

JUSTICIA AUTOSUBVERSIVA: ¿FÓRMULA DE CONTINGENCIA O DE TRASCENDENCIA DEL DERECHO? *

Self-subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?

Gunther TEUBNER

Universidad de Francfort (Alemania)

RESUMEN

En este artículo el autor se pregunta si la teoría social del derecho puede aportar una contribución específica a un concepto de justicia viable hoy en día, frente a lo que sobre ella puede decir la filosofía moral, política y jurídica. En su opinión, los conceptos de autopoiesis y deconstrucción (Luhmann y Derrida) tienen el potencial suficiente para activar tal contribución en dos direcciones diferentes: reconstrucción de una genealogía de la justicia y observación de las paradojas decisionales del derecho moderno. El planteamiento genealógico intenta descubrir las conexiones ocultas entre la semántica de la justicia y la estructura social (lo cual, por otro lado, puede desembocar en la reformulación de un concepto plausible de justicia en las condiciones actuales). Un procedimiento deconstructivo permite, a su vez, observar el hiato existente entre las estructuras jurídicas y las decisiones, un hiato que provoca importantes paradojas en los procesos de toma de decisiones jurídicas. Mediante tal observación es posible alcanzar una comprensión más profunda de la justicia, que el autor interpreta, en última instancia, como un proceso de autodescripción del derecho que socava el carácter recursivo de las operaciones jurídicas y que fuerza al derecho a su autotranscendencia, pero que se sabotea a sí mismo porque en su realización crea siempre una nueva injusticia: una experiencia cuya elaboración literaria anticipó Heinrich von Kleist en su novela *Michael Kohlhaas*.

Palabras clave: derecho y sociedad, teoría social de la justicia, autotranscendencia del derecho, Michael Kohlhaas.

* Este texto procede de un seminario co-organizado con Rudolf Wiethölter en el año 2006 en torno al tema "Hacer justicia al otro: alteridad versus universalidad en las teorías de la justicia más recientes". Agradezco especialmente los comentarios críticos de Sonja Buckel, Eva Buddeberg, Andreas Fischer-Lescano, Rainer Forst, Malte Gruber, Vaios Karavas, Fatima Kastner, Soo-Hyun Oh, Anton Schütz, y Thomas Vesting.

[N. del Ed.: el texto ha sido publicado recientemente en inglés, con ligeras modificaciones, en "Modern Law Review" 72, 2009, págs. 1 y ss. Esta versión en español ha sido realizada, a partir del original alemán, por Modesto Saavedra.

ABSTRACT

In this article the author wonders whether the social theory of law can make a specific contribution to a concept of justice viable today, different from what moral, political and legal philosophy can say about it. In his opinion, the concepts of autopoiesis and deconstruction (Luhmann and Derrida) have sufficient power to activate such a contribution in two different directions: reconstruction of a genealogy of justice and observation of paradoxes of decisions in modern law. The genealogical approach tries to discover the hidden connections between the semantics of justice and the social structures (which, on the other hand, may result in the reformulation of a plausible concept of justice in present day conditions). A deconstructive process, in turn, enables us to see the hiatus between legal structures and decisions, a hiatus that provokes important paradoxes in the processes of legal decision-making. Through such observation a deeper understanding of justice can be reached, which the author interprets, in the final instance, as a process of a self-description of law that undermines the recursivity of legal operations, and that forces law to self-transcendence, but which sabotages itself because in its realization it always creates a new injustice, an experience that Henry von Kleist anticipated in a literary form in his novel *Michael Kohlhaas*.

Key words: Law and society, social theory of justice, self-transcendence of law, Michael Kohlhaas.

I. “DERECHO Y SOCIEDAD” SIN JUSTICIA

“A mediados del siglo XVI vivió en la rivera del Havel un tratante de caballos llamado Michael Kohlhaas, hijo de un maestro de escuela y uno de los hombres más rectos y a la vez más terribles de su tiempo. (...) el mundo (...) habría tenido que bendecir su memoria si no se hubiera excedido en el cultivo de una virtud. Mas el sentido de la justicia lo convirtió en bandido y asesino”. Así es como Heinrich von Kleist empieza su novela sobre Michael Kohlhaas, una de las historias más conmovedoras jamás escritas en torno a la búsqueda de la justicia. “En cierta ocasión, salía de su tierra con una recua de caballos jóvenes, todos ellos relucientes y bien alimentados”. En uno de los muchos peajes que había en Alemania entonces, le dijeron que se detuviese y le exigieron pagar una tarifa y presentar un pase supuestamente otorgado como privilegio señorial por el Junker Wenzel von Tronka. Toda la historia del pase era una fábula. Bajo el pretexto de que tenía que dejar una prenda como garantía para poder obtenerlo, Kohlhaas se vio obligado a entregar dos de sus caballos al Junker. Éstos fueron enseguida utilizados para trabajos pesados en el campo y los trataron tan mal que cuando Kohlhaas regresó después de algunas semanas, “en lugar de sus dos caballos negros lustrosos y robustos, vio un par de jamelgos flacos y tristes”. Kohlhaas trató de buscar justicia al lado de la ley, en vano. El Junker tenía tantas relaciones de parentesco en la burocracia que siempre sacó ventaja frente al tratante de caballos.

Profundamente herido en su sentido de la justicia, Kohlhaas vendió su casa, reunió a un grupo de hombres armados en torno a él y comenzó una venganza

privada. Sin descanso persiguió al Junker, el cual escapó de su castillo y, cuando estaba escondido en Wittenberg, Kohlhaas prendió fuego a la ciudad. Entonces, el Junker huyó a Leipzig y Kohlhaas arrasó esta ciudad hasta los cimientos. Finalmente, las autoridades estaban tan aterrorizadas que aseguraron a Kohlhaas un juicio justo y éste se rindió. Ganó su demanda civil contra el Junker, pero fue condenado a muerte en un juicio penal por violación de la paz pública.

Pero entonces, una gitana misteriosa, dotada con poderes de brujería y adivinación, toma parte en los acontecimientos. Entrega a Kohlhaas un amuleto que un día salvaría su vida. En la cápsula había un pedazo de papel que contenía la fecha en que el Elector de Sajonia perdería su poder. El Elector estaba dispuesto a hacer cualquier cosa para averiguar el contenido del amuleto, incluso salvar a Kohlhaas del patíbulo. El día de la ejecución, Kohlhaas, ante los ojos del Elector y del pueblo, sacó la cápsula, retiró el papel sin sello y lo leyó, miró al Elector, se metió el papel en la boca y se lo tragó. Kohlhaas fue decapitado. Sus hijos fueron armados caballeros. El Elector perdió la corona.

¿Tiene la sociología jurídica algo que decir sobre el caso de Michael Kohlhaas? Aparentemente no: la sociología jurídica no sabe nada de la justicia. Es cierto que hay muchas investigaciones empíricas sobre la justicia local, sobre la opinión que la gente tiene acerca de lo que es justo y equitativo en diferentes situaciones conflictivas, y hay muchas teorías sociológicas sobre las normas jurídicas y las sanciones, sobre la profesión jurídica y los tribunales. Pero no hay una teoría socio-jurídica de la justicia¹. Los estudios de crítica jurídica y cultural suelen desvelar las *injusticias* del derecho en relación con el género, la raza, la pobreza y la cultura, pero eluden generalmente la pregunta sobre qué podría significar positivamente la justicia del derecho. La normatividad de la justicia aparece así, a lo más, como un proyecto político y no como un proyecto del derecho. ¿Es la justicia misma —la expectativa fundamental de los hombres respecto al derecho— el punto ciego de la distinción derecho/sociedad?

Son necesarios los observadores externos Jacques Derrida y Niklas Luhmann para iluminar este punto ciego y plantear la pregunta: ¿puede la teoría social del derecho aportar una contribución específica a un concepto de justicia viable hoy en día, frente a la filosofía moral, política y jurídica? Autopoiesis y deconstrucción —en mi opinión, las irritaciones* teóricas más importantes en el tema de “Derecho y sociedad” de las últimas décadas— tienen de hecho el potencial para activar

1. Roger Cotterell (2006) *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon, 2, 60, quien, con una teoría social del derecho cargada de contenidos normativos, es el que está más próximo al tema, afirma con prudencia: “Social theory has no direct link with the promotion of justice”.

* El autor utiliza en plural *Irritation*. En la terminología de Luhmann esta palabra tiene el significado de excitación intensa, de estimulación o incitación. No obstante, traduzco como irritación en castellano (aquí y más adelante) por ser un término técnico consagrado en el lenguaje de la teoría de sistemas [N. del T.].

tal contribución en dos direcciones diferentes: reconstrucción de una genealogía de la justicia y observación de las paradojas decisionales del derecho moderno².

Luhmann cultiva ambos “estilos”, y a ellos se refiere Derrida: “Un estilo es de carácter justificativo y aparentemente ahistórico: se exponen, se muestran paradojas lógico-formales. El otro, más histórico y anamnésico, parece ser el de una lectura de textos, una interpretación minuciosa y un procedimiento genealógico”³.

En el procedimiento genealógico, la justicia ya no aparece prioritariamente como un constructo del discurso filosófico, sino que hay que reconstruirla a partir de prácticas sociales concretas y autoimágenes del derecho que cambian constantemente. Así se abren perspectivas para análisis socio-históricos detallados que tienen como finalidad exponer las variaciones históricas de la justicia, y sus correspondientes afinidades con el cambio de diferenciaciones fundamentales en las estructuras sociales⁴. Una historización de la justicia en este sentido supone abandonar las pretensiones filosófico-jurídicas de una justicia universal en el tiempo y el espacio, pero no implica caer en un relativismo del todo-vale. Más bien, intenta descubrir las conexiones ocultas entre la semántica de la justicia y la estructura social. Y la fortaleza específica de la sociología jurídica radica, precisamente, en analizar las variaciones concomitantes de la justicia y las estructuras sociales con investigaciones empíricas dirigidas teóricamente⁵. Esto puede desembocar, finalmente, en la reformulación de un concepto plausible de justicia en las condiciones actuales.

Si a partir de una perspectiva socio-teórica se puede demostrar que las estructuras sociales de las sociedades segmentadas y estratificadas han estado vinculadas a la semántica de la justicia distributiva y conmutativa, en la medida en que ésta se orientaba hacia la igualdad de los segmentos y hacia el rango de las jerarquías sociales⁶, ¿cómo podría definirse la relación entre las estructuras sociales actuales

2. Sus textos más importantes sobre el tema de la justicia: Jacques Derrida (1999) *Préjugés: Vor dem Gesetz*, Wien: Passagen; Jacques Derrida (1991) *Gesetzeskraft: Der ‘mystische Grund der Autorität’*, Frankfurt: Suhrkamp; Jacques Derrida (1995) *Marx’ Gespenster: Der verschuldete Staat, die Trauerarbeit und die neue Internationale*, Frankfurt: Fischer; Niklas Luhmann (1974) *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer; Niklas Luhmann (1981) “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft”, en: Niklas Luhmann (ed.) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt: Suhrkamp, 374-418; Niklas Luhmann (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 214 ss.

3. Derrida (1991) (nota 2), 44.

4. Se pueden costatar distintas matizaciones de un derecho de este tenor, “adecuado al tiempo histórico”, en Reinhart Koselleck (2006) “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung”, en: Reinhart Koselleck (ed.) *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt: Suhrkamp, 365-401, 365 ss.; Derrida (1991) (n. 2), 19; Niklas Luhmann (1981) “Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft”, en: Niklas Luhmann (ed.) *Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 2*, Frankfurt: Suhrkamp, 45-104, 48 ss.

5. En este sentido argumenta el volumen colectivo de Michael Corsten, Hartmut Rosa y Ralph Schrader (2005) *Die Gerechtigkeit der Gesellschaft*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.

6. En este sentido, Luhmann (1993) (n. 2), 224, 226 ss., 233 ss.

y la semántica de la justicia? Junto a directrices para la investigación teórica y empírica, se ofrecen también impulsos normativos para una comprensión diferente de la justicia en el derecho contemporáneo. La *re-entry* de tales análisis sociológicos en el derecho abriría un “espacio imaginario” para la normatividad de la justicia más allá del derecho natural y del positivismo jurídico⁷. En este punto, el hiato problemático existente entre las estructuras jurídicas y las decisiones, que provoca las paradojas del derecho, puede conducir a una comprensión más profunda de la justicia —en el sentido de las prácticas subversivas de autotranscendencia del derecho, que son objeto de poca atención en la teoría jurídica predominante y en la dogmática—⁸. En última instancia, en efecto, la justicia sería una autodescripción jurídica que se sabotea a sí misma porque en su realización crea siempre una nueva injusticia: una experiencia cuya elaboración literaria anticipó Heinrich von Kleist en su *Michael Kohlhaas*.

