**DOGMÁTICA JURÍDICA Y SISTEMA SOCIAL BREVE
APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS
LUHMANN***

Alejandro Sahuí Maldonado* *

Resumen: Se aproximan algunas reflexiones acerca del análisis de Niklas Luhmann de la dogmática jurídica y de su función en la sociedad, a partir de lo que él considera una tensión irresuelta entre el derecho conceptualizado como garante principalmente de certeza y seguridad jurídicas, y una nueva y creciente idea que lo considera como uno de los agentes más importantes de transformación de la sociedad y que orienta los resultados de sus decisiones más bien por sus consecuencias sociales. La problemática central es cómo mantener la especificidad funcional del sistema de derecho respecto de su entorno sin que esto signifique una absoluta falta de relación con él, sino más bien la posibilidad de controlar por sí mismo la aplicación de su propio código *licito/ilícito*.

Una de las críticas que pesan más a la dogmática jurídica es la de su escasa y oscura relación con la sociedad, dando la impresión de que el jurista desarrolla una función de laboratorio que poco o nada tiene que ver con una realidad cuyos conflictos proclama él mismo que tiene la función de resolver. El sistema jurídico, durante mucho tiempo, consideró como su peculiar manera de aproximación a los *casos* a aquella operada mediante la mera subsunción del hecho concreto a la norma general, y se justificaba a sí mismo con la resolución de un sencillo silogismo lógico que cerraba de plano la posibilidad de una ulterior consideración del caso. Constituida su unidad en torno a principios situados a la base del sistema, la dogmática jurídica centró sus compromisos con el “pasado”, sin preocuparse demasiado por las consecuencias que la aplicación del derecho producía. La seguridad jurídica, la certeza y la igualdad formal ante la ley reclamaban de ella la posibilidad de prever, no ya las consecuencias, pero sí, al menos, la garantía del ejercicio no arbitrario de la norma.

La brecha abierta entonces en el derecho entre la certeza y seguridad que debía procurar, como función meramente negativa explicable históricamente; y una extraña y nueva idea que lo considera como uno de los agentes más importantes de transformación de la sociedad, genera una fuerte tensión que compite por apropiarse de la dogmática por ser ella quizás el instrumento más idóneo de los que se vale el derecho para su aplicación. Lo anterior se hace evidente, por ejemplo, con el paso de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica, el análisis económico del derecho, etc.

* Ponencia presentada en el Congreso Nacional de Derecho y Docencia celebrado en Xalapa, Veracruz, los días 1, 2 y 3 de marzo de 2001.

** Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche.

En sus escritos iniciales acerca de la dogmática jurídica y su función en la sociedad¹ Luhmann señala las dificultades teóricas de la tendencia actual de la dogmática que insiste en cambiar su orientación, de estar centrada en el pasado, es decir, en principios y reglas; para orientarse hacia el futuro, o sea, hacia la consideración de las consecuencias de la decisión. De hecho, ésta parece ser una preocupación recurrente en la obra de Luhmann en lo que respecta al ámbito de lo jurídico; preocupación que además está estrechamente vinculada a la existencia misma de este subsistema en el sentido de que debe mantener su especificidad e independencia respecto del entorno y otros subsistemas. No me refiero a que el subsistema no se relacione con su ambiente, sino a la posibilidad de aquél de controlar su función mediante la aplicación de su propio código; que en el caso del derecho es el código binario *lícito/ilícito*.

Hay que apuntar las dificultades que presenta el concepto “sistema jurídico” por su equívocidad, ya que el mismo ha sido utilizado en contextos en extremo diversos con implicaciones teóricas y prácticas que dependen de cada uno de ellos.² Entre las diversas teorías me ha parecido apropiado analizar la de Niklas Luhmann porque en ella el sistema jurídico aparece insertado en una teoría general de la sociedad que proporciona una cierta distancia y amplitud de miras en la consideración de las relaciones que guardan los diferentes subsistemas entre sí; y, lo que es más importante, que es una teoría que intenta conservar la especificidad funcional de todos ellos. Esto se logra porque la teoría se sitúa desde el punto de vista del observador ajeno al derecho y no está limitada u obstaculizada, en principio, para tratar las relaciones del sistema jurídico con su entorno.

