



NIKLAS LUHMANN

La paradoja de los derechos humanos

**Tres escritos sobre política,
derecho y derechos humanos**

TRADUCCIÓN DE

NURIA PASTOR MUÑOZ

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

LUHMANN, N. (2002). *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.

LUHMANN, N. (2002). *El derecho de la sociedad*, México, D. F., Universidad Iberoamericana.

LUHMANN, N. (2006). *La sociedad de la sociedad*, México, D. F., Herder.

LUHMANN, N. (2008). Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen. *Die Moral der Gesellschaft*. D. Horster. Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 228-254.

NEVES, M. (2000). *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*. Baden-Baden, Nomos.

STICHWEH, R. y P. WINDOLF (2009). *Inklusion und Exklusion: Analysen zur Sozialstruktur und sozialen Ungleichheit*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften.

WERBER, N. (2008). "A Test of Conscience Without Indispensable Norms: Niklas Luhmann's War on Terror." *Soziale Systeme* V. 14 ("Tragic Choices" Luhmann on Law and States of Exception).

* ZAMBONI, M. (2008). *Law and politics: a dilemma for contemporary legal theory*. Berlin, Springer.

CAPÍTULO PRIMERO

DOS CARAS DEL ESTADO DE DERECHO*

* Título original: "Zwei Seiten des Rechtsstaates", en *Conflict and Integration. Comparative Law in the World Today: The 40th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan*, Chuo University, 1988, Tokyo 1989, pp. 493-506. NURIA PASTOR MUÑOZ (trad.), doctora en Derecho.

El concepto de Estado de Derecho marca una importante tradición de la historia constitucional alemana y, si se incluye la *"rule of law"*, de toda la concepción constitucional europeo-americana. En vista de la importancia de esta idea, en un principio puede sorprender que la definición de la forma del Estado del artículo 20 de la Ley Fundamental no mencione expresamente el concepto del Estado de Derecho¹. La República Federal Alemana no se describe a sí misma explícitamente como Estado de Derecho. Sin embargo, del hecho de que rige una ley constitucional que somete toda la actividad del Estado al Derecho y que regule la creación del Derecho, incluida la misma legislación constitucional, se concluye que una definición adicional del Estado como Estado de Derecho habría sido superflua y desconcertante². Solamente se habría podido hacer hincapié en lo que ya rige de todos modos. Ello no ha ocurrido en interés de un uso austero de los medios regulativos. No habría aportado nada nuevo, sino que, en todo caso, habría conducido a preguntas sobre el sentido de tal añadidura.

1 El art. 20 apdo. 1 de la Ley Fundamental dispone: "La República Federal Alemana es un Estado federal democrático y social" (*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*) [N. de la T.].

2 Se discute sobre si habría objeciones de principio, por ejemplo, lógicas, contra tal autorreferencia. Véase H. L. A. HART, *Self-referring Laws* (1964), citado según el mismo, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983; Carl Friedrich OPHÜLS. "Ist der Rechtspositivismus logisch möglich?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 21 (1968), pp. 1745-1752; ALF ROSS, "On Self Reference as a Puzzle in Constitutional Law", *Mind* 78 (1969), pp. 1-24.

Si bien el concepto es, desde una perspectiva estrictamente jurídica, prescindible, ello no nos ahorra el análisis político e histórico. Desde el punto de vista jurídico, toda decisión estatal está atada al Derecho. Es posible que a tal decisión se le concedan importantes márgenes de libertad (por ejemplo, en el marco de la doctrina de las “*political questions*”), pero tiene que estar por lo menos jurídicamente permitida. Ahora bien, en principio esto no es nada especial, pues, conforme a la comprensión moderna, es algo que rige para todo comportamiento. No hay hechos jurídicamente no regulables. El Derecho es un sistema autónomo funcional de la sociedad que determina por sí mismo aquello que regula y que somete todos los supuestos de hecho sobre los que comunica al código binario conforme a Derecho/contrario a Derecho [*Recht/Unrecht*]³. Cuando en el sistema jurídico se comunica sobre el comportamiento, la pregunta que al fin y al cabo es decisiva es si el comportamiento es conforme a Derecho o contrario a Derecho. Esto es válido en unos términos que habrían resultado extremadamente insólitos para sociedades antiguas, también para comportamientos en la casa, esto es, por ejemplo, para la educación de los niños. Esto también rige (aunque, en ese caso, ello no es nada especial) para el comportamiento de los dirigentes políticos. Si el mandato del Estado de Derecho fuera una norma, tal norma solamente confirmaría lo que ya rige de todos modos. El Derecho solamente volvería a decir sobre sí mismo que él rige y que rige incluso en el caso de que los dirigentes políticos tuvieran el poder de quebrantar el Derecho.

