

La legitimidad a través de la argumentación en la teoría de sistemas

Adán Eduardo Pedraza Moreno

La imaginación epistemológica permite diversificar los saberes, las perspectivas y las escalas de identificación, análisis y evaluación de las prácticas (Santos, 2009: 125)

Resumen

En el presente artículo estudio los fundamentos epistémicos de la argumentación y la legitimidad. Esto en los términos de la interpretación que hace Rafaelle de Giorgi de la teoría de sistemas y la revisión crítica que de ella puede hacerse. En el sistema la legitimidad se corresponde con la autopóiesis y la reproducción coordinada de diversos sistemas parciales, como los subsistemas jurídico, político y económico.

Palabras clave: Legitimidad, argumentación, hermenéutica, epistemología, teoría, sistemas.

Abstract

In this paper I deal with the epistemic foundations of the argumentation and legitimacy. I shall do so in terms of de Giorgi's interpretation of the systems theory. In the system legitimacy implies systemic autopoiesis and coordinated reproduction of partial systems, like politics and economics.

Keywords: Legitimacy, argumentation, hermeneutic, epistemology, theory, social system.

Fecha de recepción: 9 de mayo 2015. Fecha de aceptación: 27 de julio 2015

1. Introducción

Para el sistema la ciencia del derecho tiene una labor legitimadora que se desarrolla internamente. En términos del sistema no hay tal cosa como un sistema jurídico estructuralmente abierto (Luhmann, 2005: 238); en todo caso, se trataría de un campo amorfo de operatividad sistémica, identificable por su tarea legitimadora, a través de la reducción de la complejidad y de la disgregación, lo que da como resultado un sistema cerrado y autopoietico.

Rafaelle de Giorgi explica que la disgregación sistémica se presenta como una paradoja de la Unidad/Diferencia; Cohesión/Disgregación; esto significa que: “El sistema social está constituido antes que nada por la estructura compleja de la disgregación” (De Giorgi: 16). El derecho positivo –la ley– se convierte en un sistema que opera y produce cohesión a través de la selección de determinadas formas de actuar (expectativas de comportamiento) que se designan válidas. “La coexistencia es posible y se realiza sólo a través de la cohesión formal de los sistemas diferenciados” (De Giorgi: 16). La disgregación se hace evidente en la fragmentación de los sistemas del actuar, por ejemplo, en la separación de la sociedad civil y del Estado.

La contingencia normativa se revela entonces como estrategia global, como proyecto represivo de la sociedad burguesa (De Giorgi: 24). Disgregación es complejidad; sobre la contingencia no hay nada que pueda hacerse, es un indicativo de que las operaciones de selección pueden ser diferentes del horizonte que provee la experiencia; en cambio, la complejidad indica que, del universo de posibilidades, sólo algunas serán realizadas (De Giorgi: 233).

Las preguntas surgen fácilmente en este punto; ¿cómo opera la selección?, ¿si el sistema es total, la legitimidad del subsistema jurídico debe recurrir a otros sistemas parciales para legitimarse?; o bien, ¿la legitimación jurídica es idéntica –o identificable– a una legitimación política de las autoridades judiciales, por más que éstas se expresen a través de un código legal Recht/Unrecht (conforme a derecho/disconforme a derecho) (Luhmann, 2005: 81)?

Es importante describir la forma en que una autoridad judicial se legitima. La respuesta tentativa (romántica y de moda) es que se legitima en razón de la argumentación (justificación) de sus decisiones.

Ahora, esto debería poder dilucidarse en los términos de la teoría de sistemas, o sea argumentación en el sistema. Diversas teorías de la argumentación presupondrían una base epistémica, incluida la propuesta a partir de la teoría de sistemas, lo cual la haría blanco de las mismas críticas que se han girado al positivismo; aquí comentaremos la revisión de Peter Fitzpatrick y de Boaventura de Sousa Santos. La réplica será una respuesta cínica del tipo “no veo lo que no veo”.

Argumentación

Atienza reconoce que la argumentación contiene dos enfoques, el retórico y el dialéctico; el primero se centra en la idea de persuadir a un auditorio; el otro tiene lugar entre participantes que asumen un rol dinámico, o sea, entre ellos hay interacción. Una argumentación consiste en expresiones en las que se formula una constelación de proposiciones. En el caso de una tesis positiva, la argumentación se usa para justificar la proposición expresada en la tesis; en el caso de una tesis negativa, la argumentación se usa para refutarla. Las expresiones que son parte de la argumentación constituyen conjuntamente un acto del lenguaje complejo dirigido a convencer a un crítico razonable (Atienza, 2013: 109-112).

La argumentación jurídica se realiza en dos contextos: el de descubrimiento y el de justificación (Aarnio: 28-31). Es decir, una cosa es dar cuenta de los motivos de diverso tipo que llevaron al juez a tomar cierta decisión; y otra señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable, justificado.

Explicar la argumentación (de la llamada segunda generación) ocurre al describir una serie de reglas a seguir y de formas que deben adoptarse para satisfacer la pretensión que en ella se plantea; por ejemplo, la teoría de la argumentación de Roberto Alexy (Cárdenas: 101-109). De modo que si una expresión se corresponde con estas reglas, su resultado puede designarse como ‘correcto’. Las reglas y formas del discurso jurídico podrían constituir por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas (ver Luhmann, 2005: 75, 543).

La crítica es que las reglas son de alguien y tienen determinados destinatarios; asimismo, pueden entramarse de tal modo que su flujo procedimental tenga múltiples caminos y salidas, todos elegibles dentro del proceso; pero esta *selección* debería ser susceptible de una explicación suficiente. Por otra

parte, podría ser que estas reglas no sean otra cosa que operaciones sistémicas de autorreproducción *institucionalizadas*¹ (Luhmann, 2005: 430).