II. EN LUGAR DE RECIPROCIDAD: ASIMETRÍA DE LA JUSTICIA JURÍDICA

La teoría social del derecho critica las teorías filosóficas más importantes de la justicia en la actualidad por no ser suficientemente históricas ni suficientemente sociológicas. Aun cuando John Rawls y Jürgen Habermas pretenden reformular el concepto kantiano de justicia en las condiciones actuales —Rawls adopta elementos de la teoría económica moderna, Habermas introduce la intersubjetividad y la evolución de las estructuras normativas— sus ideas sobre la justicia siguen reflejando la antigua relación europea entre estructura y semántica: universalización de la reciprocidad, búsqueda del consenso, racionalidad⁹. Pero si se les toma la palabra a Derrida y Luhmann, cada uno de estos aspectos de la justicia debe ser sustituido por nuevas conceptualizaciones: asimetría, orientación al entorno, y lo otro no-racional de la justicia.

Rawls y Habermas trabajan con el principio moral de la reciprocidad entre actores individuales y su universalización en normas generales y abstractas, las cuales deben formar la base de una sociedad justa. El “velo de ignorancia” oculta las proyecciones normativas de los distintos actores racionales respecto de sus circunstancias particulares, y los induce a aceptar instituciones políticas impar-

7. Sobre la relación entre “re-entry” e “imaginary space” George Spencer Brown (1997) *Gesetze der Form*, Lübeck: Bohmeier.

8. Más detalles sobre las paradojas del derecho en Gunther Teubner (2003) “Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter”, en: Christian Joerges und Gunther Teubner (ed.) *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik*, Baden-Baden: Nomos, 25-45, 28 ss.

9. John Rawls (1975) *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt: Suhrkamp; Jürgen Habermas (1992) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp. Una comparación más informativa de sus conceptos de justicia en Rainer Forst (1999) “Die Rechtfertigung der Gerechtigkeit. Rawls’ Politischer Liberalismus und Habermas’ Diskurstheorie in der Diskussion”, en: Hauke Brunkhorst y Peter Niesen (eds.) *Das Recht der Republik. Festschrift für Ingeborg Maus*, Frankfurt: Suhrkamp, 105-168.

ciales. En la “situación ideal de comunicación” de Habermas, se supone que los procedimientos formales garantizan la expresión no distorsionada de los intereses individuales, así como su universalización discursiva en normas moralmente justas. Sin embargo, la multicontextualidad, una de las experiencias más desconcertantes de nuestra época, permite dudar seriamente de la actualidad de estas variantes del concepto kantiano de justicia¹⁰. Con la multicontextualidad, es decir, con la aparición de estructuras sociales intermedias, altamente fragmentadas, y con la disociación de sistemas de interacción, organizaciones formales y sistema social, la sociedad ya no puede ser entendida a partir de la interacción. Y la justicia tampoco puede seguir basándose de manera plausible en la universalización del principio de reciprocidad entre actores individuales¹¹.

Numerosas teorías sociales han abordado la relación problemática entre multicontextualidad y justicia desde distintos puntos de vista. El análisis de la fragmentación social no comienza con los teóricos contemporáneos de la pluralidad discursiva, sino que se remonta al concepto de solidaridad orgánica de Emile Durkheim, al nuevo politeísmo de racionalidades formales de Max Weber, a la pluralidad de los juegos de lenguaje de Wittgenstein y a la crítica sociológica de la moral kantiana de Theodor Adorno¹². Max Weber, en particular, analizó la modernidad como la ‘racionalización’ mutuamente independiente de esferas de valor y órdenes de vida diferentes, una racionalización que ha dado lugar a conflictos insolubles entre poderes despersonalizados basados en la fe. En tal situación la justicia no puede fundarse ya en la referencia a una razón única, a la reciprocidad y a la universalización. En la pluralidad de juegos de lenguaje de Wittgenstein, las peculiares estructuras regulativas de cada juego de lenguaje no se pueden justificar ni por los principios de la razón ni por valores abstractos, sino que sólo se pueden atribuir a la práctica de la forma de vida real. Según Adorno, entre una justicia universal en sentido kantiano y la sociedad moderna existe una contradicción estructural; su inconmensurabilidad con la diferenciación vertical

10. La formulación abstracta de la multicontextualidad se encuentra en Gotthard Günther (1976) “Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations”, en: Gotthard Günther (ed.) *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, Hamburg: Meiner, 249-283; Gotthard Günther (1976) “Life as Poly-Contextuality”, en: Gotthard Günther (ed.) *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, Hamburg: Meiner, 283-306.

11. Para una crítica a la atribución a la sociedad de la reciprocidad interactiva, Niklas Luhmann (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 823 ss. Una reformulación consecuente de la reciprocidad jurídica bajo condiciones de multicontextualidad, en Rudolf Wiethölter (1994) “Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?” en: Gunther Teubner (ed.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden: Nomos, 89-120, 119.

12. Emile Durkheim (1977) *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, Frankfurt: Suhrkamp, 152 ss.; Max Weber (1968) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr & Siebeck, 603 ss.; Ludwig Wittgenstein (1989) “Philosophische Untersuchungen”, en: Ludwig Wittgenstein (ed.) *Werkausgabe Bd. I*, Frankfurt: Suhrkamp, 234-580, 225 ss., 572; Theodor W. Adorno (1973) *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 294; Theodor W. Adorno (1996) *Nachgelassene Schriften Bd. 10: Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 147, 175.

y horizontal de la sociedad convierte el impulso moral de la justicia en su contrario: su orientación de la acción deviene irresponsable y sus buenas intenciones producen malas consecuencias.

Hoy nos vemos confrontados con la distinción de Lyotard entre *litige* y *différend* de los discursos herméticamente cerrados, con las rupturas de Foucault entre *epistêmes* incompatibles y con la pluralidad de sistemas cerrados, autorreferentes, de Luhmann¹³. Otras teorías están operando en las cercanías: las esferas de la justicia de Michael Walzer o las maneras de hacer mundos de Nelson Goodman¹⁴. En particular, las teorías del pluralismo jurídico y las versiones pluralistas del neomaterialismo apuntan a la relación entre la fragmentación de la sociedad y las diferencias insalvables de diversos ordenamientos jurídicos en lo que hace a sus principios de justicia¹⁵. Su incompatibilidad resulta de las colisiones entre prácticas sociales reales, las cuales desarrollan, cada una de ellas, su propia racionalidad y normatividad, y disponen por tanto de un enorme potencial para dañarse mutuamente. Con el mayor grado de abstracción, Gotthard Günther radicaliza el policentrismo en la forma de una multicontextualidad mucho más amenazante, es decir, en la forma de una pluralidad de perspectivas mutuamente excluyentes que están constituidas por distinciones binarias. Éstas son incompatibles entre sí y sólo pueden ser superadas por valores de rechazo, que, a su vez, no conducen más que a nuevas distinciones binarias¹⁶. Todos estos planteamientos, a pesar de sus notables diferencias en otros aspectos, coinciden en un punto: que la colisión de mundos singulares de significado de hoy día hace imposible su reconciliación mediante una racionalidad social, y mucho menos mediante una justicia que se extienda a toda la sociedad.

Las consecuencias para un concepto de justicia socialmente adecuado son drásticas. En las condiciones contemporáneas de fragmentación social, un concepto aristotélico o kantiano de sociedad justa ha perdido su plausibilidad, así que los atributos de justicia sólo pueden ser adjudicados a los fragmentos. Incluso si quisiéramos trasladar a Rawls o a Habermas a las actuales estructuras sociales y universalizásemos la reciprocidad entre los actores, tendríamos que comenzar con

13. Jean-François Lyotard (1987) *Der Widerstreit*, 2.^a ed. 1989, München: Fink, 17 ss.; Michel Foucault (2002) *Die Ordnung der Dinge*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, caps. 2, 3, 7; para las disciplinas científicas: Michel Foucault (1976) *Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt: Suhrkamp; para el derecho: Luhmann (n. 11), 595 ss.

14. Michael Walzer (1992) *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, Frankfurt: Suhrkamp; Nelson Goodman (1990) *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt: Suhrkamp, 134 ss.

15. Por ejemplo, Karl-Heinz Ladeur (1992) *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Berlin: Duncker & Humblot; Hanne Petersen y Henrik Zahle (1995) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth; Gunther Teubner (1996) "Altera Pars Audiatur. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", 65 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft*, 199-220. Una notable contribución a la teoría neo-materialista: Sonja Buckel (2007) *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrück, 226 ss.

16. Günther (n. 10).

relaciones recíprocas fragmentadas y terminaríamos con una justicia fragmentada, no comprensiva. Si se aplicase el velo de ignorancia o la situación ideal de diálogo a un intercambio económico entre actores racionales regidos por el principio de eficiencia en un mercado ideal, se llegaría, ciertamente, a una justicia universalizada que sería, sin embargo, de naturaleza económica y no haría justicia a los aspectos morales, jurídicos y políticos de nuestra vida, por no hablar de las cuestiones ecológicas. No es casualidad que Rawls limite su concepto de justicia al ámbito de la política. Él desarrolla su modelo de procesos de distribución con la vista puesta en la política institucionalizada, no para todo el tejido social. Y cuando intenta ir más allá de las instituciones políticas hacia un círculo más amplio de estructuras sociales, su modelo de sociedad como una “unión social de uniones sociales” resulta ser sociológicamente insostenible¹⁷.

Incluso si limitásemos la justicia a los fragmentos sociales, en condiciones de multicontextualidad la relación de reciprocidad entre actores individuales fracasaría como punto de partida para la justicia. Las injusticias de las instituciones fragmentadas no tienen lugar simplemente frente a sus miembros, lo cual podría ser corregido por el principio de simetría de las expectativas generalizadas de reciprocidad que rige entre ellos. La justicia/injusticia de una institución fragmentada es más bien una relación asimétrica, una relación entre una racionalidad parcial institucionalizada, surgida históricamente en reiterativas cadenas de operaciones, y su esfera pública, que abarca a toda la sociedad. La justicia tendría que ser elaborada entonces como una supernorma para una racionalidad parcial altamente desarrollada en el marco de su relación asimétrica con esta esfera pública, pero no como una relación simétrica de reciprocidad a partir de la interacción de sus miembros. En el lenguaje de la teoría de sistemas: si la justicia se basa en la reflexividad de los sistemas sociales, entonces la reflexividad de las interacciones, con la reciprocidad como elemento central, no es adecuada como un modelo para las organizaciones formales ni para los grandes sistemas funcionales. Éstos necesitan otras formas de reflexividad que se basen en sus lógicas internas, pero que al mismo tiempo las superen. Por tanto, una reflexividad que persiga la justicia debería desarrollar unas capacidades completamente distintas; no la capacidad de universalizar relaciones recíprocas, sino la capacidad de organizaciones y sistemas funcionales de tematizar el carácter restringido de su perspectiva racional especializada y elaborar a partir de ahí auto-limitaciones para sus formas expansivas de acción¹⁸.

Así pues, una visión sociológica constatará en la modernidad un *paradigma perdido*: la justicia como el ideal de una buena sociedad. Pero esto no significa, como propuso Kelsen, que el derecho tendría que abandonar por completo la

17. El concepto pre-sociológico de sociedad de Rawls aparece claramente en John Rawls (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 570 ss.

18. Sobre esto, Gunther Teubner (2006) “Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure”, 45 *Der Staat*, 161-187, 175 ss.

idea de la justicia¹⁹. Antes bien, hay que reformular la vieja idea bajo nuevas condiciones y diferenciar cuidadosamente entre distintos monocontextos de la justicia, entre la justicia moral, la justicia política, la justicia económica..., y la justicia específicamente jurídica. La búsqueda de una sociedad justa es hoy tan importante como lo ha sido siempre, pero para la *causa* de la justicia social la sociedad moderna no tiene preparado ningún foro, ni procedimientos ni criterios. La búsqueda de una sociedad justa no puede seguir ninguna vía regia, y ya desde el principio se divide en sendas diferentes.