El Estado de Derecho, ¿una trivialidad?, ¿una tautología?, ¿la mera repetición de la afirmación de que es Derecho lo que es conforme a Derecho? Así es, en efecto, pero esta realidad constituye, vista

3 Véase (al mismo tiempo, como base teórica para lo que sigue) Niklas LUHMANN. “Die Einheit des Rechtssystems”, *Rechtstheorie*, 14 (1983), pp. 129-154; *id.*, “Die Codierung des Rechtssystems”, *Rechtstheorie*, 17 (1986), pp. 171-203.

desde un punto de vista sociológico, un hecho extremadamente insólito y quizá es esa la razón por la que se ha considerado necesario afirmar la tautología con énfasis.

Por consiguiente, en un primer paso tenemos que analizar con más detalle qué es lo que otorga a la tautología del Estado de Derecho este alcance y, dónde está, desde un punto de vista sociológico, el problema.

Evidentemente, no se trata del problema de la insuficiente aplicación del Derecho, no se trata de lo que recientemente se ha denominado “implementación”. Mucha gente, pese a estar en su derecho, no ejercita acciones por muchos motivos muy diversos⁴. La justicia penal se vería colapsada si tuviera que enjuiciar todos los delitos⁵. La ejecución de muchos programas políticos revestidos de forma jurídica fracasa por dificultades prácticas⁶. Uno se puede enojar por esto. Por otra parte, uno también se enoja por la “juridificación”⁷, considera, incluso, que las razones de las dificultades de aplicación se encuentran en la profusión de leyes. Así, hay al mismo tiempo demasiado Derecho y demasiado poco Derecho —una queja que, por cierto, es muy antigua en la tradi-

4 Cfr. solamente los datos empíricos en ERHARD BLANKENBURG. “Die Mobilisierung von Recht: Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1 (1980), pp. 33-64.

5 Cfr. HEINRICH POPITZ. *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens: Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968.

6 Véase, como resultado de un grupo de proyectos mayor, RENATE MAYNTZ (ed.). *Implementation politischer Programme: Empirische Forschungsberichte*, t. 1, Königstein, 1980, t. 2, Opladen, 1982. Para un estudio de caso, cfr. GERD WINTER. *Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht: Ein Beitrag zur Soziologie des öffentlichen Rechts*, Berlin, 1975.

7 Una palabra de moda de esta década. Cfr. solamente RÜDIGER VOIGT (ed.). *Verrechtlichung*, Königstein, 1980; *id.* (ed.). “Gegentendenzen zur Verrechtlichung”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 9 (1983); FRIEDRICH KÜBLER (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984.

ción europea⁸-. Sin embargo, éste no parece ser el problema del Estado de Derecho.

Hay un hecho históricamente nuevo que se puede definir como "diferenciación del sistema jurídico"⁹, de manera paralela a la diferenciación de otros sistemas funcionales, por ejemplo, la ciencia, la economía, la política, la educación, la religión. Al igual que estos otros sistemas, el sistema jurídico también es un sistema determinado por su estructura que solamente puede especificar mediante sus propias estructuras qué comportamiento es conforme a Derecho y cuál contrario a Derecho, y asume al respecto una competencia exclusiva en la sociedad. La excepcionalidad histórica radica en este desacoplamiento de un sistema funcional que, a la vez, pretende tener relevancia universal para todas las cuestiones jurídicas. El Derecho determina, exclusivamente con referencia a normas jurídicas o a decisiones jurídicas, lo que es Derecho y lo que es contrario a Derecho. Esta decisión ya no se puede tomar apelando a autoridades religiosas o políticas o científicas y tampoco se puede alcanzar a partir de textos que no sean específicamente jurídicos. Siempre que aparece el problema "conforme a Derecho o contrario a Derecho", el competente es el sistema jurídico -y nadie más-. Así, se puede pensar en el legislador o en los tribunales, pero también en los abogados, otros órganos de asesoramiento jurídico y, sobre todo, en la comunicación cotidiana que se refiere al Derecho -por ejemplo, en conflictos con la policía, con los vecinos, en la empresa-. La comunicación sobre el Derecho solamente se puede llevar a cabo con referencia a comunicación adicional sobre el Derecho. Si se hace esto y en la medida en que esto se haga, se participa en el sistema jurídico -sea como lego o como

8 Cfr. solamente EMERIC CRUCÉ. *Le nouveau Cynée* (1623), citado según la edición de THOMAS W. BALCH, Philadelphia, 1909, pp. 247 y ss.

9 Véase NIKLAS LUHMANN. *Die Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981.

jurista, sea como político o como manager o como azafata que se niega a servir más alcohol y, al hacerlo, se acoge a su facultad de decisión o a un precepto-.

