EL DERECHO COMO SUJETO EPISTÉMICO: HACIA UNA EPISTEMOLOGÍA CONSTRUCTIVISTA DEL DERECHO*

Gunther Teubner
Universidad de Frankfurt

I. Jabberwocky (Galimatazo)+

Brillaba, brumeando negro, el sol; agiliscosos giroscaban los limazones banerrando por las váparas lejanas; mimosas se fruncían los borogobios mientras el momio rantas murgilaba

Comentario de un jurista norteamericano al artículo de *Niklas Luhmann* "La unidad del Ordenamiento jurídico".

Los sociólogos del Derecho europeos y norteamericanos parecen tener problemas para comunicarse entre sí. El hecho de traer a colación la autoridad de *Lewis Carroll* en una rama de la teoría de Derecho, muestra cuán importantes son los problemas. Después de todo, si nos remontamos a sus orígenes, el

* La traducción corresponde al artículo "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law" publicado en: *Law & Society Review* 23 (1989), pp. 727-757, habiéndose incorporado, en los apartados VIII y IX, varias reflexiones contenidas en el artículo "Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts" publicado en: GRIMM, Dieter (ed.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 115-155. El autor ha prestado su consentimiento para la susodicha incorporación.

Traducción a cargo de Carlos Gómez-Jara Díez. Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid. Investigador en el seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn y participante en el seminario de Teoría del Derecho de la Universidad de Frankfurt.

+ El "Jabberwocky" es un extraño poema de *Lewis Carroll*, construido –en principio– sobre la base de palabras inventadas. Tanto el poema como el término "Jabberwocky" han sido objeto de numerosas y diversas traducciones a distintos idiomas, entre ellos al español. Así, hemos escogido la traducción de *Jaime de Ojeda*, en CARROL, Lewis; *A través del Espejo y lo que Alicia encontró al otro lado.* 1ª ed., 8ª reimp. Madrid: Alianza, 1987, para el primer verso del poema, así como para la traducción del término "Jabberwocky" (Galimatazo), ya que refleja fielmente la incomprensibilidad del lenguaje a la que quiere hacer referencia el autor de este artículo. [Nt. del Trad.]

término "Jabberwocky", aquella famosa "estrofa de poesía anglosajona"[1], significaba "semana aciaga" en su versión original alemana[2]. Además, en la interpretación de esta poesía está inevitablemente involucrado un tal *Hermann von Schwindel*[++]...

Esta mutua falta de comprensión es sólo un fenómeno reciente, puesto que la comunicación todavía resultaba fácil cuando la sociología jurídica estaba dominada por el régimen mertoniano de teorías de alcance medio. Existía entonces el consenso de que a través de una observación paciente del Derecho real en el mundo real, se lograría un cuerpo de teorías que no serían ni especulativas ni metafísicas. Dicho consenso, además, se reflejaba en un leguaje común, sobrio, adecuado y comprensible. Sin embargo, con el "regreso de la gran teoría"[3], con la invasión del post-estructuralismo, de la teoría crítica, la teoría del discurso y de la autopoiesis del mundo sociojurídico, el discurso unificado de la sociología jurídica se ha vuelto a segregar en diversas provincias culturales. El deplorable resultado es la fragmentación del lenguaje teórico, el "Galimatazo" (*Jabberwocky*) de la sociología del Derecho.

La oscuridad del lenguaje es, por lo tanto, el comentario crítico habitual respecto de las nuevas "teorías de moda" europeas, ya tengan por origen París, Frankfurt o Bielefeld. Se dice que su lenguaje es extremadamente complejo –generalmente incomprensible– y que contiene trivialidades detrás de una cortina de humo formada por palabras de moda tales como discurso jurídico, racionalidad comunicativa y autopoiesis jurídica.

Por supuesto, las malas traducciones juegan un papel desafortunado en este intercambio de ideas. A ello hay que sumar que los contextos culturales nacionales son hoy en día tan diversos, que la transposición de una teoría de un contexto a otro lleva a tal grado de incomprensibilidad, que sólo puede ser reducido paulatinamente mediante una detallada explicación. Habría también que admitir que, en ocasiones, las idiosincrasias personales de los teóricos hacen que sus textos sean innecesariamente difíciles de comprender. Sin embargo, el núcleo del problema se encuentra en otro lugar. Se trata de si el lenguaje

---

[1] CARROLL, Lewis; "Stanza of Anglo-Saxon Poetry" Misch-Masch, 1855; IDEM; *Through the Looking Glass and What Alice Found There* (citado por la edición de 1960, Bramhall House, New York) London: Macmillan, 1871, p. 191

[2] SCOTT alias CHATTERTON, Robert; "The Jabberwocky Traced to Its True Source", Macmillan's Magazine, February, 1872.

[++] Cuando *Robert Scott* publicó una versión alemana en 1872, señaló que cuando la escribía se le apareció un espíritu cuyo nombre era *Hermann von Schwindel* y que afirmaba que el "Jabberwocky" era una traducción al inglés de una balada alemana llamada "Der Jammerwoch". [Nt. del Trad.]

[3] SKINNER, Quentin; *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*. Cambridge, England: Cambridge Universtity Press 1985.

es lo suficientemente complejo como para adecuarse a la complejidad de la materia tratada. Las nuevas teorías aducen crear realidades sociojurídicas que no pueden ser adecuadamente expresadas mediante el lenguaje ordinario, por lo que una concesión a las exigencias relacionadas con la facilidad de comprensión sería comprometer el contenido de su mensaje.

A título de ejemplo: En el contexto de la autopoiesis del Derecho varios autores están trabajando en una nueva teoría de la persona jurídica[4]. En su lenguaje, "la realidad social de la persona jurídica se encuentra en la colectividad: la autodescripción socialmente vinculante de un sistema de acción organizado como un vínculo cíclico de identidad y acción". ¿Cómo? ¿Más "Galimatazo" (*Jabberwocky*)? ¿Acaso conocen las organizaciones? ¿Cómo pueden tener la capacidad de describirse a sí mismas? ¿Un vínculo de identidad y acción? Todo esto recuerda a aquellas infames mistificaciones de las colectividades. Resulta obvio que las colectividades no actúan, sino sólo los individuos, y que no son sino las acciones de éstos las que se agregan en la acción colectiva. En consecuencia, ¿por qué no volver a la formulación más sobria y comprensible de *Max Weber* al respecto?

"Esos conceptos colectivos...son *representaciones* de algo que en parte existe y en parte se presenta como un deber ser en la mente de hombres concretos (y no sólo de jueces y burócratas, sino del público en general), la acción de los cuales *orientan* realmente; y también debe tomar nota de que esas representaciones, en cuanto tales, poseen una poderosa, a menudo dominante significación causal en el desarrollo de la conducta humana concreta"[5].

Sin embargo, ¿sigue siendo lo mismo? Es cierto que ahora las palabras se entienden fácilmente, pero por desgracia el mensaje se ha perdido. La novedad de la construcción recae en las siguientes cuestiones, las cuales difieren punto por punto de las visiones tradicionales que evoca el lenguaje ordinario:

---

[4] Actor colectivo, personalidad corporativa; Cfr. LUHMANN, Niklas; *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1984, pp. 270ss.; TEUBNER, Gunther, "Enterprise Corporativism: New Industrial Policy and the 'Essence' of the Legal Person", en: *American Journal of Comparative Law* 36, 130, pp. 130ss; KNYPHAUSEN, Dodozu; *Unternehmungen als evolutionsfähige Systeme: Überlegungen zu einem evolutionären Konzept für die Organisationstheorie.* Herrsching: Kirsch, 1988, pp. 120ss.; HUTTER, Michael; *Die Produktion von Recht. Tübingen:* Mohr und Siebeck. 1989, Cap. 4; LADEUR, Karl-Heinz; "Zu einer Grundrechtstheorie der Selbstorganisation des Unternehmens", en: *Festschrift für Helmut Ridder.* Neuwied: Luchterhand , 1989; VARDARO, Gaetano; "Before and Beyond the Legal Personality: Group Enterprises and Industrial Relations", en: D. Sugarman y G. Teubner (eds.) *Regulating Corporate Groups in Europe.* Baden-Baden:Nomos , 1990

[5] WEBER, Max; *Economía y sociedad*. México-Argentina-España et.al.: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 13s.

1. Las organizaciones no están compuestas por seres humanos como miembros, sino por comunicaciones; concretamente por decisiones, que son sus elementos auto-constitutivos.
2. Las organizaciones "conocen". A través de la comunicación interna construyen sus propias realidades sociales, las cuales difieren considerablemente de las construcciones de la realidad de sus miembros individuales. En pocas palabras: las organizaciones son sujetos epistémicos.
3. Las organizaciones no son capaces *per se* de acción colectiva. Se transforman a sí mismas en actores colectivos mediante la constitución comunicativa de su identidad.
4. La capacidad de acción colectiva surge cuando las organizaciones, en su identidad colectiva, producen acciones y, viceversa, la acción organizativa produce su identidad colectiva.

Evidentemente, estas cuatro cuestiones sugieren una realidad social de la persona jurídica que se encuentra más allá de los territorios sobradamente conocidos de las teorías de la ficción, de la agrupación o de la entidad de la persona jurídica[6].

Este ejemplo debería haber puesto de manifiesto que el problema ya mencionado de la comunicación no se debe tanto a la oscuridad del lenguaje sino a la limitada capacidad de nuestro lenguaje para expresar la construcción de realidades sociales cuando éstas son percibidas de manera novedosa. Al menos esto es lo que tienen en común las siguientes teorías del Derecho: post-estructuralismo, teoría crítica y autopoiesis. Bien es verdad que *Michel Foucault*, *Jürgen Habermas* y *Niklas Luhmann* "agiliscosos giroscaban los limazones", pero lo hacen porque imaginan unas realidades sociales cuya construcción va más allá de los límites del lenguaje ordinario. Lo que les hace aparentemente incomprensibles es el hecho de que, en lo concerniente a la sociología jurídica, abandonan radicalmente las premisas epistemológicas que están profundamente arraigadas en el pensamiento contemporáneo. En concreto, se desmarcan de lo que *Pizzorno*[7] ha denominado polémica-

[6] En relación con este debate en términos de las teorías clásicas, Cf. HORWITZ, Morton; "Santa Clara Revisited", en: *West Virginia Law Review* 88 (1985), pp. 173ss.; DAN-COHEN, Meir; *Rights, Persons and Organisations. A Legal Theory of Bureaucracy Society.* Berkeley: University of California Press 1986; SHANE, Sanford A.; "The Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction", en: *Tulane Law Review* 61 (1987), pp. 563ss.; ROOS, Carl Martin; *Corporate Personality and Contractual Structure: Legal Aspects on the Firm as a Nexus of Treaties,* Uppsala: Manuscrito. 1988

[7] PIZZORNO, Alessandro; "Spiegazione come re-identificatione", en: L. Sciolla y L. Riccolfi (eds.), *Il soggetto dell'azione: Paradigme sociologichi e immaggini dell'attore sociale.* Milano: Angeli, 1989.

mente la *reificación* de una "metafisica quotidiana" – esto es, se desmarcan del realismo epistemológico y del individualismo metodológico. Si bien el post-estructuralismo, la teoría crítica y la teoría de la autopoiesis desarrollan diferentes visiones del Derecho moderno, las tres coinciden en su anti-realismo y su anti-individualismo[8].

