

Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO
Oviedo

INTRODUCCION

El concepto de sistema se muestra cada día con más claridad como un concepto clave en la teoría jurídica. Referencias a la idea de sistema jurídico, cualquiera que sea la noción de derecho subyacente al calificativo, aparecen con suma frecuencia en prácticamente todos los posibles campos de estudio de una Filosofía o una Teoría General del Derecho. Lo vemos si hablamos de Derecho Natural o de valores jurídicos, de Teoría de las normas, de Teoría de la legislación, de Lógica jurídica, de Metodología, etc. Y, en el marco del derecho positivo, se ha de notar que a todo derecho codificado le es inmanente una idea de sistema, más o menos explícita, que condiciona en buena medida su tratamiento práctico.

El propósito de este trabajo es, en primer lugar, mostrar, al hilo de cuatro recientes elaboraciones teóricas heterogéneas, hasta qué punto es equívoca en la situación actual la expresión «sistema jurídico», cuán compleja es la problemática que plantea por el número de implicaciones teóricas y prácticas ligadas a cada concepción, y cómo cada tratamiento del tema se conecta con ideas iusfilosóficas y políticas de fondo que lo condicionan.

Finalmente, trataremos de formular sobre esta base algunas propuestas metateóricas para el tratamiento de esta cuestión, así como para la comprensión, bajo una perspectiva jurídico-teórica más amplia, de las posturas en litigio.

A fin de que la heterogeneidad de los cuatro trabajos no haga que se pierda de vista el sentido de su exposición, podemos adelantar aquí sumariamente algunas de las propuestas a las que llegaremos. La dificultad principal que entrañan estas teorías, en mayor o menor grado, radicaría en la confusión de lo que llamaremos «ámbitos de uso» del término sistema: se entremezclan en el tratamiento de este tema las perspectivas propias del derecho positivo, la dogmática, las ciencias del derecho, la filosofía jurídica, etc., de modo que se genera oscuridad conceptual, incoherencias lógicas y confusión de los planos del discurso.

La conclusión final que extraeremos será que sólo una visión amplia del concepto de derecho, que integre las teorías del sistema jurídico como partes o elementos del discurso plural que constituye el propio derecho, podrá dotar de un cierto sentido unitario y una cierta coherencia pragmática a los distintos tratamientos de este tema. Para ello será necesario que, a la luz de esa pluralidad de planos bajo los que el derecho se conforma, se atienda a la función distinta, pero igualmente legítima, que en cada teoría puede poseer un concepto como el de sistema jurídico.

Simplificando, podemos decir que integramos las diversas teorías del sistema jurídico, con sus respectivos presupuestos, lagunas e incoherencias —internas o comparativas— como partes de una teoría unitaria y general del derecho y constitutivas del propio concepto de derecho, de modo que por derecho entendemos, básicamente, lo que se dice sobre el derecho. Ello no excluye que cualquiera de estas teorías pueda ser objeto de consideración o crítica desde ámbitos externos o colaterales al núcleo conceptual del derecho, ya sea la ética, la lógica, la teoría de la ciencia, etc. Y el enfoque lingüístico subyacente exige que el análisis de las teorías, en cuanto discursos sobre el derecho, sepa distinguir entre los niveles que en cada discurso se superponen y comparar los discursos no global o verticalmente, sino sobre la base de los planos horizontales que cada nivel del discurso determina. Así las diversas construcciones dejarán de aparecer como compartimentos estancos y autosuficientes y el enfoque metateórico de los mismos participará del esquema dinámico y pluridireccional que constituiría la realidad del derecho, tanto en su vertiente intelectual, social o material.

CUATRO TEORIAS SOBRE EL SISTEMA JURIDICO

1. La teoría de Fikentscher. Sistema como esquema temporal de razonamiento.

En el apartado dedicado a la idea de sistema jurídico dentro del volumen IV de su monumental *Methoden des Rechts* (1) parte Fikentscher de afirmar la existencia de una interrelación entre comprensión de la historia y del sistema. Cada concepción filosófica del transcurrir temporal llevaría aparejada una específica idea de sistema. Cada cultura tiene su noción del tiempo y del sistema. Para formular enunciados comparativos sobre esas concepciones del sistema se precisa, según Fikentscher, de un pensamiento omniabarcador y metateórico.

Veamos cómo formula Fikentscher la concepción de la historia sustentadora de su visión del sistema jurídico (2).

(1) Wolfgang FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*. Vol. IV, *Dogmatischer Teil*, Tübingen 1977, págs. 85 ss.

(2) *Ibid.*, págs. 19 ss.

Cada cultura posee su concepto propio del tiempo y de la historia. De ahí que para hablar del desarrollo o la evolución del derecho se deba hacer explícito el concepto del tiempo y de la historia propio del círculo jurídico de que se trate.

Tras un repaso de un buen número de teorías filosóficas de la historia, constata Fikentscher que ni las que se basan en afirmar la existencia de un plan histórico previo, que determina la evolución, ni las que lo niegan, así como las más modernas teorías de la historia, se plantean un problema equiparable a éste de que aquí se parte: la multiplicidad de concepciones de la historia y del sistema. Indicaciones válidas al respecto ofrecen, por ejemplo, el Derecho comparado o la Antropología jurídica, pero se tiende a primar metódicamente la perspectiva «occidental» de la historia, el tiempo, el sistema, la racionalidad, etc., midiendo bajo esta óptica otras culturas.

Ante este estado de cosas Fikentscher se propone ofrecer instrumentos que permitan una más fructífera visión de la historia y, consiguientemente, una más adecuada comprensión de nociones como la de sistema. Como punto de partida intenta proporcionar conceptualizaciones de los diferentes modos como en la Ciencia del Derecho se ha contemplado y se contempla la historia.

La distinción central la establece entre *Aspektive* y *Perspektive*. Una cultura «aspectivística» o fragmentada sería aquella que en su concepción del acontecer temporal opera sólo con dos referencias: el presente y el pasado. «Perspectivística» sería la que maneja tres referencias: presente, pasado y futuro. Dentro de cada una caben tipos distintos y subdivisiones, que Fikentscher desarrolla y ejemplifica. Baste indicar aquí que una cierta concepción «aspectivística» de la historia dentro de la teoría jurídica se pondría de relieve, según Fikentscher, en Savigny, mientras que en Ihering predominaría una visión «perspectivística».

La necesidad de un concepto de sistema se sigue, para Fikentscher, de esa diversidad de posturas frente a la evolución histórica. La búsqueda hoy de tal concepto tiene por objeto averiguar qué «estructura perspectivística» posee el derecho mismo.

