez más influyente la ideología liberal individualista del beneficio privado en el modelo social y en el desarrollo legislativo. El Estado de derecho no puede competir, a la hora de proponer sus postulados propios – como el imperio del derecho, la seguridad jurídica o la igualdad ante la ley -, o en general a la hora de enunciar toda su teoría sobre la validez de las normas, con la gestión económica organizada que se aprovecha de la ilegalidad.

En España, encontramos otra descripción del fenómeno en la obra de Juan Ramón Capella. El autor se refiere a prácticas que denomina como de “*ilegalismo estatal*”, y que define como “zonas de relaciones sociales en las que el estado se permite a sí mismo o a ciertos sujetos sociales –no a todos, por supuesto- la vulneración sistemática de normas jurídicas”²⁵. Para Capella, la característica jurídica de los Estados contemporáneos consiste en la convivencia de zonas de anomia con otras de puntillosa regulación jurídica, y a la vez, con la práctica de ese tipo de ilegalismo estatal. Este tipo de ilegalismo lo considera frecuente en ámbitos como el de las prácticas de ciertos agentes estatales, como la policía y las prisiones, o en ámbitos concretos y especialmente sensibles del panorama social, como el ecológico, el económico o el fiscal.

Como dirá Guy Debord, a vuela pluma, en sus *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo*, este tipo de ilegalidad tolerada funciona en ocasiones como un apoyo para la rentabilidad de una operación económica²⁶.

Autores que, en Francia, han tratado los ilegalismos después de Foucault, insisten en que son parte de la vida política y económica de la sociedad, y señalan que el poder, para perpetuarse, debe administrar los espacios en los que la ley puede ser ignorada o violada²⁷. Los ilegalismos son así objeto de un complejo tratamiento estratégico por parte del poder. Este tratamiento comienza por una “eufemización social” de los ilegalismos, que contrasta con el dramatismo con

²⁵ Ramón Capella J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid 1997, pp. 49-50.

²⁶ Cfr. Debord G., *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo*, trad. C. López, J. R. Capella, Anagrama, Barcelona 1990, pp. 88-89.

²⁷ Cfr. Fischer, Spire, *L'État face aux l'illégalismes*, cit. La referencia está en la p.8.

que se presentan otras formas de delincuencia²⁸. Sus autores son delincuentes de “cuello blanco” (limpios)²⁹, a los que se pretende presentar como de menor peligrosidad, y se les aplican categorías jurídicas especiales, como legislaciones técnicas, comerciales y financieras propias; y son controlados con frecuencia por organismos “ad hoc”, como órganos de las administraciones, organismos internacionales y comisiones técnicas. También las formas de sanción son en ocasiones del tipo de la transacción, la regularización, las multas..., más dulces que las penas de prisión, y menos estigmatizadoras socialmente³⁰. Y naturalmente, la marcha de los procesos, en el caso de que se llegue a juicio, se verá marcada por todas las argucias procedimentales, dilaciones, recursos, condenas provisionales que no se ejecutan, fianzas...

Además de la “eufemización”, otra parte importante de la estrategia de gestión de esos ilegalismos pasa por intentar hacerlos invisibles³¹. La sombra y el silencio son esenciales para el mantenimiento de este entramado de ilegalismos. Interesa mucho hablar de otros delitos con los que se crea alarma social – terrorismo, los delitos más violentos, los delitos sexuales -, y no hablar de los que nos ocupan – de ahí también el interés de este artículo -. El carácter complejo de estos ilegalismos contribuye también a fomentar este silencio, a la vez que ayuda a la falta de hostilidad de la opinión pública.

Es también esencial, en esta estrategia de gestión, que no se establezca socialmente la relación entre este tipo de delincuencia y el perjuicio social que ella causa, en términos de saqueo de recursos públicos, que implican materialmente deterioro de la sanidad, la educación, las pensiones, y otras prestaciones públicas propias del Estado social. Y también que no se insista en repetir lo abultado de las cifras de sus fraudes, especialmente en relación con otros delitos comunes, con reacciones penales mucho más contundentes. Finalmente, en la estrategia se juega también con la falta de medios de investigación para perseguirlos. La gestión de estos medios descansa en las manos de la Administración, que puede ayudar a mantener su impunidad, por ejemplo, con menos inspectores de hacienda, menos inspectores de trabajo, menos jueces y fiscales...

²⁸ Cfr. Lascoumes, *L'illegalisme, outil d'analyse*, cit., p. 83.

²⁹ La expresión “delitos de cuello blanco” se debe a Edwin H. Sutherland, en su libro *Ladrones profesionales*, trad. J. Varela, F. Álvarez Uría, La piqueta, Madrid 1993. En concreto en el Anexo titulado “Delincuencia de cuello blanco”, pp. 219-236. El texto fue publicado por vez primera en el año 1940. El autor usa la expresión “delincuentes de cuello blanco” para referirse a sujetos que gozan de respetabilidad y aceptación social.

³⁰ Sutherland dirá: “Los delitos de la clase alta o bien no son objeto de acciones oficiales o bien se transforman en litigios por daños en la esfera de la jurisdicción civil, o están en manos de inspectores, consejos de administración y comisiones, y sus sanciones penales suelen ser amonestaciones, ceses, expulsiones, pérdidas de licencias en determinados casos, y, solo en casos extremos, multas o penas de cárcel. Por consiguiente, los delincuentes de cuello blanco están administrativamente separados del resto de los delincuentes y, en gran parte por eso, no son considerados como tales por el público en general o por los criminólogos”, *Ibidem*, p. 230.

³¹ Cfr. Fischer, Spire, *L'État face aux illégalismes*, cit., p. 9.

Se ha hecho también notar que el fenómeno se ve a su vez favorecido por la ética burguesa del beneficio de algunos hombres de negocios, y su tendencia permisiva en relación con los delitos que producen un beneficio en el campo comercial y financiero³². Probablemente, la percepción que tienen los hombres de negocios de la legalidad, es esencial para comprender la existencia y extensión de estos ilegalismos. Cuando las leyes del mercado, que realmente son las leyes del beneficio, se convierten en la referencia esencial para el sujeto, el resto de las leyes tienen difícil la competencia a la hora de imponer su soberanía. Incluso se ha dicho que una cierta predeterminación hacia esta delincuencia puede darse a partir de la convivencia, en el mundo de los negocios, entre aquellos que la practican³³.

Sin duda esos ilegalismos de privilegiados se aproximan al fenómeno que nos interesa, en la medida en que la inaplicación de la ley es la base de una estrategia utilizada por los poderosos. Pero algunas matizaciones han de ser hechas. En primer lugar, consideran el fenómeno a un nivel más estructural, ubicándolo entre las responsabilidades del legislador, es decir por encima de la competencia de los sujetos que aplican las normas. Los sujetos que gestionan uno y otro fenómeno serían, por lo tanto, distintos. En el caso de los ilegalismos de privilegiados la idea es que se dictan normas para que no se cumplan, más que las autoridades se aprovechen de normas difíciles de cumplir para ejercer potestades arbitrarias. El que se use la aplicación esporádica de la ley como medio para la satisfacción de un interés espurio deja de ser la esencia de la práctica, que en este caso radica sobre todo en mantener la impunidad de la actividad que produce el rendimiento económico al grupo privilegiado. Y, por otro lado, y en parte como consecuencias de lo anterior, el juego entre validez y aplicación de la norma pierde posibilidades, en la medida en que cualquier sanción, aún episódica, puede tener efectos incómodos para el sistema de gestión de beneficios. Aún con esto, estos ilegalismos tienen sin duda importantes concomitancias con nuestro tema, y acabaremos por utilizarlos para definir nuestra preocupación. Y hay que tener en cuenta también que las normas pueden ser dictadas para que no se apliquen, o para que se apliquen de forma intermitente.

³² Cfr. Lascoumes, *L'illegalisme, outil d'analyse*, cit., p. 84.

³³ Para Sutherland, el que una persona llegue a ser un delincuente de cuello blanco depende, en parte, de la frecuencia e intensidad de sus contactos con estas conductas, y sostiene que "los que se convierten en delincuentes de cuello blanco comienzan sus carreras de desviación en barrios de buena vecindad, y casas acomodadas, adquieren títulos académicos en universidades de prestigio con una formación un tanto idealista, y entran, con una pequeña selección por su parte, en situaciones específicas de negocios en las que la delincuencia es prácticamente la forma más general de actuación, y se inician así en este sistema de conducta del mismo modo que lo harían en cualquier otro", Sutherland, *Ladrones profesionales*, cit., p. 234.