Conceptos altamente diferentes de justicia se desarrollan en prácticas sociales específicas, que obedecen a su propia racionalidad y normatividad. En *Las esferas de la justicia*, Michael Walzer ha demostrado en relación con la propiedad cómo diferentes bienes a distribuir y diferentes contextos sociales producen necesariamente diferentes principios de justicia²⁰. Esto debe ser generalizado. La justicia política trata de la acumulación de poder y del consenso para la producción de decisiones colectivas y forma las instituciones básicas de la constitución política como una relación precaria entre compromisos de poder, agregación de intereses y expectativas políticas, por un lado, y demandas externas de la sociedad, por otro. Rawls y Habermas, ciertamente, prestan importantes contribuciones a esa justicia política. Pero tienen poco que decir en favor de una justicia jurídica específica que se ocupa de la solución de conflictos individuales mediante una tercera instancia neutral, vinculada a normas, así como de la configuración adecuada de los procedimientos judiciales, de la correcta aplicación de normas generales a casos concretos y de la singularidad de los casos y de las personas. No es de extrañar que *Justice as Fairness* de Rawls tuviese un gran éxito en contextos políticos, pero encontrase un eco escaso en el campo de la aplicación del derecho. Si la justicia judicial exige del juez, en la aplicación de normas generales, tomar cuidadosamente en cuenta las singularidades del caso, las demandas específicas de las partes, las connotaciones del conflicto social subyacente y la infinidad concreta de las personas afectadas, entonces el velo de la ignorancia de Rawls es contraproducente²¹. Así pues, la sociología jurídica tiene que desarrollar un concepto de justicia que tenga en cuenta la racionalidad y normatividad específicas del derecho, es decir, un concepto de justicia jurídica. Esto no significa, por supuesto, que el derecho posea el monopolio de la justicia. Antes bien, en contextos sociales diferentes coexisten diferentes conceptos de justicia, que no se ensamblan en ningún principio unitario.

19. Hans Kelsen (1960) "Das Problem der Gerechtigkeit", en: Hans Kelsen (ed.) *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien: Deuticke, 335-444.

20. Walzer (n. 14), 27. Una contextualización similar en relación con la igualdad persigue Herlinde Pauer-Studer (2000) *Autonom leben: Reflexionen über Gleichheit und Freiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 25. Forst distingue cuatro "contextos" para la justicia (ética, derecho, democracia, moral), pero considera posible su integración sobre la base de "principios" de justicia. Rainer Forst (1994) *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunismus*, Frankfurt: Suhrkamp, 388 ss., 412.

21. Análisis sensibles del conflicto entre la igualdad política y la justicia individual, en Christoph Menke (2004) *Spiegelungen der Gleichheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, en especial 203 y ss.

La igualdad, que es reivindicada por Habermas y Rawls como base conceptual de la justicia, tiene un significado radicalmente diferente en el derecho y en la política. La igualdad política resulta de una generalización que exige un tratamiento de igualdad agregada de los ciudadanos. La igualdad jurídica, en cambio, es el resultado de un proceso de individualización que busca un trato-igual-o-desigual del caso real nuevo en relación con los casos antiguos. ¿En qué se diferencia el orden descentralizado de la igualdad jurídica respecto de la generalización ética y de la agregación política?

En una primera aproximación, la aplicación reiterativa de operaciones jurídicas a los resultados de operaciones jurídicas en numerosos procesos judiciales puede ser entendida como el acontecimiento que crea, de forma descentralizada, la red artificial de normas jurídicas, conceptos dogmáticos y principios, y que, desde esta visión “local”, da forma a los conceptos jurídicos de la justicia. Las prácticas interminables de distinción relativas al trato-igual-o-desigual de los casos singulares son un mecanismo que hace que la igualdad jurídica difiera de la igualdad política, orientada a las decisiones colectivas vinculantes. Tratar igualmente lo que es igual y desigualmente lo que es desigual desencadena una serie reiterativa de distinciones. Este mecanismo generativo o, como lo llamaría von Foerster, esta “máquina histórica”, aumenta incesantemente la complejidad de los constructos jurídicos²². Menos interesantes a este respecto son los precedentes, el “*stare decisis*” y el trato igual de los casos iguales. Más bien, es la desviación del precedente, el “*distinguishing*” y el “*overruling*”, es decir, el trato desigual de los casos desiguales, lo que provoca la búsqueda de nuevas construcciones jurídicas y de una justicia específicamente jurídica.

Por supuesto, sólo se comprende la mitad del problema si la justicia jurídica se pone en relación únicamente con los procesos judiciales, es decir, con la aplicación autorreferente de decisiones pasadas y de reglas a nuevas situaciones fácticas. La otra mitad concierne a las irritaciones permanentes del derecho que proceden de procesos sociales externos y que dirigen hacia otras vías la semántica jurídica de la justicia. Aquí aparece la incongruencia típica de las normas jurídicas y de la dogmática respecto del conflicto singular, una incongruencia que surge debido a la variación concomitante de aquellas con el cambio de estructuras sociales distanciadas²³. La red de operaciones jurídicas que reaccionan a irritaciones externas se forma en otros contextos distintos de las irritaciones ocasionadas por los conflictos individuales que llegan a los tribunales. Estas irritaciones externas provocan una dinámica independiente que impulsa el derecho hacia una incongruencia inevitable con los conflictos individuales, los criterios jurídicos para su resolución y los principios de justicia. Diversas maquinarias de producción de normas sociales penetran en los centros del derecho desde la periferia transformando las normas

22. Heinz von Foerster (1993) *Wissen und Gewissen*, Frankfurt: Suhrkamp, 350 y ss., 356 y ss.

23. Sobre las irritaciones externas al derecho, Gunther Teubner (1989) *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt: Suhrkamp, 61 y ss., 81 y ss.; Luhmann (1993) 550 y ss.

sociales en normas jurídicas. Los mecanismos extrajurídicos de producción de normas más prolíficos están institucionalizados en organizaciones formales, en redes informales y en procesos de estandarización y normalización que compiten hoy con la maquinaria legislativa y el mecanismo de intercambio contractual²⁴. La búsqueda de la justicia jurídica no puede rechazar sin más estas normas producidas externamente por ser inadecuadas a las peculiaridades del conflicto individual. Al contrario, dicha búsqueda extrae, mediante la reconstrucción jurídica de esas normas, los criterios de los que puede esperarse la resolución del conflicto particular, revisándolos al mismo tiempo a la luz del *ordre public* jurídico. A partir de ahí se desarrollan, paso a paso, nuevos aspectos sustantivos de la justicia.

De esta manera, los principios de la justicia jurídica cambian permanentemente en su reiterativa confrontación con estas dos dinámicas: la decisión de conflictos particulares y la recepción de normas sociales. Esto sitúa la semántica de la justicia jurídica en una vía diferente a la de la justicia política, moral o económica, que siguen sus peculiares universalizaciones. A la experiencia moderna pertenece no sólo la diferencia entre ellas, sino también su contradicción mutua. La legislación, impulsada por las reflexiones de la justicia política, socava la justicia jurídica de los procesos judiciales y viceversa. Del mismo modo, los principios de justicia moral, elaborados sobre la base del respeto mutuo y sistematizados por la ética filosófica, se sitúan en una relación similar de contradicción y de crítica frente a las exigencias de la justicia jurídica.

Y esta contradicción perjudica la precisión de la argumentación existente hasta la fecha. Pues ella confirma y socava a la vez el estricto aislamiento de la justicia jurídica. Lo confirma en sus valores propios, que se diferencian de los de la justicia política o moral. Y lo socava con las provocaciones a las que está expuesta una justicia jurídica estricta por parte de la moral o de la política.

III. EN LUGAR DE LAS TEORÍAS DEL CONSENSO: JUSTICIA ECOLÓGICA

Bajo las condiciones de la multicontextualidad, Niklas Luhmann ofrece un concepto sociológico: la justicia es la fórmula de contingencia del sistema jurídico²⁵. El concepto es difícil, y es fácil malinterpretarlo. Significa que la tematización de la justicia en el sistema jurídico pone en marcha una dinámica social irritativa, que lleva drásticamente a la vista de todos la contingencia del derecho: ¡el derecho justo podría/debería ser de otra manera! La irritación provocada por la justicia comienza ya con la aparición de conflictos sociales, sigue actuando en la traducción de estos últimos a la lengua artificial del derecho, en la práctica de la aplicación del derecho, en las tácticas de los abogados, en las disputas interpretativas, en la

24. Teubner (n. 15), 200 y ss.

25. Luhmann (1993) (n. 2), 218 y ss.; cf. Ralf Dreier (2002) "Niklas Luhmanns Rechtsbegriff", 88 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 305-322, 315 y ss.

toma de decisiones jurídicas, en la imposición del derecho, en el cumplimiento de las reglas, y termina con el incumplimiento de las normas y decisiones jurídicas, con la protesta de la gente y su rebelión contra las injusticias del derecho. ¿Cómo opera la justicia en estas prácticas? No como una regla, ni como un principio, ni como un valor, ni como un criterio de decisión del derecho. Pero tampoco como un criterio externo al derecho con arreglo al cual pudiesen medirse las decisiones jurídicas, ni como una virtud moral, ni como un objetivo político, ni como una idea regulativa. Todo ello podría ponderarse, o bien con otras reglas, principios, valores y criterios internos, o bien con otras virtudes, objetivos e ideales externos. Pero, en el derecho, la justicia no es susceptible de ponderación alguna. En otros contextos, la justicia es un valor entre muchos, en el derecho es una fórmula de contingencia. La justicia jurídica es invocada como la fórmula orientativa central, como una fórmula indiscutible, y no puede entrar en competencia con ningún principio intra- o extrajurídico. Como fórmula de contingencia del derecho, la justicia tiene en el derecho un estatus similar al que tienen también otras fórmulas de contingencia en otros ámbitos: la legitimidad en la política, Dios en la religión, la escasez en la economía, la educación en la pedagogía, la limitacionalidad en la ciencia²⁶. Fórmula de contingencia significa: prohibición de la negación, canon, indiscutibilidad. Y su dinámica revela una paradoja. La necesaria búsqueda de indiscutibilidad, si puede ser observada como búsqueda, produce una y otra vez nuevas contingencias. Contingencia necesaria – necesidad contingente.

La fórmula de contingencia del derecho —la justicia—, aparece así como un necesario “esquema para la búsqueda de razones o valores, que sólo pueden obtener validez jurídica en forma de programas”²⁷. No se trata de un principio interno o externo al derecho, sino de una autoobservación de la unidad del derecho sobre la base de sus programas, de un autocontrol jurídico que opera, mediante la ya mencionada “máquina histórica” del derecho, en las prácticas interminables del trato igual y desigual. Esto lleva a Luhmann a definir la justicia como: “la complejidad adecuada de la decisión consistente”²⁸.

En el debate socio-jurídico subsiguiente, esta definición ha sido recibida con sumo escepticismo²⁹. Si la justicia es incapaz de proporcionar criterios sustantivos para las decisiones individuales, si no se puede identificar con un valor o principio jurídico, y si tampoco ofrece ninguna máxima ética o política externa, entonces es una justicia puramente formal que desemboca en la simple exigen-

26. Luhmann (n. 11), 469 y s.

27. Luhmann (1993) (n. 2), 223.

28. Niklas Luhmann (1981) “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft”, en: Niklas Luhmann (ed.) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 374-418, 388 y ss.; Luhmann (1993) (n. 2), 225 y s.

29. Por ejemplo, Josef Esser (1970) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2.^a ed. 1972. Frankfurt: Athenäum, 202 y ss.; Thomas Raiser (2007) *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Stuttgart: Mohr Siebeck, 139 y ss.; Klaus F. Röhl (2001) *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Köln: Heymann, § 53.

cia de consistencia conceptual. En ese sentido, no difiere de la lógica del *stare decisis* y de la sistematicidad de la dogmática jurídica, tendente a la consistencia de las decisiones. Esta crítica, sin embargo, no llega muy lejos. La fórmula de contingencia del derecho implica mucho más que la simple consistencia interna de la toma de decisiones: contingencia significa ser-posible-de-otra-forma y, a la vez, depender-de-otra-cosa. La fórmula de contingencia opera en el límite del derecho respecto de su entorno exterior, y apunta a la variabilidad histórica de la justicia y a su dependencia del entorno. Invocar la justicia —y este es el núcleo de la fórmula de contingencia— exige extraer consecuencias de la dependencia del derecho respecto de su ecología, de su entorno social, humano y natural. Así, más allá de la consistencia formal, entran en juego puntos materiales de orientación. En la definición “complejidad adecuada de la decisión consistente”, el aspecto crucial es la *adecuación social* en su relación con la consistencia interna. La intención de la justicia no es maximizar la consistencia dogmática, sino responder con sensibilidad a las demandas externas, extremadamente divergentes, y procurar al mismo tiempo la mayor consistencia posible. La fórmula de contingencia no apunta a una justicia inmanente al derecho, sino a una justicia que trasciende el derecho. La consistencia interna más la capacidad de respuesta a las demandas ecológicas: ésta es la doble fórmula de la justicia jurídica³⁰.