El punto que centra la discusión es - a mi juicio - una afirmación compartida en común por los juristas: “la dogmática no sirve a sí misma sino a la vida (es decir, a la aplicación del derecho)”³. Sin embargo, es interesante analizar en sí la estructura y contenido de esta relación. No deja de ser curioso que una teoría sociológica como la de Luhmann, revolucionaria en muchos aspectos, se presente con demasiados compromisos respecto de la forma tradicional en que tal relación se entiende, y que ha sido principalmente definida por los propios juristas, con lo que podríamos llamar las *funciones declaradas* del derecho. Para nuestro autor la decisión jurídica depende de la orientación del juez por los programas y principios dados “*ex ante*” por el legislador, quien es el único sujeto legitimado para introducir cambios programáticos a partir de la consideración de las consecuencias. Todo ello es bastante coherente con la idea que tiene del subsistema jurídico, en donde pueden reconocerse dos dimensiones: las *expectativas cognitivas* y las *expectativas normativas* del subsistema. Ellas se refieren a la diferenciación funcional y temporal del subsistema respecto del entorno, ya que el tiempo de este último y el del derecho no corren paralelos. La apertura y cerradura del sistema se entiende claramente cuando observamos la función específica del derecho: la estabilización de expectativas normativas mediante la determinación en el caso concreto de lo lícito/ilícito; momento que requiere la certeza de la decisión. Esto significa que la expectativa no será cambiada ante su frustración. Introducir la posibilidad de aprendizaje

¹ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

² Cfr. Juan Antonio García Amado, *Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, II nueva época, 1985, pp. 297-316.

³ Cfr. Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 27.

o cognición del subsistema en el momento de la decisión es hacer menos cierta la expectativa.

Quizás a este debate subyace una cuestión de fondo en torno a la determinación de un concepto de derecho, que sería el del positivismo jurídico, y que se explica con dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad, y el de la eficacia social⁴. Esta concepción es voluntarista en ambos aspectos; en el primero porque transforma con su sola mención los hechos en casos jurídicos, y en segundo lugar, porque el sentido en que se entiende la eficacia social no lo es siempre el de la realización de las consecuencias proyectadas por la norma en el ambiente del sistema, lo cual es prácticamente imposible porque las únicas consecuencias controlables son las jurídicas; quiero decir, supone que con el solo tratamiento *jurídico* se da término *real* al conflicto.

Frente a las concepciones de sistema que lo entienden en términos analíticos, Luhmann formula una teoría funcionalista que se propone trabajar lo jurídico desde una perspectiva más global, la de la sociedad. Creo, empero, que aunque nuestro autor inserta la idea de subsistema jurídico en su teoría general de la sociedad -y donde el subsistema aparece en un proceso de diferenciación funcional-, toma de manera poco crítica las funciones declaradas por el discurso de la dogmática jurídica, sin una explicación de por qué procede de esta manera. Ello le lleva a una ulterior consideración de las decisiones judiciales como preferentemente orientadas hacia el pasado (a través de reglas, normas y principios) para garantizar su certeza y previsibilidad; en una palabra: la seguridad jurídica. Quizás una teoría sociológica debiera mostrar menos compromisos con una idea particular de concebir lo jurídico desde la dogmática y entender que en el decisor real operan simultáneamente la orientación hacia el pasado y hacia el futuro en cada caso concreto, aún cuando no exista el suficiente instrumental teórico que permita trabajar con esta problemática, que consiste en establecer un «puente» seguro entre estos dos horizontes temporales sin afectar la existencia misma del sistema, es decir, su clausura relativa respecto del entorno.