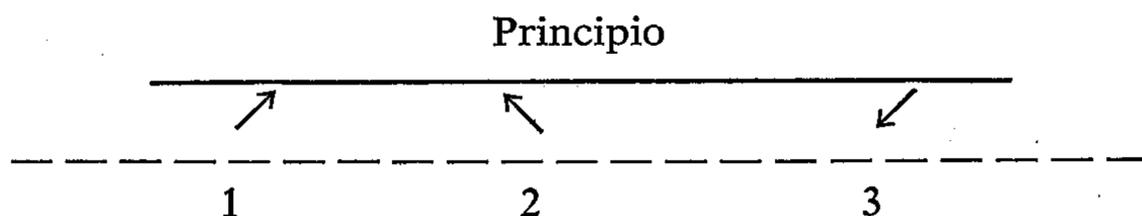
Desde un punto de vista general, distingue Fikentscher entre *sistema mundi*, que sería el reflejo de un orden objetivo de las cosas, y sistema racional o *sistema hominis*, que aludiría a ordenaciones o estructuras producidas por el pensamiento humano. A los efectos que aquí le interesan, prescinde Fikentscher de cualquier ulterior consideración de la idea de *sistema mundi* y opera únicamente sobre la idea de *sistema hominis*.

Dentro de este último distingue entre sistema asociativo o bidimensional (*zweibezüglich*) y discursivo, ya sea tridimensional o pluridimensional (*drei-und mehrbezüglich*), en claro paralelismo con las dos concepciones de la historia antes reseñadas. El sistema bidimensional supone una mera sucesión asociativa de sus elementos componentes. Ejemplo del mismo sería el alfabeto. El segundo, que es el que aquí interesa y que se podría denominar también

«perspectivístico», tiene por finalidad proporcionar fundamentaciones y se apoya esencialmente en la distinción general-particular. Un sistema de este tipo consta de (al menos) dos elementos particulares y uno general o principio. Mediante la conexión de los dos puntos particulares a través de un principio común surge la estructura tridimensional, es decir, se obtiene perspectiva. Esta tridimensionalidad se puede describir del siguiente modo, según Fikentscher:

Respecto de dos normas, conceptos o individuos se formulan enunciados iguales en cuanto a contenido y se introduce un ulterior enunciado general-particular. En este enunciado ulterior aparece axiomáticamente determinada la igualdad de los dos enunciados primeros como algo que se podrá predicar con carácter de generalidad de todo enunciado particular igual a su vez a esos dos. De este modo surge el principio como algo general que se comporta de modo incluyente o excluyente respecto de cualquier enunciado particular.

Para aclarar lo anterior ofrece Fikentscher el siguiente gráfico,



que explica del siguiente modo: a partir del punto 1 y el punto 2 se infiere un principio común. A continuación se examina, por un lado, si el punto 3 encaja bajo el mismo principio, y, por otro, si este punto 3 se sitúa al mismo nivel conceptual que el 1 y el 2. A partir de ahí se puede ya fijar un enunciado que establezca el marco o contexto de fundamentación de las relaciones entre los puntos 1, 2 y 3.

Veamos cómo lo ejemplifica Fikentscher con un supuesto tomado del derecho alemán. A partir de los obstáculos para el normal desenvolvimiento de la prestación contractual que el BGB reconoce —la imposibilidad y la demora—, se puede inferir el principio general que rige tal reconocimiento y preguntarse si a la luz de dicho principio se puede llegar a los mismos resultados para otros supuestos de hecho no reconocidos expresamente, como el incumplimiento positivo del contrato, supuesto que este caso se sitúa al mismo nivel conceptual que aquellos otros.

Un sistema con utilidad fundamentadora sólo surge cuando el principio cubre también el tercer punto en cuestión y éste radica al mismo nivel conceptual que los otros, no cuando no se da alguna de estas dos condiciones.

Tras esta descripción define Fikentscher el sistema como una estructura que se puede usar con fines fundamentadores, o como una estructura susceptible de generalización, entendiendo por generalización la posibilidad de abarcar puntos distintos de los que dieron lugar a la constitución del principio general.

La interrelación entre sistema jurídico y tiempo es vista por Fikentscher en lo siguiente. Un sistema es una ordenación de conceptos en más de una relación lógica. En las ciencias valorativas una, al menos, de esas relaciones lógicas tiene carácter valorativo. En la Ciencia del Derecho, ciencia valorativa impelida a la decisión, la relación valorativa dice algo sobre el tratamiento igual o desigual de hechos necesitados de regulación. Puesto que estos hechos no se dan contemporáneamente, sino de modo sucesivo en el tiempo, el enfoque sistemático en el derecho incluye necesariamente una valoración de hechos anteriores y posteriores. De ahí el recíproco condicionamiento de sistema y tiempo. Por la misma razón es necesariamente abierto el sistema jurídico tridimensional, así concebido.

Tal apertura es condición vital de dicho sistema. Todo sistema está así abocado al crecimiento y orientado al futuro. De aquí se siguen para Fikentscher dos consecuencias importantes.

En primer lugar, el «espacio libre de derecho» ha de ser reconocido como aquel ámbito que aún no pertenece al sistema, pero en el cual el sistema puede en el futuro desarrollarse. De ahí que una lógica deóntica no pueda operar sólo con las categorías de «permitido» y «mandado»/«prohibido», sino que ha de incluir también la de «susceptible de mandato/prohibición».

La segunda consecuencia hace referencia a la posibilidad de pensar conforme al esquema regla-excepción. Toda nueva circunstancia recibe respecto del principio o regla de enjuiciamiento que preside el sistema el carácter de regla o excepción. El resultado que para la lógica jurídica se sigue de esto es que los predicados deónticos «permitido» y «mandado»/«prohibido» deben siempre ser leídos como «básicamente permitido» y «básicamente mandado/prohibido». De ahí se sigue, según Fikentscher, la insuficiencia de toda lógica que opere con sólo dos valores para dar cuenta de este pensamiento en regla y excepción, y la necesidad de recurrir para ello a una lógica intuicionista del tipo de la que en el campo jurídico ha desarrollado Lothar Philipps en Alemania.

Fikentscher llega a vincular este sistema tridimensional y necesariamente abierto con el régimen constitucional democrático. El pensamiento conforme con el modelo regla-excepción es un pensamiento que valora, y si se quiere que exista libertad valorativa se necesita un sistema abierto a variaciones en el tiempo. Cuál sea en cada caso el concreto contenido de esas valoraciones es una cuestión política. Por esta vía se mostraría la dimensión política del método jurídico.

2. La teoría de Peine. Sistema jurídico como sistema de fines.

Peine (3) se interesa por el sistema jurídico en tanto que sistema dogmático al que se ligan concretas consecuencias jurídico-

(3) Fraz-Joseph PEINE, *Das Recht als System*, Berlín 1983.

constitucionales, es decir, con relevancia práctica inmediata (4). No son aquí objeto de estudio ni la idea imprecisa de sistema que aparece en el lenguaje ordinario, ni los sistemas de acciones, en el sentido de Luhmann (5).