En contraste con las teorías neokantianas de la justicia, que afinan cada vez más las diversas exigencias formales y procedimentales de consenso y de universalización, tal concepto sociológico se concentra en los aspectos materiales de la relación del derecho con su ecología: ¿hace el derecho justicia, con sus pruebas de igualdad/desigualdad, a la sociedad multicontextual contemporánea? ¿Hace justicia a su entorno natural? ¿Hace justicia a los individuos? La orientación ecológica del derecho, en su más amplio sentido, es probablemente la contribución más importante que la teoría de sistemas, con su insistencia en la distinción sistema/entorno, aporta al debate sobre la justicia. La justicia dirige la atención del derecho positivo a la problemática cuestión de su adecuación al mundo exterior.

Pero es necesaria una cualificación específica. Pues, al mismo tiempo, la teoría de sistemas, con su insistencia en el cierre autorreferencial del derecho, revela una contradicción fundamental en la orientación ecológica de la justicia. La heterorreferencialidad empática del derecho, que sería exigible en el sentido de la justicia como adecuación del derecho en su relación con la sociedad, los hombres y la naturaleza, no puede alcanzarse recurriendo el derecho al mundo exterior, sino exclusivamente dentro del derecho. Éste está atrapado en las cadenas de sus

30. Sobre tal concepto de justicia referida al entorno en el más amplio sentido, en detalle Teubner (n. 23), 123 y ss., especialmente 147 y s.; Id. (n. 15), 218; Gunther Teubner y Peer Zumbansen (2000) “Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels”, en: Gunther Teubner (ed.) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 189-215; Gunther Teubner (2005) “Dreiers Luhmann”, en: Robert Alexy (ed.) *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 199-211, 201 y ss.; Id. (n. 18), 185 y ss.

operaciones autorreferenciales, que deciden sobre la igualdad/desigualdad de los casos particulares. En esta contradicción radica el aspecto central de la práctica de la justicia hoy en día: ¿cómo es posible la justicia en cuanto autotranscendencia de los límites del derecho, cuando está atrapada inevitablemente en el cierre autorreferencial del sistema jurídico? La justicia como necesaria pero imposible autotranscendencia del cierre del derecho: esto parece concebible sólo como una *coincidentia oppositorum* jurídica.

¿Cómo puede la justicia trascender el cierre del derecho, si la transferencia de validez sobre la base del código binario derecho/no derecho discurre exclusivamente por las cadenas reiterativas de las sentencias judiciales y de los actos legislativos y contractuales? La justicia se ve confrontada aquí con el cierre primario del derecho: clausura operativa por la concatenación de actos jurídicos – estructuras jurídicas – actos jurídicos. Debido a la autorreferencialidad improductiva y al aislamiento radical del derecho respecto de su entorno social³¹, la clausura operativa se ha convertido en sí misma en una importante fuente de injusticias en el derecho. Por eso, los críticos comunitaristas del derecho moderno exigen, con buenas razones, cambios radicales para romper los límites del derecho positivado, para volver a integrar el derecho formal en la sociedad y para establecer foros alternativos, procedimientos y criterios de una “*communal justice*”³². Sin embargo, como sabemos, las prácticas de la justicia en el derecho moderno han tomado un rumbo distinto. La justicia jurídica no rompe la clausura operativa para volver a la integración social de las operaciones primarias del derecho. Más bien, “trasciende” el derecho en el nivel de su segundo cierre, en el plano de las autoobservaciones jurídicas³³. Desde el momento de la transformación crucial del derecho, cuando en los procedimientos judiciales, la legislación y los contratos, la argumentación jurídica comenzó a excluir los argumentos *ad hoc* y *ad hominem* y a referirse solamente a materiales jurídicos especializados (precedentes, reglas, principios), el discurso sobre la justicia se convirtió en aquella parte de las autoobservaciones jurídicas que centra su mirada en los límites del derecho y, observándolos, intenta trascenderlos. Desde que el cierre de las operaciones jurídicas se completó mediante el cierre de las autoobservaciones jurídicas, las prácticas de la justicia se han concentrado siempre en la adecuación del derecho respecto a sus entornos.

¿Pero por qué la justicia, como práctica autoobservacional dentro del derecho, debería ser capaz de superar el cierre primario del derecho? La razón es la

31. Teubner (n. 23), 21 y ss.; Niklas Luhmann (1988) “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, en: Gunther Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin: de Gruyter, 335-348; Luhmann (1993) (n. 2), 38 y ss.

32. Por ejemplo, Cotterrell (n. 1), 65 y ss.; 91 y ss., 315 y ss.; sobre el cierre operativo del derecho, críticamente, también Michel van de Kerchove y François Ost (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris: Presses Universitaires de France, 101 y ss.

33. Sobre el doble cierre como condición necesaria de la auto-organización en general, Heinz von Foerster (1993) *Wissen und Gewissen*, Frankfurt: Suhrkamp, 25 y ss., 46 y ss.; en organizaciones formales, Niklas Luhmann (2000) *Organisation und Entscheidung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, capítulo 7.

“*re-entry*” de lo extrajurídico en lo jurídico. Mientras que las operaciones jurídicas en virtud de su secuencialización crean una frontera entre el derecho y el no-derecho, entre la comunicación jurídica y otros tipos de comunicación social, las autoobservaciones jurídicas utilizan precisamente esta distinción derecho/no-derecho, pero ahora dentro del mundo simbólico del derecho³⁴. Cada vez que la distinción “derecho/no-derecho” (¡“no-derecho” en el sentido de extrajurídico, no de antijurídico!) vuelve a entrar en la secuencia de las operaciones jurídicas, y ofrece a la argumentación jurídica la posibilidad de distinguir entre normas y hechos, entre actos jurídicos internos y actos sociales externos, entre conceptos jurídicos e intereses sociales, entre construcciones de la realidad internas de los procesos jurídicos y de los procesos sociales, entonces llega el momento en que el discurso de la justicia negocia una decisión sobre estas distinciones y plantea la cuestión de si las decisiones jurídicas hacen justicia a aquellos aspectos del mundo exterior, tal como han sido reconstruidos internamente³⁵. Esta apertura es el logro paradójico del doble cierre: de las operaciones y de las observaciones. Mientras que los actos jurídicos que producen normas, así como los argumentos que conectan normas, quedan dentro de sus respectivos circuitos cerrados de encadenamientos internos, la justicia, como autoobservación jurídica del derecho/no-derecho, y en virtud de la distinción interna entre autorreferencia y heterorreferencia, pone en relación el derecho con su entorno social (bien entendido: *enacted environment*, *not real environment*) y pregunta por su adecuación ecológica.

La justicia como praxis discursiva extrae consecuencias de la reintroducción de lo extrajurídico en el derecho. Se aprovecha de la confusión epistémica (*à la* Magritte: “This is not a pipe”) sobre el estatus de realidad de las observaciones heterorreferenciales del derecho. Un resultado de esa reintroducción es el ya mencionado “espacio imaginario” dentro del derecho, que, sin embargo, se entiende a sí mismo como realidad³⁶. En su juicio sobre la adecuación ecológica del derecho, la justicia no puede sino trabajar con ficciones sobre el mundo exterior, que ella debe tratar no obstante como realidades. Por eso la justicia sólo puede operar en el derecho dentro de este espacio imaginario, que surge mediante la reintroducción de la ecología en el derecho, mediante la reconstrucción jurídica interna de demandas externas derivadas de la sociedad, los hombres y la naturaleza.

Esto abre magníficas perspectivas para la creatividad jurídica en sus construcciones de la realidad, en sus imágenes de los hombres, de la naturaleza y de la sociedad, y en los intentos de adoptar decisiones jurídicas adecuadas a esas imágenes. Pero, al mismo tiempo, también quedan claras las deficiencias de la *re-*

34. Luhmann (1993) (n. 2), 66 y ss.; 338 y ss.

35. Sobre la relación de las organizaciones con el entorno, Karl E. Weick (1985) *Der Prozeß des Organisierens*, Frankfurt: Suhrkamp; sobre la “enaction” como alternativa a la “representation”, Francisco J. Varela (1992) “Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas”, en: F. J. Varela y J. P. Dupuy (eds.) *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, Dordrecht: Kluwer, 235-263, 235 y ss.

36. George Spencer Brown (1997) *Gesetze der Form*, Lübeck: Bohmeier.

entry: el derecho sólo puede esforzarse por lograr esa “adecuación a las imágenes” e intentar hacer justicia a sus construcciones internas del entorno, pero no podrá conseguir nunca una “adecuación al entorno”, es decir, no podrá hacer justicia a la naturaleza, a la sociedad y a los hombres “de ahí fuera, de la calle” en su propia operatividad. Este inevitable déficit del rasgo de ingenio que es la *re-entry* tiene drásticas consecuencias, de las que habrá que ocuparse aún.

En todo caso, se demuestra la dependencia social de la fórmula de contingencia que es la justicia en su afinidad con los grandes principios históricos de la diferenciación social. En este punto la teoría de la justicia depende, por su parte, de las subvenciones de la teoría social. Como ya dijimos al principio, los criterios de la justicia no están simplemente sometidos al cambio histórico, sino que varían en consonancia con los principios de la diferenciación social. En una sociedad estratificada se acepta como un requisito natural y necesario de la justicia que el juez tenga plenamente en cuenta el rango social de las partes en litigio. ¡La justicia no es ciega! La famosa fórmula del *suum cuique*, que hoy nos parece más bien una fórmula vacía, tiene un sentido concreto para las personas que viven en jerarquías de estratificación social legitimadas. Como Lawrence Rosen ha demostrado en sus estudios empíricos sobre la antropología de la justicia, esto es cierto para el derecho islámico tradicional, donde la justicia exige que la posición social de las partes y sus redes sociales sean meticulosamente reconstruidas en el proceso y se tomen en cuenta explícitamente para la decisión final³⁷. Max Weber se equivocó cuando llamó a esto peyorativamente la “justicia del cadí”, que a su juicio no estaba a la altura de las exigencias más elementales de justicia universal³⁸. Y eso mismo es cierto también para la antigua sociedad europea, en la que era norma jurídica legítima que los miembros de la nobleza, las *partes maiores*, ganasen el juicio, en caso de duda, en sus disputas con ciudadanos o campesinos. Es ya en el umbral de la modernidad cuando Michael Kohlhaas protesta violentamente contra un derecho que privilegia a los aristocráticos ladrones de caballos contra él, el tratante común de caballos³⁹. Si bien la *justitia mediatrix* de la Edad Media mediaba de un modo vertical-jerárquico entre el derecho divino, natural y humano⁴⁰, la justicia de la modernidad media de un modo horizontal-heterárquico entre la normatividad propia del derecho y la normatividad propia de sus entornos social, humano y natural. Hoy busca el derecho sus criterios de justicia en sus entornos,

37. Lawrence Rosen (1989) *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 58 y ss.

38. Max Weber (1921) *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2.ª ed. ampliada 1925, 5.ª ed. 1976 Tübingen: Mohr & Siebeck, 564 y ss.

39. Heinrich von Kleist (1963) “Michael Kohlhaas”, en: (ed.) *Kleists Werke Bd. 1*, Weimar: Volkerverlag, 81-187. Sobre ello, la instructiva interpretación sociológica de Michael Kauppert (2005) “Gesellschaftsstruktur und Gerechtigkeit in Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas*”, en: Michael Corsten, Hartmut Rosa y Ralph Schrader (eds.) *Die Gerechtigkeit der Gesellschaft*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 75-100.

40. Placentinus (1192) “Quaestiones de iuris subtilitatibus”, en: H. Fitting (1894) (ed.) *Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin: J. Guttentag, 53.

en diferentes discursos sociales, en el discurso educativo, científico, médico, político o económico, y les proporciona validez reconstruyéndolos jurídicamente. A pesar de la cláusula constitucional de igualdad, el derecho constitucional justifica el trato desigual cuando éste está justificado de acuerdo con los criterios pedagógicos, científicos, médicos, etc., es decir, de acuerdo con criterios “razonables”.