No quiero decir que Luhmann no se percate de lo anterior, o sea, de que en la práctica judicial real el juez oriente sus decisiones en función de ambos horizontes indistintamente; de hecho, dedica bastante tiempo al señalamiento de los riesgos de esta falta de un control de las decisiones por parte de la dogmática en una dinámica con una clara tendencia a orientarse por las consecuencias. Sólo que me parece relevante poner de manifiesto que Luhmann forma su idea del subsistema jurídico a partir de las funciones declaradas al interior de la dogmática como las más importantes del derecho, como la certeza y la seguridad jurídica, propias de la orientación hacia el pasado, y luego parece extrañarse porque el modelo orientado a las consecuencias no responda a ellas. De otra manera no nos explicamos que asigne al derecho como su función específica la de asegurar las expectativas normativas.

Es muy importante considerar que la dogmática refiere siempre al manejo conceptual de normas y textos, y a la posibilidad de resolver los casos mediante decisiones vinculantes a partir de ellos. La dogmática se presenta entonces como el mayor nivel de abstracción de sentido del derecho, y en virtud de ello la relación entre la vida jurídica de la sociedad y el sistema jurídico toma la forma de anticipación de

⁴ Cfr. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 13-14.

posibles decisiones en caso de conflicto, que se tienen presentes como *posibilidad* y que están en perspectiva con *seguridad* para el caso conflictivo.⁵

Para hablar de la posición y función de la dogmática jurídica Luhmann continúa empleando el modelo de su teoría general de sistemas. Según éste, los sistemas que elaboran información están doblemente unidos con el entorno social: por el *input* y por el *output*. Ésta es una consecuencia de la diferenciación del sistema a su interior y respecto del entorno en un sentido temporal, lo que significa que los acontecimientos de la realidad y los del derecho ya no corren paralelos. Esto tiene una relevancia enorme para el subsistema jurídico porque la elaboración de las relaciones con el entorno variarán significativamente según se sitúe el centro de gravedad del sistema en la frontera del *input* (horizonte temporal del pasado) o en la frontera del *output* (horizonte temporal del futuro); la primera trabaja con relativa indiferencia hacia las consecuencias, mientras que la segunda se orienta y alimenta con informaciones sólo en tanto ellas son medios para producir efectos. Para Luhmann los sistemas orientados al *input* precisan un aparato mucho menos complejo que aquellos que pretenden cambiar el entorno en direcciones determinadas. Considera que en su forma clásica la dogmática jurídica se orientó hacia el pasado al procurarse reglas para la estandarización y clasificación de casos, sin muchas miras a los efectos. Esta posición fue justificada y reforzada por la forma de entenderse entonces la justicia y su función de control, especialmente de la seguridad y la certeza, o dicho de otra manera, trato igual para iguales casos. Únicamente así preveía el sistema que sería posible la formación de expectativas, las cuales son indispensables para el desarrollo de sociedades complejas.

Desde la frontera del *input* la dogmática se apoya en el hecho de que los problemas de la decisión aparecen en forma de *casos*, en los cuales se pueden limitar y controlar las interdependencias a considerar. Es decir, la unidad del caso es constituida dogmáticamente aunque suponga como condición previa un entorno que permite su tratamiento de manera casuística. De esta manera se asegura la repetición de la posibilidad de decisión en casos iguales o similares (justicia tradicional): “El futuro sólo es relevante como pasado generalizado”.⁶

El cambio de orientación de la dogmática hacia el horizonte temporal del futuro requiere un gran esfuerzo de reflexión teórica para ver si es realmente posible el control de la tendencia. Una primera consecuencia frente a la dogmática predominantemente clasificatoria es que descompone los elementos de clasificación con la sola pregunta por las consecuencias de un caso, porque su consideración provocaría que casos iguales sean tratados de manera desigual. Para comprender bien qué es lo que realmente significa la orientación del derecho por sus consecuencias consideremos la siguiente pregunta “¿puede la distribución de lo lícito y lo ilícito pasar a depender de sus propias consecuencias?” o bien “¿sería posible hacer depender la juridicidad de una decisión de la mayor o menor adecuación de ésta con las consecuencias previstas?”. Añádase a esto también la consideración de si una dogmática así pensada mantendría su autonomía frente a otros subsistemas de la sociedad, por ejemplo, la política o la economía.