Según Peine, el concepto de sistema que aquí se busca no viene determinado *a priori*, y el único modo de conocer la estructura de un ordenamiento jurídico, su configuración o no como sistema, es mediante el análisis del contenido de las normas que establecen las condiciones de validez de otras normas jurídicas, esto es, mediante el análisis de la Constitución. Puntualiza Peine que del hecho, por lo demás dudoso, de que la Ciencia del Derecho tenga carácter sistemático, no se sigue que el material con que trabaja contenga también un sistema. Llegamos así a la cuestión central que articula este trabajo de Peine: ¿es o contiene el derecho un sistema al que puedan ligarse consecuencias jurídico-constitucionales?

Comienza Peine por buscar un concepto general de sistema, para, una vez que se posea, ver cómo encaja en el Derecho. Se parte, por tanto, de la idea de que se busca un concepto de sistema que no tiene por qué ser específico del derecho, pues la Ciencia jurídica es una parte de la ciencia general.

Se comienza investigando el concepto de sistema como concepto abstracto, y el punto de arranque es el concepto científico de sistema. Tras repasar la historia del concepto y sus definiciones más usuales en la filosofía contemporánea de la ciencia, da cuenta Peine de dos conceptos útiles de sistema: el de referencia única o unidimensional (*einbezüglich*) y el de referencia doble o bidimensional (*zweibezüglich*). El primero se da cuando, a tenor de la enunciación de un determinado criterio de orden, son reunidos de entre una pluralidad de elementos aquellos que satisfacen tal criterio, sin que se determine de ninguna otra forma el modo de relacionarse esos elementos entre sí dentro del sistema. El bidimensional existe cuando el criterio de orden indica no sólo el criterio de pertenencia de los elementos al sistema, sino que determina también el modo cómo esos elementos se relacionan entre sí (6). Como ejemplo del primer tipo menciona Peine la adscripción, en virtud del criterio que al efecto se elija, de normas jurídicas al derecho público y al derecho privado. Este mismo sistema se convierte en bidimensional si junto al criterio de pertenencia de las normas a uno u otro de esos dos sectores se introduce el crite-

(4) Como ejemplo de esas consecuencias prácticas de la consideración dogmática del sistema jurídico, señala Peine la extendida idea de que normas que contradicen el sistema han de tenerse por nulas, en razón de que la contradicción valorativa que revelan desoye el mandato constitucional de igualdad. *Ibid.*, pág. 13.

(5) En opinión de Peine, el sistema en sentido sociológico de que Luhmann habla no aporta ninguna utilidad para el jurista dogmático. *Ibid.*, pág. 12.

(6) El propio Peine (*Ibid.*, págs. 41-43) señala las diferencias entre su clasificación de los sistemas y la similar de Fikentscher.

rio para la ordenación jerárquica de las normas dentro de cada uno de esos campos.

Peine opta por el concepto bidimensional de sistema, aduciendo que éste cumple las tres funciones exigibles a todo sistema científico: análisis de la realidad, ordenación de conocimientos y obtención de fundamentaciones para la admisión o exclusión de un elemento respecto del sistema.

También para la Ciencia del Derecho sería éste, según Peine, el concepto más apropiado, en cuanto que permite una adecuada concepción del derecho como ordenamiento compuesto de normas e instituciones interrelacionadas, así como un mejor punto de apoyo frente a problemas metodológicos, como el del desarrollo judicial del derecho. Con ello no quiere decir que el sistema unidimensional sea inútil para el derecho, pues sirve, por ejemplo, para la división del material jurídico, para la delimitación de los ámbitos de aplicación de las normas, etc. Lo importante, puntualiza Peine, es ser consciente de su limitado rendimiento teórico.

A modo de recapitulación, formula Peine la siguiente noción formal y general de sistema: un sistema consta de varios elementos; la elección y conexión de éstos tiene lugar conforme a un principio que posibilita la enunciación del tipo de elementos que pertenecen al sistema y del modo cómo dentro de él se interrelacionan.

Sentado el anterior concepto general, el paso siguiente que da Peine es mostrar cómo se concreta ese concepto en el campo jurídico, para averiguar después cómo se interrelacionan esos elementos del sistema.

En lo que a la primera de esas dos cuestiones se refiere, Peine parte de establecer dos requisitos para el criterio en cuestión: que posibilite análisis y fundamentaciones, en el sentido antes descrito, y que no esté metodológicamente desfasado, es decir, que se admita dentro de la actual teoría metodológica como relevante.

Después de examinar catorce posibles elementos centrales del sistema jurídico, que de un modo y otro han sido formulados con este fin en la doctrina (relaciones vitales, problemas, conceptos puros, normas, instituciones, decisiones, etc.), concluye que el único elemento apto a los efectos que aquí se pretenden lo proporciona el concepto de valor, englobando entre los valores los principios generales del derecho. Se impone, pues, la búsqueda de la adecuada noción de valor que aquí se ha de emplear. Según Peine, no son útiles para ello las doctrinas que operan con tal noción sin definirla o hacerla explícita, como ocurre con la jurisprudencia de valoraciones o con la ética material de los valores.

Peine se apoya en la teoría que determina la idea de valor mediante la idea de valoración. Se arranca, por tanto, de un acto, y el resultado de ese acto es lo que se entiende por valor. Pero aquí caben dos posibilidades: el valor es la cosa misma, el bien que se valora, o valor es el criterio con que se valora. Peine se inclina por esta segunda opción, argumentando que la primera llevaría

a la necesidad de establecer junto a la noción de valor la idea de su negación para los objetos disvaliosos, y que la identificación de valores y bienes llevaría a sostener la existencia de tantos valores como cosas valiosas, lo cual sólo se impediría mediante una clasificación que remitiera a los criterios de valoración, con lo que también por esta vía se mostraría la prioridad de éstos.

¿Cómo se define el valor, así entendido? Opina Peine que la definición ha de contener tres elementos: el formal (el criterio de valoración, la medida), el objetivo (aquéllo a lo que ese criterio se aplica), y el normativo (la calificación valorativa). Así «valor» se define como un criterio para la elección de comportamientos a que podemos aspirar.

Por su parte, la definición de «valor jurídico» necesita de la introducción de dos elementos adicionales: el de legislador y el de destinatario de la valoración. De acuerdo con ello se define el valor jurídico como un criterio vinculante, presente en las normas y establecido por el legislador para la elección de los modos de comportamiento que los sujetos sometidos al derecho deben pretender.

¿Cuáles son esos concretos criterios que el legislador prescribe a través de las normas? Peine responde que son los fines, y que el establecimiento de fines es, por tanto, lo mismo que el establecimiento de valores. Cada norma contiene un valor, que es lo mismo que decir un fin.