Resultaría superfluo añadir que el anti-realismo no supone un idealismo epistemológico, y que el anti-individualismo no se traduce en un colectivismo / holismo metodológico. No nos encontramos frente a un renacimiento de las viejas dicotomías realismo/idealismo e individualismo/colectivismo que dominaron los debates de la teoría del Derecho en la primera mitad del siglo veinte. Ni *Kelsen* ni *Duguit* están en el panorama actual de la teoría del Derecho. Más bien, con el retorno de la gran teoría, el realismo epistemológico se transforma en un nuevo constructivismo epistemológico. De esta manera los actores del individualismo metodológico son reemplazados por constructos tales como el discurso, la auto-reflexión social y la auto-organización. Pero, ¿qué es lo que supone esta reorientación radical de la teoría sociológica para el Derecho?

En lo que al Derecho se refiere, la clave se encuentra en la combinación del cambio epistemológico con la nueva percepción de la individualidad. Esto es, el constructivismo se deshace de la ingenua suposición realista de que los actores humanos, a través de sus acciones intencionales, configuran los elementos básicos de la sociedad. De esta combinación se deducen las principales tesis de este artículo:

1. A tenor de la epistemología social constructivista, las percepciones del Derecho respecto de la realidad no se corresponden con algún tipo de realidad social que está "ahí fuera". Por el contrario, es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social.
2. No son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales producen el Derecho como un artefacto cultural. Muy al contrario, es

[8] Dada la orientación humanista de la teoría crítica, podría resultar extraño el caracterizar esta teoría como anti-individualista. Sin embargo, no nos estamos refiriendo a opciones político-morales, sino a construcciones teóricas. Dicha teoría es anti-individualista en los siguientes órdenes: (1) en su crítica al individualismo metodológico de las teorías económicas y del actor racional, (2) en el reemplazo de la teorías monológicas de la formación de la norma por las teorías dialogales (3) en su ubicación del discurso en el centro de la cognición y no en el clásico sujeto epistemológico (Cfr. "razón comunicativa versus razón centrada en el sujeto" en HABERMAS, Jürgen; *The theory of Communicative Action. Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason. Vol. 2*. Boston: Beacon Press, Cap. 11; e IDEM, *The Theory of Communicative Action. Vol. 1: Reason and the Rationalization of Society.* Boston: Beacon Press, Cap. 3)

el Derecho el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas.

3. Dado que la sociedad moderna viene caracterizada, de un lado por fragmentarse en diferentes *epistèmes* y, de otro, por la interferencia entre los mismos, el discurso jurídico se ve atrapado en una "trampa epistémica". La simultaneidad en la dependencia e independencia respecto de los otros discursos sociales es la razón por la cual el Derecho moderno está permanentemente oscilando entre posiciones de autonomía y heteronomía cognitiva.

Tras *Berger* y *Luckmann*[9], "la construcción social de la realidad" se ha convertido, aparentemente, en la sabiduría recibida por la sociología[10]. A pesar de ello, nuestras tesis muestran que existe una versión más profunda de la epistemología social que la consistente en el entendimiento habitual de cómo las instituciones sociales, las comunidades científicas y las culturas de laboratorio influyen en la percepción individual. Hay algo más en la epistemología social que el "interés" de los actores sociales responsables de la manipulación del conocimiento[11]. Las tres teorías que aquí se examinan –el post-estructuralismo, la teoría crítica y la teoría de la autopoiesis– han radicalizado la noción de lo "social" en la cognición social, lo cual merece la pena analizar en el contexto de la cognición jurídica. ¿Cuál es el significado preciso de la afirmación, en cierto modo ambigua, de que el Derecho constituye una realidad autónoma? De manera similar, ¿qué se pretende al afirmar que el individuo es un mero constructo de la sociedad y del Derecho? Y, por encima de todo, ¿cómo "piensa" el Derecho?

II. Discurso y autopoiesis

"Sin embargo, reconforta y tranquiliza el pensar que el hombre es sólo una invención reciente, una figura que no tiene ni dos siglos, un simple

[9] BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas; *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology Knowledge.* New York: Doubleday, 1966.

[10] Vid. por ejemplo BLOOR, David; *Knowledge and Social Imagery.* London: Routledge and Kegan. 1976; LATOUR, Bruno y WOOLGAR, Steve; *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts.* Princeton: Princeton University Press, 1979; KNORR-CETINA, Karin; *Die Fabrikation von Erkenntnis: Zur Anthropologie der Naturwissenschaft.* Frankfurt: Suhrkamp, 1984; GILBERT, Nigel y MULKAY, Michael; *Opening Pandora's Box.* Cambridge: Cambridge University Press, 1984; COLLINS, Harry; *Changing Order: Replication and Induction in Scientific Practice.* Beverly Hills: Sage, 1985; FULLER, Steve; Social Epistemology. Bloomington: Indiana University Press, 1988.

[11] BARNES, Barry; *Scientific Knowledge and Sociological Theory. L*ondon: Routledge and Kegan, 1974

pliegue en nuestro saber y que desaparecerá en cuanto este encuentre una forma nueva"[12].

La provocación antirealista y anti-individualista de *Michel Foucalt* no sólo irrita al análisis económico del Derecho, sino que la mayor parte de las ramas de la teoría social que influyen en el pensamiento jurídico moderno, se sienten incomodadas por la descentralización post-estructuralista del sujeto. Bajo la enorme influencia de los "padres fundadores" del individualismo metodológico –*Hayek*[13] y *Popper*[14]– la realidad quasi-natural de los actores individuales es asumida por teorías económicas y sociales contemporáneas tales como la microfundamentación[15] o la teoría del actor racional[16]. Éstas exigen que todo fenómeno colectivo sea reducido a las acciones intencionales de los individuos. De forma análoga, la reducción de la macrofenomenología social a las características de los individuos resulta casi axiomática para el conductismo sociológico[17]. Sin embargo, también para aquellas teorías sociológicas del Derecho que pertenecen a la tradición de la sociología interpretativa de *Max Weber*, la realidad de la actuación individual es una premisa fundamental[18]. Incluso algunos teóricos sociales que buscan enfoques estructuralistas y sistémicos, se sienten compelidos a corregirlos con una infusión de individualismo[19].

---

[12] FOUCAULT, Michel; *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas.* 25ª ed. Méjico: Siglo Veintiuno, 1997, p. 9.

[13] HAYEK, Friedrich A.; *Individualism and Economic Order.* London: Routledge, 1948; IDEM; *Law, Legislation, Liberty. Vol. 1: Rules and Order.* London: Routledge and Paul, 1973.

[14] POPPER, Karl; *The Poverty of Historicism.* London: Routledge and Kegan Paul, 1953

[15] WEINTRAUB, E. Roy ; *Microfoundations: The Compatibility of Microeconomics and Macroeconomics.* Cambridge: Cambridge University Press, 1979; NELSON, Alan; "Some Issues Surrounding the Reduction of Macroeconomics to Microeconomics", en: *Philosophy of Science* 51 (1984), pp. 573ss.

[16] ELSTER, Jon; *Explaining Technical Change:* Cambridge: Cambridge University Press, 1983; IDEM, *Making Sense of Marx*. Cambridge. Cambridge University Press. 1985.

[17] HOMANS, George, C.; *Social Behavior. It's Elementary Forms.* London: Routledge and Kegan, 1961.

[18] AUBERT, Willhelm; "On the Relationship between Legal and Sociological Concepts", en: E. BLANKENBURG, E. KLAUSA y H. ROTTLEUTHNER (eds.), *Alternatives Rechtsformen und Alternativen zum Recht.* Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980, p. 119

[19] p.ej. CROZIER, Michel y FRIEDBERG, Ehrhard ; *L'acteur et le systeme: Les contraintes de l'action collective.* Paris: Seuil., 1977; GIDDENS, Anthony; *Social Theory and Modern Sociology.* Standford: Standford University Press 1987, pp. 98ss.; para el sistema jurídico, FEBBRAJO, Alberto; "The Rules of the Game in the Welfare State" en: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Berlin: de Gruyter, 1985, p. 136; KERCHOVE, Michael van de y OST, Francis; *Le systéme juridique entre ordre et desordre.* Paris: Presses Universitaires de France, 1988, pp. 157ss.; OST, Francis ; "Between Order and Disorder: The Game of Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 87.

Es indicativo del carácter epidémico del síndrome "el hombre como realidad", el hecho de que incluso los juristas críticos, profundamente influidos por las ideas de *Foucault* y que entusiasmadamente adoptan sus mensajes políticos, rechacen de pleno las consecuencias epistemológicas. *Duncan Kennedy*, en su análisis de la indeterminación jurídica[20], da muestras de un elevado prejuicio individualista en relación con el sujeto jurídico reflejado y los aspectos comunicativos del Derecho. Por lo tanto, al centrarse tanto en las reflexiones individuales del juez como en sus consideraciones estratégicas, se encuentra lejos de un análisis del discurso como el de sus adversarios "liberales". *Robert Gordon*[21] rechaza explícitamente las tendencias anti-individualistas en el estructuralismo y el post-estructuralismo, pues degradan las intenciones humanísticas del pensamiento jurídico crítico[22].

Lo que hace que esta combinación de realismo e individualismo sea tan viable en el pensamiento jurídico contemporáneo no son tanto sus virtudes inherentes sino la falta de verdaderas alternativas. Las alternativas tradicionales, a saber, el idealismo epistemológico y el colectivismo metodológico se consideran, acertadamente, poco atractivas. Pero ¿acaso resulta cierto que las únicas alternativas al alcance de la mano son aquéllas que rezan "como si estas estructuras impersonales tuvieran una vida propia y los seres humanos estuvieran esclavizados por las necesidades de ese círculo de la vida, creando y destruyendo bajo los dictados del Espíritu del Mundo"[23]?

