

---

---

NIKLAS LUHMANN

El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho

I

Cuando la sociología emprendió su camino histórico encontró la mayoría de los campos de actividad humana ocupados por interpretaciones y teorías. Existía un sinnúmero de interpretaciones religiosas, e incluso dogmáticas muy elaboradas. Había concepciones morales y teorías éticas. Se había explicado el sentido de la actuación económica, en parte en el contexto de racionalidad privada y en parte en el metacontexto de un orden económico nacional e internacional cuyo surgimiento nos desbordaba. Existían teorías del Estado, propuestas de ordenación político-constitucionales, una pedagogía de la «formación», y no en último lugar un gran número de conceptos de lucha ideológica, surgidos a consecuencia de la Revolución Francesa y de la industrialización.

En este mundo no era fácil determinar el sentido de una nueva disciplina que se llamaba sociología. El relativismo histórico e ideológico-político apenas pudo fundar la aparición de una nueva variante. Para la unidad de la nueva disciplina hubiese sido más conveniente definir su objeto también como una unidad, sin tener en cuenta todas las disciplinas que ya se estaban ocupando del pensamiento y actuación humanos. De esta forma surgió, por lo menos a *grosso modo*, un nuevo concepto de sociedad que no continuaba la antigua tradición europea de una *societas civilis* ni el concepto de sociedad del siglo XIX, vinculado a la economía. Ello tuvo que conducir consecuentemente a que todo conocimiento, desde la escolástica hasta la teoría de la relatividad, desde las interpretaciones de la trini-

dad hasta la genética de Mendel e incluso la misma sociología como producto de la sociedad, se pusiera en manos de la sociología (1). Sin embargo, no existía ninguna teoría ni, sobre todo, ninguna metodología empírica. Aparte de esto, la sociología, al consumir una pretensión de esta índole, debería haber reclamado una especie de soberanía suprema en el sistema de las disciplinas científicas. Pero este había justamente reemplazado el orden jerárquico que aún dominaba en el siglo XVIII, y se había consolidado de nuevo como una yuxtaposición estrictamente horizontal; una estructura que la misma sociología, en tanto impuesta por la sociedad, debería hacer aceptado y explicado.

No es de extrañar que, en una situación semejante, las pretensiones y las realizaciones divergieran profundamente. El hecho de que esta situación tuviera un efecto estimulante y diera impulso a grandes proyectos, se puede comprobar en autores que hoy figuran entre los clásicos de la disciplina. Como todo ello no posibilita una consolidación teórica, esta especialidad aún hoy sigue sufriendo las consecuencias por causa propia. Se emprendió un sólo intento de consolidación: la teoría del sistema general de la acción de Talcott Parsons. Esta teoría, sin embargo, excluye significativamente el problema que aquí se trata: el de que los actores suelen ya saber por qué actúan, cómo actúan y que pueden apoyar tal conocimiento en una semántica elaborada que lo oriente. La teoría de Parsons elude este problema, al arrancar de un análisis de los componentes del *concepto* de acción para redescubrirlo e incorporarlo reintegrándolo en la teoría como «cultura». En realidad se trata de una construcción genial que, sin embargo, tiene como precio su reducción a aparato conceptual meramente analítico y, en última instancia, el rebajamiento del problema a uno de los componentes de la acción.

Sea la que fuere la opinión sobre este intento: la sociología tiene que saber más, de alguna manera, que los mismos actores; sea porque relativice su conocimiento como cultura, reduciéndolo a un factor entre los otros determinadores de la acción; sea porque se base en una sospecha general de la motivación, no asumiendo la convicción del actuante respecto al sentido de su actuación, sino racionalizando su sentido, como efecto de

(1) Acerca de la crítica de semejantes ambiciones ver Friedrich TENBRUCK, «Die unbewältigten Sozialwissenschaften», *Zeitschrift für Politik*, 27, 1980, pp. 219-230; y «Emile Durkheim und Geburt der Gesellschaft aus dem Geist der Soziologie», *Zeitschrift für Soziologie*, 10, 1980, pp. 333-350.

socialización, de privaciones o de de necesidades de compensación (2). También el estructuralismo con su «desconstrucción» del individuo eligió este camino (3). La técnica empírica del análisis de estructuras latentes o constelaciones de redes es otra posibilidad (4). A pesar de todo, hasta ahora aún no se ha conseguido explicar la función *práctica* de las *supraformas culturales*, surgidas en una especie de relación de *feedback* con los problemas de dación de sentido, y que arropan —profesional o literariamente— la acción. Existen —para acercarnos a nuestro tema— en efecto investigaciones desde estos puntos de partida, pero no hay ninguna satisfactoria *sociología de la teoría jurídica*; y sin ella no puede existir tampoco ninguna sociología satisfactoria del sistema jurídico que se refleja en esa teoría.

## II

Quisiera intentar mostrar que los nuevos desarrollos relativos a una teoría de sistemas autorreferentes abren nuevas perspectivas para esta problemática. Pienso sobre todo en la teoría de sistemas «autopoiéticos» (5), que se reproducen por medios propios, o en los «second order cybernetics», que apuntan a la unión de autorreferencia y observación (6), o también en las investigaciones que a las conocidas paradojas de la autorreferencia, por una parte, las incluyen en el cálculo lógico (7) y, por otra, las tratan como hechos en sistemas empíricos (8). Estas aventuras

(2) Acerca de este «principle of suspicion» ver Philippe VAN PARIJS, *Evolutionary Explanation in the Social Science: An Emerging Paradigm*, London, 1981, p. 129 y ss. con la notable advertencia que a pesar de todo existe algo parecido a un «authoritative Self-Knowledge» del actor (p. 130).