¿Es éste un nuevo derecho natural, que sustituye a Dios, la naturaleza y la razón por los principios de diferenciación social, algo así como un derecho natural sociológico? En realidad, este concepto de justicia socava la diferencia entre el positivismo y el derecho natural y declara a ambos correctos e incorrectos a la vez. Comparte con el derecho natural el impulso de buscar la justicia en una orientación procedente del mundo externo al derecho. Pero con el positivismo tiene en común que la justicia no viene dada por autoridades externas, ya sea Dios, la naturaleza, o la razón natural, sino que sólo puede ser elaborada dentro del derecho.

La oposición al derecho natural consiste en que las autoridades externas no pueden ofrecer criterios sustantivos de justicia. La oposición al positivismo, en cambio, consiste en que la justicia no puede producirse por la simple reiteración de decisiones jurídicas. Ni derecho natural ni positivismo: la justicia sabotea las decisiones jurídicas. Contra la sed implacable que el derecho tiene de certeza en las decisiones, la justicia jurídica abre, como una praxis discursiva, un amplio espacio de total indeterminación. La justicia socava las reiteraciones rutinarias de las decisiones jurídicas y pregunta obstinadamente si, a la luz de las exigencias externas planteadas al derecho, un caso conflictivo no debería ser decidido de otra manera. La justicia funciona como una fuerza subversiva con la que el derecho protesta contra sí mismo. La justicia protesta contra las tendencias naturales del derecho a vincularse al precedente, la rutina, la seguridad, la estabilidad, la autoridad y la tradición. Contra las tendencias inherentes al derecho hacia una autocontinuidad ordenada, la justicia muestra su preferencia por el desorden, la revuelta, la desviación, la variabilidad y el cambio. Protesta en nombre de la sociedad, los hombres y la naturaleza, pero lo hace desde el arcano interior del derecho. La justicia subversiva es el aguijón en la carne. El motín del Bounty: esto es lo que dice la sociología sobre la justicia jurídica.

IV. EN LUGAR DE LA RACIONALIDAD: LO IRRACIONAL EN LA AUTO-TRASCENDENCIA DEL DERECHO

Pero, ¿por qué precisamente el motín? ¿Por qué no la justicia como ataque externo al derecho en nombre de la sociedad? Que las personas que han puesto sus esperanzas en el derecho lo hagan responsable de su injusticia cuando han perdido el proceso, es algo lógico. Pero que la resistencia proceda del arcano interior del derecho..., ése es el escándalo. El motivo de la rebelión interna, de la autosubversión del derecho en nombre de la justicia, reside en el fallo más trascendente del derecho: no estar a la altura de su propia promesa, la promesa de apoyar sus decisiones sobre una base convincente de argumentos racionales.

Las argumentaciones jurídicas, por muy elaboradas profesionalmente que estén, no pueden justificar las decisiones jurídicas —cualquiera que haya tenido que decidir un caso jurídico, siquiera una vez, ha tenido esta experiencia decepcionante—. En otras palabras: el fallo más inquietante del derecho está en que no puede impedir la intromisión de la irracionalidad en el mundo racional de las decisiones orientadas por normas y de la argumentación basada en la razón. Por ello, los profesionales del derecho han sido siempre escépticos respecto a la capacidad productiva de teorías racionales de la justicia del estilo de Rawls y Habermas. Los filósofos de la justicia, por su parte, son conscientes del elemento irracional en las decisiones jurídicas, pero hacen pruebas con el exorcismo. Al ampliar al infinito el papel del argumento racional en el derecho para dar el alto a la decisión, expulsan el diablo de las paradojas de la autorreferencia⁴¹. En vano, por supuesto.

Por el contrario, los actuales análisis del fracaso del derecho, los más provocadores, como son los formulados por Jacques Derrida y Niklas Luhmann, ponen en el centro de sus reflexiones precisamente las aporías de la justicia y las paradojas decisionales del derecho⁴². Nótese bien: haciendo esto, ellos sólo vuelven a analizar una experiencia secular en el derecho, que con venerables autodescripciones se ha refugiado en las famosas y reconocidas dobles fórmulas —*ratio et voluntas*, así como *ratio et auctoritas*— a fin de afrontar los límites de la razón en las decisiones jurídicas⁴³. Incluso la jurisprudencia analítica, que a diferencia de la deconstrucción o de la autopoiesis no está bajo sospecha de irracionalismo, tiene que reconocer los límites de la argumentación racional en el derecho y admitir que la aplicación lógica de las normas a los casos sólo funciona cuando el juez introduce premisas adicionales en el silogismo. La jurisprudencia analítica tiene que admitir también que cualquier intento de justificar las normas por las normas y principios a ellas subyacentes, desemboca inevitablemente en el trilema de Münchhausen: regresión infinita, ruptura arbitraria o circularidad⁴⁴. La insuficiencia de la razón a la hora de justificar las decisiones jurídicas lleva a los *Critical Legal Studies* a obsesionarse con la *indeterminacy* del derecho. Lleva a Carl Schmitt a las obsesiones del decisionismo. Y no es de extrañar que ahora se presenten numerosos análisis interdisciplinarios para curar la “enfermedad” del derecho con sus recursos específicos: la psicología con el elemento afectivo,

41. Típico respecto a esta estrategia, Jürgen Habermas (1971) “Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz”, en: Jürgen Habermas y Niklas Luhmann (eds.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung*, Frankfurt: Suhrkamp, 101-141, 123 y ss., Jürgen Habermas (1973) “Wahrheitstheorien”, en: Helmut Fahrenbach (ed.) *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen: Neske, 211-265, 255 y ss.

42. Derrida (1991) (n. 2), 46 y ss.; Luhmann (1993) (n. 2), 307 y ss.

43. Una interpretación perspicaz de Las Euménides de Esquilo, bajo el aspecto de la paradoja de la decisión jurídica, la ofrece Marie Theres Fögen (2007) “Die Tragödie des Entscheidens: Eine Anmerkung zu den ‘Eumeniden’ des Aischylos”, *Ancilla Juris (anci.ch)*, 42-47.

44. Hans Albert (1968) “Das Problem der Begründung”, en: Hans Albert (ed.) *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 9-34, y después, a partir de la 5.ª edición, UTB-Ausgabe 1991, el apéndice I, especialmente pp. 220-242, el apéndice II y el III.

el psicoanálisis con el inconsciente en las decisiones jurídicas, la economía con la eficiencia, la sociología con la estructura de clases o las normas sociales, la ciencia política con las consideraciones políticas, los antagonismos sociales o el puro voluntarismo del poder, etc., etc. Ahora bien, ¿cómo reacciona el derecho mismo, actualmente, a su insuficiencia fundamental?

La justicia jurídica ha de ser entendida como la reacción del derecho a su propio fracaso. Como ya he indicado, no puede ser identificada con un constructo filosófico-jurídico ni con un criterio para las decisiones jurídicas, sino que aparece como una dinámica social estructurada dentro del derecho. Para anticipar las reflexiones siguientes en una fórmula, la justicia jurídica sería un proceso idiosincrásico de *autodescripción del derecho que interrumpe, bloquea, sabotea, socava la recursividad rutinizada de las operaciones jurídicas forzando así al derecho a su autotranscendencia, pero que enseguida se somete de nuevo a la presión de continuar produciendo más operaciones jurídicas y se sabotea a sí mismo de tal manera que crea precisamente nuevas injusticias*. Pues, tras pasar por la experiencia “irracional” de la trascendencia, tras “la travesía del desierto”, se ve obligado a reconstruir esta experiencia bajo las condiciones restrictivas del sistema jurídico —la presión de decidir, de producir normas, de justificar—. Pero la consecuencia inmovible de esta presión para continuar produciendo operaciones jurídicas, es que dicho proceso, incluso y precisamente tras la autoprovocación consistente en su autodescripción como “justicia”, que se traduce en nuevos criterios jurídicos, produce siempre una nueva injusticia contra la que la justicia tiene entonces que volver a protestar, sólo para exponerse otra vez a las presiones del sistema jurídico. Y así sucesivamente..., en una permanente oscilación automortificante.

Así pues, la justicia como praxis discursiva no es sólo una mera subversión del derecho positivo en nombre de sus entornos, sino una dinámica cíclica y creciente de autosubversión, en la que las decisiones jurídicas positivas son socavadas mediante protestas de justicia jurídicamente adecuadas y viceversa. Esta praxis no produce una nueva justicia, ni perfecciona una justicia imperfecta ya existente, ni es la aproximación asintótica a un ideal de justicia. Lo que hace es reconstruir, una y otra vez, las dos posiciones —decisión jurídica positiva y protesta de justicia— para volver enseguida a destruirlas. Esta práctica realiza e imposibilita la justicia en una transformación constante de la inmanencia en busca de la trascendencia del derecho para volver a la inmanencia. Al final, no hace más que reavivar la inquietud interior, la nerviosidad del proceso del derecho, la oscilación permanente entre ambos polos, la contingencia necesaria del derecho.

Hay que destacar que este fenómeno no puede ser reducido sin más a un “oscuro anhelo” de justicia que obstaculizase constantemente el curso racional del derecho y ocasionalmente lo incitase a producir un derecho mejor⁴⁵. En vez de

45. Análogamente a la concepción de Jürgen Habermas acerca de la irritación permanente de la política institucionalizada a causa de los movimientos de protesta, Jürgen Habermas (1985) “Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien”, 39 *Merkur*, 1-14.

eso, la justicia jurídica denota una dinámica específicamente estructurada dentro de la práctica jurídica misma, que se puede describir teóricamente e identificar empíricamente. Por supuesto, por práctica jurídica no se entiende aquí simplemente el funcionamiento profesional y organizado del derecho, sino toda comunicación sería acerca del derecho, y por tanto también la protesta de “la gente de la calle” contra el derecho. Se podría hablar, a la manera de Derrida, de “*justiceance*” para caracterizar los cambios y desplazamientos reiterativos y constantes, las modificaciones permanentes del significado y el no-concluir-nunca de la justicia. Esto designaría la dinámica de autosubversión concentrada en la paradoja de la decisión jurídica, la búsqueda de la justicia que es inherente al proceso jurídico, pero que a diferencia del anhelo general de justicia está sometida a condiciones claramente restrictivas. Y, ciertamente, la fórmula que dirige el proceso de búsqueda está caracterizada por una curiosa combinación de alta indeterminación y alta estructuración. Hay que señalar que la relación entre indeterminación y estructuración no se debe entender como mediación, compromiso o encuentro en el centro al modo de una “indeterminación relativamente estructurada”, sino como una radicalización mutua de ambas: “poner en orden el caos”. El doble significado de esta famosa formulación de Adorno pone de manifiesto el carácter radical de la fórmula de la justicia en la modernidad: caotizar el curso del derecho, forzar el caos para someterlo al orden del curso del derecho⁴⁶.

La dinámica de la justicia interna al derecho es puesta en marcha por las condiciones iniciales dictadas por el sistema jurídico y es expuesta al mismo tiempo a las restricciones que el sistema jurídico impone a sus posibilidades de solución. Por ello está prohibida a la justicia jurídica su universalización social e histórica. Ésta permanece ligada al sistema y a la historia. Analizar las restricciones concretas *en gros et en détail* es la tarea de una teoría socio-jurídica de la justicia. Las diferencias entre la praxis de la justicia jurídica y el “oscuro anhelo” de justicia se pueden esbozar provisionalmente como sigue a continuación:

1. Condiciones iniciales

Las peculiaridades de esta dinámica de búsqueda, interna al sistema jurídico, se muestran en el hecho de que ella no es impulsada simplemente por el deseo indefinido de un mundo justo, sino que se desencadena siempre que el procedimiento y la argumentación jurídica tropiezan contra el hiato que interrumpe inevitablemente el proceso jurídico en marcha. Hablando en los términos de la teoría sistémica, este hiato surge en el enlace operación – estructura – operación (acto jurídico – norma jurídica – acto jurídico). Frente a todos los prejuicios

46. Wiethölter gusta de utilizar la cita de Adorno en relación con las decisiones jurídicas, Wiethölter (1994) (n. 11), 107. Theodor Adorno (2003) *Minima Moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Teil 3, 1946/47, 103.

contra la autopoiesis como una mecánica que funciona automáticamente⁴⁷, la teoría sistémica ha subrayado siempre que la cadena de la autorreproducción se interrumpe necesariamente en cada paso que va desde la estructura a la operación (expectativa de comunicación). Ciertamente, las operaciones producen estructuras, pero las estructuras no pueden a su vez producir las operaciones subsiguientes, sino que sólo pueden crear un espacio condensado de posibilidades, un espacio en el que “ocurre” una nueva operación. Ésta debe superar siempre, incluso en el caso de la estructura más densa, un momento de incertidumbre fundamental⁴⁸. “De este modo surge siempre, con la formación de estructuras, un grado necesario de inseguridad, y será posible constatar, no sin regodeo [*Schadenfreude*], que precisamente en la formación de estructuras fanáticas de la seguridad, como burocracias y ordenamientos jurídicos, con el aumento de la burocratización y de la juridificación también se multiplica la inseguridad”⁴⁹. Aplicado al derecho: cada acto jurídico (ley, contrato, decisión judicial) cambia la situación jurídica en la medida en que produce una norma jurídica nueva. Pero estas normas jurídicas, a su vez, no pueden producir autónomamente ningún acto jurídico nuevo, sino sólo referencias más o menos densas a posibles actos jurídicos nuevos⁵⁰.

