

Colección «Estudios Constitucionales»

SISTEMA JURIDICO Y DOGMATICA JURIDICA

N. Luhmann

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

MADRID, 1983

Director de la Colección, FRANCISCO RUBIO LLORENTE

Titulo original:
RECHTSSYSTEM UND RECHTSDOGMATIK,
por Niklas Luhmann.

© 1974 Verlag W. Kohlhammer GmbH.
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.

Traducción de:
Ignacio de Otto Pardo.

Edición: Centro de Estudios Constitucionales.
I.S.B.N.: 84-259-0682-20.
Depósito legal: M. 35.035-1983.
Maribel, Artes Gráficas - Tomás Bretón, 51 - Madrid-7.

II. TESIS SOBRE LA DOGMATICA

Todos los juristas subrayan unánimemente que la dogmática no sirve a sí misma sino a la vida (es decir, a la aplicación del derecho)¹⁷. Sin embargo, este «reconocimiento» no debería figurar al final sino al principio de una investigación, porque ya la misma cuestión de la estructura y el contenido de tal relación es interesante. Si partimos del hecho de que los asuntos jurídicos de las sociedades desarrolladas se tratan en un sistema jurídico diferenciado y se llevan a decisión en caso de conflicto, tenemos un marco de referencia en el cual podemos preguntarnos cuál es la función de una dogmática jurídica para un tal sistema jurídico. De esta manera las dogmáticas jurídicas se convierten en problema en cuanto auto-abstracciones e instituciones de regulación del sistema jurídico.

1. La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *prohibición de la negación*: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica. Así, por ejemplo, decía JULIUS KRAFT: «Una disciplina se denomina dogmática siempre que considere proposiciones, en sí y por sí arbitrarias, como por encima de toda crítica y de este modo abandone el postulado de la investigación independiente»¹⁸.

¹⁷ Cfr., entre otros, Christian Starck, *Empirie in der Rechtsdogmatik*, *Juristenzeitung* 27 (1972), p. 609-614.

¹⁸ *Vorfragen der Rechtssoziologie*, *Zeitschrift für vergleichende Rechts-*

Los espíritus libres se sienten atacados. Los sociólogos, en cambio, no ignoran que algo «en sí y por sí arbitrario» no existe en absoluto en la vida social, y saben también que toda comunicación humana presupone no-negabilidad¹⁹. Sociológicamente, por tanto, la cuestión sólo puede ser ésta: ¿a qué nivel, en qué grado de abstracción se sitúan las no-negabilidades cuando se les da la forma de dogmática? ¿En qué prohibiciones de negación socialmente introducidas y establecidas se apoya? Pero entonces sería más lógico fijarse menos en la limitación visual de la dogmática y más en los resultados de abstracción y en las libertades de interpretación que con ella se hacen posibles²⁰. Señalar tan sólo la prohibición de crítica –fenómeno muy extendido, casi obvio y en cualquier caso en absoluto exclusivo de las dogmáticas– no es, por tanto, suficiente para caracterizarlas; habría que trabajar también sobre sus funciones positivas²¹. La función positiva de las dogmáticas podría consistir en que, por la manera de distribuir las prohibiciones de negación, la explotación de textos y experiencias se lleve al nivel requerido de flexibilidad.

wissenschaft 45 (1930), p. 1-78 (29 s.). También para Hans Albert, *Erkenntnis und Recht: Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, 2 (1972), p. 80-96, la inmunización contra la crítica, por ejemplo mediante el reconocimiento de la autoridad de una creación normativa puramente fáctica, es la nota definitoria de las dogmáticas, y por ello el criticismo es el contraveneno salvador, que conduce al conocimiento.

¹⁹ Cfr. Paul Watzlawick/Janet H. Beavin/Don D. Jackson, *Pragmatics of Human Communication: A Study of Interactional Patterns, Pathologies, and Paradoxes*, New York 1967, esp. p. 102.