La corrección de la argumentación implica una disposición normativa que guía la expresión jurídica. Ahora, si un tribunal está obligado a justificar sus decisiones, entonces también debe argumentar sus conclusiones. Como dice Luhmann, no hay fijación escrita del derecho vigente que no origine una interpretación y toda interpretación implica una argumentación (Luhmann, 2005: 426).

Argumentar implica una sucesión de actos racionales; la cuestión versará en el telos de los actos, lo cual será subvertido en la racionalidad del sistema social, donde los “actos” son en el fondo comunicaciones y la sociedad se queda sin seres humanos para convertirse en un espectro. En esta racionalidad sistémica el derecho se presenta como el resultado de “interpretaciones” y como producto de las autoobservaciones del “sistema jurídico” (Luhmann, 2005: 63).

De Giorgi explica que la racionalidad del sistema se expresa en la necesidad interna de las conexiones entre las partes del sistema. Esto implica una naturaleza lógico-deductiva que permite describir una “genealogía de conceptos”. La norma en el sistema, de acuerdo con Bulygin (2005), consiste en un enunciado que correlaciona un caso genérico con un caso individual. Por lo que la estructura sistémica dicta su dinamicidad. Esto significa que el papel de la autoridad jurisdiccional es, por lo general, realizar un procedimiento de subsunción del caso individual en el genérico (Ci : Cg), donde Cg se correlaciona con una norma general. Como se verá, la tendencia al desarrollo de cadenas deductivas no es necesaria, sino una contingencia favorecida por el sistema jurídico (Luhmann, 2005: 430).

Se supone que si la legitimidad de las decisiones judiciales depende de su argumentación es decir, que deberían estar argumentadas de tal modo que su legitimidad sea incuestionable entonces, debe estar sujeta a controles racionales en el contexto de un Estado democrático. Aquí, según De Giorgi, el sistema de la ciencia jurídica se cierra en torno a dos motores que empujan en direcciones opuestas la “Desigualdad”, que tiende hacia la producción de una “igualdad formal”, mientras que la “Racionalidad” tiende a la producción de “desigualdad material”.

El sistema se legitima por su sola operación –científica– a través de inferencias sin ninguna referencia extralógica. Esto significa que el sistema está clausurado operacionalmente, es *pura metodología* (De Giorgi: 31). Entonces, las decisiones dentro del sistema siempre estarán legitimadas si son producto del sistema jurídico.

De acuerdo con Jürgen Habermas, el derecho tiene una función de integración social en las sociedades modernas; por ello, la legitimación sólo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento. Esta legitimidad de las normas es independiente de su imposición fáctica. Ahora bien, son legítimas cuando sus destinatarios pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de las normas, es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo consensual de la razón comunicativa; dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones (Habermas, 2010: 379-380); pero, ¿es posible anular las distorsiones?

H. L. A. Hart distinguía entre casos fáciles y difíciles; en los primeros no hay duda en la decisión y por tanto la argumentación es silogística (*modus ponens*); pero en los segundos la textura abierta de los textos normativos implica problemas que obligan a recurrir a otros elementos para argumentar y justificar. Neil MacCormick interpreta los casos difíciles como problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación. Su tesis es que la justificación de un caso difícil necesita la satisfacción de los siguientes requisitos: de universalidad, de coherencia, de consistencia y un criterio consecuencialista. Los primeros tres, como se verá, son fácilmente traducibles en los términos de la teoría de sistemas; e incluso el cuarto como un síntoma de *coordinación* de sistemas parciales (Luhmann, 2005: 566).

El requisito de universalidad exige que para justificar una decisión se debe contar al menos con una premisa fáctica, una norma o un principio, a modo de premisa mayor de un silogismo *modus ponens*. MacCormick llama a este requisito exigencia de *justicia formal* y Luhmann simplemente *justicia* (Luhmann, 2005: 275-ss). La universalidad es un requisito de tipo lógico del sistema normativo y en el sistema jurídico corresponde a la igualdad de soluciones para casos iguales. La coherencia se colocó en un segundo nivel de justificación, pues se trata de justificar una decisión que ya se ha tomado, mas se trata de que la decisión tenga sentido con el sistema; por tanto es una propiedad graduable.² El requisito

de consistencia indica que una decisión es consistente cuando se basa en premisas normativas que no entran en conflictivo con otras normas válidas del sistema. Por tanto, es una propiedad binaria, que se da o no se da. Finalmente, el criterio consecuencialista implica que la decisión no sólo debe estar relacionada con el sistema jurídico sino con el mundo, o bien, con el sistema total. Esto implica que la decisión debe justificarse con los valores y fines jurídicos que la decisión promueve (Cárdenas Gracia: 97),

Niklas Luhmann señala: “En cualquier caso, la interpretación es la producción de más texto” (2005: 403). Esto significa que la interpretación es una labor reproductora, actualizada por la racionalidad del sistema, es decir, no en términos hermenéuticos (“el significado aquí y ahora”) sino en cuanto a que la actualización reproduce el sistema jurídico. Por supuesto que actualización implica la evolución del sistema y de sus sistemas funcionales; la evolución del sistema jurídico opera sobre la tensión de variación y estabilización a través de la selección (Luhmann, 2005: 301 y ss.).