Este es exactamente el punto en que, a fin de superar el hiato, la argumentación jurídica inicia su labor incansable; con éxito, pero en vano. Es verdad que la argumentación jurídica logra algo decisivo, pero tampoco ella puede decidir el conflicto, tampoco puede superar la ruptura que existe entre estructura y operación, entre norma y acto jurídico —frente a las proclamas de los teóricos de la argumentación—. La argumentación jurídica sólo puede transformar las diferencias presentando una nueva alternativa de decisión. Ella transforma la alternativa de decisión existente en una nueva, que, si todo va bien, es más adecuada al conflicto jurídico que la alternativa carente de fundamentación. La argumentación jurídica no decide. No justifica. Tampoco tiene nada que ocultar. Simplemente transforma las alternativas de decisión, aunque lo hace drásticamente. Una decisión sigue siendo necesaria antes y después de la argumentación, pero la alternativa concreta que tiene que ser decidida será una diferente⁵¹.

Queda en la oscuridad qué nuevo acto jurídico se va a añadir finalmente. Es en este lugar, en la diferencia entre estructura y operación, entre norma jurídica y acto jurídico o entre argumentación y acto jurídico, donde se abre el hiato, el intersticio entre norma y decisión que tampoco puede superarse mediante fundamentaciones racionales. Las aporías de la decisión jurídica no son accesibles al discurso racional, no son susceptibles de fundamentación ni de justificación, no

47. Hubert Rottleuthner (1988) “Biological Metaphors in Legal Thought”, en: Gunther Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin: De Gruyter, 97-127, 117.

48. Niklas Luhmann (1984) *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 382 y ss.

49. Luhmann (1993) (n. 2), 49 y s.

50. Luhmann (1984) (n. 48), 391.

51. Teubner y Zumbansen (n. 30), 195 y ss.; Luhmann (1993) (n. 2), 338 y ss.

son en sí mismas ni justas ni injustas. Si a pesar de todo hay que buscar la justicia, ello quiere decir que ese hiato no sea superado de forma decisionista ni sea simplemente aplazado hasta el agotamiento mediante constantes racionalizaciones internas o externas al derecho. El discurso de la justicia elige el valor implícito en el rechazo de la alternativa decisionismo o racionalización. Dicho discurso trae a la conciencia la aporía de la decisión jurídica (lo que se conoce como no avanzar al cruzar el río) mediante un acto reflexivo de autodescripción, pero no intenta eludirla ni negarla, sino que la articula abiertamente como límite de la fundamentación racional, la convierte en una dolorosa experiencia y la eleva hasta lo insoportable⁵². Este intento de superar las aporías del curso del derecho mediante el aumento de la reflexividad hasta llegar a la autotranscendencia del derecho, es la necesaria condición inicial del proceso de la justicia en el interior del derecho, en el que ni la sociedad, ni las teorías sociales ni ninguna otra instancia externa dictan al derecho sus pautas normativas. Es el derecho el que se hace el proceso a sí mismo⁵³.

2. Autotranscendencia

La máxima dificultad se presenta cuando se quiere entender qué significa, en el discurso de la justicia, la autotranscendencia del derecho ante el hiato entre la norma y el acto jurídico. Antes emprendimos ya, con Luhmann, un primer intento de perfilar un concepto ecológico de justicia, un concepto que escapa de la clausura operativa del derecho y no obstante permanece en ella, y lo habíamos concretado en el fenómeno de la *re-entry*. Los criterios de la justicia no se encuentran fuera del derecho, sino que el derecho sólo puede trascenderse a sí mismo en la medida en que él, en el autoproducido reingreso, distingue de sí mismo aquellos entornos de los que procede el conflicto jurídico —la sociedad, la naturaleza, el hombre—, a fin de establecer, en relación con estas *enacted ecologies*, criterios de justicia adecuados al entorno. Con esto queda excluido que el derecho pueda importar tales criterios del mundo exterior. Más bien, tiene que construirlos autónomamente con su propio saber. Esta *re-entry* en la praxis decisional del derecho distingue, precisamente, la peculiaridad de la justicia jurídica y su diferencia respecto de las representaciones, externas al derecho, de una sociedad justa, de una justicia

52. Derrida (1991) (n. 2), 46 y ss.; Luhmann (1993) (n. 2), 307 y ss.; Marie Theres Fögen (2007) *Das Lied vom Gesetz*, München: Siemens Stiftung, 110 y ss.

53. Rudolf Wiethölter (2003) “Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts”, en: Christian Joerges y Gunther Teubner (ed.) *Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1-45, 19 y s., un texto del autor que se puede leer como una auto-superación de textos anteriores, por ejemplo de Rudolf Wiethölter (1989) “Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?” en: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe y Albrecht Wellmer (eds.) *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt: Suhrkamp, 794-812.

política relativa a las decisiones colectivas, o de una justicia filosófico-moral del reconocimiento recíproco. La búsqueda no puede externalizar sus criterios, no puede, por tanto, poner su esperanza en la democracia, en la moral o en la economía, sino que está obligada a retirarse hacia sí misma. El derecho mismo es responsable de sus criterios de justicia.

Yendo más allá de tal concepción ecológica, Jacques Derrida ha dado, con tres audaces pasos, un impulso extraordinario a la discusión actual sobre la justicia. En un primer paso, Derrida emprende un nuevo tratamiento de la paradoja del derecho. Luhmann, tras identificar la paradoja decisional del derecho, pide decididamente ocultarla, ignorarla, expulsarla e introducir lo más rápidamente posible una distinción desparadojificante. Derrida exige, en cambio, exponerse a la experiencia de la paradoja y llevar así el pensamiento jurídico a un mundo en el que Luhmann supone que hay solamente parálisis y horror. La justicia sería entonces algo más que una fórmula de consistencia, pero también más que una fórmula de contingencia. Sería una fórmula de trascendencia, sería “invocación, abismo, ruptura, experiencia de la contradicción, caos dentro del derecho.”⁵⁴ Esto tiene en todo caso consecuencias prácticas para el conocimiento del derecho y para la decisión jurídica: el cambio de la situación como decisión *sub specie aeternitatis*, y no sólo *sub specie societatis*⁵⁵.

En el segundo paso, Derrida radicaliza el sentido de la autotrascendencia del derecho. La justicia de Luhmann exige del derecho una autotrascendencia en la dirección de sus entornos autodiseñados y se detiene ahí. Así, se resigna ante las deficiencias de la *re-entry*. Si la *re-entry* sólo es reconstrucción de lo exterior en lo interior, si sólo es *enactment* de un entorno, entonces es siempre inclusión y exclusión a la vez. Pero lo que está excluido del derecho pide ser admitido en la justicia. El acontecimiento mismo de la perturbación, y la confusión y la conmoción que crea, sigue siendo extrañamente ignorado en los análisis de Luhmann. La teoría sistémica, con su distinción clave sistema/entorno, produce aquí su propio punto ciego, que no le permite analizar más de cerca el “intermedio” que hay en el acontecimiento de la perturbación⁵⁶. Luhmann sólo ve y sólo puede ver lo que ocurre dentro de las fronteras del derecho, y dedica su atención solamente a las distinciones diseñadas tras la perturbación. Pero Derrida exige transgredir también esta frontera y pide al discurso de la justicia que se exponga a las confusiones y conmociones, y que experimente la trascendencia más allá de cualquier significado —la travesía del desierto—. Y esto es en realidad extraño al estilo científico actual: un trascender cualquier significado, una remisión a la violencia mística,

54. Derrida (1991) (n. 2). Sobre esto, instructiva, Fatima Barjiji-Kastner (2007) *Ohnmachtssemantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Weilerswist: Velbrück, especialmente cap. III.2.

55. En este punto habría que marcar la diferencia respecto a Fögen (2007) (n. 52, 106), para quien la “justicia ... es claramente inservible con su ropaje deconstructivista”.

56. Sobre el punto ciego de la teoría sistémica y sobre las posibilidades de iluminarlo, Gunther Teubner (1997) “Im blinden Fleck der Systeme: Die Hybridisierung des Vertrages”, 3 *Soziale Systeme*, 313-326.

un encuentro con el otro en el sentido de la filosofía de la alteridad de Levinas, una provocación de las racionalidades modernas mediante la “pura” justicia, el don, la amistad, el perdón.

En el tercer paso, finalmente, se cambia la relación de trascendencia religiosa en una trascendencia jurídica específica. Mientras Luhmann concentra la experiencia de la trascendencia en el sistema de la religión, excluyendo de ella implícitamente otros sistemas parciales, entre otros el sistema jurídico, el pensamiento deconstructivo de Derrida se dirige a liberar la conciencia de la trascendencia de su aislamiento moderno en la religión y a recuperarla para los mundos altamente racionalizados de la economía, la ciencia, la política y el derecho. Con ello Derrida sólo extrae la consecuencia de un fenómeno que también es conocido por Luhmann: que, a pesar de toda división social del trabajo, el saber no puede concentrarse en la ciencia; que, a pesar del monopolio estatal de la violencia, los procesos de poder tienen lugar también fuera de la política; que, a pesar de toda formalización del sistema jurídico, la distinción jurídico/no-jurídico se practica también fuera del derecho.

Del mismo modo las experiencias de la trascendencia, en las que se concentran las energías de la religión, tampoco pueden limitarse a la religión. Éstas también producen efectos en los mundos significativos altamente especializados de la modernidad, que se diferencian claramente de los de la trascendencia religiosa. La extraña formulación de Max Weber acerca de un “politeísmo” de la modernidad, alcanza propiamente su significado peculiar sólo en esta referencia a la trascendencia que tiene toda racionalidad parcial altamente elaborada, un significado que se pierde si se lo reduce a una simple multiplicidad de racionalidades o a un policentrismo. Se trata justamente de una multiplicidad de posibles vías de acceso a la trascendencia: así es como se podría leer a Max Weber. Pues éste fue, en efecto, uno de los logros del antiguo politeísmo: legitimar, a partir de las diferencias de la trascendencia, diferencias en la inmanencia, en particular roles sociales, competencias y funciones.

Se debería leer así a Derrida: él propone aquí la sorprendente tesis de que toda institución moderna conoce su autotrascendencia específica, que tiene en cada caso diferentes efectos paradójicos: él los denomina el efecto del “don puro” frente a la economía orientada al beneficio, de la “amistad” frente a la política profesionalizada, del “perdón” frente a la moral secularizada y, sobre todo, de la “justicia” frente al derecho altamente tecnificado⁵⁷. Todos ellos son excedentes de referencia que surgen de la lógica propia de las instituciones, que reactivan energías utópicas en espacios totalmente distintos al de la religión.