Solamente los desarrollos más recientes en el marco de la teoría de los sistemas hacen que sea posible dar a esta interpretación una base teórica inequívoca¹⁰. Aquellos posibilitan una explicación del sistema jurídico como un contexto de comunicación operacionalmente cerrado y, a la vez, informacionalmente abierto, que se diferencia y delimita mediante sus propias operaciones en un entorno social y, al mismo tiempo, determina en qué aspectos se deja influir por su entorno. El sistema está especificado exclusivamente mediante sus propias estructuras. No hay un derecho que se pudiera introducir desde fuera en el sistema y, por otra parte, tampoco un derecho que pudiera ser exportado desde el sistema al entorno. Todas las comunicaciones que son procesadas jurídicamente son procesadas en el sistema, se han de basar en el recurso al Derecho ya existente y, de este modo, contribuyen a la reproducción del Derecho. Pero precisamente porque ello es así el sistema puede reaccionar frente a todas las comunicaciones que puede tratar internamente como problema jurídico -al igual que el cerebro, es, ciertamente, un sistema nervioso operacionalmente cerrado de manera absoluta que, en el nivel de sus propias operaciones, no mantiene ninguna clase de contacto con el entorno, pero que precisamente por ello puede procesar de manera complejísima muy pocas irritaciones (por ejemplo, las fotoquímicas) provenientes su entorno-.

10 Cfr., por ejemplo, WARREN S. McCULLOCH. *Embodiments of Mind*, Cambridge, Mass. 1965; HUMBERTO R. MATURANA/FRANCISCO J. VARELA, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, 1980; FRANCISCO J. VARELA. *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979; Heinz VON FOERSTER, *Observing Systems*, Seaside, Cal., 1981; NIKLAS LUHMANN. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984.

II

El hecho, inicialmente difícil de comprender, de que la idea del Estado de Derecho parece expresar una tautología trivial se puede esclarecer con esta base teórica y con ella podemos al mismo tiempo aclarar el contexto histórico en el que esta idea ha adquirido una dirección específica. Por de pronto, “Estado de Derecho” no significa otra cosa que el Derecho rige porque rige, también para la política. También la política está sometida al Derecho. El significado que en la temprana Edad Moderna se le daba a esta máxima deriva de que el Estado moderno se proclama como Estado “soberano” y, como tal, pretende tener el control sobre el Derecho. En principio, se aceptan la religión, la moral y el Derecho natural como límites a la actividad estatal establecidas externamente; sin embargo, tal como se ve muy pronto, cuando la configuración del Derecho positivo está en manos del Estado, esto no pasa de ser una declaración verbal sin relevancia fáctica. Con el desvanecimiento de las ideas iusnaturalistas hacia finales del siglo XVIII y con la llegada de una legislación constitucional jurídico-positiva (la cual tan sólo apela a principios del Derecho natural para su “legitimación”), el problema de la soberanía se agudiza y la idea del Estado de Derecho sirve para postular la vinculación del poder soberano al Derecho.

El concepto de soberanía se remonta en sí hasta la Edad Media¹¹. Sin embargo, al principio no expresa nada más que la proclamación de la independencia de dominios territoriales. La limitación fáctica del poder político radicaba, como en todos los sistemas de dominio antiguos, en el temor frente a los rivales y en la necesidad que derivaba de ello de ponerse de acuerdo con los poderosos del país. La bibliografía moderna temprana sobre la razón de Estado (aproximadamente 1590-1650) está todavía dominada por este

11 Cfr. HELMUT QUARITSCH. *Staat und Souveranität*, t. 1: *Die Grundlagen*, Frankfurt, 1970.

problema¹² y, por ello, no está en condiciones de diferenciar entre el mantenimiento del dominio de un determinado gobernante y el mantenimiento del Estado. Esto solamente cambia con la consolidación político-interna del Estado moderno a partir de 1650 aproximadamente¹³. Sin embargo, al mismo tiempo, el problema de la soberanía deviene irresoluble. El máximo poder del Estado no puede ser pensado como un poder atado, porque, de lo contrario, ese poder no sería máximo y tampoco sería soberano; sin embargo, por otra parte, tampoco es aceptable que el soberano proceda de manera arbitraria. Él decide, por una parte, desligado de las leyes¹⁴, esto es, sin vinculación a ellas; sin embargo –eso es lo que se espera–, sin infringir el Derecho. La identidad del Estado está constituida de manera paradójica, a saber, como poder vinculado no vinculado, y la idea del Estado de Derecho conforme a la Constitución sirve para la disolución de esta paradoja esencial del Estado. El Estado también dispone sobre el Derecho –pero solamente de conformidad con el Derecho.