Los escritos son un mecanismo de acoplamiento estructural. Asimismo, logran “que la comunicación se independice del momento de la comunicación y en gran parte de las intenciones de quien comunica” (Luhmann, 2005: 309). La escritura permite hacer evidente el cambio jurídico a través de la *evolución* del derecho; el hecho de que esté escrito se vuelve condición de validez del derecho. “Únicamente entonces el derecho se vuelve autónomo en el sentido de que no solamente utiliza la escritura, sino que se apoya en una clase de textos que se deslinda de otros” (Luhmann, 2005: 315).

Lo anterior permite la clausura del sistema normativo. Los textos expresan y comunican; esto hace posible su interpretación; a través de una diferenciación signo/sentido se provocan remisiones de sentido, es decir, interpretaciones en la distinción texto/interpretación. Todos los textos son interpretables y, por tanto, puede argumentarse con relación a ellos. El que se diga que se trata de la reproducción de más texto a partir del texto no quiere decir que se elabore aleatoriamente (arbitrariamente/discrecionalmente), aunque tampoco es una racionalidad causal (deductiva) sino contingente aunque elaborada por el sistema jurídico.

La exigencia de justicia y de resolución de los casos obliga resolver casos iguales de la misma manera. Esto conduce a que se institucionalicen interpretaciones/argumentaciones de manera que puedan ser

reutilizadas y recurridas cuantas veces sea necesario. De ahí que toda argumentación debe referir al menos una vez al texto. Se trata de la redundancia de los textos. La *redundancia* consiste en la reproducción del sistema a través de un rechazo de información; o bien, con los textos producto de la clausura normativa. Ahora bien, la información es una diferencia que provoca un cambio de estado en el sistema, así que organiza la información que *ya* está. Se trata de producir consistencia del sistema a pesar de la pluralidad de decisiones (judiciales, legislativas, de ejercicio) observable por un observador de segundo orden (Luhmann, 2005: 415-420).³

A lo anterior se contraponen el concepto de *sorpres*a como opuesto a *variabilidad*. De modo que “a mayor sorpresa dada mayor es la variabilidad”; esto conduce a que en dado caso el intérprete, en primer lugar, busque dentro del sistema un texto relativo esperanzado en un grado de sorpresa nula; lo que sí espera es comunicar o exhibir una reproducción del texto existente y hace consistir en esto su argumentación. Aquí es inevitable que aparezca la argumentación.

Si se sostiene que la argumentación parte de identificar los “textos relevantes” para dar la decisión de cierto caso y que realizar esta identificación requiere competencias subjetivas especializadas, debe mediar en todo momento un vínculo de racionalidad del sistema, esto es, una epistemología jurídica en el sistema jurídico. Sobre todo si, como apunta Niklas Luhmann: “en vista de las diversas posibilidades, se debe buscar la argumentación convincente; se debe encontrar la razón, la regla decisiva que subyace al texto para fundamentarla”. Aquí es cuando el intérprete se pregunta: “¿Qué es lo que el texto quiere decir?”. Entonces el texto debe observarse como un procedimiento de comunicación y esta supuesta racionalidad como “intencionalidad de la racionalidad que crea el texto (el legislador)” (2005: 404-405).

La argumentación va más allá, pues también busca optimizar la eficacia de la comunicación; o sea “el mensaje correcto”. La corrección, por tanto, implica una comunicación eficaz. Lo que Niklas Luhmann propone es una argumentación por analogía y con ejemplos. De este modo el tiempo necesario para invertir en la argumentación se reduce y no habría que dar validez y fundamento a *nuevos derechos*. El autor citado considera esto imposible (Luhmann, 2005: 401).

Aquí se trata de “mirar hacia atrás”, lo cual supone que ya dentro del sistema está la solución “conveniente”; su sustento depende, asimismo, de elementos internos. Por ejemplo, en el derecho

consuetudinario se buscan casos semejantes ya resueltos en la historia de la jurisprudencia; de un modo similar se hace en el derecho codificado mas aquí el énfasis está en lo que el código ya ha previsto y la autorización que ofrenda para resolver empleando la analogía.

Todo lo anterior permite vislumbrar que la argumentación deja de tener por objeto, en este contexto, el prescribir un manual o una guía procedimental para conseguir determinado objetivo; o en otras palabras, ya no se trata de evitar errores en el discurso, ni siquiera errores lógicos; porque:

se trata de la producción de suficiente consistencia a partir de la gran cantidad de decisiones entre sí. Ya que en eso ninguna decisión está en la posibilidad de definir y delimitar la cantidad total de las otras decisiones y menos de reconocer su contenido. Algo debe suceder “en vez de esto” para evitar que el sistema se desintegre en una pura cantidad de decisiones aisladas que nada tienen que ver entre sí y que sólo un observador las reconocería como un conjunto delimitable, bajo características escogidas por él mismo: clase/categoría/especie. La respuesta a esto sería: el establecimiento de suficientes redundancias. Si la justicia consiste en la consistencia de las decisiones, entonces podemos decir también: justicia es redundancia (Luhmann, 2005, 420).

Toda argumentación debe ser *consistente* con los textos, o sea, con el derecho vigente y, en última instancia, con el sistema jurídico. Así, la argumentación se entiende como una operación de la autoobservación del sistema jurídico. Por otra parte, sería difícil asegurar que la observación de segundo orden en relación con los textos normativos sea la misma para todos. Sin embargo, Luhmann explica que los “textos” del sistema jurídico son capaces de establecer metas suficientes mediante la exclusión de la arbitrariedad, del caos; asimismo, los textos podrían ser lo bastante específicos para reconocer cuándo está presente una razón para reformarse (Luhmann, 2005: 469).

