

Reflexiones de una jurista en crisis

María Rosario Valpuesta Fernández*

A partir de una visión positiva y constructiva del término *crisis* la autora nos introduce a su reflexión respecto al Derecho y a la función de los juristas como investigadores, operadores jurídicos e intermediadores entre la realidad social y la jurídica.

La autora analiza, además, la importancia de buscar coherencia entre el Derecho estudiado, el explicado, el aplicado, y las necesidades de la sociedad actual. Se realiza una invitación al jurista para que sea un mediador social, con voluntad de incidir en la sociedad; para ello se da cuenta del cambio de visión del Derecho que pasa por un Derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un Derecho de la diversidad, que repara en distintos sujetos y actividades.

Se señalan las razones que alejan al Derecho actual de los postulados tradicionales en los que asientan los juristas, concibiéndolo como un derecho de realidades problematizadas que reclaman una solución de conjunto, dentro de la globalización que da las características especiales a la realidad actual.

FORO

PRESENTACIÓN

El término *crisis* en el *Diccionario de la Real Academia* es definido como mutación importante en el desarrollo de un proceso.¹ Es decir, una inflexión en el devenir de unos hechos que puede provocar su cambio o mutación. No es pues la crisis un estado de confusión; antes al contrario, se identifica con un proceso de redefinición.

Este significado del término crisis refleja muy acertadamente la situación en la que me encuentro como jurista. Una crisis producida más por mi preocupación acerca del papel que en la actualidad deben desempeñar los juristas, que fruto de una cer-

* Catedrática de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, España.

1. Las dos primeras acepciones de la palabra crisis son: cambio brusco en el curso de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya sea para agravarse el paciente; y mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales.

teza de cómo deben ir las cosas en el mundo del Derecho. Una crisis que implica intercesión entre *lo que ha sido* y *lo que deberá ser*. En definitiva, una crisis que me provoca un conjunto de reflexiones acerca de la función de los juristas como intermediadores entre la realidad jurídica y la realidad social a la que la primera se dirige. En concreto, quiero hacer referencia a los juristas investigadores, aquellos que estudian el Derecho, lo interpretan, lo explican, lo definen y perfilan sus técnicas; es decir, a los estudiosos de una pretendida ciencia.

Aunque esta reflexión necesariamente llega más lejos, alcanza también a los juristas como operadores jurídicos, en la medida que en su tarea de aplicadores del Derecho –sean abogados, notarios, registradores...– contribuye a crear la práctica del Derecho que integra la realidad jurídica en una determinada sociedad.

Corresponde tanto a unos como a otros, más allá de buscar soluciones inmediatas a los problemas concretos, dar respuestas, elaborar técnicas, nociones o categorías de las que deben servirse, bien el legislador para la elaboración de las normas jurídicas, bien los juzgadores para la resolución de los conflictos. La tradicional diferenciación entre juristas teóricos y prácticos debe ser superada por un concepto más integral de la función de los profesionales del Derecho, pues los primeros, en su elaboración doctrinal, deben implicarse, por las razones que expondremos, en la búsqueda de las soluciones que demanda la sociedad actual; y los segundos deben ser conscientes que las respuestas actuales requieren de un replanteamiento de los instrumentos jurídicos tradicionales.

En última instancia, la reflexión que se propone alcanza al mismo Derecho positivo y a su capacidad para resolver los problemas que acucian a las sociedades contemporáneas. Un Derecho positivo que necesita más que nunca de las aportaciones de los juristas: que abran ventanas, señalen caminos, fijen criterios por los que se puedan vislumbrar las nuevas soluciones.

Y en este sentido percibo un importante desencuentro entre el Derecho que estudiamos, el Derecho que explicamos, el Derecho que aplicamos y las necesidades de la sociedad actual.

En efecto, hasta ahora hemos creído ser intérpretes de un conjunto normativo que obedece a unos principios claramente identificables, y hemos desarrollado nuestra tarea conforme a una técnica depurada que se nos antoja insuperable por su misma perfección y armonía. Las convulsiones, los cambios, provocados o reclamados por la sociedad, cuando se produjeron, terminaron por admitirse porque el Derecho los asumía, evolucionando desde sí mismo, desplegando soluciones que encajaban o se ajustaban al sistema jurídico. Pero puede ser que en la actualidad nos encontremos ante algo más: ante una avalancha de problemas que reclaman otras soluciones jurídicas en una sociedad en transformación, para los que no tengamos instrumentos jurídicos

adecuados para elaborar las respuestas más acertadas, y de lo que ni siquiera, quizás, seamos conscientes.