3. Una segunda aproximación: las “normas perversas”

Otra aproximación al fenómeno que nos ocupa la podemos dar a partir del concepto de “norma perversa”, tal y como fue enunciado en su día, y desde la psicología social, por José Miguel Fernández Dols³⁴, y luego reformulado por Liborio Hierro en su estudio sobre la eficacia de las normas. Hierro retoma y reformula la definición que propone Fernández Dols de “norma perversa”, en un sentido que puede resultar interesante para nuestro estudio, y que puede contribuir a delimitar el concepto de las prácticas y normas que nos ocupan, aunque con ciertas matizaciones. Fernández Dols había abordado el concepto de norma perversa para referirse a aquellas normas formalizadas y sujetas a sanciones que con frecuencia no se cumplen, como los límites de velocidad en las normas de tráfico, o las relativas al tráfico de drogas, y que generan efectos negativos para el grupo social. Desde un enfoque de psicología social le interesan sobre todo los efectos sociales perversos que producen la vigencia de estas normas, que recibirían su nombre precisamente a causa de esos efectos nocivos.

Con un enfoque más jurídico, Liborio Hierro, preocupado por la relación entre validez y eficacia, readapta la idea para proponer una definición de norma perversa, que resulta más próxima al fenómeno que nosotros estamos tratando, y la describe como “una norma generalmente incumplida y generalmente inaplicada que eventualmente se aplica”³⁵. Esta definición centra bastante la situación que nos incumbe, si bien en su caso está ausente nuestro matiz, según el cual los móviles de la inaplicación general y de la aplicación intermitente se encuentran en una razón interesada y espuria.

Precisamente, en nuestro caso, la perversidad de la norma se refiere no sólo a los efectos de su inaplicación, sino también, y especialmente, al móvil de las autoridades a la hora de aplicarlas selectivamente. Serán normas perversas, no sólo en razón de su mera vigencia sin eficacia, y de los problemas que esto comporta, sino además en razón de la perversidad del móvil perseguido con su aplicación. Nuestro caso tiene como base una norma perversa, pero resulta un fenómeno más específico, y da un paso más en la perversidad³⁶.

³⁴ Formulado por primera vez en Fernández Dols M. J., *Procesos escabrosos en Psicología Social: el concepto de norma perversa*, en *Aprendizaje, Revista de Psicología Social*, 1992, 7, 2, pp. 243-255, en concreto en la p. 252, donde se refiere a “una norma explícita e incumplible que un grupo asume o sufre por iniciativa de otro grupo o por propia iniciativa”. Posteriormente en Fernández Dols J. M., *Norma perversa: Hipótesis teóricas*, en *Psicothema*, 1993, vol. 5, suplemento, pp. 91-101, dirá que: “Nos encontramos con normas formalizadas y sujetas a sanciones, que no parecen cumplirse y que tienen ciertas consecuencias negativas para el grupo social en su conjunto y una gran porción de los individuos implicados. Denominamos a ese fenómeno *normas perversas*”, cfr. *Ibidem*, p. 95.

³⁵ Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, cit., p. 178.

³⁶ Podríamos llamarlas entonces “normas doblemente perversas”.

Por otro lado, las normas perversas creemos que se diferencian de los ilegalismos pensados por Foucault, en que no son dictadas necesariamente para no ser aplicadas y obtener un beneficio. Su promulgación puede ser bien intencionada, pero luego, en ocasiones por la referida naturaleza de ciertos campos, se les escapa la posibilidad de disciplinar la realidad, y acaban generando efectos patológicos.

Algunos de los efectos de las normas perversas habían sido adelantados por Fernández Dols, y luego Hierro volverá sobre ellos para ampliarlos y concretarlos a la vez. Para Dols, entre los efectos negativos de las normas perversas se destacan los siguientes³⁷: primero, el tener un enorme poder disociativo, que consiste en fragmentar un grupo social en subgrupos que imponen una determinada forma de vulneración de la norma perversa. Es decir, la norma que no se cumple determina formas alternativas de organización por parte de ciertos grupos sociales (pueden ser proxenetas o grupos económicos). En segundo lugar, los individuos que evitan las sanciones derivadas de estas normas y organizan la ilegalidad, adoptan un rol característico, con connotaciones sociales de poder, pese a ser delincuentes. Es el poder de los que actúan al margen de la ley. Y después, otro efecto perverso, es que las sanciones que se imponen esporádicamente en nombre de la norma perversa son vistas socialmente como un agravio comparativo, como sanciones contrarias a la justicia y a la equidad que se espera del derecho. ¿Por qué se les aplica la norma a ellos y no a todos?

En este punto, una manifestación jurídica interesante a los efectos de nuestra exposición sería el principio, ya consagrado constitucionalmente en nuestro país, conforme al cual “no hay igualdad en la ilegalidad”. El sentido del principio consiste en impedir reclamaciones que aduzcan una situación ilegal para reclamar igualdad de trato. El hecho de que se hayan dado ilegalidades que no hayan provocado la intervención sistemática de la autoridad, no supone que aquel que sufre la represión penal ocasional por esa misma práctica, pueda alegar esa impunidad frecuente para evitar el castigo. Pero esto, que puede ser aceptable conforme a la lógica jurídica, resulta ahora contradictorio y hasta escandaloso, desde la perspectiva social. A mayor abundamiento jurídico, la presunción de legalidad de la actuación administrativa es también un factor que dificulta el control en el campo de estas actuaciones arbitrarias, en la medida en que hace aparecer como inicialmente correctas tanto la inacción como la intervención intermitente de las autoridades.

Pero volviendo a los efectos de las normas perversas, el autor establece también una sugestiva relación entre ellas y la corrupción, que vale la pena destacar,

³⁷ Sobre los efectos sociales negativos que se atribuyen a las normas perversas, cfr. Fernández Dols J. M., Oceja Fernández L. V., *Efectos cotidianos de las normas perversas en la tolerancia a la corrupción*, en *Aprendizaje, Revista de Psicología Social*, 1994, 9, 1, pp. 3-12.

al considerar que la situación creada por la norma perversa es con frecuencia previa a las transgresiones típicas de la corrupción: “la corrupción no es sino la manifestación de un problema más general que se produciría en ciertas situaciones sociales en las que se implantan normas cuyo grado de cumplimiento es prácticamente nulo”³⁸. Es decir, conforme a su criterio “las normas perversas constituyen el caldo de cultivo ideal para todo tipo de formas de corrupción”³⁹. Hay que destacar que la organización de la actividad al margen de la ley, contando con la no intervención de la autoridad, facilita tanto la gestión privada de la ilegalidad, como el contacto entre los delincuentes y las autoridades encargadas de perseguirles, y abre las puertas a las oscuras relaciones entre ellos.

Por su parte, Hierro se referirá a los efectos perversos de estas normas, reuniéndolos en cuatro grupos: efectos sobre el destinatario de las normas, sobre la autoridad que aplica la norma, sobre el sistema normativo, y sobre el grupo social. A la vez, y esto nos interesa especialmente, destaca la importancia de los efectos de la norma perversa que se despliegan, precisamente, en el momento en que se pretende aplicarla⁴⁰. Entre estos efectos destacamos, para los destinatarios, que estos ven la aplicación intermitente como un ejercicio de arbitrariedad, y en cuanto a las autoridades encargadas de aplicar las normas, que estas se encuentran ahora en una nueva posición. Como señala el autor: “respecto a la autoridad que aplica la norma, la situación de una norma perversa implica necesariamente una gran discrecionalidad de facto”, y añade: “la discrecionalidad de facto, como toda discrecionalidad, es susceptible de generar una aplicación selectiva movida por el favoritismo o incluso la corrupción”⁴¹. Y en este punto el enganche de la descripción con las prácticas que nos ocupan es ya muy obvio.

4. Un intento de concreción

En el análisis realizado hasta ahora, hemos expuesto una serie de casos en los que la existencia de unas normas válidas genera, a partir de los problemas de su aplicación, una serie de situaciones perversas, que, en ocasiones, son aprovechadas por sectores privilegiados por su posición respecto del poder.

Naturalmente este tipo de prácticas pueden darse o no en un sistema jurídico, o darse en mayor o menor medida, y sin duda, no dejan de ser una patología en relación con el normal funcionamiento del derecho. No excluimos por lo tanto la posibilidad de que ordenes jurídicos concretos estén libres por completo de

³⁸ *Ibidem*, p. 4-5.

³⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁰ Cfr. Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, cit., pp. 179 y ss. Otro efecto negativo más general que detecta Hierro sería que las normas pierden su carácter disuasorio.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 179 y 180.

estas prácticas. Pero en el lado contrario, las posibilidades van desde regímenes muy corrompidos, que las utilicen incluso como una estrategia de gobierno a nivel legislativo, mediante los “ilegalismos de privilegiados” que enuncia Foucault, hasta casos en los que sean sólo autoridades más concretas y localizadas las que las practiquen, al servicio de sus intereses políticos o económicos personales, en el sentido de las prácticas que nosotros hemos intentado enunciar. Precisamente la posibilidad de qué en campos especiales, autoridades concretas, como ciertos políticos, funcionarios, la policía o la fiscalía, puedan hacerlo, es lo que determina que el fenómeno pueda presentarse con cierta frecuencia.