²⁰ El mismo cambio de perspectiva se puede efectuar en el caso de las dogmáticas religiosas. Cfr. Niklas Luhmann, *Religiöse Dogmatik und gesellschaftliche Evolution*, en Karl-Wilhelm Dahm/Niklas Luhmann/Dieter Stoodt, *Religion: System und Sozialisation*, Darmstadt-Neuwied 1972, p. 15-132.

²¹ Así, para «teorías dogmáticas», también Adalbert Podlech, *Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre* 2 (1972), p. 491-502.

Los juristas que defienden un concepto meditado de la dogmática se aproximan a esta opinión generalmente. El sentido de la dogmática no está para ellos en la fijación de lo ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar un estrato de reflexiones, de fundamentos, de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado y elaborado para la aplicación más allá de su valor como dato no mediado²². La dogmática regula la conducta disponedora del jurista. Falta empero la suficiente claridad con respecto al contexto que dirige, limita y hace valorable esta función. ¿Es la historia? ¿la ciencia? ¿la sociedad?

2. Si las prohibiciones de negación no nos indican en qué *consiste*, sino tan sólo de qué depende la función de las dogmáticas, es preciso determinar ésta de nuevo. Tal función consiste, y la historia tanto de la dogmática teológica como jurídica lo demuestran claramente, no en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, *en el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos*. La conceptualidad dogmática posibilita una toma de distancia *también* y *precisamente allí donde la sociedad espera vinculación*. Esto

²² Cfr., p. ej., Josef Esser, o.c. (1972); y del mismo, *Herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung*, en *Dogma und Kritik in den Wissenschaften*, Mainzer Universitätsgespräche Sommersemester 1961, Mainz 1961, p. 26-35; y *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt 1970, p. 87 s.; Theodor Viehweg, *Zwei Rechtsdogmatiken*, Festschrift Carl August Emge, Berlin 1960, p. 106-115, e *Ideologie und Rechtsdogmatik*, en Werner Maihofer (Edit.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt 1969, p. 83-96; Franz Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, en *Hermeneutik und Dialektik*, Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1970, Vol. II, p. 311-336; Hans Döle, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, *Rabels Zeitschrift* 34 (1970), p. 403-410; Winfried Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsfragen der Verwaltung*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), p. 245-312 (246 s.).

ocurre en cuanto que el pensar y el interpretar dogmáticos refieren su vinculación a materiales –por ejemplo normas o textos sagrados o contenidos de revelación– de los cuales disponen conceptualmente. Incluso la misma vinculación puede ser sometida a interpretación dogmática, de modo que la dogmática puede derivar su libertad precisamente de su vinculación: se dice, por ejemplo, que lo que limita es inexplorable, está rodeado de misterio o es un hecho puramente histórico; positividad –en cualquier caso algo que precisa de la interpretación–. En esta diferencia entre material e interpretación conceptualmente regulada se puede ver que la dogmática tiene que habérselas con *inseguridades* que sólo aparentemente son superadas por la vinculación. La dogmática permite la reproducción de dudas, el *aumento de las inseguridades soportables*²³. Tal aumento se consigue ante todo cuando se refiere a inseguridades especificables, como la incertidumbre en la salvación del alma o las inseguridades en la aplicación del derecho. Las inseguridades relevantes para un sistema parcial diferenciado de la sociedad pueden ser aumentadas, ya que no todo depende de ellas²⁴. (En II.7 volveremos sobre esta relación sociológica entre dogmática y diferenciación). De momento sólo queremos dejar sentado que el aumento de la tolerancia de inseguridad significa una cualidad de sistema muy esencial para sociedades complejas.

3. En el caso de la dogmática jurídica se trata de aumentar aquellas inseguridades que son compatibles con dos exigencias centrales del sistema jurídico: con la vinculación a las normas jurídicas y con la necesidad de tomar una decisión en caso de

²³ Sobre este punto para conceptos en general: Wendell R. Garner, *Uncertainty and Structure as Psychological Concepts*, New York-London 1962.