Luhmann señala las dificultades de orientar la dogmática en función del futuro debido a la imposibilidad de su control y a que el intento pone en jaque a la seguridad jurídica como valor. Si la función primordial del derecho es la estabilización de

⁵ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., p.46.

⁶ *Ídem*, p. 71.

expectativas normativas, el ciudadano debería estar en posibilidad de prever las decisiones del sistema; ahora, si estas decisiones dependen de la previsión de las consecuencias, el ciudadano está obligado también a prever las previsiones.

Respecto a la sociedad como un todo, hemos dicho ya que el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta. La dogmática se centra precisamente en el punto de intersección entre la norma y el caso de conflicto. De alguna manera, de lo que se trata es de manejar o controlar la *doble contingencia* que existe por la arbitrariedad en la fijación de los hechos por la norma, y viceversa; es decir, de lograr la estabilización de expectativas, la certeza de las decisiones e igualdad en la aplicación del derecho para todos los casos iguales. Este manejo de la doble contingencia sólo es posible por la peculiar manera en que el sistema opera su apertura y cierre con el entorno. En primer lugar, el derecho generaliza expectativas normativas, que son aquellas que se mantienen aún en el caso de su frustración y que serían reforzadas, dado el caso, por la posibilidad de recurrir a la violencia que no es arbitraria sino que se halla institucionalizada en el procedimiento decisorio; siendo éste el papel que para el subsistema de derecho realizan los jueces y demás decisores jurídicos. En segundo lugar, el derecho tiene también una estructura cognitiva que asume la función de adaptación de las expectativas normativas a la realidad social. Este rol le corresponde en principio al legislativo que, frente a la normatividad de la expectativa que “no aprende” de sus frustraciones, se enfrenta a la doble opción entre mantener una expectativa o cambiarla. En este sentido, el sistema es cognitivamente abierto y normativamente cerrado. La cognoscibilidad a la que el sistema está obligado es “respecto de cada elemento y de su reproducción, a averiguar si determinados presupuestos se cumplen o no, con lo que se hace dependiente de los hechos. La dimensión normativa sirve a la autopoiesis del sistema, a su reproducción frente al medio. La dimensión cognitiva sirve a la sintonización de este proceso con el medio del sistema”.⁷ Desde luego, este tema surge sólo cuando se anticipa la posibilidad de un conflicto que frustre la expectativa. En este caso las expectativas normativas pueden garantizarse de modo adicional “ya sea mediante requisitos especiales en la formulación o simbolización de la norma, para que ésta pueda mantenerse sin correlato en la realidad; ya sea mediante la suposición del consenso de terceros no involucrados (institucionalización); ya sea a través de la perspectiva de una posible sanción, mediante la cual se dé cauce a la decepción y se confiera fuerza a la expectativa”;⁸ ello porque la norma debe poder afirmarse en mayor o menor grado contra la realidad: su significado radica en la conducta anómala y no en la conformidad con ella; no así el caso de las expectativas cognitivas. Creo que debe subrayarse el valor de la idea de lo contingente para la comprensión de la función social de la norma como estabilización de expectativas de conducta; porque aquélla significa la posibilidad de que los hechos puedan ser de otra manera.

En *La observación sociológica del derecho* (1986) Luhmann varía la postura inicialmente asumida en la que rechazaba fuertemente cualquier intento teórico de justificar la tendencia de la dogmática hacia la orientación de la decisión por las consecuencias en vista a salvaguardar la función de certeza del derecho que en aquel

⁷ Cfr. Juan Antonio García Amado, *op. cit.*, pp. 310-311.

⁸ Cfr. Niklas Luhmann, *La observación sociológica del derecho*, Crítica Jurídica, No. 12, 1993, p. 87.