Ante la variedad de situaciones con que nos encontramos, y en un intento de delimitar mejor las que nos ocupan, podemos proceder a una clasificación de las situaciones posibles. Tendríamos entonces en primer lugar normas establecidas directamente con la intención de no ser aplicadas, sino de funcionar como un ámbito privilegiado en favor de ciertos sectores sociales para obtener beneficios. Podríamos identificar estas situaciones con los “ilegalismos de privilegiados” comentados por Foucault. Entonces la operación se fragua al máximo nivel, a nivel legislativo, en regímenes muy corrompidos, y se aspira a que sea aprovechada por segmentos bien colocados de la sociedad y próximos al poder, a los que se quiere favorecer. También puede operar en países donde la influencia de los *lobbys* es muy grande, tanto que pueden imponer la legislación, en ocasiones muy técnica, donde los controles que se establecen resultan tan complejos que, en ocasiones, devienen impracticables.

Un segundo grupo serían las normas promulgadas con la intención inicial de ser cumplidas, pero que las dificultades de hacerlas cumplir llevan a una tolerancia generalizada y a una aplicación intermitente. Serían las normas perversas, qué si bien no requerirían en su definición una intención espuria, son susceptibles, como hemos visto, de dar lugar en la práctica a distintas situaciones que fácilmente provocan abusos de poder.

En este contexto, las situaciones que intentamos describir, se aproximan a los ilegalismos, en la medida en que se trata de una estrategia que usan los poderosos para administrar la relación entre validez y eficacia, sólo que en nuestro caso no se trata de promulgar una ley, sino más bien de administrar la aplicación de una norma de difícil cumplimiento, aunque también puede ocurrir que en el momento de dictar la norma se prevea que va a funcionar de la manera que nosotros hemos descrito, por ejemplo, al establecer una legislación penal muy estricta en materia sexual, o medioambiental, o urbanística, de sanidad alimentaria o de protección de datos.

Con más frecuencia, en el caso que nos interesa, más que crearse la norma para ese fin espurio, como podría ser el “ilegalismo de los privilegiados”, se aprovechan normas creadas con demandas y convicciones sociales (estrechas)

que no se pueden cumplir generalizadamente, como ocurre con las que se han denominado “normas perversas”, que resultan un campo abonado para ser instrumentalizadas, articulando/gestionando su cumplimiento/incumplimiento, con beneficios ocasionales para los administradores de la aplicación.

Ubicadas así las nuevas prácticas, a caballo entre los ilegalismos y las normas perversas, podemos acabar señalando que la finalidad de este artículo ha sido intentar catalogar esas realidades complejas, intentar describirlas, desvelarlas y poner sobre ellas el foco de la atención, todo ello con la finalidad de poder reaccionar mejor ante estos ejercicios arbitrarios en un intento de contribuir a hacerlos desaparecer.

Bibliografía

- Capella J. R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid 1997.
- Chincilla Marín C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid 1999.
- Debord G., *Comentarios a la sociedad del espectáculo*, trad. C. López, J. Ramón Capella, Anagrama, Barcelona 1990.
- Fernández T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid 2002.
- Fernández Dols J. M., *Procesos escabrosos en Psicología Social: el concepto de norma perversa*, en *Aprendizaje, Revista de Psicología Social*, 1992, 7, 2, pp. 243-255.
- Fernández Dols J. M., *Norma perversa: Hipótesis teóricas*, en *Phisicothema*, 1993, vol. 5, suplemento, pp. 91-101.
- Fernández Dols J. M., Oveja Fernández L. V., *Efectos cotidianos de las normas perversas en la tolerancia a la corrupción*, en *Aprendizaje. Revista de Psicología Social*, 1994, 9, 1, pp. 3-12.
- Ficher N., Spire A., *L'Etat face aux illégalismes*, en *Politix*, 2009, 87, 3, pp. 7-20.
- Foucault M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XXI editores, Madrid 2009.
- Hierro L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel derecho, Barcelona 2003.
- Lascoumes P., *L'illégalisme, outil d'analyse*, en *Sociétés & Représentations*, 1996, 2, 3, pp. 78-84.
- Navarro P. E., *La eficacia del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.
- Pelayo González-Torre A., *La sombra de la Ilustración. Tres variaciones sobre Sade*, Universidad de Cantabria, Santander 2006.
- Sade Marqués de, *Historia de Aline y Valcourt*, trad. F. Montes de Santiago, Editorial Fundamentos, Madrid 1981.

Serrano González A., *Michel Foucault, sujeto, derecho, poder*, Zaragoza 1987.

Sutherland E. H., *Ladrones profesionales*, trad. J. Varela, F. Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid 1993.

Tonkonoff S., *Acerca del concepto Foucaultiano de ilegalismo*, en [actacientifica_servicioit.cl/biblioteca/gt/GT4/GT4_tonkonoffS.pdf](http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT4/GT4_tonkonoffS.pdf), p. 2.

Los procesos contra Oscar Wilde, transcripción de las actas judiciales de los procesos, trad. U. Petit, Valdemar, Madrid 1996.

File riservato ad esclusivo fine di studio

ÁNGELES SOLANES CORELLA

La positividad jurídica del principio de non-refoulement

ABSTRACT: A fundamental principle linked to the right of asylum is that of *non-refoulement* to a third State, where there is danger for the applicant's life or freedom. This principle is found positivised in the article 33 of the Geneva Convention (1950) and, through this instrument, it has been incorporated into both the European regional system and the Common European Asylum System (CEAS). However, due to the special situation that the European Union is facing, *non-refoulement* has suffered setbacks. The objective of this study is to insist that *non-refoulement* should not be considered as a soft law norm, but rather that the positive law establishes its binding and obligatory nature for the State parties to the aforementioned Convention. In addition, *non-refoulement* must be respected, along with an adequate definition of the concept of a safe third country. Only this way is it possible to guarantee the much-needed legal security in the field of asylum.

SUMARIO: 1. Una precisión terminológica: asilo y refugio. 2. Necesidad de protección y principio de *non-refoulement*. 3. Ámbito de aplicación y límites. 4. La relevancia de la interpretación jurisprudencial. 5. A modo de conclusión.

1. Una precisión terminológica: asilo y refugio

Aunque las nociones de asilo y refugio cuentan con importantes raíces históricas y son conocidas en el Derecho internacional, se siguen utilizando, a menudo, como sinónimo, cuando en realidad no lo son, ni tampoco son los únicos mecanismos que posibilitan la protección de las personas. En el ámbito internacional son complementarios el Derecho internacional de los derechos humanos

y el Derecho internacional humanitario, y con ellos el Derecho Internacional del asilo y el refugio en la medida en que asegura el ejercicio de un derecho humano y, al mismo tiempo, resulta aplicable en contextos de conflicto armado junto a las reglas específicas humanitarias.

El asilo puede considerarse como “la protección que un Estado concede en su territorio o en otro lugar bajo el control de algunos de sus órganos a una persona que viene a buscarlo”. En ese sentido el asilo es diferente del estatuto de refugiado, ya que, mientras el primero constituye la institución de protección, el segundo se refiere a una de las categorías de individuos que, entre otros, se benefician de dicha protección. Aun siendo conscientes de esta distinción, existe una tendencia emergente desarrollada entre los Estados europeos de desdibujarla restringiendo el uso del término asilo a los refugiados en el sentido que lo invoca la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹ al desarrollar instituciones alternativas de protección entre las que se encuentran la protección temporal y la subsidiaria².

Atendiendo al artículo 1 de dicha Convención, se considera refugiado a una persona que se encuentra fuera del país de su nacionalidad (o que carece de nacionalidad) y que por un temor fundado de ser perseguido por los motivos que se especifican (raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas) no puede o no quiere volver a dicho Estado y se encuentra en una situación de necesidad de protección internacional. El estatuto de refugiado es, por tanto, el estatuto jurídico internacional previsto en la Convención que, en el mencionado, artículo concreta las cláusulas de inclusión o ámbito de aplicación personal, el ámbito de aplicación temporal y espacial, las cláusulas de cese del estatuto y las de exclusión.

Aunque el asilo y el refugio son dos instrumentos de protección internacional que se aplican a personas que han huido de sus Estados de origen, estas nociones no dan cuenta de la gran complejidad de la movilidad humana. Esta hace referencia también a los flujos migratorios y pone en evidencia que las causas por las que se realiza dicha movilidad, en este supuesto concreto por las que se huye, son relevantes desde el punto de vista normativo. En la práctica, los límites son difusos y dan lugar a gran cantidad de problemas a la hora de concretar, y sobre todo asegurar, la protección internacional en el contexto de los denominados flujos mixtos³.

¹ La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, aprobada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptado en Nueva York el 31 de enero de 1967, constituyen las dos disposiciones de referencia a nivel internacional respecto al derecho de asilo que han sido ratificadas por todos los Estados de la Unión Europea (en adelante la Convención).

² Gil Bazo M.T., *Asylum as a General Principle of International Law*, en *International Journal of Refugee Law*, 2015, 27, 1, pp. 3-28.