Como me propongo demostrar en las páginas que siguen, existen alternativas viables a las corrientes imperantes de pensamiento realista e individualista. Quisiera extraer del difuso movimiento contemporáneo de la "construcción social de la realidad" y de la "descentralización del sujeto" a tres teóricos que han contribuido a un conocimiento más profundo de la cognición sociojurídica. Al mismo tiempo, representan las líneas de pensamiento más importantes en la Europa occidental: *Michel Foucault* (post-estructuralismo), *Jürgen Habermas* (teoría crítica) y *Niklas Luhmann* (teoría de la autopoiesis). Dichas teorías tienen en común el hecho de que reempla-

---

[20] "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", en *Journal of Legal Education* 36 (1986), p. 518.

[21] "Critical Legal Histories", en: *Standford Law Review* 36 (1984), pp. 117ss.

[22] Hay importantes excepciones entre los miembros de la escuela crítica que desarrollan alternativas serias al individualismo prevaleciente; sobre todo KENNEDY, David; "Critical Theory, Structuralism, and Contemporary Scholarship", en *New England Law Review* 21 (1985), pp. 209ss. Pero estas excepciones confirman nuestra regla: es su lenguaje, incluso en sus propios círculos intelectuales, el que tiene que arreglárselas con el síndrome del "Galimatazo" (*Jabberwocky*).

[23] GORDON, Robert W.; "Critical Legal Histories", en: *Standford Law Review* 36 (1984), p.117

zan al individuo autónomo por procesos comunicativos y no por entidades supra-individuales. Difieren, por el contrario, en su identificación de la nueva unidad cognitiva. En la concepción de la teoría crítica de *Habermas*, las correspondientes teorías de la verdad se ven desbancadas por las teorías del consenso y la "intersubjetividad" toma el lugar del sujeto epistémico. *Foucault* y *Luhmann* son todavía más radicales en su desencantamiento con el sujeto individual. Para *Foucault*, el individuo no es sino una construcción efímera de la constelación, históricamente contingente, poder/discurso, la cual dicta el *epistème* de una época histórica. *Luhmann* separa totalmente los procesos psíquicos de los sociales y percibe al individuo en la sociedad como un artefacto semántico, como un producto de la auto-observación de la autopoiesis social. Los nuevos sujetos epistémicos son los sistemas sociales autopoiéticos.

III. Jürgen Habermas: Intersubjetividad y consenso

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo, de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero, del Derecho como un sistema de normas al Derecho como un sujeto epistémico. Mientras que el primer cambio lleva a una cierta modificación de la posiciones kantianas, los otros dos cambios abren un nuevo camino en la teoría jurídica y social. El segundo pone de manifiesto los fundamentos sociales de la cognición de una manera mucho más radical de lo que cualquier sociología tradicional del conocimiento había hecho hasta ahora. El tercero, atribuye la creación de una realidad social autónoma a las prácticas discursivas del Derecho.

En esta reorientación de la cognición social y jurídica, la teoría de la racionalidad comunicativa[24] juega un papel preponderante. El concepto clave del "discurso racional", fundamental en *Habermas*, pone de relieve el papel decisivo que el procedimiento juega en la cognición empírica y en la normativa. Al mismo tiempo, su "pragmática universal" da cuenta de la dimensión

[24] HABERMAS, Jürgen; *Knowledge and Human Interest.* Boston: Beacon Press, 1971; IDEM, "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", en: J. Habermas und N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung.* Frankfurt: Suhrkamp, 1971; IDEM, *Communication and the Evolution of Society.* Boston: Beacon Press, 1974; IDEM, *Legitimation Crisis.* Boston: Beacon Press, 1975; IDEM; (como en nota 8) vol. 1; IDEM, (como en nota 8) vol. 2; IDEM, "Wie ist Legitimation durch Legalität möglich?" en: *Kritische Justiz* 20 (1987), pp. 1ss.; IDEM, *Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze.* Frankfurt: Suhrkamp, 1988

social del conocimiento moral y jurídico, oponiéndose así a la epistemología individualista predominante.

Habermas rechaza las tradicionales teorías de la verdad como correspondencia (desde *Aristóteles* a *Tarski*), según las cuales las proposiciones son verdaderas si se corresponden con una realidad externa. En su lugar, éste propone una teoría de la verdad como consenso, que declara como verdad el consenso "potencial" de todos los participantes en el discurso[25]. Este desplazamiento crea, evidentemente, la necesidad de identificar un criterio independiente en aras de distinguir el consenso verdadero del falso. Tras un peregrinar por diferentes criterios, *Habermas* lo encuentra en el presupuesto de una "situación ideal del discurso", la cual se encuentra definida por una serie de características formales y procedimentales[26].

Precisamente esta procedimentalización del criterio de la verdad es el que le confiere tanta importancia, para el Derecho, a la teoría habermasiana del discurso[27]. Permite la comparación directa del discurso teórico-empírico de las ciencias con el discurso práctico-normativo de la política, la moral y el Derecho: la validez de sus declaraciones depende de la corrección del procedimiento[28]. Además abre una vía para la reformulación de la modernidad del Derecho, en la cual la tesis de la materialización del Derecho formal de *Max Weber* se ve reemplazada por los conceptos de la procedimentalización del Derecho[29].

---

[25] HABERMAS, Jürgen; (como en nota 24) 1971, p. 123; IDEM, "Wahrheitstheorien", en: H. Fahrenbach (ed.), *Wirklichkeit und Reflexion.* Pflullingen: Neske, 1973, p. 211.

[26] HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol.1, Cap. 3.

[27] Vid. p.ej. ALEXY, Robert; "Das A priori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik", en: K.O. Apel, *Transformation der Philosophie,* Frankfurt: Suhrkamp, 1978, pp. 219ss.; GÜNTHER, Klaus; *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht.* Frankfurt: Suhrkamp, 1988.

[28] HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol.1, Cap. 3.

[29] HABERMAS, Jürgen; "Law as Medium and Law as Institution", en: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State.* Berlin: de Gruyter, 1985, pp. 215ss.; IDEM, (como en nota 24), 1987, pp. 1ss; WIETHÖLTER, Rudolph; "Materialization and Proceduralization in Modern Law", en: G. Teubner (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State.* Berlin: de Gruyter, 1985; IDEM, "Social Science Models in Economic Law", en: T. Dainith y G. Teubner (eds.) *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory.* Berlin: de Gruyter, 1986; GÜNTHER, Klaus; (como en nota 27); FREY, Reiner; *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie.* Berlin: Duncker and Humblot, 1989, pp. 55ss; JOERGES, Christian; "Politische Rechtstheorie and Critical Legal Studies", en: C. Joerges and D. Tubeck (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989; LADEUR, Karl-Heinz; "The Law of Uncertainty", en: C. Joerges y D. Trubek (eds.) Critical Legal Thought: An American-German Debate. Baden-Baden: Nomos, 1989; PREUSS, "Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and Communicative Rationality", en: C. Jorges and D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989.

La otra gran contribución de *Habermas* a la epistemología del Derecho es la de tomar en cuenta el elemento social en el conocimiento empírico y normativo. Su filosofía ya no atribuye "autoridad epistémica" al sujeto autónomo, sino a la comunidad comunicativa[30]. Mientras que la epistemología tradicional sitúa el conocimiento exclusivamente en la conciencia (empírica o trascendental) del sujeto, *Habermas* reconoce que el conocimiento es fundamentalmente un proceso comunicativo. La "intersubjetividad" toma el puesto del sujeto epistémico kantiano. Es el auténtico consenso de la comunidad comunicativa y no la conciencia del individuo autónomo el que determina la verdad en las cuestiones cognitivas y normativas. En consecuencia, la conocida pregunta kantiana: "¿Cuáles son las condiciones para que el conocimiento sea posible?", se reorienta desde las condiciones de la conciencia hacia las de la comunicación. De esta manera incluso el trascendentalismo se socializa: el nuevo a priori está representado por la "situación ideal del discurso", cuyo presupuesto es condición para la posibilidad de comunicación[31].

Desgraciadamente este "a priori de la comunidad comunicativa"[32] es al mismo tiempo uno de los mayores problemas de esta teoría. Con la apriorización de ciertas características de la comunicación, *Habermas* pretende escapar de las "paradojas de la autoreferencia"[33] que necesariamente surgen de su jerarquía de justificación discursiva. El núcleo de la teoría de *Habermas* se encuentra en la auto-aplicación de las prácticas discursivas: los procedimientos del discurso sólo pueden ser justificados por el propio discurso, cuyos procedimientos tienen a su vez que ser justificados por el discurso.[34]

---

[30] HABERMAS, Jürgen; *Moralbewusstsein und kommunikativen Handeln.* Frankfurt: Suhkamp, 1983, p. 26; IDEM, (como en nota 24) 1988, pp. 63ss., p. 80.

[31] HABERMAS, Jürgen; "(como en nota 24), 1971, p. 136; IDEM, (como en nota 30), 1983, p. 53; IDEM, (como en nota 8) vol. 1, Cap. 3.

[32] APEL; Karl-Otto; "Das A priori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik", en: K.O. Apel, *Transformation der Philosophie,* Frankfurt: Suhrkamp, 1973; IDEM, *Diskurs der Verantwortung: Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral.* Frankfurt: Suhrkamp, 1988; BÖHLER, Dietrich; *Rekonstruktive Pragmatik: Von der Bewusstsein philosophie zur Kommunikationsreflexion: Neubegründung der praktischen Wissenschaften und Philosophie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1985.

[33] WORMELL, C.P.; "On the Paradoxes of Self-Reference", en: *Mind* 67 (1958), pp. 267ss.; QUINE, Willard, V.; *The Ways of Paradox.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 1976; KRIPPENDORFF, Klaus; "Paradox and Information", en: B. Dervin and M. Voight (eds.) *Progress in Communication*. Norwood: Ablex, 1984; BARWISE, Jon y ETCHEMENDY, John; *The Liar: An Essay in Truth and Circularity,* New York: Oxford University Press Barwise y Etchemendy, 1987.