(3) Acerca de su relevancia para la teoría jurídica (legal theory) ver Thomas C. HELLER, «Structuralism and Critique», *Stanford Law Review*, 36, 1984, pp. 127-198.

(4) Acerca de una variante sociológico-jurídicamente significativa ver ahora Rolf ZIEGLER, «Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe», *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 36, 1984, en prensa.

(5) Ver Humberto R. Maturana / Francisco J. Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, 1980; Francisco J. Varela, *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979.

(6) Ver Heinz von Foerster, *Observing Systems*, Seaside Cal. 1981.

(7) Acerca de «self-indication» Francisco Varela, «A calculus for Self-Reference» *International Journal of General Systems*, 2, 1975, pp. 5-24.

(8) Ver p. e. Anthony Wilden, *Systems and Structure: Essays in Communication and Exchange*, 2.ª edición, London 1980; Yves Barel, *La paradoxe et le système: Essai sur le fantastique social*, Grenoble, 1979. Ver además Douglas R. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach, *An Eternal Golden Braid*, Hassocks, Sussex UK, 1979.

teóricas tienen lugar en ámbitos de discusión interdisciplinar. La sociología misma apenas se ha dado cuenta de su existencia (9). Las siguientes consideraciones, por lo tanto, no pueden apoyarse en un consenso establecido en el campo sociológico ni en el jurídico.

Tanto el sistema jurídico como el científico, y dentro de este último la disciplina específica de la sociología, habrán de ser considerados pues como sistemas autorreferentes. Cada uno de estos sistemas constituye por su cuenta todo aquello que funciona como una unidad para el sistema. Esto no sólo se refiere a la unidad del sistema, a sus estructuras y procesos, sino también a los elementos que lo constituyen (autopoiesis). Para esta continua producción y reproducción de unidad se requieren distinciones que permitan indicar lo que va a ser utilizado como unidad y lo que no (10). Tan pronto como la distinción misma sea la indicadora, es decir, se convierta en objeto de la misma operación distintiva, surge una paradoja (11). La unidad, que ha de ser determinada sólo mediante una distinción, no puede distinguirse a sí misma de la distinción. Esto equivaldría a preguntarse por el derecho (o no derecho) a distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es. Y sin embargo es precisamente en esta paradoja en la que se basan todos los sistemas autorreferentes, no convirtiéndola en objeto de sus propias operaciones. «*Summum ius, summa iniuria*» podría exclamarse como grito desesperado —pero precisamente en el sentido de que este principio no puede introducirse en el sistema como directiva, y a pesar de ello el sistema se basa precisamente en él. La paradoja no es ninguna contradicción, y por ello tampoco la promesa de una síntesis de la «dialéctica» conduce más lejos. La paradoja no afirma: jurídico *igual* a antijurídico, sino jurídico *a causa de* lo antijurídico (12). Este problema escapa a todo allanamiento lógico. Puede, sin embargo, ser *desparadojizado* a través de la *codificación* sistemática.

(9) Sobre los inicios de una teoría de los sistemas sociales sobre estas bases, ver Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984.

(10) Apoyamos esta tesis de una función básica de distinción e indicación (distinction, indication) en George SPENCER BROWN, *Law and Form*, 2.ª edición New York, 1972.

(11) La lógica de SPENCER BROWN excluye, por lo tanto, este caso o lo trata como anulación de la distinción: ver sin embargo VARELA, *op. cit.* (1975) que lo integra en el cálculo como tercer valor de la self-indication.

(12) De tal forma la paradoja era un tema central de las tragedias griegas. Precisamente por defender su derecho (a la venganza, la desobediencia, o la inocencia) cae el héroe en lo antijurídico. Se ha intentado resolver el problema con ayuda de la lógica, como si se tratara de evitar una contradicción en el derecho, y ello condujo a continuación al descubrimiento de la forma lógica de la paradoja (Epimenides).

Por la aceptación de un código binario (jurídico/antijurídico) el sistema se obliga a sí mismo a esa bifurcación, y sólo reconoce las operaciones como pertenecientes al sistema, si obedecen a esta ley. Al igual que en el «jardín de los senderos que se bifurcan» es todavía posible andar sobre ambos senderos ramificados simultáneamente; pero la noción del tiempo necesaria para ello no se puede indicar en el sistema, y un texto que se refiera a ella, habría de ser a su vez codificado (13). Sin embargo, este significativo silencio de la paradoja se puede solucionar también de forma diferente; podría, por así decir, solucionarse técnicamente mejor mediante su codificación. Si los sistemas se basan en una diferencia codificada (verdadero/falso, jurídico/antijurídico, tener/no tener), toda autorreferencia tendría lugar dentro de estos códigos. Opera dentro de esos códigos como relación de negación, que exceptúa terceras posibilidades y contradicciones; precisamente este procedimiento que establece el código no puede aplicarse a la unidad del código mismo. Si no fuera: por un observador.