El movimiento constitucional liberal de la segunda mitad del siglo XVIII y del siglo XIX se vincula inmediatamente con una reconstrucción de la historia que ya no entiende el Estado absoluto en su propia situación histórica, sino que tiene sus propias ideas al

12 Véase la obra que caracteriza el concepto de la razón de Estado como un problema discutido desde hace mucho tiempo y que lo introduce en la discusión: GIOVANNI BOTERO, *Della Ragion di Stato*, Venezia, 1589, citado según la edición de Bologna, 1930, en especial, pp. 120 y ss. En esta bibliografía se subraya una y otra vez que hay que tolerar las infracciones del Derecho y no tomar nota de ellas cuando éstas están muy propagadas o cuando son llevadas a cabo por los poderosos, porque esta “disimulación” es necesaria para la conservación del Estado. Cfr., entre muchos, LORENZO RAMÍREZ DE PRADO. *Consejo y Consejero de Príncipes*, Madrid, 1617, citado según la edición de Madrid, 1958, pp. 81 y ss.

13 Cfr. THEODORE K. RABB. *The Struggle for Stability in Early Modern Europe*, New York, 1975.

14 Sobre el origen y sobre el significado jurídico-estatal de esta máxima, cfr. DIETER WYDUCKEL. *Princeps Legibus Solutus: Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin, 1979.

respecto—así, la leyenda de la impotencia de la justicia y la leyenda de los quebrantamientos arbitrarios del Derecho por parte de los monarcas¹⁵—. Los nuevos tiempos del liberalismo político celebran el logro de la Constitución, la cual somete al Derecho al Estado que crea el Derecho y, con ello, desplaza al Derecho la paradoja política. El concepto de Estado, originariamente una descripción concentrada del sistema político¹⁶, se convierte al final, en la teoría del Derecho, en un concepto jurídico¹⁷. La concentración de la política en el Estado significa entonces: que la voluntad política tiene que adoptar forma jurídica para ser atribuida al Estado. Conforme a esta interpretación, el Estado es una persona jurídica, un artefacto del sistema jurídico, y el político que ignore esto actúa de manera ineficaz, por lo menos, de manera jurídicamente ineficaz.

-
- 15 Véase REGINA OGOREK. "De l'Esprit de légendes, oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde", *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), pp. 277-296. ID., "Das Machtspruchmysterium", *Rechtshistorisches Journal*, 3 (1984), pp. 82-107. Sobre las subsiguientes teorías de la justicia del siglo XIX, véase también ID. *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt, 1986.
- 16 Cfr. NIKLAS LUHMANN. "Staat und Politik: Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme", en UDO BERMBACH (ed.). *Politische Theoriengeschichte: Probleme einer Teildisziplin der Politischen Wissenschaft*, fascículo especial 15/1984 de la *Politische Vierteljahresschrift*, Opladen, 1984, pp. 99-125.
- 17 Apenas son necesarias las referencias bibliográficas. Véase, por ejemplo, HANS Kelsen. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, Tübingen, 1922 (traducción japonesa, Tokio, 1924). Digno de atención, como distanciamiento de esta agudización de la teoría constitucional liberal, la intensa oposición contra este concepto en la teoría del Estado de la época de Weimar y, en concreto, sobre todo contra el concepto de transformación de la norma fundamental como regla de la juridificación de la política referida al Estado. En el planteamiento de HERMANN HELLER aparece como sustituto el concepto de organización con la suposición realista de que el político no se representa al Estado como persona jurídica sino como unidad organizada de decisión y de acción. Véase HERMANN HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1934.

III

Si el Estado de Derecho se ve de este modo como un logro que somete la praxis del poder de la política al Derecho y que solamente otorga efectos a esta última en la medida en que sea praxis conforme a Derecho, el problema se manifiesta como problema constitucional. La Constitución tiene, como ley jurídica, la función de domesticar en este sentido a la política o, cuando esto no se logra (como en 1933), la de presentarla en todo caso como quebrantamiento de la Constitución. En términos fácticos, la garantía radica, de manera más o menos eficiente, en los procedimientos que el Derecho prevé para otorgar a las decisiones eficacia jurídica—desde las elecciones políticas, pasando por los procedimientos de la legislación y la jurisprudencia hasta llegar a los reglamentos de los parlamentos con los que, cuando no ocurre nada raro, tendrían que fracasar las propuestas que tuvieran como fin una modificación inadmisible de la Constitución—.

