



Estado de derecho y derecho estatal

María Alejandra Vanney*

Recibido: 25 de marzo de 2009 - Aceptado: 27 de octubre de 2009

Frente a la actual paradoja jurídica, que apuesta por una seguridad brindada por un aparato estatal que vulnera la libertad, a pesar de que ésta continúa siendo en teoría el valor político supremo, el jurista español Álvaro d'Ors explica la crisis que supone para el derecho la identificación entre lo estatal y lo público, manifestada, entre otros elementos, por la pérdida de la noción de la excepción a la norma, la economización de lo jurídico y la juridización de lo político. Ante esta situación, el artículo sostiene que la crisis del derecho se debe principalmente al monopolio del derecho por el Estado: el Derecho, si quiere serlo, debe ser estatal; y el Estado por su parte, ha de ser jurídico. Esto significa que ambos se legitiman mutuamente en el círculo cerrado denominado "Estado de Derecho", en el que el derecho pasa a ser un prisionero del Estado y éste, a su vez, necesita de él para su propia legitimidad, que hoy es pura legalidad.

Palabras clave: Estado de derecho, Derecho estatal, Excepción a la norma, Economía y derecho, Derecho y política, Álvaro d'Ors.

In light of the current juridical paradox that bases its security on a statist machine that violates liberty, and even though continues to be considered a valid political theory, the Spanish romanist Álvaro d'Ors explains the negative impact that the identification between what is stately and what is public has on law. In this sense, the aforementioned jurist states that one of the elements is, amongst others, the loss of the concept of exception to the rule, the economizing of what is juridical, and the juridization of what is political. In reference to this situation, I argue that the crisis of the law is due mainly because of the State monopoly over the law, both being mutually legitimized in a never ending circle called "State of Law", in which law becomes a prisoner of the State, and the State in turn needs the Law for its own legitimizing, which today consists of pure legality.

Keywords: *Rechtsstaat, State of the Law, Statal law, Exception to the Law, Economy and Law, Law and Politics, Álvaro d'Ors.*

* María Alejandra Vanney es Profesora Asociada de Ciencia Política en la Facultad de Derecho, Universidad Austral y Becaria Postdoctoral de CONICET (Argentina).
(mvanney@austral.edu.ar).



238 Introducción

No cabe duda de que hoy nos encontramos en una encrucijada jurídica. Como toda sociedad, al menos en Occidente, cada vez valoramos más la protección jurídica incluso aunque ésta suponga, en la práctica, una disminución de la libertad, a la que, por otro lado, seguimos proclamando como el valor político supremo¹. La respuesta al deseo de seguridad –producto del afán de dominio del hombre moderno– es tan clara como paradójica, ya que nos conduce a ocupar una posición cada vez más inerte frente al aparato estatal que, a su vez, se estructura en un aparato burocrático excesivamente especializado, de modo tal que acaba vulnerando paulatinamente el ámbito de la libertad personal².

En la doctrina jurídica española, el eximio romanista Álvaro d'Ors (1915-2004) ha denunciado durante décadas, con inagotable insistencia, la existencia de una grave crisis del derecho, a partir del momento en el que la estatalización, fruto de la superposición de atribuciones por parte de los tres poderes del Estado democrático, ha asimilado lo “público” con lo “estatal”, y al derecho tan sólo como aquello que el Estado construye sin más límite que la opinión pública o el consenso.

1 Constituye un lugar común en la filosofía política actual la consideración de que el punto esencial de la democracia es la libertad emancipada del bien, que más bien aparece como una amenaza para la libertad. El representante más conocido actualmente de esta concepción de la democracia es el americano Richard Rorty. Su versión del enlace entre democracia y relativismo expresa bastante bien la conciencia del hombre medio actual: la democracia no posee otra filosofía ni otra fuente de derecho fuera de la convicción mayoritaria difundida entre los ciudadanos. Claramente, Rorty opera con un concepto vacío de libertad, que llega al extremo de considerar necesaria la disolución y transformación del yo en un fenómeno sin centro y sin naturaleza para poder formar concretamente nuestra intuición sobre la pre-eminencia de la libertad. Véase Rorty, R. (1989).



D'Ors describió de numerosos modos esta crisis, pero puso particular énfasis en señalar tres de sus características que revisten gran actualidad y que aquí se presentarán en relación con otros elementos de la teoría política. Se trata –en frase orsiana– de la *pérdida del principio de excepción a la norma*³, la *economización de lo jurídico*⁴, y la *juridización de lo político*⁵. Se trata de tres rasgos que ponen de manifiesto el desorden intrínseco que existe entre las categorías ordenadoras de la vida social, basadas en la naturaleza social de la persona. Entendemos aquí por *categorías sociales* “aquellos conceptos que se

2 La crítica no ya al estatismo sino al Estado no es nueva. Ya Nietzsche, en la primera parte de *Así habló Zaratustra*, se refiere al Estado como a un gélido monstruo, frío hasta en su contumaz negación de la verdad, mentiroso y engañador al extremo, cuando pretende no sólo ser *portavoz del* sino *ser el pueblo*. La identidad entre *Estado* (en términos políticos reales, quien gobierna) y *pueblo* (entendido como la comunidad nacional en su conjunto) supone un reduccionismo ontológico inaceptable. La despersonalización como efecto del burocratismo estatal fue asimismo objeto de la larga reflexión y análisis de Max Weber, quien concluye que la maquinaria administrativa del Estado moderno exige sumisión procedimental antes de conceder su hipotético fruto de servicio eficaz y más alta calidad de vida. Pocos, quizá, como los teóricos neo marxistas de la *Escuela de Frankfurt* (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Walter Benjamin, Ernst Bloch) develaron una visión crítica del intento de racionalización política de la modernidad agónica. A ellos se debe el señalamiento de que el burocratismo no sólo genera la rutina sino que la exige vitalmente. El Estado burocrático encuentra en la rutina un fenómeno tumoral al cual la propia estructura y dinámica estatal facilita su metástasis. Así, el Estado burocrático, marcado por el formalismo administrativista, pierde el *élan vital*, el impulso vital, para decirlo en términos bergsonianos. Cuando este impulso se ha disuelto en la rutina, la crítica es mal vista y la crisis (frecuente consecuencia de aquella) es un estadio patológico cercano al riesgo letal que se manifiesta con patentes cuestionamientos de la legitimidad del orden establecido.