³ Vid, entre otros, Sassen S., *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa*

La restrictiva definición que recoge la Convención y la necesidad de ir adaptándola a esas nuevas realidades que no fueron tomadas en consideración en el momento en que se adoptó esta, se ha ido corrigiendo a través de una interpretación extensiva. En efecto, la interpretación evolutiva de los conceptos jurídicamente indeterminados que contiene la mencionada definición se ha ido ampliando desde la interpretación progresiva y dinámica de los derechos humanos en el Derecho internacional⁴.

En esa línea, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos han ido adoptando instrumentos garantistas que han servido para asegurar los derechos de las personas refugiadas. En el ámbito del Consejo de Europa, es fundamental la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵. En el contexto de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tras la atribución para el desarrollo de una política común de asilo de competencias, conferida por el Tratado de Ámsterdam, (que entró en vigor en 1999), también ha desarrollado una labor garantista en la supervisión del artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que recoge el derecho de asilo y en la articulación e implementación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)⁶.

Precisamente en este contexto europeo, se centra este estudio para intentar analizar la relevancia de unos de los principios fundamentales vinculados al asilo y el refugio: el *non-refoulement*. El amplio entramado normativo al que ha dado lugar el SECA⁷, las continuas reformas del mismo y las que se encuentran

fortaleza, Siglo XXI, 2013 y *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*, Harvard University Press, Harvard 2014; Atak I., Crépeau F., *Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges*, en *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2014, 5, pp. 591-622.

⁴ Fiddian-Qasimiyeh E., Loescher G., Long K., Sigona N. (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford University Press, Oxford 2014.

⁵ Como se examinará más adelante el CEDH ha favorecido una especial protección de los demandantes de asilo y los refugiados al salvaguardar, entre otros, el derecho a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH); el derecho a la libertad deambulatoria (artículo 5 CEDH); y el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH), Bossuyt M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, Bruselas 2010.

⁶ Peers S., *EU Justice and Home Affairs Law. Vol I. EU Immigration and Asylum Law*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford 2016.

⁷ Entre los principales instrumentos jurídicos cabe señalar: el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas

en estos momentos en discusión, no han permitido superar dos restricciones endémicas: el deseo de restringir el derecho de asilo a la mínima expresión y el incumplimiento manifiesto de los Estados europeos de las obligaciones dimanantes de las disposiciones normativas de derecho internacional que resultan aplicables.

Una de las evidencias de esa política de retroceso del derecho de asilo, o de su desnaturalización al sufrir también el proceso de mercantilización de los derechos a pesar de ser un derecho humano fundamental y universal⁸, es la sistemática tensión a la que es sometido el principio de no devolución al intentar alejarlo de su dimensión de *ius cogens* para aplicarlo desde una perspectiva de *soft law*.

El objetivo de este trabajo es, precisamente, insistir en que la no devolución no debe considerarse una norma de *soft law*, sino que el derecho positivo deja constancia de su carácter vinculante y obligatorio para los Estados parte de la mencionada Convención y tiene que respetarse unido a una adecuada definición de la noción de tercer país seguro. Solo así es posible garantizar la seguridad jurídica tan necesaria en el ámbito del asilo.

2. Necesidad de protección y principio de non-refoulement

Junto al concepto de refugiado, la Convención en su artículo 33 concreta el denominado principio de *non-refoulement*, en virtud del cual los Estados parte no podrán “por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa

informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia; la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional; la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida; el Reglamento (UE) n° 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo; la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. La Comisión anunció en la Agenda Europea de Migración de mayo de 2015 medidas complementarias para reformar el SECA que posteriormente, en mayo y en julio de 2016, fueron presentadas en sendos paquetes de propuestas legislativas que siguen pendientes.

⁸ De Lucas J., *Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE*, en *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad*, 2016, 4, junio, pp. 21-27, p. 23.

de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”⁹.

Este principio se encuadra en la definición de refugiado que ofrece la Convención poniendo especial énfasis en la dimensión individual de las personas que huyen ante el riesgo de sufrir persecuciones y se relaciona directamente con la necesidad de protección que está conectada, a su vez, con la idea de derechos humanos. De esta manera, el refugiado está protegido por el derecho inherente al principio de *non-refoulement*, que no permite la devolución si su vida o su libertad están amenazadas. Dicho enfoque encaja con la aproximación también individual a la protección de los derechos humanos, íntimamente conectada a la dignidad de la persona, que tras la II Guerra Mundial se refleja en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰.

El principio de *non-refoulement* ha sido considerado por la doctrina como un principio de Derecho Internacional general que permitiría conectar el régimen internacional del asilo y el refugio con el régimen de la protección de los Derechos Humanos¹¹. El principio de no devolución es una norma de *ius cogens* o norma imperativa¹² que supone la protección desde el momento en el que una persona que necesita y pide protección, por las causas ya señaladas, se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado seguro, hasta el momento en que se determine su estatuto de protección.

Este principio ha sido reforzado, en cuanto norma de carácter imperativo, por su vinculación con otras disposiciones del estándar internacional mínimo

⁹ El principio de *non-refoulement* se recoge también en otros instrumentos del ámbito universal y regional, entre ellos: el artículo 16.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de las Desapariciones Forzadas; el artículo 22.8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969; el artículo 13.4 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; el artículo 2.2 de la Convención de la Unión Africana sobre los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África de 1969; y el artículo 12.3 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981. En el ámbito de la UE la gran red regulativa a la que ha dado lugar el SECA ha tomado en consideración este principio, por ejemplo, en la mencionada Directiva 2013/32/UE, en el Reglamento 656/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por Frontex y en el Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas. Vid. Vedsted-Hansen J., *Compilación de Derecho de las personas refugiadas. Casos, documentos y materiales*, Comité Húngaro de Helsinki, Budapest 2015.

¹⁰ Pons Rafols X. (coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria-Antrazyt, Barcelona 1998.

¹¹ Morgades Gil S., *Refugiado*, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, 10, pp. 231-249, p. 235.

¹² Gros Espiell H., *Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados*, en Swinarski Ch. (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité International de la Croix-Rouge-Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra 1984, pp. 699-711, p. 710.

de Derechos Humanos. Así, el recurso al artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, han permitido conectar este principio con el temor a ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, que constituyen una prohibición absoluta según la jurisprudencia de los órganos de garantía de dichos convenios¹³.

Ahora bien, la difícil combinación, ya apuntada, entre el régimen jurídico de asilo y refugio y el de extranjería en el ámbito de la inmigración, ha tensionado la aplicación de este principio poniendo, aparentemente, en tela de juicio su alcance. En efecto, el crecimiento de los flujos migratorios y, en concreto, la denominada incorrectamente como “crisis de los refugiados” ha supuesto que determinados Estados hayan incumplido sus obligaciones respecto al asilo, sin llegar siquiera muchas veces a un análisis específico de las circunstancias de la persona solicitante. En el contexto europeo, dicha crisis ha puesto de relieve la estrecha relación estructural entre el control de las fronteras exteriores y la política común de inmigración y asilo. Así, se han establecido medidas excepcionales para determinados Estados como Italia y Grecia¹⁴, se recuerda que el SECA se asienta en la solidaridad entre Estados miembros y la distribución equitativa de las solicitudes, pero al mismo tiempo subyace la idea de control migratorio. La insistencia desde la Unión Europea en presentar de forma conjunta su política común de inmigración y asilo, ha repercutido, a largo plazo, en una progresiva degradación del estatuto de refugiado, que ha culminado en una situación insostenible en la que se evidencia el fracaso de lo que podría considerarse una buena parte de los ideales que están en el origen del proyecto europeo¹⁵.

Algunos Estados miembros como los dos mencionados, especialmente por su situación geográfica, se han visto sometidos a una enorme presión migratoria y han reclamado un reparto más equitativo de responsabilidades en materia de asilo, especialmente ante situaciones complejas de emergencia que afectan a la vida y la dignidad de las personas¹⁶, sin embargo, la respuesta europea ha sido

¹³ Mariño Menéndez F.M., *Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees*, en *Refugee Survey Quarterly*, 2015, 34, pp. 61-78.

¹⁴ Vid, por ejemplo, Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia; y Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia.

¹⁵ De Lucas J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 21.

¹⁶ Oberoi P., Taylor-Nicholson E., *The Enemy at the Gates: international Borders, Migration and Human Rights*, en *Laws*, 2013, 2, 3, pp. 169-186, p. 173.

incluso militar más que humanitaria tensionando el principio de *non-refoulement*¹⁷.

Es imprescindible, por tanto, insistir en el carácter imperativo de dicho principio también cuando se dé una llegada de flujos masivos¹⁸. En ese sentido, la ya desaparecida Comisión de Derechos Humanos entendió, de modo reiterado, que el *non-refoulement* es aplicable en el caso de flujos masivos, sin que pueda considerarse como derogable¹⁹.