Si se sigue pensando esto respecto al derecho, se puede entender la justicia como una experiencia de trascendencia que, precisamente, no es idéntica a la

57. Jacques Derrida (1993) *Falschgeld: Zeitgeben I*, München: Fink, especialmente 49 y ss.; Jacques Derrida (2000) *Politik der Freundschaft*, Frankfurt: Suhrkamp; Jacques Derrida (2000) “Jahrhundert der Vergebung. Möglichkeiten und Grenzen des Verzeihens”, 48 *Lettre Internationale*, 10-18; Derrida (1991) (n. 2), especialmente 44 y ss.

trascendencia religiosa. Pero ¿en qué consiste su peculiaridad? La respuesta podría desprenderse del hecho de que el discurso de la justicia comienza allí donde el derecho termina: en el hiato entre la norma y la decisión, en el momento en que surge la paradoja del derecho. El discurso de la justicia conecta precisamente con la experiencia desconcertante de la paradoja específica del derecho y supera justo en este lugar los límites del significado de este último. ¿Es conforme a derecho aplicar al mundo la distinción derecho/no derecho?⁵⁸ Esta es, sin embargo, exactamente la cuestión de la justicia. ¡Tan pronto como el derecho tropieza con su propia paradoja, se expone necesariamente a la cuestión de la justicia! Y no a la cuestión de la generosidad, de la amistad, del perdón ni, desde luego, de la salvación. En la autotranscendencia del derecho, pues, está siempre presente la peculiaridad de la paradoja jurídico/antijurídico. Aquella es necesaria como la superación específica de los límites del derecho, pero precisamente por ello no es expresable ya en el lenguaje racional del derecho, sino sólo en un lenguaje enigmático, en la idealización irreal, en parábolas, simbolización, literatura, sueño, delirio, utopía⁵⁹. No es de extrañar que éste sea el lugar de la tan criticada ruptura romántica en la novela de Michael Kohlhaas, en la que súbitamente una gitana con poderes adivinatorios señala el camino a tomar respecto a las exigencias conflictivas de la justicia: “un amuleto, Kohlhaas, tratante de caballos; cuidalo bien, algún día te salvará la vida.”⁶⁰

Una búsqueda de la justicia así no puede esperar encontrar criterios de justicia en el derecho mismo, ni en la sociedad ni tampoco en la religión, sino que tiene que traspasar cualquier significado del derecho, tiene que hacer la experiencia de su trascendencia específica. Bajo su impresión, debe volver a la immanencia jurídica para declarar derecho *sub specie aeternitatis*. ¿Pero qué hay que pensar de la justicia como experiencia explícita de la trascendencia, si es que Nietzsche tiene razón al decir que “Dios ha muerto”? ¿Se puede “pensar” la trascendencia del derecho sin religión en una sociedad secularizada? ¿No sería esto un derecho natural sin Dios, pero también sin la razón? Y finalmente: ¿sigue teniendo entonces algún sentido la enigmática definición de la justicia que se encuentra en San Juan: “en lo referente a la justicia porque me voy al Padre, y ya no me veréis”?⁶¹

58. Con Luhmann y contra Luhmann, Rainer Maria Kiesow no admite plantear la pregunta por la justicia, oculta en la paradoja del derecho, para dejar, no obstante, que retorne el problema (no ya “jurídicamente”, sino) “políticamente”: “políticamente retornará siempre”, Rainer Maria Kiesow (2004) “Error iudicis: Fünf Gänge und ein Rätsel”, en: Rainer Maria Kiesow y Henning Schmidgen (eds.) *Das Irrsal hilft*, Berlin: Merve, 29-45, 39, 44. “Políticamente” significaría para Kiesow, no tanto la política institucionalizada cuanto el error mismo que sirve de ayuda.

59. Esto hace inteligible la ininteligibilidad del lenguaje, lo que contribuye a que Benjamin, Derrida o Wiethölter hagan enigmático su pensamiento sobre el derecho. Y todos los intentos de descifrarlo, en vano.

60. Kleist (n. 39), 163 y ss.

61. Joh., 16, 10. Sobre esto, la sutil interpretación de Horst Folkers (2000) “Johannes mit Aristoteles ins Gespräch über die Gerechtigkeit vertieft: Epilegomena zum 12. Kapitel des Niklas Luhmann”, 21 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 61-107, especialmente 68 y ss.

Sería necesario reinterpretar la justicia en una situación en la que se pudiese pensar la trascendencia sin Dios, pero en la que se debe pensar la trascendencia. Precisamente en este punto se insertan Levinas y Derrida con su determinación positiva de una “trascendencia filosófica”, que contrapone la exterioridad de la trascendencia a la totalidad del sentido, una trascendencia en la que la justicia aparece como exigencia infinita de un otro en conflicto con los muchos otros⁶². No obstante, aquí hay que tener en cuenta la radicalidad del otro en el pensamiento de Levinas y Derrida. La alteridad es mal interpretada si se concibe sólo como el principio ético de asistencia al otro o como el respeto a la singularidad de la perspectiva individual⁶³. Alteridad significa otra cosa: la experiencia no lingüística, no fenomenológica del otro, una experiencia de la trascendencia en el “rostro del otro”. Frente a la insistencia en la posibilidad de fundamentar la justicia en la racionalidad del discurso público, se pone el acento en la justicia de lo no fundametable, en lo otro no racional de la justicia. La justicia estaría asentada en el límite entre la inmanencia y la trascendencia del derecho. En definitiva, la justicia como la búsqueda orientada a superar la ruptura entre la inmanencia y la trascendencia —“ir hacia el Padre”—: eso es lo que significaría la exhortación de la trascendencia a transformar la inmanencia en el sentido de aquélla, un sentido no inteligible, sin embargo, para ésta. La justicia no es, pues, una pauta de “idealidad impecable”, sino un “proceso de transformación del no-derecho en derecho”⁶⁴.

El mensaje específico de San Juan, sin embargo, va más lejos aun. La encarnación —la *re-entry* de la distinción trascendencia/inmanencia en el ámbito de la inmanencia— no hace justicia todavía a la trascendencia misma, sino que sólo la experiencia de la injusticia fundamental —el “ir hacia el Padre”— hace posible la justicia. La justicia se realiza pasando realmente por la injusticia, el sufrimiento y el dolor. La justicia es la transformación del sufrimiento, más aun, es el auto-sacrificio, lo único que puede superar la separación entre inmanencia y trascendencia. La negativa de Michael Kohlhaas a revelar, ante su ejecución, el contenido de su misterioso amuleto al Elector de Sajonia, le costó la vida, pero en cambio le aportó la reverencia del pueblo por estar dispuesto a morir por la justicia. En este sentido “ir hacia el Padre” significa superar la separación entre inmanencia y trascendencia mediante la transformación de la injusticia. El sufrimiento es provocado también (y precisamente) por la búsqueda misma de la justicia. Un sufrimiento por la justicia en tanto que búsqueda inútil y por sus consecuencias injustas, pues ella tiene que “realizarse” en la inmanencia del derecho —en el “orden de la necesidad”—. Lo que San Juan añade al debate sería, pues, que la justicia debe ser entendida como un proceso de transformación del

62. Emmanuel Levinas (1992) *Jenseits des Seins oder anders als Sein geschieht*, Freiburg: Alber, 342 y ss.; Emmanuel Levinas (1987) *Totalität und Unendlichkeit: Versuch über die Exteriorität*, Freiburg: Alber, 125 y ss.

63. Así, sin embargo, Axel Honneth (2000) *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 154 y ss., 165 y ss.

64. Folkers (2000) (n. 61), 71 y s.

derecho, que en definitiva sólo es posible por la experiencia real de la injusticia. Este pensamiento tiene hoy un débil eco en la *colère publique* de Durkheim, que encuentra en la vulneración de las normas el motivo para producir normas, y en aquellas teorías de la justicia que contemplan el *sense of injustice* como desencadenante de procesos normativos⁶⁵.

“¿Invisible para los hombres?” Esto significa no sólo la inaccesibilidad de la trascendencia, sino también “una última liberación del derecho de todo individuo respecto de las condiciones finitas de cualquier tipo de garantía jurídica humana”⁶⁶. Sin embargo, sólo en un mundo con Dios podría existir la esperanza de salvación a través de la justicia. Si, en cambio, se piensa la trascendencia sin Dios, entonces la salvación a través de la justicia es imposible. Lo que queda no es sino la desesperada búsqueda misma, que produce la permanente inquietud interior del derecho, que se expone siempre a otras experiencias de injusticia, que construye sin cesar nuevos criterios jurídicos de igualdad, y que inventa constantemente nuevos fundamentos para la decisión, destruyendo así otra vez la justicia.

3. Obligaciones de conexión

Las diferencias de una justicia específicamente jurídica frente al “oscuro anhelo” aparecen claramente cuando se piensa en las drásticas restricciones que el sistema jurídico moderno impone a su propia fórmula de contingencia tras el delirio de su autotranscendencia. La justicia jurídica no puede, interviniendo en la totalidad, identificar la injusticia del derecho con la del mundo. Se ve obligada a instalarse en la innegable deficiencia de la decisión jurídica, descrita anteriormente, no sólo para resaltar la falta de unión entre estructura y operación, entre norma jurídica y decisión, sino también para producirla realmente de una u otra forma con medios propios, aunque sea insatisfactoriamente. Exactamente en este punto se diferencia la justicia jurídica del “pietismo jurídico” del ala radical de la Escuela del derecho libre, que rechazaba “tratar lo igual de forma igual y por tanto la posibilidad de generalizar los deberes concretos en normas universales”⁶⁷. Pues aquí es donde la específica obligación de conexión existente en el sistema jurídico expone la justicia infinita a tres drásticas restricciones, que operan de forma diferente.

La justicia jurídica tiene que producir el enlace entre estructura y decisión dentro del espacio de posibilidades de la decisión jurídica, estrictamente limitado por el código derecho/no derecho y sus programas, incluso cuando ello va en con-

65. Émile Durkheim (1992) *Über soziale Arbeitsteilung: Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt: Suhrkamp, 118 y ss.; Edmond N. Cahn (1949) *The Sense of Injustice*, New York: New York University Press.

66. Folkers (n. 61), 76 y s.

67. Franz Wieacker (1967) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 580 y nota 57.

tra de su propia convicción: *obligación de decidir*⁶⁸. Incluso cuando el juez, tras un largo y doloroso proceso de reflexión y discusión, sabe que ambas partes del proceso jurídico “tienen razón” e incluso cuando sabe que él, decida como decida, hace injusticia a una de las partes, tiene que conceder o rechazar la demanda, y ello por exigencia de la justicia⁶⁹. *Tertium non datur*.

Al mismo tiempo, el sistema jurídico impone a la búsqueda de la justicia constricciones cognitivas casi irresistibles. A esa búsqueda no le está permitido perderse en el sentimiento irracional de la injusticia o en el vago deseo de justicia, sino que está obligada, por las aporías específicamente estructuradas del curso del derecho, ya mencionadas, a exponerse —es verdad— con toda intensidad a la experiencia de la irracionalidad, de la alteridad, del sufrimiento, del dolor, del vacío y de la plenitud de la trascendencia, pero también debe, tras esa experiencia, ofrecer fundamentos racionales, argumentos técnico-jurídicos, dogmática jurídica vinculable al sistema: *obligación de motivar*. Aquí aparece la dificultad descrita por Luhmann de responder con argumentos racionales a las elevadas demandas que el mundo exterior plantea al derecho, y satisfacer al mismo tiempo las demandas internas de consistencia en la toma de decisiones.

Finalmente, las opciones de la justicia jurídica se reducen drásticamente debido a que no dispone de todos los medios de poder y de influencia de este mundo para poder construir una sociedad justa, sino sólo de las operaciones y estructuras del derecho, de los actos jurídicos y de las normas jurídicas, comparativamente superespecializadas y al mismo tiempo empobrecidas. En sus posibilidades de solución está sometida a severas restricciones que la diferencian de la sabia arbitrariedad de un poder soberano, de la oscura sentencia de un oráculo, de la revelación mística. Las abrumadoras experiencias de la alteridad, o sea, las experiencias de la interna infinitud de la persona individual, las experiencias de la racionalidad y normatividad propias de los diferentes discursos, y las experiencias de la irracionalidad, tienen que ser reducidas a una forma absurdamente simplificadora, a la formulación de una norma, que eleva la pretensión de ser adecuada al conflicto jurídico: *obligación de formular normas*⁷⁰.

Es casi imposible sobreestimar los efectos que estas tres obligaciones ejercen sobre la justicia jurídica. Obligación de decidir: la decisión no puede dejar pendiente el conflicto; una de las partes debe tener razón, la otra no. Obligación de motivar: la decisión debe fundarse en razones que pretenden inútilmente combinar de manera plausible la consistencia y la capacidad de respuesta. Obligación de formular normas: la decisión exige la reducción de la compleja problemática del caso a una norma mucho más simplificada. En semejantes condiciones, ¿deben

68. Luhmann (1993) (n. 2), 307 y ss.

69. Así, la famosa paradoja del rabí, narrada de nuevo por Henri Atlan, *À tort et à raison: Intercritique de la science et du mythe* (1986), primera parte del texto, 1 y ss. O la famosa paradoja de Atenea en Las Euménides de Esquilo, interpretada para la actualidad por Fögen (n. 43).