Epistemología

Una labor crítica estaría consciente de que las observaciones son siempre miopes. Anatole France lo expresa de una forma bellísima: “¿Qué es un libro? Una sucesión de breves signos. Nada Más. Al lector atañe combinar las formas, los colores y los sentimientos...” (France: 28). Pero, muchas veces se pretende que no es así: como los infantes que “juegan al doctor”, los científicos fingen “jugar a la ciencia”. No debe olvidarse que un ojo armado de microscopio no deja de ser un ojo humano (France: 33).

Los fenómenos jurídicos se derivan y vinculan con textos normativos sobre los cuales se realizan proposiciones jurídicas. Por otra parte, los textos se perciben como consecuencia de las propiedades dúctiles de las sociedades. Entonces, los juristas (dentro de la científicidad) suelen confundir sus objetos de estudio y reflexión; pues bien, puede que se trata de sistemas normativos, de interpretaciones o del sistema social. Así que en su confusión llegan a alocadas creencias y suposiciones como que el mundo cambiará al compás de las leyes del Congreso.

Por ello tiene que haber algo más que explique los fenómenos jurídicos con mayor naturalidad, y con esto se quiere referir a algo que sea un reflejo⁴ de lo que acontece en la sociedad. ¿Podría haber una teoría del derecho *tal como es*, y aun ser capaz de prescribir correcciones ante sus faltas y excesos? (Cfr. Boltz); y si fuera posible ¿cuál sería? Esa teoría y esa metodología debe ser una labor crucial, pues cualquiera sería capaz de formular lo que supone que deba ser o significar, al modo de Antístenes (Aristóteles, § 187, 245).

Aún así, capturar la esencia de los procesos se vislumbra cuando menos difícil. Se trata de una dificultad en torno a la objetividad y neutralidad del observador, así como la relativa distancia entre ellos. Se asemeja a la búsqueda de una “esencia”, una que, por supuesto, sea susceptible de ser aprehendida y posteriormente comunicada. No obstante, “¡No hay conocimiento sin ignorancia! Todo conocimiento vuelve algo invisible y quien quiera hoy conocer ‘algo’ tiene que saber acerca del riesgo epistémico de cada construcción. Mi punto ciego es la condición de posibilidad de mi observación. Esto conmociona todas las identidades” (Boltz: 187).

Si una observación parte de una imagen o idea de lo que se pretende observar, las probabilidades de que el objeto sea efectivamente observado se incrementan. Así lo hicieron los pitagóricos, que para completar la década celestial imaginaron que había un cuerpo celeste invisible a sus ojos: el *Antichton* (Aristóteles, § 66: 25).

Entonces, ¿cómo es posible una epistemología jurídica? Explica De Giorgi que la epistemología es reflexión relativa a las operaciones de deducción de la normatividad implícita en las premisas descriptivas del ser sustancialmente es “teoría de la construcción del sistema”, fundada en una “doctrina del método”, con base en un “método de investigación de la verdad”.

La epistemología [en el derecho natural] dispone de un método de investigación que a partir de los principios de la ontología racional busca establecer lo verdadero conforme a la medida de lo justo. La norma traducida a través de la investigación es verdadera; su verdad no es de naturaleza puramente lógica. La norma tiene valor, ciertamente, porque es lógicamente verdadera; pero la verdad que se expresa en ella es al mismo tiempo individualización del valor fijado en la ontología, de donde se derivan las premisas. La validez de la norma entonces está inmediatamente vinculada con el valor del cual la norma se presenta como verdad lógica, provista con carácter de necesidad (De Giorgi: 11).

De esta manera, la epistemología del derecho natural y la del derecho positivo son diferentes. Para el primero, las normas [textos] no son contingentes sino necesarias, abstraídas del espacio y del tiempo, quedan fuera de los procesos de decisión; pero, para el segundo, se trata de entes contingentes. Las normas del derecho positivo son producto de decisiones normativas, por tanto, son posibilidades de un universo infinito de posibilidades, localizables en el espacio y tiempo; luego, “es pura subjetividad indiferente al valor y a la verdad”. Por tanto, “legitimar” se elabora allí desde la teoría del derecho y de la ciencia del derecho, pues, como ha quedado dicho, prescinde del valor y de la verdad (*Ver Pintore*).

La ciencia del derecho construye un sistema del derecho positivo en el que se organiza la realidad interna de la “contingencia”, mientras que la teoría elabora hipótesis acerca del derecho “partiendo del hecho de

que la validez del derecho positivo está ligada a la contingencia”. En términos sistémicos, es necesario legitimar la “contingencia” (*Cfr.* Fitzpatrick: 57); pero se trata de un legitimar vacío pues, del universo infinito de posibilidades de selección (observación), lo seleccionado puede ser cualquier cosa, siempre que sea operado internamente (*Cfr.* Fitzpatrick: 179); esto quiere decir que la epistemología debe escapar del “obstáculo de la contingencia”. En todo caso, detrás del escape estaría un discurso legitimador de las “decisiones” (las cuales, valga decir, son “contingentes”), pero alejado de la verdad (*Ver.* Pintore) en términos extrasistémicos, o sea que el sistema jurídico no contendría en sí todos los principios (De Giorgi: 25) que regulan su producción (legislación) y reproducción (adjudicación en el proceso de decisión).⁵

La tarea de la ciencia se hace consistir de una exposición de la racionalidad interna del derecho. Se trata de una “ruptura” epistemológica que, como dilucida De Giorgi, comenzó con Savigny, y que, “Consiste en la conciencia de que la ciencia tiene como tarea la organización de la materia jurídica dada en un sistema expositivo” (De Giorgi: 30); que el conocimiento sólo es posible a través de la “mediación lógico formal” y sus traducciones a través de proposiciones jurídicas (De Giorgi: 36).

