

DERECHO TURBULENTO

En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales*

Mario G. Losano
Universidad de Milán

RESUMEN. En primer término el trabajo examina el más avanzado modelo piramidal del derecho -el de la teoría pura del derecho- en el contexto de la sociedad industrial, para constatar que esta teoría influyó sobre la realidad de su tiempo, contribuyendo a la creación de la justicia constitucional y a una visión democrática y pacifista del derecho internacional en una época en que Europa estaba dominada por gobiernos totalitarios y militaristas. En segundo lugar, examina las estructuras supranacionales de posguerra que conducen a superar el modelo piramidal característico del derecho del Estado nacional, pero que aún no han encontrado una organización propia adecuada. Esta segunda parte trata de responder a la pregunta de si el derecho de la Unión Europea está convirtiéndose en (o acaso ya es) un sistema jurídico autónomo respecto del derecho nacional y el internacional; esto es, trata de prever si una nueva pirámide jurídica está siendo añadida a las dos tradicionales del derecho nacional e internacional. En tercer lugar, se examina un modelo que se adapta mejor a la actual realidad jurídica, que es más compleja que la tradicional: un modelo ya no piramidal y jerárquico sino reticular y pluridimensional.

ABSTRACT. Firstly, the paper examines the most advanced pyramidal model in law -that of the pure theory of law- in the context of industrial society, so as to show that this theory influenced the reality existing in its time, contributing to the creation of constitutional justice and to a democratic and pacifist view of international law, at a time when Europe was governed by totalitarian and militaristic regimes. Secondly, it examines the supranational post-war structures which led to the overcoming of the pyramidal model that characterizes national laws, but which have not yet found their own adequate organization. This second part seeks to answer the question of whether European Union law is becoming (or perhaps already is) a legal system which is autonomous in relation to national and international law; that is to say, it seeks to show whether a new legal pyramid is being added to the two traditional ones already existing, those of national and international law. Thirdly, a model is examined which is better adapted to the current legal reality, which is more complex than the traditional reality: a model which is no longer pyramidal and hierarchical, but which is instead reticulated and multidimensional.

* Las ideas centrales de este texto formaron parte de mi *lectio doctoralis* (pronunciada el 5 de noviembre de 2004 con ocasión de recibir el doctorado *honoris causa* por la Facultad de Derecho de la Universidad de Hannover), titulada *Turbulentes Recht. Herkömmliche Rechtsordnung, überstaatliche Rechtssetzung und Ordnung stiftende Modelle*.

1. La fascinación simbólica de la pirámide

La pirámide es el símbolo de la desigualdad ordenada y tal vez por esto es el símbolo más utilizado para sintetizar en una imagen la sociedad humana.

Un ensayo político del escritor Octavio Paz se abre con una visión grandiosa de México, su país: México como una enorme pirámide escalonada entre dos océanos¹. Con esta imagen, Octavio Paz traduce la realidad política del México actual en conceptos míticos prehispánicos y muestra la continuidad del modelo de dominación azteca a través de los siglos. Los conquistadores españoles no liquidaron, sino que más bien transmitieron al México moderno los símbolos aztecas del poder político: el jefe institucional y la pirámide. Pese a que el solemne jerarca institucional a veces se confunde con el folclórico *caudillo*, la tradición azteca pervive: “Hay una nostalgia mexicana por la legalidad sacra que no experimentan los otros caudillos hispanoamericanos: trátese de Bolívar o de Fidel Castro, de Rosas o de Perón, todos creen en la acción heroica, en tanto que los mexicanos creen en el rito”². Y la pirámide era por excelencia el lugar del rito: “Arquetipo arcaico del mundo, metáfora geométrica del cosmos, la pirámide mesoamericana culmina en ese espacio magnético que es la plataforma-santuario”.

Mientras en la sociedad mexicana la pirámide expresa la continuidad de un modelo de poder, en una sociedad compleja como la brasileña la estratificación social da lugar a dos pirámides: la de la clase y la del color³. No obstante, ambas pirámides se comunican entre sí: Brasil es una sociedad violenta, pero no conoce una violencia racial semejante a la de los Estados Unidos. En Estados Unidos las dos pirámides, la de la clase y la del color,

¹ Octavio Paz, *Le labyrinthe de la solitude, suivi de la Critique de la pyramide*, Gallimard, Paris 1972, 254 pp. El pasaje citado está en la página 234. Traduzco los pasajes de la edición francesa, que fue revisada por el autor; por tanto puede haber divergencias respecto al original en español: *El laberinto de la soledad*, 1950, y *Posdata* (que contiene *La crítica de la pirámide*), publicado en 1970. [N. del T.: Entre la versión en francés por la que cita Losano y el original en español efectivamente hay ciertas diferencias. Los pasajes originales dicen como sigue: “Hay una nostalgia mexicana por la legalidad que no experimentan los otros caudillos hispanoamericanos; todos ellos –trátese de Bolívar y de Fidel Castro o de Rosas y de Perón– han creído y creen en el acto como hazaña en tanto que los mexicanos afirman el mismo acto como rito”; “Arquetipo arcaico del mundo, metáfora geométrica del cosmos, la pirámide mesoamericana culmina en un espacio magnético: la plataforma-santuario”. *Posdata*, Siglo XXI, México 1974, 9ª ed., pp. 145-146 y p. 117.

² Paz, *Le labyrinthe de la solitude*, cit., p. 249.

³ Cfr. el apéndice sobre *La piramide della classe e la piramide del colore* de João Camillo de Oliveira Torres, *Estratificação social do Brasil. Suas origens históricas e suas relações com a organização política do país*, Centro Latino-Americano de Pesquisas em Ciências Sociais–Difusão Européia do Livro, São Paulo 1965, 222 pp.

se hallan en conflicto; en Brasil hay mucho conflicto de clases, pero apenas conflicto de razas. El proverbio brasileño “Un negro rico es blanco” sería difícilmente aplicable en Alabama.

Pero la tendencia a echar mano de metáforas y símbolos para describir la sociedad y su organización no es algo exclusivamente exótico o antiguo: la misma Unión Europea, para describir su propia estructura, recurre a la metáfora del templo en el que tres columnas (Comunidades, política exterior y colaboración judicial) sostienen el techo (es decir, el tratado fundacional de la Unión Europea). Desde el punto de vista institucional y jurídico, esta metáfora genera confusión, porque no clarifica si las comunidades preexistentes al tratado están hoy fundidas en la Unión Europea (y si por tanto hay una sola Unión) o si, por el contrario, continúan teniendo una existencia por separado. Para los fines de esta exposición -pero solo para los fines de ella- puede bastar con que hablemos de un *derecho comunitario* como de una entidad única, aceptando provisionalmente la “tesis de la fusión” entre derecho de las Comunidades y derecho de la Unión.

Desde el punto de vista psicológico, la metáfora del templo es sugestiva. A la mayoría de los europeos les recuerda el templo griego, o sea el mundo clásico, raíz de la idea de Europa. Para cierto jurista austríaco la metáfora del templo evoca “las consignas políticas chinas”⁴. A mí, en cambio, más bien me hace pensar en los “ocho ángulos del mundo bajo un solo techo” (*Hakko Ichiu*): una imagen tomada de la antigua tradición japonesa, que emplearon en los años treinta los nacionalistas más radicales para significar la unidad del mundo bajo la hegemonía del Japón y que hoy, en un sentido más moderno y moderado, se emplea para designar un impreciso deseo de fraternidad universal⁵.

Pirámides, columnas, templos: estas metáforas arquitectónicas remiten al pensamiento sistemático, aquel pensamiento que, en el terreno jurídico, impulsó a los pandectistas en el siglo XIX a “konstruieren” el material romanista y a Kelsen, en el XX, a buscar la “estructura” del derecho. Todas estas teorías jurídicas contienen la metáfora arquitectónica del construir, del “con-struere”. Con ellas los juristas han tratado de explicar el derecho hasta el presente.

En este texto aparecerán una y otra vez términos como “teoría”, “modelos”, “metáforas” y “paradigmas”: imprescindible es recordar que ya en

⁴ Friedrich Lachmayer, *Die Relativierung des Stufenbau-Modells durch das EG-Recht*, en Peter Bussjäger-Christoph Kleiser (ed.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Braumüller, Viena 2001, p. 58.