3 Prelección con ocasión de la inauguración del curso académico 1971, publicada en d'Ors, Á. (1973), pp. 147-159.

4 D'Ors, Á. (1999), p. 53.

5 D'Ors, Á. (1999), p. 39.



240 refieren a distintas formas de la vida social que no aparecen *inmediatamente* en toda acción social, pero que no pueden faltar en la vida social⁶. La enumeración sigue un orden ontológico ascendente (opuesto al orden fenomenológico que va desde la más cercana a la más distante): el habitar, la economía, el derecho, la política, la ética y la religión. Las últimas son condiciones para que se puedan dar las anteriores o *instancias conductoras* desde las categorías “externas” –las fenomenológicamente más próximas a la persona– a las categorías “internas”. Así pues, las características de la crisis del derecho que aquí se presentan, resumidamente consisten en que las categorías de inferior nivel desbordan a las superiores, que quedan, en consecuencia, sin posibilidad de que el orden propio de lo social sea respetado. En efecto, la *pérdida del principio de excepción a la norma* supone, en definitiva, una sociologización del derecho que, en su afán de pureza científica, no admite criterios políticos que le señalen pautas para su efectiva concreción en el aquí y ahora de la comunidad política⁷. Por su parte, la *economización de lo jurídico* supone el abandono de criterios jurídicos respecto de la apropiación de los bienes, que mercantiliza la justicia haciéndole perder su índole propia. Finalmente, la *juridización de lo político* pretende involucrar al derecho en ámbitos políticos, donde tan sólo sirve de instrumento al poder para dar visos de legalidad a las medidas que toma.

6 Alvira, R. (1995), p. 44.

7 El derecho, en efecto, para asegurar su concreción, cuenta con la categoría superior de la política, de la decisión, propia del poder, para disponer qué leyes se aplican frente a la multiplicidad de opciones que presenta la realización de lo justo en cada comunidad política. Es manifestación del ejercicio de la virtud política de la prudencia, que hunde sus raíces en el derecho que le presenta diversas alternativas, especialmente a través de la jurisprudencia.



I. La pérdida del sentido de excepción a la ley

241

En 1971, con ocasión de la apertura del año académico en la Universidad de Navarra, d'Ors describe la situación del derecho como “un deseo ciego de realizar la Justicia, pero prescindiendo del Derecho, y, por ello sin fruto”⁸. Sucede esto en aquellas situaciones en las que se debe dejar de aplicar una regla para dar lugar a la excepción, y de ese modo “esa regla que deja de aplicarse, es precisamente la que queda con la excepción confirmada”⁹. Pone d'Ors el ejemplo de la expropiación forzosa que, a través de su institucionalización y de la exigencia de requisitos muy precisos, viene a reconocer con firmeza la regla de la propiedad privada.

En la crisis actual del derecho, d'Ors echa en falta al *iuris prudens* romano, cuyas decisiones se basaban en criterios de *auctoritas* –saber socialmente reconocido– y no de mera *potestas* –poder socialmente reconocido–, ya que sólo una instancia de conocimiento prudente es capaz de ponderar los elementos en juicio y, si es el caso, dar lugar a la excepción. Hoy, por el contrario, las decisiones judiciales han pasado a ser –como resultado de un voluntarismo institucionalizado– fruto de datos estadísticos o económicos: el derecho ha dejado su “humanidad” para “socializarse” y, en consecuencia, ha olvidado la naturaleza humana, libre y responsable, y –por ello, en cierto modo imprevisible para el derecho, que no puede abarcarlo todo *a priori*– para dedicarse a aplicar normas mecánicas y deterministas, sea en su actuación legislativa o judicial.

Cuando en esas circunstancias se plantean situaciones que no se “enmarcan” en el legalismo, es decir, cuando para su solución el derecho no cuenta con elementos tipificados, es cuando debería restituirse la doctrina de la excepción a la regla¹⁰. Ya la escolástica

8 D'Ors, Á. (1973), p. 148.

9 D'Ors, Á. (1973), p. 149.

10 D'Ors, Á. (1973), p. 149



242 explicaba que al formularse la ley de modo abreviado y simplificado, y de modo general, nunca puede recoger en su formulación todo su contenido completo y perfecto. Si bien d'Ors no comparte esta explicación porque, a su modo de ver, viene tan sólo “impuesta por la necesidad de salvar la perennidad y constancia de la ley divina natural”¹¹, no deja de indicar que, desde el punto de vista fenomenológico los supuestos en que parece inhibirse la aplicación de una ley, tal como venía formulada, no pueden menos de ser tenidos como excepciones¹². Más allá de la diferente explicación de la causa de existencia de la excepción, lo que aquí interesa es que ésta existe, y buscar elementos acerca de la conducta jurídica a seguir.

Como bien señala d'Ors, la pérdida del concepto de excepción a la ley se desarrolla y transforma en bandera del positivismo jurídico, que así busca defender la “perfección” de su propio ordenamiento (que, por definición, no podría dejar al margen situaciones no regladas *a priori*) y conduce las mismas a leyes especiales que prevalecen sobre la general¹³. La resistencia a admitir excepciones convierte la

11 D'Ors, Á. (1973), p. 152. No parece ser ésta, sin embargo, la razón del argumento escolástico, sino más bien la consideración de que las normas de derecho natural –como sucede en todo derecho– se articulan en un orden propio e intrínseco a ellas mismas por medio del cual prevalecen unas sobre otras (por ejemplo, el derecho a la vida está por encima del derecho de propiedad, o del principio de orden vial).

12 Se sirve d'Ors del ejemplo de la omisión en la devolución de un arma, guardada en depósito, a quien se sabe que la utilizará para realizar un asesinato: aunque quien la reclama tiene sobre el arma un derecho de propiedad, el derecho a la vida que se halla en riesgo es superior a ese derecho de propiedad. Si bien para d'Ors, la situación constituye un caso de excepción a la ley, a mi modo de ver no es sino un ejemplo del orden intrínseco propio de la ley.

13 D'Ors, Á. (1973), p. 157. En este sentido, el positivismo kelseniano supone el ámbito cerrado de un derecho “puro”, plenamente autónomo, cuya lógica no acepta la existencia de situaciones previamente no normadas.



situación excepcional en normal y se pierde la antigua regla de la “excepción a la ley”¹⁴.

