



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

con una teoría neocibernética de la observación de segundo orden y con teorías de los sistemas basadas en operaciones. Esto requiere, tanto para la teoría del Derecho como para la sociología, entrar en terrenos desconocidos. Sin embargo, en un tema tan candente como los derechos humanos, se puede mostrar que tal empresa es prometedora.

CAPÍTULO TERCERO

¿HAY TODAVÍA EN NUESTRA SOCIEDAD NORMAS IRRENUNCIABLES?*

* Título original: *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, C.F. Müller Verlag, 1.^a ed., Heidelberg, 1993. NURIA PASTOR MUÑOZ (trad.), doctora en Derecho, profesora de Derecho penal en la Universidad Pompeu Fabra y en la Universidad de Bonn.

I

Siguiendo la buena costumbre de los juristas, la presentación de un caso puede servir de introducción al tema de esta conferencia. Imagínense que ustedes son oficiales de policía de alto rango. En su país –y éste podría ser, en un futuro no demasiado lejano, también Alemania– hay muchos terroristas de izquierdas y de derechas, cada día hay asesinatos, incendios, homicidios y daños en numerosas personas ajenas al problema. Imagínese que usted captura al líder de uno de esos grupos. Si lo torturara, podría probablemente salvar la vida de muchos seres humanos –diez, cien, mil, podemos variar el caso–. ¿Lo haría?

En Alemania, la cuestión parece ser simple. Se consulta la Ley Fundamental. En el artículo I (dignidad humana) no hay prevista excepción alguna¹. Ciertamente, a quién no es especialista le sorprende, de entrada, que la norma esté formulada como un hecho. Entonces, ¿la tortura tampoco puede lesionar la dignidad humana? El jurista le abrirá los ojos. Hasta aquí, todo bien. Si no desde la perspectiva del Derecho, por lo menos sí jurídicamente.

Para el *common law*, cuyo pensamiento no está tan guiado por el positivismo de la ley, existe una amplia discusión que es relevante en esta materia. La pregunta es si toda cuestión jurídica se puede decidir en último término sobre la base de una ponderación de las consecuencias. De ser así las cosas, se podría influir en la decisión manipulando la valoración de las consecuencias. O si hay dere-

1 Véase al respecto notablemente: RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge/Mass., 1978, traducción al alemán, Frankfurt, 1984.

chos irrenunciables que han de ser respetados sin tener en cuenta ninguna de las consecuencias de la decisión. Llama la atención que se habla de *derechos* y no, como proponen PUFENDORF, KANT y, sobre todo, el Derecho judío, de *deberes*². Puede que el subrayar los derechos sea una herencia liberal, pero también tiene la ventaja de que, con ello, a la vez se dispone jurídico-técnicamente de legitimidad para demandar. Además, en todo el mundo se habla de derechos humanos y no de deberes humanos. Sin embargo, esta cuestión no nos ayuda en la decisión, porque todavía tendríamos que tomar la decisión previa de si hay –o no– derechos que son totalmente indiferentes respecto a las consecuencias.

Para hacer la decisión más difícil y, al final, imposible de tomar, se puede modificar el caso expuesto. Los terroristas tienen una bomba atómica y se trata de encontrarla y desactivarla. ¿Torturaría usted?

No es competencia del sociólogo tomar la decisión y, ni siquiera, recomendar una determinada decisión (“habiendo ponderado todas las circunstancias”, como dicen los juristas). Como sociólogo, a uno le interesa el *problema*. O, como se podría decir con base en determinados presupuestos teóricos: la *forma del problema*. Uno solamente se puede equivocar. Se trata de un caso de “*tragic choice*”³. Mientras que en el caso normal los juristas no albergan dudas de que tienen razón cuando diferencian entre lo conforme a Derecho y lo contrario a Derecho y, conforme a ello, deciden (sea como fuere que ello se fundamente), en este caso podría ser al revés: no se tiene razón cuando se diferencia entre lo conforme a Derecho y lo contrario a Derecho. La resolución habitual del paradojismo de la autorreferencia del código conforme a Derecho /

2 Cfr. por muchos George HOROWITZ, *The Spirit of Law* (1953), reimpresión New York, 1973, por ejemplo pp. 7 y s.

3 Así lo formulan los economistas. Véase Guido CALABRESI/Philip BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

contrario a Derecho, que consiste en que se duplica el valor positivo y se declara que la misma distinción es conforme a Derecho, no funciona. O solamente funciona si se aplica la misma operación de resolución del paradojismo en caso de valor negativo. Al igual que en las antiguas tragedias griegas, la misma afirmación del Derecho es en cuanto tal contraria a Derecho. Primero se tiene que crear el mismo código, se tiene que institucionalizar libre de paradojismos. Atenea interviene, instauro el tribunal de Areópago y se reserva para sí la decisión de (como dirían los americanos con su estilo inimitable) los “*hard cases*”.

Puesto que nuestro Derecho carece de una legitimación religiosa, para nosotros esta salida no entra en consideración. Tampoco disponemos ya de la institución de los “juicios de Dios”, con los que antiguamente se decidían tales “*hard cases*”⁴. Ciertamente, gracias a GÖDEL, sabemos que tenemos que “gödelizar” tales problemas del paradojismo propio del sistema y que, para ello, necesitamos referencias externas. No obstante, al mismo tiempo, la evolución de la semiología desde SAUSSURE nos enseña que no existen tales referencias externas sino que un sistema tiene que arreglárselas con distinciones introducidas por él mismo.

Ciertamente, con estas reflexiones no hemos llegado a una decisión, pero sí a la comprensión de que se trata de un problema de alto rango teórico. A este respecto es recomendable evitar a toda costa cualquier juicio moral (y esto también significa: cualquier construcción ética del problema), porque ello solamente podría

4 Véase JEAN BOTTÉRO, “L’ordalie en Mésopotamie ancienne”, *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa, Classe di Lettere e Filosofia*, ser. III, vol. XI, pp. 1005-1067. No obstante, cfr. también Salem ALAFENISH, “Der Stellenwert der Feuerprobe im Gewohnheitsrecht der Beduinen des Negev”, en: FRED SCHOLZ/Jörg JANZEN (eds.), *Nomadismus: Ein Entwicklungsproblem*, Berlin, 1982, pp. 143-158.

llevar a desacreditar moralmente una u otra opción⁵ y a sustituir un mal en el Derecho por otro mal, el de la moral. En lugar de esto propongo recurrir a un análisis sociológico, esto es, aprovechar la distancia del sociólogo respecto al sistema jurídico. Desde un principio debería quedar claro que el jurista no puede esperar de ello una propuesta de decisión. Sin embargo, una cierta reorganización semántica del conocimiento también puede ser de ayuda –por lo menos en el esfuerzo de lograr una formulación del problema que sea adecuada para la sociedad moderna–.

Porque bien podría ser que estemos lastrados por una larga tradición con una orientación errónea del planteamiento del problema. Quizá seguimos esperando, aunque probablemente sin éxito, un nexo entre decisión y principio, una fórmula de cierre salvadora, un sistema en el sentido de KANT o una ley general vigente *a priori*⁶. Pero la razón final de toda decisión no se encuentra quizá en un principio sino en una paradoja.

II

La distancia del sociólogo no empieza en la pregunta, ya orientada a una decisión, de si en la sociedad moderna hay normas irrenunciables –o no–, sino que está ya en la misma interpretación de lo normativo y, en esa medida, de manera general. Los juristas (y lo mismo se podría decir *mutatis mutandis* de los éticos) presuponen en el concepto de norma una concreta forma de existencia que,

5 A este respecto reservas considerables en el Derecho judío –pero de nuevo: sobre la base de una legitimación religiosa–. Cfr. ROBERT M. COVER, *The Supreme Court*, 1982, Term. Foreword: Nomos and Narrative, *Harvard Law Review*, 97 (1983), pp. 4-68.