Estos valores son, según Peine, aptos para formar un sistema jurídico bidimensional, pues no sólo pueden ser admitidos o rechazados como partes del sistema jurídico, por cuanto que hay fines queridos y no queridos por el legislador, sino que es posible también la formación de jerarquías entre valores, o sea, entre fines.

Llegamos así a la segunda de las cuestiones que el concepto de sistema bidimensional plantea: ¿cómo se relacionan los elementos entre sí?

Según Peine se ha de dar ausencia de contradicción entre los elementos del sistema, tanto en sentido horizontal (no contradicción lógica), como vertical (estructuración jerárquica).

En cuanto al tipo de sistema que así se logra, hay, dice Peine, tres posibles variantes que la doctrina ha señalado: sistema axiomático (de proposiciones), sistema axiológico (de valores) y sistema teleológico (de fines).

Peine no considera útil un sistema axiológico de valores que parta de entender éstos como establecidos de una vez por todas y con carácter previo al acto de valorar. Quedan pues, como modelos posibles, el axiomático y el teleológico. Peine intenta describir el sistema jurídico que propone con arreglo a ambos criterios.

Como sistema axiomático, el derecho sería un sistema si los fines en él presentes se ordenan de tal modo que todos ellos, formulados como proposiciones, están en una relación lógica, de tal forma que cada fin es derivable, como teorema, de otro, salvo

en el caso de los fines más altos que, en cuanto axiomas, forman la cúspide de la pirámide, y de los más bajos, que forman su base.

Con arreglo al modelo teleológico, el Derecho es un sistema siempre y cuando que los fines en él presentes estén ordenados de modo tal, que todos ellos se interrelacionen teleológicamente. Es decir, cada elemento del sistema ha de aparecer, respecto al elemento que como medio se le subordina, como un fin, y respecto de aquel al que está subordinado, como un medio. De esto estarían exceptuados los elementos más altos del sistema, que sólo son fines, y los más bajos, que sólo son medios.

Como paso último de su investigación, examina Peine si el derecho alemán encaja perfectamente bajo el concepto de sistema jurídico propuesto. La respuesta, en lo que al derecho alemán en su conjunto se refiere, es negativa, ya que ni existen fines que funcionen como axiomas comunes a toda la materia jurídica, ni encajan todos los fines presentes en un único sistema teleológico. Sólo existirían algunos sistemas parciales dentro del derecho que cumplirían esos requisitos del concepto bidimensional de sistema jurídico.

3. La teoría de Canaris. Sistema jurídico como sistema de principios generales.

Canaris (7) comienza también por buscar las notas que definen el concepto general de sistema, para considerar a continuación su encarnación jurídica.

Concluye que son dos las notas que aparecen en todas las definiciones generales de sistema que examina, por lo que serían caracteres inequívocos de todo sistema: unidad y orden.

En el campo del derecho estas notas se corresponden con las de consecuencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico, que son requisito ineludible de toda Ciencia del Derecho que se pretenda auténticamente científica. También serían consecuencia del principio de igualdad y de la tendencia generalizadora de la justicia, lo cual es para Canaris lo mismo que decir que son consecuencia de la misma idea de Derecho.

La función del sistema de la Ciencia del Derecho sería la de mostrar y realizar esas ideas de consecuencia valorativa y unidad interna del ordenamiento.

Sobre la base de esta función y de las dos notas señaladas, el sistema jurídico se muestra para Canaris como orden axiológico o teleológico de principios generales del Derecho. Estos principios se relacionan, según Canaris, con arreglo a cuatro notas: no son válidos sin excepción y pueden oponerse o contradecirse; no se pretenden exclusivos; reciben su sentido propio a partir de su recíproca interacción; y para su concreción y realización necesitan de principios inferiores y valoraciones particulares. No son equiparables a los axiomas de un sistema axiomático, porque no pretenden validez absoluta, ni necesitan formar entre sí un conjunto

(7) Claus-Wilhelm CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín 1969, 2.ª ed., 1984.

exento de contradicción, ni excluyen la presencia del elemento valorativo en favor de la pura inferencia lógica. Caracteriza Canaris este sistema como abierto y móvil. Que el sistema es abierto indica que todo conocimiento científico, y también, por tanto, el de la Ciencia del Derecho, es incompleto y provisorio. Todo sistema científico no es, según Canaris, sino un proyecto de sistema. El sistema no sirve aquí para fijar de una vez por todas los conocimientos, sino para poner de relieve las conexiones entre ellos.

En lo que al «sistema jurídico objetivo» se refiere, esto es, la unidad de sentido que el ordenamiento jurídico constituye, el carácter abierto del sistema responde a la mutabilidad de los valores jurídicos fundamentales. Si todo ordenamiento jurídico es dinámico se debe a que evolucionan y varían también los valores que lo sostienen. El sistema en que, como unidad de sentido, ese ordenamiento encarna ha de ser también abierto del mismo modo, es decir, dinámico.

La interrelación entre ambos sistemas, el objetivo y el de la Ciencia del derecho es dibujada por Canaris del modo siguiente. Los cambios en el sistema objetivo conducen a modificaciones de la legislación, innovaciones consuetudinarias, concreción de las normas que precisan de complemento valorativo e irrupción de principios generales extralegales, que hallan su fundamento de validez en la idea de Derecho y en la naturaleza de la cosa. Por su parte, las modificaciones en el sistema científico-jurídico resultan, por un lado, del progreso en la aprehensión de los valores básicos del derecho válido y suponen, por otro, el desarrollo de los cambios del sistema objetivo.

La movilidad del sistema es caracterizada por Canaris, apoyándose en Willburg, como la igualdad de rango e intercambiabilidad de los criterios de justicia. El derecho positivo aparece dominado por la inmovilidad, pero contiene determinados ámbitos en que se da un cierto grado de movilidad.

La configuración del sistema de derecho positivo como sistema móvil supondría, en opinión de Canaris, el adecuado término medio entre el modo de determinación fija de los tipos legales y el de las cláusulas generales, con lo que se harían compatibles las tendencias individualizadora y generalizadora de la justicia.

¿Qué papel juega el sistema para la obtención del derecho? En general, se puede decir, según Canaris, que si se parte como aquí de entender el sistema como sistema teleológico, el argumento sistemático no es sino una forma especial de fundamentación teleológica y participa del rango más alto que a ésta le corresponde entre los medios de obtención del derecho.

En particular, el sistema cumpliría dos papeles primordiales en la obtención del derecho: aportar la comprensión del contenido teleológico de las normas e instituciones jurídicas, en cuanto que son parte de un sistema y reciben de él su sentido; y salvaguardar y realizar el carácter valorativamente consecuente e internamente

unitario del derecho, mostrando las incoherencias valorativas y ayudando a colmar las lagunas.