Igualmente, ACNUR ha insistido en que el *non-refoulement* es un principio fundamental que debe respetarse escrupulosamente también en frontera²⁰. Se pone así especial énfasis en una de las cuestiones básicas del asilo y el refugio: puesto que solo se puede solicitar dentro del Estado de recepción o en sus fronteras, es imprescindible asegurar la no devolución. En esa línea se ha pronunciado incluso el Consejo de Seguridad²¹.

Obviamente el ejercicio del derecho de asilo y el respeto al principio de *non-refoulement* afectan el poder soberano de los Estados a la hora de concretar quién puede entrar en ellos o permanecer en sus fronteras²². Por eso, en ocasiones los Estados han reducido e incluso paralizado el acceso al estatuto de refugiado al confundir la necesidad que la Convención señala de determinar el riesgo de la persona en base a sus circunstancias personales, con la idea de que dicho estatuto debería estar basado en un conjunto de hechos totalmente personalizados, lo cual ha sido impracticable ante la llegada de flujos masivos²³.

Se ha optado en este contexto por hacer una aplicación no estricta del *non-refoulement* que, como se evidenciará en los siguientes apartados, ha sido sistemáticamente corregida por la jurisprudencia. El principio de *non-refoulement* tiene carácter vinculante, es decir, no es una disposición de *soft law* en la

¹⁷ Arteaga F., González Enríquez C., *La respuesta militar a la crisis migratoria del Mediterráneo*, en *ARI*, Real Instituto El Cano, 40/2015.

¹⁸ Precisamente ante la dificultad material de tramitar las solicitudes de protección internacional en una situación de flujo masivo, se ha configurado en Derecho internacional la institución de la “protección temporal” en cuya articulación es esencial, igualmente, el *non-refoulement*. Esto es lo que ocurre en el caso de los denominados “refugiados prima facie” que son aquellas personas que forman parte de flujos masivos de personas que huyen de sus países de origen por causas que hacen suponer que todas o la mayoría serán consideradas como refugiadas, Morgades Gil, *Refugiado*, cit., p. 238.

¹⁹ Vid., entre otras, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Human rights and mass exoduses*, Resolución 1998/49, 17 de abril de 1998, E/CN.4/RES/1998/49, §§ 5 y 7.

²⁰ Vid., entre otras, ACNUR, *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework, Global Consultations on International Protection EC/GC/01/4*, de 19 de febrero de 2001, § 6.

²¹ Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 2240 (2015) de 9 de octubre de 2015, mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

²² McAdam J., *An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty*, en *Melbourne Journal of International Law*, 2011, 12, pp. 27-56, p. 29.

²³ De Lucas, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, cit., pp. 97-100.

cual hay una participación voluntaria, con un consenso entre los actores que permita una legitimidad y obligatoriedad, y sin un poder sancionador. Más bien al contrario, es imprescindible insistir en que se trata de una regla de *hard law* porque es jurídicamente exigible y su incumplimiento debe dar lugar a la sanción del sujeto infractor²⁴, que no es otro que el Estado que incumple su obligación de respetar dicho principio.

3. Ámbito de aplicación y límites

Una de las cuestiones básicas de la Convención en la garantía del principio de *non-refoulement*, junto al ámbito personal de aplicación, es el ámbito de aplicación territorial (*ratione loci*) que ha sido interpretado desde diferentes perspectivas. En efecto, el artículo 40 de la Convención, que contiene la cláusula de aplicación territorial de la misma, se refiere a la posibilidad de extender su aplicación a los territorios que no puedan formar parte de dicha Convención por no haber obtenido personalidad jurídica internacional²⁵, pero no aclara la cuestión fundamental respecto al *non-refoulement*.

A partir del ámbito de aplicación territorial de la no devolución, quedan bajo la jurisdicción del Estado de recepción las personas que se encuentren en su territorio y fronteras, con independencia de su situación administrativa. Ello supone excluir a quienes no consigan alcanzar este espacio geográfico. Sin embargo, esta interpretación resulta extremadamente restrictiva a los efectos garantistas que la Convención persigue y ha sido corregida, como se analizará más adelante, en una línea extensiva semejante a la que se ha utilizado para insistir en la prohibición internacional de las expulsiones colectivas en la línea del artículo 4 del Protocolo n° 4²⁶.

En el contexto europeo, la normativa del SECA ha insistido en esa aplicación territorial, de tal modo que, aunque en este acervo se recoja el *non-refoulement* no se contempla la posibilidad de aplicación extraterritorial. En efecto, la ya mencionada Directiva 2013/32/UE se refiere a las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, las aguas territoriales y las zonas de tránsito de los Estados miembros. En la misma línea

²⁴ Garrido Gómez M^a. I., *El soft law como fuente del derecho extranacional*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 56-57.

²⁵ Gil Bazo M. T., *Article 40. 1951 Convention*, en Zimmermann A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 1567-1588.

²⁶ Solanes Corella Á., *Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones "en caliente"*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2017, 36, pp. 43-73.

el citado Reglamento 604/2013 (Dublín III) se aplica únicamente a las peticiones presentadas en uno de los Estados miembros, incluyendo sus fronteras²⁷.

Además, dicha Directiva recoge el concepto de “tercer país seguro” que es fundamental, puesto que, respecto al mismo no opera el *non-refoulement*. Así, en su artículo 38 se establece que los Estados “solo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando las autoridades competentes tengan la certeza de que el solicitante de protección internacional recibirá en el tercer país un trato conforme a los siguientes principios: a) su vida o su libertad no están amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política; b) no hay riesgo de daños graves tal como se definen en la Directiva 2011/95/UE; c) se respeta el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) se respeta la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho internacional; e) existe la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra”. Entre los Estados europeos solo podrán ser considerados seguros, según el artículo 39, aquellos que hayan ratificado la Convención de Ginebra, el Convenio Europeo de protección de los derechos humanos, cumplan con las disposiciones de ambos, y tengan un procedimiento de asilo prescrito por la ley.

Estas disposiciones no permiten proteger los derechos de las personas que serían potenciales solicitantes de asilo y, en su caso, refugiados en la dimensión externa de la UE. Es más, el propio TJUE ha señalado que los Estados miembros no están obligados, en virtud del Derecho de la Unión, a expedir un visado humanitario a las personas que deseen entrar en su territorio con la intención de pedir asilo, aunque en todo caso son libres de hacerlo sobre la base de su Derecho nacional. El acervo comunitario establece únicamente los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para tránsito o estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a 90 días²⁸.

²⁷ Según el artículo 3 del mencionado reglamento las personas que huyan de la persecución u otros daños graves y consigan llegar a territorio europeo, solo podrán presentar su solicitud de protección en un único Estado de la Unión Europea, que estará obligado a estudiarla y su decisión será vinculante para los demás.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de marzo de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil du Contentieux des Étrangers – Bélgica) – X, X/ État belge (Asunto C-638/16 PPU). Esta cuestión prejudicial fue planteada por el Estado Belga a propósito de dos nacionales sirios y sus tres hijos, residentes en la ciudad de Alepo (Siria), respecto a los cuales dicho gobierno se negó a otorgarles un visado de validez territorial limitada solicitado por razones humanitarias ante la embajada belga en Beirut. La pretensión de esta familia era solicitar asilo en Bélgica. El Estado belga consideró que no estaba obligado, ni sobre la base del artículo 3 del CEDH ni en virtud del artículo 33 de la Convención de Ginebra, a admitir en su territorio a un nacional de un tercer país, siendo su única obligación a este respecto la de no devolver a ese nacional.

Sobre esta cuestión, resulta mucho más garantista la interpretación dada por el abogado general Mengozzi que mantiene que las decisiones controvertidas en cuanto a la aplicación del Código de visados²⁹ deben hacerse en el sentido del artículo 51.1 de la CDFUE. Al adoptar dichas decisiones, las autoridades mencionadas estaban obligadas a respetar los derechos garantizados por la Carta. Además, los derechos fundamentales reconocidos en ella se garantizan a los destinatarios de los actos adoptados por tal autoridad con independencia de cualquier criterio de territorialidad. Así el artículo 25.1 a), del mencionado Reglamento debe interpretarse en el sentido de que “el Estado miembro al que un nacional de un tercer país ha solicitado la expedición de un visado de validez territorial limitada por razones humanitarias está obligado a expedir tal visado si existen motivos serios y probados para creer que la negativa a expedir tal documento tendrá como consecuencia directa exponer a dicho ciudadano a sufrir tratos prohibidos por el artículo 4 de la Carta, al privarle de una vía legal para ejercer su derecho a solicitar la protección internacional en ese Estado miembro. El hecho de que ese nacional de un tercer Estado carezca de vínculos familiares o de cualquier otra clase con ese Estado miembro no influye en modo alguno en esta respuesta”³⁰.