### III

Mientras que la teoría del derecho y la dogmática jurídica están comprometidas en la reproducción del sistema jurídico, y por consiguiente han de colaborar en la anulación de su paradoja y en su codificación, la sociología puede observar y describir el sistema basado en su paradoja constituyente. Esto no la aboca ni a una sospecha de motivación ni a un conocimiento superior. Al contrario, la sociología aprende precisamente a partir de esta forma de observación, ya que si ella misma fuera teoría del derecho, también tendría que aceptar una anulación de la paradoja del sistema. La observación de la paradoja reconduce a la sociología al problema de cómo ella misma como ciencia podría des-paradojizar su propia paradoja: la paradoja de que existen tesis que son falsas porque son verdaderas. Un sistema no puede tener una estructura autorreferente sin chocar con semejantes problemas. Precisamente por esta razón la observación *ab extra* ofrece la ventaja de poder describir otro sistema que no fuera herméticamente autorreferente.

El análisis sociológico de la tarea jurídica se ha acercado a este problema en algunos aspectos. El llamado «labeling approach» describe por ejemplo el comportamiento de distinción e indicación de la policía con dis-

(13) Ver el texto de Jorge Luis BORGES, «El jardín de senderos que se bifurcan», en: *Ficciones*, Madrid, 1972.

tinciones (basadas en teorías de la profesión, organización, o estratos) que trascienden la diferencia entre jurídico y no jurídico; mientras que la policía se basará simplemente en el hecho de que ladrones son ladrones y asesinos son asesinos. A continuación seguiremos un planteamiento más sistemático de las teorías del *labeling*, de la justicia de clase, del desigual acceso al derecho, etc. En ese contexto habrá que reformular una serie de temas que gozan de larga tradición, tanto en la teoría jurídica como en la sociología.

Comencemos con el viejo problema de la facticidad de la validez normativa. No sería equivocado, aunque tampoco muy productivo, afirmar con Kelsen, que la ciencia del derecho se ocupa de la validez de las normas y la sociología, por el contrario, de los hechos (14). La siguiente cuestión es cómo cabría tematizar esta diferencia en la sociología. Lo que Kelsen ya encontró hecho, y hasta hoy apenas ha sido desarrollado ulteriormente, es la respuesta de George Jellinek y Max Weber: la sociología se ocupa de la convicción fáctica de la validez (legítima) de las normas (15). Con ello la relación resulta definida o psicologizada de forma circular (a lo que Kelsen se opone con razón). Esta situación de la teoría, que paraliza toda la discusión sobre la «legitimidad», se supera, si se ve (como sociólogo) la calidad normativa de una comunicación en la *facticidad de una expectativa contrafáctica* (16). Una expectativa tiene por lo tanto una pretensión normativa, si su comunicación promete que dicha expectativa se mantendrá también en caso de desilusión. Esto es por lo pronto sólo la manifestación de una intención subjetiva. El derecho se produce, entonces, por la selección y generalización de semejantes pretensiones normativas. Son válidas al ser aceptadas por otros, al perdurar, es decir, cuando pueden ser repetidas en otros casos y formalizadas de forma general y relativamente libre del contexto. La semántica del «deber» simboliza el resultado de semejante proceso de generalización.

Si se admite ese concepto de norma, puede ser integrado en una teoría de la autopoiesis del sistema jurídico (17). Autopoiesis quiere decir que un sistema reproduce los elementos, de los que está constituido, en un orden hermético-recursivo, por medio de sus propios elementos. Ello

(14) Entre otras en: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922.

(15) Ver sólo George JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.ª edición, 6.ª reimpression, Darmstadt 1959, pp. 333 ss.

(16) Ver Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2.ª edición, Opladen 1983, pp. 40 ss.

(17) Ver Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., pp. 254 ss.; LUHMANN, «Die Einheit des Rechtssystems», *Rechtstheorie*, 14 (1983), pp. 129-154.

ocurre o no ocurre de un momento a otro; no existen medias tintas o terceras posibilidades. En este sentido la comunicación autopoiética del derecho transmite, tanto en la vida diaria como en la práctica organizada de la decisión, la calidad normativa de la comunicación a la comunicación, y se reproduce con ello a sí misma. Esto puede realizarse según el código del derecho tanto a través del símbolo comunicativo «jurídico» como también por mediación del símbolo comunicativo «antijurídico» (pero no por ejemplo por el símbolo comunicativo «útil»). La ambivalencia contradictoria asegura la universalidad del código; éste puede ser aplicado a todo comportamiento humano y a todas las situaciones relevantes en ese contexto, ya que todo es o jurídico o antijurídico (pero no: un poco jurídico).

El estricto hermetismo recursivo del sistema, que corresponde sociológicamente con la diferenciación social de un sistema funcional para el derecho, significa que no puede haber ni *input* normativo ni *output* normativo. El derecho no puede importar las normas jurídicas desde un entorno social (no existe ningún «derecho natural») ni puede dar normas a ese entorno (las normas jurídicas no pueden valer como derecho fuera del derecho). La normatividad es el modo interno de trabajar del derecho, y su función social consiste precisamente en que cumpla la misión de disponibilidad y modificación del derecho para la sociedad. Todo contacto del sistema jurídico con el entorno debe por lo tanto utilizar una forma diferente de expectativa. Toda orientación del derecho respecto a su contorno utiliza la cognición. Es decir, se basa en expectativas que cambian el caso de desilusión. En total contraposición con la actividad normativa, la actitud cognoscitiva está dispuesta a aprender. Presupone un esquema de aprendizaje, que predetermina con suficiente claridad lo que entraría en juego como expectativa sustitutiva, de no cumplirse una expectativa. En la medida en que semejantes esquemas de aprendizaje pueden ser desarrollados, también el derecho podrá aprender y adaptarse a su entorno (18).

