

LA OBSERVACIÓN SOCIOLOGICA DEL DERECHO

Niklas LUHMANN*

I

Al emprender su trayectoria histórica a fines del siglo pasado, la sociología encontró que la mayoría de los campos de la actividad humana estaban ya ocupados con interpretaciones y teorías. Sin aguardar a la sociología, los hombres ya habían reflexionado sobre el por qué y el cómo de sus actos, y habían puesto aparte el saber respectivo, constituyendo la cultura. Así, existían numerosas interpretaciones religiosas que llegaban a formar elaborados sistemas confesionales y dogmáticas teológicas. Había concepciones de la moral y teorías éticas. El sentido del comportamiento económico se podía explicar, en parte en el contexto de la racionalidad privada y en parte en el metacontexto del orden económico nacional e internacional que se establecía por encima de los individuos. Había teorías del Estado y concepciones del orden político constitucional. Existía la ciencia jurídica de orientación práctica, cuyo nivel teórico se había elevado durante el siglo XIX gracias a una especie de filosofía del derecho positivo. Se contaba con una pedagogía de la "formación". Sin embargo, a través de todas estas explicaciones y teorías corría una multiplicidad de conceptos de lucha ideológica, surgidos por efecto de la Revolución Francesa y de la industrialización, que se habían organizado según criterios de pro y contra.

En este mundo no resultaba sencillo determinar el sentido de la nueva disciplina denominada sociología. Las esperanzas puestas en el progreso, concebido como crecimiento immaculado, se habían desvanecido en las dos últimas décadas del siglo XIX. El relativismo histórico y en la política de las ideas apenas bastaba por sí solo para alentar a la teoría. Nada hubiera favoreci-

* N. del T.: El texto original apareció publicado bajo el título "Die soziologische Beobachtung des Rechts", como cuaderno número 3 de los *Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie*; Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986; 47 pp. La versión española se publica con aprobación del autor y de los editores. Del mismo autor apareció un ensayo de contenido similar, pero menor extensión, con el título "El enfoque sociológico de la teoría y la práctica del derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, número 25, pp. 87-103. Traducción de Héctor Fix-Fierro.

do más la unidad de la nueva disciplina que la definición de su objeto también como unidad, con independencia de todas las disciplinas que se ocupaban ya de la acción y el pensamiento humanos. De este modo surgió, en bosquejo al menos, un nuevo concepto de sociedad que no prolongaba la vieja tradición europea de la *societas civilis*, ni el concepto de sociedad del siglo XIX, referido a la economía. Se trataba más bien de una reflexión sobre la facticidad estructural e histórica de la sociedad moderna: de su economía basada en la división del trabajo; de su derecho formal legal; de su legitimación política; de su religiosidad ligada a formas en el contexto de una difundida secularización.

Ciertamente la fascinación inducida por las consecuencias de la modernidad no daba respuesta a la cuestión teórica de la unidad del objeto de la sociología. Tal carencia fue cubierta mediante el supuesto de una integración normativa o incluso moral, así al menos en el pensamiento de Durkheim y, más tarde, en el de Parsons. Por tal motivo opinaba incluso este último que la sociología había nacido como sociología del derecho.¹ La alternativa a esta corriente consistía en sospechar, por principio, de la motivación del actor.² La descripción sociológica de la acción debía apearse al modo como ésta es entendida en la vida diaria para, acto seguido, rebasarla mediante un mejor saber.³ En mayor o menor grado, los teóricos de la sociedad cayeron en el postulado de la norma; los teóricos de la acción, en la reconstrucción de los motivos.

Aproximadamente por la misma época, a medida que se apartaba de la llamada "jurisprudencia de conceptos",⁴ descubría la ciencia jurídica su

¹ Hago referencia a una comunicación oral.

² En particular al respecto, Van Parijs, Philippe, *Evolutionary Explanation in the Social Sciences: An Emerging Paradigm*, London 1981, pp. 129 ss. Cfr; también Mills, C. Wright "Situating Actions and Vocabularies of Motive", en *American Sociological Review* 5 (1940), pp. 904-913.

³ Van Parijs, *op. cit. supra*, nota 1, p. IX, califica esto acertadamente como "parasitic clarification".

⁴ Materiales: Krawietz, Werner (ed.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (Teoría y técnica de la jurisprudencia de conceptos), Darmstadt, 1976. Cada vez se tiene mayor conciencia de que esta etiqueta fue, por su lado, una polémica reconstrucción histórica. Para una evaluación más objetiva del trabajo con conceptos véase, por ejemplo, Krawietz, Werner, "Begriffsjurisprudenz" ("Jurisprudencia de conceptos"), en *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (Diccionario histórico de la filosofía), vol 1, Basel-Stuttgart, 1971, cols. 809-813. La jurisprudencia de conceptos no hacía frente, sin embargo, contra la investigación empíricoinductiva de los intereses, sino contra la interpretación exclusiva con base en las palabras que usa el legislador. Cfr. al

interés por la sociología,⁵ interés que dio a conocer Hermann Kantorowicz al Primer Congreso alemán de sociólogos.⁶ Con bases no del todo irreales, se reclamaba ahí mismo esta tarea como oficio secundario para los juristas.⁷ Las condiciones ofrecidas por los grupos reducidos hacían posible el contacto personal y permitían la utilización de personas y nombres como argumentos en las discusiones de política de la especialidad.⁸ Sin embargo, esto no podía ocultar por mucho tiempo las ambivalencias en la relación entre las disciplinas. Por un lado, mediante su énfasis teórico en normas y valores, la sociología parecía proporcionar una nueva fundamentación de la jerarquía social del derecho; por otro lado, su análisis del contexto causal de la motivación era de escasa utilidad desde el punto de vista jurídico, y su pretensión de un mejor saber totalmente inaceptable en vista de su notoria incapacidad para manejar las materias jurídicas.

A partir de estos comienzos, la sociología y la ciencia del derecho más bien se han distanciado, y el surgimiento de una “sociología del derecho” particular no ha podido impedir este distanciamiento. Ello se debe, sobre todo, a las dificultades que la propia sociología tiene con el derecho, las cuales derivan de un déficit general existente no sólo en relación con aquél. La pretensión de un mejor saber fue practicada en todo caso respecto de las racionalidades y los motivos atribuidos a la acción, mientras que se dejaban de lado las figuras artísticas (*Kunstfiguren*) más exigentes de la cultura. No hay

respecto Pawlowski, Hans-Martin, *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes* (Metodología para juristas: teoría de la norma y de la ley), Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 51 s. Se trataba, pues, de una segunda positividad, una positividad histórica detrás de la positividad de la ley. La actual aversión a la jurisprudencia de conceptos surgió, por lo tanto, como sustitución del concepto contrario: en vez de ley, ahora interés.

⁵ Véase, desde el punto de vista sociológico, Schelsky, Helmut, “Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftlicher Beitrag” (“El modelo de Jhering del cambio social a través del derecho. Una contribución científica”), en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 3 (1972), pp. 47-86, reproducido en: id. *Die Soziologen und das Recht* (Los sociólogos y el derecho), Opladen, 1980, pp. 147-186.

⁶ Kantorowicz, Hermann U., “Rechtswissenschaft und Soziologie” (“Ciencia del derecho y sociología”), *Verhandlungen des Ersten Soziologentages 1910*, Tübingen, 1911, pp. 275-309.

⁷ *Idem*, p. 278.

⁸ Así también, por la misma época, en los Estados Unidos. Cfr. Geis, Gilbert, “Sociology and Sociological Jurisprudence”, *Kentucky Law Review* 52 (1964), pp. 267-293.

una sociología de la Trinidad y ningún sociólogo se plantea la pregunta: *¿cur Deus homo?* La genética de Mendel no es tema para los sociólogos y, tratándose del instinto de muerte, hay que atenerse a Freud. La transformación en los modelos de equilibrio en modelos de crecimiento corresponde a la teoría económica. El sociólogo tampoco se inmiscuye en las crisis nerviosas y los entusiasmos recurrentes de la pedagogía, y es tan incompetente para delimitar entre sí la conciencia del injusto y la culpabilidad como en relación con los componentes irónicos y el hábito de la cita en las obras del arte moderno. Por todas partes la misma perplejidad. Se puede considerar esto como efecto de la diferenciación en disciplinas aceptada en el sistema científico o como especialización necesaria del estudio de la sociología. En todo caso, en el ámbito de la sociología del conocimiento se producen esfuerzos encaminados a superar esta situación, si bien se carece de una guía teórica en la sociología general y las correlaciones permanecen en un nivel superficial.

Sin embargo, a la sociología se le escapa una parte importante de la realidad social si insiste en permanecer en esta abstinencia,⁹ pues entonces debe renunciar a ser teoría de la sociedad y apenas será capaz de entender *a posteriori* en qué medida la sociedad moderna se debe precisamente a la realización de una ambiciosa semántica. Los planteamientos que en tal sentido podemos encontrar en la obra de Max Weber, pero también en Scheler, Simmel, Mannheim y otros, no han sido llevados adelante en forma más concreta. La teoría del proceso de la civilización de Norbert Elias,¹⁰ permanece como una

⁹ No resulta difícil citar, al lado de las interpretaciones generales de la sociología de la cultura, contraejemplos suficientemente específicos, pero éstos demuestran a la vez, por el momento, la marginalidad de este interés científico. Cfr. por ejemplo Knoll, August Maria, *Zins und Gnade: Studien zur Soziologie der christlichen Existenz* (Interés crediticio y gracia: estudios de sociología de la existencia cristiana), Neuwied, 1967; Nelson, Benjamin, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, 2a. ed., Chicago, 1969; id., *Der Ursprung der Moderne: Vergleichende Studien zum Zivilisationsprozess* (El origen de la modernidad: estudios comparativos sobre el proceso de la civilización), Frankfurt, 1977, Hahn, Alois, "Zur Soziologie der Beichte und anderer Formen institutionalisierter Bekenntnisse: Selbstthematisierung und Zivilisationsprozess" ("Sociología de la confesión y otras formas institucionalizadas de profesión de fe: autotematización y proceso de la civilización"), *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 34 (1982), pp. 408-434; además mis propios ensayos en: *Gesellschaftsstruktur und Semantik* (Estructura social y semántica), 2 vols., Frankfurt 1980-1981 (el tercer volumen apareció en 1989) y *Liebe als Passion. Zur Codierung von Intimität*, Frankfurt, 1982 (hay traducción con el título: *El amor como pasión*).

¹⁰ *Über den Prozess der Zivilisation*, 2 vols., Basel, 1939, reediciones a partir de 1969 (traducción: *Sobre el proceso de la civilización*, Madrid-México, 1987).

obra aislada, cuyas bases teóricas no bastan para estimular la prosecución de la labor en otros ámbitos de la cultura. No es de sorprender, entonces, que se carezca también de una sociología de la dogmática jurídica.

El tema de la "observación sociológica del derecho" debe ofrecer la oportunidad de reflexionar sobre esta singular distancia y dar forma teórica a sus motivos. El derecho es uno de los múltiples ámbitos dentro de los cuales no sólo se produce comunicación social, sino que se comunica ampliamente consigo mismo. Al hacerlo produce, en forma hasta cierto punto epigenética, un producto cultural que se utiliza, replica, reproduce, y transforma permanentemente. La mera complejidad de estos artefactos los hace intransparentes, lo cual bien puede fungir como barrera. Se trata, sin embargo, de una dificultad más bien práctica, pues no hemos declarado todavía que esta inaccesibilidad del derecho para la sociología deba ser y permanecer así.