Las restricciones generalizadas en la concesión de visado y la imposibilidad de solicitar protección más allá de las fronteras de los Estados receptores obligan a los potenciales refugiados a utilizar las mismas vías inseguras que los inmigrantes, acrecentando los flujos mixtos. Las alternativas que ha buscado la UE han hecho que el principio de *non-refoulement* funcione en la práctica, como se ha indicado, más como una norma de *soft law* que de *hard law*. Un buen ejemplo de esta política en el ámbito de la inmigración y el asilo es el cuestionado acuerdo con Turquía de 18 de marzo de 2016. Respecto a esta Declaración, el Tribunal General de la UE consideró que no tenía jurisdicción para conocer el recurso de anulación presentados contra ella³¹, ya que, ni el Consejo Europeo ni otra institución de la UE habían decidido sobre dicho acuerdo, puesto que, este fue adoptado por los Estados miembros. Por ello, el Tribunal consideró que no podía entrar a examinarlo y desestimó el recurso³². Por tanto, se permite el reenvío a Turquía de los refugiados que hubieran llegado a Grecia, sin despejar las dudas acerca de las garantías respecto a los derechos de los solicitantes de asilo

²⁹ Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DO L 243/1, de 15 de septiembre de 2009).

³⁰Conclusiones del abogado general Mengozzi presentadas en el asunto X C638/16 PPU, EU:C:2017:93, puntos 88, 89 y 107.

³¹ Recurso interpuesto el 22 de abril de 2016, NF/Consejo Europeo. Asunto T-192/16.

³²Auto del Tribunal General de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo Europeo, T-192/16, EU:T:2017:128.

en dos puntos básicos: si Turquía puede ser considerada un tercer país seguro, en la línea antes apuntada, y si se respeta el principio de *non-refoulement*.

4. La relevancia de la interpretación jurisprudencial

Para reivindicar y garantizar el carácter central que tiene el principio de *non-refoulement* en la configuración del asilo y el refugio, sobre el que ha insistido entre otros ACNUR ante el manifiesto incumplimiento por parte de los Estados³³, es básica la función de la jurisprudencia en el ámbito europeo.

Tanto el TJUE como el TEDH han supervisado la necesidad de respetar la no devolución a terceros países que no sean considerados seguros, insistiendo en el carácter vinculante de este principio y, al mismo tiempo, en la exigencia de garantizar los derechos de los solicitantes de asilo en los reenvíos entre los Estados miembros³⁴.

Por lo que se refiere al TJUE, un punto de referencia significativo en el respeto a la no devolución, es el asunto *N.S. y Otros*, de 21 de diciembre de 2011, que vuelve sobre el concepto de país seguro. En ese sentido, se señala que no se puede presuponer de forma irrefutable que el Estado responsable respeta los derechos fundamentales de la Unión Europea. Por ello, se dispone que no se podrá trasladar a un solicitante de asilo al Estado miembro responsable “cuando no se puedan ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo en ese Estado miembro constituyan motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes”³⁵.

³³ ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, 26 de enero de 2007.

³⁴ Así, por ejemplo, en la STEDH, *MSS contra Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, en la que se condena a Grecia por violar el artículo 3 del CEDH y a Bélgica por aplicar el Reglamento Dublín sabiendo que Grecia no podía cumplir con sus obligaciones. A partir de este caso, se deja constancia, según el Tribunal, de que es imprescindible realizar un examen exhaustivo para comprobar que el Estado es seguro.

³⁵ TJUE, *Asunto N.S. y Otros*, 21 de diciembre de 2011 (C411/10 y C493/10). ECLI:EU:C:2011:865. Las dos peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación, en primer lugar, del artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (DO L 50, p. 1), en segundo lugar, de los derechos fundamentales de la Unión Europea, incluidos los derechos enunciados en los artículos 1, 4, 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), y, en tercer lugar, del Protocolo (n° 30) sobre la aplicación de la Carta a la República de Polonia y al Reino Unido [(DO 2010, C 83, p. 313)]. Dichas peticiones se suscitaron en el marco de litigios entre solicitantes de asilo que debían ser trasladados a Grecia en virtud del Reglamento n° 343/2003 y las autoridades, respectivamente, del Reino Unido e irlandesas.

Como consecuencia de esta sentencia fueron suspendidos los traslados a Grecia y se modificó el artículo 3.2 del Reglamento Dublín III. Además, esta resolución considera equiparable las denominadas “deficiencias sistémicas” existentes en los Estados miembros responsables de examinar una solicitud de asilo y el “riesgo real” al que hace referencia el TEDH con relación al artículo 3 CEDH, por lo cual el TJUE entiende aplicable el artículo 4 CDFUE³⁶.

Un punto de inflexión en el fortalecimiento del principio de *non-refoulement*, lo constituye el caso *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*³⁷ en el que el TEDH insiste en la no devolución en el ámbito extraterritorial. El Tribunal, tras analizar el caso a la luz del artículo 33 de la Convención, y en su conexión ya indicada con el artículo 3 del CEDH, entendió por unanimidad que la devolución de los solicitantes de asilo procedentes de Eritrea y de Somalia tras haber sido interceptados en alta mar por la guardia italiana y su envío a Libia en barcos militares italianos violaba la obligación de *non-refoulement*³⁸.

El TEDH consideró que los demandantes estaban dentro de la jurisdicción italiana, resultando así de aplicación el artículo 1 CEDH, aunque se tratara del traslado de extranjeros a un tercer Estado fuera del territorio nacional, en este supuesto, italiano. De esta manera, tanto el concepto de expulsión como el de jurisdicción se vinculaban directamente con el territorio nacional, de un Estado concreto que la ejercía, excepcionalmente, fuera de dicho territorio.

Con esta resolución, es necesario entender que las normas sobre salvamento de personas en el mar y las de lucha contra el tráfico de seres humanos imponen a los Estados el deber de cumplir con las obligaciones derivadas del principio de *non-refoulement*, así cuando se intercepte una embarcación con personas migrantes debe ponerlas a salvo, proceder a la identificación de las

³⁶ Abrisketa Uriarte J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, 56, enero-abril, pp. 119-158, p. 139.

³⁷ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], 27765/09, 23 de febrero de 2012. Este supuesto hace referencia a un grupo de personas somalíes y eritreas procedentes de Libia, que fueron detenidas en el mar y luego devueltas a Libia por las autoridades italianas. Los demandantes se quejaron, en particular, de que habían sido objeto de una expulsión colectiva, alegando asimismo que no existía un recurso efectivo disponible en Italia al que pudieran acudir. El Tribunal consideró que la expulsión de los solicitantes era colectiva, por tanto, contraria al artículo 4 del Protocolo n° 4, y apreció la violación del artículo 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), a los que se exponían los demandantes no solo si eran devueltos a Libia, si no también, ante la amenaza de que lo fueran a sus países de origen. Además, entendió vulnerado el artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo) junto con el artículo 3 de la misma (con especial mención al principio de no devolución §§ 135 y 136), y con el artículo 4 del Protocolo n° 4, ya que los solicitantes no habían podido obtener una revisión exhaustiva de sus quejas por una autoridad competente antes de que se ejecutase la expulsión. Solanes Corella, *Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones “en caliente”*, cit., pp. 50-51.

³⁸ TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* [GC], §§ 134 y 135.

personas y trasladarlas a un país seguro que, en la situación actual, solo puede ser europeo³⁹.

En este supuesto, el TEDH aun admitiendo la necesidad y dificultad de lo que considera como el necesario control de los flujos migratorios, llama la atención sobre la exigencia de respeto y garantía de los derechos de los extranjeros en todas las etapas del proceso. Igualmente apela a la obligación, reiterada en su jurisprudencia, de asegurarse del hecho de que los Estados que no sean parte del CEDH, que van a recibir a los extranjeros, hayan ratificado los tratados que configuran el estándar mínimo internacional de derechos humanos, lo cual como quedó demostrado en sede judicial, no ocurría en este caso⁴⁰.

La importancia de esta resolución hace que una parte de la doctrina se plante si puede ser considerada como una sentencia piloto en lo relativo a garantizar los derechos establecidos en el sistema europeo tanto en el caso de la inmigración como en el del asilo⁴¹. Con este asunto queda claro que la obligación de *non-refoulement* de los Estados persiste en el ámbito extraterritorial como una norma de *hard law*, tal como ha continuado manteniendo el TEDH en su jurisprudencia posterior⁴².

En esa línea se sitúa la mencionada interpretación del abogado general Mengozzi, que no coincide de momento con la sostenida por el TJUE aunque insista en la importancia del concepto de tercer país seguro. Mengozzi se remite al artículo 1 CEDH que “contiene una «cláusula de jurisdicción» que funciona como criterio de activación de la responsabilidad de los Estados Parte en el CEDH por posibles infracciones de las disposiciones de dicho Convenio”⁴³, aunque en el caso de la CDFUE haya que acudir al artículo 51.1 como se indicaba anteriormente.

³⁹ Arenas Hidalgo N., *Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo*, en Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 18, 36, segundo semestre de 2016, pp. 339-372, p. 355.

