

EL DERECHO INTERVENCIONISTA DEL ESTADO

Aportaciones sobre un reciente debate (*)

Por ANTONIO J. PORRAS NADALES

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS POTENCIALIDADES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO.—III. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERVENCIONISTA DEL ESTADO: «RESPONSIVE LAW» Y «REFLEXIVE LAW».—IV. EL ESTADO POST-SOCIAL Y EL SURGIMIENTO DE UN «DERECHO RECEPTIVO».—V. LA SEPARACIÓN ESTRUCTURAL DE LOS MECANISMOS DE RACIONALIDAD SUSTANTIVA.—VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION

La generalización del modelo de Estado social de Derecho operada en las constituciones occidentales de posguerra (1) partía de la introducción de un postulado de armonización histórica entre las exigencias intervencionistas de los poderes públicos en la sociedad capitalista avanzada y el mantenimiento de los sistemas tradicionales de garantía jurídico-institucional en la actuación de los poderes públicos propios del modelo clásico de Estado de Derecho.

Un equilibrio que no pretendía en principio romper con los esquemas normales del Estado representativo, donde el mecanismo de penetración de la sociedad en el Estado se concibe como un proceso mediado a través del sistema de partidos (2), que opera como un entramado reductor de la plura-

(*) Una primera presentación de este trabajo tuvo lugar en las Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, organizadas por la Dirección General de lo Jurídico del Estado en Madrid, mayo de 1987.

(1) Véase en general W. ABENDROTH y otros: *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986.

(2) Véase O. KIRCHEIMER: «The transformation of Western European party systems», en J. LAPALOMBARA y M. WEINER (comps.): *Political parties and political deve-*

lidad social, abriendo el camino a la selección de alternativas en la unicidad final de la voluntad del Estado-aparato (3).

La negativa experiencia de los proyectos de ampliación de los sistemas de democracia directa durante el período de entreguerras —referéndum abrogativo, referéndum de arbitraje, *recall*— (4) conduce a un inevitable reforzamiento del oligopolio partitocrático, como diafragma mediador de la relación Sociedad-Estado, quedando reducidos los instrumentos de consulta directa en un mero mecanismo complementario, sin capacidad de alterar el eje central de impulso dinámico representativo (5).

Esta consolidación de la estructura representativa viene a hacer recaer inevitablemente el punto de determinación del carácter democrático del Estado en la microestructura interna y funcionamiento de los propios partidos (6), convirtiéndose así, en nuestro caso el artículo 6.º de la Constitución, en el verdadero soporte legitimador de la configuración democrática del Estado español.

Más allá de este diafragma representativo, el Estado social de Derecho es incapaz de generar otros suplementos generales de legitimación democrática, convirtiéndose así el sufragio universal en un *maximum* inextensible que abre el paso al conocido desafío habermasiano: la tendencia a la crisis estructural de legitimación del Estado del capitalismo tardío, en la medida en que la constante expansión de las políticas intervencionistas no va acompañada de procesos suplementarios de incremento de la legitimación democrática (7).

No es ésta, sin embargo, la única limitación estructural que el sistema político impone al proceso de desarrollo democrático de los Estados actuales; del mismo modo, la dinámica y apogeo del modelo de partido *catch all* (8),

lopment, Princeton U. P., 1966, págs. 177-200; O. KIRCHEIMER: «The Rechstaat as Magic Wall», en F. S. BURIN y K. L. SHELL: *Politics, Law and Social Change, Selected Essays of Otto Kirchheimer*, Columbia U. P., Nueva York, 1969; G. LEIBHOLZ: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, IEP, Madrid, 1964.

(3) CLAUD OFFE: *Contradictions of the Welfare State*, Hutchinson, Londres, 1984.

(4) Véanse JULIÁN SANTAMARÍA: «Participación política y democracia directa», en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, págs. 743-783; L. AGUIAR DE LUQUE: *Democracia directa y Estado constitucional*, EDESA, Madrid, 1977.

(5) P. CRUZ VILLALÓN: «El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 13, 1980.

(6) Véase K. LENK y F. NEUMANN (eds.): *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Anagrama, Barcelona, 1980.

(7) J. HABERMAS: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires.

(8) Véase OTTO KIRCHEIMER, cit. en nota 2.

caracterizado por la gran intensidad del proceso reductor que opera entre una base social enormemente abierta y diluida —definida por la generalidad de destinatarios y la imprecisión ideológica— y un perfil de imagen y liderazgo que, por razones de estricta rentabilidad electoral, debe quedar perfectamente reducido en la esfera de la elite dirigente —y sobre todo del propio líder—, viene a establecer inevitablemente un mínimo necesario de restricciones a la democracia interna de los partidos (9), impidiendo que el natural fraccionamiento interno (10) tenga algún cauce de proyección hacia el exterior, convirtiendo el proceso de reducción interna del pluralismo en un mecanismo de cooptación de la elite dirigente.

Así, pues, tanto en el interior de los partidos políticos como en la generalidad del sistema político-representativo, las posibilidades de desarrollo democrático en la evolución de los Estados actuales presenta límites objetivos y bloqueos finales que, al asegurar la relativa autonomía del sistema político (11), se convierten en una garantía de estabilidad y reproducción del sistema.