**DOGMÁTICA JURÍDICA Y SISTEMA SOCIAL BREVE
APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN**

momento le parecía sólo posible a través de la orientación por reglas. En su obra *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974) concluía que las consecuencias debían ser sólo incorporadas al sistema mediante los programas de decisión o normas que pertenecían al ámbito legislativo no hemos encontrado ninguna posibilidad convincente de recomendar una dogmática jurídica que emplee las consecuencias como criterios de lo lícito y lo ilícito. En estas circunstancias existe el peligro de que un sistema jurídico al que se exija una orientación sociopolítica a las consecuencias abandone su autogobierno dogmático y ya no se oriente a criterios que trasciendan el programa de decisión, sino sólo directamente a las propias expectativas de las consecuencias.⁹

En aquella obra Luhmann otorgaba razones bastante sólidas en contra de la posibilidad de la dogmática de orientarse hacia el futuro, determinantes si se tiene en cuenta la función de otorgar certidumbre que entonces atribuía al derecho. En lo que se refiere al cambio en la determinación de la decisión por reglas a la decisión considerando las consecuencias, es curioso observar como puede Luhmann explicar la posibilidad de tal viraje dentro de su misma teoría, que parece quedar intacta, y, no obstante, mantener la que creo es su posición personal al respecto -si es que es válido deducir ésta de sus argumentos en contra de una dogmática que mira hacia el futuro.

Me parece que Luhmann le hace un daño enorme a su teoría cuando, al plegarse a esta fuerte tendencia de la dogmática, dice que la inseguridad acerca del futuro puede llegar a convertirse en un equivalente funcional de la certidumbre, “así se sustituye la seguridad de principios que han perdido credibilidad o se han vuelto improductivos para la deducción, y se tiene ahora fe en las consecuencias”¹⁰. Es tarde cuando Luhmann se da cuenta de que esto convierte al derecho en un tipo de “*social engineering*”. Y no es que antes no haya reparado en esta problemática; precisamente una parte importante de sus críticas iniciales a orientar la dogmática en función de sus consecuencias respondían a esta inquietud; pero en aquél entonces existía un obstáculo teórico que ponía a salvo al derecho de tal posibilidad. Quiero decir que si antes el control del futuro y las consecuencias de la decisión se sabían y consideraban inciertos para la teoría, y al sistema jurídico le correspondía la función de mantener expectativas normativas, la tendencia al *social engineering*, el análisis económico u otro tipo de modelos de orientación de la decisión hacia el futuro aparecían con la imposibilidad de cumplir esta función del sistema de derecho; la cual es para Luhmann la que mantiene su especificidad frente al entorno. Esto debido al hecho de que la certidumbre que el sistema debía procurar no lo era del conocimiento preciso de la consecuencia de una decisión sobre la realidad sino de la posibilidad de deducción lógica de una decisión determinada a partir de una norma jurídica, es decir, de la previsibilidad de que los casos iguales se resuelven igualmente. Ahora, si la incertidumbre de las consecuencias de una decisión es considerada como cierta (esa “fe” en las consecuencias arriba mencionada), al haber sido internalizada, no hay ningún óbice para orientar la dogmática a la frontera del *output*, porque así el sistema sí continúa realizando su función propia - la estabilización de expectativas - y, por ende, mantiene su identidad. Esto a pesar de que la certidumbre así lograda parezca más una fe que una posible razonabilidad de los argumentos y fundamentaciones que era lo que buscaba la tradicional dogmática jurídica. Y para estos casos, el reforzamiento de la expectativa se da mediante el recurso a la asimetrización

⁹ Cfr. Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, op. cit., p. 90.

¹⁰ Cfr. Niklas Luhmann, *La observación sociológica del derecho*, op. cit., p. 94.

del sistema en la lógica siguiente: “En igualdad de torpeza, es mejor la causa de la autoridad”.¹¹ Esto significa que precisamente porque no se puede conocer el futuro es difícil para el mismo afectado atacar las consecuencias de la decisión, porque le está igualmente vedado este conocimiento.