[34] El problema de la regresión infinita / circularidad en la justificación de la teoría del discurso habermasiana se encuentra nítidamente expresada en HABERMAS, Jürgen; (como en nota 24), 1971, pp. 123ss. e IDEM, (como en nota 25), 1973, pp. 255ss.

Con el fin de evitar la regresión infinita y la circularidad, *Habermas* recurre al trascendentalismo comunicativo.

La fundamentación trascendentalista del discurso racional se encuentra en estrecha vinculación con las ambigüedades de la "intersubjetividad". Éstas representan el otro gran problema no resuelto en la posición de *Habermas* sobre el conocimiento social. ¿Qué es lo que se pretende: elementos o relación? ¿Conciencia o comunicación? ¿Procesos psíquicos o sociales? El sujeto epistémico de *Habermas* oscila entre estas dos posiciones sin encontrar nunca su identidad en ninguno de los dos ámbitos[35]. Parece como si *Habermas* pretendiera evitar de nuevo las paradojas de la auto-referencia en el discurso, esta vez mediante el cambio de la referencia del sistema. Si el discurso puede únicamente fundamentarse recursivamente en el discurso, ¿no tendría que estar fundado en la conciencia humana?

IV. Michael Foucault: Discurso y *epistème*

Las ideas de *Foucault* sobre el discurso y el poder pueden considerarse como una radicalización de la posición epistemológica de *Habermas*. De hecho, *Foucault* ataca directamente lo que acabamos de describir como el mayor de los problemas de *Habermas* sin resolver: la fundamentación del discurso en un a priori comunicativo y el rol ambiguo de la conciencia individual en la intersubjetividad. La mayor contribución de *Foucault* a la epistemología social es la de liberar al concepto cardinal "discurso" de cualquier fundamentación trascendental o psíquica. Por supuesto, esto no evita que caiga en las trampas de la auto-referencialidad. La vía de escape de *Foucault* constituye al mismo tiempo el punto más famoso y más débil de su teoría: la ubicuidad del poder.

El punto de partida de *Foucault* es constructivista: la realidad no es algo externo al conocimiento sino que es constituido, "construido" por el conocimiento en sí. Sin embargo, en contraposición a la tradición clásica, no es la conciencia individual del sujeto la que constituye la realidad. De igual manera, tampoco es la intersubjetividad –como en la teoría de *Habermas*– el resultado comunicativo de la interacción entre actores humanos. Más bien es el discurso –una cadena de sucesos lingüísticos, anónima, impersonal y libre de intenciones[36]. Resulta obvio añadir que ésta no es una posición

---

[35] Sobre la controversia intersubjetividad *versus* comunicación, Vid. HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol. 2., Cap. 12; IDEM, (como en nota 24), 1988, pp. 95ss.; LUHMANN, Niklas; "Intersubjetivität oder Kommunikation: Unterschiedliche Ausgangspunkte soziologischer Theoriebildung", en: *Archivio de Filosofia* 54 (1986), pp. 41ss.

[36] FOUCAULT, Michel; *The Archeology of Knowledge.* New York: Harper Colophon, 1972, Cap. 2.

estructuralista[37]. El discurso en la construcción de *Foucault* es mucho más rico que los abstractos grupos del signos del estructuralismo. Es la práctica social, no la estructura social; es la *parole*, no la *langue*. Los elementos básicos del discurso no son los signos, sino los *énoncés*, esto es, el uso social del lenguaje que construye la realidad. La misión del análisis del discurso no consiste en "tratar los discursos como grupos de signos (elementos significantes referidos a contenidos o a representaciones), sino como prácticas que sistemáticamente forman el objeto sobre el que hablan"[38]. El discurso es ambos: suceso y estructura, "un canal de sucesos lingüísticos en el espacio y en el tiempo así como también una organización altamente selectiva de sucesos lingüísticos"[39]. Y es esta práctica social del discurso, históricamente contingente, la que dicta el *epistème* de una determinada época histórica. Define así las condiciones para la posibilidad del conocimiento no de manera atemporal sino temporalmente, concretamente, localmente[40].

En una epistemología social tan radical no hay lugar para la conciencia individual y las acciones intencionales de sujetos humanos. Tampoco necesidad de una fundamentación apriorística. El sujeto humano no es ya el autor del discurso. Ocurre precisamente lo contrario: el discurso produce al sujeto humano como un artefacto semántico[41]. Al mismo tiempo, las formaciones discursivas son históricamente contingentes, por lo que carecen de cualquier fundamentación a priori. Cada sociedad tiene su propio orden de la verdad y su propia política de la verdad.

Ahora bien, sería una consecuencia de esta forma de pensar el que dichas formaciones discursivas, dichas prácticas sociales profundamente autónomas, produjeran ellas mismas el criterio de su propia transformación. *Dreyfus* y *Rabinow*, por ejemplo, ven claramente esta necesaria autorreferencialidad como condición para el cambio estructural del discurso. Puesto que "éste sostiene que las prácticas discursivas son autónomas y determinan su propio contenido...debería localizar en las regularidades de las prácticas mismas el poder productivo que se revela en ellas. El resultado, un tanto extraño, es que las regularidades se regulan a sí mismas"[42]. *Foucault*, sin embargo, se queda corto frente a las paradojas de la autorreferencia. Se abstiene

---

[37] DREYFUS, Hubert L. y RABINOW, Paul; Michael Foucault: *Beyond Structuralism and Hermeneutics*. Chicago: University of Chicago Press, 1982, pp. 44ss.

[38] FOUCAULT, Michel;(como en nota 36), p. 49.

[39] HONNETH, Axel; *Kritik der Macht: Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie.* Frankfurt: Suhrkamp, 1985, p. 164.

[40] Referido a las ciencias, FOUCAULT, Michel; (como en nota 12), Caps. 2, 3, 7; referido al Derecho, IDEM, *Discipline and Punish.* New york: Vintage / Random House, 1979.

[41] FOUCAULT, Michel; (como en nota 12), Cap. 9.

[42] (como en nota 37), p. 84.

de las necesarias consecuencias de su propia construcción e introduce el concepto de poder en aras de exteriorizar las relaciones auto-referenciales. En su planteamiento tardío abandona la idea del discurso autónomo como nuevo sujeto epistémico y remite a la ubicuidad del poder como fundamentación quasi-trascendental de las practicas discursivas[43].

V. Niklas Luhmann: Constructivismo y autopoiesis

Las paradojas de la auto-referencia parecen ser el principal obstáculo para el desarrollo de una verdadera epistemología social. *Habermas* y *Foucault* han realizado importantes contribuciones, pero las consecuencias radicales de sus ideas parecen estar bloqueadas por las estructuras auto-referenciales (circularidad, tautología, regresión infinita, paradoja) a lo largo de sus versiones de la teoría del discurso. ¿Cómo puede justificarse el discurso racional sino por el propio discurso racional (*Habermas*)? ¿Cómo pueden ser transformadas esas formaciones discursivas que gobiernan el *epistème* de toda una época histórica sino por las propias formaciones discursivas (*Foucault*)? Ambos autores son plenamente conscientes de que estas cuestiones llevan necesariamente a la paradoja, y sin embargo su solución es la de evitar la paradoja a cualquier precio. Evidentemente las paradojas de la auto-referencia no pueden evitarse: simplemente reaparecen al final de cualquier vía de escape. Cuando *Habermas* encuentra la fundamentación trascendental de la comunicación en la distinción entre situación ideal del discurso y las situaciones reales del discurso, ¿es esta distinción a su vez, empírica o trascendental? De forma alternativa, cuando reintroduce el sujeto en el discurso, las paradojas clásicas del sujeto autorreflejado están obligadas a reaparecer. Cuando *Foucault* establece la fundamentación del discurso en las constelaciones de poder ubicuas, lo hace a cambio de las paradojas autoreferenciales del poder.

La teoría de la autopoiesis[44] trata estas paradojas de la autorreferencialidad de manera diferente: no hay que evitar las paradojas, sino hacer un uso productivo de las mismas. Si los discursos sociales son sistemas autopoiéticos, esto es, sistemas que recursivamente producen sus propios elementos gracias a su propia red de elementos, entonces se basan en la autorreferencialidad que tanto *Habermas* como *Foucault* intentan desesperadamente evitar[45]. Como sistemas autopoiéticos, los discursos no pueden

---

[43] Para una crítica, Vid. HONNETH, Axel; (como en nota 39), pp. 168ss.; HABERMAS, Jürgen; (como en nota 8) vol.2, Cap. 10.

[44] MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco; *Autopoiesis and Cognition*. Boston: Reidel, 1980; FÖRSTER, Heinz von; *Observing Systems,* Seaside, CA: Intersystems Publications, 1981; LUHMANN, Niklas (como en nota 4).

[45] LUHMANN, Niklas; "The Autopoiesis of Social Systems", en: F. Geyer y J. Van der Zouwen (eds.) *Sociocybernetic Paradoxes,* London: Sage, 1986, p. 172; IDEM, "The Theory

sino justificarse en su propia circularidad y no pueden sino producir regularidades que se regulan a sí mismas y que gobiernan la transformación de sus propias regularidades. La paradoja de la autoreferencia no es entonces un fallo de nuestra reconstrucción intelectual del discurso que hay que evitar a toda costa, sino que es su realidad la que no podemos evitar en modo alguno. La aplicación recursiva de las operaciones a los resultados de estas mismas operaciones no conduce necesariamente al bloque paradójico de la paradoja o a la mera arbitrariedad, sino que, bajo ciertas condiciones, conduce a que surjan los valores propios (*Eigenvalues*)[46]. Del continuo "cálculo de cálculos", los discursos sociales aprenden de manera "ciega" aquellos modos operacionales que resultan válidos para adaptarse a un entorno al cual no tienen acceso directo[47].

La consecuencia epistemológica es un constructivismo radical[48]. Todo conocimiento –ya sea psíquico o social, ya sea científico, político, moral o jurídico– es una construcción interna del mundo exterior; el conocimiento no tiene acceso a una realidad "ahí fuera". Cualquier actividad cognitiva –ya sea de investigación teórica o empírica– no es sino una construcción interna de la unidad cognoscente; y toda prueba del procedimiento que pretenda examinar la validez de las construcciones internas en relación con la reali-

---

of Social Systems and Its Epistemology: Reply to Danilo Zolo's Critical Comments", en *Philosophy of the Social Sciences* 16 (1986), pp. 129ss.; IDEM, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", en: *Journal of Law and Society* 15 (1988), p. 153.