²⁴ V. el concepto, de la teoría de los sistemas, de «relevant uncertainties» en F.E. Emery, *The Next Thirty Years: Concepts, Methods and Anticipations*, *Human Relations* 20 (1967), p. 199-237 (161 ss.).

conflictos jurídicos²⁵. Las «inseguridades relevantes» son las inseguridades de la aplicación del derecho. Para este problema específico se ha de desarrollar dogmáticamente la relación entre material y concepto, entre vinculación y libertad.

En la búsqueda de símbolos generalizados con los que se orienta el sistema jurídico en sus procesos de decisión, se topa en primer lugar, dentro del sistema jurídico, con el acervo del derecho vigente, las propias normas jurídicas que han sido creadas para múltiples casos y son aplicadas en ellos. Estas normas son necesarias como plano de regulación, sin ellas no se podría hablar de derecho. Si no existiera diferencia entre la estructura y el proceso, el sistema jurídico no podría diferenciarse. Una sistematización dogmática de las normas jurídicas sólo aparece como logro posterior, tardío y lleno de presupuestos, que no se considera imprescindible ni en todos los ordenamientos jurídicos ni en todos los sectores del derecho. De ahí que la pregunta sea la de la relación entre la dogmática jurídica y las normas jurídicas o, expresándolo de forma más abstracta, los programas de decisión del sistema jurídico.

El surgimiento de la dogmática presupone un cierto «nivel de organización» del sistema jurídico, en concreto la posibilidad de tomar decisiones vinculantes acerca de cuestiones jurídicas. Si esta posibilidad está garantizada se desplaza dentro del sistema jurídico la forma dominante de plantear el problema y tratar el caso. El problema ya no está solamente en la relación entre la expectativa normativa y el comportamiento efectivo, sino en último término en la relación entre la norma como premisa de decisión y la misma decisión²⁶. Se elaboran

²⁵ Para una correspondiente interpretación del «Valor» de la seguridad jurídica, cfr. Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, *Rechtstheorie*, 4 (1973), p. 131-167 (161 ss.).

²⁶ Al respecto, desde un punto de vista evolucionista, Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbek 1972, Vol I, p. 177.

relaciones entre programas de decisión de vigencia general y decisiones de casos, se habla de «aplicación» del derecho. Este relacionar programa y decisión sólo tiene sentido si al menos uno de los elementos correlacionados se pone como contingente, es decir, que también sería posible de otra manera. Sólo así un caso se convierte en «caso»: puede tener lugar o no tenerlo, puede tener una forma u otra²⁷. Si, además, ambos elementos de la relación de aplicación del derecho se hacen contingentes, es decir, si también las normas jurídicas pueden ser interpretadas de una manera u otra (o incluso fijadas de una manera u otra), entonces la relación se hace variable por ambos lados. Pierde el punto fijo de referencia en uno de sus elementos. Este punto de referencia ha de ser sustituido por criterios de relación que vuelvan a relacionar de nuevo las relaciones de la aplicación del derecho. En este plano del poner en relación relaciones de la aplicación se crea la necesidad de las dogmáticas jurídicas, al margen de cómo se satisfaga después. Si esta concepción básica está en lo cierto, la función de la dogmática habría de buscarse en la limitación de la arbitrariedad de variaciones que se hacen posibles si una relación se presenta como variable *por ambos lados*, es decir, si no solamente los casos se han de orientar a las normas, sino también las aplicaciones de las normas se han de orientar a los