⁵ Marlene J. Mayo (ed.), *The Emergence of Imperial Japan. Self Defence or Calculated Aggression?*, Heath, Lexington (Mass.) 1970, XVI-105 pp.

1994 Miguel Reale se ocupó de los “nuevos paradigmas” a propósito de la interpretación y analizó la naturaleza, la génesis, los tipos y la dialéctica de los modelos jurídicos⁶. Casi en cada página de esta conferencia se haría necesario remitirnos a esta obra suya; pero tendremos que contentarnos con esta referencia inicial y pasar a ocuparnos de teorías, modelos, o doctrinas de los juristas de hoy.

Acerca de estas doctrinas quisiera proponer dos preguntas:

- ¿las teorías sistemáticas son meras abstracciones, o han producido también resultados prácticos?

- y, ¿siguen siendo capaces de explicar el derecho en el mundo actual, donde el Estado nacional (reino de la pirámide) va siendo sustituido progresivamente por entidades supranacionales, cuyas estructuras jurídico-institucionales aún están en formación?

Para intentar dar una respuesta, voy a afrontar tres cuestiones. En *primer* término examinaremos el más avanzado modelo piramidal del derecho -el de la teoría pura del derecho, la *Reine Rechtslehre*- en el contexto de la sociedad industrial para constatar que esta teoría influyó sobre la realidad de su tiempo. Y esa influencia contribuyó a la creación de la justicia constitucional y a una visión democrática y pacifista del derecho internacional en una época en que Europa estaba dominada por gobiernos totalitarios y militaristas. En *segundo* lugar, las estructuras supranacionales de posguerra conducen a superar el modelo piramidal característico del derecho del Estado nacional, pero aún no han encontrado una organización propia adecuada. Esta segunda parte trata de responder a la pregunta de si el derecho de la Unión Europea está convirtiéndose en (o acaso ya es) un sistema jurídico autónomo respecto del derecho nacional y el internacional; esto es, trata de prever si una nueva pirámide jurídica está siendo añadida a las dos tradicionales del derecho nacional e internacional. En *tercer* lugar examinaremos, aunque con brevedad, un modelo que se adapta mejor a la actual realidad jurídica, que es más compleja que la tradicional: un modelo ya no piramidal y jerárquico sino reticular y pluridimensional. La conclusión no será la respuesta a los interrogantes iniciales, sino que, a su vez, planteará una nueva pregunta: ¿el modelo reticular está sustituyendo al modelo sistemático? En otras palabras: ¿está la metáfora de la red sustituyendo a la de la pirámide en el pensamiento y en la práctica jurídica?

El derecho y la ciencia jurídica que hemos heredado de siglos anteriores se ven sacudidos por el torbellino de las innovaciones tecnológicas de la sociedad globalizada de hoy. El derecho consigue hasta cierto punto regu-

⁶ Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma ermenéutico*, Saraiva, São Paulo 1994, 124 pp.

lar esta nueva realidad; y, por otra parte, experimenta con incertidumbre caminos nuevos, constelados de conflictos sociales e internacionales que con frecuencia escapan a su control. La ciencia del derecho idea nuevos paradigmas para explicar las nuevas instituciones emergentes y armonizarlas con las instituciones tradicionales; y, a la vez, debe decidir qué explicación del pasado ha quedado irremisiblemente superada por la evolución social. Tanto el derecho como la ciencia del derecho deben ejercitar el difícil arte de distinguir lo que se puede cambiar de lo que no se puede cambiar. Y a menudo se equivocan. Hoy día el derecho es cualquier cosa menos *soft*; no es “blando” [*mite*], tal como lo describe Gustavo Zagrebelski: temo, incluso, que va a seguir haciéndose más duro cada vez. Hoy el “flexible droit” del maestro Carbone a menudo se aproxima al punto de ruptura. Como la sociedad actual, así también el derecho se ve agitado con fuerza por el doble torbellino de lo innovador y lo conservador: por eso hablo de un “derecho turbulento”, que se mueve, se agita y cambia con rapidez como la sociedad que lo circunda, pero a menudo con retraso respecto a esta.

I. El modelo piramidal de derecho y la sociedad industrial

2. De la pirámide social a la pirámide del derecho: el ordenamiento jurídico como estructura jerárquica.

En la simbología social, la pirámide expresa la jerarquía del poder: por eso también el derecho, como osatura de la sociedad, tiende a modelarse según esta misma simbología. Ese modo de organizarse en pirámide se ve favorecido por la larga tradición de las fuentes del derecho: en una sociedad moderna no todas las normas se sitúan en el mismo plano, sino que algunas prevalecen sobre otras, conforme a esquemas cuya complejidad se adecua a la complejidad de la sociedad particular regulada por cada ordenamiento jurídico. En una sociedad compleja como la actual sociedad industrializada, el derecho ha ido elaborando una serie de reglas a fin de evitar conflictos de normas en el espacio y en el tiempo. Esas reglas empíricas, útiles para la gestión práctica del derecho, nacen a impulsos de exigencias del momento y por tanto no están necesariamente coordinadas entre sí. El “Boletín oficial” es tan heterogéneo como cualquier boletín de otro tipo. Así que los teóricos del derecho, por exigencias de claridad didáctica y de organización mental, intentan de tiempo en tiempo reordenar las normas que se van acumulando: esto es, intentan organizar el derecho en un sistema.

A mi juicio, el fruto más maduro de estas construcciones sistemáticas del derecho es la teoría pura del derecho: ciertamente, la más completa formulación sistemática del derecho en lenguaje natural. Se puede ir más lejos en la construcción sistemática, pero recurriendo a lenguajes formalizados. Se puede decir más sobre la realidad jurídica, pero renunciando a la unidad ri-

gurosa de la teoría. Un reciente análisis del derecho comunitario pasa revista a varias teorías jurídicas y opta por un “pragmatismo jurídico” cercano a los institucionalistas (un pragmatismo tal vez más próximo a Krawietz que a Weinberger y MacCormik), pues sostiene que este resulta más idóneo que el normativismo kelseniano para describir una realidad aún en devenir, como la del derecho comunitario. Con todo, el autor no puede sino admitir: “La teoría pura del derecho, con su estructura en gradas, ofrece un convincente modelo estructural de la jerarquización de las normas jurídicas, que ha sido incorporado por casi todas las demás teorías del derecho”⁷

Bajo la influencia de la teoría pura del derecho, para los juristas actuales la pirámide (y, precisamente, la pirámide del ordenamiento jurídico) se ha convertido en el símbolo mismo del derecho. Ella representa a la perfección ese sistema que intentan construir los juristas desde hace siglos, y que no consiguen nunca completar hasta el fondo⁸. El sistema debe ser coherente: y la pirámide contiene *sólo* lo que está comprendido entre la base y el vértice. El sistema debe ser completo: y la pirámide delimita sin lagunas *todo* cuanto está comprendido entre la base y el vértice. El sistema debe concatenar cada elemento de los que lo integran hasta el principio supremo: y la pirámide tiene en su vértice el punto hacia el cual confluyen ordenadamente todos los elementos inferiores.

El valor de la teoría pura del derecho reside en el extremado rigor con que organizó el material jurídico empírico en un sistema piramidal de tipo puramente formal. Con Hans Kelsen la estructura piramidal o jerárquica del derecho pasó a formar parte de las nociones comunes del jurista, siendo así

⁷ Werner Schroeder, *Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga 2002, p. 94. Esta importante obra propone construir en sistema el derecho comunitario empleando el concepto kelseniano de Grundnorm (véase el capítulo 2: *Die Grundnorm des Gemeinschaftsrechts und die Reine Rechtslehre*, pp. 205-255), y perfeccionando luego la construcción con las aportaciones de otras teorías. Cfr. también Wolf-Dietrich Grussmann, *Grundnorm und Supranationalität-Rechtssysteme Sichtweisen der europäischen Integration*, en Thomas von Danwitz et al. (ed.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Boorberg, Stuttgart 1993, pp. 47 y ss.

⁸ Para la noción general de sistema en el Derecho remito a mi trilogía: *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, Milán 2002; vol. 1: *Dalle origini alla Scuola storica*, XXIX-373 pp.; vol. 2: *Il Novecento*, XVIII-311 pp.; vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, 2002, XVIII-371 pp.