Dos serían los límites de la utilidad del sistema como medio para la obtención del derecho: la necesidad de control teleológico desde fuera del sistema respecto de sus contenidos y el modo de formularlos, y el carácter abierto del sistema, que hace que éste no aparezca nunca como definitivo y acabado y haya de estar dispuesto para la admisión de innovaciones y cambios. Estas dos constituyen limitaciones inmanentes al sistema, dado que son consecuencia inmediata de los caracteres que lo definen.

Se ha de contar también con los límites extrínsecos o límites relativos a la formación del sistema. Son consecuencia del carácter histórico de los ordenamientos jurídicos, del carácter forzosamente incompleto del conocimiento humano y de la tendencia individualizadora de la justicia, y se manifiestan básicamente en tres circunstancias: la posibilidad de rupturas del sistema, la existencia de normas ajenas al sistema y la existencia de lagunas en el sistema. La primera obedece a la posibilidad de principios o valores enfrentados, la segunda a la presencia de valoraciones que, si bien no se contraponen con ningún valor de los que configuran el sistema, tampoco participan de ninguno de ellos y suponen valoraciones aisladas dentro del ordenamiento. En cuanto a las lagunas, son consecuencia de lagunas valorativas dentro del sistema.

Según Canaris, el sistema mismo proporciona instrumentos para integrar en él estas manifestaciones discordantes, pues los argumentos teleológicos y valorativos que proporciona pueden orientar la interpretación y el colmado de lagunas. Y allí donde el sistema por sí mismo no sea bastante, pero sólo allí, se abriría un legítimo campo de actuación para modos de pensamiento no sistemáticos, como el que propugna la teoría de la tópica jurídica.

4. La teoría de Luhmann. Sistema jurídico como sistema autorreferencial.

Exponer con todos sus presupuestos teóricos y todas sus implicaciones la teoría de Luhmann exigiría una extensión incompatible con los límites de este trabajo. De ahí que optemos por resumir solamente el modo cómo su teoría aparece reflejada en uno de sus trabajos más recientes, y significativos para nuestro tema (8).

Constata Luhmann que generalmente cuando se habla de «sistema» la unidad de éste viene tácitamente presupuesta, de acuerdo con la vieja tradición epistemológica, según la cual el sistema se define como construcción a partir de un principio. Esta noción sería la que aún impera en la Ciencia del Derecho. Sin embargo tal concepto apenas encuentra correspondencia en la praxis jurídica. Para Luhmann ello explicaría el hecho de que en la doctrina reciente hayan perdido importancia las teorizaciones en torno a

(8) Niklas LUHMANN, *Die Einheit des Rechtssystems*, en *Rechtstheorie* 14 (1983), págs. 129-154.

la unidad del sistema jurídico, para fijarse más en la cuestión del método y la técnica sistematizadora.

A juicio de Luhmann, a la raíz de tal situación insatisfactoria está el hecho de carecer de un concepto claro de la unidad del Derecho. Para Luhmann la mejor vía para conseguir hoy un concepto tal pasa por la *Systemtheorie* o teoría de sistemas, por lo que el punto de partida teórico se sitúa en el entendimiento de que «la unidad del Derecho se realiza como unidad del sistema jurídico». La cuestión es qué se entiende por «unidad del sistema jurídico». A dar respuesta a esta pregunta se consagra este trabajo de Luhmann.

El primer apoyo para responderla lo busca en el concepto de autorreferencia (*Selbstreferenz*), tal como ha sido elaborado por la «teoría de sistemas autorreferenciales» en campos como el de la biología. Sistemas autorreferenciales serían aquellos «sistemas que por sí mismos producen como unidad todo lo que usan como unidad». «Unidad» implica aquí no sólo la unidad del sistema mismo, sino también, y sobre todo, unidad de los elementos últimos de los que el sistema se compone y unidad del proceso por el que las operaciones del sistema integran esos elementos. Esta extensión de la noción de unidad a la constitución de los elementos de los que el sistema se compone hace que tales sistemas se denominen también «sistemas autopoieticos». Lo decisivo es que aquí se hace hincapié no sólo en la existencia, la conservación o la autoorganización del sistema, todo lo cual afecta sólo al plano estructural. Lo que aquí se destaca son los elementos de que el sistema se compone, y lo fundamental es la idea de que es el sistema mismo el que constituye sus propios elementos (9), elementos que, pese a la enorme complejidad que en sí mismos pueden poseer, funcionan para el sistema respectivo como unidades irreducibles. Luhmann mencione como ejemplos de estos elementos, en sí mismos complejos, pero componente último de sus respectivos sistemas, las moléculas, las células, las ideas o las acciones.

Un sistema autopoietico constituye los elementos de que se compone mediante los elementos de que se compone. Con esto se alcanza una nueva comprensión de la idea del carácter cerrado o clausura (*Geschlossenheit*) del sistema. Aquí clausura no significa ni aislamiento frente al medio, ni plena determinación del sistema por sí mismo, sino que hace referencia a que todas las operaciones son siempre reproducidas por el sistema.

¿Cuál es esa «unidad elemental del sistema jurídico», esa especie de átomo no susceptible de ulterior división dentro del sistema? Esta sería la pregunta central en todo sistema autopoietico, en el que la unidad del sistema no es sino clausura recursiva de la producción de los elementos del sistema por los elementos del

(9) *Ibid.*, pág. 132: «Die für das System nicht dekomponierbare Einheit eines Elements kann nur durch das System konstituiert sein; sie ergibt sich aus ihrer im System hergestellten Ausschlussfähigkeit». (Los subrayados en el original).

sistema. Pero no puede, según Luhmann, ser respondida de modo inmediato. Previamente se ha de distinguir entre comunicación y acción, por una parte, y, por otra y paralelamente, entre reproducción y autoobservación/autodescripción del sistema. Y ello porque los sistemas sociales sólo pueden reproducirse mediante comunicación autorreferencial. Por tanto, han de partir de la formación de unidades de comunicación comprensible, en las que unitariamente sintetizan información, transmisión y comprensión. Al mismo tiempo este proceso necesita de una reducción a acción, ya que de ello depende quién, con quién y sobre qué puede proseguir la comunicación.