Este concepto teórico posibilita la reformulación de la paradoja constituyente del derecho: el sistema jurídico opera simultáneamente bajo premisas normativas y cognoscitivas; está dispuesto a aprender y a no aprender, a la medida de su propia estructura diferenciadora. Es un sistema cerrado y abierto: es cerrado porque es abierto y abierto porque es

(18) Hay que observar en este caso, que también el aprendizaje como proceso es un acontecimiento meramente sistémico-interno, un momento de la autopoiesis del sistema, ya que el sistema no puede aprender fuera de sí mismo. Ver Humberto R. MATURANA, «Reflexionen: Lernen oder ontogenitische Drift». *Delfin*, I, II, (1983), pp. 60-71.

cerrado (19). Apertura y no apertura no suponen ninguna contradicción ya que no están definidas en el sentido de una mutua relación excluyente; su contradicción, empero, sitúa al sistema bajo exigencias específicas de anulación de la paradoja. La cuestión se plantea de esta forma: cómo puede el sistema combinar aprendizaje y no aprendizaje en el sentido de una relación de mutuo aumento y por medio de ello, adaptarse a la evolución social.

#### IV

Para la recombinación continua de reproducción cerrada y orientación ambiental abierta, es decir, de modelos normativos y cognoscitivos de expectativa, el sistema jurídico dispone de dos formas de comunicación: decisiones y argumentos. Decisiones jurídicamente vinculantes se producen cuando el sistema jurídico utiliza la capacidad del sistema político de imponer decisiones colectivamente vinculantes, incluso en caso de resistencia. La integración de la capacidad de aprendizaje se realiza aquí mediante programas de decisión, que adaptan su aplicación a las circunstancias de una situación concreta. Si ello no fuera suficiente, se prevé también la variabilidad de los programas de decisión y se llega así finalmente al principio de la *positividad del derecho*. El derecho es válido entonces en razón de decisiones que establecen su validez. El sistema jurídico mismo ha de creer en esta razón de validez. En cambio, la sociología está en condiciones de remitir la razón de validez a una paradoja y sacar de ello sus conclusiones: el derecho positivo es válido, *porque podría ser modificado por una decisión*; aunque en este momento nadie piensa en ello o nadie puede iniciar un procedimiento de modificación. La validez se basa por tanto en la posibilidad de su negación. También se puede decir en una formulación teórico-sistemática en boga: el derecho produce la posibilidad de su eliminación, inhibe esta posibilidad para el caso normal y desinhibe esta inhibición bajo condiciones especiales (las cuales, según el derecho válido, pueden también incluir «casualidades»).

La argumentación, mediante la cual se delimitan los espacios de decisión (cualquiera que fuera su nivel) y se reducen sin decisión las cargas de decisión, plantea problemas sistémicos de otra índole. También aquí puede constatararse una diferencia entre el criterio sistémico-interno y la observación sociológica. Dentro del sistema jurídico se recomienda creer en la

(19) Consideraciones similares persigue de forma multifacética Edgar MORIN en: *La Méthode*, Tomo I, París 1977, Tomo 2, París 1980..

fundamentabilidad, aunque no en determinadas razones. Como concepto global de todas las razones importantes resulta casi imprescindible la razón (20).

Desde puntos de vista como los de la «justicia de clases» o la «técnica de trabajo jurídico insensible», el estilo jurídico de argumentación ha sido criticado en las últimas décadas tan vehemente como superficialmente (21). Una observación sociológica, que trabaje con la teoría sistémica, elegirá un enfoque completamente distinto.

Su punto de partida será este problema: cómo es posible que los argumentos no se yuxtapongan de forma aislada y sin vinculación ninguna, sino que se apoyen mutuamente, de manera más o menos positiva o negativa. Partiendo de la teoría de la información, esta relación de apoyo se puede calificar como *redundancia*. Es decir, el valor informativo (efecto sorpresa) de un argumento disminuirá por el hecho de que ya se conozca otro argumento (22). El ordenamiento de los argumentos ahorra —en la medida que se «espese»—, el trabajo de informarse y conduce de esta forma a la decisión. Una redundancia suficientemente densa es la condición previa para que un argumento se sustituya por otro con vista a unas consecuencias; también es, por lo mismo, condición previa para que se capte el valor polémico de un argumento y pueda continuarse la polémica como polémica sobre argumentos. Sólo la redundancia puede, basándose en la argumentación, determinar lo que hay que decidir: sólo así la decisión puede tener un resultado igualmente captable para todos los implicados y si la redundancia es demasiado escasa ni siquiera está asegurado que se imponga, a pesar de toda voluntad de decidir y de todo poder. En este sentido está plenamente justificado contraponer argumentación y «decisionismo».

(20) Precisamente los sociólogos, que tratan de hacer justicia a su objeto, reconocerán este hecho. Ver Helmut SCHELSKY, «Die juristische Rationalität», en: *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, pp. 34-76.

(21) El interés por la filosofía práctica y la argumentación racional se ha renovado como reacción, sobre todo, contra la crítica basada en Marx. Ver p. e. Ralf DREIER, *Recht-Moral Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981. En este contexto de discusiones es tal vez Habermas el que más se acerque a la paradoja, al inclinarse hacia ambos lados.

(22) Este concepto de redundancia presupone una *diferencia* de los argumentos y se basa en las relaciones entre ellos. Otra forma de su aplicación designa la *igualdad* de los elementos. En este caso la redundancia se basa en los elementos del sistema mismo y se convierte en entropía. Acerca de la redundancia en el sentido que aquí se indica, ver también Henri ATLAN, *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*, París 1979.