En su “Stufenbau” Kelsen perfeccionó y radicalizó la concepción de Adolf Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, ahora en Hans Klecatsky-René Marci-Herbert Schambeck, *Die Wiener rechtstheoretische Schule-Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross*, Europa Verlag, Viena 1968, vol. 2, pp. 1311 y ss.

Sobre los orígenes de la estructura jerárquica y para una crítica de esta v. Werner Krawietz, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts-Eine säkularisierte politische Theologie?*, en Werner Krawietz-Helmut Schelsky (ed.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Duncker & Humblot, Berlín 1984, pp. 255 y ss.

que el término alemán *Stufenbau* se repite una y otra vez también en los textos no alemanes sobre filosofía del derecho. Según señala un jurista griego el *Stufenbau* ya es un hábito mental: “Lawyers in Europe and elsewhere describe the legal order as a hierarchically arranged order of rules”⁹.

En torno a este núcleo se han construido posteriormente teorías incluso bastante diferentes, pero en cualquier caso la concepción piramidal del derecho es un punto de referencia común que la mayoría de los juristas europeos continentales da por tácitamente presupuesto.

El modelo piramidal (una de las formas posibles del “sistema”) satisface dos funciones: una de orden práctico, consistente en facilitar la comprensión del derecho, y otra de orden psicológico, consistente en transmitir la convicción de que este está ordenado y completo. Las normas procedimentales que permiten eliminar las contradicciones entre los distintos niveles tienen la función de mantener ordenado y completo el ordenamiento jurídico. Si hay contradicción entre una sentencia y una ley, está previsto un juicio de apelación; si hay contradicción entre una ley y la constitución, existe un tribunal constitucional: asunto, este último, sobre el cual volveremos enseguida. Baste subrayar aquí que la estructura jerárquica del ordenamiento tiene capacidad para regular la producción de normas jurídicas y para corregir las normas así producidas, esto es, para autoproducirse y autocorregirse. Es, en definitiva, lo que más tarde Niklas Luhmann llamaría un sistema autopoyético.

Como hipótesis de trabajo, aquí aceptaremos las reglas dictadas por la teoría pura del derecho y plantearemos una pregunta ulterior: ¿qué consecuencias *prácticas* puede tener -y efectivamente ha tenido- esa concepción *teórica* del ordenamiento como estructura piramidal?

3. Una consecuencia práctica del modelo jerárquico: el tribunal constitucional

En los comienzos de su carrera, Kelsen fue también estudioso del derecho positivo, más concretamente del derecho público austríaco. Pero en la base de sus ideas sobre el derecho positivo yacía su teoría sistemática del derecho, la *Reine Rechtslehre*. Como consejero de Karl Renner, presidente de la joven República austríaca nacida al término de la primera Guerra Mundial, en 1920 Kelsen contribuyó a la génesis de la constitución de la Austria republicana y, en particular, a la creación de un moderno tribunal constitucional¹⁰. Dicho tribunal -que sirvió de modelo a muchas instituciones simi-

⁹ Pavlos Eleftheriadis, *Aspects of European Constitutionalism*, “European Law Review”, 1996, p. 35.

¹⁰ Gerald Stourzh, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, en: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Maguncia,

lares en los decenios sucesivos- es un fruto práctico de la concepción teórica de Kelsen. Si el ordenamiento estatal es una pirámide que culmina en la constitución, es preciso impedir que la coherencia de la pirámide normativa se vea puesta en peligro por normas que no respetan los diversos niveles jerárquicos. En particular, si una ley va en contra de la constitución, debe ser eliminada del sistema -es decir, de la pirámide normativa- en armonía con las reglas procedimentales del propio sistema. Y esto es posible únicamente reproduciendo en el nivel de la constitución ese control que, en el nivel inferior, encontramos en las relaciones entre sentencias y leyes: un tribunal supremo anula las sentencias que van en contra de la ley; no de otro modo el tribunal constitucional anula las leyes que son contrarias a la constitución.

Con su actividad de consejero constitucional y, más tarde, de juez constitucional, Kelsen contribuyó de manera esencial a fundamentar sobre el ordenamiento jurídico la joven democracia austríaca, en definitiva a hacer de ella un Estado de Derecho. Pero en Kelsen la necesidad de coherencia era un valor dominante lo mismo en la doctrina que en la vida cotidiana. Cuando consideró que el sistema normativo austríaco había dejado de ser coherente debido al nombramiento de los jueces constitucionales por parte del Gobierno (y ya no por parte del parlamento) y debido al Concordato excesivamente favorable para la Iglesia Católica, no vaciló en abandonar Austria y trasladarse a Alemania: y esto ya en el tempestuoso 1930.

4. Una consecuencia práctica del modelo jerárquico: el derecho internacional

En los tempestuosos años treinta la compleja y violenta realidad internacional puso en crisis el derecho internacional tradicional. Aquí repasaremos brevemente tres visiones del derecho internacional que se apartan de la concepción clásica. En primer lugar, la visión monista de Kelsen; a continuación, un intento de definir un tercer nivel entre el derecho nacional y el internacional; por último, la transformación del derecho internacional en una estructura variable a tenor de cómo varían las relaciones de poder entre Estados.

a) La teoría monista de Kelsen en contraposición al dualismo tradicional.

La concepción clásica plantea el derecho internacional como una pirámide normativa yuxtapuesta a la estatal: es, por tanto, una teoría dualista. En cambio la teoría pura del derecho -partiendo de sus presupuestos filosóficos

Viena 1982, pp. 7-29; Theo Öhlinger, *Der Bundestaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität*, Braumüller, Viena 1976.

neokantianos¹¹- sostiene que todo el ordenamiento jurídico debe culminar en una única norma fundamental. No admite, pues, dos ordenamientos yuxtapuestos, dado que cada uno de ellos tendría que culminar en una norma fundamental diferente ¹².

Por tanto Kelsen reconduce el derecho internacional al interior de la pirámide única que reúne todas las normas jurídicas. Se plantea así el problema de en qué nivel colocar el derecho internacional dentro de la pirámide. Si se lo sitúa por debajo de la constitución, de ahí se sigue que el derecho internacional es válido solo en tanto en cuanto es conforme a la constitución: el derecho del Estado prevalece sobre el internacional. Por el contrario, si se sitúa el derecho internacional por encima de la constitución, de ahí se sigue que en el ordenamiento nacional únicamente es válido aquello que es conforme al derecho internacional: este último prevalece sobre el derecho del Estado.

Esta teoría es muy criticada en el plano teórico. Pese a ello, no debe olvidarse que -en el terreno práctico- desempeñó una función relevante a la hora de exigir que todos los Estados respetasen las normas internacionales: y eso en una época en que formaba parte del *bon ton* político el afirmar que los tratados internacionales eran “papel mojado”; esto es, en una época en que las invasiones de Estados soberanos eran tan normales que el exiliado Kelsen, en 1940, abandonó Ginebra en su ya tercer exilio ante el temor de que incluso la neutral Suiza pudiera ser objeto de una invasión alemana.

Así pues, también la criticada teoría monista del derecho internacional contribuyó a defender la democracia liberal justamente en los años en que esta estaba siendo atacada con mayor virulencia.

Hasta aquí nos hemos mantenido dentro de la pirámide, es decir, la hemos estudiado sin salir de ella. Probemos ahora a mirarla desde fuera. La pirámide está quieta, mientras el mundo cambia. Metáforas aparte, ¿la concepción piramidal del derecho responde aún a las exigencias que plantea el derecho de hoy?

Yo tiendo a formarme una visión histórica, y no absoluta, de las teorías. No pretendo que estas expliquen el Derecho *tout court*, pero sí verifico en

¹¹ Véase, por ejemplo, Hans Herz, *Das Recht im Stufenbau der Seinsschichten. Bemerkungen über das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zu Nikolai Hartmanns Lehre vom Schichtenbau der Welt*, en Rudolf Aladár Métall (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Europaverlag*, Viena 1974, pp. 113-126 (original en “Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts”, 1935, pp. 283-294).

¹² Sobre la teoría de las fuentes del Derecho internacional cfr. el escrito del discípulo y biógrafo de Kelsen: Rudolf Aladár Métall, *Skizzen zu einer Systematik der völkerrechtlichen Quellenlehre*, en Rudolf Aladár Métall (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Europaverlag*, Viena 1974, pp. 231-244 (bibliogr.: p. 231 y s., en nota; original en “Zeitschrift für öffentliches Recht”, 1931, pp. 416- 428).

qué medida han explicado el derecho de su tiempo y en qué medida explican aún el derecho de nuestro tiempo. Práctico, en fin, un realismo modesto y piadosamente ecléctico. Así pues, situándonos fuera de la pirámide, preguntémosnos en qué medida sirvió en el siglo pasado y en qué medida sirve hoy, en los albores del nuevo milenio.