En sistemas sociales autoreproductivos debe introducirse una fuertemente simplificada autoobservación y autodescripción del sistema por sí mismo, con lo que se pueden fijar conexiones suficientemente simples (interlocutores, temas, informaciones, transmisiones, o sus correspondientes omisiones) para la formación de sucesivos elementos. En lo que respecta al sistema jurídico, ocurre lo mismo, en tanto que sistema social. Para Luhmann, «derecho sólo existe en comunicación», y comunicación significa también aquí «síntesis de información, transmisión y comprensión, y no sólo la transmisión en cuanto tal». De ahí que la demarcación del derecho radique primeramente «en la conducción temática de procesos comunicativos». Todo sentido, incluso el de puros acontecimientos fácticos, puede ser jurídicamente relevante, es decir, entrar en la autorreproducción del sistema jurídico. Pero dentro de este ámbito de relevancia está aquel núcleo del actuar jurídico efectivo que modifica la situación jurídica, desencadena consecuencias jurídicas y posibilita con ello nuevas expectativas normativas, que carecerían de toda cualificación jurídica sin tal actuar desencadenante. Es el propio sistema jurídico el que determina qué tipo de acontecimientos tienen tal efecto y, por tanto, ello nunca puede decidirse sin conocimiento previo del propio sistema jurídico. La constitución de esos elementos es la específica prestación del sistema jurídico y tiene lugar mediante autoobservación y autodescripción de este sistema. La tesis sostenida por Luhmann es que la demarcación del sistema jurídico exige universalización de posibles conexiones relevantes y reducción a autoobservación como sistema de acción. La principal consecuencia teórica es la siguiente: que acontecimientos sólo pueden alcanzar la cualidad de unidad elemental del sistema jurídico si modifican la situación jurídica. La autorreproducción del derecho se realiza como variación jurídica, como transferencia de la cualidad de validez normativa a expectativas parcialmente nuevas. El derecho se encuentra, con ello, en permanente variación gradual.

Señala Luhmann que a tenor de lo anterior se presenta bajo una nueva luz la relación entre sociedad y derecho, y aquí radicaría uno de los problemas principales de la teoría.

La sociedad, como sistema social, es modelo prototípico y supremo de sistema autopoiético y su unidad de base o elemento

último son comunicaciones. El sistema social se compone de comunicaciones dotadas de sentido, sólo comunicaciones y todas las comunicaciones. Forma sus unidades elementales mediante síntesis de información, transmisión y comprensión, es decir, mediante síntesis de tres elementos que en parte pueden ser controlados mediante el sistema. Tal formación de sus elementos presupone y desarrolla al mismo tiempo sociedad, por lo que fuera de ésta no existe comunicación alguna y, por tanto, tampoco comunicación de la sociedad con su medio. Ningún ser humano puede comunicar sin constituir con ello sociedad, pero el sistema social mismo es, precisamente por ello, incapaz de comunicar, no puede encontrar fuera de sí mismo ningún destinatario al que pueda transmitir algo. En tal sentido la sociedad es el sistema autopoietico por excelencia.

Todos los sistemas sociales que dentro de la sociedad se desarrollan están con ello compelidos a formar sus elementos últimos como comunicaciones. También el sistema jurídico se compone sólo de acciones comunicativas que desencadenan consecuencias jurídicas.

El problema que se plantea es el siguiente: si toda comunicación es elemento último del sistema social y todo sistema social parcial es sistema de comunicación, con lo que realiza y reproduce sociedad, estos sistemas sociales parciales, y el sistema jurídico entre ellos, carecerían de unidad propia y clausura autorreferencial, pues sólo poseen estas propiedades en contraste con su medio intra-social. La mera participación en la autopoiesis de la sociedad no hace aún de los sistemas parciales sistemas propios autopoieticos, no los hace aún dueños de su propia unidad.

¿Cómo puede, a pesar de ello, un sistema parcial, como el sistema jurídico, organizar su propia clausura recursiva?

Luhmann trata de ofrecer la solución de este problema general mediante su ejemplificación en el caso del sistema jurídico. Veámoslo. La demarcación de un sistema jurídico remite básicamente a la posibilidad de distinguir entre expectativas normativas y cognitivas. La solución del problema que hace un momento hemos planteado radica en la explotación de esta diferencia a la luz de la orientación a la función del derecho.

Una expectativa está normativamente fijada cuando al mismo tiempo que se la establece se decide también que no se necesita modificarla en caso de que sea defraudada. Para expectativas cognitivas rige lo contrario. Los sistemas jurídicos usan esta diferencia para combinar clausura de la autoproducción recursiva y apertura de su referencia al medio. El derecho forma un sistema normativamente cerrado, pero cognitivamente abierto.

La autopoiesis del sistema jurídico es normativamente cerrada en tanto que sólo el sistema confiere cualidad normativa a sus elementos y con ello los constituye como unidades de sí mismo. Esta es la función de lo normativo: la permanente autorreproducción del sistema. Al mismo tiempo, el sistema jurídico es cognitivamente abierto, en tanto que está obligado, respecto de cada ele-

mento y de su permanente 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 autoreproducción frente al medio. La dimensión cognitiva sirve a la sintonización de este proceso con el medio del sistema.

Puesto que los procesos autopoieticos son recursivos, es decir, de carácter simétrico, tenemos, según Luhmann, lo siguiente: la normatividad de cada elemento se debe a la normatividad de otros elementos, para los que, a su vez, rige lo mismo. De ahí que no puedan existir jerarquías normativas. Incluso entre ley y decisión judicial existe, en lo relativo a la normatividad, una relación estrictamente simétrica. Las leyes son válidas como normas sólo porque está previsto que sean aplicadas en las decisiones, del mismo modo que estas decisiones sólo pueden normar situaciones porque ello está previsto en las leyes. Existe, pues, entre regla y decisión aplicativa en lo relativo al carácter normativo, una relación circular.

La autopoiesis opera más allá de toda deducción y de toda causalidad. Por supuesto que en los sistemas jurídicos hay también asimetrías. De lo contrario serían pura tautología y estarían condenados a la indeterminación. Pero todas las asimetrías deben darse en el sistema jurídico de la mano de perspectivas cognitivas. «Sólo cognitivamente, no normativamente, es el juez dependiente de la ley».

Tenemos así la siguiente respuesta por el momento a la pregunta por la unidad del sistema jurídico: «reproducción autopoietica de los elementos por los elementos, sobre la base de una normatividad circular, recursiva».

¿Cómo se justifica que los sistemas parciales, como el jurídico, puedan cobrar unidad propia mediante el proceso descrito de combinar clausura y apertura, reproduciendo por sí mismos su propia unidad y, al mismo tiempo, marcando la diferenciación de este proceso frente al medio, que es el sistema social? Ello sólo es posible en razón de que todo sistema parcial, que así opere, lo hace para cumplir una función propia y específica, que, de otro modo no podría la sociedad cumplir. Sólo sobre la base de esta referencia funcional, presente en todas las operaciones del sistema, puede realizarse la clausura autorreferencial.

Las expectativas normativas de la sociedad no se agotan en el sistema jurídico, pero éste hace un uso específico de la normatividad. A la teoría de la clausura autorreferencial del sistema pertenece con ello la teoría de la función del derecho. Bajo este prisma, se aprecia la presencia en el derecho de un «principio de selección estructural», a tenor del cual cumple el derecho su función de formar y reproducir expectativas de comportamiento generalizadas, sobre la base de la utilización de perspectivas conflictuales.