No sé hasta que punto podría mantenerse la teoría de sistemas en lo que se refiere al sistema jurídico con la introducción de esta posibilidad de intentar manejar la incertidumbre como cierta; me limito a plantear algunos problemas que creo cuestionan la subsistencia de lo jurídico tal y como inicialmente había sido concebido por el propio autor. En primer lugar, al limitarse la orientación por las consecuencias de la *nueva* dogmática jurídica a las operaciones del poder legislativo y judicial exclusivamente, creo que Luhmann ha “institucionalizado” demasiado la idea de lo jurídico y ha hecho que la generalización de expectativas dependa más ahora de la autoridad del decisor que de la función que la dogmática puede - y debe - tener. Dicho de otra manera, la clientela normal del sistema no puede tener más certidumbre que aquella que le confiere la confianza de que el decisor nunca se equivoca o en sus buenas intenciones: “La orientación por las consecuencias (...) no ha sido pensada para cualquiera. (...) es necesario ejercer la orientación por las consecuencias como privilegio oficial, como *ius eminens*. Desde el punto de vista sociológico es de esperar que esto agudice la ya de por sí considerable distancia entre el uso oficial del derecho y el no oficial”.¹²

Luhmann se da cuenta de estos problemas, mas la teoría se ha plegado a la práctica social y se ha abandonado el intento inicial de crear un instrumental teórico que permitiera a la dogmática cumplir la función entonces asignada. La idea es que ya la estabilización de las expectativas normativas no la cumple la dogmática por sí misma, que ha sido rebasada por una tendencia del entorno social, sino la autoridad conferida al decisor. No hacía falta construir una teoría de la sociedad tan compleja para decir esto.

Otro punto interesante es que al desdibujarse dentro del sistema la diferenciación entre sus funciones normativas y cognitivas, entiendo que desaparecen también de alguna manera las ideas de pasado y futuro como referentes propios, intrasistémicos; quiero decir, lo que parece suceder es que el subsistema pierde su identidad porque ahora sus tiempos sí corren paralelos con los del entorno.

Por último, la idea de poder controlar las consecuencias futuras de las decisiones, por cualquier método, lleva al subsistema jurídico en el marco de la teoría de sistemas a su propia destrucción, porque la teoría niega en su base la posibilidad de que un sistema tenga un correlato punto por punto respecto del entorno. Si el derecho llegara a poder operar los cambios de la sociedad tal cual él mismo prevé, perdería la función propia que le confiere su existencia e identidad, que es mantener las expectativas normativas; ¿y cuáles son éstas?, pues aquellas expectativas que no aprenden de sus frustraciones. Y si no hubiera ninguna frustración la cuestión por clarificar sería si en realidad es contingente o no la conducta esperada frente a una norma cualquiera: si sí lo es, vale la pena mantenerla como tal norma, pero, si no lo es, y en una sociedad tan compleja como la nuestra la no frustración de normas se hace en extremo improbable, podría ser que estemos frente a comportamientos no contingentes sino necesarios;¹³

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Hemos hablado ya de la relevancia de la idea de lo contingente para la comprensión del fenómeno de lo normativo, así como de la distancia y diferencia relativa que debe guardar el sistema con su entorno.

**DOG MÁTICA JUR ÍDICA Y SISTEMA SOCIAL BREVE
APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN**

no estaríamos frente a *acciones* en estricto sentido, que se caracterizarían por el elemento volitivo, y, en todo caso, no tendríamos que plantearnos siquiera una expectativa normativa sino una cognitiva.

Es obvio que con esto el derecho se ha transformado en “otra cosa”. Se podría replicar que esta situación de pleno control sobre las situaciones y comportamientos de los individuos es en extremo improbable, y hasta podríamos decir que no es deseable, y es evidente que Luhmann no lo admitiría. Pero me parece que la simple admisión de esta posibilidad por la teoría la hace más propia de autómatas que de individuos libres.