²⁷ Sólo mediante la referencia a reglas los casos aparecen como contingentes. Cfr. Lothar Eley, *Transzendente Phänomenologie und Systemtheorie der Gesellschaft: Zur philosophischen Propädeutik der Sozialwissenschaften*, Freiburg 1972, p. 43 ss. Por el contrario, la metodología jurídica se interesa por el caso sólo desde el punto de vista más limitado de una metodología de aplicación del derecho. Cfr. p. ej., Joachim Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles: Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, Berlin 1965; Karl Larenz, *Fall-Norm-Typus: Eine rechtslogische Studie*, en *Festgabe für Hermann und Marie Glockner*, Bonn 1966, p. 149-164; Werner Hardwig, *Die methodologische Bedeutung von Rechtsfällen für die Behandlung rechtswissenschaftlicher Probleme*, *Juristische Schulung* 7 (1967), p. 49-54.

casos. Mediante la dogmatización del material jurídico –lo que ante todo quiere decir por su elaboración conceptual y clasificadora– se consigue que aquel ir y venir de la mirada entre normas y hechos, tantas veces descrito, no quede sin encauzar, que no solamente se sienta sujeto a la situación a decidir²⁸, sino también al sistema jurídico, que no se aparte el ordenamiento jurídico.

Criterios de relación se pueden encontrar en forma concreta en primer lugar en los *casos ya decididos* (ya que el caso se constituía de antemano dentro de un esquema mental de repetibilidad de las decisiones). De esta manera se van repitiendo decisiones de aplicación en otras situaciones similares. Si el caso como tal cumple la función de criterio para establecer relaciones, surge la casuística. El sistema jurídico articula sus premisas de decisión como interdependencia inmediata de decisiones. En la medida en que los fundamentos de la semejanza de casos son reflejados y convertidos en criterios para establecer relaciones, surge la dogmática²⁹. Con ello se llega a formas de «interdependencia centralizada», en el sentido de que un número indeterminado de decisiones (imprevisibles, que quedan desconocidas, olvidables) dependen de puntos de vista prefijados y son representados por estos puntos de vista dogmáticos en el proceso de decisión.

4. Según todo ello, la dogmática jurídica nos ofrece una de

²⁸ Ilustrador al respecto, Rüdiger Lautmann, *Justiz-die stille Gewalt*, Frankfurt 1972, p. 143.

²⁹ Según estas definiciones, la casuística y la dogmática no se excluyen en absoluto en la realidad del sistema jurídico. Sin embargo, el estilo argumentativo y los intereses en el incremento (intereses en más prestaciones) se diferencian notablemente en el proceso de la decisión jurídica según que se argumente más a partir del caso (casos numerosos, famosos, importantes, etc.) o más a partir de principios y conceptos. Y correspondientemente se distinguen los «sedimentos de sentido» que dejan tras de sí los continuos procesos de decisión del sistema jurídico.

las varias soluciones funcionalmente equivalentes para el problema de poner en relación las relaciones de aplicación del derecho, con notables ventajas en lo que se refiere al control sobre cantidades incontrolables de decisiones. Si nos apoyamos en esta concepción, resultarán modificaciones esenciales en la imagen habitual de la dogmática. La dogmática ya no podrá situarse como una rótula en el eje fijación de normas-aplicación de normas, ni tampoco podrá ser limitada a la función de una ayuda de subsunción, ni a la función de una elaboración detallada de unos supuestos de hecho legales indeterminados, ni a la construcción jurídica de realidades para hacerlas subsumibles. Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de *otros* casos. Por ello, los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión.

La dogmática jurídica define dentro del marco de esta función las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos. «Las condiciones de lo posible» son fijadas en el plano más elevado de cada sistema³⁰. Así, la dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico³¹. Por lo demás, esta posición que ocupa la dogmática *dentro* del sistema jurídico no excluye que fuera de éste, por ejemplo en el sistema científico –y ahí bajo los aspectos de la teoría jurídica– pueda haber conceptualizaciones del derecho aún más abstractas.

³⁰ Esto puede mostrarse también para el sistema de la ciencia mediante los «conceptos de disposición» de la teoría del conocimiento tales como verificabilidad, falsificabilidad, operacionabilidad, decidibilidad. El paralelo confirma que las condiciones de la posibilidad misma asumen la forma de conceptos modales.