La certeza –que acaso nunca se tuvo, pero que se creía tener– de un Derecho que discurría por unos derroteros fijos, exactos, porque no podían ser otros, se tambalea ahora ante una serie de fenómenos que desbordan las previsiones jurídicas. Y, frente a ello, los juristas se limitan a explicar la realidad jurídica tal como la ven, con los mismos criterios, con las mismas técnicas, con los mismos conceptos o dogmas en los que se formaron, renunciando a cualquier intento no ya de transformación sino de adaptación a un mundo que reclama otro tipo de soluciones. Una realidad que todavía es observada desde la parcialidad de nuestros específicos conocimientos, y cuyo estudio diseccionamos conforme a una división académica de las distintas ciencias: la Historia, la Economía, la Sociología, el Derecho... Y en lo que concierne a la ciencia del Derecho, desde las diferentes ramas jurídicas: Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho penal...

Y en este contexto parece que los problemas que acucian a nuestro mundo se escapan por las rendijas del saber jurídico tradicional. Se pierden en un Derecho afincado en una técnica y en unos principios que a fuerza de rigidez han provocado estas grietas, por lo demás perfectamente visibles.

Y es que el jurista, como investigador, como operador jurídico, no puede renunciar al papel que le corresponde de mediador social, con voluntad de incidir en la realidad, ofreciendo los instrumentos más adecuados para la realización de la justicia, conforme a las aspiraciones de la sociedad que le ha tocado vivir. Un papel que ha de ser más relevante en el momento actual, por cuanto se ha acentuado el desencuentro entre una sociedad que evoluciona aceleradamente y un Derecho que parece ir a remolque de los acontecimientos.

Ahora bien, este desencuentro entre el cambio social y el orden jurídico preestablecido, que provoca una sensación de crisis, no puede decirse que sea un fenómeno propio de nuestra contemporaneidad. Antes al contrario, se puede afirmar que la tensión entre la realidad y el Derecho ha sido una constante histórica, como lo refleja la historiografía jurídica. Si nos situamos en el momento de la elaboración de los Códigos decimonónicos, de la identificación de estos textos normativos con el ideario político y social que los impulsó, pudo deducirse una sintonía entre la realidad normativa y la realidad social. Pero ésta, en todo caso, se dio en el *instante revolucionario*, y se desvaneció cuando las fuerzas que lo impulsaron se diluyeron en los acontecimientos posteriores. Por ello, superado dicho momento, surge una permanente tensión entre una realidad que cambia y evoluciona y un Derecho que quiere atrapar esa realidad. En consecuencia, no podemos considerar a la situación actual como única, pero sí, al menos, como una situación *singular* de desencuentro con el Derecho aplicable.

DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD REAL

Una de las razones que nos permite afirmar la singularidad de la situación actual estriba en que los cambios sociales, y las aspiraciones que derivan de dichos cambios, no son ajenas al Derecho. Estos no se nos presentan en la actualidad como resultado de un fenómeno extrajurídico, podríamos afirmar, que reclama su reconocimiento por el Derecho, porque ello ya ocurrió, concretamente con la aprobación de lo que se ha dado en llamar las Constituciones sociales. La singularidad que apreciamos en la situación actual estriba precisamente en el desencuentro entre el Derecho que aplicamos y el que se recoge y se desprende del máximo cuerpo legal: el texto constitucional. Porque este texto constitucional ha plasmado los postulados del Estado social y democrático, forjando un nuevo concepto de ciudadanía, que no de ciudadano, entendida ésta como una construcción política que debe asegurar a todas y a todos los bienes necesarios de la dignidad humana, al mismo tiempo que los convierte en participantes activos de la sociedad a la que pertenecen.

Un cambio que se produjo en la instancia constitucional y que podemos sintetizar en el paso de la igualdad formal a la igualdad real.

Ahora bien, no nos planteamos en este momento cómo el legislador ha recibido ese cambio. Lo que nos preguntamos aquí y ahora es si los juristas como investigadores o como operadores del Derecho han percibido la trascendencia del paso de un modelo constitucional a otro, en las nociones que manejan, en las técnicas que utilizan, en las soluciones que aportan.

Y la pregunta va dirigida más específicamente a los civilistas pues, con independencia de mi condición de estudiosa de esta rama del Derecho, han sido éstos los que han desempeñado un papel nuclear en la construcción de la ciencia del Derecho; y precisamente lo han hecho desde unos postulados constitucionales aquellos que en su momento proclamaron la igualdad formal de todos los hombres. Por ello debemos ser más conscientes del cambio que supone para la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico el paso de esa igualdad formal a la igualdad real o sustancial que proclama nuestra actual Constitución.