Sin embargo, la redundancia tiene cualidades que la empresa jurídica conoce o desconoce. Su estructura es *simétrica*. Si un argumento disminuye el valor informativo de otro, también ocurre al contrario. Si se argumenta con razones, es porque las razones fundamentan. Además, *la redundancia aumenta en los casos polémicos* y, como sabe cualquier terapéutica familiar, en los *casos patológicos*. De una palabra surge otra, casi sin valor informativo para el observador. El interés del sistema por el procesamiento de casos jurídicos no puede, sin embargo, interpretarse simplemente como interés por el aumento de la redundancia. El jurista profesionalmente implicado ha de *saber utilizar y disminuir la redundancia al mismo tiempo*. Debe saber reducir y aumentar simultáneamente la inseguridad, surgida por la dependencia de informaciones ulteriores, y dirigirla con base en ellas. Esto puede producirse de forma muy trivial y simple, si el jurista se reserva su propia opinión con respecto a los implicados (23). Una forma más objetivada es la asimetrización de la redundancia, utilizando la argumentación como búsqueda de razones imparciales. Las teorías de la argumentación jurídica, que de entrada definen la argumentación como un intento de fundamentación (24), obstaculizan las posibilidades de la observación del sistema jurídico. Un sociólogo como observador querrá reservarse la cuestión de la adjudicación, preguntándose si las razones son elegidas a causa de la fundamentación o la fundamentación a causa de las razones; y querrá averiguar cómo procede el jurista al tener que aumentar y disminuir la redundancia (25). Querrá observar el manejo de la paradoja del sistema.

Formas más antiguas de la argumentación jurídica habían presupuesto el derecho como un conjunto de leyes, prejuicios, conceptos y «lugares comunes», e intentando derivar de ellos la decisión sobre el caso. La argumentación tuvo que realizar la reducción del aspecto concreto al general, tratando el arsenal de fundamentos como un hecho incontestable. Esta forma de argumentación se rechaza hoy ampliamente como «jurisprudencia conceptual» o «jurisprudencia analítica». Ha sido sustituida, por lo menos en teoría, por un modo de interpretación más pragmático, utilitarista, socio-técnico, orientado a las consecuencias. Las decisiones

(23) Acerca del significado del mantenimiento de la inseguridad a través del aplazamiento de la decisión en el procedimiento jurídico, ver Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, reimpresión, Frankfurt, 1983.

(24) Así p. e. Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischer Begründung*, Frankfurt 1978, siguiendo a Habermas y en concordancia con el criterio jurídico-teórico y jurídico-metodológico dominante.

(25) Ver Rüdiger LAUTMANN, *Justiz, die stille Gewalt: Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt 1972.

deben ser justificadas por sus resultados, y la argumentación ha de originarse en ello. En este contexto, los resultados no son simplemente hechos, sino diferencias. Depende de la diferencia que pueda introducir la decisión (o la argumentación o la regla en la que se apoya) en comparación con lo que el caso sería sin ella. Desde que se impuso la «jurisprudencia de intereses», se considera de buen estilo jurídico argumentar con los resultados y las consecuencias de la decisión, y valorarlos. Esta forma de argumentación y decisión no ha dejado de ser cuestionada (26), pero parece ser imprescindible, ya que sin ella no sería posible actuar. La sociología ha constatado de entrada con satisfacción que con la jurisprudencia de intereses y la orientación a las consecuencias crece también la demanda de conocimiento empírico, sociológicamente elaborado. Al aumentar el distanciamiento (incluso con respecto a sí misma), la sociología nota muy pronto que de esta forma no se puede satisfacer la demanda. ¿Quién podrá decir con la necesaria seguridad si las consecuencias que no surgen inmediatamente de la decisión se producirán realmente? ¿Quién excluirá que se presenten consecuencias inesperadas, que pueden cambiar la valoración de la decisión a posteriori? ¿Quién, incluso, garantizará que la decisión misma se mantendrá de forma constante? Estas preguntas pertenecen al repertorio standard de la teoría de la decisión y de la sociología, y no pueden ignorarse sin más. Si el sistema jurídico, a pesar de todo, practica la orientación a las consecuencias, lo hará sin tener en cuenta estas reservas. En muchos casos aislados puede ser inocuo o acertado. El principio teórico de que toda justificación puede concentrarse en última instancia sólo en las consecuencias, lleva sin embargo, a la paradoja: lo imposible es postulado como necesario (27).

Una segunda reflexión señala que el principio de orientación a las consecuencias no puede ser generalizado. Tiene que reservarse para la práctica

(26) Ver Niklas LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, pp. 31 ss. (edición española: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid 1983, pp. 59 ss.), y en el contexto de una discusión sobre el sentido americano del liberalismo Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1978. La subsiguiente discusión ha mantenido el criterio de la orientación a las consecuencias, pero ha intentado diferenciar. Ver sobre todo Günther TEUBNER, «Folgenkontrolle und responsive Dogmatik», *Rechtstheorie*, 6, 1975, pp. 179-204; Thomas W. WALDE, *Juristische Folgenorientierung*, Königstein Ts., 1979; Gertrude LUBBEWOLF, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Freiburg, 1981; Hubert ROTTLEUTHNER, «Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung», en: *Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz*, Beiheft 13 del *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden 1981, pp. 97-118; Winfried HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, Festschrift Helmut Coing, München 1982, p. 492-524.