II. LAS POTENCIALIDADES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO AVANZADO

Frente a ello, el proceso histórico en la evolución contemporánea de los Estados democráticos occidentales presenta una línea de desarrollo alternativo derivada de la potencialidad participativa de la sociedad organizada y su penetración, múltiple y dispersa, sobre los aparatos del Estado.

El modelo subsiguiente, ya sea interpretado en clave pluralista o neocorporativa (12), de sociedad democrática avanzada, proyectada sobre un Estado intervencionista cuya esencial centralidad determina la creciente penetración participativa de los grupos y colectivos sociales (13), aparece como un factor de difuminación del convencional paradigma de Estado representativo, lo que explicará ciertamente las dificultades de la doctrina para aceptar sus importantes consecuencias sobre la teoría del Estado contemporáneo.

(9) CLAUS OFFE: «Competitive party democracy and the Keynesian welfare state», en *Contradictions of the Welfare State*, cit.

(10) G. LOMBARDI: «Corrientes y democracia interna en los partidos políticos», en *REP*, 27, 1982, y LENK/NEUMANN, cit. en nota 6.

(11) OFFE, cit.

(12) PETER SELF: *Political theories of Modern Government. Its Role and Reform*, Allen & Unwin, Londres, 1985.

(13) E. FORSTHOFF: «Problemas constitucionales del Estado social», en W. ABENDROTH y otros: *El Estado social*, cit., págs. 58 y sigs. A. PORRAS NADALES: *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPO, Barcelona, 1988.

Y es que, en efecto, la hipótesis de un Estado pluralista o neocorporativo (14), en la medida en que expresa una radical y definitiva superación del principio de separación entre Sociedad y Estado (15), implica una ruptura tanto con los mecanismos institucionales de interconexión entre ambos planos (principio representativo) como con la tradicional dualidad conceptual que expresa sus respectivos mecanismos de autoorganización y autofuncionamiento (esfera de derecho público frente a esfera de derecho privado) (16).

Este proceso de fragmentación corporativa del principio democrático va a generar una progresiva dificultad para la comprensión del mecanismo de articulación político-representativo de la sociedad en el Estado, concebido como instancia de mediación única, o unificada, entre ambos planos. El nuevo modelo de sistema democrático, basado en la centralidad del grupo corporativo organizado, titular de una esfera de intereses con capacidad de proyección social (a la vez y simultáneamente pública y/o privada tanto en una dimensión horizontal —lógica pluralista— como vertical —lógica corporatista—), haría recaer, en primer lugar, la carga de determinación del propio carácter democrático del sistema hacia el interior de la respectiva microestructura de las distintas unidades (grupos o corporaciones semipúblicos o semiprivados) (17) como soporte condicionador del contenido democrático final del Estado en su conjunto, lo que deberá replantear una esencial reinterpretación de las teorías sobre la representación al imponer un componente de derecho privado (18) ajeno a las tradicionales teorías del mandato representativo. Por otra parte, tales corporaciones operarían como instrumentos de articulación o representación *inmediata* y directa de sus propios intereses no generalizables.

El concepto de impulso político (19), como expresión de la fuerza diná-

(14) Véase sobre el tema PH. C. SCHMITTER: «Neocorporatismo y Estado», en *REIS*, 31, 1985, págs. 47-78.

(15) J. PÉREZ ROYO: *Introducción a la teoría del Estado*, Blume, Barcelona.

(16) O. KIRSCHEIMER: «The Rechtsstaat as Magic Wall», cit.; N. LEWIS: «De-legitimation in Britain in the 1980s», en P. MCAUSLAN y J. F. McELDOWNEY: *Law, Legitimacy and the Constitution*, Sweet & Maxwell, Londres, 1985, págs. 107 y sigs.

(17) N. LEWIS: «Who Controls Quangos and the Nationalised Industries?», en J. LOWELL y D. OLIVER: *The Changing Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1985.

(18) Véanse NORMAN LEWIS, cit.; PH. C. SCHMITTER, cit. En un plano más filosófico, véase ROBERT NOZICK: *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974, y también A. PORRAS NADALES: «Contractualismo y neocontractualismo», en *REP*, 41, 1984, págs. 15-41.

(19) Véase voz «Indirizzo político», de TEMISTOCLE MARTINES, en la *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI; A. MANZELLA: *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia; ANTONIO J. PORRAS NADALES: «La función de Gobierno y la dialéctica entre política y Administra-

mica orientadora de la acción estatal, debería así dejar paso a un *espectro dominante de microimpulsos* sociales cuya incidencia global final sólo sería constatable según el proceso resultante *a posteriori* (20). Tal proceso abriría así la emergente hipótesis de un Estado no representativo, en el tradicional sentido del término, donde los centros de poder o corporaciones públicas y/o privadas operarían como instrumentos de articulación inmediata de sus propios y específicos intereses no generalizables, sustituyéndose así la legitimación estructural-representativa del Estado por una tendencial legitimación funcional o «performativa» (21) deducida de la adecuación real de las respuestas intervencionistas del Estado al espectro dominante de demandas directamente articuladas sobre los poderes públicos.