Sin embargo, visto desde un punto de vista realista, esto constituye una explicación sumamente unilateral de la relación entre política y Derecho. Es una explicación históricamente comprensible partiendo de la sustitución del Estado absoluto por el Estado constitucional liberal y también está fundamentada, en su contenido, por la preocupación de que un gobernante, que tiene el poder para ello, puede quebrantar el Derecho para ampliar su posición de poder y eludir el control democrático. Por mucho que este postulado de la constitucionalidad del ejercicio del poder político sea, ahora como antes, importante y por mucho que de ello dependa, ahora como antes, una democracia políticamente abierta, la configuración jurídica del decidir político, que es vinculante para la colectividad, va mucho más allá y tiene consecuencias que han aparecido con la consolidación del Estado del bienestar. En este sentido, el Estado de Derecho tiene una segunda cara. Ésta consiste en que el sistema político utiliza el Derecho como instrumento y, por consiguiente,

está la merced de tal instrumento. Sea lo que fuere que la política quiera conseguir y ejecutar: sin Derecho ello no funcionaría y con Derecho tampoco funciona especialmente bien.

Si se restringiera la política a la amenaza directa de violencia, aquélla solamente podría forzar a un repertorio de acciones muy pequeño y muy simple. En este sentido, los gobernantes "absolutos" en órdenes sociales anteriores tenían un poder muy pequeño, aun cuando nadie más que ellos tenía poder. Dependían de colaboradores leales para poder ampliar, sobre todo en términos territoriales, su poder¹⁸, y con frecuencia eran víctimas de tales colaboradores. Ciertamente, la "juridificación" del poder político parece, en principio, una restricción de la arbitrariedad, pero *de facto* es, al mismo tiempo, una ampliación inmensa de la posibilidad de practicar el poder. Esto es válido para la especificación casi arbitraria de reglas y preceptos. Pero también es válido para el proceso coercitivo, pues, como hoy se puede observar sobre todo en el ámbito del Derecho del medioambiente, ya no solamente el gobierno se esfuerza por aplicar el Derecho en contra de la resistencia del afectado, sino que también ciudadanos interesados, asociaciones de protección del medioambiente, organizaciones como "Green Peace" rastrean quebrantamientos del Derecho u omisiones por parte de las autoridades y fuerzan a la coacción del Derecho¹⁹. De esta manera, se impide a las autoridades proceder indulgentemente, con disposición a transigir, o "políticamente" a nivel local. El poder estatal es atado con sus propias cadenas, por así decirlo, desde fuera. Mediante la afirmación de la vinculación al Derecho, el poder político obtiene un radio de acción mucho mayor que aquel que podría

18 Cfr. al respecto, como un análisis del siglo XVI, ETIENNE DE LA BOÉTIE. *Discours de la servitude volontaire* (1574), citado según *Oeuvres complètes*, reimpresión, Genf, 1967.

19 Cfr. GERD WINTER. "Bartering Rationality in Regulation", *Law and Society Review*, 19 (1985), pp. 219-250.

tener por sí mismo, y una regresión hacia el uso arbitrario del poder acarrearía una importante reducción de la posibilidad de emplear políticamente el poder.

Hasta el presente, esta cara del Estado de Derecho ha sido poco considerada en la teoría política y en la teoría del Derecho. Sin embargo, tiene una historia también antigua. Si se quiere, se puede atribuir hasta a JEAN BODIN, quien había visto en la unificación del Derecho en un territorio un instrumento esencial del Estado políticamente soberano²⁰. También se observa desde hace tiempo la complejidad de regulación que surge de ello con todos sus efectos absurdos. Por ejemplo, ¿para qué —se preguntaba el Marqués de Mirabeau— hay que decretar, por el bien de los botoneros, que los botones no se pueden hacer con la misma tela que la ropa²¹? Igual de antiguas son las quejas por la estupidez y las complicaciones de los funcionarios que aplican el Derecho. Sin embargo, los problemas tienen hoy otras características. Por una parte, se ha abandonado la esperanza de poner fin de una vez por todas a este fantasma con simples principios civiles como la libertad contractual o la libre disposición sobre la propiedad. Por otra parte, hoy en día la producción de Derecho está vinculada a los procesos democráticos de la formación de la voluntad política, con la consecuencia de que año tras año se meten a la fuerza nuevas regulaciones en una materia jurídica altamente complicada, tan sólo conocida por unos pocos.

20 Véase JEAN BODIN. *Six livres de la République* (1576), reimpresión de la edición Paris, 1583, Aalen, 1961. Para una versión jurídicamente reformulada de este concepto a partir de la perspectiva del Consejo de Estado francés, cfr. también CARDIN LE BRET. *De la souveraineté du Roy*, Paris, 1632. Además, véase MARC REAFF. *The Well-Ordered Police State: Social and Institutional Change through Law in the Germanies and Russia 1600-1800*, New Haven, 1983.