En esta parte, la contingencia normativa se hace evidente como un resultado del proyecto “burgués” de represión, tal como explica el citado autor, lo que viene a constituir una glosa de la construcción de la teoría del derecho de Luhmann en cuanto que ésta le parece “una teoría de la represividad contenida en el sistema social del derecho positivo”. En otras palabras, el proyecto civilizatorio del capitalismo se vale de las “formas” jurídicas como una racionalidad formal planificada, es decir, de hipótesis jurídicas como estructuras funcionales, internas, que favorecen la estabilización, o sea, la reducción de la complejidad a través de la reducción de las “sorpresas”. De esta manera el sistema capitalista encontraría su legitimidad (De Giorgi: 226).

Esto es posible, al menos en la filosofía analítica, a través del planteamiento de una paradoja y su consecuente resolución: si la filosofía del derecho puede conocer, y de hecho conoce, un derecho ultrapositivo, es decir, el derecho justo, y si la ciencia conoce datos empíricos como considera la analítica a los textos legales, entonces, la filosofía se ocupa de algo distinto del derecho positivo. No obstante, la resolución para De Giorgi es que se trata de una falsa paradoja, pues la teoría del derecho, valga decir

positivo, se encuentra y compenetra con la filosofía del derecho en la “metodología de la jurisprudencia” (De Giorgi: 193-194).

Esto es así porque el proyecto jurídico burgués debe encontrar los cimientos que permiten apuntalar una epistemología de la cual pueda inferirse su legitimidad. Este último concepto se toma en un sentido amplísimo, casi equiparable a la razón de existir del proyecto y, por tanto, de todos los actos y eventos que lo reproducen, como, precisamente, las decisiones judiciales. El “capitalismo organizado” necesita configurar la racionalidad del sistema como una estrategia de estabilización del modelo capitalista. Dice de Giorgi que “Esta gran empresa teórica será intentada por Niklas Luhmann” (226), quien:

sobre los fracasos de una epistemología jurídica incapaz de darle fundamento a la legitimidad de la que tenía necesidad [...], construye un modelo epistemológico que comprende y describe las funciones de mantenimiento y estabilización del sistema social a través de la estabilización del sistema jurídico, funciones de las que es capaz el derecho moderno como sistema de la abstracción y de la represión de la instancia material (*Ibidem*).

Ahora bien, Luhmann define el sistema social como una conexión provista de sentido de acciones sociales [comunicaciones] que se refieren entre sí y se dejan delimitar por un universo de acciones que no son relativas a tal conexión. Donde *sentido* es “una determinada estrategia del comportamiento selectivo a condición del alta complejidad” (De Giorgi: 239). La sociedad no es nada más que un sistema; es decir, que se rige por una distinción, del tipo aquí y allá, sistema aquí, entorno allá (Luhmann, 2006: 55). Lo que lleva a que todo sistema parcial (en los términos de Luhmann) sólo puede describirse desde el sistema de la sociedad; aunque no excluye la posibilidad de autodescripciones, suponemos que éstas no serían inteligibles sin referencias a “su entorno”. Tal como indica Luhmann: “Ningún modo de descripción puede evitar el enlace con el sistema (ni, por tanto, el enlace con sus distinciones) que opera de manera descriptiva” (Luhmann, 2005: 359). De tal suerte que una descripción externa, del “sistema jurídico” sólo es posible si éste se presenta como un “sistema que se describe a sí mismo”; esto

significaría, por ejemplo, que una descripción sociológica debe incluir las tentativas de clarificación teórica (del sistema jurídico) de sus problemas fundamentales (Luhmann, 2005: p. 360).

La reducción de la complejidad del sistema significa represión en las áreas reales del universo. Si las normas son estructuras que armonizan las expectativas de comportamiento de modo que el derecho positivo se constituye de una generalización de dichas estructuras, entonces el sistema estaría estabilizándose (Cfr. Fitzpatrick: 56).⁶ En caso contrario, o sea, cuando la complejidad de esas estructuras cause desestabilización, se aislarán sus elementos para constituir una *diferencia*, un entorno. Pero la selección de sus estructuras significa producción de “latencia”, lo que implica que a través de procesos selectivos se producen simplificaciones para la acción; por tanto, las acciones no-simplificadas se acumulan en espacios reales para que pueda ser reprimida la *latencia*. La producción y el mantenimiento de la latencia es uno de los “peligros” más grandes para el sistema (De Giorgi: 276).

No obstante, la ausencia de latencia impediría al sistema generar “consenso” en sus términos, es decir, “consenso ficticio”, o bien mítico (Cfr. Fitzpatrick: 38),⁷ el cual es indispensable para su estabilización.

La relación funcional entre contingencia y latencia, establecida en el sistema del derecho positivo, constituye una adquisición altamente producida para los fines de la estabilización de mecanismo represivos, capaces de asegurar consenso [artificial] en un universo que dispone de una medida muy escasa de este recurso: en efecto, el derecho, regulando la producción de sus selecciones en el plano de la contingencia, crea seguridad acrecentando continuamente la inseguridad y al mismo tiempo la confianza. El derecho sustituye la realidad con las premisas normativas como indiferente y abstracción de esa misma realidad [...]. El derecho positivo moderno, en suma, se estabiliza como sistema de la represión de los contextos de sentido [...] Lo reprimido de esta manera adquiere una funcionalidad positiva para la estabilización del sistema [...] (De Giorgi: 278-279).

Por eso, la teoría del derecho, para Luhmann y le sigue De Giorgi, debe consistir en una *teoría racional de la represión*, a fin de que le aporte al sistema los instrumentos y las indicaciones para la autorregulación y la guía de las elecciones de soluciones, capaces de controlar a través de la variabilidad del ámbito de la latencia, la estabilización del sistema (De Giorgi: 282).