No puede negarse que semejante modelo carezca de un evidente contenido democrático, aun a riesgo de poner en crisis las estructuras tradicionales de la representación política, con capacidad incluso para operar suplementariamente como un mecanismo reductor de la intensidad del conflicto político subyacente: en primer lugar, por tratarse de un proceso que se proyecta sobre la centralidad receptiva de un Estado prestador relativamente neutral evitando la agudización del conflicto frontal entre clases sociales; en segundo lugar, porque el mecanismo de interacción funcional viene a asegurar la normalidad institucional de la vía pacífica de la *negociación*, dejando reducido el contenido conflictual a un último y excepcional momento. Ello debe suponer, pues, en la realidad final resultante, una progresiva reducción de la cuota de conflictividad subyacente en la medida en que el conflicto deberá configurarse en la práctica como mero elemento estratégico, subordinado a la lógica flexible de la negociación con los poderes públicos.

Naturalmente, el desarrollo de este modelo democrático, considerado como resultado de un proceso de penetración creciente de la sociedad sobre el Estado, deberá implicar una progresiva transformación material en los mecanismos que condicionan la toma de decisiones de los poderes públicos imponiendo una sustancial revisión en el tradicional paradigma weberiano (22). Una transformación que depende tanto de la generalización de los

ción», Jornadas de Estudios sobre «Gobierno y Administración en la Constitución», Ministerio de Justicia, mayo 1986.

(20) Véanse GUSTAVO GOZZI: «Potere e modello neocorporativo», en L. ALTIERI y otros: *Nouve forme del potere*, Angeli, Milán, 1982, y «Verso lo stato-sistema. Tra anarchia e Leviatano», en N. LUHMANN y otros: *Le trasformazioni dello Stato*, La Nuova Italia, 1980, págs. 11-66.

(21) Véanse el artículo «Contractualismo y neocontractualismo», cit., y P. ROSANVALLON: *La crise de l'Etat providence*, Du Seuil, París.

(22) Véase GUSTAVO GOZZI, cit.

mecanismos democráticos de penetración corporativa de la sociedad sobre el Estado como de las mismas exigencias de eficacia y adaptación a la realidad de unas políticas intervencionistas con creciente capacidad de intermediación e incidencia sobre la realidad social.

No nos interesa directamente aquí constatar las transformaciones operadas en la esfera ejecutiva o administrativa (23), sino más bien las que tienen lugar en el mismo núcleo esencial de la estructura representativa del sistema político: la función de creación del derecho del Estado.

III. LA EVOLUCION DEL DERECHO INTERVENCIONISTA DEL ESTADO: «RESPONSIVE LAW» Y «REFLEXIVE LAW»

A partir de la obra de Nonet y Selznick (24), la visión de los nuevos cauces históricos de evolución del derecho intervencionista del Estado ha sufrido un radical replanteamiento que obliga a una profunda revisión de las categorías tradicionales del evolucionismo jurídico. Es bien conocida su clasificación en tres etapas de los «tipos ideales» del derecho en el mundo occidental: la primera, el derecho «represivo», entiende el sistema jurídico como un instrumento pasivo al servicio del predominio de determinadas fuerzas sociales y políticas, un momento que se identificaría con la etapa constructiva del Estado liberal y las implicaciones lógicas del pensamiento de Bentham; la segunda, o fase del *autonomous law*, coincidiría con el apogeo de la dogmática formalista del derecho público, encontrando su expresión más rotunda en la racionalidad lógica weberiana y kelseniana: un sistema encaminado a preservar la integridad institucional del Estado-Derecho donde el sistema jurídico «insulates itself, narrows its responsibilities, and accepts a blind formalism as the price of integrity» (25). Finalmente, la tercera etapa, que coincidiría con la fase evolucionada del Estado social, sería la de un derecho con pretensión de responder a los condicionantes del ambiente social, un *responsive law* resultado evolutivo de la definitiva crisis del formalismo legal donde las nuevas formas del orden jurídico deben atender a la exigencia de ser *responsive to social need* en un intento de armonización de las pretensiones finalistas del Estado intervencionista (*purposiveness*) con las exigencias participativas características de la sociedad democrática avanzada.

(23) A. PORRAS NADALES: «La función de Gobierno...», cit.

(24) P. NONET y P. SELZNICK: *Law and Society in Transition*, Harper Colophon, Nueva York, 1978.

(25) *Op. cit.*, págs. 76-77.

Teubner (26) ha destacado las interesantes coincidencias entre el modelo evolutivo de Nonet y Selznick y los esquemas de Habermas y Luhmann (27): la clasificación habermasiana entre un derecho preconventional o primitivo, una fase de derecho convencional con una moralidad legitimada por la tradición y una etapa posconvencional donde el sistema jurídico-institucional responde a un sistema de justificación basado en los intereses de todos los participantes en el proceso social; o el esquema evolutivo de Luhmann, que pretendería explicar la crisis del sistema jurídico contemporáneo desde una transición del tradicional sistema de sociedad estratificada a un modelo de sociedad funcionalmente diferenciada y progresivamente compleja cuya inadecuación a los modelos establecidos del sistema positivo del derecho genera la conocida «crisis de reflexión», que sólo podrá ser superada mediante el reforzamiento de las exigencias de autorracionalidad del sistema jurídico.

En todos ellos subyace un casi idéntico sentido de frustración de la conciencia jurídica occidental ante la constatación del paraíso perdido, la vieja autorracionalidad del sistema jurídico frente al empuje disgregador y participativo de la moderna sociedad democrática organizada, con el consiguiente desafío de la búsqueda de una emergente y nueva racionalidad legal posmoderna (28).