6 Véase, la referencia a la tradición, por ejemplo, en GIROLAMO CARDANO, *De Uno, Liber*, citado según: Hieronimus CARDANUS, *Opera Omnia*, tomo I, Lyon, 1663, reimpresión Stuttgart-Bad Cannstatt, 1966, pp. 277-283, p. 277: *Unum bonum est, plura vero malum*. Cfr. también la garantía de arriba dirigida contra los aristotélicos: *non ergo tendunt in unum sed ab uno procedunt* (p. 279).

desde el siglo XIX, también se denomina “validez” y se diferencia del ser fáctico. Trabajan con este presupuesto porque en el sistema jurídico lo relevante es clasificar los hechos en las normas y decidir si un comportamiento se corresponde con la norma o la infringe. Por ello, el sistema jurídico busca en la *distinción* de normas y hechos el fundamento de su propia manera de observar el mundo. En cambio, la Sociología es libre para tratar también las normas como hechos –evidentemente, como hechos de características especiales–. Una posible construcción es interpretar las normas como fórmulas de la expectativa contrafáctica, esto es, de expectativas de comportamiento que no se pueden irritar mediante la conducta fáctica sino que también se mantienen cuando son defraudadas⁷. En este caso la distinción rectora no es entonces hechos/normas, sino aprender/no aprender. El modo usual de hablar que se centra en el “deber ser” y habla de “validez” se concibe entonces como expresión del derecho a negarse a aprender, a mantener las expectativas también en caso de que sean defraudadas. Ahora bien, siempre se trata de expectativas fácticamente existentes y constatables, esto es, en el sistema social de la sociedad, de hechos que se pueden constatar en comunicaciones empíricamente reconocibles. Y entonces se convierte en una pregunta sobre hechos la de si la comunicación de “normas irrenunciables” en una sociedad tiene o no éxito, de qué depende ello y a qué pruebas de cargo (caso: ¡los terroristas poseen la bomba atómica!) se puede enfrentar la aceptación de tal norma.

Con una terminología algo distinta, también se puede describir la invención cultural de la normatividad como una *duplicación de la realidad* –al igual que se puede diferenciar entre juego y seriedad o, tras la evolución del lenguaje, entre signos lingüísticos y aquello que denominan–; y algo semejante ocurre con la afirmación de un

7 Cfr., con más detalle, NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2.^a ed., Opladen, 1983, pp. 40 y ss.; el mismo, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, 1993.

sentido religioso de fondo del mundo de los fenómenos o con la distinción del sistema del arte entre realidad ficcional y realidad real –sea como fuere que uno se represente en tales casos el acoplamiento y las posibilidades de traspasar los límites–. Está fuera de duda que la comunicación lingüística ocurre realmente, aun cuando no “es” aquello que “denomina”. También está fuera de duda que se espera realmente un comportamiento adecuado a la norma, aun cuando éste, precisamente por ello, se tiene que diferenciar del comportamiento esperado y no se debe confundir con este último. Solamente con ayuda de estas duplicaciones de la realidad se crea la posibilidad de mantener una aguda representación de la realidad real, de la dura, fáctica realidad –precisamente porque esto se puede diferenciar y se puede observar desde el otro lado de la distinción–. Desde la perspectiva de la historia de la cultura, no será incorrecto pensar primero, en este caso, en la semántica de la trascendencia religiosa; y después también se ve que tanto el Derecho como el arte surgen en procesos progresivos de diferenciación que engendran formas propias de la contraposición, esto es, también descripciones propias de la realidad real⁸. La solidificación de la realidad solamente es posible mediante la ficcionalidad, el individualismo nominalista de hechos (OCKHAM y sucesores) construye su fundamento en una teoría del lenguaje adecuada a él. La conclusión inductiva se trata a sí misma como un problema y legitima su déficit de realidad mediante meros “*habits*” (HUME), y hoy en día, mediante análisis estadísticos que no indican nada respecto a un caso concreto⁹. Y así lo hace también el Derecho positivo del presente.

A diferencia de las sociedades que partían de una constitución religiosa del mundo, nosotros, las personas de hoy en día, ya no

8 Respecto a la poética de la vieja Europa, cfr., por ejemplo, Heinz SCHLAFFER, *Poesie und Wissen: Die Entstehung des ästhetischen Bewußtseins und der philologischen Erkenntnis*, Frankfurt, 1990.

9 Al respecto, George SPENCER BROWN, *Probability and Scientific Inference*, London, 1957.

podemos compendiar en un principio trascendental esta descripción de la realidad que se basa en desdoblamientos. También ha fracasado el sujeto trascendental en este sentido (y en otros). Nuestra sociedad se describe a sí misma de manera “policontextual”¹⁰, esto es, con ayuda de una pluralidad de distinciones, si bien las distinciones con las que un observador caracteriza sus objetos sirven a la vez para diferenciarlo a él de sus objetos, esto es, sirven para desplazarlo a un “*unmarked space*”¹¹ desde el cual él puede observar algo, pero no su propia observación.

Para las reflexiones siguientes sobre el tema de la irrenunciabilidad de determinadas normas estas consideraciones dan la libertad de describir cómo el sistema jurídico describe este problema y, al hacerlo, de descubrir, desde un punto de vista sociológico, no-arbitrariedades. Con ello, también abandonamos el típico modo de proceder de la sociología consistente en preguntar por la “posibilidad de institucionalizar” las normas. Al respecto, lo esencial es, al final, la cuestión de si y en qué aspectos el esperar normativo puede ser, por su parte, normativamente esperado y, sobre todo, si y con qué alcance se puede suponer, sin más información, el esperar normativo del esperar normativo¹². Ciertamente, de este modo se llegaría a un análisis empírico de las posibilidades sociales de éxito de las regulaciones mediante normas, pero no al problema que aquí interesa, a saber, el de si y con qué medios semánticos el sistema jurídico puede fundamentar la *irrenunciabilidad* de normas.

10 Terminología de Gotthard GÜNTHER. Véase, por ejemplo, “Life as Poly-Contextuality”, en GOTTHARD GÜNTHER, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, t. 2, Hamburg, 1979, pp. 283-306.

11 Según George SPENCER BROWN, *Laws of Form*, reimpression, New York, 1979.

12 Véase al respecto (aún vale la pena leerlo), FLOYD HENRY ALLPORT, *Institutional Behavior: Essays Toward a Re-interpreting of Contemporary Social Organisation*, Chapel Hill/ N. C., 1993.

III

Si uno se pregunta por los intentos de la Teoría del Derecho o de la Filosofía del Derecho para demostrar y fundamentar normas irrenunciables, uno acaba mirando, todavía hoy en día, al Derecho natural. Ciertamente, nos debería poner sobre aviso el hecho de que ya se ha hablado del “eterno retorno” del Derecho natural¹³ y de ello NORBERTO BOBBIO ha concluido la existencia de una falta de madurez¹⁴. Sin embargo, puesto que el concepto pertenece a aquellos pocos de los que se sigue hablando y puesto que una y otra vez se espera del Derecho natural una protección frente a atrocidades políticas, conviene analizarlo. Sin embargo, al hacerlo se topa con las peculiaridades de una tradición que apenas están presentes en la discusión actual. Y esto puede decirse tanto del concepto aristotélico de naturaleza como de las pocas referencias en la transmisión mediante textos del Derecho civil romano.

Para ARISTÓTELES, la naturaleza se diferenciaba de la técnica, de los productos fabricados y estaba determinada por tal distinción. Según esto, a la naturaleza pertenecían, entre otras, también seres que se pueden observar a sí mismos, esto es, seres humanos, pero también ciudades o demás entidades sociales. En consecuencia, si uno cuestiona cómo hay que observar la naturaleza propia o ajena, se topa con una instrucción: el observador tiene que prestar atención al estado perfecto y no a los estados corruptos¹⁵. Evidentemente, después la naturaleza puede adoptar un estado contrario a la naturaleza. Con ello la misma naturaleza se presenta

13 Así la muy citada publicación de HEINRICH ROMMEN. *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2.^a ed., München, 1947.