70. Wolfgang Fikentscher (1977) *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV. Tübingen: Mohr & Siebeck, en especial los capítulos 31-33.

crearse estructuras de nuevo cuño que superen el hiato y hagan posible el “salto”? En la realidad, ante las exigencias infinitas de la justicia sólo se establece un modesto “orden de necesidad”.

Las teorías de la justicia que hacen caso omiso de estas constricciones —y son generalmente las más sensibles las que lo hacen— se desacreditan a sí mismas. Ellas toman en serio la justicia como trascendencia radical del derecho, pero cierran los ojos a las demandas compensatorias de la trascendencia jurídica, a la necesidad de realizar, en nombre de la omnipresencia, la justicia en la immanencia del derecho⁷¹. Estas teorías se excluyen del discurso jurídico de la justicia, que obliga a sus participantes a consumir la autotrascendencia del derecho, pero también a elaborar normas, argumentos y decisiones jurídicas. Las teorías que escapan a esta constricción pueden seguir actuando como teorías filosóficas de la justicia, pueden convertirse incluso en una dolorosa espina en la carne del derecho. Pero el dolor desaparece. Después de un tiempo dejará de notarse. Este destino de creciente irrelevancia lo sufren especialmente las teorías “críticas” del derecho. Éstas fracasan ante la ley de bronce del curso del derecho: la crítica sin una contrapropuesta no cuenta⁷². Un “negativismo jurídico”, precisamente, sólo puede definirse como un fenómeno transitorio. Alguna vez tiene que formular, y formulará, las condiciones bajo las cuales las prohibiciones jurídicas han de ser promulgadas como libertades sometidas a deberes⁷³. Y no debería sorprender que, tras un prolongado y despiadado “debunking of law” surja la disposición a implicarse como jurista profesional en los escombros del derecho, como “entrepreneurs for policy diversity, for a more vigorous but fragmented public capacity, and for a normative order that embraces legal pluralism”⁷⁴. Las obligaciones de conexión propias del derecho sitúan la búsqueda de la justicia ante una alternativa distinta a la que Adorno formuló para la filosofía moral, y respecto de la cual manifestó su preferencia: por “una denuncia concreta de lo inhumano” y contra “una identificación abstracta y no comprometida del ser humano”⁷⁵. La temperamental crítica del derecho de los *Critical Legal Studies* merecería un detallado estudio sociológico-jurídico que se ocupase de la automarginación de unos juristas, negadores del derecho, tan altamente dotados y motivados. Y ante el “*Hic Rhodus*” jurídico tampoco se puede mantener un atentismo heideggeriano (de izquierdas o de derechas), ya sea la esperanza de una nueva comunidad, de Giorgio Agamben,

71. Así, con toda claridad, Folkers (2000) (n. 61), 78.

72. Sólo en apariencia argumenta Roellecke en contra: Gerd Roellecke, “Kritik ohne Ersatzvorschlag ist noch lange kein Gedöns”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10-02-2006.

73. Sobre el negativismo jurídico, Rudolf Wiethölter (1969) “Recht und Politik. Bemerkungen zu Peter Schwerdtners Kritik”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 155-158, 158, y sobre las libertades sometidas a deberes, Wiethölter (2004) (n. 53), 20 y s.

74. Así, tras largo tiempo de rehusar las decisiones, David Kennedy (2007) “One, Two, Three, Many Legal Orders: Legal Pluralism and the Cosmopolitan Dream”, 31 *New York University Review of Law & Social Change*, 641-659, 659.

75. Adorno (1996) (n. 12) 261.

ya el paciente estar a la espera de..., de Philip Nonet⁷⁶. Tanto Luhmann como Derrida se ha pronunciado sobre esto con toda claridad. Derrida, en su crítica a Walter Benjamin, va tan lejos incluso como para culpar a la teoría de la justicia de complicidad con lo peor, si se niega a regresar a la inmanencia de las operaciones jurídicas y se da por satisfecha con la diferencia entre la violencia mítica y mística, cuyos criterios tienen que seguir siendo inaccesibles a los hombres⁷⁷.

Sin embargo, no se deberían olvidar los aspectos positivos de las constricciones jurídicas disciplinarias, que también podrían dar que pensar a los teóricos de la justicia negadores del derecho: dichas constricciones sitúan el derecho bajo una extraordinaria presión innovadora. Ninguna norma legal, ningún acto judicial, ninguna construcción dogmática puede resistirse al doble imperativo de “poner el caos en orden”; todo es sometido al examen de la justicia. Sin embargo, mucho más difícil es cumplir la exigencia simultánea de formular propuestas sustitutivas. La justicia jurídica tiene que inventar siempre normas legales, actos judiciales y conceptos jurídicos nuevos, que cumplan la pretensión de ser más justos que las antiguas fórmulas sentidas como injustas. Con ello se introduce en el derecho una dimensión comparativa que permite, que incluso obliga, a distinguir entre grados superiores e inferiores de justicia. Más justo que otros sería entonces un ordenamiento jurídico que admite y promueve, de manera más radical que otros, su auto-trascendencia hacia diferentes dimensiones de la alteridad, pero que produce también decisiones, argumentos y normas que pueden mostrarse más justas a la vista de otros órdenes jurídicos. La presión hacia la innovación significa también oportunidad de innovación. Lo que antes habíamos constatado como una curiosa peculiaridad de la fórmula jurídica de la justicia, a saber: la combinación de una alta indeterminación (autotranscendencia) y una alta determinación (constricción formal de lo jurídico), favorece el despliegue de energías creativas. “Solón no deconstruye, Solón hace poesía”⁷⁸. En el “espacio imaginario” de la *re-entry* tienen su gran oportunidad las fantasías de la construcción jurídica. No es por casualidad que la persona jurídica, el contrato consensual y el artificio del Estado cuentan como logros civilizatorios de primer rango para el derecho y la sociedad. Y la fábula tantas veces contada del “duodécimo camello” remite a ocultas afinidades entre la creatividad artística y la creatividad jurídica⁷⁹.

76. Giorgio Agamben (2002) *Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt: Suhrkamp, 197 y s.; Giorgio Agamben (2004) *Ausnahmezustand (Homo Sacer II.I)*, Frankfurt: Suhrkamp, 83 y ss.; Philippe Nonet (2007) “Time and Law”, *Theoretical Inquiries in Law*, 311-332, 322 y ss.

77. Derrida (1991) (n. 2), 124 y s. Una dura crítica contra tal “exégesis terrorífica de Benjamin” y la subsiguiente “deconstrucción afirmativa” de Derrida, que conduce, no ya a la aniquilación frontal sino a una “des-limitación circular del derecho”, es la que expresa Cornelia Vismann (1992) “Das Gesetz ‘DER Dekonstruktion’”, 11 *Rechtshistorisches Journal*, 250-264, 262.

78. A esta fórmula lleva Fögen (2007, 128) su argumento acerca de externalizar la paradoja del derecho en el arte, tras los inútiles intentos de buscar la justicia.

79. Sobre ello, las contribuciones en Gunther Teubner (ed.) (2000) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius.

4. *Effets Pervers*

Pero lo más curioso es esto: en última instancia, tienen razón los que rehúsan el derecho de entre aquellos que buscan la justicia. Es por la justicia por lo que no están dispuestos a pagar el precio exigido por la triple restricción del discurso de la justicia. Pues el precio por reducir la experiencia infinita de la justicia a una decisión binariamente codificada, a su fundamentación argumentativamente consistente y su conversión condicional en una norma, es alto: una nueva injusticia. Debido especialmente a la pobreza de la formalización jurídica, pero también debido a la falta de sensibilidad de la universalización filosófica, la búsqueda jurídica de la justicia produce necesariamente una nueva injusticia, que a su vez provoca una nueva autotranscendencia y un nuevo disciplinamiento. Lévinas: “los principios generales y generosos se pueden tergiversar en su aplicación. Cada pensamiento generoso se ve amenazado por su propio estalinismo”⁸⁰. Aquí, en especial, se puede sentir la diferencia entre esta visión cíclica en la que la justicia se socava a sí misma, y una visión jerárquica de la misma, que permite esperar un aumento de la justicia mediante decisiones basadas en fundamentos racionales. Pues ella revela sin ninguna indulgencia que precisamente la vinculación del derecho a las decisiones racionales, las motivaciones y la formulación de normas, es uno de los orígenes más funestos de la injusticia entre los hombres.

El lado más oscuro de la justicia jurídica, sin embargo, es su implacable impulso hacia la universalización de sí misma. “Justicialización”: esta palabra imposible expresa la comprensible tentación de que el derecho extienda a toda la sociedad la lógica binaria de la justicia —autotranscendencia del derecho y su redisciplinamiento jurídico—⁸¹. En lugar de respetar las exigencias, totalmente distintas, de la justicia política de la distribución o de la justicia moral del respeto, y de limitarse a la resolución de conflictos, ella intenta, bajo una “fiebre aguda de justicia”⁸², realizar una sociedad justa con los medios de la justicia jurídica. Es justo decidir los problemas del mundo mediante el código binario derecho/

80. Emmanuel Levinas (1982) *L'au delà du verset*, Paris: Les éditions de Minuit, 98. Aquí se encuentra el punto de partida para el «escepticismo» de Levinas frente a las racionalizaciones filosóficas y jurídicas de la justicia, de cuya necesidad él está, no obstante, convencido. Levinas (1992) (n. 62), 364. Sobre ello, instructivo, Christian Schlüter (2000) *Gleichheit - Freiheit - Gerechtigkeit: Versuch einer Ortsbestimmung in praktischer Absicht*, localizable en: <http://dohost.rz.hu-berlin.de/dissertationen/schlueter-christian-2000-07-12/PDF/Schlueter.pdf>, 196 y ss.; Hans-Dieter Gondek (1994) «Gesetz, Gerechtigkeit und Verantwortung bei Levinas», en: Anselm Haverkamp (ed.) *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida - Benjamin*, Frankfurt: Suhrkamp, 315-330.

81. Sobre esto es destacable Bernhard Schlink (2004) “Der Preis der Gerechtigkeit”, 58 *Merkur*, 983-997.

82. Así, el médico Relling acerca del maníaco de la justicia Greger en Henrik Ibsen (1994, orig. 1884), *Die Wildente*. Stuttgart, 67. Una interpretación de este tipo de justicia auto-subversiva la ofrece Rainer Forst (2005) “Die Ungerechtigkeit der Gerechtigkeit: Normative Dialektik nach Ibsen, Cavell und Adorno”, en Susanne Kaul y Rüdiger Bittner (eds.): *Fiktionen der Gerechtigkeit: Literatur - Film - Philosophie - Recht*, Baden-Baden: Nomos, 31-42, 37 y ss.

no-derecho: esto es el *summum ius, summa iniuria* de la sociedad funcionalmente diferenciada. Ella comparte este impulso expansionista con otras fórmulas de contingencia, con la de la economía, que intenta describir el mundo entero como un problema de escasez a resolver con medios económicos, con la fórmula de legitimidad de la política y con la fórmula de limitacionalidad de la ciencia. Todas ellas prometen la posibilidad de producir una buena sociedad con sus propios medios, aunque sólo pueden dar respuestas parciales, sumamente limitadas, en sus ámbitos respectivos. La “justicialización” de la sociedad es uno de los funestos imperialismos de la racionalidad moderna: del expansionismo económico, de la politización, de la cientifización, de la moralización, de la medicalización de la sociedad, un proceso de crecimiento unidireccional de la justicia jurídica contra el que es necesario estar políticamente alertas. Este imperialismo de una racionalidad que sólo es parcial es tan peligroso porque responde amablemente a la aspiración humana hacia una justicia indivisible, sabiendo que esta aspiración no puede ser colmada en la modernidad; y, sin embargo, ofrece una falsa promesa de salvación con la justicia jurídica, que queda encumbrada a la categoría de justicia para toda la sociedad. Ambas producen un peligroso brebaje de preguntas sin respuesta y de respuestas mendaces. “Derechos humanos como el ideal de una sociedad justa”: este imperialismo, actualmente en expansión, de una justicia jurídica desencadenada, engendra al persecuidor totalitario de la justicia de la modernidad, que en sus excesos jurídicos proyecta sobre la sociedad entera la justicia limitada del derecho —“uno de los hombres más rectos y a la vez más terribles de nuestro tiempo”—⁸³.

83. Kleist (n. 39), 81; sobre ello, la sugerente interpretación de Regina Ogorek (1988) “Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas”, 96-131, 121 y ss.