Naturalmente, el riesgo de la pérdida de racionalidad, paralelo al proceso de *de-legalisation* (29) del derecho de la sociedad democrática, con su inevitable impulso a la sustitución de los mecanismos de adjudicación formal por procesos de mediación y conciliación, aparece acompañado, como sugiere el propio Teubner, de la eventualidad de un reforzamiento de relaciones asimétricas de poder (30) que vendrían a asegurar, finalmente, la reproducción de las fuerzas o grupos sociales dominantes (31). Un fenómeno del que, sin embargo, tampoco parece haber sido ajeno el modelo clásico de Estado social o Estado de bienestar keynesiano (32), aunque enmascarado bajo el manto legitimador de las políticas de asistencia y bienestar (33) du-

(26) GUNTHER TEUBNER: «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», en *Law and Society Review*, 17, 1983, págs. 239-284.

(27) J. HABERMAS: *Communication and the Evolution of Society*, Beacon, Boston, 1979; N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, CEC, Madrid, y «Selb-reflexion des Rechtssystems», en *Rechtstheorie*, 10, 176.

(28) TUEBNER, art. cit., pág. 244.

(29) N. LEWIS, cit., págs. 107 y sigs.

(30) TEUBNER, art. cit.

(31) Véase sobre el tema, JIM TOMLINSON: «Corporatismo: una sociologización adicional del marxismo», en *REIS*, 31, 1985, págs. 105-117.

(32) CLAU OFFE: *Op. cit.*

(33) CARLOS DE CABO: *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1985.

rante el largo período expansivo de la economía y la sociedad occidental de posguerra.

La dualidad del proceso evolutivo sugiere, pues, el desarrollo de una contradicción creciente entre el fenómeno *real* del incremento participativo en la sociedad democrática, que pone en crisis la validez finalista e impulsora de los centros («racionales») creadores del derecho, y la exigencia *teórica* de una mayor capacidad de abstracción o *self-reflection* del universo jurídico (Luhmann) capaz de integrar el desajuste creciente del sistema.

Una contradicción que ha pretendido ser salvada por el ambicioso trabajo de Gunther Teubner (34) a través de un proceso de integración teórica lastrado, en nuestra opinión, por un flagrante error metodológico; partiendo de una visión neoevolutiva del cambio jurídico que pretendería rechazar las falacias del «reduccionismo sociológico» (35), Teubner acepta el conocido modelo de evolución autónoma del sistema legal como proceso interno y separado, próximo a las tesis de Luhmann, y centrado en el principio de «self-reference of legal structures», donde excepcionalmente los cambios externos no operan una incidencia directa sobre el sistema jurídico, sino que son «selectively filtered into legal structures and adapted in accordance with a logic of normative development» (36). A partir de este enfoque pretende valorar el concepto de *responsive law* de Nonet y Selznick y sus potenciales contradicciones mediante la aplicación de las categorías básicas de racionalidad del sistema formal del derecho (racionalidad de la norma, racionalidad del sistema, racionalidad de la estructura interna del derecho) (37) —es decir, la dogmática tradicional del anterior *autonomous law*— a los nuevos fenómenos emergentes de la evolución jurídica. El resultado es, pues, el de una nueva racionalidad inducida intelectualmente por la aplicación de unos modelos pretéritos de racionalidad a un sistema de derecho en transformación: la *racionalidad reflexiva* emergería como un mero producto de laboratorio afectado por un error metodológico de base; no es posible aplicar de forma directa e inmediata la dogmática del pasado para intentar racionalizar el sistema presente.

Ello no excluye, ciertamente, que sea incorrecta la constatación de las contradicciones implícitas en el concepto del *responsive law* en la medida en que expresa simultáneamente imperativos sustantivos de justicia (la progresiva reducción de la arbitrariedad en el derecho positivo y en la Administra-

(34) Art. cit., *Law and Society Review*, 17, 1983.

(35) Aun partiendo de la integración de una pluralidad de factores, como la interconexión dinámica de fuerzas sociales, limitaciones institucionales y estructuras organizativas, véase art. cit., pág. 247.

(36) Art. cit., pág. 249.

(37) Art. cit., págs. 252 y sigs.

ción) y mecanismos de respuesta activa de los poderes públicos al conjunto disperso de demandas y problemas generados por los actores sociales. Una contradicción que, sin embargo, no debe superarse por el sencillo expediente de introducir el vino nuevo en odres viejos, sino mediante la inducción de una nueva dogmática capaz de expresar la sustancial novedad histórica del derecho inherente a la sociedad democrático-participativa avanzada.

En tal sentido, la naturaleza dual o contradictoria de la categoría de Nonet y Selznick se explica efectivamente por responder a una doble serie de condicionantes característicos de la fase avanzada del Estado social: *a)* el proyecto de conformación de la realidad social desde arriba mediante una actuación intervencionista del Estado, y *b)* la necesidad de adecuar la actuación estatal a las exigencias o demandas emanadas directamente del propio entramado social-corporativo desde abajo.

Si el primero de ellos no implica en principio ningún punto de ruptura con el viejo proyecto de racionalidad weberiana, generada autónomamente desde los poderes públicos y constituyendo el soporte de una efectiva *racionalidad sustantiva* (38), es dudoso, sin embargo, que el segundo fenómeno, que expresa efectivamente una potencial dimensión *reflexiva* del derecho del Estado, sea capaz de producir igualmente una similar estructura de racionalidad, salvo en el caso de que se otorgue una sustancial autonomía relativa al sistema político, en cuyo caso se está negando el postulado de partida, a saber: el carácter condicionador e impulsor de las demandas sociales sobre la actuación estatal.