Lo anterior no quiere decir que la función del derecho se haya de ver solamente en la regulación de conflictos. Conflictos se

regulan también fuera del derecho. Lo específico del derecho es, según Luhmann, que hace uso de los conflictos para generalizar expectativas, mientras que en esas otras instancias normativas los conflictos son contemplados *ad hoc* y solucionados en lo posible.

En conclusión, la «especificación funcional» ofrece una perspectiva óptima, en opinión de Luhmann, para la demarcación de los sistemas parciales, como el jurídico. «El sistema funcional, pese a hacer uso de la comunicación social y reproducirla, y pese a permanecer vinculado al medio, es en cierta medida libre para construir por su cuenta su propia unidad, enlazar clausura y apertura, formar las estructuras para ello necesarias y sintonizar todo ello con su función propia».

SISTEMA JURIDICO Y CONCEPTO DEL DERECHO

Hemos repasado solamente cuatro elaboraciones teóricas de la idea de sistema jurídico (10) y se pone ya de manifiesto hasta qué punto se asocian a esta expresión significados y contenidos diversos. La equivocidad que ello genera conlleva el peligro de que nociones teóricas como ésta devengan en última instancia inútiles y obstaculicen el desarrollo teórico, en razón de esa diversidad de significaciones. Todo ello nos lleva a preguntarnos, en primer lugar (a), qué reglas o pautas metódicas pueden orientar el discurso teórico sobre el sistema jurídico, para que, sin perder en pluralismo y riqueza, no aparezcan las distintas aportaciones como compartimentos estancos y excluyentes. En segundo lugar (b), se plantea la cuestión de si cabe indicar alguna perspectiva teórica sobre el derecho, dentro de la cual las diversas teorías del sistema jurídico encajen y tengan su lugar legítimo como discursos jurídicos o como discursos sobre el derecho.

a) Una primera pauta que parece imponerse es la necesidad de relativizar nociones como ésta, para ser conscientes de que no se trata de conceptos que por sí mismos remitan a contenidos indubitados, de modo que su sola mención baste para centrar el tema del discurso. A partir de ahí se abre una vía para considerar que la atención no se ha de centrar tanto en el concepto en cuanto tal, como en la función que cumple dentro de cada teoría.

Puesto que las diversas teorías responden a distintos imperativos básicos en lo filosófico, lo sociológico o lo político, se han de explicitar estos presupuestos al hablar del sistema, para que el

(10) Sobre la historia de la idea de sistema jurídico puede verse especialmente: M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*. I, *Dalle origini alla Scuola Storica*, Turín 1968. H. COING, *Historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*, México 1959. Valiosas indicaciones se contienen también en: W. KRAWIETZ, *Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik*, en *Rechtstheorie, Beiheft 2*, 1981, págs. 322 ss. ALCHOURRON, BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, págs. 89 ss. S. STROEHOLM, *Allgemeine Rechtslehre*, Göttingen 1976, págs. 53 ss.

sentido de este concepto en cada teoría se muestre con claridad. Concretando más, se ha de poner de manifiesto el concepto de derecho del que se parte o al que se quiere llegar. Y en caso de que «derecho» y «sistema» (u «ordenamiento» u otros términos similares) se equiparen o identifiquen, se ha de poner de relieve tal circunstancia y justificar por qué se habla en unos casos de derecho y en otros de sistema jurídico.

La perspectiva teórica será tanto más rica y serán más nítidos los contornos del respectivo concepto de sistema jurídico cuanto más se den referencias comparativas con otros usos del mismo término. Conviene, por un lado, la contrastación de la idea de sistema jurídico que se maneje con la que aparece en otras teorías, lo cual conducirá a menudo a poner de relieve la diferencia, antes aludida, en cuanto a los puntos de partida. Y, por otro, será siempre enriquecedora la comparación con el uso que de la noción de sistema se hace en el derecho positivo y en la jurisprudencia.

Se pueden enumerar *ámbitos de uso* del término «sistema jurídico», que en parte se corresponden con diferentes planos o niveles del lenguaje, desde los que se puede hablar de sistema jurídico (11). Podemos distinguir tres grandes sectores o ámbitos de uso: 1) El práctico-positivo, que abarcaría las referencias legales a la idea de sistema y el uso argumentativo de las referencias sistemáticas en la jurisprudencia de los tribunales y en la dogmática jurídica. 2) El científico-jurídico, es decir, el correspondiente a las disciplinas científicas que se ocupen del sector anterior como objeto de estudio, o de aspectos parciales del mismo (Sociología del Derecho, Lógica jurídica, Etnología jurídica, Derecho comparado...). Y 3) el teórico-general o iusfilosófico, que comprendería dos tipos de enfoques: a) el de las teorías que pretenden dar una visión general del derecho, atendiendo únicamente al derecho mismo en cuanto ordenamiento normativo y entendiendo que tal ordenamiento se articula interna y autónomamente con arreglo a un cierto esquema sistemático o estructural (ejemplo prototípico de esta postura sería el de la Teoría Pura del Derecho) (12); y b) el

(11) Véase cómo ejemplifica Losano esta confusión de los planos lingüísticos al hablar del sistema jurídico en la teoría de Kelsen: M. G. LOSANO, *Sulla presenza di un linguaggio ora descrittivo ora prescrittivo nella dottrina pura del diritto*, en EL MISMO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milán 1981, págs. 117 ss.

(12) La idea de sistema *intrínseco* de que habla A. E. PÉREZ LUÑO (*Los derechos fundamentales*, Madrid 1984, págs. 145-146), o de *sistema interno o struttura come terminus a quo* en el sentido de M. G. LOSANO, *Sistema e Struttura nel Diritto*. I, *cit.*, págs. XXV-XXVI y 113 ss.

Sobre la idea de sistema jurídico en la Teoría Pura del Derecho también puede verse, por ejemplo (además de la obra citada en la nota anterior), J. RAZ, *The concept of a Legal System*, Oxford 1973. R. WALTER, *Der Aufbau der Rechtsordnung*. Graz 1964. Th. OEHLINGER, *Zum rechtstheoretischen und rechtspolitischen Gehalt der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*, en J. Mokre, O. Wernberger (Ed.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Viena, Nueva York 1976, págs. 79 ss. J. DELGADO PINTO, *El voluntarismo de Hans*

enfoque de las teorías que contemplan el derecho bajo el prisma de consideraciones específicamente filosóficas, ya sean ontológicas o axiológicas, y conciben el sistema jurídico como integrado por, o dependiente de, elementos provenientes de esos ámbitos y que rebasan, por tanto, el campo de lo que se considera norma positiva o actividad jurídico-práctica.