[46] FÖRSTER, Heinz von (como en nota 44), 1981, p. 274; IDEM, "Entdecken oder Erfinden? Wie lässt sich Verstehen verstehen?" En: A. Mohlar (ed.) *Einführung in den Konstruktivismus.* München: Oldenbourg , 1985, p. 36.

[47] Para una elaboración de estas cuestiones un tanto "Galimatazo" (Jabberwocky), Vid. TEUBNER, Gunther; "And God Laughed....:Indeterminacy, Self-Reference, and Paradox in Law", en: C. Joerges y D. Trubek (eds.) *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989.

[48] PIAGET, Jean; *The Construction of Reality in the Child.* New York: Ballantine, 1971; GLASERSFELD, Ernst von; "Radical Constructivism and Piaget's Concept of Knowledge", en: F.B. Murray (ed.), *Imput of Piagetian Theory.* Baltimore: University Park Press, 1975; IDEM, "An Epistemology for Cognitive Systems", en: G. Roth y H. Schwegler (eds.), *Self-Organizing Systems: AN Interdisciplinary Approach.* Frankfurt: Campus, 1981; IDEM, "Konstruktion der Wirklichkeit und des Begriffs der Objektivität", en: H. Gumin y A. Mohlar (eds.), *Einführung in den Konstruktivismus.* München: Oldenbourg, 1985; MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco; *Autopoiesis and Cognition.* Boston: Reidel, 1980; FÖRSTER, Heinz von; (como en nota 44), 1981; LUHMANN, Niklas (como en nota 4), pp. 647ss.; ROTH, Gerhard; "Erkenntnis und Realität: Das Gehirn und seine Wirklichkeit" en: G. Pasternack (ed.), *Erklären, Verstehen, Begründen.* Bremen:Universität, 1984 ; IDEM, "Die Entwicklung kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn", en: D. Baecker et al (eds.) *Theorie als Passion.* Frankfurt: Suhrkamp, 1987; ARBIB, Michael A. y HESSE, Mary B.; *The construction of Reality.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986; SCHMIDT, Siegfried; *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus.* Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

dad externa, es sólo una comparación interna de diferentes construcciones del mundo.

En esta versión radicalizada de la "construcción social de la realidad" no hay lugar para la acción o el pensamiento individual[49]. La autopoiesis social se basa exclusivamente en la comunicación –definida como la síntesis de participación, información y comprensión– que recursivamente reproduce la comunicación[50]. La construcción social de la realidad está fuertemente separada de la construcción psíquica de la realidad. En este punto radica la importante diferencia con *Habermas*, quien en el ambiguo concepto de intersubjetividad funde comunicación y conciencia; también con *Foucault*, para quien el sujeto no es sino un constructo históricamente contingente de las constelaciones oscilantes discurso / poder. Para la teoría de la autopoiesis, los procesos psíquicos forman su propia red reproductiva cerrada –autopoiesis psíquica–. Ésta sólo es accesible a ellos mismos y se muestra totalmente inaccesible a la comunicación. Por su parte, la comunicación forma una red autorreproductiva propia –autopoiesis social– accesible sólo a la comunicación e inaccesible a cualquier proceso psíquico. Cierto es que los individuos reaparecen en el mundo de la comunicación, pero sólo como construcciones comunicativas, como artefactos semánticos sin correspondencia con la conciencia o con los procesos autopoiéticos del mundo psíquico[51]. Los procesos psíquicos y sociales coexisten: se superponen en sus operaciones; están "acoplados" mediante la sincronización y la coevolución, pero no hay superposición en sus operaciones. No hay sino una simetría de la construcción de la realidad: los procesos psíquicos producen constructos mentales de la sociedad, y los procesos sociales producen constructos comunicativos de la psique.

El tratamiento de estos dos aspectos –la radicalización del constructivismo y la desindividualización del discurso– por parte de *Luhmann*, constituye un desarrollo de lo contenido en las versiones de la epistemología social de *Habermas* y *Foucault*. No obstante, hay un tercer aspecto de la teoría luhmaniana de la autopoiesis que va más allá de la versión frankfurtiana o parisina del análisis del discurso: el concepto de la modernidad como un

---

[49] Para la relación entre la observación individual y social, Cfr. LUHMANN, Niklas; "Individuum und Gesellschaft", en: Universitas 39 (1983), p. 1.; IDEM, "Die Autopoiese des Bewusstseins", en: *Soziale Welt* 36 (1985),p. 402.; IDEM, "The Individuality of the Individual: Historical Meaning and Contemporary Problems", en: T. Heller, M. Sosna, y D.E. Wellbery (eds.) *Reconstructing Individualism: Autonomy, Individuality, and the Self in Western Philosophy.* Standford, CA: Standford University Press 1986, p. 313.

[50] LUHMANN, Niklas; (como en nota 4), pp. 193ss.; IDEM (como en nota 49), 1986 pp. 172ss.

[51] LUHMANN, Niklas; (como en nota 4), pp. 158ss.; IDEM (como en nota 49), 1986 pp. 313ss.

conflicto irreconciliable de diferentes *epistèmes*[52]. Mientras que *Foucault* observa en la historia las rupturas de las formaciones discursivas que imponen un *epistème* paradigmático para toda la sociedad durante una cierta época histórica, interpretando la época moderna como el gobierno de un sugestivo *epistème* "subjetivista" tras la revolución kantiana[53], *Luhmann* contempla la modernidad como una fragmentación de la sociedad en una pluralidad de discursos autónomos, como la multiplicación de *epistèmes* en la sociedad. La característica propia de la sociedad moderna es la pérdida de un modo unitario de cognición. La sociedad se percibe fragmentada en una multiplicidad de redes comunicativas cerradas. Cada una de estas redes construye una realidad propia, en principio incompatible con las construcciones de la realidad de las otras redes. Al mismo tiempo, la multiplicación y fragmentación de las individualidades se corresponde con una multiplicación y fragmentación de los discursos sociales. Sobre la base de sus códigos y programas específicos, cada red de comunicación especializada produce "personas" –artefactos semánticos de actores individuales– a las cuales atribuye acciones[54]. El "Ser-Múltiple"[55] es el producto de la fragmentación de discursos sociales en la modernidad.

Esta fragmentación de la sociedad en una serie de *epistèmes* diferentes es uno de los puntos fuertes de la teoría de *Luhmann*, pero constituye al mismo tiempo su "punto ciego". El énfasis en la fragmentación, la diferenciación, la separación, la clausura, la autoreferencia de los *epistèmes* sociales, genera una serie de problemas referidos, cuando menos, a cómo puede reconstruirse teóricamente su interconexión, su interferencia, su apertura y su heterorreferencia[56]. A diferencia de *Habermas* y *Foucault*, quienes a toda costa intentan evitar las trampas de la autoreferencia, *Luhmann* afronta con valentía las realidades autoreferenciales en el Derecho y la sociedad. Llega incluso a sostener que el Derecho está fundado en las paradojas de la autoreferencia[57]. Sin embargo, una teoría que trata de manera extensa con

---

[52] LUHMANN, Niklas; "Closure and Openness: On reality in the World of Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, pp. 335ss.

[53] FOUCAULT, Michel; (como en nota 12), Caps. 9s.; IDEM, (como en nota 40), Cap. 4.

[54] LUHMANN, Niklas; (como en nota 4), pp. 15ss.

[55] ELSTER, Jon; *The Multiple Self.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986; ETZIONI, Amitai; *The Moral Dimension: Toward a New Economics.* New York: Free Press, 1988.

[56] Para una crítica detallada, Vid. TEUBNER, Gunther; "Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation", en : G: Teubner and A. Febbrajo (eds.) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems.* Milano: Giuffrè, 1990.

[57] LUHMANN, Niklas (como en nota 45), 1988, p. 153.

la autorreferencia puede quedar atrapada en última instancia en la clausura autocreada de las construcciones autoreferenciales. Obviamente, el problema que tiene que solventar la teoría de la autopoiesis es el de cómo tratar las interrelaciones entre los diferentes *epistèmes* autónomos, sus conflictos, sus incompatiblidades, sus interferencias[58]. Los temas pendientes para una teoría de *epistèmes* fragmentados son los siguientes: ¿Existe algo parecido a un mínimo epistémico en la sociedad moderna que sirva de base a la autonomización de los discursos sociales? ¿Pueden encontrarse cooperaciones o incluso tendencias coevolutivas entre los *epistèmes* sociales autónomos? ¿O sólo pueden ser conectados a través de una reconstrucción de un *epistéme* dentro del marco de referencia de otro *epistème*? Estas cuestiones reaparecerán cuando examinemos en detalle, sobre la base de la discusión actual, cómo reconstruye una epistemología constructivista del Derecho la cognición jurídica en su conflicto con otros modos de cognición de la sociedad (Vid. Infra VII y VIII).

VI. El Derecho - ¿Un sujeto epistémico?

"*¿Cómo conoce el Derecho?*" En un libro reciente, *Mary Douglas* ha vuelto a plantear la vieja pregunta: *How Institutions Think*[59]. Después de un interesante coqueteo con la "conciencia colectiva" (*collective consciuosness*) de *Emilie Durkheim* y el "pensamiento colectivo" (*Denkkollektiv*), termina finalmente volviendo al viejo individualismo: por supuesto, es el miembro individual de la institución el que piensa y su pensamiento está influido por el contexto institucional. En esta versión de la epistemología social, el elemento social se ve reducido a la socialización del pensamiento individual. Ahí está el quid de la cuestión: el colectivismo está prohibido y el individualismo sobrevive felizmente después de una sana dosis de socialización.

Desde nuestra reconstrucción selectiva de la epistemología social de *Habermas*, *Foucault* y *Luhmann*, el panorama cambia dramáticamente. Así, es cierto que el conocimiento individual está modelado por la socialización a través de instituciones sociales tales como el Derecho (y, en este punto, el constructivismo añadiría que, dado que no hay acceso por parte de la comunicación a la conciencia, la socialización sólo puede entenderse como auto-socialización). Pero esto es sólo la mitad de la historia. La otra mitad es que instituciones tales como el Derecho "conocen" independientemente de

[58] Los primeros pasos en esta dirección en LUHMANN, Niklas (como en nota 52), 1988 ; IDEM, "The Coding of the Legal System" en: A. Febbrajo y G. Teubner (eds.) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems.* Milano: Giuffré, 1990.