Precisamente por ello, el concepto de «racionalidad reflexiva» de Teubner (39) no aparece tanto como una rotunda deducción material de sus postulados, sino más bien como un proyecto o pretensión teórica cargado de inevitables elementos valorativos. Así:

1. La *justificación* de este derecho (equivalente en la comparación de Teubner a la «racionalidad de la norma» de la dogmática formal tradicional) se fundamentaría en «the *desirability* of coordinating... social cooperation» (subrayado mío).

2. Sus funciones sociales (el equivalente a la racionalidad del sistema) consistirían en «estructurar y reestructurar sistemas sociales semiautónomos» creando las premisas para la integración descentralizada de la sociedad, lo que implica prescindir de la premisa esencial de toda dinámica democrática, la capacidad de autoestructuración de los grupos o sistemas sociales.

3. Finalmente, la racionalidad interna del derecho reflexivo dependería de su tendencia al establecimiento de reglas procesuales, organizativas y dis-

(38) Art. cit., págs. 253-254.

(39) Art. cit., pág. 254.

tribuidoras de derechos y competencias, lo que implica prescindir de los sistemas autónomos de mediación y autoorganización social.

En definitiva, el *reflexive law* no sería más que una aplicación activa del viejo principio de racionalidad sustantiva, complementado con un actualizado toque procesualista, a la nueva esfera del derecho intervencionista en una sociedad democrática avanzada.

Nos encontramos, pues, ante un tipo de análisis del derecho intervencionista que no parece constatar ningún cambio de posición sustancial de los poderes públicos respecto del modelo keyesiano precedente, otorgando al Estado idéntico grado de autonomía para la conformación activa, desde arriba, de la realidad social y, en consecuencia, del nuevo sistema jurídico, lo que implica partir igualmente de la presunción de que las previsiones normativas van a coincidir plenamente *a posteriori* con la realidad social generada por las mismas sin ningún tipo de desajuste estructural entre ambos planos.

Las transformaciones en el sistema jurídico afectarían, además, estrictamente a la fase de *output* de la producción normativa, dando en consecuencia por supuesto que los procesos decisionales internos operados dentro de la esfera orgánica del Estado no han sufrido cambios decisivos, y prescindiendo, en consecuencia, de eventuales alteraciones en la fase de *input* del proceso legislativo, lo que supone seguir partiendo de la presencia de un alto grado de aislamiento del sistema político respecto de las presiones sociales subyacentes (40).

El debate sobre la «re-legalización» de la sociedad (41) adopta, pues, una doble dimensión que entronca con los problemas implícitos en el desarrollo de la socialdemocracia europea y la progresiva ruptura de las esferas de separación entre Sociedad y Estado, implicando, por una parte, la tendencia de ciertos actores sociales a reducir las *undue pressures of law* y, por otra, la alternativa del sistema jurídico, o bien a incrementar su grado de abstracción y adecuación «reflexiva» a los mecanismos interactivos de la sociedad o bien a acentuar necesariamente sus componentes represivos y punitivos, lo que deberá configurarse como la parcial confirmación del fracaso de este tipo de derecho. En definitiva, sólo los principios de *openness and accountability* (42) permanecerían como los mecanismos de articulación e integración entre la esfera de racionalidad sustantiva del ordenamiento y las derivaciones del *responsive law*.

(40) TONY PROSER: «Democratization, Accountability and Institutional Design: Reflections on Public Law», en P. MCAUSLAN y J. F. McELDOWNY, cit., pág. 176.

(41) N. LEWIS, cit., y D. KETTLER: «Legal Reconstitution of the Welfare State: A Latent Social Democracy Legacy», en *Law and Society*, 1, 1987, págs. 14 y sigs.

(42) KETTLER, cit.; TEUBNER, cit.; N. LEWIS, cit., pág. 114.

IV. EL ESTADO POSTSOCIAL Y EL SURGIMIENTO
DE UN «DERECHO RECEPTIVO»

Así, pues, parece claro que el proceso de democratización del derecho del Estado debería adoptar, desde la perspectiva de un proyecto de racionalidad reflexiva, una posición de progresiva apertura procesual normativa (43) capaz de asegurar una mejor integración y unas premisas estructurales adecuadas para la *self-regulation* de los distintos subsistemas sociales. Este punto culminante del derecho reflexivo seguiría, pues, expresando una posición conformadora del derecho del Estado respecto de la realidad o dinámica social, pero olvidando, sin embargo, una esencial novedad: que en las potencialidades de desarrollo del proceso democratizador de la sociedad occidental avanzada la norma jurídica está dejando de ser el marco procesual en el que los subsistemas sociales interactúan para la formulación y satisfacción de sus objetivos, para convertirse, esa norma jurídica, en el objeto final mismo del proceso de penetración de la sociedad en el Estado en la medida en que sólo ella puede garantizar *erga omnes* el reconocimiento de espacios de autonomía (44) y autocontrol institucional por parte de los sectores sociales interesados. Es decir, entre la fase intermedia del derecho *responsive* y el punto final de la autonormación (45) como utopía democrática se encontraría una fase de *derecho receptivo* del Estado donde la norma jurídica aparece como el resultado del proceso activo de los grupos, corporaciones o subsistemas protagonistas del proceso social y de la posición relativamente pasiva de los poderes públicos en la nueva formulación (forma de ley) de los espacios de autonomía autocontrolada por los sujetos interesados.