14 Véase NORBERTO BOBBIO. *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, 2.^a ed., Milano, 1972, pp. 159 y ss. (p. 190).

15 Así, Pol. 1254a/36-37 (¡formulado con *skopeîn*, es decir, observar!). Cfr. también THOMAS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, IIa, IIae, q. 57a. 2 *ad primum*: “*Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere*”.

al observador, el cual tiene que hacer la correspondiente distinción, como una realidad del ser paradójica. Este paradojismo se resuelve mediante la afirmación de una autorregulación mediante normas de la naturaleza hacia la propia perfección. La naturaleza se concibe como teleológicamente ordenada, y ARISTÓTELES parte de que la naturaleza logra en la mayor parte de los casos aquello que persigue. Por tanto, uno se enfrenta solamente con los restos deficitarios. De ello se cuida entonces, entre otros, el orden económico de la casa y el orden político de la ciudad. Hoy en día, este concepto de naturaleza ya no es habitual, pero tampoco nos convencería apenas la relación de correspondencia entre normalidad y normatividad que tal concepto incorpora.

En los textos del Derecho civil romano que se han transmitido no se puede saber claramente en qué medida precisamente este concepto de naturaleza ha desempeñado un papel. Sin embargo, se encuentra una situación muy semejante. En una cita de ULPINIANO, muy empleada en la Edad Media, se diferencia el Derecho natural del *ius gentium* y del Derecho civil, pero aquél no es visto en ningún caso como un Derecho superior. El Derecho natural se caracteriza más bien por el hecho de que dirige a todos los seres vivos, esto es, a los seres humanos y a los animales¹⁶. La consecuencia es que se tiene que concebir el desarrollo de civilización como *desviación respecto al Derecho natural*¹⁷. El matrimonio restringe el instinto natural de reproducción. La propiedad restringe el acceso igual de todos a todos los bienes (la comunidad de bienes supuesta como originaria). Y las instituciones como la esclavitud,

16 Véase D.I.I.1.3: “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit*”. Por lo demás, es notable que la naturaleza se enseña a sí misma. Por tanto, el Derecho natural no tiene que ser enseñado ni aprendido, no tiene que ser estudiado. ¡El estudio se refiere a los textos, no a la naturaleza!

17 Al respecto, con muchos datos, RUDOLF WEGAND, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus*, München, 1967.

la servidumbre o el trabajo contratado remunerado restringen aquello que tiene que presuponerse como libertad natural. En consecuencia, tanto los legistas como los canonistas de la Edad Media construyen la situación jurídica en la sociedad como desviación respecto al Derecho natural, aunque al mismo tiempo –y de nuevo nos topamos con una paradoja encubierta, una paradoja resuelta– emplean conceptos como *communitas*, *universitas*, *civitas* como denominación de entidades naturales¹⁸.

Esta manera de tratar el problema no se modifica sustancialmente cuando en el siglo xvii se trabaja con la teoría del contrato social (*pactum unionis*). Solo se pone más claramente de relieve el paradojismo fundamental. El punto de partida se encuentra ahora en la afirmación de una libertad individualmente disponible; pero esto también significa (y ello, de manera indiscutida hasta bien entrado el siglo xviii) que a la libertad pertenece poder renunciar a la libertad por motivos bien meditados. Más adelante se incorporará de manera aún más clara el paradojismo al mismo concepto de libertad y el paradojismo se resolverá *en tal concepto* mediante una distinción exactamente dirigida a ello: mediante la distinción entre *libertas* y *licentia*¹⁹.

18 Y con esto también cuadra otro texto, también muy citado, de GAIUS del D.4.5.8.; que una modificación del estado jurídico (aquí *capitis deminutio*) no extingue los derechos naturales, "*quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*". Como siempre: ciertamente, las decisiones jurídicas encajan unas con otras, pero no las reglas y las fórmulas de fundamentación adheridas a aquellas que la Edad Media extrae de los textos.

19 Por lo demás, esta distinción, debido a que hace útil el concepto de libertad mediante la desaparadójización, puede servir tanto a fines conservadores como a fines revolucionarios; solamente se trata de eliminar del concepto la arbitrariedad. Véase, por ejemplo, CHRISTIAN WOLFF, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Pars I, §§ 150 y s., citado según la edición Frankfurt-Leipzig, 1740, reimpresión Hildesheim, 1972, pp. 90 y s., y RICHARD PRICE, *Observations on the Nature of Civil Liberty, The Principles of Government and the Justice and Policy of the War with America*, 2.^a ed., London, 1776, pp. 12 y ss.

En esta versión, la semántica histórica del Derecho natural ha podido acompañar el orden feudal y su disolución, el nuevo Estado territorial naciente y la transición hacia la concepción absoluta del Estado; y también el absolutismo ilustrado e incluso la transición al Estado constitucional de corte liberal se sirven todavía de la idea del Derecho natural²⁰. A diferencia de todo aquello que se había supuesto y postulado después de 1945, la semántica del Derecho natural seduce precisamente por su capacidad de adaptación política. Así, hacia finales del siglo xviii se empieza a hablar de la idea de los derechos humanos y de su inalienabilidad, y ello ocurre en los Estados que todavía conocen la esclavitud, la persecución de opositores religiosos, las expropiaciones masivas de los "monárquicos", aunque también, como signos de la modernidad, ganancias de especulación inmensas: los Estados de América del Norte. Todo ello habla a favor de que solamente ha quedado una cáscara de palabra que se puede utilizar de manera retórica y que ahora necesita de una positivización conforme a la Constitución²¹. En todo caso, del sentido históricamente deducible del Derecho natural no se deriva nada que pudiera responder a nuestra pregunta sobre la validez de normas irrenunciables en la sociedad actual.

IV

¿Cómo se podría siquiera haber afirmado que *una* norma contiene *en ella misma*, partiendo de su propia naturaleza, la garantía de validez inquebrantable, irrenunciable? En el mundo antiguo, esto estaba garantizado mediante los mitos sobre el origen –por su parte, disoluciones del paradojismo del principio sin un "antes"–. Desde la temprana Edad Moderna, la metáfora (en la antigüedad apenas

20 Cfr. respecto a tiempos más recientes y a la transición hacia el siglo xix, DIETHELM KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn, 1976.

21 O, como muestra KLIPPEL, en el lugar citado, solamente se repite cuando políticamente no se puede lograr una Constitución.

empleada) de la "fuente del Derecho" asume esta función²². Sin embargo, tras la representación de un origen sin proceso se esconde el paradjismo de una decisión que construye una alternativa en la que ella misma ya no aparece²³. ¿De qué manera deviene plausible tal afirmación? Evidentemente, no mediante el continuar volviendo a preguntar por el origen del origen o el fundamento del fundamento. La metáfora tiene el sentido de detener la reflexión, tiene la función de hacer invisible a quien decide la decisión. Y si tal metáfora es plausible, lo es por otras razones.

Como sociólogo, uno puede sospechar que los desarrollos del paradjismo de esta o de otra clase, esto es, la sustitución por distinciones de identidad fija, deben su plausibilidad a su adecuación socio-estructural. Ello requiere análisis científico-sociológicos. Para ello hemos dejado de emplear la dicción de MARX y MANNHEIM, la cual recurre a la situación de clases o lugares, esto es, al fin y al cabo, a intereses (conscientes o inconscientes) específicos de quien actúa. La sustituimos por la afirmación de un vínculo de la semántica de una sociedad con la forma en cada caso dominante de diferenciación del sistema²⁴.