⁴⁰ Bollo Arocena M. D., *Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012), en Torres Bernárdez S. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid 2013, pp. 647-666.

⁴¹ De Castro Sánchez C., *Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa e.a. c. Italia, 27765/09. “Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, 17, 46, pp. 1119-1135.

⁴² Vid., entre otras, *STEDH De Souza Ribeiro c. Francia* [GC], nº 22689/07, 13 de diciembre de 2012; *A. C. y otros c. España*, nº 6528/11, 22 de abril de 2014; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, nº 16643/09, 21 de octubre de 2014; *Tarakhel c. Suiza* [GC], nº 29217/12, 4 de noviembre de 2014; y *N. D. y N. T. c. España*, nº 8675/15 y 8697/15, 3 de octubre de 2017.

⁴³ *Conclusiones del abogado general Mengozzi*, cit., punto 97.

5. *A modo de conclusión*

El crecimiento de la movilidad humana hacia Europa en la última década y la ausencia de una política definida y delimitada de inmigración y asilo ha facilitado la aplicación de medidas de seguridad también a las personas que huyen de la persecución y del peligro de sufrir daños graves. Esas medidas restrictivas de control de fronteras unidas a la ausencia de cauces legales y seguros para acceder a la protección internacional desde fuera de Europa, han proyectado exponencialmente la acción de las redes delictivas de traficantes para acceder a territorio europeo y presentar la solicitud de protección. La frontera como uno de los baluartes nacionales persiste en cumplir su papel defensivo, manteniendo y alimentando la psicosis del miedo como justificación frente a medidas que vulneran derechos, exceptuando la legalidad hasta límites imprevisibles, y recurriendo a la violencia como medida reactiva casi inevitable ante dicho miedo⁴⁴.

Al mismo tiempo, el aumento de los flujos ha colocado a Estados como Grecia e Italia en una situación que ha exigido la adopción de disposiciones especiales por parte de la UE. Estas que no siempre han sido tan efectivas como se esperaba y que han obligado a Estados como el griego a afrontar en solitario situaciones que exigían una respuesta contundente, en una línea humanitaria y garantista de los derechos humanos, por parte de todos los Estados miembros⁴⁵.

Ciertamente es necesario optar por una política de asilo distinta que puede tomarse, con sus deficiencias, como otra posibilidad de gestión de las solicitudes de asilo frente a las exiguas cuotas europeas, ancladas en un visión básicamente temerosa y defensiva que compromete la no devolución y es más propia de lo que podría considerarse “una sinistrosis de inseguridad vinculada al cierre de las fronteras para proteger un mercado de trabajo siempre en crisis” que de las exigencias de las demandas de protección internacional⁴⁶.

Una de las consecuencias directas de la incapacidad de afrontar esa movilidad humana en clave de emergencia humanitaria y conforme a derecho ha sido la de privar a los potenciales solicitantes de asilo de la garantía del non-refoulement. En todo caso, no puede obviarse que los incumplimientos de las obligaciones vinculadas a la protección internacional no han comenzado con la mal denominada crisis de los refugiados, sino que esta lo que ha hecho es visibilizar y aumentar una praxis ya existente que se ha dado también en los casos de reubicación.

⁴⁴ Solanes Corella Á., *Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 2016, pp. 145-184.

⁴⁵ Solanes Corella Á., Delipetrou D., *Problems and proposals regarding the Common European Asylum System: the example of Greece*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

⁴⁶ Nair S., *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, Planeta, Barcelona 2016, p. 28.

En este punto es fundamental insistir en la situación de desprotección en la que se encuentra el potencial solicitante de asilo desde el momento en que abandona su país hasta que consigue llegar a alguna de las fronteras en las que puede solicitar protección. Por eso, es básico que el principio de non-refoulement actúe tanto en el ámbito territorial como en el extraterritorial dentro del espíritu garantista que subyace en la Convención a pesar de ser deudora del tiempo histórico en el que surge.

En ese sentido, el primer supuesto de aplicación territorial cuando el solicitante se encuentre en el Estado receptor o en sus fronteras, parece revestir menor problema en la medida en que actúa el estándar ordinario de la Convención y la CDFUE en conexión con el CEDH. Conviene destacar que esta obligación de no devolución se aplica también, a tenor de la jurisprudencia analizada, en los reenvíos que se produzcan entre los Estados en el contexto del SECA y en la aplicación de la Declaración entre Turquía y la UE.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la aplicación extraterritorial, persisten las obligaciones que emanan de la no devolución, con la necesidad de comprobar si se cumplen los requisitos para ser considerado como un tercer país seguro, tal como apunta la jurisprudencia del TJUE y el TDEH. En la dimensión extraterritorial, con especial atención a las personas que sean interceptadas en alta mar, es aplicable la prohibición absoluta relativa a la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes desde el CEDH y la prohibición de devolución de la CDFUE aunque se trate de afluencias masivas. La seguridad de las personas es prioritaria, debiendo desembarcar en un puerto seguro que les permita ejercer su derecho a solicitar la protección internacional y ser protegidos mediante la no devolución cuando existan los riesgos graves señalados, todo ello dentro de un contexto de seguridad jurídica.

Sin la garantía primaria que ofrece el principio de non-refoulement, entendida como obligación positiva del Estado receptor, el sentido del derecho de asilo, y en concreto del estatuto jurídico de refugiado, se desvirtúa. Ello es así porque la primera medida para proteger a las personas perseguidas es no devolverlas al lugar en el que son objeto de persecución, donde sus derechos más elementales pueden ser vulnerados. Por eso el non-refoulement es, y debe seguir siendo en la práctica, un principio general de Derecho Internacional que vincula a los Estados, frente a todos los demás (*erga omnes*) y frente a la persona solicitante.

Bibliografía

Abrisketa Uriarte J., *La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, 56, pp. 119-158.

- Arenas Hidalgo N., *Flujos masivos de población y seguridad. La crisis de personas refugiadas en el Mediterráneo*, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía*, en *Política y Humanidades*, 2016, 18, 36, pp. 339-372.
- Arteaga F., González Enríquez C., *La respuesta militar a la crisis migratoria del Mediterráneo*, en *ARI*, Real Instituto El Cano, 2015, 40.
- Atak I., Crépeau F., *Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges*, en *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2014, 5, pp. 591-622.
- Bollo Arocena M. D., *Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso Hirsi Jamaa y otros c. Italia (2012)*, en Torres Bernárdez S. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid 2013, pp. 647-666.
- Bossuyt M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, Bruselas 2010.
- De Castro Sánchez C., *Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH – Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa e.a. c. Italia, 27765/09. “Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, 17, 46, pp. 1119-1135.
- De Lucas J., *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- De Lucas J., *Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE*, en *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de Actualidad*, 2016, 4, pp. 21-27.
- Fiddian-Qasmiyeh E., Loescher G., Long K., Sigona N. (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Garrido Gómez M^a. I., *El soft law como fuente del derecho extranacional*, Dykinson, Madrid 2017.
- Gil Bazo M. T., *Article 40 1951 Convention Territorial application clause*, en Zimmermann A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a commentary*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 1567-1588.
- Gil Bazo M. T., *Asylum as a General Principle of International Law*, en *International Journal of Refugee Law*, 2015, 27, 1, pp. 3-28.
- Gros Espiell H., *Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados*, en Swinarski Ch. (ed.), *Etudes et essais sur*

- le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Comité International de la Croix-Rouge-Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra 1984, pp. 699-711.
- Mariño Menéndez F. M., *Recent Jurisprudence of the United Nations Committee against Torture and the International Protection of Refugees*, en *Refugee Survey Quarterly*, 2015, 34, pp. 61-78.
- McAdam J., *An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty*, en *Melbourne Journal of International Law*, 2011, 12, pp. 27-56.
- Morgades Gil S., *Refugiado*, en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, 10, pp. 231-249.
- Naïr S., *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, Planeta, Barcelona 2016.
- Oberoi P., Taylor-Nicholson E., *The Enemy at the Gates: international Borders, Migration and Human Rights*, en *Laws*, 2013, 2, 3, pp. 169-186.
- Peers S., *EU Justice and Home Affairs Law. Vol I. EU Immigration and Asylum Law*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford 2016.
- Pons Rafols X. (coord.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria-Antrazyt, Barcelona 1998.
- Sassen S., *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Siglo XXI, 2013.
- Sassen S., *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy*, Harvard University Press, Harvard 2014.
- Solanes Corella Á., *Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016, 32, pp. 145-184.
- Solanes Corella Á., *Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones "en caliente"*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2017, 36, pp. 43-73.
- Solanes Corella Á., Delipetrou D., *Problems and proposals regarding the Common European Asylum System: the example of Greece*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- Vedsted-Hansen J., *Compilación de Derecho de las personas refugiadas. Casos, documentos y materiales*, Comité Húngaro de Helsinki, Budapest 2015.