Es obvio que esta segunda categoría de un *receptive law* entraría igualmente dentro del modelo global del *responsive law* de Nonet y Selznick, pero implicando un nuevo sistema de redistribución de sus elementos contradictorios implícitos:

1. Procesualmente, implicaría una prima de los elementos participativos-activos desde la sociedad frente a los elementos finalistas o intervencionistas desde el Estado, o lo que es lo mismo, de los elementos democrático-disgregadores frente a los elementos jurídico-reflexivos o integradores.

2. Funcionalmente, expresaría un reforzamiento de los elementos *adjudicativos* de la creación normativa frente a los estrictamente *regulativos*, que

(43) TEUBNER, art. cit., págs. 274-275.

(44) C. OFFE: *Op. cit.*, pág. 189.

(45) DIETRICH JESCH: *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, pág. 35.

se integrarían más bien dentro de una lógica de racionalización limitada y *a posteriori* (46), implicando una capacidad limitada para aprehender —desde las instancias creadoras de este derecho intervencionista— la generalidad del proceso social y, en consecuencia, la determinación de los objetivos comunes de la comunidad (47).

Precisamente esta categoría coincidiría mucho más armónicamente con el concepto de «crisis de reflexión» de Luhmann en el sentido de que explica una fragmentación de la racionalidad entre los diversos subsistemas, impidiendo que ninguno de ellos tenga la necesaria capacidad de control sobre el conjunto (48).

En esta fase histórica, la forma de ley del derecho intervencionista no se haría depender básicamente de su función regulativo-racionalizadora (al estilo del *autonomous law*), sino de una función *legitimadora* (49) que constituye el soporte de su capacidad para atribuir espacios de autonomía y, sobre todo, esferas de redistribución y autocontrol de la renta social. La posición del Estado habría, pues, oscilado —repetimos, en su función creadora del derecho intervencionista— desde una fase regulativo-racionalizadora que, por su propia lógica, exige una posición previa de autorracionalidad finalista de los poderes públicos, a una fase adjudicativo-legitimadora que coloca a los poderes públicos en una posición de control relativo y/o limitado, *a posteriori*, del nivel de gasto de la renta social, sin que ello implique necesariamente una actitud explícita o apriorísticamente racionalizadora.

Ambos momentos reflejarían, pues, subetapas sucesivas en la evolución del *responsive law* desde una fase de crisis del Estado social, donde siguen primando los elementos intervencionistas y racionalizadores activos desde el Estado, a una fase emergente del estado postsocial, donde la actitud adjudicativa de los poderes públicos frente a la presencia activa de la sociedad organizada se entiende como una posición, *a posteriori*, legitimadora y sólo parcialmente racionalizadora desde la perspectiva del control final de los niveles de disposición de la renta social.

En esta segunda fase, la fragmentación de la racionalidad impediría transitoriamente, en plena concordancia con las tesis de Luhmann, la emergen-

(46) GUSTAVO GOZZI: *Op. cit.*

(47) Sobre las contradicciones entre la lógica procesualista y el vaciamiento de la función de determinación, en la instancia política, de los valores dominantes y finalistas de la comunidad es muy interesante el trabajo de L. H. TRIBE: *Constitutional Choices*, Harvard U. P., Cambridge, 1985.

(48) N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., y *Teoría política nello Stato del benessere*, F. Angeli, Milán, 1987.

(49) TONY PROSER: *Op. cit.*

cia de una *racionalidad reflexiva* al estilo de Teubner, imponiendo, pues, una inevitable separación relativa de la esfera intervencionista, penetrada democráticamente, del derecho del Estado, frente a las exigencias de racionalidad sustantiva, no explicables a partir de esa misma dinámica democratizadora.

Ahora bien: si los mecanismos de democratización de la esfera intervencionista del derecho del Estado acaban operando realmente un proceso de desracionalización del sistema jurídico, ello no excluye la aparición de otro tipo de ventajas suplementarias que se integrarían estratégicamente en el proceso de descomposición y reordenación del Estado social de derecho.

1. En primer lugar, la crisis de racionalidad parecería compensada por el suplemento de legitimación deducido del carácter esencialmente participativo y democrático del nuevo derecho *receptivo*, compensando así, aunque de forma estructuralmente fragmentaria, el dilema habermasiano de la crisis de legitimación del estado del capitalismo tardío.

2. En segundo lugar, desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica, el derecho receptivo del Estado postsocial, surgido a partir de procesos de negociación democrático-participativa transparente, incrementaría inexorablemente su cuota de *eficacia* final en la medida en que responde a una mejor adecuación con la estructura interna de los ámbitos vitales regulados en la norma; por el contrario, un derecho intervencionista que responda a criterios sustantivos y de racionalidad funcional u organizativa propia corre el riesgo o bien de ser escasamente aplicado en la vida real en los espacios sociales afectados por la norma, o bien de asegurar finalmente su eficacia mediante elementos *represivos* capaces de destruir los «valued patens of social life» (50) de la comunidad autoorganizada.

V. LA SEPARACION ESTRUCTURAL DE LOS MECANISMOS DE RACIONALIDAD SUSTANTIVA

Así, pues, la constatación histórica de la creciente dificultad para generar una autorracionalidad reflexiva desde la misma estructura descentralizada del sistema (51) deberá implicar alternativamente un impulso compensatorio al reforzamiento de los elementos de racionalidad sustantiva del sistema jurídico mediante una proyección centralizada desde órganos separados de la franja socioparticipativa del derecho intervencionista típico.