21 Así, VICTOR DE RIQUETI. *Marquis de Mirabeau, L'ami des hommes, ou Traité de la population* (1756), citado según la edición de París de 1883, p. 90. Véase también pp. 123 y s.

Ahora bien, la consecuencia quizá más importante es que el Derecho, cuando se modifica constantemente, hace que aquellas reformas que, en otro caso, permanecerían invisibles, sean visibles para los afectados por ellas. Toda reforma estimula a los favorecidos y a los afectados, despierta esperanzas políticas y resistencia política. Y, como ya sabía el proverbio latino: *spes addita suscitatur iras* ("la esperanza añadida suscita la ira"). Así pues, se puede sospechar que la política, con ayuda del Derecho (y, de forma paralela, también con ayuda del reparto de dinero), engendra una insatisfacción que después devuelve, como impulso adicional, al sistema político.

También esto es el Estado de Derecho, si bien su otra cara. Para evitar el abuso del poder político, el sistema político debería estar atado al Derecho. Por el hecho de que el Derecho está a su disposición como instrumento, el sistema político ahora también se encuentra implicado en el Derecho. En la República Federal Alemana la discusión presente se dedica, sobre la base de un Estado de Derecho que aparece de manera cierta como fracasado, primariamente a cuestiones que se plantean por esta instrumentalización política del Derecho²². La discusión registra decepciones que se presentan en la realización de las intenciones políticas, como si realmente hubiera que contar con que la política puede alcanzar sus fines con la ayuda del Derecho. La comprobación empírica habla más bien en contra, pero falta una explicación teórica al respecto.

IV

La situación teórica se modifica de manera fundamental cuando la idea de un uso instrumental del Derecho se sustituye por el

22 Véase trabajos más recientes, por ejemplo, GUNTHER TEUBNER (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986; RÜDIGER VOIGT (ed.). *Recht als Instrument der Politik*, Opladen, 1986.

teorema de la diferenciación funcional de sistemas. Desde la perspectiva del político, el Derecho sigue siendo un instrumento para la planificación y ejecución de la política, y desde la perspectiva del jurista, el Derecho sigue siendo una forma de limitación de la política y de evitación del uso arbitrario del poder. Sin embargo, desde la perspectiva de un tercero observador, desde la perspectiva del sociólogo, estas dos perspectivas son complementarias, son dos caras del Estado de Derecho. La idea del Estado de Derecho formula aquel límite entre política y Derecho en el que los políticos, como en un espejo, solamente ven las posibilidades de la política, y los juristas, como en un espejo en la otra cara del espejo, solamente ven las posibilidades del Derecho²³.

Una descripción teórico-sistémica conduce a la tesis, a primera vista desconcertante, de que tanto el sistema político como el sistema jurídico son sistemas operacionalmente cerrados, que respectivamente sólo computan las propias operaciones, y de que precisamente esta clausura es lo que posibilita una interacción intensa. Ninguna teoría de la acción, ninguna concepción instrumentalista, ninguna perspectiva del "*social engineering*" podría describir esta realidad de manera más adecuada, porque están en juego demasiadas consecuencias no deseadas. También sería mejor ya no hablar más de intervención y dirección —o, en su caso, hacerlo solamente cuando con ello se describe cómo un sistema se representa su entorno—²⁴. En cambio, si se parte de los

23 Esta metáfora la sugiere un paralelismo con la teoría económica, en la que el mercado también se describe como un espejo en el que los productores se ven a sí mismos y los consumidores, a sí mismos. Cfr. HARRISON C. WHITE. "Where Do Markets Come From?", *American Journal of Sociology*, 87 (1981), pp. 517-547.

24 Un aferramiento muy reflexionado a conceptos como dirección e intervención lo sostienen hoy en día GUNTHER TEUBNER y HELMUT WILLKE. Cfr. GUNTHER TEUBNER/HELMUT WILLKE. "Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 5 (1984), pp. 4-35; además, por ejemplo, HELMUT WILLKE. *Entzauberung des Staates: Überlegungen zu einer soziologischen Steuerungstheorie*, Königstein/T., 1983; GUNTHER TEUBNER. "Das regulatorische Tri-