En efecto, para Kelsen la excepción no existe –su neokantianismo le impone la doctrina de que si una ley tiene excepciones, no es una verdadera ley–, por ello, ante esta afirmación, dice d’Ors, “la pregunta que puede presentarse (...) es la de si esos casos excepcionales no obedecen a otras reglas especiales, distintas de la regla general exceptuada (...). Planteada así la cuestión, no habría propiamente *excepciones* a las reglas, sino *reglas especiales* frente a *reglas generales*. Pero este planteamiento no es correcto (...). [Porque] la excepción, decimos, supone una inhibición de la regla, pero no tanto de una regla concreta, aisladamente considerada, cuanto de todo un ordenamiento. Cuando un determinado ordenamiento normativo limita la aplicación de una ley general para dar entrada a una ley especial, entonces tenemos, no una excepción, sino un derecho previsto como especial”¹⁵. Es claro que los derechos especiales, que forman parte de un ordenamiento, aunque revistan carácter especial siguen perteneciendo al sistema jurídico total; en cambio, el caso excepcional supone un abandono del supuesto excepcional a su suerte, sin reenvío a una norma especial integrada en el mismo ordenamiento¹⁶.

En estas razones reside la crítica orsiana a la versión normativista de la excepción típicamente kelseniana: “El positivismo jurídico, celoso de la perfección de su propio ordenamiento, silencia la existencia de las excepciones a la ley, y se esfuerza por reducirlo a un sistema de

14 D’Ors, Á. (1973), p. 147.

15 D’Ors, Á. (1973), pp. 149-150.

16 Así por ejemplo, el derecho de guerra, concebido como una rama distinta del derecho internacional público, debe regir cuando surge el acontecimiento excepcional de la guerra con el fin de brindar protección específica tanto a quienes combaten, como a la población civil que puede sufrir las consecuencias de las acciones belicosas.



244 leyes especiales”¹⁷. De este modo, se llega al punto crucial que, según d’Ors, ha influido significativamente en la crisis del derecho actual: la idea de que la ley no puede tener excepciones y, en caso de que aparezcan, éstas deben fijarse normativamente de acuerdo con el criterio de la normalidad. Esta última afirmación no es más que otro modo de afirmar el ingreso de la sociología jurídica en el ámbito de política legislativa, que admite la situación excepcional tan sólo como situación que se ha de regular, aunque su contenido material no tenga relación alguna con el bien común político.

El tema de la excepción, más allá de la perspectiva positivista de Kelsen, remite ineludiblemente a la teoría política de Carl Schmitt, con quien d’Ors muestra mayor afinidad intelectual, aunque no coincidencia completa. No cabe duda de que el jurista de Plattenberg ha influido poderosamente en el pensamiento orsiano, realidad que d’Ors, explícitamente, manifiesta en varias oportunidades. Coincidieron en sus temáticas y preocupaciones, a pesar de numerosas divergencias en el modo de responder a ellas¹⁸.

Respecto de la excepción, comienza d’Ors con una afirmación tajante: “para Schmitt la excepción es la normalidad”¹⁹. No cabe duda de que esta aseveración exige cierta matización: D’Ors explica la naturaleza de la excepción, con cierto “nominalismo profesional”, a partir de una definición jurídica: “[la excepción] es aquello (...) que se toma aparte. En un sentido estrictamente técnico, (...) excepción es lo que alega el demandado contra el demandante para, sin negar en principio el derecho de éste, invalidar su pretensión concreta como no protegida por la norma legal; una defensa del demandado funda-

17 D’Ors, Á. (1973), pp. 152-153.

18 Véase D’Ors, Á. (1996), pp. 17-47 y Herrero, M. (2001), pp. 147-169.

19 D’Ors, Á. (1973), p. 157.

20 D’Ors, Á. (1973), p. 149.



da en ciertas circunstancias que justifican la no aplicación del precepto en un caso concreto. En términos generales, pues, se refiere al hablar de excepción a supuestos de hecho en que debe dejarse de aplicar una regla²⁰. Más allá de su tecnicismo, en este concepto subyace una idea en la que coinciden d'Ors y Schmitt: la existencia de un orden estable que, en determinadas situaciones, que escapan a lo establecido (las excepcionales), requieren una decisión que les brinde solución; tarea que corresponde, ordinariamente, al orden político o *potestas*²¹.

Esto significa que en la normalidad jurídica se presentan, de vez en cuando, casos de excepción que necesitan de la intervención decisoria de la autoridad política. Conviene aclarar que el caso de excepción schmittiano no es un estado caótico, sino una situación no prevista en el orden jurídico vigente y que constituye, por ello, el “límite de lo jurídico (...) [en tanto] que define lo jurídico por negación (...). Pero también se puede expresar de modo positivo, a saber: el caso de excepción es aquel que de algún modo fuerza la definición del orden político”²².

Lo que no queda del todo claro es el modo en que d'Ors entiende la *decisión* schmittiana. No cabe duda de que, en el terreno jurídico, nuestro romanista no tiene inconveniente en enfatizar el papel de la decisión, al sostener que “pese a la aplicación política, [se trata] de un pensamiento auténticamente jurídico. Porque el meollo de todo lo jurídico es el juicio, y el juicio es siempre una *decisio*”²³. De todos modos, esto no justifica que d'Ors considere a Schmitt un decisionista sin más. Por ello, distingue las fases del pensamiento schmit-

21 Cabe señalar que Schmitt no adoptó —a pesar de las sugerencias orsianas— la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, quedándose en un orden de potestades directas o indirectas. Véase Herrero, M. (2001), pp. 161-163.

22 Herrero, M. (2007), pp. 188-199.

23 D'Ors, Á. (1954), p. 181.



246 tiano y la riqueza que éste encierra. Así, afirma “en Carl Schmitt ni ‘decisionismo’ ni ‘orden concreto’ constituyen ideas fijas que queden ahí, sino como fases de un más amplio pensamiento que, sin reversiones ni claudicaciones, crece y se perfila en un fecundo desenvolvimiento y que (...) fecundan y fertilizan también el pensamiento de cuantos llegan a participar de su impulso”²⁴. La complejidad es mayor, sin embargo, en su paso del ámbito jurídico al político. En efecto, señala d’Ors que Schmitt desarrolla su pensamiento como una constante lucha contra la ambigüedad, como un pensamiento de *crisis* que se manifiesta, por ejemplo, en el análisis que hace de la guerra, y que d’Ors también considera desde lo judicial en su relación con lo político: la guerra para Schmitt sería el “juicio (...) que discrimina [entre amigo y enemigo] (...) y [que] parte de una previa criminalización del enemigo agresor, esto es, aquella guerra que, al politizarse, se hace, en cierto modo, una guerra civil”²⁵.