Aún así, las dudas son importantes al respecto. En suma, si en el sistema social pueden articularse descripciones de subsistemas, como el jurídico, y de éste se dice que se trata de “contingencias” normativas, producto de un “proyecto” desde adentro del sistema, de modo que su justificación se hace consistir en la legitimidad de las “selecciones” dentro de todo el universo de posibilidades, entonces los resultados de la contingencia son siempre legítimos en términos del propio sistema.

Por otra parte, ¿cuánta represividad necesita, teóricamente, el sistema? Una “legitimidad” así en nada se parece a una legitimidad político-democrática ni a una legitimidad –en tiempo real– producto de (cierta) elaboración argumentativa y retórica de los operadores jurídicos. Pues en términos del sistema, es en sí mismo legítimo para operar sus selecciones.

La existencia del derecho no puede explicarse sin referencia a los hechos sociales en los cuales el derecho se produce y sobre los cuales actúa (De Giorgi: 180). Sin embargo, esto contrariaría el aparato teórico de las elaboraciones que se identifican como “sistemas”. Ahora bien, aquí, ambas posturas la sociológica y la sistemática se consideran inscritas a primera vista en una epistemología positivista, lo cual acarrea el positivismo metodológico que devino del racionalismo moderno a partir de la ilustración europeizante, o bien, “colonizadora” según explica abundantemente Boaventura de Sousa Santos.

Se puede reconocer que la pregunta acerca de la científicidad del derecho es, por una parte, ociosa e irrelevante (si el derecho positivo es pura metodología) y, por el aspecto epistemológico, en diversos momentos jurídicos (procesales, teóricos, filosóficos) es imperativo, al menos, comentar los caminos científicos de los estudios jurídicos. Una primera aclaración hecha por Bobbio (en sus primeros años académicos) es que no debe confundirse el objeto de la ciencia jurídica dedicada a ordenar, sistematizar y limpiar al sistema normativo, con las actividades metodológicas y teóricas que conducen y guían la interacción científica con las normas como objeto. Aquí, es fácil observar que la distancia sujeto

(científico) y el objeto es bastante extendida como para que aquel sea capaz de determinar con ciertos criterios, si se quiere metodológicos, si un enunciado forma o no parte de un sistema normativo.

La labor crítica sólo puede intentarse a través de discursos metateóricos, o al menos, metadescriptivos/normativos. Aunque, en este último caso, se trataría de una pretenciosidad del tipo: “Yo sé cómo deben hacerse las cosas”. De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos (2009: 336), el paradigma del positivismo se caracteriza por las siguientes ideas fundamentales: Distinción entre sujeto y objeto (dualismo epistemológico) y entre naturaleza y sociedad o cultura; reducción de la complejidad del mundo en leyes simples susceptibles de formulación matemática; una concepción de la realidad dominada por un mecanismo determinista y de la verdad como representación de la realidad; una separación tajante entre conocimiento científico y otras formas de conocimiento, de modo que sólo el primero es desde el científicismo, de hecho, conocimiento, mientras que los demás son formas de no-conocimiento, como el sentido común; tiene una preferencia por la causalidad funcional; es hostil a la investigación de las causas últimas, a las que considera metafísicas.

Continúa el citado autor explicando cómo influye (o determina) el modelo epistemológico en la formación y urdimbre del positivismo jurídico. Claro que se refiere al positivismo metodológico como el propuesto por Kelsen (Santos, 2010: 106)⁸ y que De Giorgi explica claramente. Por otra parte:

La aparición del positivismo en la epistemología de la ciencia moderna y del positivismo jurídico en el derecho y en la dogmática jurídica pueden considerarse, en ambos casos, construcciones ideológicas destinadas tanto a reducir el progreso social al desarrollo capitalista, como a inmunizar la racionalidad contra la contaminación de cualquier irracionalidad no capitalista, sea la divina, la religiosa, la tradicional, la metafísica o la ética, o, incluso, las utopías o los ideales emancipadores. [...] (Santos, 2000: 158).

En la epistemología y en los discursos acerca de la científicidad, la pulcritud empírica (“arte empírico”) que se compenetra con la pulcritud racional (“arte científico”) construyó su propia mitología. La ciencia moderna puede describirse como una constelación de mitos, a través de los cuales sustenta su verticalidad y el disciplinamiento de lo que debe tenerse por “conocimiento”.⁹

Lo que de acuerdo con Fitzpatrick (162) lleva a una paradoja en la cual se pertenece y no se pertenece a los procesos de producción científica; esto se resuelve en formas míticas y mágicas de la autoridad, de modo que las ciencias sociales (y del hombre) toman su fuerza a partir de héroes del conocimiento y la disciplina, cuyos descubrimientos elaboran la potencial trascendencia operativa del conocimiento en el mundo “profano”. En este punto, el científico es como el chamán cuyos mandatos y expresiones se tienen por verdaderas por aquellos que se supone que carecen de los medios (metodología) para “saber” o “conocer” los designios de la “naturaleza”.

No se trata, como explica Fitzpatrick (146), de mitos aislados uno del otro, sino que su descripción consiste en una constelación mitológica que subyace a las interacciones y comunicaciones de las sociedades. Esta constelación puede describirse en una frase como la “modernidad europea”, la cual, a su vez, es una modernidad europeizante. Ahora bien, lo relevante para este trabajo es que esa modernidad implica dentro sí un proyecto de modernización, el cual, a su vez, supone modelos epistemológicos que implican metodologías propias.