fundamentos teórico-sistémicos, entonces se puede explicar que precisamente el cierre del sistema y precisamente la realización de controles autorreferenciales en todas las operaciones propias hacen posible la construcción de una elevadísima complejidad propia, con cuya ayuda el sistema puede reaccionar, más que cualquier sistema unido directamente al entorno, a los estímulos e irritaciones de su entorno y, sobre todo, a las modificaciones en su entorno. Precisamente porque el sistema político, en todas sus decisiones, piensa solamente en la política; puede hacer suyas y "politizar", dependiendo de cuál sea la situación política, muchísimas cuestiones jurídicas. Y, precisamente porque el sistema jurídico elabora jurídicamente todas las cuestiones jurídicas, se puede abrir a los impulsos políticos, pues puede, así, examinar todo estímulo en cuanto a cómo se ha de trasladar al Derecho y con qué modificaciones estructurales reaccionaría frente a él el sistema jurídico. De esta manera se evita que aquello que parece oportuno desde una perspectiva política sea solamente por esa razón Derecho; pero precisamente por ello el sistema político también es libre para construir sus propios impulsos de manera puramente política, sin desencadenar efectos jurídicos directos y sin que ello pese sobre él. La cuestión de si la intención política se puede poner jurídicamente en práctica y cómo y con qué consecuencias deseadas e indeseadas es una cuestión que solamente se puede examinar y, en su caso, decidir en el sistema jurídico mismo.

Ambos sistemas, sistema político y sistema jurídico, aprenden, en virtud de su autonomía y de las perspectivas que surgen de ésta, a adaptarse respectivamente al otro sistema (así como al entorno social-interno y social-externo en sentido amplio). Precisamente porque ambos sistemas están determinados cada uno de ellos por la propia estructura y, a la vez, en la era del Derecho positivo

lemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 13 (1984), pp. 109-149.

operan de manera muy dinámica en el sentido de modificaciones estructurales continuas; están en condiciones de reaccionar a las operaciones del otro (que ellos mismos nunca podrían realizar). O para citar una modificación típica proveniente del complejo de investigación de la nueva teoría de los sistemas: "Our modern societies meet many problems that have not appeared before in the preceding age. This is a direct consequence of the growth of autonomy of social steering processes which lead to the discovery of new heteronomy, that could not be understood before"²⁵.

La sociología clásica, siguiendo modelos de la ciencia económica, ha descrito este moderno aumento del rendimiento como "división del trabajo", esto es, lo ha entendido por consiguiente como diferenciación²⁶. Esto sigue siendo correcto e importante especialmente para la economía y, sobre todo, en el plano de los sistemas formalmente organizados. Sin embargo, si se quiere describir la sociedad moderna en su conjunto, es más correcto centrarse en la diferenciación funcional de sistemas y atribuir su éxito a que puede generar más independencia y, sobre este fundamento, más dependencia de los sistemas funcionales entre ellos, esto es, en conjunto, mayor complejidad. Si ello acontece en beneficio de la humanidad, es algo que hoy se cuestiona de manera creciente.

V

Esta concepción teórica ofrece diferentes posibilidades de partida para las investigaciones de Derecho comparado. Se puede cuestionar, como se ha hecho hasta ahora, con qué alcance se han hecho realidad las instituciones jurídico-estatales del mundo occidental

25 Así, ARNOLD CORNELIS. "Epistemological Indicator of Scientific Identities", en ROBERT TRAPPL (ed.). *Cybernetics and Systems Research 2*, Amsterdam, 1984, pp. 683-690 (p. 684).

26 Cfr. solamente GEORG SIMMEL. *Über soziale Differenzierung*, Leipzig, 1890; EMILE DURKHEIM. *De la division du travail social*, Paris, 1893.

en cada uno de los países y, en concreto, también en ámbitos políticamente sensibles, como por ejemplo en el Derecho electoral (si es que tan siquiera existen elecciones políticas como elecciones) o en cuestiones de corrupción de la burocracia y de la policía²⁷. Pero de esta manera solamente se investigaría una cara del Estado de Derecho, a saber, la cara desarrollada en la teoría constitucional del liberalismo político. Esto constituiría una selección de cuestiones extremadamente unilateral. Todavía en el seno de esta perspectiva también habría que tomar en consideración en qué medida el poder políticamente concentrado está preparado para cubrir y ejecutar también pretensiones que tienen un fundamento en el Derecho privado. La relevancia política del *Derecho privado* (el cual en Europa se llamaba antes Derecho civil, esto es, Derecho de los ciudadanos políticos²⁸) pertenece a las cuestiones frecuentemente desatendidas. El milagro político del liberalismo no consiste solo en la permisión de la oposición política (y, en este sentido, en la democracia), sino sobre todo en que, para la ejecución de pretensiones jurídicas cuyo nacimiento no se controla en forma política, pone a disposición no obstante un poder políticamente organizado.

Del uso instrumental del Derecho por parte de las instancias políticas, esto es, de la segunda cara del Estado de Derecho surgen preguntas muy distintas. Hay numerosas investigaciones

27 Una cuestión muy distinta y mucho más difícil es la de la corrupción de los políticos. Si esta cuestión tiene siquiera sentido y cómo se puede diferenciar en este caso (dejando de lado los casos burdos de corruptibilidad de las autoridades políticas) entre corrupción y no corrupción es algo que se tendría que discutir. Solamente surgen criterios inequívocos cuando y en la medida en que los políticos asumen cargos públicos (y sea: como parlamentarios) y, con ello, aceptan un derecho especial para su propio comportamiento. Cuando en el texto se habla de la burocracia se quiere incluir este caso.