No resulta difícil mostrar que la semántica del Derecho natural (en la medida en que se acepte en la forma en que se ha expuesto antes) guarda relación con los imperativos inmanentes de una sociedad de la nobleza, esto es, con una diferenciación estratifi-

22 Cfr., a falta de investigaciones fundamentales histórico conceptuales, RENÉ SÈVE, "Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores", *Archives de philosophie du droit*, 27 (1982), pp. 259-262. También muchos materiales en JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982.

23 Véase al respecto, G. L. S. SHACKLE, "Imagination, Formalism, and Choice", en MARIO J. RIZZO, *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*, Lexington/Mass., 1978, pp. 19-31.

24 Véase, sobre la introducción, NIKLAS LUHMANN, "Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition", en: el mismo, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, t. I, Frankfurt, 1980, pp. 9-71.

cadora y, de este modo, adquiere su fuerza de convicción. Que una sociedad con elevadas pretensiones de orden ha de estar fundada en la desviación respecto al Derecho natural es algo que retrata las exigencias de diferenciación de una capa social noble. La genealogía familiar tiene que estar asegurada por el linaje, esto es, por el matrimonio, con independencia de qué otras patologías lleve consigo el instinto natural de reproducción. La nobleza tiene que poder decir que los bienes son los suyos y defenderlos, con independencia de qué otras necesidades se originen²⁵. Los sistemas sociales estratificados requieren desigualdad de rango y en el reparto de los recursos, y ven en ello la condición indispensable (¡irrenunciable!) del orden social. Y a esto también pertenece el hecho que hay que crear prestaciones de trabajo, esto es que se han de restringir las libertades, para lo cual solamente mucho más adelante es posible apoyarse en que el recibir y gastar dinero sea suficientemente atractivo, esto es, en el trabajo remunerado.

Puede llamar la atención que este orden se tenga que declarar como una *desviación* respecto al Derecho natural. Sin embargo, esto es evidentemente suficiente para presentar la relación con la naturaleza, tal como ésta ha existido eternamente en un cosmos de las esencias o tal como ha sido creada por Dios, y para dar a las desviaciones en cada caso fundamentaciones específicas. En el orden existente, para el cual no hay alternativas a la vista, esta desparadojización del paradjismo resulta plausible.

25 Esto no tiene que estar necesariamente asegurado mediante la propiedad individual en sentido jurídico, y normalmente no lo estará, ni tampoco presupone siquiera una clara distinción de Derecho penal y Derecho civil para la clasificación de facultades de dominio y de defensa. Al respecto, solamente la economía monetaria consigue por la fuerza, sobre todo para el aseguramiento de créditos, derechos individuales de disposición, esto es, una disolución del orden feudal. Véase al respecto y sobre las consecuencias de la primera inflación inglesa en torno a 1200, ROBERT C. PALMER, "The Origins of Property in England", *Law and History Review*, 3 (1985), pp. 1-50; *id.* "The Economic and Cultural Impact of the Origins of Property 1180-1220", *Law and History Review*, 3 (1985), pp. 375-396.

Lo mismo se puede decir del concepto aristotélico de naturaleza. Éste se puede reproducir directamente en la representación que tiene de sí misma la nobleza. Nobleza exige cuna y virtud (*areté, virtus*), esto es, una naturaleza que no es ya por sí misma aquello que es, sino que requiere atención y cuidado. Hay una bibliografía enorme, que vuelve a florecer de nuevo en las crisis de la nobleza de los siglos XVI y XVII, que discute sobre la ponderación de estos criterios²⁶. Las teorías de la educación subrayan que la edad de la juventud está especialmente en peligro debido a la pasión y a la tentación. Sin embargo, esto se refiere a niños con cuna, *condition, qualité*. En todo caso, para los juristas está claro que, con la misma virtud, un campesino no puede convertirse en noble²⁷. Para ello, sería necesario la concesión de un título nobiliario o el registro de nobleza vieja. Se podría decir que la ambivalencia del concepto de naturaleza se mantiene en una discusión a la que no le faltan claridad ni criterios para enfrentarse a los problemas –mientras la sociedad esté diferenciada con la forma de la estratificación–.

Hoy en día la sociedad está construida de manera distinta, y esto tiene consecuencias de gran alcance que llegan hasta todos los detalles de la semántica social. La forma primaria de diferenciación social ha pasado de ser la estratificación a ser la diferenciación funcional. Esto afecta sobre todo a la posición social de los individuos –y así, hasta bien entrado el siglo XIX, la acentuación de la individualidad de los individuos era aquel mecanismo semántico con el que se introducía el viejo orden de las divisiones sociales–.

26 Cfr. de la extensa bibliografía secundaria, por ejemplo, CLAUDIO DONATI, *L'idea di nobiltà in Italia: Secoli XIV-XVIII*, Rom/Bari, 1988; Arlette JOUANNA, *L'idée de race en France au XVIe siècle et au début du XVIIe*, 2.^a ed., 2 tomos, Montpellier, 1981; ELLERY SCHALK, *From Valor to Pedigree: Ideas of Nobility in France in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, Princeton, 1986.

27 "Rusticus, licet probus, dives & valens, tamen non dicitur nobilis", se lee en BARTOLUS, *De Dignitatibus*, fol. 45v y ad 52, según la edición *Omnia, quae extant, Opera*, Venetiis, 1602, t. VIII. En realidad, las circunstancias no eran en absoluto tan inequívocas, teniendo en cuenta que la cuestión era la exención de impuestos.

La posición social de los individuos ya no se deriva de su origen, sino de sus carreras, que por su puesto se pueden ver favorecidas o desfavorecidas de manera distinta por el origen. Sin embargo, el origen (y, eventualmente, la raza o el sexo) actúan sobre un complejo mecanismo de integración que tiene una estructura esencialmente temporal, de manera que las posiciones alcanzadas son presupuesto para lograr otras posiciones y cada paso depende de una concomitancia contingente (por ejemplo, influenciado por la coyuntura) de autoselección y heteroselección.

Esto se corresponde con una orientación del tiempo en la que el pasado y el futuro ya no están siempre unidos mediante formas sustanciales con necesidades/imposibilidades, sino que tienen que ser acoplados mediante decisiones. Esto incluye que se imputa a decisiones también aquello que ya no se puede cambiar y que se planean las decisiones con vistas a series de decisiones que dependen de aquéllas pero que todavía no se pueden determinar. Por ello, el tiempo ya no se experimenta en la diferencia entre *aeternitas/tempus*, de manera que tampoco puede haber normas que no varíen en el tiempo. La diferencia dominante del tiempo es, más bien, la de pasado y futuro, y como presente solamente cuenta aquel límite que separa estas dos caras de la forma del tiempo y que, no obstante, no puede ser ubicado en tal forma del tiempo. Por ello, también se ha de reajustar la orientación social a la inseguridad y al riesgo, al "en el próximo instante, de otra manera"²⁸, y se trata de desarrollar formas sociales de comprensión que soporten tal inestabilidad y maduren con ella. Esto también es válido para las proyecciones de normas con las que se intenta obligar el esperar futuro al esquema conforme/desviado y, con ello, repartir posiciones favorable/desfavorable –con la reserva de que eventualmente se modifique la decisión–.