II

Las dificultades de la observación y la descripción sociológicas del derecho y la distancia característica que la sociología guarda hacia su objeto pueden mostrarse y entenderse con auxilio de una teoría de los sistemas autorreferentes autopoyéticos.¹¹ Los sistemas autorreferentes autopoyéticos son sistemas que se remiten siempre a sí mismos en todas sus operaciones, es decir, que no pueden referirse a otros sin autorreferencia, y que reproducen ellos mismos todos los elementos que los componen (por ejemplo, macromoléculas, células, impulsos nerviosos, comunicaciones, decisiones) a través de estos mismos elementos. Se trata, pues, de sistemas circularmente cerrados que, gracias precisamente a su clausura operativa, presentan propiedades características de las cuales se ocupan hoy día amplias investigaciones en los campos de la lógica, las matemáticas, la biología, la cibernética y la teoría de sistemas. En

¹¹ Sobre la discusión, en sus inicios puramente biológica, de esta propuesta teórica cfr. Maturana, Humberto R., *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit* (Cognición: la organización y representación de la realidad), Braunschweig, 1982; Varela, Francisco J., *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979. Sobre la discusión más amplia ver también: Zeleny, Milan (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, New York, 1981; Dumouchel, Paul/Dupuy, Jean-Pierre (eds.), *L'Auto-organisation: De la physique au politique*, París, 1983; Ulrich, Hans/Probst, Gilbert J.B. (eds.), *Self-Organization and the Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts and Questions*, Berlín, 1984. En particular sobre los sistemas sociales: Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984 (traducción con el título: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, 1991).

el ámbito de los problemas lógicos es particularmente significativa la circunstancia de que tales sistemas no puedan ser entendidos a través de uno solo de los valores de una lógica binaria. Mientras la lógica clásica tenía que presuponer objetos de un solo valor, “ontológicos”, sobre los cuales es posible elaborar juicios verdaderos o falsos, los sistemas autorreferentes proceden de manera selectiva en sus operaciones, aceptando dos valores, esto es, que únicamente pueden referir su “sí mismo” (*Selbst*) a la diferencia respecto de un ambiente (*Umwelt*).¹²

Esta teoría sistémica postontológica, altamente abstracta, puede combinarse con una teoría de la sociedad moderna. Es posible mostrar que la diferenciación de grandes sistemas sociales funcionales (*Funktionssysteme*), la cual es una, si no la particularidad de la sociedad moderna, obedece a este modelo sistémico. Los sistemas funcionales se diferencian como sistemas autorreferentes porque sólo así es posible realizar su autonomía social.¹³ En esta particularidad residen el riesgo estructural de la sociedad moderna y su improbabilidad evolutiva: en el establecimiento de sistemas autorreferentes, autónomos, operativamente cerrados, para el desempeño respectivamente de una función específica. O en términos más claros: el riesgo de la clausura circular propia se combina con el riesgo de la especificación funcional, bajo la desintegración de instituciones y morales multifuncionales. En el orden así alcanzado ningún sistema funcional puede sustituir a otro o siquiera descargarlo de su función: ni la política puede actuar en lugar de la economía, ni ésta puede investigar en

¹² Naturalmente esto resulta debatido dentro de la teoría a la que hacemos referencia. Respecto de la opinión aquí sostenida cfr. Gianville, Ranulph, “The Same is Different”, en: Zeleny, *loc. cit.* (nota 11), pp. 252-262. Los límites de la lógica de dos valores, sobre todo en relación a los objetos autorreflexivos y los hechos sociales (“subjetividad del tú”) han sido tratados repetidamente por Gotthard Günther como límites del pensamiento ontologista. Véase: *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik* (Contribuciones a la fundamentación de una dialéctica operacionalizable), 3 vols., Hamburg, 1976-1980.

¹³ Cfr. para los casos particulares: Luhmann, Niklas, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (La teoría política en el Estado benefactor), München, 1981; id., “Staat und Politik: Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme” (“Estado y política: sobre la semántica de la autodescripción de los sistemas políticos”), en: Bernbach, Udo (ed.), *Politische Theoriegeschichte: Probleme einer Teildisziplin der Politischen Wissenschaft*, número especial 15/1984 de la Politische Vierteljahresschrift, Opladen, 1984, pp. 99-125 (reproducido también en Luhmann, Niklas; *Soziologische Aufklärung*, vol. 4, Opladen 1987, pp. 74-103); id., “Das Kunstwerk und die Selbstreproduktion der Kunst” (“La obra de arte y la autorreproducción del arte”), Delfin III (1984), pp. 51-69. Más recientemente: id., *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (La economía de la sociedad), Frankfurt, 1988 y *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (La ciencia de la sociedad), Frankfurt, 1990.

sustitución de la ciencia. La ciencia, por su parte, es tan incapaz de suplir al derecho como éste de hacer lo propio por la religión, y así sucesivamente en todas las relaciones intersistémicas.

La autonomía de los sistemas funcionales es precisamente manifestación de esta renuncia a la multifuncionalidad, a la garantía múltiple de las funciones. Al prescindir de la seguridad es necesario que los sistemas funcionales la compensen mediante una dinámica propia y una sensibilidad mayores, por ejemplo, a través de lo que la metáfora "mercado" representa para la economía o la metáfora "democracia" para la política.

Los sistemas funcionales se diferencian, por tanto, como órdenes autosustitutivos, y únicamente ellos pueden hallar equivalentes funcionales, calcular operaciones, cambiar estructuras con base en su propia función. Al mismo tiempo, esta autonomía los hace más dependientes de su ambiente, pues están supeditados a que las demás funciones sean satisfactoriamente cumplidas en otra parte, y que ello ocurra de modo tal que no se originen problemas insolubles en su ámbito funcional. Lo que aquí debe equilibrarse desde el punto de vista evolutivo coincide prácticamente con la temprana utopía socialista de la división del trabajo independiente del capital, que hace abstracción del tiempo y del dinero: cada uno trabaja confiando en que los demás también trabajen.¹⁴

Si estos supuestos iniciales son correctos, entonces los conocimientos relativos a las estructuras típicas y a los problemas operativos de los sistemas autorreferentes deberían ser aplicables también al sistema jurídico; la evolución de la sociedad debería entonces haber producido resultados que, dentro de los sistemas funcionales diferenciados, como el jurídico, presenten los caracteres típicos de los sistemas autorreferentes. Los aspectos más importantes serían los siguientes:

(1) Los sistemas autorreferentes son sistemas cerrados por lo que se refiere a su reproducción. Pero al mismo tiempo son sistemas abiertos en la medida en que esta reproducción sólo puede tener lugar en un ambiente y gracias a la irritación y perturbación constantes que éste produce. Este hecho se ha descrito

¹⁴ Cfr. por ejemplo Hodgskin, Thomas, *Labour Defended Against Capital*, (1825), reimpresión de la edición de 1922, New York, 1969, pp. 51 s.

como *order from noise principle*¹⁵ o bien con ayuda de la distinción entre *couplage par input* y *couplage par clôture*.¹⁶ En todo caso, significa que la dinámica del sistema depende del ambiente y que, sin éste, se interrumpiría, pero no que pueda ser controlada por factores del mismo o por otros sistemas determinados. En otras palabras, puede decirse que la “resonancia” de un sistema autorreferente depende de sus estructuras internas y de sus estados momentáneos. Por “autonomía” del sistema no debe entenderse, en consecuencia, independencia o aislamiento relativos respecto del entorno, sino la autorregulación de sus dependencias e independencias.

(2) Los sistemas autorreferentes que emplean el sentido (*Sinn*)¹⁷ como modo de operación autopoyética, se observan y describen a sí mismos. Reintroducen su propia unidad como “identidad” en el sistema, a saber, como identidad en la diferencia respecto de su ambiente. La distinción entre sistema y ambiente se presenta de nueva cuenta en el sistema, y el sistema (¡no el ambiente!) puede orientarse, por tanto, en función de esta diferencia.¹⁸

(3) Los sistemas autorreferentes observan su propia identidad como tautología. No cuentan más que con la diferencia respecto del ambiente para poder determinarse a sí mismos. Son lo que son. Carecen de “criterios” que definan su identidad.¹⁹ Así, para el sistema jurídico es derecho lo que

¹⁵ (“Principio de orden a partir del ruido”). Así, von Foerster, Heinz, “On Self-Organizing Systems and their Environments”, en Yovits, Marshall C./Cameron, Scott (eds.), *Self-Organizing Systems*, Oxford 1960, pp. 31-50. Cfr. también Atlan, Henri, *Entre le cristal et la fumée: Essai sur l'organisation du vivant*, Paris, 1979, especialmente pp. 39 ss

¹⁶ (“Acoplamiento por entrada” y “acoplamiento por clausura”). Así Varela, Francisco J., “L'auto-organisation: de l'apparence au mécanisme”, en: Dumouchel/Dupuy, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 147-164.

¹⁷ Cfr., Luhmann; *Soziale Systeme*, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 92 ss.

¹⁸ Sobre los problemas lógicos de tal “re-entry” (de una distinción dentro de lo que ella distingue) cfr. Brown, George Spencer, *Laws of Form*, 2a. ed., New York, 1972.

¹⁹ Cfr. respecto de la conciencia Shoemaker, Sidney, *Self-Knowledge and Self-Identity*, Ithaca N.Y., 1963; id., “Self-Reference and Self-Awareness”, *The Journal of Philosophy* 65 (1968), pp. 555-567. Aplico esta misma idea a los sistemas sociales y a su autoobservación, contra el parecer de los filósofos. Cfr. Dieter, Henrich, “Identität - Begriffe, Probleme, Grenzen” (“Identidad - conceptos, problemas, límites”), en: Marquard, Odo/Stierle, Karlheinz (eds.); *Identität, Poetik und*

es derecho para el sistema jurídico, y solamente los observadores externos, por ejemplo los sociólogos, pueden en dado caso reprocharle al sistema que disponga sobre el derecho (*Recht*) en una forma que al observador le parece carente de derecho (*Unrecht*), por ejemplo, como manifestación de una sociedad de clases o como esclarecimiento insuficiente de argumentos racionales.

(4) Al combinar operativamente la autorreferencia y el uso de la negación, los sistemas autorreferentes generan paradojas internas. A diferencia de lo que prescribe la lógica a partir de Russell y Whitehead, no son capaces de aislar diferentes niveles entre sí (por ejemplo derecho constitucional y leyes ordinarias) porque en el contexto de los modos de operación del sistema cada plano implica a los otros y remite a ellos. Los sistemas autorreferentes son en esta medida *tangled hierarchies*:²⁰ al operar en el nivel más alto, por ejemplo, mediante una iniciativa de reforma al artículo 79 inciso 3 de la Ley Fundamental de Bonn, se encuentra uno inopinadamente en el nivel del reglamento interior del Parlamento, que hace improcedente dicha iniciativa.* Dentro de los sistemas basados en un código binario, tales paradojas adquieren relevancia central en los casos en que el código debe ser aplicado a sí mismo, es decir,

Hermeneutik, München, 1979, vol. VIII, pp. 133-186, 178.

²⁰ Así Hofstadter, Douglas R., *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks Sussex UK, 1979 (* traducción: Gödel, Escher, Bach. Una eterna trenza dorada, México, 1982). Cfr. al respecto, desde la perspectiva jurídica: Eckhoff, Torsten/Sundby, Nils Kristian, "The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence", *Scandinavian Studies in Law* 19 (1975), pp. 123-151, y Eckhoff, Torsten; "Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems", *Scandinavian Studies in Law* 22 (1978), pp. 39-51. Aparte de tales colapsos en una jerarquía de funcionamiento normal debe pensarse también en los colapsos ocasionales de la diferencia entre sistema y entorno aplicada dentro del sistema. Hofstadter habla aquí de "strange loops": "something in the system acts on the system as if it were outside" ("algo en el sistema actúa dentro de él como si estuviera fuera") (p. 691). Se ve uno tentado a pensar en la idea, empleada por Esser, de "recurso" ("Durchgriff") a las valoraciones sociales. Véase Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis* (Precomprensión y elección de método en la aplicación del derecho: garantías de la racionalidad de la práctica de la decisión judicial). Frankfurt, 1970.