³¹ Diversamente Brohm, o.c., p. 251, que sitúa la dogmática en cuanto

En este plano de los conceptos de disposición no han de tomarse necesariamente decisiones de realización que pongan en vigor el derecho. Del mismo modo que la teoría del conocimiento no nos comunica, con sus afirmaciones acerca de las condiciones de la veracidad, lo que es y no es verdad, tampoco la dogmática por sí sola está en situación de afirmar quién tiene y quién no tiene derecho. Más bien presupone como instancia de realización el proceso de formación de derecho, al que estructura con delimitaciones conceptuales. Esto no excluye, si tenemos en cuenta la secuencia cronológica de la construcción de los ordenadores jurídicos, que la dogmática a su vez sólo reconozca sus propias posibilidades por los resultados de procesos ya finalizados. A pesar de esta distancia respecto de lo que vale como derecho, se puede decir de la dogmática, como también de la lengua, que está vigente, aunque en otro plano que las normas jurídicas y las decisiones jurídicas con fuerza de cosa juzgada.

En el plano en que se dispone sobre lo que es jurídicamente posible no se puede distinguir con pleno sentido entre argumentos de lege lata y de lege ferenda³². La dogmática se relaciona simplemente con un proceso jurídico de decisión, y la diferenciación de las competencias es para ella un problema especial. En lugar de esta diferenciación referente a la competencia (y por ello variable), aparece para ella la necesidad de

«concreción general» en un nivel de abstracción entre legislación y decisión de casos. Análogamente Spiros Simitis, *Die Bedeutung von System und Dogmatik-dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs*, *Archiv für die civilistische Praxis* 172 (1972), p. 131-154. La dogmática aparece entonces tan sólo como auxilio en la aplicación de la ley, a pesar de que hay conceptos dogmáticos que son del todo específicamente legislativos y a pesar de que hay sistemas jurídicos con dogmática pero sin legislación, o sin legislación de cuantía relevante.

³² También Simitis, o.c., p. 251, rechaza esta distinción para la dogmática jurídica.

abstraer del material normativo existente las condiciones restrictivas de lo jurídicamente posible (incluidos cambios del derecho jurídicamente posibles). La analogía con la teoría del conocimiento también en este aspecto resulta instructiva, ya que también la teoría del conocimiento está ante la necesidad de anclar dentro del mismo sistema científico las condiciones del conocimiento posible³³. Una respuesta clara a esta pregunta es esencial ante todo para que se vea que de ningún modo todo es posible jurídicamente de lege ferenda (y que, por ello, el cambio del derecho es interesante desde el punto de vista jurídico). El derecho es un orden auto-sustitutivo, el derecho solamente puede ser sustituido por derecho, y de ahí resultan problemas de conexión y de inserción que han de ser informados por la dogmática.

5. Con todo ello aún hemos dicho poco sobre cómo puede cumplirse esta función de una dogmática jurídica. El pensar jurídico de nuestra tradición ha trabajado con dos respuestas paralelas: 1) con la idea de justicia y 2) con la aprehensión conceptual de ideas jurídicas aisladas, de principios y de institutos jurídicos. Ambas respuestas podían unirse mediante el postulado de que también la dogmática jurídica ha de ser a su vez justa. Al margen de las características concretas, variables y a menudo discutidas, que han adquirido dichas respuestas, la misma estrategia doble ya es de por sí digna de atención. La cuestión para el futuro de la dogmática jurídica es ya por ello mismo la de si seguirá siendo así, y en qué sentido se podrá distinguir en el futuro entre la justicia y la dogmática de conceptos, y si la justicia seguirá siendo uno de los criterios (si

³³ Esto presupone, en realidad, un rechazo de las fundamentaciones trascendentales de los conceptos disposicionales de la ciencia, sea cual sea el modo en que se las discuta. Cfr. Herbert Schnädelbach, *Dispositionsbegriffe der Erkenntnistheorie: Zum Problem ihrer Sinnbedingungen*, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 2 (1971), p. 89-100.

no el único) para la selección y afirmación de conceptos dogmáticos³⁴.