En última síntesis, la teoría doctrina pura del derecho está estrechamente ligada a la noción del Estado nacional moderno y por lo tanto no explica lo que existía antes de este ni lo que está ocurriendo después de él. No explica el derecho preindustrial, aquel derecho arcaico y primitivo en el que no existe un Estado con el poder exclusivo de estatuir las normas jurídicas que regulan la entera sociedad. Donde reina el derecho consuetudinario no hay espacio para el riguroso positivismo legislativo, para el cual solamente es derecho el que está establecido por los órganos estatales.

Pero el riguroso positivismo legislativo no explica ni siquiera ese derecho postindustrial que parece afianzarse en nuestro tiempo: es decir, no explica el pluralismo jurídico¹³. Hoy día, en nuestras sociedades multiculturales se tiende a admitir la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos normativos: por ejemplo, en la Italia católica los tribunales no pueden intervenir contra la poligamia islámica si esta está regularmente reconocida en los estados de origen. En algunos casos, del pluralismo jurídico nace directamente un *pluralismo judicial*. En Colombia, más de una vez el tribunal constitucional ha reconocido como válida la condena de un indio dictada por un tribunal tribal según sus propias reglas consuetudinarias y ha evitado que la misma persona fuera juzgada por ese mismo delito por un tribunal estatal según el código en vigor. El riguroso positivismo legislativo jamás aceptaría esta aplicación del civilísimo principio *ne bis in idem*.

Y sin embargo, en nuestra sociedad postindustrial perviven estructuras sociales heredadas de la sociedad industrial; por eso en el derecho de la sociedad postindustrial siguen siendo válidas algunas explicaciones iuspositivistas que fueron ideadas para el derecho de la sociedad industrial: de tal modo, la concepción piramidal del derecho aún puede explicar la jerarquía interna del ordenamiento estatal, así como la del ordenamiento comunitario europeo. En cambio, tiene dificultad para explicar la coexistencia de los tres ordenamientos característicos de nuestros días: los ordenamientos nacionales, supranacionales e internacionales. En esa única pirámide normativa la ubicación del derecho comunitario crearía no pocas dificultades. De ahí que

¹³ El pluralismo jurídico no es un fenómeno nuevo: por ceñirnos al ámbito europeo, baste pensar en los ejemplos medievales de coexistencia del derecho romano con los derechos germánicos, o bien en la coexistencia, en los estados alemanes preunitarios, del derecho local con el *usus modernus Pandectarum*.

la doctrina internacionalista haya preferido el dualismo tradicional al monismo kelseniano; pero cuanto más se afianzan las estructuras supranacionales, tanto más se advierte la exigencia de yuxtaponer una tercera pirámide normativa a las dos ya existentes.

b) Una teoría “trilateralista” actualmente olvidada.

Para subrayar cómo el problema del “tercer nivel” se plantea siempre que cobran fuerza organismos supranacionales puede ser de utilidad recordar un antecedente histórico de las teorías sobre un nivel intermedio entre el derecho nacional y el internacional. Data del año 1939.

En el período de entreguerras las anexiones territoriales habían dado lugar a superposiciones temporales de ordenamientos jurídicos. En el ámbito del derecho privado, el que el derecho del territorio anexionado conservara una validez (aunque fuera transitoria) en el estado incorporante era visto (en general) como un problema de derecho interno. Algunos internacionalistas, en cambio, -entre ellos el italiano Antonio Scrimali, oscuro autor de una teoría que no tuvo fortuna- se inclinaban a ver en ello un tercer nivel jurídico, llamado “interregional”¹⁴. Esta nueva categoría suscitó acerbas críticas por parte de la mayoría de los internacionalistas, que entendían que las materias “interregionales” en realidad eran o bien derecho interno (si se excluía una injerencia internacional) o bien derecho internacional (si, por el contrario, se admitía una injerencia internacional).

En general, se lamenta Scrimali, el derecho “interregional” no ha sido estudiado individualmente al estar (especialmente en caso de anexión) “assimilé au problème des conflits interprovinciaux de lois”¹⁵. Él, en cambio, sí tomaba en consideración los conflictos intercantonales, federales, coloniales que podían manifestarse en un “État plurilégislatif”¹⁶.

Según Scrimali, el admitir un tercer nivel de derecho “interregional” podría contribuir a atenuar las tensiones y los conflictos de ordenamientos que se estaban manifestando desde el fin de la Primera Guerra Mundial. Por ejemplo, en junio de 1938 el gobierno checo declaró que la cuestión de los

¹⁴ Antoine Scrimali, *Sur l'existence d'un troisième droit intermédiaire entre le droit interne et le droit international*, “Revue de droit international et de législation comparée”, XX, 1939, pp. 339-410; recensión muy crítica en “Zeitschrift für öffentliches Recht”, XXI, 1941, pp. 138 y s. Cfr. también Antonio Scrimali, *Les conflits interrégionaux des lois dans le droit international*, Ciuni, Palermo 1935, 398 pp.

¹⁵ Scrimali, *Sur l'existence d'un troisième droit intermédiaire*, cit. p. 355.

¹⁶ Scrimali, *Sur l'existence d'un troisième droit intermédiaire*, cit., p. 352. Los conflictos entre Dominios y Corona en Gran Bretaña y los conflictos entre estados en los USA son considerados por el autor como de naturaleza internacional y por ello la doctrina de esos países ignora el derecho interregional.

Sudetes era derecho interno, mientras que el alemán sostenía que era internacional. El Tratado de Saint Germain de 1919 (en los artículos 10 al 13), instituyó la región autónoma de Rutenia dentro de la ex-Checoslovaquia: los privatistas lo consideraban un acto de derecho internacional; los internacionalistas, un acto de derecho interno¹⁷. Por último, Scrimali trae a colación el caso de la guerra civil española: en los inicios de una guerra civil se usa el derecho interregional, pero cuando “esta se transforma en una verdadera guerra” se aplica el derecho internacional, porque nos encontramos “en présence de deux nouveaux sujets de droit international”¹⁸. Así, la guerra civil española era un conflicto internacional para los estados que habían reconocido al gobierno de Burgos, en tanto que no lo era para quienes en el general Francisco Franco no veían más que a un rebelde.

En conclusión, la clásica concepción “dualista” distingue frecuentes contactos y conflictos entre el derecho nacional y el internacional. A dicha concepción contraponen Scrimali su teoría “trialista”, que distingue escasísimos puntos de contacto (y de contradicción, en consecuencia) entre los tres órdenes, precisamente porque los conflictos entre los dos ordenamientos extremos quedan absorbidos por el ordenamiento intermedio, es decir, por el derecho “interregional”.

Pero el punto débil de esta definición es la fuente del derecho “interregional”: “le droit interrégional, -escribe Scrimali,- puise son origine dans la volonté d’un pouvoir souverain, il exerce son influence sur le territoire de l’État”. Ahora bien, en el momento en que se escribía aquel artículo, en 1939, no existía un poder “interregional” legitimado para producir un derecho “interregional”: de ahí las fundadas críticas a esta teoría “trialista”.

Las críticas son fundadas pero, por escaso que sea, Scrimali no dejó de tener cierto mérito: intuyó que el derecho internacional se estaba transformando, aunque no alcanzó a definir la naturaleza de esa transformación: se quedó apocadamente aferrado al pasado inmediato; le faltó la agresiva osadía con que Schmitt se lanzó a acometer el futuro.

Schmitt es trágico. Scrimali es modesto. Leyéndolo, he vuelto a ver la escena final de una película de culto juvenil: a un grupo de muchachos, tras una noche llena de contratiempos, se le ocurre la poética idea de ir a la playa a contemplar el nacimiento del sol sobre el mar. Así que se sientan en la arena y esperan, pero... ¡qué lástima!: el sol salía por el lado opuesto. Algo así le sucedió a la teoría trialista de Scrimali.