A partir de esta idea, d’Ors sostiene que el modo schmittiano de entender la política supone una forma de juridificación de la política, a diferencia de su visión de que a la excepción se le debe una consideración estrictamente jurídica. En este sentido, hace notar que la preferencia schmittiana del “orden concreto” circunscrito a un ámbito local, no es propio de un jurista que sabe que el derecho es siempre algo temporal e histórico. “En su rechazo del tiempo, C[arl] S[chmitt] se muestra más como político que como jurista, lo que no es infrecuente entre los iuspublicistas”²⁶. No cabe duda de que la actitud orsiana, peca del extremo opuesto ya que en su afán de proteger la especificidad del derecho, lo político también es pasado por el tamiz del juicio, es decir, de lo jurídico.

24 D’Ors, Á. (1954), p. 183.

25 D’Ors, Á. (1954), p. 182.

26 D’Ors, Á. (1996), p. 23.



Sin embargo, rescata d'Ors que a pesar de que Schmitt “paradójicamente se aviene, en este sentido, con la teoría del llamado «Estado de Derecho»”²⁷, no lo hace en su perspectiva voluntarista. En otras palabras, la gran divergencia que ve d'Ors en Schmitt respecto a otros estatistas, es –afirma– “radical, por cuanto [otros autores] parte[n] de una concepción legalista-normativista, en tanto Carl Schmitt parte, por el contrario, de una concepción realista del derecho como «orden concreto»”²⁸, es decir que busca un asidero o razón ontológica para el derecho, superando las perspectivas normativistas. Así, en decir de d'Ors, Schmitt “fue un decidido estatista, a pesar de su aversión por la «neutralización pacifista»”²⁹, pero se trataría de un estatista no legalista. En definitiva, el punto principal de coincidencia está en que tanto d'Ors como Schmitt parten del presupuesto de que la excepción se debe a una razón ontológica o nómica y no meramente lógica o formal (ya sea el derecho natural o el *etymos-nomos* de las instituciones, en d'Ors; o el orden concreto de los fenómenos originarios de la vida humana o *nómica*, en Schmitt)³⁰. En este punto, como bien señala Herrero, d'Ors “da un paso más que Schmitt (...) [en cuanto] añade que esa trabazón [la que existe entre las formas socioculturales jurídicas y políticas y los fenómenos originarios de la vida humana] tiene una necesaria razón de ser en la naturaleza de las cosas: es una razón *supra* histórica, metafísica”³¹.

27 D'Ors, Á. (1954), p. 182.

28 D'Ors, Á. (1954), p. 182.

29 D'Ors, Á. (1996), pp. 27-28.

30 Más allá de esta coincidencia, la concepción del derecho varía en ambos autores. Mientras que para Schmitt la apropiación de la tierra en sí misma constituye un acto jurídico, para d'Ors éste se da cuando –a partir de la apropiación de la tierra– se establece un orden de preferencias posesorias que son susceptibles de una eventual aprobación judicial. Esta divergencia marca los rumbos de ambos autores: Schmitt, centrará su atención en la relación entre espacios, cuestión de derecho público; d'Ors, por el contrario, en las relaciones privatísticas de propiedad y subsidiariedad, temas de derecho privado.

31 Herrero, M. (2001), p. 153.



248 Las diferencias en sus posturas, con relación a la excepción, son claras. A juicio de d'Ors, Schmitt "considera que el estado de excepción es algo tan central para la teoría constitucional, que precisamente se puede decir que la soberanía consiste en poder declarar el estado de excepción y determinar las medidas de gobierno para tal situación, (...) el estado de excepción se convierte en normal"³². El riesgo que ve d'Ors, en el modo schmittiano, es la centralidad de la excepción, ya que con ella "desaparece (...) todo principio de legalidad para la acción política ejecutiva, amparada constantemente por un régimen de excepción"³³. De todos modos, esta afirmación requiere considerar que, a la excepción, Schmitt opone el orden concreto; del mismo modo en que d'Ors opone la violencia al orden, que también supone, en sí mismo, un modo de resolver una situación de desorden de carácter excepcional³⁴. Aquí se ve, en versión orsiana, que cuando se da un desorden a nivel social, se necesita pasar de lo jurídico a lo político, de la *auctoritas* a la *potestas*. Y este paso se realiza por medio de la violencia cuyo fin, en sentido orsiano, es la recomposición del orden o su reemplazo por otro mejor; en definitiva, conceptos que implican la excepción y la necesidad imprescindible de la decisión, ideas de fondo en las que ambos juristas coinciden, cada uno desde su camino intelectual propio.

32 D'Ors, Á. (1973), p. 157. Esto porque, para d'Ors, el derecho público se basa en la noción de soberanía propia de la concepción del Estado de Derecho.

33 D'Ors, Á. (1973), p. 157. Pone d'Ors el ejemplo del surgimiento de gobiernos militares que rompen con la continuidad constitucional y se perpetúan en el poder al modo de una excepcionalidad permanente, especialmente en países en vías de desarrollo. En efecto, en la época en que d'Ors escribió estas líneas, los gobiernos militares estaban a la orden del día, por ejemplo en muchos países de América Latina. De todos modos, los factores que condujeron a aquella situación son mucho más complejos, en lo teórico y en lo práctico, y en ellos la influencia del pensamiento schmittiano no parece haber sido determinante.

34 D'Ors, Á. (1987), p. 73.



Resulta notable el acercamiento conceptual entre ambos autores. Así, d'Ors afirma que la violencia, *vis*, es la fuerza que corresponde emplear cuando la potestad no mantiene el orden social, finalidad esencial de su posesión, y se necesita instaurar un orden nuevo. En estos casos, admite la legítima defensa contra el mantenedor del desorden, aunque para su legitimidad requerirá reconocimiento social, de lo contrario, el hecho social del rechazo del eventual abuso significará que la violencia ha sido causa de insubordinación y no de orden³⁵. Carl Schmitt, por su parte, también afirma que “la decisión nace, bien de la necesidad de restablecer un orden, bien de la necesidad de buscar un orden nuevo. Para no desligarse del marco del derecho, ha de hacerse siempre dependiente de un orden. La fuerza sola no constituye derecho”³⁶.

En resumen, d'Ors, al argumentar a favor de la “excepción”, utiliza un elemento más para denunciar la proliferación de normas jurídicas concebidas con un criterio mecanicista propio de las leyes físicas, que dejan de lado la consideración de la persona como un ser libre y responsable de sus actos. Se ve en esta tesis una clara manifestación de su aversión a la teoría sociológica de la ley, que cifra su contenido en bases estadísticas y pronósticos de probabilidad, y no en un esfuerzo de conocimiento del hombre, de la sociedad y del bien.