Si nos basamos en el aquí propuesto concepto de sistema jurídico, se puede describir la doble estrategia del criterio de la justicia y de la conceptualidad dogmática como reflejo de la *unidad* y de la *complejidad* del sistema jurídico. El criterio de la justicia se refiere a la unidad del sistema como un todo. Designa la perfección del sistema, el principio en el que ya no es negable. La unidad del sistema jurídico es, sin embargo, una unidad compleja, y precisamente en su complejidad se veía, de acuerdo con la argumentación teológica y filosófica, su elevado grado de perfección³⁵.

Si se traduce este pensamiento a un lenguaje moderno, de teoría de sistemas, se puede decir que la justicia, como perfección de la unidad del sistema, se refiere a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad, y que la dogmática representa el plano interno al sistema jurídico, en el cual se reespecifican y operacionalizan tales exigencias. Según esto, la dogmática es la versión interna al sistema de una complejidad que sólo es representable como unidad si se relaciona el sistema jurídico con su entorno social.

Con ello surge la cuestión de si se podrá ver en la justicia algo así como una especie de norma de normas que por sí misma sirve como criterio para establecer relaciones. Más bien parece que se trata de una expresión de conjunto para la complejidad adecuada del sistema jurídico. Incluso si se ha de tirar por la

³⁴ Esto está supuesto, p. ej., por Podlech, o.c., cuando considera la «plausibilidad» y la «justicia» como condiciones suficientes de la aceptabilidad de una teoría dogmática.

³⁵ Para una expresión general de este pensamiento, cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I q. 47 a. 1. Al respecto Max Seckler, *Das Heil in der Geschichte: Geschichtstheologisches Denken bei Thomas von Aquin*, München 1964, p. 114. Cfr. además la fundamental monografía de Arthur O. Lovejoy, *The Great Chain of Being: A Study of the History of an Idea*, Cambridge Mass. 1936.

borda la idea de la normabilidad de exigencias de consistencia, permanece la *relación problemática* entre dogmática y justicia. Sin embargo, la complejidad del sistema jurídico se ordena dentro de su conceptualidad dogmática. Los conceptos dogmáticos sólo pueden tener vigencia, a diferencia del criterio jurídico de la justicia, para un grupo limitado de casos, solamente pueden influir en una parte de las decisiones jurídicas, y precisamente por ello pueden ser especificados sin tener en cuenta las condiciones de validez de afirmaciones globales y proposiciones omnicomprendivas. Esta es la ventaja de la solución tradicional de nuestro problema, que diferencia justicia y dogmática jurídica y luego las relaciona mutuamente mediante el postulado de que también la dogmática ha de ser justa.

A este enfoque se debe que la dogmática jurídica haya tenido su punto de partida en los institutos jurídicos aislados y buscado a partir de ahí el camino hacia las abstracciones conceptuales con funciones de clasificación, de distinción y de ordenación. Esta opción armoniza con un pensar de sistema dentro de la ciencia jurídica que se apoya en el análisis y la clasificación. Por ello se han desarrollado en un solo proceso la dogmatización y la sistematización, impulsándose y afirmándose mutuamente³⁶. Así podía parecer suficiente que la aplicación del derecho, es decir, la relación variable entre programa y decisión, fuese controlada sólo conceptualmente y reflejada tras este control en el de la justicia de los conceptos.