Por tanto, se asume que las hipótesis de la metodología configuran los modelos argumentativos y la teoría del derecho. Por ejemplo, el derecho como argumentación de Atienza sólo es posible en el contexto de una teoría de la verdad como procedimiento al lado de una teoría “moralizante” de la verdad; así pues, la teoría de la argumentación de MacCormick (Atienza, 2003: 105-147) sólo es posible al lado de una teoría conceptual-analítica (ver Himma) del derecho (Fitzpatrick: 192-196).

En suma, cada teoría, incluida la de sistemas, se sustentaría en la constelación mitológica de la modernidad. En términos abstractos, y lo suficientemente amplios (Fitzpatrick: 98-100), es posible decir que los mitos del “progreso” y del “orden” explican en gran parte la descripción del derecho y de la sociedad como sistema, lo que, por supuesto, no quiere decir que ésta se reduzca o sea reducible en aquél, sino que el esfuerzo teórico por hacer tal descripción se arraiga en la constelación mitológica.

De Giorgi dilucida que la jurisprudencia científica se vuelve a sí misma semejante a la teología, no sólo por la consideración de sus métodos y procedimientos, sino porque se ha arrogado los problemas teológicos de la interpretación y de la identidad; aunque, en el fondo, se trata de la cuestión de la validez, cuestión que cree resolver poniendo por encima un conjunto de reglas que justifican las operaciones judiciales de aplicación del derecho, convirtiéndolo en un universo cerrado sobre sí mismo (De Giorgi: 178-179).

La explicación de este universo cerrado sobre sí mismo debe comenzar con la necesidad civilizatoria de una descripción cósmica a partir de una entidad estable, por no decir eterna y, cabe recalcar, única. La alegoría abrahámica debe significar la pretensión de una explicación en términos de un solo comienzo y origen, hacia un solo término y fin; ahora, como se sabe, entre un punto y otro es fácil dibujar una línea recta, antes que una infinidad vectorial entre una infinidad de puntos. La idea de “un solo camino” explicaría muy bien la facilidad con la que se puede disciplinar el conocimiento, pues, cualquier otro, que no sea ése, o identificable con ése, está errado. Peter Fitzpatrick, siguiendo a Jacques Derrida, arguye que el mito oculto de la cientificidad, sus metáforas como conceptos fundamentales y contradicciones (entre ley y naturaleza, cultura y naturaleza) evocan un camino sostenido desde el origen que continúa recto en la búsqueda de conocimiento (Fitzpatrick: 33-34). Después, él mismo explica que esta linealidad del progreso no solamente se dirige a algún lado, sino que proviene de algún lugar; así pues, la progresión es la continuidad del origen, de la pre-creación a lo manifiesto (*Idem*: 51).

Herschel, según Saint Sernin, argumenta en favor de la postura de la linealidad progresiva; asimismo, explica: “Como las leyes de la naturaleza tienen un único autor y llevan la marca de la misma inspiración, la inducción es tanto teóricamente posible como efectivamente practicable” (Saint-Sernin: 47). Define a la ciencia como “el conocimiento de muchos, asimilado y organizado con orden y método, de tal suerte que llega a ser accesible a uno solo”.

Acercarse al orden se presenta como una noción que se arraiga en la estructura de la metodología. El orden es siempre disciplinario y todo el desorden debe ser desechado y tenido por no puesto. Tal como alega Óscar Correas: “La ciencia [...] no es más que otro discurso, pero sujeto a ciertas reglas. Como tales reglas han sido establecidas por los científicos, y como ellos controlan los institutos, revistas y editoriales que permiten practicar la ciencia, ésta no es más que otro discurso de poder [...]” (Correas: 160).

Por otra parte, se asume que una observación crítica debería al menos sospechar de sí misma y diría: “¿Yo también soy orden?, ¿yo también soy hegemonía?”; como el mismo De Giorgi explicaba (p. 174); luego, la crítica se vería en la necesidad de reconocer que no puede ordenar nada (Santos, 2010, p. 33-38).

Conclusiones

Los caminos conceptuales de la “legitimidad” se deben abordar al menos dentro de un contraste mutuo y simultáneo. Si la propuesta de la teoría de sistemas es una adecuada descripción de la sociedad y de las operaciones jurídicas, su objetividad, su “pura metodología” debe ponerse en entredicho, pero esta crítica en nada parece afectar los pilares de la teoría.

La argumentación es una estrategia de legitimación sistémica, o sea, de reproducción del sistema. Su contingencia, cualquier ley y cualquier decisión, será legítima sólo porque es consecuencia de operaciones internas.

Las decisiones judiciales son siempre legítimas, independientemente de las estrategias argumentativas, siempre y cuando se hagan constituir en reproducción sistémica. La estructura del aparato judicial obedecería a las instrucciones sistémicas. Cada instancia, y cada tipo de recurso (vg. Apelación), sólo existiría en términos de minimizar las “sorpresas” del sistema y maximizar la reproducción.

Notas

1. El vocablo *institución* se refiere al trabajo de Neil MacCormick, de acuerdo con Niklas Luhmann en la cita anotada. A lo largo de la obra de Luhmann (2005) hay múltiples citas del trabajo de MacCormick.
2. Cabe distinguir entre coherencia normativa y coherencia narrativa. Una norma es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores que resulten aceptables. (Cfr. Luhmann, *El*

derecho de la sociedad, p. 339.) Por otra parte, la coherencia narrativa (Cfr. Taruffo, Michele, “Narrativas judiciales”, *Revista de Derecho (Chile)*, XX, 1 de julio de 2007, pp. 231-270) suministra un *test* en relación con cuestiones de hecho.