En efecto, fueron los códigos civiles los que suministraron el conjunto de herramientas jurídicas que permitió en su momento la consagración normativa de los ideales revolucionarios, entre los que se encontraban la igualdad y la libertad. Valores que terminaron resolviéndose en un conjunto normativo llamado Código y que sintetizó el cambio revolucionario asentado en la verdad formal de que todos los hombres son libres e iguales. Sobre la base de esa igualdad formal se delineaba un solo modelo de ciudadano, un solo tipo de propiedad, una misma edad para la mayoría de edad, un

solo modelo de familia... En ese momento la superación del particularismo jurídico que se manifestaba en los diferentes estatus de la persona, y de ahí en distintos tipos de derechos según la concreta posición que se ocupara en la escala social y jurídica, como correspondía a una sociedad estamental, era una aspiración realmente revolucionaria, y la uniformidad de las categorías una necesaria consecuencia. La aspiración más significativa del cambio revolucionario era la proclamación de un único sujeto de derecho al que se le aplicaba un mismo régimen jurídico.

Junto a ello se configuró un modelo de relaciones económicas que se desenvolvía a impulsos propios, justificado en la quimera de que era la persona, conocedora de sus intereses, la que mejor podía defenderlos; un modelo cuya expresión se sintetizó en la conocida frase *laisser faire, laisser passer*, destinada al Estado, que no era más que el diseño de un capitalismo que requería de libertad para su propia expansión.

Así pues, se consagró un Derecho de la uniformidad, que en el plano doctrinal encontró su más señera elaboración en la dogmática de la pandestística alemana, que nos suministró un perfecto edificio conceptual, armónico y sistemático, con que explicar el conjunto normativo; todo ello con una técnica depurada para la aplicación del Derecho. Como ejemplo paradigmático está el negocio jurídico, que como superestructura conceptual resumía las notas comunes de las distintas expresiones de la autonomía de voluntad; bajo ese paraguas se intentaba encajar, no sin cierta dificultad, los concretos negocios que más específicamente regulaba el ordenamiento. Así se juxtaponían actuaciones tan dispares como la contratación de bienes y servicios, la realización de un testamento o la celebración de un matrimonio, sin tener en cuenta que cada uno de ellos respondía o amparaba intereses muy diferentes. Lo importante era el encaje dogmático en un mundo conceptual, que se nos revelaba como la expresión más perfecta de la ciencia del Derecho. Igualmente, se perfilaron otras categorías generales, como la de la relación jurídica, en la que se subsumía la relación obligatoria o el Derecho real, con independencia del contenido concreto de cada una de estas relaciones y los intereses a los que respondían. O se construyó, fiel al dictado revolucionario original, un único tipo de propiedad, que abarcaba bienes tan diferentes como el fundo agrícola, el solar urbano, el bien mueble o la creación intelectual.

El método categórico penetró de tal manera en el Derecho que se impuso a su propia elaboración. Ello a pesar de un sin fin de posiciones filosóficas del Derecho que querían introducir en el mismo otro tipo de valoraciones, fueran éstas sociales o políticas, y proponer, en consecuencia, otra manera de explicar el Derecho. Posiciones doctrinales de las que podemos apreciar un pálido reflejo en alguna que otra institución, como la función social referida a la propiedad o el abuso del derecho...

Pero la tensión se puso enseguida de manifiesto; una tensión entre una realidad social que se negaba a ser atrapada y un Derecho que pensaba que había cerrado pá-

gina con la historia. Una tensión provocada por los grandes movimientos sociales y políticos que surgen a partir del siglo XIX; unos movimientos que se pueden sintetizar, aún a riesgo de su simplificación, en la idea, defendida por todos, de la defensa de la igualdad real, lo que implicaba colocar a determinados colectivos en posición de libertad efectiva. Ello exigía una intervención del Estado que suministrara los suficientes instrumentos con los que se pudieran defender: caía el dogma liberal del Estado no interventor. Y uno de estos instrumentos fue sin duda la elaboración de textos legales que imponían conductas con una clara orientación social: legislación laboral, de arrendamientos rústicos y urbanos, de propiedades especiales como la urbana, la rústica... Estos cambios se explicaban de manera que el sistema jurídico no se resintiera. Así, se recurría a clasificar los diferentes cuerpos normativos en comunes y especiales, en normales y excepcionales, con lo que las piezas volvían a encajar. Se distinguía entre libertad de contratar y libertad de fijar el contenido contractual. Se utilizaba, entre otros recursos, los términos de límites y limitaciones para explicar los regímenes específicos de algunas propiedades.