6. En el interior del sistema jurídico aquella problemática relación entre unidad y complejidad del sistema (o entre justicia y dogmática) se lleva a la forma de *criterios*. En el caso del derecho los criterios sirven a la diferenciación entre lo lícito y lo ilícito. Son justos en el sentido formal si garantizan la unidad de lo lícito y lo ilícito, es decir, si fijan lo lícito con relación a lo ilícito y lo ilícito con relación a lo lícito –y no, por ejemplo, al

³⁶ Cfr., para este juicio, Losano, o.c., esp. p. 175 y ss.

dinero o al poder, a las amistades, relaciones de capas sociales, necesidades propias—. Para que puedan formarse criterios de distribución de lo lícito y lo ilícito es preciso que el sistema social esté tan desarrollado que pueda permitirse la diferenciación de un sistema jurídico que trate el derecho según puntos de vista jurídicos. En este caso los criterios pueden introducir en el proceso de decisión la unidad de la disyunción de lícito e ilícito.

En esto hay que partir de la base de que según las concepciones actuales la totalidad del sistema no puede ser ni una regla de producción ni un criterio de selección³⁷, pero ha de ser representada «adecuadamente» en forma de criterios. Lo que en este caso se define como «adecuadamente» depende del nivel de desarrollo y de la complejidad y, por tanto, en definitiva del grado de diferenciación social del sistema³⁸. En sistemas que permitan relaciones bilateralmente contingentes los criterios han de ser adecuados para poder servir como puntos de referencia para poner en relación tales relaciones. Han de ser, además, lo suficientemente abstractos, y no han de consistir, por ejemplo, en la misma expectativa jurídica, y ya no digamos en el simple juicio sobre buen o mal comportamiento. Desde el punto de vista formal, los criterios jurídicos consisten hasta

³⁷ Cfr. sobre este punto Aleksander Peczenik, *Juristic Definition of Law, Ethics* 78 (1968), 255-268 (258).

³⁸ Talcott Parsons utiliza en lugares análogos el concepto de «coordination standard», funcionalmente referido al problema de la integración, y lo distingue al mismo tiempo de la fundamental orientación valorativa. También Parsons pone en relación la constitucionalización de tales «standards» en cuanto componentes especiales del código de un sistema con la medida de la diferenciación del sistema. Para una visión general Cfr. la Tabla 3 en Talcott Parsons, *Sociological Theory and Modern Society*. New York-London 1967, p. 353, para el caso del sistema social, y la Tabla 3 en *Some Problems of General Theory in Sociology*, John C. McKinney/Edward A. Tiryakian, *Theoretical Sociology: Developments and Perspectives*, New York 1970.

ahora en reglas de la diferenciación de lo igual y lo desigual, para hacer posible de esta forma el trato igual de lo igual y el trato desigual de lo desigual... Precisamente por esta razón se ha hipostasiado la unidad del sistema jurídico en la idea de justicia. Tendremos que discutir la cuestión de si esta forma de los criterios jurídicos puede ser sustituida por la orientación hacia las consecuencias de la aplicación del derecho.

7. Finalmente, para la consideración sociológica una dogmática jurídica resulta importante ante todo en su función para el *mantenimiento de la diferenciación* del sistema jurídico. Esto sucede bajo el predominio de la idea de que el derecho ha de tratarse según criterios propiamente jurídicos –intención en absoluto obvia, socialmente más bien muy poco probable. Las figuras dogmáticas introducidas con esta función obtienen su apoyo primario en las relaciones alternativas, complementariedades, posibilidades de sustitución –de ahí la tendencia hacia la sistematización. Su situación dentro del proceso de decisión no se puede concebir simplemente de forma instrumental como ayuda para la mejora de resultados de decisión (como quiera que se les valore). Desde el punto de vista del sistema jurídico tiene un sentido doble: los conceptos sirven para aligerar el peso de la reflexión y para hacer posible la reflexión; pueden emplearse como respuestas y por ello también como preguntas³⁹. No garantizan su propia perfección y menos aún la perfección de las decisiones derivadas de ellas –no haber visto ésto sería la equivocación de la jurisprudencia conceptual–, sino que organizan solamente libertades de decisión mediante la negación de varias adjudicaciones de sentido⁴⁰. Así, con la

³⁹ Ni la antigua teoría europea de los signos ni la representación de la filosofía trascendental del concepto como unidad de la pluralidad ni por último la fórmula de la reducción de la complejidad expresan de manera suficiente esta ambivalencia de opuestas posibilidades de uso que se condicionan mutuamente.