(27) Obsérvese que la necesidad de lo imposible implica una inversión lógica de la definición de contingencia. Contingente es algo que no es ni necesario ni imposible, y precisamente eso define, en última instancia, la posibilidad de la decisión.

profesional del jurista y para el trabajo de decisión organizado legislativa o judicialmente. Si todo el mundo se orientase libremente a las consecuencias, ello equivaldría a uno de estos *strange loops* (28), con los que la paradoja atrae la atención hacia sí. Para el consumidor jurídico corriente, las consecuencias dependen en primer lugar del hecho de si resulta sorprendido o no, si el adversario se decide al pleito o no, es decir, si el sistema jurídico interviene o no. Esto también se puede formular como el problema del *free rider*. La función del derecho consistiría en excluir el *free riding*: el aprovecharse del orden sin obedecerlo. Sería una paradoja introducirlo de nuevo en el sistema jurídico como cálculo jurídicamente justificado.

Como de costumbre, paradoja no significa aquí imposibilidad en el mundo real o cese de la reproducción autopoiética del sistema. Al contrario, es precisamente el tratamiento de la paradoja, la autoeliminación de la paradoja del sistema, lo que interesa. Si la sociología, desde este punto de vista, pregunta por las consecuencias de esa creciente orientación a las consecuencias dentro del sistema jurídico, se imponen dos hipótesis: la diferencia del sistema entre un trabajo profesionalmente organizado y su «público» se agudizará, y al mismo tiempo se producirá una sobrecarga e inseguridad para la práctica jurídica que tiene que mantener esa diferenciación. Aparentemente, las antiguas formas jerárquico-autoritarias de la legislación y la jurisdicción son sustituidas desde arriba por una nueva diferenciación, que presupone que el pueblo se atenderá a las reglas, mientras que los juristas podrán modificarlas de acuerdo con sus consecuencias (29).

## V

Con respecto al mismo sistema jurídico resulta que la paradoja de su autorreferencia presenta inexactitudes en la autoobservación, como las que se encuentran a menudo en los dibujos paradójicos de Maurits Escher. Funciona las más de las veces, pero también hay elementos significativos que no permiten una fijación unívoca. Dos tradiciones importantes del pensamiento jurídico se han ocupado de este problema; yo pienso que la sociología podría comenzar una tercera tradición.

(28) En el sentido de HOFSTADTER, obra cit.: «something *in* the system acts *on* the system as if it were outside», p. 691.

(29) A consecuencias similares conducen las discusiones sobre la ética utilitarista. Ver p. e. en J. J. C. SMART, *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, en id. y Bernard WILLIAM, *Utilitarianism. For and Against*, Cambridge Engl. 1973, pp. 3-74 (42 ss.).

Bajo los supuestos mentales del derecho natural se planteó el problema de la derogación de un derecho iusnaturalistamente fundamentado. Se analizaron casos como el del robo por necesidad (30), el del interés público por la conservación del orden o el de la razón de Estado, en los que tuvo que ser aceptada una infracción del derecho normalmente válido (31). Los intentos de la construcción vacilaban en una cuestión: si habrían de aceptarse semejantes casos como infracción contra el derecho natural por razones convincentes, o si podrían fundamentarse dentro del derecho natural, p.e., como limitación de la propiedad o privilegio del poder estatal (*ius eminens*) (32).

La tradición de la antigüedad ofrecía además la posibilidad de introducir una especie de derecho amortiguador, tras el derecho propiamente dicho, con denominaciones como *ἐπιείκεια*, *aequitas*, equidad. En todo caso existía un enfrentamiento con el problema de la deficiencia lógica del orden jurídico y, por lo menos en casos aislados, con la experiencia de que el derecho era evidentemente la causa de su propia injusticia.

Con una diferenciación del derecho más intensa y una sistematización más vigorosa de su autonomía, este abanico de ofertas de soluciones parece haber perdido su plausibilidad. Fue sustituido, como si ya se conociera a Gödel, por la hipótesis de que la unidad lógica del sistema no puede producirse de forma interna, sino *ab extra*. Este *ab extra* era por lo pronto la voluntad y la especial providencia divina (33).

A lo largo de la secularización este lugar fue ocupado por el concepto del poder político (que por una parte se trasladó paulatinamente desde la «potesta» a la «potentia» y la «vis»). Después del derrumbamiento de la

(30) Ver P. J. MONTES, «Precedentes doctrinales del “estado de necesidad” en las obras de nuestros antiguos teólogos y juriconsultos». *La Ciudad de Dios*, 142 (1925), pp. 260-274 y 352-361.

(31) Ver Rodolfo DE MATTEI, «Il problema della Deroga e la “Ragión di Stato”», en: Enrico CASTELLI (editor), *Cristianesimo e Ragión di Stato*, Roma-Milano 1953, pp. 49-60.

(32) La limitación o la justificación específica parece haber sido a primera vista la solución jurídica adecuada; pero con ella sólo se repitió el problema de la inexactitud. Habría que imaginarse la concepción jurídica de un carnicero medieval, en el caso de que aquellos que estaban convencidos de que tenían hambre se precipitasen sobre los mostradores de carne escogiendo las mejores piezas.

(33) Introducidos ya en el siglo XVI y XVII a través del concepto de la legitimación inmediata del poder político. La política como «esta especial providencia divina» en Pedro BARBOSA HOMEN, *Discurso de la jurídica y verdadera razón de estado* (1629) cit. según Pierre MESNARD, «Barbosa Homen et la conception baroque de la Raison d'Etat», en: CASTELLI (editor), obra cit., pp. 109-116 (113).

estructura contractual del derecho natural, que sólo pudo justificarse circularmente y no fue capaz de solucionar el problema del derecho a la resistencia, únicamente quedó la posibilidad de reducir el origen del derecho a la violencia pura (34).