* El artículo 79 inciso 3 de la Ley Fundamental de Bonn contiene una cláusula pétreo (la doctrina habla literalmente de una "cláusula de eternidad" o *Ewigkeitsklausel*) que prohíbe la reforma de algunos principios constitucionales como, por ejemplo, la organización federativa del Estado, la democracia representativa o la garantía de los derechos humanos (artículos 1 y 20). No hay, empero, una disposición de nivel formal constitucional que impida la reforma de la "cláusula de eternidad" misma. De ahí la paradoja a la que se refiere el autor.

por ejemplo, si se trata de saber si la distinción de lo lícito e ilícito (*Recht, Unrecht*) es introducida y manejada lícita o ilícitamente.²¹

Con ayuda de estos criterios no sólo obtenemos posibilidades de comparación del sistema jurídico con otros sistemas autorreferentes, en particular con otros sistemas funcionales de la sociedad moderna, sino a la vez líneas conductoras para nuestro tema de la observación sociológica del derecho. Gracias a los problemas básicos de la tautología y la paradoja se puede entender, en lo particular, la historia de la reflexión del sistema jurídico sobre sí mismo, de sus conceptos y de sus teorías, como historia de los esfuerzos por eliminar las paradojas y las tautologías en el derecho. Si bien la autorreferencia del sistema jurídico, al ser observada y descrita, remite a la tautología y la paradoja, el sistema mismo no debe admitir ni la una ni la otra. Ni la arbitrariedad (*Beliebigkeit*) ni el bloqueo de las operaciones son estructuras admisibles en el sistema. Por lo tanto, es necesario elaborar en su interior un discurso sobre el sistema que guarde una relación oculta con la paradoja y la tautología, encubriendo al mismo tiempo esta relación y garantizando mediante la institución de sentido (*Sinnsetzungen*) la productividad de las operaciones.²² En este sentido se dan en la historia muy variadas soluciones semánticas,²³ que con

²¹ Que esto es cierto en el sistema jurídico respecto de cada decisión jurídica lo muestra Walter Benjamin en relación con el problema de la indeterminación residual, que ninguna diferencia entre creación y aplicación del derecho (es decir, jerarquización) es capaz de eliminar del todo. Véase: "Zur Kritik der Gewalt" ("Sobre la crítica de la violencia")(1921), en: *Gesammelte Schriften* (Escritos completos), Frankfurt, 1977, vol. II 1, pp. 179-203. Sobre la recepción de este problema en el contexto de la discusión teórica reciente cfr. Resta, Eligio, *L'ambiguo diritto*, Milano, 1984.

²² Véanse las ideas correlativas sobre las teorías de la economía en el sistema económico en: Dumouchel, Paul, "L'ambivalence de la rareté", en: Dumouchel, Paul/Dupuy, Jean-Pierre, *L'enfer des choses: René Girard et la logique de la économie*, Paris, 1979, pp. 135-254, especialmente 234 s.

²³ Respecto de un corto periodo cfr. Luhmann, Niklas, "Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte" ("La teoría del orden y los derechos naturales"), en: *Rechtshistorisches Journal* 3 (1984), pp. 133-149.

frecuencia son aplicadas en forma puramente metafórica,²⁴ y quizá la metáfora más actual del momento sea: la violencia.²⁵

Durante un tiempo estuvo también de moda en la sociología decir: violencia.²⁶ Sin embargo, esto no es necesario ni esclarecedor. La sociología falta a sus posibilidades si simplemente copia y adopta los modos en que los sistemas se describen a sí mismos y evitan tautologías y paradojas. A cambio, puede adoptar el punto de vista de un observador externo y aprovechar el distanciamiento que lleva aparejado.²⁷ La distancia de la sociología hacia su objeto, la cual se nos había presentado de momento como fracaso ante la complejidad y la falta de transparencia del derecho, puede resultar ser una ventaja si se aprovecha bien. No hay más que poner en juego la diferencia entre autoobservación (autodescripción) y observación (descripción) ajena. La autoobservación tiene que identificarse con lo observado, si no, no sería tal: debe reconocerse (también) a sí misma en sí misma. No puede poner en duda que también es lo que es, pues ello interrumpiría su autopoyesis.²⁸ Ello no significa que exista una transparencia interna plena, que en realidad no puede haber para ningún sistema complejo, pero sí una firme certidumbre en la existencia y orientación

²⁴ Este podría ser punto de partida para una reinterpretación de Blumenberg, Hans; *Paradigmen zu einer Metaphorologie* (Paradigmas para una metaforología), Bonn, 1960.

²⁵ Respecto del sistema jurídico se puede rastrear esta respuesta hasta la segunda mitad del siglo XVIII. Véase la negativa todavía estricta de Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, I 3; después, por ejemplo, Linguet, Simon-Nicolas-Henri, *Théorie des lois civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, Londres, 1767, especialmente el vol. I, pp. 284 ss. La transferencia de esta metáfora a otros sistemas funcionales es de fecha más reciente. Para la religión cfr. Girard, René; *La violence et le sacré*, Paris, 1972; respecto de la economía, aparte de Dumouchel/Dupuy, *op. cit.*, supra, nota 22, también Aglietta, Michel/Orléan, André, *La violence et la monnaie*, Paris, 1982 (traducción: La violencia de la moneda, México, 1990).

²⁶ Cfr., ya en retrospectiva, Rammstedt, Otthein (ed.), *Gewaltverhältnisse und die Ohnmacht der Kritik* (Relaciones de violencia y la impotencia de la crítica), Frankfurt, 1974.

²⁷ No en todos los casos: no en relación consigo misma, no en relación con el sistema científico, al cual pertenece, y tampoco en relación con la sociedad, a la cual intenta observar internamente con ayuda de un "strange loop", como si fuera desde el exterior. Cfr. supra, nota 20.

²⁸ Quisiera poner en duda si por ello, como opina Atlan, *op. cit.*, supra, nota 15, p. 70, deba existir una jerarquía de inclusión, de manera que el sistema se pueda observar desde un sistema más amplio. Véase también el concepto de *self-indication* en: Varela, Francisco J., "A Calculus for Self-Reference", *International Journal of General Systems* 2 (1975), pp. 5-24. Esta cuestión es de gran relevancia teórica y debería ser examinada con más cuidado, pues de ella depende de que pueda afirmarse que el sistema jurídico está obligado, por razones lógicas, a recurrir a la sociedad en su autoobservación y autodescripción.

de la observación a través de sí misma. Van Parijs habla en este sentido de *authoritative self-knowledge*.²⁹ Igual valdría decir autoidentificación. La autoobservación es excluyente en este sentido, pues ocupa el único punto posible para la autoobservación. La “seguridad de sí misma” que ello le brinda es inalcanzable para cualquier observación ajena. El déficit se compensa porque la observación ajena puede ejercerse desde varios sistemas externos y ser disciplinada mediante el acuerdo entre ellos, así como a través de métodos de producción de certidumbre “intersubjetiva”.

Sin embargo, un análisis más sutil debe tener en cuenta que la autoobservación, como toda observación, emplea un esquema de distinción en el cual localiza al objeto observado.³⁰ Respecto de su propio esquema la observación es, pues, el tercero excluido; como autoobservación resulta ser el tercero excluido incluido, esto es, una paradoja inaccesible a sí misma. Esta paradoja de la autoobservación puede observarse sólo desde el exterior y tiene como precio la pérdida de su seguridad. La observación ajena puede identificar tautologías y paradojas en su objeto, sin por ello verse bloqueada como tal. Naturalmente, a la vez debe poder observar de qué modo el sistema observado se conduce con sus tautologías y paradojas, cómo se desentiende de ellas y las deja de lado. Si no viera esto al mismo tiempo, la observación ajena se bloquearía también a sí misma, puesto que no estaría en condiciones de determinar de qué manera el sistema observado hace posible y controla sus operaciones. Aquí nos limitamos a señalar las intrincadas relaciones entre autoobservación y observación ajena y no hemos de profundizar más sobre ellas. Aprovechamos, empero, la posibilidad de interpretar la relación entre la sociología y el sistema jurídico (incluyendo las teorías de reflexión de este sistema) frente a este trasfondo teórico. La teoría del derecho produce una autodescripción del sistema jurídico. La sociología aprovecha la posibilidad de la observación ajena, incluyendo la observación de las autodescripciones del sistema, es decir, la sociología de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica. En esta interpretación, la sociología debe abandonar toda pretensión a un saber mejor; pero también puede desentenderse de las responsabilidades operativas en el sistema jurídico, de la lealtad al sistema, de ofertas de auxilio y de servidumbres de todo tipo. Puede observar más, y a la vez menos, que el sistema jurídico mismo.

²⁹ *Op. cit.*, *supra* nota 2 p. 130

³⁰ Véase el empleo basal de los conceptos *distinction* e *indication* en la lógica de Spencer Brown, *op. cit.*, *supra* nota 18.

Con la finalidad de no permanecer en este nivel de abstracción, a continuación se mostrará, con la ayuda de algunos ejemplos centrales seleccionados en el ámbito de la teoría y la dogmática jurídicas, de qué manera se distinguen la autoobservación y la observación ajena del derecho. Tomamos el problema de la norma (III), el de la positividad de la validez del derecho (IV), los problemas dogmáticos de la orientación por las consecuencias (V), la peculiaridad de la argumentación jurídica (VI) y el problema de la justicia (VII).

III

El sistema jurídico mismo se ve precisado a definir tautológicamente la calidad normativa de sus decisiones. Puede sustituir las palabras, definiendo las normas por ejemplo como “deber ser”, pero esto sirve sólo para encubrir verbalmente la tautología. El sentido jurídico-normativo (*rechtsnormativer Sinn*) es aquello que caracteriza a un elemento como perteneciente al sistema jurídico. Esto es válido no sólo para las leyes y los contratos, sino también para las sentencias, derechos y expectativas que pertenecen al sistema jurídico por cuanto recurren a este sentido jurídico-normativo. La autopoyesis del derecho no es otra cosa que la reproducción de esta posibilidad y su transformación continua en vivencia y acción actuales.³¹ Por lo tanto, forman parte del sistema jurídico no solamente los actos realizados en el desempeño de roles organizados o profesionales, los del legislador y los de tribunales y abogados,³² sino también toda comunicación cotidiana en la medida en que hace referencia al derecho. El deber ser del derecho simboliza la unidad y la clausura del sistema jurídico. No existe derecho fuera del derecho, es decir, que en la relación del sistema con su ambiente, no hay *input* (entrada) ni *output* (salida) de derecho. En otras palabras, la función social del derecho es desempeñada exclusivamente en el sistema jurídico y en ninguna otra parte más.

En la teoría del derecho se presenta este estado de cosas como la imposibilidad de derivar normas de los hechos. Tal prohibición parece haber sido descubierta a medida que la evolución social conducía a la diferenciación del

³¹ Cfr. Luhmann, Niklas, *Die Einheit des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 14 (1983), pp. 129-154 (traducción francesa: “L’unité du système juridique”, en: *Archives de philosophie du droit*, 1986, tomo 31, pp. 163-188; traducción inglesa: “The Unity of the Legal System”, en: Teubner, Gunther (ed.); *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*; Berlin-New-York, 1988, pp. 12-35).

³² Así la opinión dominante. Cfr. por ejemplo Friedman, Lawrence M., *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975.

sistema jurídico y al abandono de las premisas iusnaturalistas. Hoy se le reconoce unánimemente, y la sociología también habrá de respetarla. Sin embargo, y debido precisamente a ello, la observación sociológica del derecho adopta una posición totalmente distinta a la que asume la observación interna del sistema. Para la sociología del derecho las normas son hechos, de manera que no se plantea siquiera el problema de la deducción lógica. Así, la cuestión teórica que debe resolver la sociología del derecho es el modo en que debe manejar a las normas como hechos, es decir: con cuál aparato de conceptos ha de establecer la relevancia y conectividad teórica del hecho particular llamado "norma".

La concepción hoy predominante ofrece al respecto, siguiendo a Max Weber y Emile Durkheim, una solución muy sencilla. La facticidad de la norma es la opinión, la concepción o el consenso empíricamente determinables—esto es, un fenómeno subjetivo— que asumen el sentido de la norma. No obstante, esto no aclara el concepto de la norma, sino que lo presupone como forma irreductible de la vivencia.³³ Con ello no se hace más que transferir a la conciencia empírica la tautología según la cual la norma es lo que es. En consecuencia se repiten las definiciones tautológicas: "*A norm is a rule, more or less overt, which expresses 'ought' aspects of relationships between human beings*", dice por ejemplo un antropólogo social.³⁴ Esta concepción no ha sido improductiva, pues ha permitido aclarar, por ejemplo, que es necesaria la conciencia de lo contingente para poder generar conciencia de la norma, que se requiere la previsión de consecuencias y algunas cosas más.³⁵ Por lo que se

³³ Así, de modo explícito, Timasheff, Nicholas S., *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, 1939, p. 68: "Ought to be" is a primary, irreducible content of consciousness". Esto resultará evidente para los fenomenólogos. En Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, reimprisión Neuwied, 1964, pp. 45 s. (traducción: *Estudios de sociología del derecho*, México, 1983), se hallan observaciones en el sentido de que la validez normativa de las reglas es sólo una concepción aparentemente simple de la vida cotidiana, detrás de la cual estarían por descubrirse hechos en verdad complejos.