Es de todos conocido, por lo que no vamos a detenernos en ello, el fenómeno de la dispersión normativa producida al surgir leyes al margen de los textos codificados, lo que ha llevado a hablar de la descodificación, que, en palabras de Irti, implica la existencia de microcosmos jurídicos que se crean a impulsos de principios constitucionales.

Sin embargo, al margen de esta explicación más técnica, lo que surge a impulsos de las constituciones sociales es el *Derecho de la diversidad*: aquél que diferencia al trabajador del arrendatario, y a éste del consumidor, pero también el que tiene en cuenta a la mujer, al discapacitado, al niño o al adolescente, e, incluso, al que contempla a la persona como demandante del derecho a la educación, a la salud, o a una vivienda digna, por poner algunos ejemplos. Y, aún más, aquel que debe regular lo que se ha llamado la protección de los intereses difusos, ligados a la calidad de vida del ser humano, como pueden ser los que están presentes en la preservación del medio ambiente, realidades intangibles y poliédricas que alcanzan transversalmente a todas las ramas del Derecho.

Se pasa, así pues, de un Derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un Derecho de la diversidad; de una diversidad muy dispar, que repara en distintos sujetos del derecho, pero que también se detiene en la regulación de determinadas actividades, a las que contempla como un conjunto problematizado para darles soluciones unitarias. En este sentido son muy significativas La Ley General de Sanidad o la más reciente de los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico, por poner algunos ejemplos.

Frente a esta explosión de la diversidad se multiplican los regímenes jurídicos, y al Derecho le estallan las costuras.

Son varias las razones que alejan a este Derecho actual de los postulados tradicionales en los que se asientan los juristas.

1. La diversificación de los regímenes jurídicos, de tal manera que junto a un cuerpo jurídico básico, como puede ser el Código civil, surgen otros conjuntos normativos. Y esta realidad ya no es posible explicarla desde la dialéctica del Derecho especial frente al Derecho común, o la del Derecho excepcional respecto el Derecho normal, pues este planteamiento partía precisamente de la estabilidad y permanencia de ese Derecho común o normal que era el que representaba la composición de intereses generalizada en una determinada sociedad, y eso es lo que precisamente está en cuestión. En efecto, cuando se analizan las normas relativas a los consumidores, resulta difícil mantener, como hizo Irti en su momento, que el Derecho especial resulta como una avanzadilla del Derecho común, que sin traición a sus principios da solución a una realidad emergente, pero que en última instancia está llamado a ser subsumido por el segundo dentro de sus reglas generales. Resulta que esa realidad que llamamos consumo se ha instalado con unas reglas propias por exigencia constitucional, y sean las actuales las soluciones que se impongan, o sean otras que en el futuro se perfilen como más eficaces, lo cierto es que el Estado tiene la obligación de su defensa bajo los parámetros de las exigencias constitucionales, que no están en el Código civil.

Del mismo modo, no se puede analizar estos conjuntos normativos desde la perspectiva de su excepcionalidad, pues ello implica, de entrada, la vigencia como medida de normalidad de las disposiciones del Código, y no cabe duda que el conjunto de disposiciones de los Códigos decimonónicos no representan en la actualidad todo el conjunto de valores que se desprenden de las Constituciones sociales. A no ser que entendamos a dicho Código como un conjunto de reglas más o menos asépticas que suministran instrumentos de primer orden para la resolución de los conflictos, sea éstos cuales sean. Es decir, que constituyen el arquetipo técnico a utilizar en la resolución de los problemas que aquejan a la sociedad actual, tributario de una dogmática conceptual aún vigente. Esto nos lleva a la segunda cuestión que queremos plantear.

2. Estas realidades no emergen al mundo del Derecho exclusivamente porque responden a situaciones que al ser nuevas no se pudieron contemplar en su momento, cosa que ocurre con el desarrollo tecnológico y sus consecuencias en las relaciones económicas y sociales. Se imponen jurídicamente porque hay una exigencia constitucional que requiere la protección de los derechos de determinados colectivos y que ésta se haga en términos de efectividad social. Esta imposición reclama una técnica jurídica que no tiene que coincidir con la tradicionalmente empleada para la protección de esos intereses, precisamente porque la protección que ahora se reclama o se

exige requiere otro tipo de eficiencia. Pongamos por ejemplo, de nuevo en materia de consumidores, cómo en la regulación de la responsabilidad por los daños se mezclan la llamada responsabilidad contractual y extracontractual: la necesaria reparación del daño al consumidor en la composición de intereses que se quiere defender, en la que el consumidor, parte débil de la relación, debe ser en todo caso reparado, exige superar una diferenciación entre estas dos categorías técnicas, en la búsqueda de una única solución que sea eficaz. O pongamos el caso de la responsabilidad punitiva que se maneja en el Derecho norteamericano, que no responde al significado que le hemos dado a la responsabilidad extracontractual, por mucho que ésta haya avanzado desde una posición subjetivista a una objetiva.