28 Al respecto, NIKLAS LUHMANN, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991.

La razón de tal grado de individualización y temporalización se encuentra en la diferenciación funcional de sistemas. Ésta no permite clasificar a individuos concretos en un concreto sistema funcional y solamente en éste, de manera que uno nada más "existe" jurídicamente; el otro, sólo educativamente; el siguiente, sólo económicamente y uno más sólo políticamente. Más bien, la inclusión social se tiene que dejar abierta y todos los individuos tienen que ser dotados de acceso a todos los sistemas funcionales. Precisamente por esta razón, la libertad y la igualdad se regulan mediante normas de manera abstracta, de modo que el grado de restricción de la libertad y de desigualdad surge de las regulaciones de inclusión de los sistemas funcionales. La razón de la elección de esta forma de norma se encuentra en que el futuro es imprevisible y, por ello, se tiene que contar con consecuencias desconocidas de la acción. Entonces, tampoco puede haber un orden social de rangos entre los sistemas parciales, esto es, una representación de la sociedad en la sociedad, sino que las influencias de unos sistemas parciales en otros, las cuales son mucho más intensas que en el viejo orden, cambian de una manera que socialmente no es dirigitible de situación a situación; y esto no ocurre solamente en el sucederse de los acontecimientos, sino también simultáneamente, de manera que también el entorno interno a la sociedad resulta incontrolable para los sistemas.

Si este análisis es correcto, aun cuando apenas lo sea burdamente, ello tiene que tener consecuencias para el tema de la irrenunciabilidad de una o más normas fundamentales. Con seguridad, sería precipitado deducir de esto el "decisionismo", el relativismo o la arbitrariedad fundamental del "anything goes". Eso solamente son desvalorizaciones que se imponen cuando no se quiere renunciar a las seguridades de orientación del viejo mundo. Por el contrario, habrá que esperar que también una estructura recursiva en tales términos, ordenada no jerárquicamente, sino heterárquicamente, de operaciones contingentes genere "valores propios" y construya

"inviolable levels" que hagan justicia a su tipo de orden²⁹. La pregunta es solamente: ¿con qué formas?

V

Si se presta atención a aquello que la sociedad moderna se recomienda a sí misma, el eslogan reza: valores. El concepto de valor tiene una historia larga, que ha discurrido por varias vías, y que, sin embargo, no aporta nada a nuestro planteamiento. Esto puede decirse tanto del concepto de nobleza de *valor* como también de la distinción, referida a la economía, entre valor y precio. Ya en el siglo XVIII se encuentra un concepto de valor no especificado, empleado más de pasada, pero este concepto alcanza su posición semántica de más alto rango por primera vez en el transcurso del siglo XIX. Y esto constituye un primer punto de apoyo para la afirmación de una semántica específicamente moderna.

El concepto le debe, con certeza, esta revalorización a la filosofía —en parte a la distinción filosófica de ser y valer, en parte al neokantismo, en parte a la fenomenología, en todos los casos a un hambre insaciable de *aprioris*—. Entretanto, en la filosofía el concepto ha pasado de moda. En cambio, el concepto parece ser imprescindible en la formulación de los programas de los partidos y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. En estos casos el concepto sustituye, en lo referente a las formulaciones, la orientación a un análisis real de la situación social a la que se enfrenta la política, y la orientación a formas clásicas de la dogmática jurídica (por ejemplo: los derechos subjetivos).

29 Sobre los "valores propios" en conexión con este concepto lógico-material, HEINZ VON FOERSTER, "Objects: Tokens for (Eigen-) Behaviors", en: el mismo, *Observing Systems*, Seaside/Cal., 1981, pp. 273-285, así como otros trabajos en ese volumen. Sobre los "inviolable levels" como formas del desarrollo de paradójismos de la autorreferencia, DOUGLAS R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks, UK, 1979, en especial, pp. 686 y ss.

El concepto subraya precisamente aquello que buscamos: suma relevancia con contenido normativo. Por ello, a uno le gusta saber con más exactitud a qué (al margen de a sí mismo) se refiere este concepto. Y para la sociología, esto tendría que significar: a qué clase de realidad.

De la utilización de juicios de valor en el continuo comportamiento comunicativo llama la atención el hecho de que tales juicios no se afirman en forma de tesis, sino que acompañan a los demás *per implicationem*. Los valores "son válidos" en la forma de comunicación de la suposición. Se parte de que, con referencia a las valoraciones, existe consenso, se pueden utilizar comunicaciones previas. Se supone, cuando se trata de la cuestión del fumar, que ello perjudica a la salud, que todos los implicados valoran el valor positivo de la salud y no el valor negativo de la enfermedad. O: vida y no muerte, paz y no guerra, libertad y no falta de libertad, democracia y no tiranía, etc. La pregunta: ¿por qué? no se formula, porque las cuestiones explícitas en la comunicación siempre son entendidas en tales términos que la afirmación o la negación de la exigencia de sentido entran en consideración. El mero hecho de insinuar esto pasaría de largo el sentido de la validez del valor y, en la comunicación, no sería entendido o, todo lo más, sería entendido como provocación. Por tanto, como muestra la observación de la constante comunicación real, los valores están vigentes sin un fundamento. Pero, entonces, tampoco se puede conminar a su fundamentación. Por consiguiente, los valores sirven en la praxis como medio para detener la reflexión. Si esto no funciona, se diferencian sistemas más pequeños en los que esto funciona. Entonces, visto desde la comunicación normal, inspirada por la televisión, tales desviaciones aparecen como radicales, fundamentalistas, esotéricas. Son tratadas con semánticas de distanciamiento, pese a que, conforme a la génesis y a la validez, existe el mismo modo que en el ámbito de los valores universalmente aceptados. Por tanto, ni siquiera las diferenciaciones y distanciamientos, ni

siquiera las controversias y las luchas ponen en duda la semántica del valor *como forma*. Esto también puede servir como indicador de un "*inviolable level*", de un nivel profundo de la fijación de normas que sustituye naturaleza y razón.

Sin embargo, hay, igual que estrellas en el cielo, innumerables valores, por lo que son necesarios valores fundamentales para expresar énfasis. Aquí se utilizan conceptos tradicionales como libertad, igualdad, justicia, paz, seguridad, dignidad, bienestar, solidaridad, para indicar un rango especial³⁰. Con ello, el mismo orden de las referencias a valores lo vuelve a elevar a sí mismo. Pero aún cuando se trata de valores fáciles de mencionar, ello no modifica en nada el modo de validez implicativo. Entonces, y precisamente entonces, tampoco se puede plantear, en la comunicación continua, la pregunta de si estos valores son aceptados o rechazados.

De esta forma es fácil tener valores. En caso de que determinados valores resulten discutibles, se crean nuevos "*inviolable levels*". Pero esto tiene problemas: de los valores no se deriva nada para la decisión de los conflictos entre valores. Como se dice frecuentemente, no existe un orden jerárquico (transitivo) establecido de tales características que siempre haya que dar prioridad a determinados valores frente a otros valores determinados, que la libertad sea en todo caso más importante que la seguridad, que la paz sea siempre más importante que la libertad, que la justicia sea siempre más

30 Conceptos tradicionales –al respecto hay que asumir que, en el paso de la sociedad estratificada hacia la sociedad funcionalmente diferenciada, todos estos conceptos modifican su sentido y, en parte, también su forma lingüística. Ya PUFENDORF modifica lo que significa dignidad de la *dignitas* a la *dignatio*. En el siglo XVII, la *securitas* elimina las viejas connotaciones religiosas de una autoseguridad atribuida. En el siglo XVIII, la libertad se singulariza. La solidaridad aparece por primera vez en el siglo XIX, porque entonces ya se da señales de una referencia a las consecuencias de la diferenciación funcional (en primer lugar: industrialización).

importante que la paz, etc. La pregunta de la prioridad solamente está previamente decidida respecto al correspondiente contravalor (la paz es mejor que la guerra), pero no con referencia a exigencias contradictorias de diferentes distinciones valor / desvalor. Los diversos valores no se excluyen recíprocamente, por lo que siempre admiten la introducción de nuevos valores. De esta manera, todos ellos están disponibles como puntos de vista orientativos en el sistema. En esta base fundan su esperanza de estabilidad quienes desarrollan teorías del valor. Las colisiones de valores se limitan a casos concretos. Sin embargo, éstos son precisamente los casos en los que los valores tienen que demostrar su relevancia práctica. Pierden su valor directivo precisamente cuando éste es necesario. Y lo mismo ocurre a la inversa: puesto que las decisiones siempre y solamente son necesarias cuando los valores formulan exigencias que están en conflicto (porque, en otro caso, la decisión ya estaría tomada³¹), las decisiones quedan sin regular en cuanto a tales.