⁴⁰ «Elle (la notion) n'est pas parfaite, ce qui serait un caractère positif, mais relativement dépouillée d'éléments accidentels, ce qui est un

elaboración conceptual del derecho se multiplican –¡no disminuyen!– también las dificultades de la decisión, con mayor exactitud aún: aumentan las posibilidades de hacer la decisión más difícil. Sin la dogmática ni siquiera se tiene esta elección, sino que se puede uno limitar solamente a decidir⁴¹.

Ahora bien, no sería acertado declarar socialmente indispensable, desde el punto de vista de la diferenciación, la elaboración conceptual altamente abstracta de la materia jurídica. Ni siquiera se ha aclarado si y hasta qué punto la sociedad moderna sigue necesitando de la diferenciación del derecho. Además, puede que la mera inconmensurabilidad de la cantidad de normas en los ordenamientos jurídicos de legislación intensiva, y de las decisiones determinantes en los casuistas, cumplan la misma función y garanticen la permanencia de la diferenciación del sistema jurídico. Existen equivalentes funcionales para la dogmática, de otro modo no se podrían explicar nunca las considerables diferencias de los diferentes órdenes jurídicos en cuanto al nivel de su dogmatización. Sólo un análisis mucho más detallado de las estructuras del sistema de sociedad podría aclarar, por tanto, si y cómo el sistema social podría adaptarse en otros sectores funcionales, concretamente en la educación, la economía y política, a la variable de la dogmatización del sistema jurídico. A continuación sólo podemos ocuparnos de la cuestión inversa: si es posible y cómo, bajo condiciones socio-estructurales dadas, una dogmática jurídica y una diferenciación, asegurada por ella, del sistema jurídico. La cuestión del futuro del control dogmático-jurídico de la determinación de relaciones es idéntica a la cuestión de las condicio-

caractère négatif» (Emile Boutroux, *De la contingence des lois de nature*, 8.^a ed., Paris 1915, p. 33).

⁴¹ Sobre este punto cfr. la observación de Esser, o.c. (1972), p. 119: «Cuanto más se diferencian materialmente los criterios tanto más restringida es su univocidad dogmática y tanto más enérgicamente emerge la tarea valorativa que hay que llevar a cabo». Tendría que precisarse, sin embargo, qué se entiende por pérdida de univocidad.

nes sociales bajo las que había funcionado y podría seguir funcionando. En su más alta abstracción la pregunta sería la de cómo cambian las exigencias puestas a los criterios y las técnicas de determinación de relaciones al aumentar la complejidad y contingencia del sistema social ⁴². Tal cambio afectará con toda seguridad a ideas de perfección y prohibiciones de negación, afectando por ello también, tal como he intentado demostrar en otro lugar, al criterio de la justicia ⁴³. Actualmente ya no se puede concebir la justicia como suprema norma jurídica, sino solamente como expresión para la complejidad adecuada del sistema jurídico, concretamente como mandato de aumentar la complejidad, siempre y cuando esto sea compatible con el decidir consistente. Tal regla a su vez altera el punto de partida para la cuestión de los conceptos justos, de justas teorías y soluciones dogmáticas de problemas, de una dogmática justa.

⁴² Cfr., por ejemplo, la definición de Niklas Luhmann, *Selbst-Thematisierung des Gesellschaftssystems: Über die Kategorie der Reflexion aus der Sicht der Systemtheorie*, *Zeitschrift für Soziologie* 2 (1973), p. 21-46.

⁴³ Cfr. Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, o.c.