³⁴ ("Una norma es una regla, más o menos explícita, que expresa el aspecto de lo 'debido' en las relaciones entre seres humanos") Bohannan, Paul, "The Differing Realms of Law", en: id. (ed.); *Law and Warfare, Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, N.Y., 1967, pp. 43-56 (45). Cfr. también el panorama, con abundante material, sobre los intentos de definición en: Lautmann, Rüdiger, *Wert und Norm: Begriffsanalysen für die Soziologie (Valor y norma: análisis conceptuales para la sociología)*, Köln-Opladen, 1969, pp. 54 ss.

³⁵ Cfr. como investigaciones en esta dirección, por ejemplo, Oman, Milton/Tomasson, Richard F., *Disparities in Visualizing Social Norms*, *Social Forces* 3 (1952), pp. 328-333; Schwartz, Shalom H.; "Words, Deeds, and the Perception of Consequences and the Responsibility in Action Situations", *Journal of Personal and Social Psychology* 10 (1968), pp. 232-242; Sukale-Wolff,

refiere al concepto mismo de norma, se desaprovechan las posibilidades inherentes en la distinción entre observación ajena y autoobservación.

Podemos superar este estado de la discusión si concebimos a las normas como expectativas de conducta contrafácticas, es decir, como expectativas sostenidas aun cuando sean desilusionadas,³⁶ en cuyo caso también se trata a las normas como hechos (y no como derivaciones lógicas de los hechos), pero la definición pone al mismo tiempo en relieve la diferencia entre expectativas cognitivas y normativas: tratándose de las primeras, se aprende de las decepciones; en el caso de las segundas, no. Se ve, además, que en muchos, que en la mayoría de los casos es irrelevante esta distinción, porque no es necesario preocuparse del comportamiento a asumir en caso de decepción. La expectativa cotidiana se contenta con lo evidente y permanece incalificada respecto a la distinción cognitivo/normativo (aprender/no aprender). Sólo cuando se anuncia un conflicto, o en todo caso, cuando existe la posibilidad de que una expectativa sea frustrada, hay motivo para preocuparse anticipadamente y, en dado caso, sujetarse uno y los demás mediante un estilo de expectativa con énfasis normativo.³⁷ Los aspectos clásicos del concepto sociológico de la norma pueden introducirse entonces de manera secundaria: si sostener las expectativas en caso de decepción, esto es, si el riesgo de denegación del aprendizaje adaptativo es lo importante, la improbabilidad de tal comportamiento debe garantizarse de modo adicional, ya sea mediante requisitos especiales en la formulación y simbolización de la norma, para que esta pueda mantenerse sin correlato en la realidad; ya sea mediante la suposición del consenso de terceros no involucrados (institucionalización); ya sea a través de la perspectiva de una posible sanción, mediante la cual se dé cauce a la decepción y se confiera fuerza a la expectativa.³⁸ Si atendemos a la función que cumple la expectativa de tipo

Sybill, *Konformität als Antwort auf Konflikte: zwei Modelle*, Conformidad como respuesta al conflicto: *dos modelos*), Festschrift Eduard Baumgarten, Meisenheim am Glan, 1971, pp. 174-200.

³⁶ Véase más detalladamente Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie* (Sociología del derecho), 3a. ed., Opladen, 1987, pp. 40 y ss.

³⁷ Naturalmente debe reconocerse que precisamente esta obligación anticipada puede resultar incómoda y que se buscarán vías de autodispensa si esto sale a relucir. Cfr. al respecto el estudio de caso de Frankel, Barbara, "The Cautionary Tale of the Seven-Day Hospital: Ideological Messages and Sociological Muddles in the Therapeutic Community", en: Krippendorff, Klaus (ed.); *Communication and Control in Society*, New York, 1979, pp. 353-373.

³⁸ Los sociólogos, en particular, pero también los teóricos "realistas" del derecho, definen el concepto de norma a través de este elemento secundario. Esta constituye igualmente una posibilidad de afirmar la pura facticidad de lo normativo sin entrar en el sentido característico de la normatividad. Cfr. por ejemplo Popitz, Heinrich, "Soziale Normen" ("Normas sociales"), *Europäisches*

normativo, se comprende a la vez el motivo de esta necesidad de apoyo y la conexión entre las distintas formas de la garantía. La norma debe poder afirmarse en mayor o menor grado contra la realidad, y se formula únicamente porque esto podría ser necesario en algún momento. El significado de la norma radica en la conducta anómala, y no en la conformidad con ella.

Con ayuda de este concepto de norma, encuadrado en una red de condiciones y funciones fácticas, la sociología es capaz de ver y formular más de lo que se puede aprovechar dentro del sistema jurídico.³⁹ Así, el sociólogo destacará la referencia de lo contingente, la función que tiene el aseguramiento de las expectativas y la terquedad característica de la norma, y de esto deducirá la necesidad de su fundamentación, mientras que, por el contrario, en el sistema jurídico la reproducción y aplicación de la norma se fundamenta con su propia fundamentación. En la perspectiva sociológica la norma se sujeta a comparaciones del todo diversas a las que emplea el sistema jurídico. Por otro lado, en la realización de su autopoyesis únicamente las operaciones del sistema jurídico están en situación de modificar sus estructuras de expectativas normativas, y las reflexiones requeridas para tal efecto pueden parecerle inexplicables o imprevisibles al sociólogo.

IV

No es del todo sencillo determinar a qué cuestión responde realmente el concepto de la positividad del derecho y por ello tampoco queda en claro cuál es su significado último. Es de suponerse que el planteamiento que da origen al concepto haya sido reemplazado en época reciente, pero ¿cómo? y ¿por qué razón?

En la arquitectura medieval del derecho, la positividad era la denominación de una de sus fuentes,⁴⁰ esto es, un fundamento de validez que garantizaba a

Archiv für Soziologie 2 (1961), pp. 185-198; Spittler, Gerd, *Norm und Sanktion: Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus* (Norma y sanción: investigaciones sobre el mecanismo de la sanción), Olten-Freiburg, 1967, especialmente pp. 14 y ss.

³⁹ Cfr. Ziegler, Rolf, "Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe" ("Norma, sanción, rol: una reconstrucción estructural de conceptos sociológicos"), *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 36 (1984), pp. 433-463.

⁴⁰ Sobre la semántica histórica del concepto "fuente del derecho" cfr. también Luhmann, Niklas, "Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht" ("La doctrina jurídica de las fuentes del derecho desde la perspectiva sociológica"), en: id.; *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Diferenciación del derecho: contribuciones a la sociología y la teoría del derecho), Frankfurt, 1981, pp. 308-325.

la vez la justicia del derecho dentro de un orden jerárquico de fundamentos de validez y que gozaba de credibilidad gracias a su limitación. En otras palabras, la jerarquía de las “leges” permitía unir proposición de validez y proposición de justicia. Al mismo tiempo, resultaba necesario aceptar, desde el punto de vista político, un derecho de resistencia. Quizá en este problema de la facultad de resistir contra un derecho ilegítimamente establecido (como forma de manifestación de la paradoja del derecho) fue el motivo de escándalo: en todo caso, dicha jerarquía de las leyes se disuelve en los siglos XVII y XVIII, y en su lugar queda la positividad de la validez del derecho.⁴¹ Hoy en día sólo tiene validez el derecho positivo. Tras bambalinas se sustituyó la paradoja del derecho por la tautología del derecho, y la positividad no quiere decir otra cosa sino que es válido como derecho lo que según las disposiciones del derecho vale como derecho. Ante determinadas afirmaciones jurídicas, el jurista común no tendrá, por lo regular, más que plantearse y responder una pregunta en el caso concreto: “¿dónde se encuentra eso?”

Pero esta solución seductoramente simple tiene sus costos, pues ha disuelto la unidad entre proposición de validez y proposición de justicia. El derecho vigente ya no es sin más derecho justo, sino que requiere una “legitimación” —en todo caso, según la opinión de la doctrina—. Obligado a desempeñar esta función, el concepto de legitimación no puede ser ya hoy, como lo fue antes, un concepto jurídico,⁴² sino que se convierte en concepto político y desemboca en la cuestión de la legitimación de la política para la legitimación del derecho,⁴³ y encuentra aquí una respuesta final, ya sea en la teoría de la democra-

⁴¹ Respecto de la teoría de reflexión cfr. Bluhdorn, Jürgen, “Naturrechtskritik und Philosophie des positiven Rechts”: Zur Begründung der Jurisprudenz als positive Fachwissenschaft durch Gustav Hugo” (“Crítica del derecho natural y ‘filosofía del derecho positivo’: sobre la fundamentación de la ciencia del derecho como ciencia positiva especializada por Gustav Hugo”), *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 41 (1973), pp. 3-17; id.; “Kantianer und Kant: Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur Wissenschaft vom positiven Recht” (“Los kantianos y Kant: el viraje de la metafísica del derecho a la ciencia del derecho positivo”), *Kantstudien* 64 (1973), pp. 363-394.

⁴² Las perplejidades se anuncian bastante temprano. Así, la legitimidad, referida a la dominación política, se define negativamente la mayoría de las veces por las condiciones de su ausencia, a saber, usurpación violenta o abuso tiránico. Cfr. por ejemplo Spontone, Ciro, *Dodici libri del Governo di Stato*, Verona, 1599, pp. 241 ss.

⁴³ Por lo demás, el concepto de Estado en la tradición continental europea permite concentrar abreviadamente este complejo estado de cosas en la fórmula de la legitimación del Estado. Cfr. las contribuciones y discusiones en: Achterberg, Norbert/Krawietz, Werner (eds.), “Legitimation des modernen Staates” (Legitimación del Estado moderno), suplemento 15 del *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1981.

cia o en la de los valores. Así se asimetriza suficientemente al sistema jurídico para permitirle operar. Cada vez que surge la cuestión de la legitimación, tiene éste la facultad de remitirse a algo "superior" sin tener por ello que admitir de entrada un derecho de resistencia.

Es evidente que esto no satisface al sociólogo. Max Weber reaccionó ante este problema mediante la conocida distinción entre los diversos tipos de dominación legítima, lo que en realidad constituye una tentativa teórica más bien impotente que no va más allá de caracterizar a la sociedad moderna mediante el tipo formal-racional de dominación legal (lo cual sabemos también sin necesidad de recurrir a la sociología). Uno de sus méritos reside, sin embargo, en la factualización de todos los tipos de legitimidad, incluso de la creencia en la legitimidad tradicional y la carismática, lo cual autoriza a hacer comparaciones. Al mismo tiempo, se encubre la diferencia histórica, consistente en que las sociedades anteriores no conocían en absoluto este problema y el que toda la discusión sobre la legitimidad surge apenas frente a la estela dejada por la positivización del derecho.

Si, en cambio, concebimos la positivización del derecho como correlato de la diferenciación del sistema jurídico y de su autonomía autopoyética, tendremos un punto de partida teórico totalmente distinto. En las condiciones definidas por la diferenciación funcional, la validez del derecho sólo es posible si es "positiva", es decir: puesta por el derecho mismo. El derecho puede regular la manera en que se reproduce a sí mismo, es decir: cómo se pasa legítimamente del derecho al derecho; pero esto sólo el derecho puede regularlo. No existen autoridades o instancias externas que puedan introducir derecho en el derecho. El derecho se constituye circularmente, y un observador que pretenda describir como unidad esta circunstancia debe recurrir, por tanto, a una formulación tautológica. Todas las restricciones son autoimpuestas; toda orientación por el ambiente debe ser manejada por el sistema en su propio interior.