Con fines de comparación, puede ser útil ver cómo se resuelve este problema de colisión en el plano de los típicos programas condicionales del Derecho. Ello tiene lugar o bien mediante reglas de supresión: el Derecho nuevo deroga el Derecho anterior o (cuando se trata del Derecho constitucional) a la inversa. O bien se conduce la colisión al esquema de regla y excepción. Tal como se dice, se confirma la regla cuando se admiten excepciones. De esta manera, el Derecho genera crecimiento, diferenciación, adecuación al caso mediante formas que pueden ser transmitidas en cuanto tales. Sin embargo, todo esto no se puede transponer al nivel de los valores. Ni un valor elimina al otro en caso de colisión; ni se consigue ganar en complejidad en forma de regulaciones estables (y preparadas para aumentar) de regla / excepción. Sobre

31 "Only those questions that are in principle undecidable, we can decide", puede añadirse con HEINZ VON FOERSTER, *Ethics and Second-order Cybernetics, Cybernetics & Human Knowing*, I, 1992, pp. 9-19 (p. 14).

las colisiones de valores solamente se puede decidir de manera *ad hoc* porque, para fundamentar la ponderación de valores, se necesitan puntos de apoyo que se extraen de la situación. Esto es aún más válido cuando hay más de dos valores en juego: cuanto más valores, más caos en el nivel de decisión.

Aquí tenemos de nuevo la posible paradoja. También se puede presentar en una versión teórico-modal. Los valores son *necesarios* para dar a las decisiones un apoyo en aquello que está fuera de duda. Sin embargo, las decisiones conducen esta *necesidad* a la forma de la *contingencia*. Por su parte, cuando tiene lugar una decisión, la necesidad de la consideración de los valores se convierte en una valoración contingente que puede ser distinta según la clase de valores, la situación en la que se decide y las influencias en el proceso de decisión. La jurisprudencia y la dogmática jurídica hablan de "ponderación de valores"³², pero ésta es una fórmula que solamente encuentra su unidad en que no revela a qué conclusiones conduce, esto es, que (como es típico de los desarrollos del paradjismo) no dice que no dice lo que no dice. Evidentemente, esto no constituye un "error" que haya que criticar, sino solamente una semántica transitoria que hace posible la construcción de decisiones de precedente que, después, pueden ser tenidas en cuenta con la calificada técnica del análisis jurídico de los fundamentos de decisión o que pueden seguir siendo desarrolladas en un proceso de *distinguishing and overruling*.

Mientras la cuestión sean los valores y las decisiones, la sociedad opera así bajo la condición de la *incertidumbre autogenerada*³³. Prime-

32 Cfr., por ejemplo, Hans-Martin PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes*, 2.ª ed., Heidelberg, 1991, pp. 378 y ss. y *passim*.

33 Así, en un contexto configurado de manera algo distinta, KARL-HEINZ LADEUR, *Postmoderne Rechtslehre: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin, 1992.

ro genera el »marco«³⁴ que determina que no se determina aquello que surgirá como decisión. Uno se tendrá que acostumbrar a las consecuencias para la interacción social, la constante continuación de comunicaciones modificadas y para la correspondiente cultura de la autorrepresentación.

Se puede dudar que de ello surja jamás algo semejante a una concepción jurídica al estilo clásico. Quizá la evolución se dirija más bien hacia una vinculación a precedentes típica del *common law*, con la correspondiente compleja necesidad de conocimientos de decisión y un estilo de argumentación menos conceptual. En materia de las causas de la admisión de recursos legales, esto constituye hace mucho tiempo una praxis extendida también en el Derecho continental. En ningún caso se puede deducir de la fundamentación paradójica del Derecho ni la arbitrariedad de las decisiones ni tampoco las influencias externas en la praxis del Derecho. Más bien, hay que contar con desarrollos propios del sistema jurídico, que son difíciles de sincronizar. Sin embargo, este sería un rasgo que es típico esperar de un sistema social funcionalmente diferenciado: que las modificaciones en los sistemas funcionales se producen al mismo tiempo más rápido y más despacio y que las sincronizaciones son cada vez más difíciles.

Con ello, el problema de la irrenunciabilidad de normas a las que se puede hacer referencia o de normas existentes se ha resuelto más de lo que se admite oficialmente. La solución sustitutiva que ya se practica prevé, como fórmula unitaria, solamente un paradojismo susceptible de desarrollo. La historia del problema se puede construir mirando atrás como si las cosas siempre hubieran sido así. Sin embargo, esta es una historia escrita para nuestro tiempo. En la sociedad del presente se trataría de comprender

34 "Frame", en el sentido de ERVING GOFFMAN. *Frame Analysis: An Essay on the Organization of Experience*, Cambridge/Mass., 1974.

que el problema no radica en la diferencia entre la fidelidad a los principios y la arbitrariedad. Según esto, los principios deberían estar tan generalizados que ya no signifiquen nada. Sin embargo, por otra parte, visto desde una perspectiva puramente fáctica, en la realidad social no existe arbitrariedad. Por tanto, la pregunta solamente puede ser la de si se logra también en el futuro mantener la autonomía, la autodeterminación y el cierre operacional del sistema jurídico que se han alcanzado³⁵. Entonces, no hay duda de que este sistema puede estructurar la propia autonomía, desarrollar el paradojismo de la unidad de las propias distinciones (incluso la distinción entre conformidad a Derecho/contrariedad a Derecho) y componérselas con la necesidad de la contingencia. La irrenunciabilidad de la norma —ello es la autopoiésis del sistema.

VI

Sin embargo, incluso en tal caso, persiste el problema de las *tragic choices*, el problema del derecho a la contrariedad a Derecho. Desde KANT hasta HABERMAS se puede observar una búsqueda de soluciones que se aproxima al concepto de autonomía del sistema. Para KANT, la "paz eterna" solamente se puede garantizar mediante Estados que otorguen a los individuos protección jurídica³⁶. HABERMAS añade a este desiderátum el punto de vista de la participación democrática del afectado en los procesos del Estado de Derecho³⁷. Ambas propuestas son modernas en la medida en que evitan una anticipación dogmática (metafísica, religiosa, in-

35 Sobre esta idea, NIKLAS LUHMANN, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review*, 13 (1992), pp. 1419-1441, así como la discusión subsiguiente. Con más detalle: NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, en el lugar citado.

36 Véase sobre el tratado de KANT *Zum ewigen Frieden* y trabajando el punto de vista mencionado en el texto, FERNANDO R. TESÓN, "The Kantian Theory of International Law", *Columbia Law Review*, 92 (1991), pp. 53-102.

37 Así, JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992.

discutible) a decisiones correctas que separaría previamente cabras y ovejas. Sin embargo, ambas propuestas también se definen por la ajenidad al mundo y el alejamiento del Derecho. Ni KANT ni HABERMAS se plantean el problema del derecho a la contrariedad a Derecho. Para ambos, la solución del problema se encuentra en instituciones que hacen posible someterse a las comprensiones de la razón. Por su parte, la razón es tratada como un tribunal o como una fuente de comprensión que, bajo la condición de una comunicación sin coacción, hace posible precisamente aquello que presupone, a saber, la comunicación sin coacción. Pero, si hay siquiera negación, entonces no solamente existe la autorreferencia positiva, sino también la negativa, y la situación actual del mundo dirige la mirada más bien al problema de las decisiones contrarias a Derecho sobre la conformidad a Derecho y la contrariedad a Derecho –por ejemplo, en el caso de la tortura, mencionado al principio, o en casos de intervención internacional o en caso de condena posterior de “delitos” que estaban cubiertos por el Derecho positivo (si bien no por su supuesto Derecho “suprapositivo”) en el momento de su comisión–.