¹⁷ Scrimali, *Sur l’existence d’un troisième droit intermédiaire*, cit., p. 437. El autor se había ocupado del tema en: Antonio Scrimali, *La Ruthénie subcarpatique et l’État tchécoslovaque*, Technique du Livre, París 1939, 96 pp.

¹⁸ Scrimali, *Sur l’existence d’un troisième droit intermédiaire*, cit., p. 406.

La intuición del nivel intermedio de Scrimali es de 1939. En aquel mismo año fue propuesta una nueva concepción del derecho internacional, que ya no es la monista de Kelsen ni tampoco la dualista clásica ni la pluralista de Scrimali, sino una concepción que podremos llamar “derecho internacional de geometría variable”: el derecho internacional del nacionalsocialismo.

- c) El “ordenamiento de los grandes espacios (*Grossraumordnung*): un derecho internacional de geometría variable para las soberanías limitadas

La concepción del derecho internacional cambió radicalmente bajo el nacionalsocialismo. La geopolítica teorizó para todos los continentes el “*Grossraumordnung*”, el ordenamiento de los “grandes espacios”, con un estado hegemónico a la cabeza de varios estados satélites con soberanía limitada¹⁹. Carl Schmitt propuso en 1939 una nueva visión del derecho internacional que tomara en cuenta los diferentes niveles de soberanía nacional²⁰.

Aunque la exigencia de un nivel intermedio entre el derecho nacional y el internacional se formuló precisamente en los años treinta, por entonces únicamente de un modo marginal se tenía la percepción del problema teórico susceptible de ser resumido en la pregunta siguiente: ¿en qué nivel se sitúa el derecho que se crea dentro de los “grandes espacios”? Aquellos años de entre 1939 y 1945 ciertamente no eran propicios para las reflexiones teóricas. Más que las reglas jurídicas formales, eran las relaciones de poder militar las que dominaban en la conquista de la Europa oriental por parte de Alemania, en el “lugar al sol” de Italia y en la “Greater East-Asia Co-Prospereity Sphere” de Japón.

La propuesta de Carl Schmitt -que tomaba en consideración, y de hecho justificaba, estas relaciones de fuerza- subvertía la visión tradicional de todo

¹⁹ Sobre el tema de los “grandes espacios” remito a mis trabajos siguientes: *La geopolítica nacionalsocialista e il diritto internazionale dei “grandi spazi”*, “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXXV, 2005, n. 1, pp. 5-63; *Diritto e potere: la geopolítica brasiliana negli anni del governo militare (1964-1984)*, Heleno Taveira Tôres (Coordinador), *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha, Manole, Barueri (São Paulo, Brasil) 2005, pp. 64-104; *Um recente livro brasileiro sobre as tensões entre Brasil e Argentina na época das ditaduras européias*, “Política Externa”(São Paulo), XIII, 2005, n. 4, pp. 71-81. Sobre los grandes espacios en Asia Oriental está en prensa mi artículo: *La teoria nazionalsocialista dei “grandi spazi” dall’Europa al Giappone*. Associazione Italiana per gli Studi Giapponesi. Atti del XXVIII Convegno di Studi sul Giappone. Milán, 16-18 settembre 2004 (en prensa).

²⁰ Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht*, Deutscher Verlag, Berlín – Leipzig – Viena 1940, 69 pp. (segunda edición; reimpresión de la 3ª edición: Duncker & Humblot, Berlín 1991, 82 pp.).

el derecho. En Schmitt, la pirámide normativa expresaba unívocamente el concepto de jerarquía y, por tanto, proporcionaba una imagen *vertical* del derecho estatal. En cambio esta imagen ya no reaparece ni en el derecho entre Estados (es decir, en los tratados internacionales) ni en el derecho entre particulares (es decir, en los contratos privados), porque entre sujetos paritarios solo se puede invocar una imagen *horizontal* del derecho. Pero como según la doctrina de los “grandes espacios” los estados ya no eran iguales, no se los podía colocar en el mismo plano: con lo cual el derecho internacional dejaba de ser “horizontal”, paritario. Así, los órganos oficiales del Partido Nacionalsocialista propugnaban una concepción “vertical” (o sea jerárquica) del derecho internacional²¹. Esta concepción nacionalsocialista de los niveles intermedios entre el derecho nacional y el internacional desapareció con el final de la guerra y con la disolución de los “grandes espacios”.

d) La Unión Europea y la herencia de las dictaduras

Pero en la posguerra, con la construcción de las entidades supraestatales europeas a partir de 1950, se volvió a proponer el problema del tercer nivel. Esta nueva toma de interés fue causa de malentendidos que han llevado a confundir las raíces del actual europeísmo con los principios del supranacionalismo totalitario.

De la idea de los “grandes espacios”, es decir de las unidades supra-nacionales bajo la guía de un estado hegemónico, nació también en el nacionalsocialismo una visión de la unificación europea que a la postre en la terminología -no así en la esencia política- todavía hoy evoca paralelismos extraordinarios con la construcción de la Unión Europea; pero que inducen a confusión.

El silencio que desde la posguerra cayó sobre las doctrinas de las dictaduras ha hecho olvidar que existían *dos* teorías de la unificación europea: una concepción imperialista y militarista de la unificación europea, entonces triunfante; y una visión federalista y pacifista de esa misma unión, catacumbal por entonces. Hoy las tornas se han cambiado, pero el haber perdido de vista esas dos fuentes bien distintas del pensamiento europeo puede llevar a

²¹ Ernst Hermann Bockhoff, *Die kontinentale Wohlstandssphäre als Rechtsbegriff. Vom horizontale Weltrecht zum vertikalen Völkerrecht*, “Nationalsozialistische Monatshefte” (ed. de Alfred Rosenberg; “Zentrale politische und kulturelle Zeitschrift der NSDAP”) XIII, 1943, n. 152-153, pp. 773-786. Por ejemplo: “Der Lebensraum: Carl Schmitt enunció por primera vez este concepto en una conferencia de 1938 e ilustró y demostró su importancia para el futuro desarrollo del derecho internacional”. Este “terminus technicus” en el derecho internacional es un “schöpferischer Sprung” (p. 776); con este concepto “el pensamiento del derecho internacional ha pasado de lo horizontal, del universalismo, a lo vertical, al nacionalismo orgánico” (p. 777).

afirmar que la Unión Europea actual nace de una “fuente envenenada”, como asegura John Laughland cuando trata de ilustrar “los orígenes antidemocráticos de la idea de Europa” identificándolos con el pensamiento nacionalsocialista²² El autor inglés está fascinado por las “striking similarities between Nazi thought and the Pro-Europeanism of our own days”²³. No podemos demostrarnos aquí a propósito de este libro de elegante y documentada parcialidad: en realidad, la verdadera “fuente contaminada” está en el propio Laughland, y es su lúcida y maníaca aversión a la política alemana de cualquier tiempo la que lo lleva a mirar la actual Unión Europea como la realización del sueño hegemónico de la Alemania primero imperial y después totalitaria.

Espero que la referencia que antecede acerca del origen de la teoría de los “grandes espacios” contribuya a evitar esa peligrosa (y a menudo interesada) confusión sobre los orígenes de la unidad europea.

Hoy nos hallamos lejos de aquel modelo totalitario. Pero es cierto que el fundamento jurídico de la actual Unión Europea es cosa diferente del derecho internacional. Se hacen esfuerzos por definir su modelo en términos jurídico-formales pero, al mismo tiempo, se constata, por un lado, que el Estado nacional va delegando competencias cada vez más importantes en una entidad bajo muchos aspectos aún indefinida y, por otro lado, que el ente supranacional ejerce cada vez más poderes directamente en el ámbito del Estado nacional (también a través de la jurisdicción supranacional). La Unión Europea no es el estado-guía de los “grandes espacios”, sino un poder extraño y superior al Estado nacional, hasta el punto de que un jurista austríaco escribe: “En una cierta contraposición con el derecho internacional, va tomando forma un ‘derecho hegemónico’ (*Hegemonialrecht*). En él encuentra expresión la fuerza normativa de la realidad”²⁴. “Hegemonial”

²² John Laughland, *The Tainted Source. The Undemocratic Origins of the European Idea*, Warner, Londres 1998, 402 pp.: en realidad, una de las ideas de Europa era anti-democrática, y es a esta a la que Laughland dedica su libro. Las dos corrientes –la imperialista y belicista y la federalista y pacifista– están descritas en mi introducción *Una “rivoluzione federale europea” alla fine della Seconda guerra mondiale* (en particular en el parágrafo *La dottrina dei grandi spazi come eredità delle dittature*, pp. 24-26), en Umberto Campagnolo, *Verso una costituzione federale per l’Europa. Una proposta inedita del 1943*. A cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán 2003, pp. 1-80. Cfr. también Horst Dreier, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, “Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, n. 60, De Gruyter, Berlín 2001, p. 64 y s. Un extenso análisis de las posibles relaciones entre la ideología de los grandes espacios y la actual Unión Europea es el artículo de Alexander Proelß, *Nationalsozialistische Baupläne für das europäische Haus? John Laughland’s “The Tainted Source” vor dem Hintergrund der Großraumtheorie Carl Schmitts*, “Forum Historiae Iuris”, 2003: <<http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/zitat/0305proelss.htm>>.