En consecuencia, el derecho es válido sólo porque se ha decidido que lo sea. Sin embargo, sería un error querer ver en esto un "decisionismo" arbitrario y carente de principios. En su fundamentación mediante decisión reside ya una doble restricción: por un lado, lo que es creado mediante decisión puede modificarse por el mismo medio. El derecho se funda en la inestabilidad de su principio de validez. Es válido hasta nuevo aviso.⁴⁴ La justificación de su

⁴⁴ Se impone la comparación con los programas de inversión ("empresas") en el sistema económico y los programas de investigación ("teorías") en el sistema científico. En todos estos casos se aplica la temporalización para descargar al sistema, y las perspectivas de un futuro en que

contenido reside en que las normas no son modificadas, aunque podrían serlo. Se puede operar con una presunción de consenso y forzar al oponente a iniciar un procedimiento de reforma del derecho. Por otro lado, si bien todo el derecho puede ser modificado, no puede serlo todo al mismo tiempo. Todo cambio en el derecho debe fundarse en derecho. Todo nuevo derecho ha de integrarse en el viejo derecho y ser armonizado con éste, si no se quiere que la programación se vuelva contradictoria e impronosticable en sus operaciones. La escasa posibilidad de centralizar el material jurídico y la reducida "penetración" (*Durchgriffswirkung*) de los principios constituyen, por tanto, también una protección contra la arbitrariedad. Quien desee cambiar radicalmente en corto tiempo los programas del sistema jurídico tiene que empezar desde el exterior.⁴⁵

El problema práctico reside entonces menos en un peligro de arbitrariedad inmanente al derecho que en las dificultades provocadas por las innovaciones jurídico-políticas de tipo profundo. A lo largo de periodos prolongados pueden ser identificadas como cambios tendenciales de la jurisprudencia y tomar auge entonces a través de la retroalimentación (*feedback*) positiva; así, por ejemplo, el paso de la responsabilidad estricta por culpa a la responsabilidad por riesgo objetivo y la protección de la buena fe, o bien, el creciente reconocimiento del daño inmaterial. Si el cambio es de orden legislativo se requiere iniciar un alud de modificaciones mínimas, con incontables e imprevisibles efectos. El fortalecimiento de las consideraciones ecológicas en el llamado derecho ambiental ofrece un buen ejemplo de ello.

Para el sistema jurídico, la cuestión de la positividad del derecho no tiene respuesta, ya que nunca se somete a decisión. En todo caso, el déficit de legitimación se pone al descubierto cuando la justicia carece de buena prensa. La observación sociológica externa al sistema es capaz, además, de hacer comprender por qué esto es así. Puede describir como autorreferencia la autopoiesis del derecho y como tautología la unidad del sistema referente y el referido. También puede hacer entender la ganancia que significa complementar al menos, si no sustituir, la asimetrización jerárquica de la tautología con la asimetrización temporal. No es tanto que la positividad se decreta desde "arriba", sino que más bien se pone en operación mediante un procedimiento

es posible disolver las obligaciones aligera la decisión de obligarse.

⁴⁵ Un buen estudio de caso en este sentido: Rütters, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (La interpretación sin límites: sobre la transformación del derecho privado en el nacionalsocialismo), Tübingen, 1968.

paulatino de “un paso después del otro”. Esta descripción sociológica obtiene una transparencia que el sistema es incapaz de instrumentar en sus propias operaciones. En esta medida difieren la observación propia y la ajena, pero precisamente tal diferencia puede ser observada de nueva cuenta en la reflexión sobre esta distinción.

V

Podemos derivar de la tautología y la paradoja los problemas de teoría del derecho que hemos abordado hasta ahora y, desde ese punto de partida (que escapa a la observación en el sistema), reconstruirlos en el marco de la teoría de sistemas. Pasamos ahora de la teoría del derecho a la dogmática jurídica, es decir, de la reflexión sobre la unidad del sistema a las cuestiones de la decisión correcta.

Una de las más importantes transformaciones de la dogmática jurídica de este siglo consiste en considerar en buena medida legítimo, incluso ineludible, orientarse por las consecuencias ligadas con diversas concepciones y decisiones jurídicas.⁴⁶ Desde el momento en que se prescinde de las asimetrías “natura-

⁴⁶ Al respecto, desde una perspectiva crítica: Luhmann, Niklas, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, pp. 31 y ss. (traducción: Sistema jurídico y dogmática jurídica, Madrid, 1985) y en el contexto del liberalismo (en su concepción norteamericana) Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1978 (traducción: Los derechos en serio, Barcelona, 1984). La subsecuente discusión dentro de la ciencia jurídica se ha aferrado al aspecto de la orientación por las consecuencias. Cfr. entre la abundante bibliografía, por ejemplo: Teubner, Gunther, “Folgenkontrolle und juristische Dogmatik” (“Control de las consecuencias y dogmática jurídica”), *Rechtstheorie* 6 (1975), pp. 179-204; Damm, Reinhard, “Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre” (“Norma y hecho en la evolución histórica de la metodología jurídica”), *Rechtstheorie* 7 (1976), pp. 213-248 (241 ss.); Schöneborn, Christian, “Schuldprinzip und generalpräventiver Effekt” (“Principio de culpabilidad y efecto de prevención general”), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft* 88 (1976), pp. 349-364 (con reservas iuspenalistas típicas); id. “Zum Stellenwert der juristischen Dogmatik in Rechtsfindungsgang” (“Sobre la posición de la dogmática en el proceso de aplicación del derecho”), *Rechtstheorie* 7 (1976), pp. 169-186; Sambuc, Thomas, *Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsprechung, erörtert am Beispiel des Paragraphen 1 UWG* (Consideraciones sobre las consecuencias en el derecho judicial: la consideración de las consecuencias de la decisión en la jurisprudencia, analizada con base en el ejemplo del párrafo 1 de la Ley contra la competencia desleal), Berlin, 1977; Wälde, Thomas W., *Juristische Folgerorientierung* (Orientación por las consecuencias jurídicas), Königstein/Ts., 1979; Lübke-Wolf, Gertrude, *Rechtsfolgen und Realfolgen (Efectos jurídicos y consecuencias reales)*, Freiburg, 1981; Rottluehner, Hubert, “Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung” (“Sobre el método de una aplicación del derecho orientada por las consecuencias”), en: *Wissenschaften und Philosophie als*

les”, de las construcciones jurídicas “apriorísticas” y de la deducción conceptual, es decir, a partir de la transición hacia la jurisprudencia de intereses, no es posible reconocer el valor del derecho más que en los intereses afectados y, por ello, se requiere examinar de qué modo lo son. La doctrina anterior había sido más cuidadosa en este punto,⁴⁷ e incluso la ética utilitarista previene y distingue entre utilidad de la acción y utilidad de la regla⁴⁸ (esta última depende del poder desentenderse del cálculo de las consecuencias y de que se pueda obedecer a la regla como regla). Partiendo del enfoque habitual en la teoría de la decisión y la sociología empírica, resulta incomprensible, con mayor razón, que el jurista pueda confiar tanto en conocer el futuro. La respuesta es, naturalmente, que se ve obligado a ello. Con alguna exageración podríamos decir que la orientación por las consecuencias es a la vez imposible y necesaria.⁴⁹ Las “buenas razones”, la experiencia de la vida, el cuidado puesto en la práctica profesional, en las que se apoya el jurista, le sirven para disolver esta paradoja y para convencerse de que es posible de todos modos. Y si las consecuencias no se producen en la forma esperada o si no se les da siquiera la oportunidad porque se rechaza la decisión que conduciría a ellas, en nada cambia la legalidad de una resolución, pues ha adquirido autoridad formal.

A la distancia, pueden llamarle la atención varias cosas al sociólogo que no se contenta con asentir satisfecho a este viraje empírico de la ciencia del derecho. De entrada, resulta evidente que aquí se halla en juego una asime-

Basis der Jurisprudenz (Las ciencias y la filosofía como base de la ciencia del derecho), suplemento 13 del Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden, 1981, pp. 97-118; Hassemer, Wienfried, “Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze” (“Sobre la consideración de las consecuencias en la interpretación de las leyes penales”), *Festschrift Helmut Coing*, München, 1982, pp. 493-524.

⁴⁷ “Las consecuencias de la acción en la experiencia únicamente pueden enseñar lo agradable o desagradable de la misma para el sentimiento, y así ofrecer preceptos a la cordura. Empero no pueden derivarse de ellas el concepto de un derecho y de una obligación”, se lee en Buhle, Johann Gottlieb, *Lehrbuch des Naturrechts* (Manual del derecho natural), Göttingen, 1798, reimpresión Bruselas, 1969, p. 51. O bien Garland, Edwin Norman, *Legal Realism and Justice*, New York, 1941, p. 76: “To look for the consequences of his judgment is injustice in a judge who is asked to administer law and not policy” (“La búsqueda de las consecuencias de sus sentencias es injusticia en el juez al que se le pide administrar justicia y no política”).

⁴⁸ Cfr. Brandt, Richard B., *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Cliffs N.J. 1959. Cfr. un breve panorama en Höffe, Otfried, *Einführung in die utilitaristische Ethik; Klassische und zeitgenössische Texte* (Introducción a la ética utilitarista; textos clásicos y contemporáneos), München, 1975, pp. 20 y ss.

⁴⁹ Puesto que la “contingencia” se define como negación de la imposibilidad y de la necesidad, puede hablarse aquí de “contingencia negativa”.

trización temporal que sustituye a la arquitectura jerárquica. Precisamente porque no se puede conocer el futuro es difícil atacar las afirmaciones sobre las consecuencias de la decisión. El afectado desventajosamente por ésta no lo sabe mejor. Si al disolver un matrimonio, el juez determina que la madre es mejor garante del bienestar de un niño que el padre, ¿cómo puede éste esclarecer en su favor el turbio futuro? Casi se querría decir: *in pari turpitudine melior est causa auctoritatis*.^{*} La inseguridad acerca del futuro funciona precisamente como equivalente de la certidumbre. Así se sustituye la seguridad de los principios que han perdido credibilidad o se han vuelto improductivos para la deducción, y se tiene ahora fe en las consecuencias.

Un segundo punto adquiere quizá mayor peso. La orientación por las consecuencias permanece limitada a las operaciones oficiales del poder legislativo y la justicia. No ha sido pensada para cualquiera. Si la clientela normal del sistema se orientara también por las consecuencias, todo dependería de ser descubierto, o no, por la infracción a la ley, o de que el contrario se decida a demandar o deje pasar. Si este cálculo fuera lícito, tendríamos que vérnoslas con un peculiar caso de *tangled hierarchy*:⁵⁰ basta con tomar en cuenta el no funcionamiento del sistema jurídico para que lo ilícito pueda convertirse en lícito. La unidad del sistema entraría en el sistema otra vez como déficit funcional, y el código lícito/ilícito podría aplicarse a sí mismo.

Para impedir esta posibilidad, es necesario ejercer la orientación por las consecuencias como privilegio oficial, como *ius eminens*. Desde el punto de vista sociológico es de esperar que esto agudice la ya de por sí considerable distancia entre el uso oficial del derecho y el no oficial. En la medida en que la orientación por las consecuencias determine los programas de decisión, la aplicación oficial de estos programas seguirá criterios que los afectados no pueden adoptar para sí mismos. Se ven entonces confrontados con un derecho que no corresponde a su pretensión de alcanzar justicia, sino que reduce el derecho a un modo de la *social engineering* (ingeniería social), cualesquiera que sean sus buenas intenciones. No serían sino consecuentes al conducirse primariamente conforme a la probabilidad de ser descubiertos o demandados, pues de esto dependen las consecuencias para ellos.

* "En igualdad de torpeza, es mejor la causa de la autoridad". Cfr. por ejemplo el adagio jurídico latino: *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis* ("En igualdad de causa torpe, es mejor la del poseedor").

⁵⁰ Cfr. *op. cit.*, *supra*, nota 20.

VI

Mientras que la jurisprudencia de intereses y la orientación por las consecuencias intentan afianzar el derecho en las tierras bajas de la experiencia, una segunda tendencia de cambio sigue apostando, igual que antes pero de manera atenuada, a la racionalidad. A pesar de toda la crítica enderezada contra la deducción conceptual y el rigor lógico, no ha sido posible prescindir de la exigencia de que las opiniones jurídicas estén fundamentadas. Dentro del sistema jurídico se halla uno atenido a creer, si no en determinadas razones, sí en la posibilidad, y en el requisito permanente, de fundamentación del concepto jurídico, y como síntesis de todas las fundamentaciones plausibles resulta insustituible algo así como la "razón" o la racionalidad jurídicas. Si tal cosa no es posible mediante la lógica estricta, entonces debe serlo de otro modo, pero ¿cómo?