Luhmann ha demostrado de forma suficiente las exigencias de separa-

(50) TEUBNER, cit., pág. 274; HABERMAS: *Op. cit.*

(51) LUHMANN: *Op. cit.*

ción funcional de los procesos de autorreflexión jurídica, encomendados a órganos técnico-judiciales (no representativos), frente al sistema «politizado» (o «socializado») de fuentes del derecho (52); este proceso se complementa, al menos en los sistemas europeos, mediante la reconducción centralizada de esta función racionalizadora a los órganos de control concentrado de constitucionalidad.

Que los Tribunales Constitucionales realizan una función creadora del derecho, y no meramente interpretativa de la Constitución, es algo que se deduce no sólo de la experiencia comparada (53), sino de las propias necesidades de adaptación de la norma constitucional a las circunstancias cambiantes del entorno jurídico y social; sobre todo desde el momento en que la reforma constitucional, progresivamente convertida en un tabú para la doctrina y la práctica constitucional contemporáneas (54), se entiende que opera en tal nivel de excepcionalidad que conduce inexorablemente a la atribución al Tribunal Constitucional de una función paraconstituyente (55) que debe asegurarle el monopolio de la autorreflexión no politizada —y, en consecuencia, no representativa— en la cúspide del sistema jurídico, asegurando su adaptación a las cambiantes circunstancias históricas de la realidad.

Estaría de sobra recordar aquí que esta exigencia de autorracionalidad centralizada coincide con un proceso histórico de incremento competencial de los Tribunales Constitucionales a partir del limitado modelo kelseniano surgido en los años veinte (56); en el caso español, el desajuste expansivo entre el inicial marco constitucional y la posterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es más que evidente, lo que en algunos casos ha llegado a producir transitorias consecuencias disfuncionales para el sistema, como en el caso de la introducción del control previo de inconstitucionalidad (57).

Esta evidente coincidencia entre el proceso histórico de consolidación competencial del órgano de control y el reforzamiento de las exigencias funcionales de autorracionalidad centralizada del sistema jurídico debe permitir-

(52) *Ibidem*.

(53) Véase M. CAPELLETTI: «La creatività della giurisprudenza nel tempo presente», en *I poteri del Giudice civile di fronte alla legge. Atti del XIV Convegno Nazionale*, Maggioli, Rimini, 1985.

(54) Véase, por todos, J. PÉREZ ROYO: *La reforma de la Constitución*, Premio de Investigación del Congreso de los Diputados, 1987.

(55) Véase STC sobre la LOAPA, fundamento jurídico 4.º

(56) P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Premio de Investigación del Congreso de los Diputados, 1986, CEC, 1987.

(57) JAVIER PÉREZ ROYO: «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad», en *REDC*, núm. 17.

nos, lógicamente, plantear un interrogante de llegada: el de la posible complementariedad o desajuste estructural entre la esfera de un derecho intervencionista receptivo, disperso y desracionalizado, pero a la vez cargado de cuotas suplementarias de legitimación democrática, y la esfera del derecho jurisprudencial constitucional como derecho racional sustantivo y concentrado, enfrentado, sin embargo, al problema de su relativo déficit de legitimación democrática, o en otras palabras: la cuestión de los posibles mecanismos de integración del dilema *Democratización «versus» Racionalización* en el derecho público contemporáneo.

Naturalmente, el gran soporte que las garantías procesuales otorgan al derecho jurisprudencial constitucional como derecho sustantivo concentrado permite deducir suplementariamente elementos dispersos de legitimación democrática en la medida en que la forma o procedimiento decisional de todo órgano judicial no sólo reside en la relativa independencia o imparcialidad del mismo, sino en la existencia de un mecanismo de *cases and controversies* que permiten la participación concreta de los sujetos directamente interesados (58). Ciertamente que sería bastante exagerado llegar a afirmar, como hace Capelletti, que desde esta perspectiva el proceso jurisdiccional es «il più partecipatorio fra tutti i processi della pubblica attività» (59), en la medida en que siempre deben tenerse en cuenta las posibles limitaciones en la legitimación activa de sujetos interesados, así como el carácter siempre incompleto (60) de las audiencias o *hearings* a las partes.

Ahora bien: más allá de este soporte procesual, la decisión jurisprudencial no está vinculada por los elementos de *demanda social* que inciden en el proceso, sino por la estricta autorracionalidad jurídico-constitucional del derecho contenido en —y creado por— la sentencia. En consecuencia, el procedimiento «democrático» del trámite judicial no es un condicionamiento material de la decisión, sino una mera garantía formal de la misma.

La ausencia de un auténtico carácter receptivo de este derecho contribuye así a reforzar la posición centrípeta del órgano de control como centro receptor de demandas, que no son, sin embargo, *demandas de intercambio* como las que tienen lugar en el proceso político y cuya función no asegura, por tanto, la generación de procesos de adecuación o respuesta capaces de impulsar una dinámica global de *self-reflection* entre los distintos subsistemas.

Por el contrario, la posición funcionalmente separada del órgano de control constitucional como creador de derecho sustantivo generaría más bien

(58) CAPELLETTI, cit., pág. 57.

(59) *Ibidem*, pág. 96.