²³ Laughland, *The Tainted Source*, cit., p. 26.

²⁴ Friedrich Lachmayer, *Die Relativierung des Stufenbau-Modells durch das EG-Recht*, en Peter Bußjäger–Christoph Kleiser (ed.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Braumüller, Viena

es un término desagradable, pero apropiado, para expresar ese “déficit de democracia” que se encuentra en la actual construcción europea y que promueve suspicacias e incomprensiones. En los estados centroeuropeos, que hace poco que se han visto libres de las ataduras de la soberanía limitada, los enemigos de la entrada en la Unión Europea repiten: “No queremos que la Unión Europea acabe siendo nuestra nueva Unión Soviética”

Efectivamente la Unión Europea necesita la certeza, la claridad y la transparencia que ya existen en los ordenamientos de sus estados miembros. Pero está hecha a fuerza de compromisos políticos, de presiones externas, de paradas y puestas en marcha que no han favorecido la claridad en su diseño institucional. Como el don Juan de Max Frisch, su estructura normativa “tiene nostalgia de la geometría”: en particular, tiene nostalgia de la pirámide normativa.

No han faltado propuestas en este sentido, que no podemos pararnos a examinar ahora.

II. La pirámide desmoronada

5. El modelo del derecho supraestatal comunitario europeo: ¿dónde está el vértice de la pirámide normativa?

Por quedarnos en el ámbito de los modelos jurídicos, la situación actual ha puesto en discusión la idea de estructura piramidal, pero no la ha superado. Efectivamente, esa estructura la volvemos a encontrar a nivel infraestatal, estatal y supraestatal. Las dificultades nacen de la coordinación presente y futura de estos tres niveles entre sí.

La concepción kelseniana de la estructura jerárquica del derecho fue pensada para el Estado nacional del siglo XIX y de la primera mitad del XX. De entonces acá, en todos los continentes se han consolidado formas más o menos estrechas de colaboración supranacional. Al igual que ocurrió en los años treinta, se plantea el problema de la coordinación entre estos nuevos ordenamientos supranacionales y los tradicionales ordenamientos nacionales e internacionales. Los Estados miembros generalmente reconocen la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario respecto del derecho interno (pero no siempre respecto del derecho internacional). No obstante, esta autonomía no significa validez inmediata: el derecho comunitario es aplicable solamente si ha sido incorporado por el derecho interno del Estado miembro.

2001, p. 73. Como mínimo en la terminología, este “derecho hegemónico” presenta resonancias del derecho de los totalitarismos europeos: quede señalado este paralelismo, ya que no es posible profundizar en él.

En casi medio siglo, la cooperación europea ha ido extendiéndose tanto en sentido horizontal, al pasar de los seis Estados fundadores a los actuales veinticinco, como en sentido vertical, al multiplicarse las estructuras comunitarias, sus competencias y sus actos normativos. Se ha llegado así, por un lado, a las críticas contra el exceso y el desorden de la normativa comunitaria y, por otro lado, a colisiones con los ordenamientos nacionales: a este propósito son clásicas las disputas que han suscitado las normas comunitarias acerca del mercado de las bananas y de la publicidad del tabaco.

La extensión vertical y horizontal de la Unión Europea impone una nueva reflexión acerca de su derecho. Podemos indicar aquí (sin posibilidad de desarrollarlos) dos problemas fundamentales de índole teórica pero que tienen importantes consecuencias prácticas. *En primer lugar*, hay que preguntarse si la masa de las normas comunitarias puede ser organizada en un sistema, es decir, si puede ser ordenada conforme a una estructura piramidal que, de alguna manera, sea semejante a la del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros. Si se responde afirmativamente, el sistema jurídico comunitario adquirirá una transparencia y una certeza que hoy por hoy a menudo le faltan. *En segundo lugar*, independientemente de la respuesta que demos a esta primera pregunta, hay que interrogarse sobre si el ordenamiento comunitario en su totalidad es autónomo respecto a los ordenamientos nacionales y supranacionales. Si se responde afirmativamente, todo el actual sistema normativo estará organizada según un esquema tripolar, con importantes consecuencias organizativas a nivel nacional, comunitario e internacional.

6. *El derecho infraestatal del regionalismo: ¿dónde está la base de la pirámide normativa?*

Se ha visto que el derecho comunitario está considerado por los tribunales de los Estados miembros como un derecho supraordenado al nacional, pero eficaz solamente después de que haya sido incorporado en una norma nacional. Pero tal incorporación también produce efectos sobre los ordenamientos jurídicos infraestatales, que van cobrando una importancia cada vez mayor²⁵. Las legislaciones de los Länder alemanes o austríacos deben adecuarse a su vez a la ley nacional que incorpora la comunitaria.²⁶ Esta adecuación se inscribe en una praxis ahora ya tan consolidada que no valdría

²⁵ En referencia también al Mercosur, cfr. Tullio Vigevani *et al.* (coord.), *A dimensão sub-nacional e as relações internacionais*, Educ, São Paulo 2004, 462 pp..

²⁶ Para Austria véase, por ejemplo, Peter Pernthaler (ed.) *Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder*, Braumüller, Viena 1999, VII-141 pp., además de "Schriftenreihe des Institut für Föderalismus" (un centenar de volúmenes sobre el federalismo austríaco interno y externo).

la pena hablar de ella si no fuera porque la reforma federalista que está en curso en Italia suscita más de un problema también a este propósito.

Pasar de un estado centralizado de tipo napoleónico a un estado federal es algo desacostumbrado, porque en general la federación nace de varios estados independientes que se unen, y no de un estado unitario que se divide. En este último caso se está más próximo a la secesión que al federalismo. En realidad, el debate político italiano no ha definido con claridad hacia qué federalismo se está yendo, es decir, si lo que se quiere es dar más autonomía a las regiones ya existentes o crear Länder menos autónomos que los alemanes. En medio de estas nieblas institucionales se ha propuesto una reforma del Senado que incide sobre las competencias legislativas y, por lo tanto, puede tener repercusiones también sobre la incorporación de las normas comunitarias.

Italia heredó de la monarquía un sistema bicameral y lo conservó en la constitución republicana de 1948, si bien en una república la Cámara de los Lores viene a ser un duplicado de la Cámara de los Diputados. Con la reforma federal, se podría encomendar al Senado la representación de las regiones, como en el Bundesrat alemán o en el Senado estadounidense. Pero en lugar de eso se proyecta instituir un Senado regional sin representación territorial. En lugar de eso, se proponen largas listas de materias, que dan lugar a un triple sistema de fuentes legislativas: leyes solo regionales (que tienen por objeto las materias en absoluto secundarias transferidas del Estado a las regiones con la así llamada “devolution”: sanidad, educación y policía local); leyes de competencia exclusiva del Senado; y leyes de competencia conjunta de la Cámara de los Diputados y del Senado. Esta intrincada estructura trae a la mente aquella Austria-Hungría en la que existían tres tipos de competencias: imperial, real-imperial, y real e imperial (kaiserlich, königlich-kaiserlich, königlich und kaiserlich, es decir k., k.k., k.u.k.: la “Kakania” de Robert Musil).

La metáfora de la pirámide se revela poco apropiada para describir la propuesta de reforma italiana: “Es como tener un estanque lleno de anguilas”, comentaba espantado un conocido politólogo²⁷.

Es probable que esta inquietante propuesta acabe por desaparecer, como muchas otras que la han precedido. En todo caso, representa un ejemplo de los conflictos de competencia legislativa que podrían darse en el nivel estatal e infraestatal, y que podrían afectar también a la incorporación de la normativa comunitaria.