Podemos reparar también cómo las tradicionales categorías de la ineficacia o de invalidez, sea cual sea la posición doctrinal que se mantenga, también se expanden más allá de sus límites normales. Se recurre a ellas en función de la eficacia que se quiere conseguir, y no de acuerdo con los criterios técnicos que la diferenciaban según la causa que motivaba la quiebra contractual, fuera invalidez o incumplimiento. Así, podemos comprobar cómo el tratamiento jurídico de la información que el empresario de un producto de aprovechamiento por turno debe suministrar, no se coloca exclusivamente en la órbita de la formación de la voluntad del consumidor, de tal manera que una defectuosa información nos llevaría a los vicios del consentimiento, es decir, al error que pueda padecer el adquirente consumidor, sino que se coloca en la del cumplimiento de una obligación –la entrega del folleto informativo– cuyo incumplimiento produce la resolución de la relación obligatoria; así se huye de la esencialidad y excusabilidad del error y su prueba por el consumidor, por entender que la eficacia de la disciplina de la resolución por incumplimiento protege más eficazmente los intereses de la parte débil de la relación. En un sentido muy parecido, podemos constatar cómo la regla del art. 1256 del Código, que impide que se pueda dejar al arbitrio de una de las partes en la relación obligatoria el cumplimiento de la misma, se debilita ante los cada vez más frecuentes supuestos de desistimiento en la regulación de los contratos que celebran los consumidores; o, cómo el justo equilibrio de prestaciones que se requiere en los contratos celebrados por los consumidores da al traste con el principio afincado en el Código civil que impide la rescisión por lesión fuera de los contratos celebrados por los tutores o por los representantes de los ausentes. O, finalmente, cómo las exigencias formales en la regulación más reciente de algunos contratos vacían de contenido el paradigma de la libertad formal consagrado en el Código.

3. Resulta además que esta legislación, al margen de los textos codificados, ya no se refiere exclusivamente a las materias propias de cada uno de ellos, sino que recaen sobre realidades sociales en toda su complejidad, involucrando a las distintas ramas del Derecho. Lo que se pretende es dar una solución unitaria a la problemática que plantean estas realidades, con lo que cada vez son más frecuentes las leyes generales

referidas a un determinado sujeto, a una concreta materia, a los que se le quiere dar una solución de conjunto, combinando diferentes instrumentos jurídicos, con independencia de la rama del Derecho a los que pertenecen. Ello lo podemos comprobar con la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, o la Ley de Protección del Menor, en las que se mezclan normas civiles, administrativas... El mismo fenómeno se ha producido, hasta convertirse en una constante, en los más recientes textos sobre algunas modalidades contractuales, que abordan los distintos aspectos, civiles y administrativos... Así, la Ley reguladora de los Viajes Combinados.

Vemos pues cómo el Derecho tiende a ser cada vez más un Derecho de realidades problematizadas, que reclaman una solución de conjunto. Las reglas generales, las nociones amplias, las categorías abstractas, están siendo sustituidas por textos generales relativamente extensos, referidos a una realidad social concreta, que recogen el conjunto de soluciones para esa parcela de las relaciones sociales que se quiere regular. Y es en la valoración de estas soluciones donde acaso comprobamos que la tradicional diferencia entre las medidas civiles o administrativas, o de éstas con las judiciales, por ejemplo, se diluyen en aras a dar respuestas efectivas a los intereses en liza. Lo que podemos comprobar respecto a los instrumentos de protección del menor que legitiman a la Administración para intervenir en su defensa, mediante la declaración de desamparo, y asumir incluso la tutela sobre el mismo. O también, ahora en Derecho de los consumidores, como la defensa por parte de la Administración de los intereses de éstos se revela más efectiva que vía judicial. Una efectividad que se intenta conseguir en ese híbrido que es el arbitraje institucional.

Desde esta perspectiva, no podemos enfrentarnos a las situaciones desde la parcialidad de nuestros conocimientos, desde la división del Derecho, sino desde su globalidad. Esta posición, además, permite enjuiciar y valorar la respuesta del legislador a una determinada problemática. Así, en la actualidad, la comprensión del Derecho de familia requiere tener presente la regulación de las distintas relaciones familiares por el Derecho civil, pero también las medidas de protección que se adoptan en otros ámbitos normativos, como las prestaciones de la seguridad social, la normativa laboral de conciliación de la vida familiar o laboral, las más específicas que se refieren a la mujer trabajadora, el tratamiento fiscal de la renta familiar y las ayudas que en este plano se establezcan, las normas procesales que encauzan los litigios sobre la familia, entre otros muchos casos.