File riservato ad esclusivo fine di studio

Nota sugli autori

Stefano Fuselli è professore ordinario di Filosofia del diritto nell'Università di Padova, dove insegna Filosofia del diritto e Argomentazione e logica giuridica. I suoi ambiti di ricerca principali sono la logica e la filosofia del diritto di Hegel; l'epistemologia giuridica e il rapporto tra scienza e diritto; bioetica e biogiuridica; diritto e neuroscienze. In quest'ambito ha pubblicato la monografia *Diritto, neuroscienze, filosofia. Un itinerario* (2014) e ha curato il volume: *Neurodiritto. Prospettive epistemologiche, antropologiche e biogiuridiche* (2016).

Paolo Sommaggio è professore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento e presso la Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell'Università degli studi di Padova. Insegna Filosofia del Diritto, Metodologia della Scienza giuridica e Sociologia del Diritto. E' docente in diverse Scuole degli Ordini forensi del Triveneto. Fa parte dei Comitati scientifici delle seguenti collane: "Diritto Moderno ed Interpretazione Classica" (FrancoAngeli), "Jura. Temi e problemi del diritto" (ETS) e "Quadrato delle Opposizioni" (Mimesis). Ha scritto su temi di Diritto, Filosofia, Metodo e Bioetica.

Claudio Sartea, Laurea in Giurisprudenza (Milano) e Dottorato in Filosofia del Diritto (Padova), insegna Filosofia del Diritto e Bioetica e Biogiuridica presso le Università di Roma "Tor Vergata" e di Roma "Lumsa". Ha pubblicato cinque monografie sui temi della deontologia professionale (2007 e 2010), del biodiritto (2012), della secolarizzazione (2012) e dei diritti umani (2018), ed ha contribuito con voci enciclopediche e saggi in volumi collettanei, nonché articoli su riviste scientifiche, allo sviluppo della riflessione su questi argomenti, sia in Italia che all'estero.

Claudio Sarra è professore associato nell'Università di Padova dove insegna Filosofia del diritto e Metodologia e Informatica giuridica. Fa parte del Comitato scientifico delle collane "Diritto Moderno ed Interpretazione Classica" (Franco-Angeli), e "Quadrato delle Opposizioni" (Mimesis), nonché della rivista internazionale *Bologna Law Review*, è tra i promotori e fondatori della nuova rivista interdisciplinare *Journal of Ethics and Legal Technologies*, in uscita per l'editore Padova University Press. Ha avuto incarichi di insegnamento in università ita-

liane e straniere, nonché presso la Scuola Galileiana di Studi Superiori e numerose Scuole forensi. Attualmente il suoi studi vertono su temi di epistemologia giuridica, filosofia del linguaggio giuridico, *cyberethics*, informatica giuridica.

Corrado Roversi è professore associato all'Università di Bologna, dove insegna Filosofia del diritto e Philosophy of Law. È dottore di ricerca in filosofia analitica e teoria generale del diritto presso l'Università di Milano ed è stato relatore presso diverse conferenze e seminari nazionali ed internazionali. Assistant editor di *Ratio Juris* (Oxford, Wiley – Blackwell), ha lavorato al progetto *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Berlino, Springer), del quale ha curato insieme ad Enrico Pattaro l'ultimo volume in due tomi, intitolato *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World* (2016). Recentemente ha curato (con Luka Burazin e Kenneth Einar Himma) la collettanea *Law as an Artefact* (Oxford, Oxford University Press). La sua ricerca si focalizza sulla teoria delle regole costitutive, sull'ontologia giuridica e sociale, sul rapporto tra filosofia del diritto e scienze cognitive anche in una prospettiva sperimentale.

J. Alberto del Real Alcalá es Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Filosofía del Derecho en la Universidad de Jaén (España). En la actualidad es Director del Observatorio 'Gregorio Peces-Barba' de Derechos Humanos y Democracia de la Universidad de Jaén, y en la citada Universidad es Coordinador General del Master Propio de Redacción Expositiva y Argumentativa de las Decisiones Judiciales. Sus principales líneas de investigación son: teoría jurídica de los derechos fundamentales, Estado de Derecho y democracia constitucional; especialmente, los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y las teorías jurídicas y políticas de las que se hacen acompañar estos últimos.

Manuel Calvo García es Catedrático de Filosofía del Derecho y Sociología jurídica de la Universidad de Zaragoza, donde coordina el Laboratorio de Sociología Jurídica de la misma. Ha sido Director científico del Instituto Internacional de Sociología jurídica y, recientemente, ha sido elegido como miembro de la Comisión ejecutiva del Comité Científico de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología. Es autor de números libros y artículos sobre Teoría del Derecho y Sociología jurídica entre los que cabe destacar: *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Madrid, Tecnos, 1994), *Teoría del Derecho* (2ª ed., Madrid, Tecnos, 2000), "¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho?", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010), pp. 371-394; "Transformaciones Jurídicas y Teoría del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho* (2012), pp. 33-54, entre otros.

M.^a Isabel Garrido Gómez es Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá. En la actualidad es Directora de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo de España, y en la citada Universidad es codirectora del Master Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos. Sus principales líneas de investigación son: el Derecho en la sociedad global, los derechos fundamentales dentro de los Estados sociales y democráticos de Derecho, la democracia en la esfera jurídica, los derechos de la familia y la mujer, la igualdad y no discriminación y la función de los jueces.

Leonor Suárez Llanos es Doctora en Derecho y Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo, ha escrito distintos libros y artículos sobre teoría comunitarista y liberalismo, teoría de la legislación, teoría de la causalidad y responsabilidad jurídica, teoría de género, validez jurídica y argumentación, deontología, bioética y posmodernismo jurídico. En la actualidad centra su investigación en los nuevos modelos de teoría crítica del Derecho y racionalidad jurídica alternativa.

Ángel Pelayo González-Torre es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, y Decano de la Facultad de Derecho. Autor de seis monografías y más de treinta publicaciones entre artículos de revista y capítulos de libros colectivos. A lo largo de su trayectoria investigadora destacan las líneas de trabajo en cuestiones bioéticas, y temas de responsabilidad médica, también cuestiones de pensamiento político y teoría de la democracia y, más recientemente, cuestiones relativas a la globalización y el Derecho.

Ángeles Solanes Corella es Catedrática de Filosofía del Derecho y miembro fundador del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universitat de València. Su investigación aborda temas relacionados con los derechos humanos y la filosofía política desde la perspectiva del Derecho español y el comparado, sobre cuestiones como las sociedades multiculturales, las políticas de inmigración y asilo, la ciudadanía, la igualdad, la integración social, el voluntariado y el tercer sector, la responsabilidad social corporativa, la función promocional del Derecho y los conceptos jurídicos fundamentales.

File riservato ad esclusivo fine di studio

File riservato ad esclusivo fine di studio

Claudio Sarra è professore associato nell'Università di Padova dove insegna Filosofia del diritto e Metodologia e Informatica giuridica. Per Padova University Press, assieme a Daniele Velo Dalbrenta, ha curato il volume *Res Iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea* e, assieme a Riccardo Borsari e Luca Sanmicheli, *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale e elemento soggettivo nei reati economici*. Inoltre è tra i promotori e fondatori della nuova rivista interdisciplinare *Journal of Ethics and Legal Technologies*.

M.^a Isabel Garrido Gómez es Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá y Directora de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos. Sus principales líneas de investigación son: el Derecho en la sociedad global, los derechos fundamentales dentro de los Estados sociales y democráticos de Derecho, la democracia en la esfera jurídica, los derechos de la familia y la mujer, la igualdad y no discriminación y la función de los jueces. del Master Universitario en Protección Internacional de los Derechos Humanos.

Parlare di "positività giuridica" significa, in senso generalissimo, discutere del modo in cui si dà nell'esperienza qualcosa che possiamo rilevare intersoggettivamente come "diritto", di come avviene che "si ponga" un certo contenuto giuridico piuttosto che un altro, con quali forme venga rivestito e quali processi, auspicabilmente razionali, individuali o collettivi, siano stati messi in atto per ottenerlo.

In questo lavoro, giusfilosofi di importanti università italiane e spagnole si confrontano con i molti percorsi possibili della positività giuridica, offrendo uno spaccato vivace delle problematiche che il pensiero giuridico contemporaneo si trova ad affrontare per riempire di senso anche i propri concetti primi e per continuare a porsi come punto di riferimento di un'evoluzione equa e razionale del diritto e delle società complesse.

Ciò che emerge chiaramente, pur nella diversità di approcci al tema che gli Autori qui raccolti hanno offerto, è un altissimo grado di interdisciplinarietà che evidenzia il bisogno di una trasformazione culturale del giurista contemporaneo, chiamato ad un allargamento dei suoi saperi di base, sia per la miglior comprensione dei fondamenti teorici del suo stesso sapere che per consentire il dialogo con il complesso delle comunità che con lui operano nella costruzione sociale

€ 40,00

ISBN 978-88-6938-142-3



9

788869

381423