Asimismo, teniendo en cuenta que toda excepción supone una “desigualdad”, situación claramente fustigada en el discurso democrático, d'Ors ve en su reivindicación un modo de manifestar su clara discrepancia con las tendencias igualitarias democráticas.

La pérdida del sentido de la excepción, afirma d'Ors, significa que “todo el derecho se ha hecho natural, pero no en el sentido tradicional de un derecho que Dios ha podido imprimir en la conciencia natural de los hombres, sino en un nuevo sentido sociológico de

35 Véase d'Ors, Á. (1987), pp. 59-66.

36 Véase Herrero, M. (1996), pp. XXXI-XXXII.





250 comportamiento natural del grupo social al que se refiere el principio formulado. Esto, en último término, es el nihilismo jurídico de nuestro tiempo”³⁷, que no admite que, junto a las reglas del derecho, para brillar mejor como principios, se cuente con la sombra de las excepciones³⁸.

II. La economización de lo jurídico

La crisis del derecho que denuncia d’Ors se ha profundizado cuando la ciencia económica se ha situado en la cúspide de los criterios de organización política y jurídica, despojando a sus ciencias rectoras del papel que les es propio.

No cabe duda de que la economía es actualmente considerada ciencia de la riqueza, que se ve potenciada por el desarrollo de la técnica, que –en muchos casos– no se pone al servicio del hombre, sino que se utiliza como instrumento de dominio. En efecto, el progreso de la economía y el desarrollo de la noción de autonomía de las ciencias, agigantados por el consumismo, ha desvinculado a esta ciencia de la persona y de la sociedad en su conjunto. Como señala d’Ors, en términos demasiado generales, el principal problema consiste en “poner los avances de la inteligencia humana al servicio del egoísmo, al servicio de la riqueza y no de la virtud”³⁹. El consumismo, apoya-

37 D’Ors, Á. (1973), p. 156.

38 D’Ors, Á. (1973), p. 159.

39 D’Ors, Á. (1979), p. 842. Ilustra esta afirmación la doctrina de Taylor para quien la combinación de maquinaria y hombres científicamente preparados para utilizarla constituye la clave para un aumento de productividad tal que permitiría que todos se beneficien del proceso de producción. Para esto, el obrero debe convertirse en auxiliar de la máquina, para lo cual –ejemplifica Taylor– “uno de los primeros requisitos de un hombre apto para acarrear lingotes como ocupación permanente, es que sea tan obtuso y flemático que más bien se parezca en su estructura mental a un buey, que a cualquier otra cosa” [Taylor, F. W. (1911), p. 4]. De este modo, se llega a caracterizar a la sociedad como el “equilibrio de un sistema de fuerzas hedonistas en el que cada uno tiende a un máximo de utilidad individual” [Edgeworth, F.Y. (1967), p. 35.]





do en estructuras sociales individualistas, se mantiene y fomenta a través de criterios fijados por el afán inmoderado de riqueza individual a costa, casi siempre, del bien común; o por medio de la intervención estatal, controladora, en servicio de los intereses políticos y económicos del partido dominante. Sostiene d'Ors que el gobierno, como quien debe defender el bien común, no debe tolerar una producción cuyas consecuencias no pueda asumir públicamente. Pone el ejemplo de la producción de objetos residuales al tiempo que no existe un sistema de reciclaje de basuras suficiente. Así, la producción con tendencia ilimitada no debería ser consentida en aras de mantener la prioridad, en la vida social, del interés común respecto del interés particular⁴⁰. Más grave resulta, sin embargo, la difusión de la *publicidad de lo privado* (que se manifiesta en diversos tipos de estatización) que acaba con el carácter emprendedor y la iniciativa personales, así como de la *privatización de lo público*, que se manifiesta habitualmente en formas de corrupción.

Si bien este proceso de economización del derecho comenzó en el seno de éste mismo con la desmembración del derecho en numerosas áreas: derecho monetario, bancario, societario, bursátil, de la competencia, etc. enseguida fue continuado por economistas que vieron así un modo de asentar socialmente los principios de maximización y eficiencia como criterios fundamentales para todos los

40 Muy distinta es la lógica económica smithiana o la tayloriana, según las cuales la exigencia de crecimiento ilimitado es condición necesaria para el sistema. Sin embargo, ese afán de carecer de límite, conduce ineludiblemente –como en todo lo humano– a enfrentar al hombre a un nuevo límite que consiste en que la exacerbada multiplicidad de bienes de consumo no es capaz de brindar satisfacción última a la persona, aparte de que pueda conducir a una situación social de miedo hobbesiano. Como subraya Calderón, “Antes preguntábamos a Marx para qué utilizaríamos una libertad conseguida con tantos esfuerzos y con tanta sangre. Decíamos que Taylor va a dar respuesta: para consumir; para lograr bienestar. Pero ahora debemos preguntar a Taylor: ¿y qué haremos cuando tengamos ese bienestar?; ¿a qué dedicaremos nuestras vidas entonces? El silencio es la mejor respuesta a la segunda parte de la cuestión”, Calderón Cuadrado, R. (1997), p. 289.



252 ámbitos. Un claro ejemplo se halla en la teoría del “análisis económico del derecho”, desarrollada por la Escuela de Chicago⁴¹, la cual considera que el objetivo real del derecho es la *eficiencia*, que a su vez consiste en el ser y la esencia de los procesos económicos. No cabe duda de que se ha pasado de una concepción humanista del derecho como ciencia prudencial de lo justo, a una ciencia mecánica que responde a patrones modélicos sin lugar ni para la prudencia, ni para la justicia.

Entre otras consecuencias de esta economización generalizada se encuentra la pretensión de que el derecho –cuya vocación es ordenar, desde un ámbito superior, a la economía⁴²– se subordine a ésta y, a través de sus propias figuras e instituciones, sirva a que se asiente aún más. Se trata, en definitiva, de la utilización del derecho como una mera “vestidura” de las operaciones económicas que serían las que ordenan la sociedad⁴³, de acuerdo con criterios economicistas sin ninguna consideración al bien común de la justicia⁴⁴.

41 Véase Posner, R. (2003).

42 Alvira, R. (1995), p. 44.

43 Un ejemplo práctico de economización del derecho resulta del análisis del acervo comunitario de la Unión Europea, en el cual el volumen de normativa de carácter económico en relación con las referidas a otros ámbitos socio-políticos es abrumadoramente mayor realidad. Esta pone de relieve que el objetivo principal que tiene el proceso de integración es marcadamente económico a expensas de otros ámbitos de la sociedad civil y política, y que se utiliza al derecho para su realización.