Pues solo así, desde esta perspectiva de conjunto, se pueden ofrecer soluciones a los problemas concretos que se plantea el profesional, al mismo tiempo que se puede enjuiciar cómo se cumple el imperativo constitucional de protección a la familia. Y hay que ir incluso más lejos: los juristas investigadores deben tener en cuenta otras posibles disciplinas que le ayuden a comprender el fenómeno en estudio. En este sentido, y volviendo al Derecho de familia, se debe contar, por ejemplo, con las aporta-

ciones de la sociología, pues ella nos permite identificar, por ejemplo, una realidad familiar, la familia monoparental, que requiere un concreto tratamiento; también de la antropología o de la historia.

En efecto, las situaciones jurídicas que integran este modelo familiar, aquel que está formado por un padre o una madre e hijos menores a su cargo, están perfectamente delimitadas en la normativa civil: la viudedad, la separación o el divorcio, la maternidad... Solo cuando desde la sociología se identifican todos estos supuestos en un modelo social que presenta unas específicas necesidades, percibimos la realidad del problema, y se está en condiciones de buscar soluciones y valorar las existentes. Concretamente nos encontramos ante un tipo familiar más empobrecido y muy feminizado que requiere una protección específica del Estado. Un planteamiento parecido se puede hacer respecto al derecho de sucesiones, pues la reglamentación del Código hay que completarla con las disposiciones fiscales, las prestaciones sociales que se transmiten o se crean por el hecho de la muerte, los seguros que se contratan... Y acaso comprobemos que en este conjunto de medidas las soluciones del Código ya no corresponde a una realidad en la que la transmisión o el nacimiento de derechos para los herederos discurren por otros cauces más interesantes.

4. Esta situación de desencuentro resulta aún más llamativa si atendemos a los derechos sociales que consagran las nuevas constituciones, pues resulta que carecemos de instrumentos jurídicos que los hagan plenamente eficaces. En efecto, partiendo del esquema conceptual y normativo del derecho subjetivo de propiedad, no planteé problemas la formulación de los derechos liberales, en cuanto espacios de poder reservados a los ciudadanos, cuya delimitación se hacía frente al Estado intromisor, y con los límites que exigía el derecho de los demás. Siendo así que esta formulación se convierte en garante de la democracia, de tal manera que la negación de la categoría del derecho subjetivo implica precisamente la anulación de ciudadano frente al Estado, como podemos comprobar en todas las formulaciones filosóficas que sirvieron de soporte a modelos autoritarios. Por ello, la perspectiva social que, desde otros planteamientos políticos, se le quiere imprimir al modelo económico se tiene que resolver en el mismo seno del derecho subjetivo, proclamando su función social e incorporando otras técnicas. Esta solución nos sigue situando en el plano jurídico del derecho subjetivo, de la situación de poder del individuo, del abanico de facultades que su titular puede ejercitar sin ningún tipo de intermediación. Un conjunto de facultades que se reafirmaban frente al Estado, y que ahora requieren también su protección frente a los agentes económicos y sociales. Y no sin gran dificultad se ha reconocido su eficacia en este plano, como es sabido, a través de la denominada *Drittwirkung*, en la que la doctrina alemana ha justificado tal protección en las decisiones de juzgador, la famosa finta, no reconociendo directamente la posibilidad de amparo frente a esos agentes económicos y sociales, como debería ser en un tiempo en el que las

constantes privatizaciones de servicios esenciales han *deslocalizado* la realización de funciones que deberían desempeñar los poderes públicos.

Ahora bien, cuando el derecho que se formula requiere para su realización de un contenido prestacional, como ocurre con el derecho a la vivienda, a la salud, o la protección que se exige a la familia, resulta que el esquema no nos sirve, y no encontramos solución. El imperativo constitucional, se dice, tiene que ser desarrollado por el legislador para que podamos visualizar el instrumento concreto de protección de estos derechos, y mientras ello ocurre, estos derechos duermen el sueño de los justos. La indefinición constitucional del contenido concreto de esa prestación, impide que se pueda aplicar el esquema de la relación obligatoria que requiere un objeto cierto y determinado, por lo que la técnica tradicional no nos sirve, no nos aporta soluciones. Pero, ¿es ésta técnica insalvable o debemos definir otras?