(60) *Ibidem*, pág. 99.

una actitud pasiva o de autorrestricción entre los distintos sujetos; la centralidad creativa del Tribunal Constitucional no permite, pues, que aparezcan claramente esas premisas para el desarrollo de procesos de reflexión entre las distintas esferas del conjunto social, que constituirían la clave de la función integrativa del *responsive law* contemporáneo, o al menos su aportación al *learning process* del sistema social en su conjunto, de acuerdo con la línea argumental del frente teórico Habermas-Luhmann-Teubner. Antes al contrario, esta consolidación funcional de los mecanismos de control de constitucionalidad parece primar elementos dispersos de autolimitación y dependencia en los procesos de *self-reflection* creadores del sistema jurídico ordinario en la medida en que los elementos conflictuales en la definición de ese derecho deberán mejor quedar en suspenso en tanto no existe una decisión, en última instancia, de los órganos de control de constitucionalidad.

De este modo, la atribución de una posición funcional separada al derecho constitucional jurisprudencial aseguraría un impulso a su autoconformación racional autónoma, lo que explicaría las tendencias al reforzamiento, en su seno, de principios y postulados de la vieja dogmática formal tradicional (*autonomous law*) llevados incluso hasta sus últimas consecuencias en nuestro ordenamiento con la autorreserva de un cuasi monopolio interpretativo de la voluntad constituyente (reserva de Constitución) (61) a favor del propio Tribunal Constitucional.

VI. CONCLUSION

Ahora bien: este incremento de las tendencias disociativas del ordenamiento jurídico de los Estados occidentales entre la esfera centrífuga del derecho intervencionista receptivo, disperso y democratizado y la esfera centrípeta del derecho constitucional sustantivo, concentrado y racionalizado no excluye, sin embargo, la presencia de tendencias reequilibradoras susceptibles de conformar una interpretación evolutiva alternativa del cambio histórico.

Por una parte, respecto al ideal del derecho reflexivo de Teubner, aun cuando en nuestra opinión aparece limitado, como figura científica, por ciertos errores metodológicos que dificultan su aceptación *generalizada* como derecho efectivamente vigente, ello no excluye la presencia de impulsos fragmentarios de autorracionalidad reflexiva entre los distintos subsistemas, con capacidad para operar a largo plazo procesos limitados de integración racio-

(61) P. CRUZ VILLALÓN, *REDC*, 9, 1983.

nal del ordenamiento. Esta incidencia sería particularmente sensible en esferas del derecho privado y en las tradicionales áreas de contratación colectiva y contratación social (derecho de los consumidores, derecho mercantil y cooperativo, etc.) (62), donde las normas jurídicas pueden actuar como marco procesal-estimulador, tanto para complementar las deficiencias del mercado como para profundizar e internalizar una conciencia organizacional y participativa que no se limite a los efectos internos de equilibrio del poder o desarrollo de la participación interna, sino que sea a la vez capaz de contextualizar los efectos externos de sus decisiones, maximizando así tanto su racionalidad interna como su consecuente capacidad reflexiva sobre el conjunto social: aparecerían así elementos dispersos capaces de estimular el conjunto del *learning process* de Habermas (63).

De otro lado, las pretensiones de comprensión del ordenamiento constitucional jurisprudencial, desde la perspectiva de una absoluta y apriorística autorracionalidad, a menudo parecen operar más bien como resultado de proyecciones ideológicas de una pretérita dogmática legal autónoma que como deducciones lógicas de un análisis actualizado del sistema jurídico posmoderno; una visión alternativa podría permitir, efectivamente, conceptuar la posición del derecho constitucional jurisprudencial como el resultado de una función de *racionalización limitada a posteriori* en la medida en que, en primer lugar, la actuación del Tribunal Constitucional, a instancia de parte y no de oficio, permite seguir excluyendo a toda una serie de esferas jurídicas potencialmente inconstitucionales (es decir, carentes de un control de racionalidad sustantiva) de su esfera de decisión; en segundo lugar, las limitadas posibilidades para el restablecimiento en la práctica del orden jurídico alterado por una norma inconstitucional tienden a asegurar una tendencia manifiesta a la consolidación de la eficacia *ex nunc* de las sentencias, en base a «la necesidad siempre presente de procurar conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación afectaría a los legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad de los mismos» (STC 96/1984, fundamento jurídico 8.º).

De este modo, el resultado de la comprensión global del sistema jurídico emergente del Estado democrático avanzado nos remitiría a un evidente y novedoso plano de referencia, el de la *bounded rationality* o racionalidad limitada *a posteriori* (64), en clara coincidencia con el concepto de inteligencia limitada de la nueva filosofía italiana, que intentaría complementar, en

(62) TEUBNER, art. cit., págs. 276-278.

(63) HABERMAS: *Op. cit.*

(64) G. GOZZI, cit.; TEUBNER, cit., pág. 280.

una perspectiva flexible y realista, las consecuencias inherentes a los procesos de participación democrática activa de la sociedad organizada sobre el Estado, con las premisas generales de racionalidad funcional, no separada, del sistema jurídico contemporáneo. La capacidad del órgano de control de constitucionalidad para generar, en forma autónoma, procesos de reflexión social deducidos de la propia norma constitucional constituiría un suplemento añadido capaz de intentar una efectiva integración de las perspectivas fragmentarias del *responsive law* con las exigencias integradoras del derecho fundamental del Estado.