Kant sistematiza esta idea (35). Desde entonces se ha entendido la concepción de que la violencia, sin ser jurídicamente calificable en su origen, conduce sin embargo al estado legal —o para expresarlo en una formulación más reciente: «in ogni violenza vi è un carattere di creazione giuridica» (36). El origen en la violencia, empero, no se comprende como una tesis histórica que no tenga nada que ver con la actualidad. Si se interpretara la tesis del origen del derecho en la violencia, históricamente, sólo conduciría a la autorreferencia, es decir, a la concepción de que el derecho a medida que se alejase de su origen, debería constituirse en origen de sí mismo. La violencia, sin embargo, es un continuo fenómeno secundario del derecho, aunque externo. Desde el punto de vista del derecho, que se hace cargo de la violencia legal y no de la contraria a la ley, se trata de la externalización de aquellas diferencias lógicas del derecho, de forma, que admita la paradoja constituyente. Dice así: que el sistema jurídico puede superar toda clase de inexactitudes, contradicciones estructurales, «lagunas», etc., ya que al final el poder político apoya todo lo que se decida. La referencia externa de la violencia se reintroduce en el

(34) Una fundamentación cuidadosa (cualquier otro supuesto debería reducir el origen del derecho al derecho mismo, es decir, argumentar de forma circular) en Simon-Nicolas-Henri LINGUET, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, 2 Tomos, Londres 1767, especialmente Tomo I, pp. 284 ss. También una de las primeras fundamentaciones sociológicas del derecho: «c'est la Société qui a produit les loix, et non les loix qui ont produit la Société» (p. 230) y, como argumento contra la fundamentación circular del derecho: «Toute règle commune suppose des rapports, et la découverte de ses rapports, des connaissances; mais celle-ci, d'où naissent-elles?» (p. 234).

(35) Con ello acepta al mismo tiempo el planteamiento tradicional bajo el título acertado «Vom zweideutigen Recht» (de la justicia ambivalente). La equidad se convierte en un «derecho sin coerción», el estado de necesidad llega a ser una «coerción sin derecho», y la problemática se reduce a la imperfección lógica del orden jurídico, «ya que esta ambigüedad se basa en el hecho de que existan casos de derecho dudoso, para cuya decisión no se puede asignar a ningún juez». Citas del apéndice de la Introducción a la teoría del derecho, *Metaphysik der Sitten I*, según la edición de J. H. von KIRCHMANN, Leipzig 1870, pp. 35 ss. De forma sistemática Kant deduce esta «ambigüedad» a una confusión de las razones objetivas y subjetivas de la práctica jurídica. Este hecho, por su parte, se basa en el dudoso supuesto de que exista un sujeto que sabe diferenciar si su actuación es determinada de forma subjetiva u objetiva, por coerción o libertad.

(36) Eligio RESTA, *L'ambiguo diritto*, Milano 1984, p. 10 (el «ogni» subrayado en el original).

sistema como ambigüedad. La ambigüedad se vierte en los textos, y con ayuda de estos textos se puede demostrar que, en el caso concreto, todavía es posible aclarar algo. La «estructura profunda», que produce las reglas y los argumentos es, en última instancia, el poder jurídicamente condicionado. Ya que —al igual que en el caso de la paradoja— tampoco se puede cambiar este hecho, sólo queda la posibilidad de cuidar la cultura jurídica y envolver la violencia con las filigranas de figuras ideadas con esmero, de forma que en circunstancias normales sólo se llega a decisiones puntuales que se califican o descalifican a sí mismas como violencia. La violencia se disfraza, por consiguiente, de discrecionalidad, de concepto jurídico interminado, de elección metódicamente incontrolable del método de interpretación, y sólo hay que estar atentos a que no se admitan demasiadas ambigüedades de esta clase (37). En última instancia, el jurista puede decidir sobre todos los asuntos jurídicos, aunque no siempre de manera específicamente jurídica.

Todo esto es cierto, pero ¿satisface la teoría? El centrarse en un punto de vista externo permite opiniones en pro y en contra del derecho. Si se está en contra, se clasifica el criterio externo como violencia. Si se está a favor, se denomina paz. De esta forma puede uno enervarse indefinidamente. También se describe con acierto la reproblematicación de la violencia como arte del tratamiento de la ambigüedad. Aunque no se quiera renunciar a semejantes enfoques, podrá preguntarse, sin embargo, si no sería posible una teoría amplia que abarque mucho más.

El problema de autorreferencia paradójica presenta muchas facetas que salen a relucir según la teoría con base en la que está constituida la autorreferencia; o —dicho de manera más general— según como sea observada. Las dos teorías que hemos tratado —o sea, la teoría de la derogación y la de la violencia— habían percibido la paradoja como contradicción o inexactitud, intentando su anulación. La sociología a menudo teóricamente superficial, tiende a interpretar la paradoja —por ejemplo, la equivocación de la violencia— culpando a la sociedad por su mala configuración (38). Con una teoría que considera la autorreferencia como estructura constituyente de sistemas, y trata por lo tanto las paradojas como un fenómeno real, se llega a puntos de partida completamente distintos. En este caso, el amplio y muy evolutivo repertorio del análisis

(37) Ver Karl-Heinz LADEUR, «*Abwägung*»— *ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt, 1984.