Planteadas así las cosas, se muestra la conveniencia de que en la teoría no se superpongan arbitrariamente esos diversos usos del concepto de sistema jurídico, es decir, que cada uno de ellos no traspase sin justificación ni control teórico el ámbito en que cumple su función y recibe su sentido (13), y que no se obstaculice como exclusivo, excluyente y omniabarcador ninguno de esos usos diversos del concepto de sistema jurídico, lo que es tanto como decir que ha de primar una concepción plural, integradora e interdisciplinar de los diversos modos de acceso al fenómeno jurídico y, dentro de ello, al concepto de sistema, frente a cualquier intento de monismo teórico y metodológico.

b) Todo esto nos lleva a preguntarnos si cabe concebir algún tipo de perspectiva teórica que pueda integrar coherentemente todos estos usos y enfoques, y servir, al mismo tiempo, como instancia metateórica explicativa de su significado y su función para el derecho. No se trataría de buscar un instrumento teórico de control común de las elaboraciones teóricas o de los resultados prácticos desde dentro de cada uno de los ámbitos citados, sino de legitimar desde una cierta idea del derecho los postulados metódicos que acabamos de mencionar, postulados que son eminentemente pragmáticos. Se trata de mostrar una teoría del derecho que asegure la coherencia pragmática del conjunto de las diferentes teorías del sistema jurídico y las dote a todas de relevancia no solamente teórica, sino propiamente jurídica, en sentido amplio.

Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, tomo I, Valencia 1977, págs. 175 ss.

(13) Un caso claro de este confusionismo se pone de manifiesto en el modo cómo se suele identificar, aún hoy, el uso «lógico» de la idea de sistema jurídico y su uso práctico en la jurisprudencia de los tribunales. Esta confusión es particularmente frecuente en numerosas referencias a la Jurisprudencia de Conceptos. Sumamente clarificadores al respecto: J. RÖDIG, *Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme*, en A. Kaufmann (ed.), *Münchener Ringvorlesung. EDV und Recht. Möglichkeiten und Probleme. EDV und Recht*, 6 (1973), págs. 56-57. H. FIEDLER, *Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen*, en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil —und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, Berlín 1978, pág. 130 ss.

Como dicen ALCHOURRON y BULYGIN (*op. cit.* pág. 138), es preciso «trazar una clara línea divisoria entre los *problemas lógicos* que corresponden a la compleja actividad de los juristas que llamamos *sistematización* de los enunciados de derecho, y los *problemas empíricos* referentes a la *identificación* previa de tales enunciados, aunque esta división no agota toda la problemática de la ciencia del derecho», y se han de mencionar también los problemas axiológicos. Y añaden: «Problemas diferentes exigen métodos diferentes y su confusión puede originar graves dificultades metodológicas».

Entramos con esto en un terreno cuyo tratamiento a fondo se sale con mucho de los límites de este trabajo, pero a título programático podemos indicar que una perspectiva tal la ofrece una idea del derecho que entienda éste como fenómeno de carácter *discursivo, plural y pragmático*.

La consideración *discursiva* del derecho hace referencia a su ineludible articulación como lenguaje, con lo que el estudio de esa realidad fundamental del derecho no puede dejar fuera ninguna de las tres dimensiones del lenguaje, esto es, la sintáctica, la semántica y la pragmática. Con ello, disciplinas como la lógica o la teoría semántica adquieren relevancia central para el adecuado conocimiento de una parte esencial del ser del derecho.

En segundo lugar, el Derecho es *plural* en cuanto que no es un discurso único (del legislador, de los jueces, de los teóricos del derecho), sino un discurso plural o, por mejor decir, una pluralidad de discursos, discursos que respectivamente pueden operar a distintos niveles (lenguaje-objeto, meta-lenguaje, meta-metalenguaje...).

Y el derecho tiene carácter *pragmático* por cuanto que la pluralidad de discursos en que consiste recibe su fundamento funcional, su recíproca articulación y la posibilidad de su valoración bajo un prisma común a partir de un punto de vista pragmático, en el doble sentido que se puede dar a este término, el ordinario y el de la teoría lingüística: en cuanto que el derecho es prioritariamente *praxis* y carece de toda razón de ser última que no se fije en su función para la praxis, y en cuanto que, por lo mismo, lo decisivo no es, con ser esencial, la dimensión sintáctica (relación signo-signo), ni la semántica (relación signo-objeto), sino la dimensión pragmática (relación sujeto-sujeto).

A la progresiva toma de conciencia de la prioridad de esta dimensión pragmática del discurso jurídico responde la proliferación reciente de teorías que tratan de asegurar la racionalidad del Derecho en tanto que racionalidad práctica y coinciden en la idea de que no bastan, con ser necesarias, la mera racionalidad formal (lógica, sintáctica), ni la mera claridad o comprensibilidad de los términos del discurso, sino que se precisan criterios que aseguren la racionalidad del discurso jurídico en cuanto discurso entre sujetos interactuantes, que delimiten las condiciones prácticas de posibilidad del discurso jurídico racional: criterios pragmáticos (14).

(14) Las variantes al respecto van desde los intentos de recuperar los esquemas de la retórica (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, 3.^a ed., 1970) o la tópica (Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munich, 5.^a ed., 1974) aristotélicas hasta la recuperación de la idea de razón práctica (M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979); desde la aplicación en el ámbito jurídico de la habermasiana teoría consensual de la verdad (J. SCHMIDT, *Noch einmal, Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft*, en *Jus*, 1973, págs. 204 ss.). hasta la fundamentación del carácter «dialogico de todo operar con el Derecho (R. GROESCHNER, *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*, Tübingen, 1982); desde los intentos de apli-

Bajo este enfoque general que aquí se propone, los distintos discursos sobre el sistema jurídico pueden ser asimilados conjuntamente como partes del discurso global que *constituye* el derecho.

car al tratamiento del Derecho el esquema de *Trial and error* del racionalismo crítico (H. ALBERT, *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte der Kritizismus*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, II, 1972, págs. 80 ss.), hasta las tentativas de desarrollar la teoría semiótica de Morris, en lo que a la dimensión pragmática del lenguaje se refiere, para atender a las peculiaridades de la interacción lingüística entre sujetos que tiene lugar en el discurso jurídico (O. BALLWEG, *Phronetik, Semiotik und Rhetorik*, en *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*. Friburgo, Munich 1982, págs. 27 ss., especialmente 57 ss.. H. RODINGEN, *Pragmatik der juristischen Argumentation. Was Gesetze anrichten und was rechtens ist*, Friburgo, Munich 1977); desde la insistencia enraizada en la filosofía hermenéutica, en el componente social que predetermina toda valoración jurídica, con la consiguiente necesidad de legitimación consensual (J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 2.^a ed., 1972), hasta la delimitación de las condiciones prácticas de posibilidad de la argumentación jurídica racional, como subespecie del razonamiento práctico general (R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, 1978).