[59] *How Institutions Think.* Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1986.

las mentes de sus miembros. El Derecho procesa autónomamente información, crea mundos de sentido, fija objetivos y fines, produce construcciones de la realidad y define las expectativas normativas – y todo esto independientemente de las construcciones del mundo que existen en las mentes de los juristas. Semejante epistemología jurídico-constructivista no es ni individualista ni colectivista. No precisa de recurso alguno a los actores e intenciones individuales; al mismo tiempo, no presupone la existencia de una entidad colectiva supra-individual en el sentido de una "conciencia colectiva" o "pensamiento colectivo", el tercer mundo, la conciencia jurídica, el espíritu del mundo (*Weltgeist*)...

El Derecho es comunicación y nada más que comunicación. A partir de esta conceptualización, es posible evitar las trampas del individualismo metodológico que definirían al Derecho como un conjunto de normas que restringen la acción individual y que, aparte de la socorrida frase de las consecuencias no deseadas, carecen de herramienta alguna para analizar la autonomía de lo social, por no hablar del "*propium jurídico"*[60] *(Legal propium*). Del mismo modo, se evitan las trampas del colectivismo que ven al Derecho como un sujeto supra-individual y que no pueden explicar quién es, de hecho, el que actúa en nombre del *Weltgeist*.

La construcción concreta es la que sigue[61]: el Derecho se define como un sistema social autopoiético, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: el Derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas. Por otro lado, las definiciones sociológico-realistas del Derecho que conciben a éste como un sistema de profesionales y organizaciones jurídicas son igualmente problemáticas, en tanto que consideran que los elementos básicos del Derecho y de otras instituciones sociales son los seres humanos. El carácter autorreproductivo del Derecho como un proceso social sólo se vuelve inteligible si se escogen las comunicaciones como los elementos básicos del Derecho. El Derecho como sistema social autopoiético no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una

---

[60] SELZNICK, Philip; "Law: The Sociology of Law", en: *International Encyclopedia of the Social Sciences* 9 (1968), pp. 50ss.

[61] Para una discusión elaborada de las características del Derecho autopoiético, Vid. TEUBNER, Gunther ; "Evolution of Autopoietic Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter 1988 b ; IDEM, "Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", en *European Yearbook in the Sociology of Law* 43 (1988); IDEM (como en nota 56), 1990.

red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. El Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas.

Las comunicaciones jurídicas son los instrumentos cognitivos mediante los cuales el Derecho, como discurso social, es capaz de "ver" el mundo. Las comunicaciones jurídicas no pueden acceder al mundo real externo, ni a la naturaleza ni a la sociedad. Sólo pueden comunicar algo referente a la naturaleza o a la sociedad. Cualquier metáfora referida a su acceso al mundo real resulta inadecuada. No reciben información del mundo exterior que después filtran y convierten de acuerdo a las necesidades del proceso jurídico. El mundo exterior no instruye en modo alguno al Derecho; sólo existe una construcción del mundo exterior por parte del Derecho. Esto no quiere decir que el Derecho "inventa" arbitrariamente la realidad social. Una perspectiva constructivista no debe ser confundida con el "solipsismo metodológico"[62]; más bien busca un camino intermedio entre el representacionalismo y el solipsismo[63]. El constructivismo jurídico presupone entonces la "existencia" de un entorno para el Derecho. La cuestión no es un aislamiento monadológico del Derecho, sino la construcción autónoma de modelos jurídicos de realidad bajo la impresión de las perturbaciones ambientales. ¡Orden jurídico a partir del ruido social!

Pero entonces, ¿qué ocurre con las percepciones del mundo de los juristas y del resto de la gente? ¿No es acaso su agregación la que forma la visión colectiva del mundo del Derecho[64]? Por supuesto, el proceso comunicativo del Derecho necesita juristas y legos; no funcionaría sin sus intenciones, sus estrategias y sus acciones. Pero sus intenciones ("subjetivas", internas, psíquicas) nunca entran en la comunicación ("objetiva", externa, social) del Derecho. Sólo forman parte de procesos psíquicos, acompañando a los procesos sociales del Derecho y coevolucionando con ellos. El Derecho como sistema comunicativo no es accesible a ninguno de los procesos psíquicos de los juristas. Y viceversa: el Derecho no tiene acceso a los procesos psíquicos. Dichos procesos fungen únicamente como "perturbaciones", como

---

[62] FODOR, J.A.; "Methodological Solipsism Considered as a Research Strategy in Cognitive Psychology", en *Behavioral Brain Science* 3 (1980), pp. 63ss.

[63] VARELA, Francisco; "Living Ways of Sense-Making: A Middle Path for Neuro-Science", en: P. Livingstone (ed.), *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium.* Saratoga, CA: Anna Libri, 1984.

[64] Cfr. Las objeciones contra el Derecho autopoiético basadas en el actor individual de FEBBRAJO, Alberto; (como en nota 19), pp. 134ss.; KERCHOVE, Michael van de y OST, Francis; (como en nota 19), pp. 157ss.; OST, Francis ; (como en nota 19), pp. 87ss.

"*chocs exogenes*"[65]. Bajo la presión de los mismos, el proceso comunicativo del Derecho construye su propio orden autónomo y crea el mundo del sentido jurídico[66].

Sin embargo, ¿no trata siempre el Derecho –como proceso social– con gente real? ¿No está siendo conducido el Derecho por los motivos, las estrategias y las acciones de clientes, profesionales, jueces y legisladores? ¿No se refiere el Derecho continuamente a los estados psíquicos de los seres humanos, a sus intenciones, objetivos, consentimientos, disentimientos, errores, negligencias? Obviamente sí. Pero las "personas" con las que trata el Derecho como proceso social no son las personas de carne y hueso, no son los seres humanos dotado de una mente y un cerebro. No son los sistemas autopoiéticos psíquicos arriba mencionados. Son meros constructos, artefactos semánticos producidos por el propio discurso jurídico. Las circunstancias psíquicas mencionadas son "en realidad [sic!] constructos de los discursos prácticos, necesarios para la formación de círculos comunicativos, de comunidades discursivas"[67].

Como constructos sociales, las personas son indispensables para la comunicación jurídica, ya que el Derecho, como proceso social, necesita atribuir la comunicación a un actor (individual o colectivo) en aras de continuar su autorreproducción. Pero estos "actores" son únicamente un conjunto de roles (*roles-bundels*), máscaras de personajes (*character-mask*), productos internos de la comunicación jurídica[68]. El mundo jurídico, densamente poblado por personas jurídicas, demandantes y demandados, jueces y legisladores, partes contratantes, corporaciones y Estado, es una invención interna del proceso jurídico. No sólo la corporación, sino cualquier persona jurídica –ya sea individual o colectiva– es aquel famoso "ser artificial, invisible, intangible, que existe sólo en la contemplación del Derecho," descubierto por el juez *Marshall* en el conocido caso *Darmouth College v. Woodward, 4 Wheaton* 518, 527 (1819).

De esta manera, los actores humanos tienen una "doble identidad" en el mundo de la autopoiesis. Mientras que en la existencia social son el pálido constructo de los sistemas sociales autopoiéticos, entre ellos del Derecho, en su existencia psíquica son vibrantes sistemas autopoiéticos. Constituye

---

[65] KERCHOVE, Michael van de y OST, Francis; (como en nota 19), p. 159.

[66] FÖRSTER, Heinz von (como en nota 44), 1981; TEUBNER, Gunther (como en nota 56), 1990.

[67] PIZZORNO, Alessandro; (como en nota 7), p. 9.

[68] Para una elaboración respecto de los actores colectivos, vid. TEUBNER, Gunther (como en nota 4), pp. 133ss.; IDEM, "Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", en *EuropeanYearbook in the Sociology of Law* 43 (1988), pp. 66ss.

un error mayúsculo el sostener, como algunas críticas han hecho, que la autopoiesis deshumaniza a la sociedad[69], que no tiene espacio para los actores y las intenciones[70], que no tiene en cuenta al individuo como sujeto epistémico[71] o que representa una "dehumanisation totale du droit"[72]. El quid de la cuestión no es la supresión del sujeto individual, sino la multiplicación de los centros de cognición. Los discursos sociales son los nuevos sujetos epistémicos que compiten con la conciencia del individuo. En tanto que la autopoiesis insiste en la autonomía epistémica de una multiplicidad de discursos sociales, toma parte en la "descentralización del sujeto", esto es, en alejar al sujeto de su posición privilegiada como centro del conocimiento único y último. Repitiendo lo ya dicho: si hablamos de actores humanos en el Derecho, tenemos que distinguir cuidadosamente entre la reproducción autopoiética de la conciencia humana, esto es, la realidad operativa de los procesos psíquicos, y la reproducción autopoiética de la vida social del Derecho, en la cual los actores humanos no son elementos sino realidades sociales construidas.

VII. La trampa epistémica

Mientras que el análisis del discurso en la línea de *Foucault* ve a la época moderna en manos de un *epistème* perverso[73] y considera al Derecho como otra disciplina, como una expresión particular del complejo poder/conocimiento[74], la teoría de la autopoiesis considera que la sociedad moderna está fragmentada en múltiples *epistèmes* autónomos[75]. El discurso jurídico moderno se encuentra de esta manera en un conflicto irreconciliable

---

[69] GRÜNBERGER, Hans; "Dehumanising der Gesellschaft und Verabschiedung staatlicher Souveränität: Das politische System in der Gesellschaftstheorie Niklas Luhmanns", en: I. Fetscher y H. Münkler (eds.) *Pipers Handbuch der politischen Ideen.* München: Piper, 1987.

[70] SCHMANK, Uew; "Der mangelnde Akteurbezug systemtheoretischer Erklärungen gesellschaftlicher Differenzierung – Ein Diskussionsvorschlag", en *Zeitshrift fúr Soziologie* 14 (1985),p. 421; MAYNTZ, Renate; "Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems", en *HiMon-DB* 70. Siegen: Universität 1986; OST, Francis; (como en nota 19), pp. 87ss.; ROTTLEUTHNER, Gerhard ; "Biological Metaphors in Legal Thought", en G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 122

[71] PODAK, Klaus; "Ohne Subjekt, Ohne Vernunft: Bei der Lektüre von Niklas Luhmann Hauptwerk 'Soziale Systeme'", en *Merkur* 7 (1984), p. 734; FRANKENBERG, Ernst ; "Der Ernst im recht", en: *Kritische Justiz* 20 (1987), p. 296.

[72] GRZEGORCZYK, Christophe ; "Système juridique et réalité: Discussion de la théorie autopoiétique du droit", en: *Archive de philosophie du droit* 33 (1989), p. 12.