3. De ahí que la justicia en la teoría de sistemas es redundancia.

4. Un reflejo sin duda siempre es una distorsión, en especial si el espejo se encuentra sucio, curvado, etcétera. Richard Rorty explica el asunto. También es una metáfora usada por Platón en “El sofista”, allí el Extranjero le explica a Teetetes que algún sofista diría que las imágenes reflejadas en el agua, fantasmagorías, deben reconocerse como seres que existen; pero no son seres en sí, aunque deberán conceder que lo son, seres, cayendo de esa forma en la trampa sofística.

5. Esta aproximación hace recordar los preceptos del presocrático Arquelaos: “Lo justo y lo injusto no lo son por naturaleza sino por la ley”. La cita se puede encontrar en el Tomo Primero de los *Diez libros* de Diógenes Laercio.

6. “Law’s effects are formed magically—that is through ‘a method of supporting endeavour to control the environment and social relationships by means where the connection of effort with achievement cannot be measured”.

7. “By drawing a distinction between society and that which lies below it, in an underworld of seedy chaos which allegedly threatens the social order, bourgeois ideology seeks to conceal any divisions which exist within society” (Fitzpatrick: 38).

8. Explica que la “simetría liberal moderna” en la cual todo el Estado es derecho y todo derecho es del Estado, es muy “problemática”, no solamente porque niega la posibilidad del “pluralismo jurídico” sino que también aleja y separa al derecho de la política; para que su “validez” sólo dependa del Estado; claro que, es ésta precisamente la meta y standpoint del proyecto liberal burgués.

9. Peter Fitzpatrick explica que la ley, como una entidad unificada, sólo puede ser explicada si se observa como un mito (Fitzpatrick: 1). El mundo de los mitos está delimitado por su propia constelación mitológica; más allá de sus límites se encuentra lo desconocido, lo que no vale la pena conocer (*Idem*:

24). Los mitos son respuestas inconclusas; hablan desde el pasado para describir eventos del futuro, del presente y del pasado; por tanto, poseen un valor operativo, pues superan la contradicción entre el tiempo histórico y una constante permanente (*Idem*: 144).

*The opposition between the progression of law and law's order is mediated and the two are united in the origin of a primal and chaotic savagery. Both the progression and the order of law take their being in the negation or denial of this 'state of nature'. Positive law, being constituted simply in terms of what it is not, can be self-contained and self-presented. Change becomes a refinement of legal order and contributes towards its perfection. In its being without restriction, law can now do anything. An infinite capacity for change—for law itself changing and for effecting change—is associated with order (*Idem*: 91).*

REFERENCIAS

Aarnio, Aulis, 1990, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, 8, pp. 23-38.

Adorno, Theodor, 1972, *La disputa del positivismo en la Sociología alemana*, trad. Jacobo Muñoz, Barcelona, Grijalbo.

Alexy, Roberto, 1993, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Aristóteles, 2014, *Metafísica*, trad. Alberto Rodríguez López, México, Editores Mexicanos Unidos.

Atienza, Manuel, 2013, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta.

-----, 2003, *Las razones del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Bobbio, Norberto, 2005, “Ciencia del Derecho y Análisis del lenguaje”, en Adrián Rentería (comp.), *Filosofía Analítica y Filosofía del Derecho en Italia*, Puebla, Cajica.

Boltz, Norbert, 2005, “Más allá de las grandes teorías: el happy end de la historia”, en *Teoría de la cultura: un mapa de la cuestión*, México, FCE.

Bulygin, Eugenio, 2005, “Creación y aplicación del Derecho”, en *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons.

Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de Argumentación jurídica*, México, UNAM-Porrúa, 2014.

Correas, Óscar, 2005, *Crítica de la ideología jurídica*, UNAM-CEIICH y Ediciones Coyoacán, 2ª edición.

De Giorgi, Raffaele, 1998, *Ciencia del Derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana.

Fitzpatrick, Peter, 1992, *The Mythology of Modern Law*, Londres, Routledge.

France, Anatole, *El jardín de Epicuro*, Durango, Universidad Juárez, 2008.

Habermas, Jürgen, 2010, *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 6ª edición.

Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, [sin año].

Himma, Kenneth Eimar, 2014, “Positivism Jurídico incluyente”, *Problema*, México, UNAM-IIIJ, 8, 01-12, pp. 353-430.

Luhmann, Niklas, 2006, *La sociedad de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana.

-----, 2005, *El derecho de la sociedad*, trads. Nafarrate, Erker, Pappé, Segura, México, Herder-Universidad Iberoamericana.

-----, 1998, *Teoría de los sistemas sociales*, México, Universidad Iberoamericana.

MacCormick, Neil, “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *Doxa*, 30, 2007, pp. 321- 334.

Pérez Lledó, Juan Antonio, 1993, *El movimiento “critical legal studies”*, Alicante, Universidad de Alicante.

Pintore, Anna, 2005, *El derecho sin verdad*, trads. Garrido Gómez y José Luis del Hierro, Madrid, Dykinson.

Platón, 1979, “Teetetes o de la ciencia”, *Diálogos*, México, Porrúa, 18ª edición.

Rorty, Richard, 1980, *Philosophy and the mirror of nature*, Nueva Jersey, Princeton University Press.

Saint-Sernin, Bertrand, 2011, “Las Filosofías de la Naturaleza”, en *Filosofía de las ciencias*, México, FCE.

Santos, Boaventura de Sousa, 2013, *Una epistemología del sur*, México, Siglo XXI-CLACSO, 2009, 4ª reimpresión.

-----, 2010, *Refundación del Estado en América Latina*, México, Siglo XXI, Siglo del hombre Editores, Universidad de los Andes, 3ª edición.

-----, 2000, *Crítica de la Razón indolente*, Bilbao, Desclée.