(38) No deberíamos olvidar que *esta clase* de sociología deja insatisfechos a la mayoría de los sociólogos y que por lo tanto se está realizando las más de las veces investigación sin un marco teórico universal.

teórico-sistémico se puede relacionar directamente con el problema de la unidad paradójica del sistema jurídico. Si ello es así, la teoría jurídica puede integrarse en un marco teórico más general que le facilita posibilidades de comparación. Observar desde este punto de vista, cómo un sistema ordena su autorreferencia, anula su paradoja, asimetriza su simetría recursiva, hace que *toda* solución de ese problema aparezca como contingente; sin embargo limita, al mismo tiempo, como análisis funcional el enfoque a otras posibilidades, funcionalmente equivalentes. Habría que preguntar entonces: ¿bajo qué condiciones específicas se pueden realizar simultáneamente la apertura y la no apertura del sistema, teniendo una complejidad creciente? O ¿cómo puede protegerse contra la recursividad la transformación de la redundancia (simétrica) en fundamentaciones (asimétricas)? O ¿cómo es posible presentar la unidad de la diferencia entre lo jurídico y lo antijurídico, o entre poder que establece el derecho y poder que lo mantiene (Benjamin) como inexactitudes relativas en el sistema, y transformarlas así en operaciones del sistema? O ¿qué consecuencias se pueden esperar en caso de fracaso? O más concretamente, ¿qué posibilidades tienen los terroristas que se basan en la especulación de Benjamin, según la cual el pueblo honra los actos violentos de los «grandes criminales» con «admiración secreta»? (39).

Aquí no podemos profundizar en semejantes planteamientos. Para terminar hay que mencionar tan sólo la poca importancia que tienen para el sistema jurídico. También esto se deduce del enfoque teórico que aquí presentamos. El problema no consiste en el gran abismo que presupuestadamente existe entre la teoría (abstracta) y la praxis (concreta). El problema surge directamente de la teoría de los sistemas autopoieticos. La ciencia se reproduce como ciencia y no como derecho. El derecho se reproduce como derecho y no como ciencia. La reproducción se realiza en el ámbito de los acontecimientos fácticos elementales, en el ámbito de la comunicación de momento a momento. Esto requiere un mínimo esfuerzo estructural, pero no, o sólo en raras ocasiones, reflexión. Al aumentar la complejidad, el derecho puede desarrollar técnicas para correlacionar casos similares, reencontrar decisiones previas semejantes, almacenar tónica o conceptualmente experiencias convincentes; sobre todo con motivo de la formación de las nuevas generaciones, es capaz de desarrollar fórmulas de aprendizaje y dogmática más sistematizadas, que pueden englobar, cada vez más, casos distintos en un principio. Finalmente puede evaluar los esfuerzos por diferenciar la filosofía del dere-

(39) Ver Walter BENJAMIN, «Zur Kritik der Gewalt», en: *Gesammelte Schriften II, I*, Frankfurt 1977, pp. 179-203 (183).

cho o la teoría jurídica, con ayuda de las cuales se refleja la unidad del sistema, a pesar de las necesarias distinciones internas.

Todo ello tiene escasa importancia para el renacimiento diario del derecho. En casos aislados la teoría puede prestar ayuda para la fundamentación de la decisión. Se le hará más justicia si se admite que es ella misma la que elige los casos para reproducirse como una especie de praxis peculiar «What is necessary for the reproduction of theoretical practice», a este resultado llega también la misma teoría del derecho, «is not control of the full run of legal outcomes, but rather continuing domination over paradigmatic or semiotically central events» (40). La teoría misma determina los casos adecuados, ya que es ella la que con ayuda de las experiencias de los casos ha de cambiar en determinadas circunstancias.

Si ello es válido para una relación sistémico-jurídica entre teoría y praxis, tanto más para las teorías que la sociología produce al realizar su propia autopoiesis y utiliza luego para observar el sistema jurídico. Se trata en este caso de una investigación para posibilitar una investigación ulterior, de verdades que pueden ser transmitidas de modo que en un tratamiento ulterior se conviertan en verdades o falsedades. El acoplamiento institucional en la Universidad de la formación y la reproducción de teorías ha conducido a valoraciones equivocadas que han de ser corregidas urgentemente. Y precisamente la sociología, que debería conservar un especial sentido para las circunstancias reales, habría de comprenderlo en primer lugar.

Basándose en estos presupuestos, se puede pronosticar un buen futuro para una colaboración más estrecha entre la sociología del derecho y la teoría jurídica. Ambas tienen una enorme necesidad de recuperación respecto a la teoría y la situación general de discusión interdisciplinaria. El concepto de la teoría de los sistemas autorreferentes supone una oferta de discusión, no una oferta de fusión. Tesis como la constitución paradójica y la anulación contingente de la paradoja, la apertura gracias al hermetismo, la introducción de la diferenciación entre sistema y entorno, el acceso de realidad de un «second order cybernetics» gracias a la observación y otras, se fundamentan exclusivamente en la diferenciación. No comienzan y finalizan el análisis con la unidad sino con la diferencia. Se basan en última instancia en una hipótesis, que toda lógica de la reflexión ha de presuponer: toda evolución y construcción de una complejidad más rica presupone líneas divisorias, y sólo de esta forma puede el mundo observarse a sí mismo.

(40) Thomas C. HELLER, obra cit. p. 189.