²⁷ Giovanni Sartori, *Il cattivo costituente*, “Corriere della sera”, 21 septiembre 2004, p. 1.

7. Derecho común y lenguas diversas: de la pirámide a la Torre de Babel

Para construir un sistema normativo se necesita, en primer lugar, comprender el significado de las normas que se van a organizar: este criterio sistemático es tan evidente que siempre se omite el enunciarlo. Sin embargo, es necesario recordarlo expresamente cuando se opera sobre la legislación comunitaria, donde todas las lenguas nacionales son lenguas oficiales, y donde las traducciones hacen fe lo mismo que el original. Puede ocurrir que un documento diga una cosa distinta de lo que dice su traducción, y que ambas hagan fe por igual.

Un ejemplo que se refiere a la distinción entre sistema y ordenamiento ayuda a comprender las insidias del plurilingüismo comunitario. En la decisión Costa/Enel, el Tribunal de Justicia afirma en la versión inglesa que “the EEC Treaty has created its own legal *system*”, el cual ha pasado a ser “an integral part of the legal *system* of the member States”; en la versión francesa, que “le traité de la C.E.E. a institué un *ordre* juridique propre, intégré au *système* juridique des États membres”; en la versión alemana, que “der EWG-Vertrag eine eigene *Rechtsordnung* geschaffen” [hat], die “in die *Rechtsordnungen* der Mitgliedstaaten aufgenommen worden” [ist]. Tenemos aquí todas las combinaciones posibles de “ordenamiento jurídico” y “sistema jurídico” como si fueran sinónimos; sin embargo, hemos visto que no lo son.

Entre las normas comunitarias que habrá que modificar tras la entrada de los diez nuevos Estados miembros en 2004 figura, sin duda, la “Verordnung Nr. 1 des rates zur Regelung der Sprachfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft”. Con base en ella, las lenguas de los estados miembros son lenguas tanto oficiales como de trabajo. Todo ciudadano de la Unión puede escribir a los órganos comunitarios en una de las lenguas oficiales (“a elección del remitente”, art. 2) y el órgano comunitario está obligado a responder en la lengua en que se le ha dirigido la solicitud. Si, a la inversa, es el órgano comunitario el que entabla contacto con el ciudadano, deberá usar la lengua oficial del Estado al que pertenece este último; si las lenguas oficiales son más de una, se usará la lengua oficialmente indicada por el propio Estado. Y en fin, “Las ordenanzas y los demás actos que tengan validez general se redactarán en las once lenguas oficiales” (art.4), y por tanto el “Diario Oficial de la Unión Europea” se publica en once lenguas diferentes (art.5).

En pocas palabras, a la avalancha normativa se le ha sumado la avalancha lingüística, que actúa como multiplicador de documentos para los actos oficiales de la Unión Europea. El tratado de la CECA de 1951 estaba redactado y hacía fe solamente en francés. Hoy, con la entrada de los diez nuevos miembros, las lenguas oficiales son más de veinte (y a ellas se añade

el gaélico que, tras la renuncia voluntaria de Irlanda en el momento de la adhesión, ahora está encontrando una aplicación parcial).

Cada uno de los organismos comunitarios tiene un reglamento lingüístico propio y el plurilingüismo acompaña el proceso legislativo primario y secundario, la actividad del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia, y la preparación de los documentos internos y externos, además de los contactos con otros órganos comunitarios, con los Estados miembros y con los ciudadanos.

Para hacer frente a las exigencias del creciente plurilingüismo se ha puesto en pie un gigantesco aparato de traducción e interpretación, que por un lado debe respetar el principio de la paridad de las lenguas de todos los Estados miembros y, por otro, debe evitar las divergencias lingüísticas entre los textos traducidos a las diversas lenguas²⁸. Una vez que esos textos ya se han publicado en varias lenguas, surge el problema de su interpretación, obstaculizada no pocas veces por divergencias de traducción análogas a las que presentábamos como ejemplo al inicio de este párrafo. Por eso no es de extrañar que “Babel” y “Babilonia” sean metáforas recurrentes en los textos que tratan sobre los problemas lingüísticos de la Unión Europea.

Ninguna organización en el mundo opera con tal pluralidad de lenguas, de traductores y de intérpretes. Esta peculiaridad del derecho comunitario añade un ulterior elemento de opacidad a la masa poco organizada de normas comunitarias que convendría organizar de forma sistemática.

III. El modelo reticular del derecho y la sociedad globalizada

8. Complementariedad de los modelos piramidal y reticular

Reduciendo la complejidad del mundo jurídico a unos cuantos arquetipos, podemos afirmar que el derecho del siglo XIX y de la primera mitad del XX es el derecho de las grandes codificaciones, mientras que el de la segunda mitad del siglo XX es el derecho de las organizaciones supranacionales. En la época de los totalitarismos, el mundo jurídico iniciado en

²⁸ Cerca de 460 intérpretes garantizan las traducciones orales en un millar de sedes al año, mientras 3000 traductores producen cerca de 1,5 millones de páginas al año. Ya en 1982 el 60% de los gastos administrativos del Parlamento Europeo se debía a los costes de interpretación y traducción. Estos costes constituían el 2% del balance comunitario entero. Puesto que por cada nueva lengua es necesario proveer 200 personas los costes se hacen insostenibles. Otro argumento contra la conservación del plurilingüismo actual es la ralentización organizativa provocada por los tiempos para las traducciones. En lugar de favorecer la máxima extensión del plurilingüismo opera, comprensiblemente, un *lobby* de los traductores e intérpretes de la Comunidad Europea. Más información y bibliografía sobre el plurilingüismo en la Unión Europea en mi *Prólogo*, en: Cristina Hermida del Llano, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona 2005, pp.VII-XVI.

el XIX culminó con los códigos italianos: el penal, de 1930, y el civil, de 1942: grandes códigos fascistas que englobaban decenios de cultura prefascista. En cuanto a la Alemania nacionalsocialista, ya se había lanzado hacia las relaciones supranacionales con su nuevo derecho internacional de los “grandes espacios”: no por casualidad se debatió largamente un proyecto de Volksgesetzbuch (compañero del Volkswagen y el Volksempfänger); pero, a diferencia de Italia, al final no llegó a convertir el proyecto en derecho vigente. Esos códigos italianos que estuvieron en vigor, y aquel proyecto alemán que se quedó en proyecto marcan simbólicamente la cesura entre las dos concepciones del derecho, el derecho moderno y el posmoderno.

Pero en las dos mitades contrapuestas del siglo XX, el material jurídico positivo seguía presentando las mismas características de siempre. Lo que cambiaba era el modo de afrontarlo y de organizarlo, ya que el sistema con que poner orden en el derecho está en la cabeza del sistematizador, y no en el derecho mismo. [En aras de la brevedad, doy aquí por resuelta la disputa acerca del sistema externo o interno, que se prolonga -sin resolver- desde Aristóteles hasta Umberto Eco]. Al problema de la pluralidad de las fuentes del derecho -nacional, supranacional, internacional- vienen a sumarse otros elementos de complejidad: los tres niveles mencionados tienden a regular sectores cada vez más vastos de la vida personal e interestatal, al tiempo que las materias reguladas tienden a desbordar cada vez más las fronteras nacionales. En el tercer milenio la informática, las telecomunicaciones, la ecología, las migraciones, las enfermedades se mueven con rapidez excepcional y sin distinguir fronteras nacionales. Para no extendernos, baste recordar, respecto a la informática, la privacidad de los datos personales; para las telecomunicaciones, las grandes redes televisivas o la música distribuida vía Internet; para la ecología, los riesgos atómicos *à la* Chernobil o el agujero en la capa de ozono; para las migraciones, los movimientos de migrantes clandestinos en el Mediterráneo; para las enfermedades, el Síndrome Respiratorio Agudo Severo. Cosas, todas ellas, que ya sucedían en el pasado, pero con modalidades completamente distintas a las de hoy: estas últimas ya no respetan las fronteras de los Estados nacionales.

A la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y a la imposibilidad de encauzar las materias reguladas se une el creciente poder de los jueces. En el derecho nacional, materias como el derecho laboral o el derecho constitucional se han convertido en materias fuertemente jurisprudenciales; a nivel supranacional, los jueces comunitarios influyen directamente sobre los ordenamientos de los Estados miembros; a nivel internacional, nacen órganos jurisdiccionales dotados de poderes cada vez más amplios. El derecho europeo continental se acerca más y más al derecho jurisprudencial, es decir al *Common Law*.