44 No hay que olvidar que más allá de la utilización que el poder político hace hoy del derecho se encuentran poderosos intereses económicos que el poder político “premia” o “castiga” según le sea conveniente. Así, muchas ingerencias en el ámbito del poder judicial o en el legislativo se dirigen a mantener la dialéctica poder-dinero, propia de las democracias actuales, que se necesitan mutuamente para conservar uno y otro la hegemonía que ejercen en el gobierno y el mercado, respectivamente.



De este modo, el derecho mercantil ha desarrollado una serie de ficciones para que la realidad económica consumista/crematística pueda seguir desarrollándose de acuerdo con sus propias leyes e intereses particulares. Una de las principales ficciones, señala d'Ors, es la que utiliza la figura de persona jurídica para asegurar y encubrir los intereses meramente lucrativos de socios especuladores, especialmente en el caso de las sociedades anónimas, cuando su fin no justifica un tratamiento especial porque, en muchos casos, no contribuye de modo particular al bien común. En este sentido, dice d'Ors, se protege un régimen de "competitividad selvática que fomenta el capitalismo, en perjuicio siempre del más débil"⁴⁵.

La misión propia del derecho en el ámbito económico consiste, precisamente, en ordenar las actividades productivas y comerciales, sin ahogar ni disminuir la iniciativa privada a favor del bien común y no de los productores más fuertes, que cuentan con instrumentos de poder económico capaz de dominar el mercado y establecer normas según su conveniencia. También desde una perspectiva interna de la empresa, el derecho brinda protección al prestamista, quien en opinión de d'Ors "carece en absoluto de interés real por la empresa, y (...) [para quien la] única mira está en obtener un máximo lucro en forma de interés o dividendo"⁴⁶. De este modo, el socio prestamista especula con su aparente "participación", que no es sino un crédito más o menos rentable, en un estilo totalmente contrario al de la empresa como forma de convivencia laboral, pues sólo busca la rentabilidad de su inversión pecuniaria, sin tener en cuenta el interés común de la empresa. Ilustra d'Ors la situación del socio prestamista a través de la siguiente reflexión: "¿Qué le importa la empresa? En cuanto vea que la empresa va mal, venderá sus acciones. ¿Qué le importa (...) lo que pasa con los obreros? Un verdadero socio tiene

45 D'Ors, Á. (1993), p. 97.

46 D'Ors, Á. (1979), p. 843.





254 que ser alguien que participa, tiene que ser alguien que se preocupe por la empresa, que trabaje en ella. Por tanto, el socio natural de la empresa es el que trabaja; desde el jefe que trabaja (no vamos a pensar sólo en los obreros manuales ni mucho menos) y los técnicos (...), hasta el último portero de la fábrica: éstos son realmente los socios”⁴⁷.

Otra manifestación de la economización de lo jurídico consiste en la asunción por parte del derecho mercantil de las relaciones que deberían propiamente estar cubiertas por el derecho laboral. La propuesta orsiana es audaz y considera que los trabajadores de la empresa deben ser considerados más como socios que como asalariados, aunque reconoce que se trata de una tarea difícil⁴⁸, porque los trabajadores, cuya mentalidad es también capitalista, prefieren un jornal periódicamente elevable, aunque la empresa se arruine. Se trata, en el decir de d’Ors, de una “falla de carácter moral, mucho más difícil de superar, que es el desinterés por la convivencia empresarial”⁴⁹.

A pesar de esta realidad, propone d’Ors un nuevo planteamiento del derecho laboral, que incluya el derecho de la empresa. Más aún, se trata de que este derecho “depurado del lastre clasista, pueda servir como modelo de ese ordenamiento civil del futuro, centrado en la idea de servicio socialmente exigible”⁵⁰.

Apuesta, en definitiva, d’Ors por buscar una economía basada en la empresa, entendida ésta como ámbito de convivencia sobre la base de una actitud comprometida tanto por parte del empresario como de los empleados. Cuando la motivación acaba siendo sólo económica, el compromiso durará lo que dure la ausencia de una oferta más rentable. De este modo, si no se desarrolla un ámbito de conviven-

47 D’Ors, Á. (1990), p. 443.

48 D’Ors, Á. (1979), pp. 844-845.

49 D’Ors, Á. (1979), p. 845.

50 D’Ors, Á. (1993), p. 97.





cia productiva en la cual son protagonistas —porque se los hace parte del proyecto— todos los integrantes de la empresa, sufrirá ésta las consecuencias del oportunismo de sus dueños, que no respetarán a sus empleados, o de éstos, que no pondrán de su parte las capacidades que la empresa necesita de ellos. En definitiva, el concepto de servicio compartido por todos los miembros de una empresa es el único que puede hacer que ésta sea competitiva y eficiente en el largo plazo.

III. La juridificación de lo político

Constituye éste un tema clásicamente orsiano, pues la juridificación de lo político tiene lugar cuando la *potestas* asume la *auctoritas*, impidiendo a ésta cumplir su función propia de límite natural de aquélla, sea de modo directo o indirecto, con el fin de conseguir que la administración de justicia actúe bajo los dictados de quien ostenta el poder político. En otras palabras, se trata de que quien “sabe” se ponga al servicio de quien “manda” dando lugar a una *tecnocracia*. Denuncia d’Ors que “cuando esta confusión se ha producido no vale ya una división al modo de Montesquieu, pues el poder ejecutivo acaba inevitablemente por dominar al legislativo y al judicial”⁵¹.

El sistema de la división de poderes, según la concepción orsiana, resulta también falaz cuando se pretende atribuir a los jueces una facultad de juzgar los actos propiamente políticos —de decisión de gobierno—, “porque, si se pretende controlar lo político con la intervención de los jueces, es inevitable que los jueces se contaminen de la polémica política en torno al gobierno del que depende la ejecución de las sentencias”⁵².

En realidad, la juridificación supone una intromisión desmedida del derecho en ámbitos que deberían ser regidos por principios de otra

51 D’Ors, Á. (1973), p. 83.

52 D’Ors, Á. (1999), p. 39.



256 índole, ya sean políticos, comerciales, familiares, etc. Este fenómeno se manifiesta en una canalización de muchas disputas a través de las querrelas judiciales⁵³. Esto porque corresponde al poder político —que, entre otros instrumentos, se sirve de las leyes para alcanzarlos— fijar los objetivos y la acción concreta de gobierno. Es decir que se carga al juez de la responsabilidad de juzgar cuestiones de política legislativa y sus manifestaciones concretas, y no acerca del derecho⁵⁴.