Junto con la orientación por las consecuencias puede observarse, como segunda transformación significativa en el ámbito de la doctrina jurídica del presente siglo, la búsqueda de formas y posibilidades de legitimación de una racionalidad atenuada.⁵¹ El intento de revivir los modelos de racionalidad tópica o retórica, el razonamiento por opiniones y las técnicas de la persuasión, ha ejercido cierta fascinación durante un tiempo y, en vista del estado de necesidad,⁵² ha abierto cuando menos el camino a los actuales esfuerzos en torno a una teoría de la argumentación jurídica. El interés en los modos de la

⁵¹ En modo alguno se trata de un fenómeno exclusivamente jurídico, sino de una tendencia mucho más general de acomodo a los límites de la racionalidad. Podría hacerse referencia al teorema de Arrow sobre las restricciones de la agregación social de preferencias (Arrow, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, New York, 1951 y al respecto Podlech, Adalbert, "Recht und Moral" ["Derecho y moral"], *Rechtstheorie* 3 (1972), pp. 129-148); a la crítica de la máxima de optimización de la única decisión correcta (Simon, Herbert A., *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, 1957); al "dilema del prisionero" (Rappaport, Anatol/Chamnah, Albert R., *Prisoner's Dilemma: A Study in Conflict and Cooperation*, Ann Arbor, 1965); al renacimiento del concepto de "acrasia" en la filosofía de la personalidad (Rorty, Amélie O., "Self-Deception, Akrasia and Irrationality", *Social Science Information* 19 (1980), pp. 905-922) y a otros más. Todos estos esfuerzos tienen en común el dejar atrás la plana distinción racional/irracional o razón/voluntad/sentimiento.

⁵² Véanse los principales protagonistas: Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (traducción: Tópica y jurisprudencia, Madrid 1964); Perelman, Chaim, *Das Reich der Rhetorik*, München, 1980. Es evidente que el descuido de los contextos históricos ha facilitado la recepción.

argumentación, que hace caso omiso de los efectos sociales del derecho,⁵³ es como tal un síntoma de la diferenciación del derecho. No se trata aquí ya de la búsqueda (*inventio*) de razones ni de su reforzamiento con el propósito de impresionar (*amplificatio*), sino de la obtención, mediante generalización y selección, de un consenso apoyado intersubjetivamente.⁵⁴ Así se reconstruye el proceder del gremio, quizá de forma demasiado idealista, pero en todo caso no de modo suficientemente pragmático. Sin embargo, hay aquí puntos de contacto para una autodescripción del sistema jurídico. Los argumentos conducen a razones más o menos adecuadas que sirven para situar en un contexto, controlable en detalle, una multiplicidad de decisiones. Y como difícilmente se puede sustituir a las razones como garantes de los contextos de decisión, al jurista le parece entonces que las razones justifican las decisiones y no a la inversa. De nueva cuenta, nos hallamos ante una asimetría en acción.⁵⁵

Nada de esto debería trasladarse en calidad de mera copia a la teoría sociológica, por ejemplo, identificando la racionalidad con una habilidad profesional.⁵⁶ El análisis sociológico no agota la profundidad y precisión que puede alcanzar ni tampoco aprovecha suficientemente la distancia que confiere la descripción ajena. Nuestro punto de partida es distinto y, de nueva cuenta, más extraño. De entrada, la sociología debe preguntar sobre todo por la función de la argumentación, y no contentarse con la respuesta, casi tautológica, de que proporciona razones.

El problema que en última instancia debe resolver la argumentación

⁵³ Werner Krawietz ha hecho notar en diversas ocasiones este cambio. Cfr., por ejemplo, "Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?" ("¿Qué aporta la dogmática jurídica a la práctica de la decisión judicial?"), *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 23 (1972), pp. 47-80 (72 s.).

⁵⁴ Cfr., con apoyo en Habermas, Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischer Argumentation* (Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica), Frankfurt, 1978. Como panorama sobre la bibliografía reciente véase Krawietz, Werner, "Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive" ("La argumentación jurídica desde la perspectiva de la teoría, la filosofía y la sociología del derecho"), *Festschrift Ulrich Scupin* 1983, pp. 347-390.

⁵⁵ Habría más que decir sobre el particular, sobre todo acerca de la técnica de descomposición y disolución de los intereses en conflicto en una multiplicidad de pasos mentales que deben fundamentarse de manera detallada. De este modo surge algo así como el efecto de enjambre, conocido en la investigación del comportamiento, que irrita a los peces grandes y les obstaculiza el ataque.

⁵⁶ Así, Schelsky, Helmut, "Die juristische Rationalität" ("La racionalidad jurídica"), en: id., *Die Soziologie und das Recht* (Los sociólogos y el derecho), Opladen, 1980, pp. 34-76.

razonada es la ocurrencia aislada de los casos jurídicos en la vida cotidiana. Una aeronave se desploma. Los cónyuges se separan. Una dama golpea por descuido un anaquel de un almacén y un costoso jarrón se despedaza en el suelo. ¿Cómo es posible que estos eventos estén relacionados jurídicamente? ¿Porque una caída es una caída? ¿O porque los hijos de los fallecidos o divorciados deben recibir alimentos? Todo planteamiento del problema enfocado exclusivamente al evento irrepetible conduciría a la arbitrariedad, y precisamente contra ella protege el derecho. Este permite establecer entre los casos una conexión inexistente de antemano —sobre todo para los involucrados— y así los accidentes y azares se convierten en casos jurídicos, en la medida en que son reconstruidos bajo criterios de derecho y son tratados como si hubieran podido ser esperados. El caso jurídico se obtiene, así pues, eliminando mentalmente, a través de una “desrandomización”,* la casualidad en la coincidencia de las circunstancias.⁵⁷ Visto desde el sistema jurídico, el caso se convierte en la concretización de una regla general para la decisión que uno se propone aplicar siempre que se produzcan tales casos.

Todo esto puede decirse con los medios internos de autodescripción del sistema jurídico.⁵⁸ Pero la sociología puede ir más allá, suponiendo que precisamente al imponer estructuras regulativas a la vida cotidiana se incre-

* Del inglés *random* (“azar”).

⁵⁷ “Le mot ‘cas’ designe un ensemble, abstrait et général, de circonstances, dont le rapprochement est, au moins en partie, fortuit, mais présente pour le juriste un intérêt” (“El término ‘caso’ designa un conjunto abstracto y general de circunstancias, cuya coincidencia es, en parte al menos, fortuita, pero que presenta un interés para el jurista”) Ray, Jan, *Essai sur la structure logique du code civil français*, París, 1926, p. 154.

⁵⁸ Véase, de entre la rica bibliografía, por ejemplo Hruschka, Joachim, *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung* (La constitución del caso jurídico: estudios sobre la relación entre la determinación de los hechos y la aplicación del derecho), Berlín, 1965; Bund, Elmar, *Untersuchungen zur Methode Julians (Investigaciones sobre el método de Juliano)*, Köln-Graz 1965; Hardwig, Werner, “Die methodologische Bedeutung von Rechtsfällen für die Behandlung rechtswissenschaftlicher Probleme” (“La significación metodológica de los casos jurídicos en el tratamiento de problemas de la ciencia jurídica”), *Juristische Schulung* 7 (1967), pp. 49-54; Nörr, Dieter, “Das Verhältnis von Fall und Norm als Problem der reflektierenden Urteilskraft” (“La relación entre caso y norma como problema de la reflexión del juicio”), en: Fuhrmann, Manfred et al. (eds.); *Text und Applikation. Poetik und Hermeneutik* (Texto y aplicación. Poética y hermenéutica), München 1981, vol. IX, pp. 395-407; Schapp, Jan, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre* (Problemas centrales de la metodología jurídica), Tübingen, 1983.

menta la casuística, como reacción inmune de la vida, por así decirlo.⁵⁹ Además, contrariamente a lo que pudiera pensarse, junto con la regulación aumenta, en vez de decrecer, el componente accidental de la vida social.⁶⁰ Así, cuando el sistema jurídico cede en demasía ante sus propias posibilidades, cae en la trampa del concretismo y de la complejidad incontrolable del detalle. Pero ver y decir esto no es todavía, en manera alguna, ¡un argumento!

La argumentación actúa como contraveneno. A la caza de razones, los juristas generan, como efecto secundario, redundancia. Esto es: cada argumento reduce el efecto sorpresivo de los subsecuentes argumentos y, en última instancia, de las decisiones mismas.⁶¹ La redundancia indica sobre todo la medida en que resulta superflua la información adicional, el grado de independencia de las próximas sorpresas, es decir, el grado de certidumbre. La inseguridad consiste siempre en la cantidad de información que todavía hace falta, y los argumentos que muestran que se puede tratar un caso de igual modo que otro, o bien, que otros casos deben decidirse de manera distinta, generan y aprovechan la redundancia; también el encadenamiento de los argumentos entre sí, esto es, el hecho de que se conecten, apoyen y gufen mutuamente, debe atribuirse a la generación y aprovechamiento de la redundancia.

El sistema jurídico es un sistema con incertidumbre circulante. Por un lado, hay que reproducir continuamente la inseguridad, para que las decisiones puedan mantenerse abiertas y haya motivación para generarlas.⁶² Por otro lado, la limitación de esta inseguridad es condición de posibilidad de su circulación, pues de otro modo se perdería la conectividad entre las operaciones.

⁵⁹ Véase Hahn, *op. cit.* supra nota 9, sobre el ejemplo de la casuística de la confesión. Hahn ve aquí una raíz del individualismo moderno.

⁶⁰ Hasta donde alcanzo a ver, no existe en el ámbito de lengua alemana una investigación sobre este importante tema de la génesis estructural de accidentalidad, debido quizás ya al hecho de que no existe un vocablo con la extensión semántica de "accidens".

⁶¹ Este concepto de redundancia debe distinguirse de otro que se refiere a la entropía y designa la igualdad de todos los contactos. A diferencia de este último concepto, aquí se trata de que la información sobre un ítem (ya sea un argumento o una decisión) disminuye el valor informativo (el valor de sorpresa) de la comunicación de otro ítem, a pesar de la alta complejidad neguentrópica. Por ello es posible proponer las mediciones de redundancia como medida de la complejidad. Cfr. sobre el empleo de este concepto de redundancia Atlan, *op. cit.*, supra nota 15, en especial p. 129: conectividad como especie de redundancia, o p. 71 sobre la necesidad de un "compromis entre redondance et variété".

⁶² Al respecto Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren (Legitimación a través del procedimiento)*, reimpression Frankfurt, 1983; id. "Konflikt und Recht" ("Derecho y conflicto"), en: id.; *Ausdifferenzierung des Rechts*, loc. cit., nota 40, pp. 92-112.

Precisamente la clausura del sistema lo expone al azar, es decir, a eventos que no son controlados de forma causal por eventos anteriores, ni de modo final por otros posteriores, en el sistema mismo.⁶³ Sin embargo, el sistema se ve precisado a “desrandomizar” estos eventos casuales, pues de otro modo no podría ser sensible a ellos. Esta función es cumplida por la argumentación.

Esto sucede, en cierta medida, con independencia de los objetivos que persigan los argumentadores con sus argumentos y, más aún, ocurre independientemente de la cuestión si las razones mismas son criterios “superiores”, o bien, si éstas pueden ordenarse jerárquicamente. Esto sucede, pues, con independencia de la autodescripción del sistema. En otras palabras, el sistema depende de no tener que fundamentar la fundamentación. La redundancia no es, en este sentido, la razón de la fundamentación, sino su función y como tal es un criterio de comparación e intercambio que el discurso dentro del sistema se ve obligado a oscurecer cuando se trata de establecer razones a la luz de las evidencias internas del sistema.

La consistencia del sistema es la razón de las razones, pero si ha de ser introducida como razón en el sistema, se requiere entonces una idea sucedánea que represente al sistema en el sistema.⁶⁴ Debe aparecer en forma depurada, simplificada, lista para usar, exenta de paradojas, porque de otro modo no podría colaborar en la generación de redundancia. La redundancia misma no es redundante, pero cada argumento, por su lado, tiene que aportar redundancia. La redundancia misma está construida simétricamente (porque si un argumento reduce el valor sorpresivo de otro, lo mismo sucede en el caso inverso), pero el recurso a las razones posee una estructura asimétrica, irreversible (porque sólo se obtienen razones cuando se puede interrumpir la recursividad de todas las relaciones de sentido). La redundancia se da de modo no especificado, pero las razones deben especificarse para que puedan distinguirse entre sí y presentarse como mejores razones. La redundancia es un evento contextual, esto es, un elemento del sistema, mientras que la argumentación debe confiar en las propiedades intrínsecas de los argumentos, en su capacidad inherente de

⁶³ Aquí reside el motivo por el cual la argumentación jurídica no puede conformarse con copiar causalidades externas. Cfr. al respecto el capítulo sobre “Legal Reasoning” en: Aubert, Vilhelm; *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Oxford, 1983, pp. 77 ss.