A esto se añade el hecho de que, pese a una sociedad mundial que comunica en todo el mundo con importantes interdependencias en todos los ámbitos funcionales, los postulados de la autonomía funcional Estado de Derecho y democracia solamente pueden considerarse impuestas en pocas regiones³⁸ –impuestas en el sentido de que las infracciones pueden ser tratadas como casos singulares que pueden ser elaborados en el sistema que infringen con el proceso de este último–. Desde una perspectiva mundial, esto es, más la excepción que la regla, y ello, pese a que en ninguna parte hay a la vista un concepto alternativo. Por consiguiente, un

38 Véase al respecto MARCELO NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992.

diagnóstico global debería afirmar que la sociedad mundial se ha adaptado a la diferenciación funcional de sistemas, pero que en muchos ámbitos funcionales (incluida la economía, la política y el Derecho) no puede imponer una forma de diferenciación tan poco probable desde el punto de vista evolutivo – pero precisamente: ¡tampoco puede imponer otra!

Esta situación parece corresponderse con la aparición masiva de “*tragic choices*”: desarrollo económico solamente a través de la exclusión de gran parte de la población; democratización solamente a través del despotismo presidencial y semejante; las garantías jurídicas solamente a través del derecho a la contrariedad a Derecho. Si se limita la investigación al sistema jurídico (con lo que se excluyen, entre otros, los problemas, mucho más complejos, de una “ética” competente para todas las cuestiones), entonces se encuentran ejemplos juridificados con total éxito de nuestro problema del paradjismo del código del sistema conformidad a Derecho / contrariedad a Derecho –un caso conocido y otro menos conocido pero, en contrapartida, muy actual.

El caso clásico es el caso de la derogación, del quebrantamiento contrario a Derecho del Derecho por parte del titular del poder político más elevado³⁹. En la Edad Media este derecho a la contrariedad a Derecho se veía como componente de la *iurisdictio*, que todo lo abarca, y, de este modo, por ejemplo, era colocado cerca de las regulaciones excepcionales, por ejemplo, de la conservación de privilegios. La temprana Edad Moderna veía en ello un problema de la “razón de Estado”. Así se fundamentaron, por ejemplo, los asesinatos de Estado de Venecia (¡los intereses

39 Respecto a la bibliografía antigua, véase ALESSANDRO BONUCCI. *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*, Perugia, 1906. Cfr. también RODOLFO DE MATTEI. “Il problema della deroga e la ‘Ragion di Stato’”, en ENRICO CASTELLI (ed.). *Cristianesimo e Ragion di Stato*, Rom, 1953, pp. 49-60; id. *Dal Premachiavellismo al Antimachiavellismo europeo del Cinquecento*, Florenz, 1969.

públicos de la comunidad tienen prioridad sobre los derechos de los particulares!)⁴⁰. No obstante, se exigía que ello ocurriera entre suspiros, y solamente en casos de necesidad. Sobre esta base se impuso, de manera paralela al desarrollo de un derecho a la expropiación a cambio de indemnización en virtud del *dominium eminens*, la idea de un *ius eminens* en estados de necesidad. En el siglo XVIII ello forma parte del repertorio de las facultades jurídicas normales del soberano⁴¹ y, al final, de las materias que tienen que ser reguladas en la Constitución.

Otro desarrollo del Derecho menos conocido parte de la afirmación de que el uso de derechos no puede ser contrario a Derecho. “*Qui suo iure utitur neminem laedit*”. Pero, entonces, habría que prohibir todo aquello que posiblemente dañe a otros. La alternativa fuerte “o conformidad a Derecho o contrariedad a Derecho”, que tiene y continúa teniendo sentido como código del sistema, haría efecto en el nivel de programas. Para evitar esto, se han inventado figuras jurídicas que prevén que también un uso no reprochable (conforme a Derecho, no culpable) del Derecho puede hacer responsable de los daños que quizá se produzcan (responsabilidad por la puesta en peligro, *strict liability*)⁴². Esto presupone como institución de

40 Cfr., por ejemplo, GIOVANNI MARIA MEMMO, *Dialogo...*, Vinegia, 1563, p. 12: “*Et meglio è, che un Cittadino privato patisca a torto, che permettendogli si tanta licenza, & autorità, egli si faccia lecito d’opprimere la publica libertà, per la conservazione della quale è lecito a una Republica fare ogni opera, quantunque ingiusta, derivando da quella una tanta utilità, quanta e la libertà publica*”.

41 Cfr., por ejemplo, CARL WEITZEL, *Von der Macht weltlicher Regenten wider die göttliche (sic) Rechte Gesetze zu geben*, Frankfurt, Leipzig, 1749.

42 La monografía alemana que marca el camino es la de JOSEF ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung: Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts*, München, 1941. Sobre la problemática del código conformidad a Derecho/contrariedad a Derecho, véase también RUDOLF MERKEL, *Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigem Handeln*, Straßburg, 1895. El modo de argumentar del *common law*, que partiendo del concepto de objetos peligrosos ha conducido a conclusiones semejantes, se encuentra bien reproducida en EDWARD H. LEVI, “An Introduction to Legal Reasoning”, *University of Chicago Law Review*, 15 (1948), pp.

acompañamiento la asegurabilidad y posibilidades de repercutir los costes en los precios y, por tanto, nuevamente, tratamiento jurídico igual de los concurrentes en el mercado.

Solamente hay que esforzar un poco la imaginación para ver que nuestro caso de la tortura tiene una estructura semejante. Por consiguiente, también en este caso se podría pensar en una solución jurídica semejante –dejando de lado todas las dudas legalistas en virtud del art. I GG–. Por ejemplo: admisión de la tortura por tribunales vigilados internacionalmente, vigilancia por medio de cámaras de la escena criminal en Ginebra o en Luxemburgo, control remoto mediante telecomunicación, desplazamiento de la distinción conformidad a Derecho/contrariedad a Derecho a la opción de la víctima de ser un héroe o un traidor. En general, una solución no demasiado satisfactoria. Pero tampoco es satisfactorio no hacer nada y sacrificar a inocentes al fanatismo de los terroristas.

VII

Desde una perspectiva mundial, actualmente se puede observar una atención creciente hacia los problemas de los derechos humanos. Ciertamente, el modo de fundamentación, propio de la vieja o de la nueva Europa, a través de la naturaleza o de la razón apenas tiene capacidad de seguir convenciendo. También los derechos del tipo “libertad” o “igualdad” resultan poco apropiados para hacer las veces de derechos humanos. Aquellos están contruidos paradójicamente sobre sí mismos. Esto significa que ellos incluyen su contrario y, por esa razón, siempre tienen que

501-573. La discusión más reciente en Estados Unidos se enoja sobre todo por las elevadas cuantías de daños y los límites de la asegurabilidad, la cual nuevamente hace sufrir a personas totalmente inocentes a través de sus efectos económicos. Véase solamente GEORGE L. PRIEST, *The New Legal Structure of Risk Control*, *Daedalus* 119/4 (1990), pp. 207-227.

poder ser modificados por ley o contrato. La disposición sobre ello no se puede centralizar. Sin embargo, lo que se puede observar es una forma muy espontánea de génesis de normas, debido a los acontecimientos escandalosos sobre los que informan los medios de comunicación en el mundo entero. A este respecto, la cuestión de si existen textos que prohíben hacer esto y quién los decreta, quién los ha ratificado y quién no, apenas desempeña papel alguno. No se tiene por qué comparar el texto jurídico y el comportamiento para averiguar si algo infringe o no el Derecho. El mismo escándalo puede generar una norma (que antes no había sido formulada) en un nivel mucho más directo. Con esto se hace referencia a casos como deportaciones y reasentamientos forzados, desaparición de personas sin dejar rastro con impedimento por parte del Estado del esclarecimiento de los hechos, detenciones y torturas contrarias a Derecho, así como asesinatos políticos de toda clase. Quien en tales casos reacciona irritado y expresa sus expectativas contrafácticas no tiene que contar con disenso –casi como si cuando el sentido de la norma estuviera protegido por poderes sacrales–. La génesis de la norma sigue el modelo de DURKHEIM, se sirve de la *colère publique*⁴³. Una forma jurídica, una regulación del Derecho internacional solamente puede añadirse a tal modelo, pero no asumir el papel de una fuente del Derecho.