Aquí interesa, de modo particular, subrayar la claridad con que d'Ors señala que, como consecuencia del legalismo y del principio de seguridad jurídica —que es importante, pero no el principio supremo— cada vez con más frecuencia el poder político somete a los tribunales cuestiones que no son de su competencia⁵⁵. La mayor parte de las

53 En el ámbito privado, este fenómeno se manifiesta en la gran industria jurídica que obliga a los particulares a acudir a abogados “científicos” para la resolución de cualquier conflicto social, ya sea por la complejidad que asume un derecho “tecnificado”, como por las características de la sociedad que se ha vuelto incapaz de resolver los conflictos de modo espontáneo-social en las relaciones privadas y apela, entonces, a la justicia legal. En sentido semejante, los individuos también manifiestan esta tendencia a través de juicios contra industrias de bienes de consumo por daños ocasionados muy indirectamente a través de los bienes consumidos, por ejemplo, contra tabacaleras por “causar” un cáncer o empresas de *fast-food* por “producir” obesidad infantil, etc. Se busca, de este modo, cargar a la ley de una función que no es la propia: proteger a los ciudadanos incluso de las consecuencias de sus propios errores, clara manifestación de “paternalismo” estatal que socava la responsabilidad personal y, con ello, el ejercicio de la libertad personal.

54 Nieto, A. (2007), p. 12.

55 Resulta interesante notar que Habermas toca este tema en su obra *Faktizität und Geltung*. En efecto, a partir de las ideas de Dworkin relativas a los derechos y la decisión judicial y, después confrontarlas con la posición de autores alemanes (Denninger, Maus y Böckenförde) y norteamericanos (Sunstein, Perry, Brest, Ackerman y Ely, entre otros), Habermas resalta los riesgos que, para la certeza del derecho, se derivan del excesivo peso de una jurisprudencia “creadora” y dimanante de un Tribunal que tiende a ocupar el puesto reservado, según la lógica de la división de poderes, al legislador democrático. Habermas se muestra contrario al “paternalismo” del Tribunal Supremo, y defiende que su función es meramente garantista/procedimental. Así, si bien la conclusión habermesiana difiere completamente de la de d'Ors, no así el diagnóstico de situación. Véase Habermas, J. (1997), p. 316.



veces para dar visos de legalidad –y de aparente legitimidad– a decisiones de gobierno que pudieren resultar socialmente cuestionadas. En definitiva, se pretende con este expediente utilizar la ley para amparar a la política en sus decisiones, utilizando la ley como un instrumento de poder.

Los conflictos políticos son propios de la dialéctica del poder y no corresponde al juez juzgar acerca de su conveniencia u oportunidad. D'Ors incluye entre estas cuestiones no judiciales las referentes a los conflictos militares, la represión del terrorismo, o los conflictos policiales –de inmediata defensa del orden público–.

Precisa d'Ors que “la imprudente extensión legal de la intervención judicial a toda actividad del Estado es el fundamento del llamado «Estado de Derecho». Se trata, en el fondo, de la ilusión de controlar al gobierno con las leyes, sin tener en cuenta que las leyes nada pueden si no las aplican los jueces; y éstos nada pueden si el gobierno que pretenden controlar no les proporciona la necesaria fuerza ejecutiva”⁵⁶. En este sentido, invita d'Ors al juez a aceptar sus límites⁵⁷, y no empeñarse en judicializar a ultranza todas las relaciones humanas. Además de avasallar la libertad, este comportamiento perjudica al ordinario funcionamiento social porque convierte al derecho en un mar sin orillas.

Finalmente, cabe también considerar que el pretendido control judicial –como presunta garantía de imparcialidad– de acciones de los otros poderes resulta también en la práctica cotidiana una falacia, si se tiene en cuenta que los fondos para el funcionamiento de la administración de justicia son dispuestos por la ley (es decir, por decisión del poder legislativo) y distribuidos por el poder ejecutivo. Ahí reside un arma muy poderosa por medio de la cual el ejecutivo puede “obtener” que los jueces dicten sentencias en aquellos casos en los

⁵⁶ D'Ors, Á. (1999), p. 39.

⁵⁷ D'Ors, Á. (1973), p. 33.



258 que aquél se encuentra implicado, con fines de mantenimiento o acrecentamiento de poder. En definitiva, y, a pesar de las apariencias, el ejecutivo acaba siendo muchas veces juez y parte.

IV. “Derecho estatal” y “Estado de derecho”

Nadie discute que el ordenamiento jurídico tiene por fin la resolución de conflictos, en cuanto proporciona al juez pautas para hacerlo. Sin embargo, actualmente, en no pocas ocasiones actúa como generador de conflicto, especialmente cuando se legisla exageradamente y sin el cuidado de revisar la coherencia interna del sistema.

La tendencia legalista de legislar acerca de todos los aspectos de la vida social con minuciosidad extrema, con ánimo de no dejar nada fuera del Estado de Derecho –tal como se mencionó al tratar sobre la pérdida del principio de excepción a la norma–, ha llevado a normativas complicadas, tanto en su interpretación como en su aplicación, que sofocan además la libertad ciudadana y, en consecuencia, logran el efecto contrario que es la desobediencia generalizada de esas normas. En efecto, “en la acelerada marcha de la legislación –señala d’Ors– en ese caos moderno de la legislación motorizada (...), o de elefantiasis legislativa (...), el jurista ha perdido totalmente su dignidad; se ha reducido, no diremos ya al papel de un mero exégeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado (...). Oprimido por la tiranía legislativa, el jurista se refugia (...), en el alivio de la inobservancia”⁵⁸.

A su alrededor se han desarrollado, además, grupos de intereses que se lucran de la complejidad normativa que se requiere para cualquier actuación social de especialistas en el área (consultores, abogados especializados, asesores, etc.), tanto para la tarea legislativa, con el gasto público que ello supone, como para las personas físicas.

⁵⁸ D’Ors, Á. (1973), p. 2.