[73] FOUCAULT, Michael; (como en nota 36), Cap. 2; IDEM, (como en nota 12), Cap. 9.

[74] FOUCAULT, Michael; (como en nota 40), Cap. 4

[75] LUHMANN, Niklas (como en nota 52), 1988, pp. 335ss.; IDEM (como en nota 58), 1990.

entre la autonomía y la heteronomía epistémica[76]. La dinámica de la diferenciación social obliga al discurso jurídico a producir construcciones de la realidad propias. Pero esta misma dinámica hace que el Derecho dependa de una multitud de *epistèmes* autónomos que compiten entre sí.

La autonomía epistémica del Derecho deriva de una fragmentación de la sociedad moderna que conduce al Derecho a la cibernética de segundo orden[77]. En la dinámica de la evolución social, las relaciones autoreferenciales se están multiplicando dentro del proceso jurídico y culminando en un vínculo hipercíclico de los componentes del Derecho. El Derecho se vuelve autónomo respecto de la comunicación social general. Se convierte en una red comunicativa cerrada que no sólo produce como elementos los actos jurídicos y como sus estructuras las normas jurídicas, sino que también produce construcciones jurídicas de la realidad. La autonomía del Derecho moderno se refiere, en primer lugar, a sus operaciones normativas: éstas se vuelven independientes respecto de la normatividad moral o política[78]. En segundo lugar, la autonomía se refiere a las operaciones cognitivas del Derecho: bajo la presión de las operaciones normativas, las operaciones cognitivas construyen imágenes propias de la realidad y las desplazan lejos de las construcciones del mundo de la vida cotidiana y de las del discurso científico[79].

En este contexto, *Baudrillard*[80] habla de una "hiperrealidad" como movimiento de una teoría dependiente de la realidad a una realidad dependiente de la teoría. En una reformulación autopoiética se podría describir este proceso como una autonomización de discursos sociales especializados, en la cual las construcciones de la realidad de la comunicación social general están siendo progresivamente sustituidas por las construcciones de la realidad

---

[76] Para dos tipos de conflicto cognitivo entre sistemas sociales, vid. TEUBNER, Gunther (como en nota 47), 1989; IDEM (como en nota 56), 1990.

[77] Para una elaboración vid. DEGGAU, Hans-Georg ; "The Communicative Autonomy of the Legal System" en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p.128; HELLER, Thomas ; "Accounting for Law", en: G: Teubner (ed.), *Autopoitic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 283; LADEUR ; Karl-Heinz ; "Perspectives on a Post-Modern Theory of Law", en: G. Teubner (ed.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society.* Berlin: de Gruyter, 1988, p. 242; TEUBNER, Günther (como en nota 61), 1988, p. 217; IDEM, "Hypercycle in Law and Organisation: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis", en *EuropeanYearbook in the Sociology of Law* 43 (1988), p. 60.

[78] MENGONI, Luigi; "La questione del 'diritto giusto' nella societa postliberale", en *Fenomenologia e Societa Diritto ed Etica Pubblica* 11 (1988), pp. 14ss.

[79] Para una elaboración de los "hechos en el Derecho", vid. NERHOT, Patrick; "The Fact of Law", en: G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter , 1988.

[80] *L'échange symbolique et la mort.* Paris: Gallimard, 1976, Cap. II.

de los discursos especializados. El discurso jurídico inventa una "hiperrealidad" jurídica que ha perdido el contacto con las realidades de la vida cotidiana, y que, al mismo tiempo, impone nuevas realidades a esta vida cotidiana. Es una "efficacité quasi magique", en palabras de *Bordieu*, que el Derecho posee en sus prácticas de "creación del mundo"[81]. *Grzegorczyk*[82] habla de una "hermeneutique officielle du monde" con la que el Derecho organiza el mundo social. "Hechos institucionales" tales como la personalidad jurídica, el contrato y la voluntad son sólo la punta de un iceberg de construcciones jurídicas del mundo que se desliza en el océano de los "hechos brutos" (*brute facts*) de la comunicación social difusa. El discurso jurídico modifica cada vez más el significado de las construcciones cotidianas del mundo, y en caso de conflicto, las sustituye por constructos jurídicos.

Desde una perspectiva constructivista, no hay forma alguna de retar la autoridad epistémica del Derecho; ni pueden las propias realidades sociales, ni el sentido común, ni la observación científicamente controlada. Una epistemología social sobre una base constructivista puede explicar por qué el Derecho parece ser un "discurso que esencialmente se autovalida", del cual debería esperarse que fuera "en gran medida impermeable a otros campos del conocimiento"[83]. Resulta simplemente ingenuo invocar a la propia realidad social contra el conceptualismo jurídico, contra el "cielo de los conceptos jurídicos"[84] o contra el "sinsentido trascendental" del Derecho[85]. Cuando no existe un acceso cognitivo directo a la realidad debemos conformarnos con que discursos distintos compitan entre sí y suministren construcciones de la realidad diferentes. Y todo lo que *Ihering* o *Cohen* pueden ofrecer es su propio sinsentido trascendental en un cielo diferente de conceptos jurídicos. ¿Hay alguna razón para creer que el Derecho libre (*Freirecht*), la jurisprudencia sociológica, o el realismo jurídico han hecho que el discurso jurídico sea más realista? De ningún modo. No han desplazado a los conceptos jurídicos a un punto más cercano a la realidad social "ahí fuera". Únicamente han reemplazado una jurisprudencia conceptual por otra. Los "intereses sociales", los átomos de la jurisprudencia realista, son ficciones

---

[81] BOURDIEU, Pierre; "La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique" *Actes de la recherche en sciences sociales* 3 (1986).

[82] GRZEGORCZYK, Christophe (como en nota 72),1989, p. 21.

[83] COTTERRELL, Roger; "Law and Sociology: Notes on the Constitution and Confrontation of Disciplines", en *Journal of Law and Society* 13 (1986), p. 15.

[84] IHERING, Rudolph von; *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.* Leipzig: Breitkopf und Haertel, 1884, p. 245.

[85] COHEN, Felix S.; "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", en: *Columbia Law Review* 35 (1935), p. 809.

irreales, productos semánticos artificiales, en la misma medida en que los "sujetos de Derecho" son los átomos de la jurisprudencia clásica.

La sociología del Derecho y el análisis económico del Derecho, no lo están haciendo mucho mejor cuando pretenden invocar la autoridad de la observación científicamente controlada contra las "mistificaciones" del mundo social que realizan los juristas[86]. Si en algo consiste el constructivismo epistemológico, es en la desacreditación de las pretensiones de la ciencia moderna sobre su acceso privilegiado a la realidad[87]. La ciencia no descubre ningún hecho exterior; la ciencia produce los hechos. "La ciencia construye literalmente nuevos hechos"[88]. El constructivismo radical sostiene que "la ciencia crea una construcción del mundo que está validada por sus propias distinciones y no por el mundo como tal. Así, la ciencia no puede reclamar la autoridad de descubrir el acceso único y correcto al mundo real que después comunica a los demás"[89]. Si confiamos en las reconstrucciones constructivistas del proceso científico, entonces el célebre experimento controlado no es lo que pretende ser, esto es, una prueba de una teoría interna frente a la realidad exterior, sino que es una mera prueba de coherencia interna, al comparar dos constructos producidos de acuerdo a dos requisitos procedimentales diferentes: la lógica del razonamiento teórico y la lógica del laboratorio.

A este respecto conviene poner un ejemplo: en lo que se refiere a la relación entre organización y acción colectiva, la teoría de las ciencias sociales no es en modo alguno superior a la doctrina jurídica referida a la relación entre corporación y personalidad jurídica; ambos son artefactos discursivos cuya construcción no es arbitraria, sino que se encuentra guiada racionalmente por códigos y programas específicos. De manera similar, los hechos empíricos sobre las disfunciones en la vida organizativa, hechos puros (*hard facts*) que son producidos por la investigación científicamente controlada, no son en modo alguno más "verdaderos" que los hechos jurídicos referidos a la vulneración de deberes corporativos, los cuales han sido producidos bajo la dirección de las reglas jurídicas de la prueba. En ambos casos, los procedimientos y convenciones racionales de la investigación fáctica, conducen a

---

[86] Vid. p.ej. AUBERT, Vilhelm; (como en nota 18), pp. 117ss.;IDEM, *In Search of Law: Sociological Approaches to Law.* Oxford: Robertson, 1983, PP. 98ss.; ROTTLEUTHNER, Hubert; "Diskussionsvotum zum vorstehenden Beitrag", en: E. Blankenburg, E. Klausa y H. Rottleuthner (eds.) *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht.* Opladen:Westdeutscher Verlag, 1980, pp. 137ss., para la sociología; ADAMS, Michael; *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung,* Heidelberg: Decker y Schenk, 1985, para la economía

[87] BLOOR, David; (como en nota 10); BARNES, Barry; (como en nota 11).

[88] ARBIB, Michael A y HESSE, Marry B (como en nota 48), 1986, p. 10

[89] LUHMANN, Niklas; "Wissenschaft". Bielefeld: Manuscrito, pp. 2 y 9.

afirmaciones empíricas respecto de la realidad. Sirven de evidencia "fuerte", que confirma o refuta las pretensiones "débiles" basadas en la especulación teórica o en la argumentación jurídica. Y si estos hechos empíricos entran en conflicto unos con otros –lo cual no es tan raro–, entonces no existe una superioridad de los constructos científicos sobre los legales, como algunos sociólogos quisieran ver[90]. La autoridad epistémica es reclamada por ambos discursos, el científico y el jurídico –además con razón. Lo que un realista ingenuo llamaría una observación de "hechos", es, en ambos casos, la producción de artefactos cuya verdad está garantizada por los procedimientos formalizados de investigación de los hechos, procedimientos que difieren considerablemente del Derecho a la ciencia. Estos procedimientos son a su vez convenciones –en ningún caso arbitrarias–, esto es, selecciones estructurales que reflejan las elecciones hechas a lo largo de la historia del discurso científico y jurídico[91].