La tendencia dominante, sobre todo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y de la descolonización del globo terráqueo, es la de ampliar los derechos humanos –tanto exigir el respeto universal, como ampliar sus contenidos–. En correlación con el desarrollo del Estado de bienestar, también en el ámbito de los derechos humanos se ha completado, si no sustituido, el concepto de defensa con un concepto de prestación de asistencia. Se agrupan necesidades e intereses “del” ser humano supuestamente fundamentales y se

43 Véase a respecto, ÉMILE DURKHEIM. *De la division du travail social*, reimp. 2.ª ed., Paris, 1973, en especial, cap. II, pp. 35 y ss.

exige ayuda⁴⁴. Esto se corresponde exactamente con el concepto de valor que se ha tratado antes y crea para aquellos, que se dedican a ello profesionalmente o en los días festivos, un buen punto de partida para la comunicación. De este modo, de entrada se puede posponer la pregunta de cómo se tienen que decidir los conflictos de valores. Desde una perspectiva política, esta idea constituye una base para las exigencias de los países más pobres a los más ricos. Sin embargo, con esta ampliación se llega al mismo tiempo a unas proporciones alarmantes de lesiones de las exigencias mínimas de la dignidad humana. Por ello, el inflacionamiento de la idea y de la terminología puede llevar a la impresión generalizada de que, de todos modos, los derechos humanos no son respetados (se habla también de “ideales”) y que respecto a esta cuestión todos tienen un tejado de vidrio. Por consiguiente, es recomendable restringir la discusión sobre los derechos humanos a los problemas de la lesión de la dignidad humana⁴⁵. Cuando ello deje de ocurrir, se puede seguir viendo con la prudencia habitual de los juristas.

Conforme a lo anterior, habría que diferenciar los motivos: una cosa es la “experiencia ejemplar de la contrariedad a Derecho”⁴⁶ y

44 Véase solamente WINFRIED BRUGGER. “Menschenrechte im modernen Staat”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 114 (1989), pp. 537-588; id. “Stufen der Begründung von Menschenrechten”, *Der Staat* 31 (1992), pp. 19-38; por cierto, con referencia al peligro del “inflacionamiento” (en el lugar citado, 1992, p. 31) y de la ideologización (en el lugar citado, 1992, p. 30), los cuales, sin embargo, apenas son evitables en tal concepto. También se manifiesta escéptico con referencia a la idoneidad jurídica de las fundamentaciones antropológicas, EIBE H. RIEDEL. *Theorie der Menschenrechtsstandards*, Berlin, 1986, pp. 205 y ss., pp. 346 y ss.

45 Así, también HEINER BIELEFELDT. “Die Menschenrechte als Chance in der pluralistischen Weltgesellschaft”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 21 (1988), pp. 423-431.

46 Así, BRUGGER, en el lugar citado (1989), p. 562 y, en el lugar citado (1992), pp. 21 y s., con la distinción “experiencias ejemplares de la contrariedad a Derecho” y “experiencias elementales de sufrimiento” y con un catálogo de criterios diferenciado. Entiendo en el sentido mencionado en último lugar la formulación de HEINER BIELEFELDT, en el lugar citado (1988), p. 430: experiencias históricas concretas de la contrariedad a Derecho. Sin embargo, habría que agudizarlas para diferenciar entre lo escandaloso y los descontentos fundados con las situaciones.

otra, la defraudación y la ira (desamparada). En todo caso, cuando se busca una norma presente en todos los conflictos de intereses, la cuestión no puede ser una especie de trabajo social de estilo mundial. Que esto no constituya una objeción al trabajo social o a la ayuda al desarrollo es algo que se sobreentiende. Sin embargo, cuando algo es políticamente oportuno o cuando hay posibilidades económicas limitadas, los problemas son de otro calibre. Solamente se puede hablar de lesiones de los derechos humanos vividas por el mundo de modo unitario cuando ocurren sucesos absolutamente inaceptables en los que ya no es posible ponderación alguna y en todo caso todavía se puede esperar comprensión de las "*tragic choices*". Contrariedad a Derecho en todo caso.

En esta situación se podría sustituir la semántica de los *derechos* humanos por una semántica de los *deberes* humanos. Esto significaría recordarles a los gobiernos de los Estados su deber de velar por el orden en su territorio por lo menos en este aspecto. Y ello concordaría con una tendencia creciente a estructurar de manera más fuerte también el sistema de la sociedad mundial de la política y a entender las organizaciones estatales no solamente como expresión de la voluntad del "pueblo", sino también, y quizá en primer lugar, como destinatario internacional al que debe dirigirse en cuestiones de mantenimiento del orden.

Sin embargo, en tal caso también habría que tener en cuenta qué es lo que se abandona con el cambio de terminología. El discurso de los derechos subjetivos fue un programa de desarrollo del paradojismo. Se trataba de otorgar a los derechos *subjetivos* validez *objetiva*, esto es, reconocer socialmente la individualidad y, con ello, convertir la insociabilidad del individuo en la base de una regulación en el sistema jurídico de la sociedad. Dejando de lado todas las controversias de la teoría del Derecho que podían indicar la falta de lógica de esta idea, esto se ha mantenido totalmente en la praxis del Derecho. Ahora bien, precisamente esta figura

se ha manifestado como base para cubrir todas las pretensiones posibles, incluso hasta la pretensión de configurar el Derecho y la política conforme al criterio de la propia opinión del individuo. Esto puede ser tolerado o no, dependiendo de las condiciones políticas generales, pero cuando conduce a luchas de unos individuos contra otros, el Estado (en la medida en que todavía lo haya) no podrá observar pasivamente, porque existen las dos caras del Derecho. Así pues, se puede acabar en una pérdida de plausibilidad del programa de desarrollo del paradojismo de los derechos subjetivos—no necesariamente en una renuncia a la figura técnico-jurídica, pero sí en cuestiones sobre la relevancia de esta figura, cuando se plantea el problema de la irrenunciabilidad de determinadas normas centrales del sistema—.

En conclusión, este análisis también modifica así la forma en que la irrenunciabilidad de las normas se convierte en problema. Visto de un modo realista, no se trata de fórmulas de cierre para un edificio normativo, no se trata de principios, no se trata de una norma fundamental o de un valor supremo que resuma y esté por encima de todo. Pero tampoco se trata de aplazar una decisión hasta que discursos desarrollados sin coacción hayan conducido a un resultado racional y capaz de consenso para quienes lo comprenden, y de asegurar solamente las condiciones del proceso para que ello ocurra. Visto desde una perspectiva cognitiva, se trata de paradojismos, de autobloqueos del conocimiento que no se pueden resolver lógicamente, sino solo creativamente. Y visto desde una perspectiva normativa, se trata de escándalos con potencia de generar normas. A la vista de las realidades de la sociedad mundial y a la vista del derrotismo intelectual, que se está extendiendo, con el que se reacciona frente a ellas, el problema tiene una gran actualidad presente. La pregunta a la que nos enfrenta esta situación es, al final, evidentemente, qué se puede hacer. Pero hay una pregunta previa, indispensable para ello: cómo se puede observar y describir adecuadamente.