Asimismo, se torna aún más ficticia la presunción de conocimiento del derecho por parte de todos los ciudadanos por el mero hecho de su publicación en el Boletín Oficial. Ello, no sólo porque éste pasó a ser lectura de especialistas, sino porque la complejidad de muchas de las leyes no permite al ciudadano entender su contenido ni estar al día de los constantes cambios. El hecho de que una ley, para ser conocida por el pueblo, requiera de especialistas es manifestación clara de que no ha sido hecha ni *por* ni *para* el pueblo, lo que desenmascara el mito político de la representación popular. “Este remiendo de popularidad es, en realidad, ficticio, pues sería ilusorio pensar que mediante la publicación todo el pueblo llega a conocer las leyes. Sólo el fariseísmo burocrático puede contar con el supuesto de que todos los españoles leemos cotidianamente el *Boletín Oficial*. La realidad es, por tanto, que las leyes modernas han dejado de ser populares”⁵⁹. Por ello, la presunción del conocimiento de la ley “no quiere decir (...), que haya un deber moral de conocer y entender todos los preceptos jurídicos, ni siquiera los legales, pues tal deber sería imposible de cumplir, sino, simplemente, que el derecho se aplica aunque las personas afectadas, como será lo más frecuente, lo ignoren”⁶⁰. Sin duda esta situación debería llevar al legislador prudente a buscar cuál es el punto de equilibrio entre la necesidad de la vigencia de las normas en pro del orden público y la libertad de los ciudadanos, que pueden verse obligados a responder por delitos, muchas veces omisiones, cuya obligatoriedad ignoraban, especialmente cuando se trata de tecnicismos que no cabe conocer por vía de sentido común.

Esta inflación legislativa supone una densidad normativa tal que, en su afán por cubrir todos los supuestos fácticos conflictivos posibles, acaba por sentar el principio de que todo debe estar legislado, dando

59 D’Ors, Á. (1963), p. 126.

60 D’Ors, Á. (1999), pp. 69-70.



260 lugar –paradójicamente– al surgimiento de numerosas lagunas legales desconocidas hasta entonces, dado que precisamente en la aplicación del derecho como unidad, el juez decidía sin necesidad de contar con una ley expresa para el caso concreto. La experiencia es clara: a mayor cantidad de leyes corresponde mayor número de pleitos. Esa es la consecuencia del “absolutismo legal”: multiplicación de leyes y de contradicciones entre ellas.

La consecuencia es que las innumerables incoherencias entre normas terminan dando lugar al efecto contrario del que el legislador legalista buscaba: se suponía que legislarlo todo resultaría en un menor grado de arbitrio judicial; pero, ante la maraña legislativa, el juez –en la práctica– se ve precisado de una mayor cota de poder a la hora de ordenar y priorizar elementos incoherentes aplicables todos al caso; de este modo, rápidamente se convierte en un tecnócrata.

La inflación de leyes, interpretadas desde la vulgarización jurídica, unida al procedimentalismo, ha trivializado al derecho, relegándolo de la meta de los verdaderos juristas –la resolución justa de los casos– a una “ingeniería” de sutiles artificios con los que se disimulan, si es el caso, operaciones ilícitas, con la seguridad de que si están bien hechas, podrá engañarse al juez que disponga de poco tiempo o que está limitado por numerosas redes legales que le impiden desentrañar la cuestión.

En síntesis, la crisis del derecho se debe principalmente al *monopolio* del derecho por el Estado: ahora el Derecho, si quiere serlo, debe ser estatal; y el Estado por su parte, ha de ser jurídico en el sentido de que ha de actuar siempre con arreglo a Derecho. Esto significa que ambos se legitiman mutuamente en el círculo cerrado denominado “Estado de Derecho”, en el que el derecho acaba siendo “rehén” del Estado, que le brinda respetabilidad y le protege de eventuales agresiones ideológicas porque, en el sistema, no se puede poner en duda la legitimidad de un poder basado en la ley.



Como suele suceder, esta alianza no es duradera porque tanto el *secuestrador* como el *rehén* abusarán de su posición a la primera oportunidad.

Bibliografía

Alvira, Rafael (1995), "Intento de clasificar la pluralidad de subsistemas sociales, con especial atención al Derecho", *Persona y Derecho*, vol. 33, pp. 41-51.

Calderón Cuadrado, Reyes (1997), *Armonía de intereses y modernidad. Radicales del pensamiento económico*, Civitas, Madrid.

D'Ors, Álvaro (1954), *De la guerra y la paz*, Rialp, Madrid.

D'Ors, Álvaro (1963), *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid.

D'Ors, Álvaro (1973), *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Cuadernos del Instituto jurídico español, CSIC, Madrid.

D'Ors, Álvaro (1979), "Reflexiones civilísticas sobre la reforma de la empresa", *La Ley*, 74, Buenos Aires, pp. 841-845.

D'Ors, Álvaro (1987), *La violencia y el orden*, Dyrsa, Madrid.

D'Ors, Álvaro (1990), "Premisas morales para un nuevo planteamiento de la Economía", *Revista chilena de derecho*, vol. 17, pp. 439-448.

D'Ors, Álvaro (1993), "Retrospectiva de mis últimos XXV años", *Revista Atlántida*, nº 13, pp. 90-99.

D'Ors, Álvaro (1996), "El *Glossarium* de Carl Schmitt", en Negro Pavón, Dalmacio (coord.), *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, pp. 17-47.

D'Ors, Álvaro (1999), *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid.



262 Edgeworth, Francis Ysidro [1881 (1967)], *Mathematical Physics. An Essay on the application of Mathematics to Social Science*, Kelley, Nueva York.

Habermas Jürgen (1997), *Fatti e Norme. Contributi a una teoria discursiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milán.

Herrero, Montserrat (2001), “Álvaro d’Ors y el magisterio de Carl Schmitt”, en Altuve-Febres, Fernán (comp.), *Homenaje a Don Álvaro D’Ors*, Dupla, Lima, pp. 147-169.

Herrero, Montserrat (2007), *El “nomos” y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*, Eunsa, Pamplona

Medina Cepero, Juan Ramón (2003), “Las insuficiencias del formalismo”, *Anuario Filosófico*, vol. XXXVI, nº 1, pp. 365-407.

Nieto, Alfonso (2007), *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid.

Nietzsche, Friedrich [1892 (2002)], *Así habló Zaratustra*, Longseller, Buenos Aires.

Posner, Richard (2003), *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York.

Rorty, Richard (1989), *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge.

Schmitt, Carl [1935 (1996)], *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, (estudio preliminar, traducción y notas de M. Herrero), Tecnos, Madrid.

Taylor, Frederick W. (1911), *The Principles of Scientific Management*, Harper and Row, Nueva York.