La situación descrita puede tener una importante consecuencia. El jurista, estudioso del Derecho, seguro en su técnica tradicional, a la par que se puede convertir en una rémora para el avance de soluciones jurídicas más acordes con la realidad, puede sufrir un proceso de alejamiento de esa misma realidad, con lo que se puede convertir en un personaje extraño, distante de la sociedad a la que debe servir. El jurista, aplicador del derecho, puede perder importantes oportunidades de aportar soluciones, las que podría vislumbrar desde una reinterpretación menos atada a la técnica tradicional.

Y, entre tanto, la tozuda realidad sigue demandando soluciones. Es por ello que los jueces, impelidos por las demandas de los ciudadanos, tienen que improvisar a veces respuestas para cubrir vacíos normativos, para adaptar las disposiciones a la realidad social, e, incluso, hacer interpretaciones correctoras de las normas que han quedado desfasadas respecto al momento actual. Esta no puede ser la solución, o la única solución, pues no se debe configurar la ciencia del derecho a impulsos de soluciones concretas, con la extensión de unos fundamentos jurídicos, que no permiten una exposición detallada del discurso jurídico, más propio de una investigación.

Y aún hay más: este protagonismo de la jurisprudencia en la creación del Derecho altera notablemente el sistema de fuentes de nuestro modelo jurídico, que se asienta en la división de poderes diseñado en nuestra Constitución.

EL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Otro de los fenómenos que imprimen singularidad al momento actual es sin duda la globalización. La llamada globalización se nos representa como el acontecimiento o, mejor dicho, el fenómeno más importante que marca el tiempo contemporáneo. Una globalización, se dice, que supera fronteras e internacionaliza las relaciones; una

globalización, en definitiva, que a todos alcanza. Participamos del sentimiento de lo universal, y de pronto nuestra sociedad y nuestro mundo nos parecen más abarcables, y nos sentimos actores de un escenario global. Todo ello unido a un sentimiento común de progreso, que se nos antoja imparabile.

Resulta que esta globalización o, mejor dicho, esta mal llamada globalización, se inicia o se produce por un avance tecnológico que me atrevo a calificar de trascendental, el de las nuevas tecnologías de la información que permiten que ésta se pueda transmitir en tiempo real de un punto del planeta a otro. A partir de ese momento se superan los límites de tiempo y espacio y es posible abarcar desde un solo punto a todo el planeta. Aunque lógicamente ello solo será realizable cuando en todo lugar se cuente con los medios tecnológicos adecuados. Por ello la globalización real es selectiva, porque alcanza únicamente a los que pueden acceder a este tipo de recursos tecnológicos; y excluyente, porque impide participar a los que no se encuentran en esa situación.

Y esta globalización ha venido de la mano de las grandes empresas que actúan en los distintos puntos de interés económico, que son los mercados financieros, produciendo como consecuencia de este protagonismo que el discurso económico se adelante al discurso político, hasta llegar a veces a sustituirlo. Un discurso económico que se impone por un poder financiero y especulativo que cifra su riqueza en el dominio de la información y el control del conocimiento. El modelo económico se aleja pues de la economía productiva para modelarse en torno a bienes intangibles que se deslizan por circuitos también intangibles, muy distintos de los cauces tradicionales del tráfico de mercancías. Estas se producen en paraísos laborales, lejos de los centros de decisión empresarial, cambiando su ubicación conforme se va endureciendo la legislación, consecuencia de las reclamaciones de los trabajadores.

Y en todo este proceso, el ciudadano medio, a la par que se le ensancha el horizonte al que mirar, pierde de vista a sus interlocutores económicos y, también, políticos. El mundo de lo global, con la internacionalización de las relaciones, aleja al ciudadano de los centros de toma de decisión, sea ésta política o económica, y éste vuelve su mirada a lo local. Doble plano en el que se desenvuelve el conjunto de preocupaciones que afecta al ciudadano.

Este ciudadano, a la par que se cree ciudadano del mundo, se siente inerme, y reclama seguridad; una seguridad que ya no se define exclusivamente frente al Estado, frente a la acción política del mismo, a la manera burguesa o liberal, sino también frente a los grandes actores económicos, reclamando instancias políticas internacionales que le protejan.

En la dispersión de los distintos derechos nacionales se pierde o se diluye esa seguridad. Hay que construir instrumentos jurídicos supranacionales que se puedan

ejercer frente a los actores internacionales. Se requiere de soluciones unitarias que se han de dar en el plano internacional.

Ante este fenómeno el jurista actual no puede quedar impasible, por cuanto las consecuencias jurídicas de la globalización se están iniciando, debiendo ser protagonista activo del cambio que se avecina.

De entrada, su realidad jurídica ha sido invadida, penetrada, por otras realidades que debe conocer; el Derecho comparado se ha convertido en una disciplina ineludible si queremos afrontar con eficacia la resolución de conflictos que superan las fronteras políticas.