En suma: hoy día el derecho adopta el aspecto de una masa tridimensional en continua e irregular expansión, y en consecuencia el riguroso modelo de la pirámide normativa se está disgregando. En el bien calibrado ordenamiento jerárquico de la pirámide encuentra explicación solamente una parte del derecho actual, pero no todo. Lo que se queda fuera de la pirámide es, con frecuencia, precisamente lo más nuevo. Por eso la transformación profunda del derecho actual obliga a un cambio de paradigma en su estudio. El modelo de la red sustituye al de la pirámide.

Para aprehender intuitivamente el modelo de la red basta someter a examen un texto legislativo cualquiera. Este contiene reenvíos *explícitos* a otras normas del mismo ordenamiento. A su vez la norma a la que se reenvía suele contener nuevos reenvíos, y así sucesivamente. De esta forma, nos movemos en todas direcciones en el interior del ordenamiento a examen, sin ningún orden rígido. Esta red de conexiones se hace aún más compleja si, a los reenvíos explícitos, añadimos los reenvíos *implícitos*, o sea aquellos no expresados por el legislador, pero identificados por los estudiosos. Y es que desde el texto normativo podemos movernos bien hacia las sentencias o bien hacia la constitución o hacia las normas supra- o internacionales.

Este modelo reticular se asemeja al modelo de un hipertexto: no en vano los modelos reticulares (no en el derecho sólo) están fuertemente influidos por la cibernética y la informática. Pero aunque sea empleando los modelos reticulares, en realidad el jurista hace lo que siempre ha hecho, solo que con una técnica nueva. Las normas decimonónicas están llenas de reenvíos explícitos a otras normas, los códigos y los manuales están llenos de notas a pie de página que reenvían a otras notas y a otros textos; y los escolios de los *Basilikà* y las glosas medievales al *Corpus Juris* también son hipertextos sin informática. Igual que Monsieur Jourdain hablaba en prosa sin saberlo, así los juristas han empleado siempre las técnicas hipertextuales sin darles este nombre.

En los últimos decenios han nacido nuevas formas del derecho, a las cuales se han agregado las nuevas tecnologías para conocerlo (bancos de datos) y para aplicarlo (automatización de los procedimientos o, como se dice ahora, el *e-government*): abro esta ventana sobre la informática jurídica no únicamente por su importancia en la transformación del derecho, sino también para recordar que justamente sobre la informática jurídica dicté mis primeras lecciones en 1971 en la Universidad de Milán y, en 1973, en la Universidad de São Paulo e Porto Alegre -¡hace ya más de treinta años! Algunos teóricos, seducidos por la novedad, se han concentrado exclusivamente en ella. Así encontramos hoy gran cantidad de estudios que tratan de explicar este complejo derecho reticular mediante las metáforas más variadas. El alemán Teubner (que ya había elaborado un modelo de derecho

autocatalítico en la estela de las teorías, y de la oscuridad, de Luhmann) contrapone al superado derecho estatal un nuevo derecho espontáneo y heterárquico²⁹. El franco-canadiense Belley sostiene que el riguroso derecho del pasado se está “disolviendo” en las reglas sociales globalizadas y dedica un libro al “derecho soluble” (“droit soluble”), entiéndase soluble en el comportamiento social³⁰. Con esto desaparece el Estado como único centro productor del derecho y la producción de las normativas se hace “policéntrica”: este cambio de época es anunciado por un grupo de finlandeses no como quien enuncia una evolución del derecho, sino como quien lanza un auténtico y verdadero “manifiesto político”³¹.

Otros juristas, en cambio, no olvidan que el viejo derecho -el codificado, bien estructurado, sistemático, piramidal- pervive junto al nuevo derecho posmoderno, reticular, soluble, heterárquico, policéntrico: es el sensato punto de vista de los juristas belgas François Ost y Michel van de Kerchove³². Como queda dicho, en el Estado postindustrial sobrevive una parte del Estado industrial, y por esta razón todavía hoy la metáfora de la pirámide puede describir una parte del ordenamiento jurídico.

Dado que la tradicional jerarquía de las normas continúa existiendo en la teoría de las fuentes, la teoría sistemática y la visión reticular se revelan como complementarias. El simbolismo de la pirámide convive con el de la red, pero cada uno de los dos símbolos expresa un enfoque -distinto e igualmente esencial- sobre el derecho. La pirámide expresa la estructura del derecho; la red expresa la función del derecho. En efecto, la pirámide sigue prevaleciendo hoy en la visión de los juristas del derecho positivo y de quienes cultivan la dogmática jurídica; por su parte la red es el instrumento explicativo que prefieren siempre los sociólogos del derecho. Son dos caminos -tradicional el uno, innovador el otro- para apresar el polimórfico derecho con la limitada mente humana. Este límite es el punto crucial de todo modelo del ordenamiento jurídico.

²⁹ Gunther Teubner, *Un droit spontané dans la société mondiale?*, en Ch.-A. Morand (ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruselas 2001, p. 197 y s.

³⁰ Jean Guy Belley, *Une métaphore chimique pour le droit*, en Jean-Guy Belley (ed.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, París 1996, p. 7 y s.

³¹ L. Eriksson-Ari Hirvonen - P. Minkinen-J. Pöyhönen, *Introduction: a polytical manifesto*, en Ari Hirvonen (ed.), *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, Pluto Press, Londres 1998, p. 1 y ss. Nótese: *polytical*, y no *political*, para recalcar que se pone el acento sobre la multiformidad del derecho.

³² François Ost-Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruselas 2002, 597 pp.

El sistema quisiera estar completo, pero no alcanza nunca a contener la totalidad del ordenamiento jurídico. Por eso, cuando en 1998 dicté en Hannover un curso sobre la noción de sistema, lo titulé *L'elegante esperanza*³³, tomando prestada una sugestiva expresión de Borges. Como la pirámide, también la red quisiera capturar todo el derecho: pero por mucho que se estrechen las mallas, alguna parte del ordenamiento escapa a la captura.

Los afanes del jurista que quiere apresar el derecho con la red de los conceptos son comparables a los de quien se empeña en capturar el viento con una red. Un libro de *emblemata* del siglo XVI contiene la bella imagen de un hombre fornido, miguelangelesco, porfiando con una red llena de cabezas que soplan: el hombre intenta capturar los vientos con una red, “prendre aux res le uentz”³⁴. Este emblema lleva un título que conviene al afán del jurista, porque expresa igualmente lo vano del esfuerzo y el deseo de hacerlo cada vez mejor.

Es un título que se puede aplicar a todo buen jurista y legislador: “Der Weltverbesserer”, el “mejoramundos”.

(Trad. de Luisa Juanatey)

³³ Mario G. Losano, *Die elegante Hoffnung. Systembegriff und Systemdenken in der neueren Rechtsgeschichte. Hannoversche Vorlesung 1997/98*, Quaderni della Sezione di Teoria Generale e Informatica del Diritto, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, n. 10, Cuesp, Milán 1998, 67 pp.

³⁴ Arthur Henkel–Albert Schöne (ed.), *Emblemata. Handbuch zur Sinnbildkunst des XVI. und XVII. Jahrhunderts*, Metzger, Stuttgart–Weimar 1967-1996, col. 1451 (Un hombre quiere apresar los vientos con una red: Weltverbesserer): “Quien quiere eliminar un mal enraizado fracasa en su propósito. Pues el mal se reaviva tan deprisa que nada se consigue cazando de esta manera. Airada y estúpida es la audacia de quien tiene una mente tan necia que pretende atrapar el viento con la red (*prendre aux res le uentz*). De la misma manera que esto es imposible, así se considera imposible querer eliminar un mal antiguo”: de Guillaume de La Perrière (1499-1565), *Le théâtre des bons engins*, 1539. El mismo emblema se considera también un símbolo de la “vanidad de la fama” (“Eitelkeit des Ruhms”, col. 1452): “merces digna labore”, es decir, la merced, la recompensa (el viento) es digna del trabajo (el cual es inútil por tanto). Pero yo no aplicaría este juicio tan lleno de pesimismo a los afanes del jurista.