28 En nuestro contexto es quizá interesante que, según la vieja doctrina, el príncipe está vinculado al Derecho porque él mismo es, en cuanto miembro de la comunidad política, un ciudadano (*civis*). Cfr., por ejemplo, MARIUS SALAMONIUS DE ALBERTESCHIS. *De Principatu* (1513), citado según la edición de Milano 1955, en especial pp. 28 y ss. Esta teoría solo desapareció definitivamente en el Estado absoluto.

que muestran que y cómo las intenciones políticas encuentran resistencia en su ejecución, "son inocuizadas" en la red de las competencias organizativas o fracasan²⁹. Partiendo del planteamiento teórico que se ha presentado aquí, sería además interesante saber en qué medida una intención política es deformada ya por el hecho de adoptar forma jurídica y de tenerse que adaptar al sistema de normas existente, aun cuando y precisamente porque quiere cambiarlo. Un buen campo de pruebas para esto sería el Derecho del medioambiente, políticamente candente y urgente, el cual se tiene que coordinar con el Derecho de la inspección industrial, del Derecho de la ordenación del territorio, el Derecho del tráfico, el Derecho de los impuestos y tributos y muchas otras normas jurídicas ya existentes³⁰. Y a este respecto también sería una pregunta importante la de si y en qué medida la aplicación del Derecho queda solamente en manos de la burocracia o si aquella depende de que el ciudadano haga valer sus derechos subjetivos y los reclame o, mediante organizaciones espontáneas (las llamadas "iniciativas de los ciudadanos"), vigile y acucie a la burocracia.

Hay ordenamientos jurídicos que operan refiriéndose sobremanera al Estado y, con ello, dependiendo de la burocracia (por ejemplo, Brasil), y otros que delegan a los individuos mediante derechos subjetivos las fuerzas impulsoras de la aplicación del Derecho. En el primer caso, el Derecho se paraliza mediante la inactividad de la burocracia, en el otro, mediante la apatía del ciudadano, y ambas cosas pueden constituir una actitud calculada de manera totalmente racional (no vale la pena; el ejercicio de un derecho es arriesgado y sus resultados inciertos). Mediante la elección de la forma jurídica se puede controlar, con un alcance limitado, a la

29 Cfr. las referencias *supra* en la nota 5; además, por ejemplo, JEFFREY L. PRESSMAN, ARON Wildavsky. *Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*, Berkeley, Cal., 1973.

30 Véase a este respecto NIKLAS LUHMANN. *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, 1986, pp. 124 y ss.

atención y energía de quién, a la conciencia del Derecho o indiferencia de quién se recurre para la aplicación del Derecho. Por otra parte, el Derecho no es libre para disponer sobre ello, pues tanto las formas que dependen de la burocracia como el sistema de derechos subjetivos exigibles se basan en presupuestos sociales extremadamente complejos que están condicionados históricamente, varían de un país a otro y cuya existencia no se puede simplemente suponer³¹.

Así pues, por una parte, tienen que entrelazarse perspectivas jurídicas, jurídico-sociológicas y sociológicas en sentido amplio. Por otra parte, hay que desarrollar los fundamentos teóricos adecuados para ello. La descripción de la sociedad moderna como un sistema social que se articula en sistemas funcionales autónomos, operacionalmente cerrados y, por ello, abiertos es, como yo creo, una teoría con capacidad de rendimiento. Ésta deduce la concepción del Estado de Derecho tanto a partir de la perspectiva teórico-constitucional del liberalismo político como a partir del instrumentalismo político de las teorías de la dirección de este siglo, sin por ello poner en duda la legitimación referida al sistema de estas perspectivas. Naturalmente, la capacidad de rendimiento de esta propuesta no excluye que se desarrollen otras descripciones que compitan con ésta. Hasta ahora esto se ha visto poco. Pero, en principio, la complejidad de la sociedad moderna consiste no, en último término, en que se pueden elaborar varias descripciones de esta complejidad, y no solo una exclusivamente correcta.

31 Como estudio de casos a este respecto véase VOLKMAR GESSNER. *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexico*, Tübingen, 1976.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PARADOJA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y TRES FORMAS DE SU DESARROLLO*

* Título original: "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung", en *Soziologische Aufklärung*, vol. 6, Westdeutscher Verlag, Köln, 1995, pp. 539-546, NURIA PASTOR MUÑOZ (trad.), doctora en Derecho.