Aún más, ya no puede visualizar el Derecho a la manera tradicional de conjuntos de sistemas jurídicos nacionales que se relacionan transversalmente a través de la técnica propia del Derecho internacional privado. Pues resulta que esos sistemas se están acercando, se están moviendo a la manera de placas continentales que se deslizan. Y lo que está en juego no es la solución específica que cada ordenamiento da a un determinado supuesto: lo que está en liza es la prevalencia de una u otra cultura jurídica, concretamente la que representa el civil law o el common law, pues son éstas las que han asumido el protagonismo de la mano de los actores políticos y económicos, que son preeminentes. Y resulta que cada cultura jurídica tiene una percepción diferente de los intereses en juego, que revela su propia concepción del mundo que le rodea y los valores que deben imperar.

Y en este punto ha sido precisamente el mercado, como punta de lanza del proceso de globalización, el primero que ha buscado este tipo de soluciones, desarrollando una *lex mercatoria* de ámbito internacional para dar seguridad a sus transacciones, extendiendo los criterios de las grandes empresas a fin de garantizar su preeminencia en los distintos mercados, criterios que en última instancia no son sino los de las grandes firmas de abogado y los de las cortes de arbitrajes, lo que supone una crisis más del Estado al tener los jueces que aceptar los laudos de esta últimas.

El protagonismo de estos actores económicos es el que está marcando el proceso de globalización, pues son las instancias internacionales de contenido económico, las que desenvuelven, en gran medida, las relaciones internacionales y, lo que es aún más revelador de cuanto se ha dicho, la política interna de los estados. Me estoy refiriendo al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial del Comercio, la OCDE; o a la Uncitral, que impulsa la unificación del Derecho mercantil. Frente a ellos palidecen la OIT, la FAO, la Unesco... Y está por ver qué eficacia tendrá el Tribunal Penal Internacional.

El reto al que nos enfrentamos debe ser el de construir instancias políticas internacionales que asuman, frente a los grandes agentes económicos, la protección de los ciudadanos, sustituyendo el discurso del mercado por el discurso político. Organismos-

mos internacionales que cuenten con instrumentos jurídicos eficaces a fin de hacer realidad lo que proclaman los más importantes convenios internacionales.

En este sentido, los procesos de integración regional, como el de la Unión Europea, pueden ser una primera instancia de la construcción de un orden jurídico nuevo, pero para ello se requiere que se avance en la conformación política de su ciudadanía, y superar su inicial identificación con espacios de mercados de libre circulación de bienes y de personas. Pero estos procesos son parciales, afectan a determinados países y no corrigen la desigualdad existente entre las distintas zonas del mundo.

Por su parte, el Estado como ámbito político por excelencia que identifica la condición de ciudadanía está siendo superado por una globalización que resulta ya imparable. El trasvase de competencias a los organismos supranacionales merman notablemente la idea de soberanía en la que se asienta; y el ciudadano inseguro vuelve su mirada a lo cercano: a lo regional, a lo local.

Ahora bien, el ámbito de lo regional o lo local no se puede definir desde una posición de inseguridad que lleva a buscar a los iguales, a delimitar a los semejantes, porque esa búsqueda conduce a procesos de exclusión, a localismos ciegos o a nacionalismos trasnochados. El ámbito de lo local o de lo regional se ha de identificar con la escala política adecuada para resolver los problemas que aquejan al ciudadano y atender a sus necesidades. Un ciudadano que entiende cada vez menos de distribución de competencias entre las distintas instancias políticas, que desconoce la diferencia entre una competencia exclusiva o compartida, pero que tiene muy claro que ese poder político al que puede identificar es el que tiene que atenderle en sus necesidades. Por ello, la distribución de lo que deba hacer el Estado, la Comunidad autónoma o el municipio es una cuestión de escala, de dimensión para que la protección o la atención pueda ser eficaz. Y desde esa perspectiva se deben resolver las relaciones entre las diferentes instancias políticas y de éstas con el ciudadano. Con ese criterio se ha de abordar la relectura o repensamiento del Estado de las Autonomías, o se ha de llevar a cabo el tan demandado pacto por lo local.

En definitiva se trata de construir espacios nuevos para un ciudadano que percibe que se tambalea el mundo que conocía.

Y en todo esto las nuevas tecnologías de la información, impulsoras de esta globalización, siguen su carrera imparable en un desarrollo cuyas consecuencias no podemos predecir, pero que de entrada nos han situado en un plano diferente, en el plano de lo intangible, en el plano de lo virtual, aunque tremendamente real. ¿Está el Derecho que conocemos preparado para regularlas? ¿Estamos los juristas preparados para afrontarlas?