⁶⁴ Con Gauchet, Michel, *L'expérience totalitaire et la pensée politique*, Esprit, julio/agosto 1976, pp. 3-28, se podría decir también que la introducción de la unidad del todo como argumento en el todo viene a ser la introducción de una diferencia en el todo - una diferencia, que para justificar el punto de vista del todo, debe buscar puntos de referencia externos.

fundamentar convincentemente las posturas en cuestión.⁶⁵ La redundancia misma no puede ser atribuida a ningún argumento; en cambio, esto es precisamente lo que debe atribuirse a todo esfuerzo de fundamentación.

Esta conexión autolimitativa de los argumentos se denomina en la ciencia jurídica sistema o sistemática, o también método sistemático.⁶⁶ De este modo el sistema jurídico se designa y —se encubre— a sí mismo. Las diferencias mencionadas entre autodescripción y descripción ajena de la argumentación permanecen invisibles y, como es de preverse, surge una diferencia: el jurista se ve confrontado con la cuestión de si prefiere escoger el método sistemático o bien algún otro método, el “razonamiento sistemático” o mejor el “razonamiento problemático” (*Vielweg*). El análisis sociológico externo es también capaz de comprender esto. Pero con ello se pierde, sin darnos cuenta, la posibilidad de entender y juzgar cómo argumenta realmente el jurista, y todo aparece a la luz difusa de la indiferencia y de la equivalencia funcional de otras posibilidades.

VII

Los programas y argumentos que guían el sistema jurídico constituyen expectativas respecto de la conducta jurídicamente debida (*richtig*). Hacemos

⁶⁵ Así explícitamente Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1, Frankfurt, 1981, p. 48 (traducción: Teoría de la acción comunicativa, Madrid, 1987, 2 vols.). Habermas mismo advierte el problema, pero concluye únicamente que por el momento se carece de una lógica “informal” que tendría que aclarar las relaciones entre argumentos (para Habermas unidades pragmáticas, actos lingüísticos). Cfr. *loc. cit.* pp. 45 s., 340. En comparación: en su teoría de los medios simbólicos generalizados, Talcott Parsons enfatiza que la influencia no puede explicarse solamente con base en “intrinsic persuaders”. Véase: “On the Concept of Influence”, en: Parsons, Talcott, *Sociological Theory and Modern Society*, New York, 1967, pp. 355-382 (367).

⁶⁶ Cfr. recientemente Cappellini, Paolo, *Systema iuris I: Genesi del sistema e nascita della “scienza” delle Pandette*, Milano, 1984. Además, por ejemplo, Coing, Helmut, *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft* (Historia y significado de la idea de sistema en la ciencia jurídica), Frankfurt, 1956; Canaris, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Razonamiento sistemático y concepto de sistema en la ciencia jurídica, desarrollado con base en el ejemplo del derecho privado alemán), Berlín, 1969; Pawlowski, *op. cit.*, supra nota 4, pp. 209 y ss; Krawietz, Werner, “Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik” (“Sistema jurídico y racionalidad en la dogmática jurídica”), en: Aarnio et al. (ed.); *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation* (Metodología y teoría del conocimiento de la argumentación jurídica), suplemento 2 de Rechtstheorie, Berlín, 1981, pp. 299-335; Peine, Franz-Josef, *Das Recht als System* (El derecho como sistema), Berlín, 1983.

referencia a la justicia cuando se trata de expresar la unidad de aquello que es correcto (*richtig*) en el derecho, ya sea como una especie particular de virtud (*habilidad*), ya sea como valor especial. A partir de Aristóteles se discute la especificación de los requisitos así planteados.⁶⁷ Más allá del campo visual de esta filosofía relativamente constante, se ha transformado, sin embargo, el contexto de esta discusión, lo cual se manifiesta de manera insuficiente en el paso de la teoría, de la "virtud", al "valor".

Ya en la Alta Edad Media, cuando se comenzaba a reaccionar ante las condiciones sociales cada vez más complejas a través de una especie de explosión del pecado,⁶⁸ la justicia se vuelve ambivalente desde el punto de vista religioso y teológico. En vista de la situación del pecado, la justicia no podía más que justamente conducir al infierno. Pertenece, pues, al demonio, quien también la representa en los procesos de las leyendas marianas, mientras que María tiene que esforzarse por arrancar al diablo una que otra alma mediante triquiñuelas procesales o de otro tipo.⁶⁹ Por otro lado, persiste la antigua doctrina según la cual la justicia debe asegurar en última instancia, por encima de todas las fórmulas de igualdad o del *sum cuique*, el camino a la vida eterna.⁷⁰ Esta ambivalencia muestra la necesidad de diferenciar un criterio particular de lo justo que ya no se halle prefigurado en el contexto de la cosmología religiosa.

La diferenciación de sistemas funcionales, con autonomía y dinámica propias, sobre todo de un sistema económico integrado monetariamente, obliga a abandonar la referencia social de las concepciones de la justicia. Tan pronto el valor y la liquidez de la moneda ponen en movimiento todos los horizontes restrictivos, la propiedad se vuelve *eo ipso injusta* y ya no puede ser corregida bajo el criterio de la justicia. "*Il ne suffit plus d'être juste, quand les lois de*

⁶⁷ Como breve panorama véase Kaufmann, Arthur, *Theorie der Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Betrachtungen* (Teoría de la justicia: consideraciones históricas sobre el problema), Frankfurt, 1984.

⁶⁸ Cfr. los volúmenes con amplio material de Delumeau, Jean; *La peur en Occident* (XIVe-XVIIIe siècle), Paris, 1978 y *Le péché et la peur. - La culpabilisation en Occident* (XIIe-XVIIIe siècle), Paris, 1983.

⁶⁹ Cfr. al respecto, con indicaciones más precisas, Spangenberg, Peter Michael, *Die Alltagswelten des spätmittelalterlichen Mirakels: Ein Beitrag zur historischen Pragmatik religiöser Texte* (Los mundos cotidianos del milagro en la Alta Edad Media: una contribución a la pragmática histórica de los textos religiosos), tesis doctoral, Siegen 1984.

⁷⁰ "L'ultimo fine della giustizia ... è il ridurre i popoli a tale stato que siano atti à possedere la vita eterna" ("El fin último de la justicia... consiste en reducir a los pueblos a tal estado que sean aptos para poseer la vida eterna"), se lee en Spontone, *op. cit.*, *supra*, nota 42, pp. 192 y 220.

propriété réduisent à un étroit nécessaire le plus grand nombre des hommes", aduce Jacques Necker durante la transición de la beneficencia de motivación religiosa hacia la política social del Estado.⁷¹ En consecuencia, hoy podemos observar cómo las concepciones de la justicia pasan al ámbito de la política social, mientras se argumenta por encima de las normas del derecho positivo.⁷² Pero tampoco la diferenciación del sistema jurídico resuelve este problema, sino que le da un giro específico.

Esta diferenciación obedece a un código binario que organiza todas las operaciones del sistema según la diferencia lícito/ilícito y que mediatiza todos los demás códigos (por ejemplo: verdadero/falso o útil/dañino). Esto tiene consecuencias de largo alcance. Tal diferenciación induce a la vez la diferenciación interna de las estructuras que controlan las operaciones, esto es, la codificación y la programación. Lo lícito ya no simboliza sin más lo justo, pues también la calificación de lo ilícito debe ser distribuida justamente. La perspectiva de la justicia queda situada de través sobre el código binario. Los programas, a grandes rasgos leyes y contratos, sirven para repartir lo lícito e ilícito sobre las situaciones de hecho y poseen únicamente esta función específica del código y del sistema. Pueden ser modificados cuando se presentan otras concepciones de lo que es jurídicamente justo, pero siempre recuperando su referencia al código, es decir, no otra cosa que la distribución de lo lícito y lo ilícito sobre las situaciones de hecho. Las modificaciones del programa deben reproducir el código; de otro modo, no serían reconocibles y manejables como modificaciones del programa. Por un lado se articula de manera más precisa la diferencia en la dimensión temporal y en su aspecto material. Por el otro, esta diferencia funciona precisamente como acoplamiento. Sólo a través de ella puede estructurarse el sistema jurídico.

⁷¹ ("No basta ya con ser justo cuando las leyes de la propiedad reducen a una estrechez necesaria a la gran mayoría de los hombres"). De *l'importance des opinions religieuses*, London-Lyon 1788, cita según *Oevres complètes*, vol. 12, Paris 1821, pp. 80 s.

⁷² Por ejemplo, en la difundida idea, relacionada también con el incremento de lo "accidental" en la sociedad moderna, de que una desgracia, o es merecida o reclama ayuda. Cfr. de entre la amplia investigación empírica Lerner, Melvin J., "The Desire for Justice" y "Reactions to Victims", en: Macaulay, Jacqueline/Berkowitz, Leonard (eds.); *Altruism and Helping Behavior: Social Psychological Studies of Some Antecedents*, New York, 1970, pp. 205-229. Esto significa también que se puede otorgar el carácter de justicia a un daño denigrando al perjudicado. Cfr. por ejemplo, Graf, Richard G./Green, Duane; "The Equity Restoring Components of Retaliation", *Journal of Personality* 39 (1971), pp. 581-590, con mayores detalles. En este lugar no podemos más que remitir globalmente a la amplia investigación de psicología social sobre las ideas de igualdad de trato y de justicia, en general no tomada en cuenta por los juristas.

Esta estructuración rompe la antigua arquitectura jerárquica que culminaba en la perfección de lo bueno, lo verdadero y lo justo,⁷³ y que sólo preveía una negatividad privativa, en el sentido de corrupción del orden, de decadencia. La reflexión interna del sistema enfrenta ahora dos problemas distintos en relación con la unidad. La unidad de lo debido puede seguir llamándose “justicia”, pero ello no dice todavía en qué consiste la unidad del código y, por tanto, la unidad del sistema jurídico (véase la tabla anexa). De alguna manera se adquiere una sensación de incomodidad cuando se pretende derivar únicamente de lo lícito el manejo de lo ilícito como ilícito. A partir del siglo XVIII lo demuestran las teorías del derecho penal encaminadas a la prevención o a otras consideraciones similares de utilidad. Si se quiere afirmar la unidad de lo lícito y lo ilícito como lícito, termina uno en la paradoja y debe admitir que tal unidad podría ser igualmente injusta o como dice Walter Benjamin,⁷⁴ simplemente “violencia”. Para determinar la unidad del código y la unidad del sistema jurídico podemos por ello remitir únicamente a la diferenciación funcional del sistema social, es decir, a la diferencia del sistema jurídico frente a su entorno. Esto significa, empero, que la unidad del derecho es la autopoyesis del sistema jurídico, es decir, precisamente la autorreproducción continua al servicio de una función social que da sentido tanto a la codificación como a la programación del sistema.

	Código	Programa
Reflexión de la unidad	?	Justicia
	Lícito/ilícito	Leyes, contratos, Etcétera.

⁷³ Todavía Leibniz podía decir: “... *in Universo etiam justitiam observari, cum Justitia nihil aliud sit quam ordo seu perfectio circa mentes*” (“...también en el Universo se observa la justicia, por cuanto la justicia no es otra cosa que el orden o la perfección tocante a los espíritus”), cita tomada de: Gerhardt, C. J. (ed.); *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz* (Los escritos filosóficos de Leibniz), reimpresión Hildesheim, 1965, vol. 7, p. 290. También el empleo médico del término “iustitia” como concepto de salud puede rastrearse en el siglo XVII.

⁷⁴ *Op. cit. supra* nota 21.

La semántica de la “justicia” no ha acabado por adaptarse hasta ahora a las transformaciones desencadenadas por la evolución del sistema social, pero bien puede concedérsele que la adaptación no es una necesidad y que la no adaptación puede ser incluso una estrategia sensata.⁷⁵ Sin embargo, la no adaptación trae consecuencias. La doctrina de la justicia se vuelve rígida; como bien tradicional y como fórmula ideal reproduce la conciencia de la distancia, incapaz de reconocer el camino hacia la justicia. Dependiendo de la ambición política puede adoptar funciones secundarias de concepto decorativo o de protesta.⁷⁶ Pero podría pensarse también en una reformulación teórica y referir el concepto de justicia a la armonización de las relaciones entre decisiones, a la búsqueda específicamente jurídica de buenos argumentos y decisiones correctas.⁷⁷ Una decisión sería entonces justa en la medida en que se adecue a otras decisiones.

Sin embargo, cada vez será más difícil llevar a cabo esta especie de armonización de las decisiones con otras decisiones, conforme aumente la complejidad socialmente adecuada del sistema y se incremente la dinámica del cambio, y resultará inevitable dar un rodeo a través del aparato conceptual de la dogmática jurídica, problema que no es posible desatender. La justicia

⁷⁵ También en las ciencias sociales se enfatiza más hoy el hecho y la función de la conservación, de la no adaptación, que en la época en que se hablaba de *survivals*. Véase por ejemplo Rappaport, Roy A., “Maladaptation in Social Systems”, en Friedman, J. Rowlands, M.J. (eds.); *The Evolution of Social Systems*, Pittsburgh, 1978, pp. 49-71; id.; *Ecology, Meaning and Religion*, Richmond, Cal. 1979. El concepto de autopoyesis señala precisamente que no se puede identificar en absoluto evolución con adaptación.

⁷⁶ Otra posibilidad consistiría en hacer la definición mediante la negación, es decir, tender a evitar la injusticia. Véase, por ejemplo, Cahn, Edmond N., *The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of Law*, New York-London, 1949. En forma similar, tomando la justicia como minimización casuística-comparativa de la injusticia, también Esser, Josef, “Tradition und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie” (“Tradición y elementos postulativos de la teoría de la justicia”), en: *Tradition und Fortschritt im Recht* (Tradición y progreso en el derecho), Tübingen, 1977, pp. 113-130. Con ello se obtienen posibilidades de operacionalización, como puede verse en el programa paralelo de Popper sobre el principio de falsificación para las ciencias. Sin embargo, esta maniobra de lo “positivo” a lo “negativo” es únicamente una disposición dentro del código binario que no asegura por sí sola que los resultados sean satisfactorios en todo sentido.

⁷⁷ También el artista rechazaría hoy día el concepto de “belleza” como finalidad, y sin embargo puede practicar una “adaptación” inmanente a la obra entre actividades particulares y reconocer errores. Para ello es necesario encontrar criterios que posiblemente no requieran la reflexión de una idea central, pero que debe presuponer alguna diferencia codificada. Cfr. al respecto las contribuciones en Schmidt, Siegfried J. (ed.), “*schön*”: *Zur Diskussion eines umstrittenen Begriffs* (“bello”: Acerca de un concepto debatido), München 1976.

tendría que ser definida, sobre todo, con una “dimensión de dificultad”, por ejemplo, como consistencia de la decisión en presencia de una complejidad adecuada del sistema jurídico.⁷⁸ En esta versión, el principio de la justicia puede conectarse con el componente de redundancia de toda argumentación, con el postulado de la determinación del derecho por sí mismo, con la teoría de la reproducción cerrada, autopoyética y autorreferente, del sistema jurídico y con la “randomización” de todos los influjos externos sobre el derecho.⁷⁹

Sin embargo, a través de un análisis más preciso deben disolverse tanto la complejidad como la consistencia en una pluralidad de dimensiones, y el lenguaje de esta descomposición habrá de alejarse cada vez más de aquél con el que argumentan y fundamentan sus decisiones los juristas. Aquí nos topamos sobre todo con aquella bifurcación entre autoobservación y observación ajena, la cual pertenece a las condiciones estructurales que derivan, en la sociedad moderna, de la diferenciación funcional de los sistemas jurídico y científico.

VIII

Por último, volvemos la atención a la tesis sobre los sistemas funcionales autopoyéticos de la ciencia y del derecho, y a la distinción entre autoobservación (autodescripción) y observación ajena (descripción ajena). Si frente a este trasfondo planteamos la habitual pregunta sobre la utilidad de la sociología del derecho, entonces la respuesta es clara e inequívoca: la sociología del derecho es útil —a sí misma—. Bastante logrará ya si es capaz de contribuir al desarrollo de la teoría sociológica y, a lo sumo, podrá influir en el contexto de la investigación interdisciplinaria. Apenas puede esperarse que la sociología del derecho aproveche a la práctica. Precisamente como sociólogo no es posible dar otra respuesta. Se requiere ver en cuántos de los procesos pendientes hoy día

⁷⁸ Así, Luhmann, Niklas, “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft” (“La justicia en los sistemas jurídicos de la sociedad moderna”), *Rechtstheorie* 4 (1973), pp. 131-167, reeditado nuevamente en id.; *Ausdifferenzierung des Rechts*, loc. cit. (nota 40), pp. 374-418, y como posición contraria, desde el punto de vista de la filosofía práctica orientada por la razón, Dreier, Ralf, “Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems” (“Sobre la nueva formulación del problema de la justicia por Luhmann”), *Rechtstheorie* 5 (1974), pp. 189-200, reeditado en: id.; *Recht-Moral-Ideologie: Studien zur Rechtstheorie* (Derecho-moral-ideología: estudios de teoría del derecho), Frankfurt, 1981, pp. 270-285.

⁷⁹ Así, por ejemplo, Aubert, Vilhelm, *The Hidden Society*, Totowa, N. Y., 1965, pp. 137 ss., especialmente 164 y ss., con interesantes posibilidades, a partir de aquí, de entender la justicia de los formalismos y “juicios de Dios” en sociedades más simples como interrupción de una probable corrupción del derecho y como producción de resultados al menos casuales.

se plantean y se resuelven cuestiones sociológicas y con ayuda de la capacidad profesional del sociólogo⁸⁰ y aún sin investigación empírica de este problema llegaremos a la conclusión de que se trata de un número casi inexistente.⁸¹ Pero todavía no hemos despachado el problema planteado. Muy posiblemente se parte aquí de una falsa premisa. Se busca medir la influencia de la sociología según la medida en que su teoría, sus conceptos o partes de su saber empírico son adoptados en el sistema jurídico o encuentran aplicación en él. Se espera que la influencia se manifieste como identidad parcial de las concepciones o como “interpenetración”,⁸² en el sentido que da Parsons a este concepto. Sin embargo, si pasamos del planteamiento de la identidad al de la diferencia, las perspectivas que se abren son totalmente distintas. Podemos entonces apoyarnos en la diferencia insoluble entre autoobservación y observación ajena y preguntar qué podrían obtener el sistema jurídico y, en especial, los esfuerzos teóricos de éste, si aprenden a observar la observación ajena y a reconocer que la sociología presenta los hechos que le son familiares de manera totalmente distinta a la que éste adopta en su interior. También la diferencia une. Sólo se

⁸⁰ Los casos particulares que llegan a conocerse impresionan más por su excepcionalidad que por las dificultades que plantean al conocimiento sociológico especializado. Naturalmente no se trata de casos para la sociología del derecho. Véase Philippi, Klaus-Jürgen, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgemäßer Entscheidungen* (La determinación de los hechos por el Tribunal Constitucional federal: una contribución a la fundamentación racional-empírica de las sentencias constitucionales), Köln 1971, o como análisis de caso por un sociólogo: Lüscher, Kurt, “Jurisprudenz und Soziologie: Die Zusammenarbeit in einem konkreten Rechtsfall” (“Ciencia jurídica y sociología: la colaboración en un caso concreto”), en: Kübler, Friedrich (ed.); *Medienwirkung und Medienverantwortung: Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts* (Efectos y responsabilidad de los medios de comunicación: reflexiones y documentos sobre la sentencia Lebach del Tribunal Constitucional federal alemán), Baden-Baden, 1975, pp. 83-165.

⁸¹ No debe dejar de mencionarse una difundida apreciación más optimista, por lo menos de las posibilidades. Cfr. por ejemplo Lautmann, Rüdiger, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, Stuttgart 1971 (traducción: Sociología y jurisprudencia, Buenos Aires, 1973, reedición México, 1991); Opp, Karl-Dieter, *Soziologie im Recht* (La sociología en el derecho), Reinbek, 1973; Rottleuthner, Hubert, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie* (Teoría y sociología del derecho), Freiburg, 1981.

⁸² Este concepto es utilizado plena y centralmente como reflexión de las estructuras de la modernidad en Münch, Richard, *Theorie des Handelns: Zur Rekonstruktion der Beiträge von Talcott Parsons, Emile Durkheim und Max Weber* (Teoría de la acción: acerca de la reconstrucción de las aportaciones de Talcott Parsons, Emile Durkheim y Max Weber), Frankfurt 1982; id.; *Die Struktur der Moderne: Grundmuster und differentielle Gestaltung des institutionellen Aufbaus der modernen Gesellschaft* (La estructura de la modernidad: Modelo básico y configuración diferencial de la organización institucional de la sociedad moderna), Frankfurt, 1984.

requiere especificar suficientemente los temas para que sea posible una contraposición inequívoca y el reconocimiento de lo idéntico en la diferencia. En este sentido deberían considerarse de significación ejemplar los temas tratados en las secciones anteriores: la normatividad, la positividad, la orientación por las consecuencias, la argumentación y la justicia son hechos suficientemente determinados e inconfundibles en su significado que, sin embargo, ofrecen a la autoobservación del sistema otro sentido y, en cierto modo, otra superficie visible, que a la observación ajena. Esta diferencia, por su parte, debería poder observarse y entonces la reflexión doméstica del sistema jurídico podría reflexionar qué puede aprender para sí misma del hecho de que la sociología conceptualice de otro modo las instituciones y los conceptos internos del derecho.⁸³

Si este diagnóstico es acertado, sería conveniente ampliar los ámbitos de contacto mediante la discusión teórica. Ni la relación teoría/experiencia ni la relación teoría/práctica llevan más allá. La primera permanece interna a la ciencia; la segunda reúne cosas demasiado heterogéneas en una fórmula diferencial. En cambio sería de provecho que las teorías reflexivas de los grandes sistemas funcionales se sometieran a un análisis sociológico y, a partir

⁸³ El mismo problema se da en la relación entre teoría sociológica y el sistema religioso y la teología. Aquí tampoco es posible incorporar la observación externa en el sistema mismo; pero es posible aprovecharla como factor de irritación. En este frente ha avanzado más la discusión (también en la reflexión sobre las condiciones de sus propias posibilidades). Véase por la parte teológica, por ejemplo: Rendtorff, Trutz, *Gesellschaft ohne Religion? Theologische Aspekte einer sozialtheoretischen Kontroverse* (Sociedad sin religión? Aspectos teológicos de una controversia en la teoría social), München, 1975; Herms, Eilert, "Theologische Implikationen der Gesellschaftstheorie" ("Implicaciones teológicas de la teoría de la sociedad"), *Zeitschrift für evangelische Ethik* 21 (1977), pp. 61-67; Pannenberg, Wolfhart, "Religion in der sekulären Gesellschaft: Niklas Luhmanns Religionssoziologie" ("La religión en la sociedad secularizada: la sociología de la religión de Niklas Luhmann"), *Evangelische Kommentare* 11 (1978), pp. 99-103; id. y Luhmann, Niklas, "Die Allgemeingültigkeit der Religion" ("La validez universal de la religión"), *Evangelische Kommentare* 11 (1978), pp. 350-357; Sauter, Gerhard; *Was heisst: nach Sinn fragen? Eine theologisch-philosophische Orientierung. (¿Qué significa preguntar por el sentido? Una orientación filosófico-teológica)*, München, 1982; Scholz, Frithard, *Freiheit als Indifferenz: alteuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns* (Libertad como indiferencia: problemas de la teoría de Niklas Luhmann), Frankfurt 1982; Welker, Michael (ed.); *Theologie und funktionale Systemtheorie: Luhmanns Religionssoziologie in theologischer Diskussion* (Teología y teoría funcional de sistemas: la sociología de la religión de Niklas Luhmann en la discusión teológica) Frankfurt 1984; Pollack, Detlef; *Die Religionsstheorie Niklas Luhmanns und ihre systemtheoretischen Voraussetzungen* (La teoría de la religión de Niklas Luhmann y sus presupuestos teóricos), tesis doctoral, Leipzig, 1984.

de su ilustración (*Aufklärung*) por medio de la sociología, examinen si, y hasta qué punto, pueden mantener o revisar su patrimonio tradicional. Sabemos ahora que la sociología no puede imponérselos mediante la verdad, porque la verdad permanece referida al sistema científico y a las descripciones ajenas (“intersubjetividad”). Con todo, dentro de las discusiones teóricas será posible generar suficiente “ruido” e irritación para permitir que la semántica de los sistemas funcionales atiendan posibilidades propias todavía desaprovechadas. Aún en ese caso la sociología será ocasional y casualmente relevante para el sistema jurídico; pero la probabilidad de ocurrencia del azar puede elevarse mediante las medidas adecuadas en la teoría.