La autoridad epistémica del discurso jurídico es un hecho innegable de la sociedad moderna, habiendo encontrado ésta nuevas vías y medios para adaptarse a la existencia de múltiples verdades – verdad científica, verdad jurídica, verdad política. La cosa juzgada es el clásico ejemplo de un conflicto institucionalizado entre los hechos jurídicos y los hechos científicos. Incluso si puede probarse científicamente que una afirmación respecto a los hechos de un procedimiento es flagrantemente falsa, dicha afirmación por parte del Tribunal –y lo que es peor, sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales– no será reversible, salvo contadas excepciones rigurosamente definidas, a menos que se cumplan los requisitos procesales oportunos y se agoten las vías procedimentales. Obviamente, los hechos científicos colisionan con los hechos jurídicos; pero estamos acostumbrados a vivir con esta colisión, razonándola mediante la invocación de valores superiores tales como la certidumbre jurídica, o apelando al relativismo de nuestras provincias culturales.

Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla. El notorio "jurista como tal" de *Winscheid*, constreñido por la ley de la diferenciación social a no "preocuparse por consideraciones éticas, políticas o económicas"[92], se ve

---

[90] OPP, Karl-Dieter; Soziologie im Recht. Reinbeck: Rowohlt, 1973.

[91] Por lo tanto, el relativismo que resulta de discursos sociales diferentes no es un relativismo del "anything goes". Es un relativismo que invita a "elevar el estatus de otras 'mitologías' mediante una investigación más cuidadosa de sus credenciales metodológicas y cognitivas" y a examinar "los varios tipos de criterios de aceptación que pueden ser aplicados a diferentes tipos de modelos y mitos construidos" (ARBIB, Michael A y HESSE, Marry B (como en nota 48), 1986, p. 10.

[92] WINSCHEID, Bernhard; "Die Aufgaben der Rechtswissenschaft", en: B. Winscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen.* Leipzig: Duncker, 1904.

forzado, por la misma Ley, a abandonar dicha constricción y a incorporar estas consideraciones no jurídicas en el seno de su razonamiento autónomo. Esto es lo que yo denominaría la "trampa epistémica" del Derecho moderno. El Derecho se ve forzado a producir una realidad jurídica autónoma, no pudiendo al mismo tiempo inmunizarse a sí mismo frente a las conflictivas realidades producidas por otros discursos sociales.

La razón subyacente de esta confusión es la "interferencia", esto es, la difusión mutua del Derecho y de otros discursos sociales[93]. Este es uno de los problemas que supone un mayor reto para la teoría de la autopoiesis, si es que ésta pretende evitar las falacias del solipsismo y el monadismo (vid. supra V). Si bien el discurso jurídico está cerrado en su propia autorreproducción, no produciendo sino sus propias construcciones de la realidad, continúa tratándose de comunicación social. En consecuencia, utiliza las construcciones sociales de la realidad generales e influye en la comunicación social mediante sus construcciones específicas del mundo. Todo acto jurídico es simultáneamente –*uno actu*– un suceso de la comunicación social. Un mismo evento comunicativo está, por lo tanto, vinculado a dos discursos sociales: al especializado e institucionalizado discurso del Derecho y al difuso y generalizado discurso de la comunicación social. La interferencia del Derecho y de otros discursos sociales no significa que éstos se fusionen en un supra-discurso multidimensional, ni implica que la información se intercambie entre ellos. Más bien, la información se constituye de nuevo en cada discurso y la interferencia contribuye únicamente a la simultaneidad de los dos eventos comunicativos[94]. De esta manera los constructos jurídicos se ven expuestos a los constructos de otros discursos de la sociedad, particularmente a los de la ciencia. Se ven expuestos a un test de "coherencia social" que reemplaza la antigua ficción del test de correspondencia con la realidad externa.

En el mundo de las comunicaciones no jurídicas, los constructos jurídicos pierden inevitablemente en esta "carrera" epistémica. Aquí es la ciencia la que tiene la ventaja de haberse especializado en procedimientos de operaciones puramente cognitivas. El Derecho, por el contrario, hace uso de las operaciones cognitivas sólo de manera secundaria y, en consecuencia, ha amoldado los procedimientos de cognición a un contexto institucional diferente. Pero en el mundo de la comunicación jurídica ¿qué aspecto tiene esta situación competitiva en el ámbito de los tribunales, oficinas jurídicas y cámaras legislativas? Aquí el discurso jurídico reclama poder "esclavizar" las operaciones jurídicas de acuerdo con el contexto normativo y el propósito

[93] Cfr. MENGONI, Luigi (como en nota 78), 1988, p. 23.

[94] Para los detalles, vid. TEUBNER, Gunther; (como en nota 47), 1989; TEUBNER, Gunther (como en nota 56), 1990.

institucional. Los modelos "empíricos" de la comunicación jurídica sujetan firmemente los modelos "estratégicos" y "operativos"[95]. Sin embargo, es el propio contexto institucional del proceso jurídico el que produce una contradicción interna. Mientras que, por un lado, requiere construcciones propias de la realidad generadas a través de la comunicación jurídica, por otro lado fuerza a la comunicación jurídica a reconstruir los constructos científicos de la realidad y, en estos casos, a exponer –incluso dentro del imperio del Derecho– los constructos jurídicos a la autoridad "superior" de la ciencia. El carácter conflictivo de los procedimientos legales –tanto de los jurisdiccionales como de los legislativos y doctrinales– obliga al discurso jurídico a examinar todo nuevo conocimiento producido fuera del mundo jurídico únicamente si resulta "relevante" al Derecho. Este test de relevancia (relevancia para el código del Derecho y para los programas vigentes del Derecho) es un proceso de "reconstrucción" del conocimiento social en el interior del Derecho. Cualquier jurista en ejercicio que no cuestiona la prueba de autos a la luz de nuevos métodos de investigación científica, actuaría contra sus intereses y vulneraría sus deberes profesionales. En el proceso legislativo, la oposición cuestionará las medidas legales en un tema como la legislación sobre sanidad, en cuanto exista una prueba científica que asegure que el supuesto nexo entre una enfermedad y ciertos factores causantes no existe. Por último, los analistas económicos del Derecho hacen trizas su más aclamada reputación cuando informan al Tribunal de sus ingenuos modelos precientíficos del comportamiento humano y proponen alternativas científicamente probadas.

La trampa epistémica del Derecho moderno constituye, consecuentemente, un reto de primera magnitud tanto para la doctrina jurídica como para la teoría y la sociología del Derecho. De manera incansable, la doctrina aparece –a través de las voces de los jueces y los profesores universitarios– con propuestas positivas referidas a cómo escapar de esta trampa. La teoría del Derecho intenta contribuir, de manera reflexiva, a ampliar las vías de escape, generalizando soluciones particulares e importando conocimiento coadyuvante de otras disciplinas. La sociología positiva del Derecho, estudia celosamente las correlaciones entre cierta semántica jurídica y el contexto sociocultural más extenso. Sigue siendo un privilegio de los estudios de la teoría del Derecho crítica, el deshacer aquellos intentos que pretenden, mediante un despiadado análisis deconstructivo, demostrar a los juristas que se encuentran todavía en la vieja trampa.

---

[95] Para una elaboración de las restricciones mutuas entre los diferentes modelos internos del mundo exterior, vid. TEUBNER, Gunther; "Generalklauseln als sozio-normative Modelle", en: H. Stachowiak (ed.), *Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel.* Bd. 1. München: Fink und Schöningh, 1982, pp. 96ss.

VIII. Vías de escape

El renunciar a la autoridad epistémica sería, al menos en parte, la forma más fácil, para el discurso jurídico, de evitar esta serie de inconvenientes. De hecho, el propio *Luhmann*, quien probablemente subestima la posibilidad de un conflicto de autoridad entre *epistèmes* sociales, parece estar a favor de esta solución cuando exime al Derecho de tener que reexaminar cada día interpretaciones y constructos científicos tales como "mujer", "capacidad del cilindro", "habitante", "*thallium*". "Dichas cuestiones sobre la existencia de las mujeres, ...etc., pueden ser dejadas de lado o reconducidas a la filosofía"[96]. Desgraciadamente, no existe una separación tan tajante entre espacios sociales. Más aún, con tal división de trabajo entre discursos sociales no se explotaría la riqueza del concepto de autopoiesis y tendría que afrontarse la evidencia empírica contraria. En la práctica diaria de la toma de decisión jurídica, el Derecho se ve continuamente forzado a decidir, de manera autónoma, sobre cuestiones cognitivas respecto a la investigación científica o al sentido común que se encuentran supuestamente dentro de su competencia. Si el contexto normativo del Derecho requiere afirmaciones cognitivas en materias específicas, entonces resulta cierto que el Derecho puede comenzar sus operaciones con la comprensión propia del sentido común y con la referencia a la ciencia. Pero en cuanto estas afirmaciones cognitivas resulten controvertidas en el proceso jurídico –y este es el caso de cuestiones políticas y jurídicas "candentes"– entonces el Derecho no puede seguir dejándolas de lado o referirlas a la filosofía. En ese momento, *hit et nunc*, el proceso jurídico tiene que ofrecer una serie de procedimientos para zanjar estas divergencias. Además, tiene que tomar una decisión basada en una determinación jurídica de dichas cuestiones, incluso si son controvertidas o de hecho no-determinables en las ciencias. De manera particular, los conflictos políticos y jurídicos en el área de Derecho del medio ambiente, los cuales requieren un gran conocimiento técnico y científico aparte del mundo jurídico, muestran hasta qué punto las decisiones jurídicas tienen que basarse en una valoración específicamente jurídica de las controversias científicas, o ser tomadas –sin guía alguna– en función de los resultados científicos[97].

La otra gran vía de escape es la integración del Derecho y las ciencias sociales. En vez de separar claramente los ámbitos de la cognición jurídica

---

[96] LUHMANN, Niklas (como en nota 52), 1988, p. 340.

[97] Cfr. Para la situación en Alemania, KITSCHELT, Herbert ; *Der ökologische Diskurs: Eine Analyse von Gesellschaftskonzeptionen in der Energiedebatte.* Frankfurt: Campus, 1984; WOLF, Der Stand der Technik. Opladen: Westdeutscher Verlagg, 1986; WINTER, Gert; "Die Angst des Richters bei der Technikbewertung", en: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 20 (1987), pp. 425ss.

de los de la cognición científica, se supone que el discurso jurídico incorpora cierto conocimiento social en sus construcciones del mundo, y que revisa permanentemente los modelos jurídicos de la realidad social de acuerdo a la acumulación de conocimiento en las ciencias sociales. Desde los tiempos de *Ihering*, *Geny* y *Pound* hasta las variaciones más recientes de los movimientos "sociología jurídica", "análisis económico del Derecho", ..etc, este ha sido el mayor reto intelectual del pensamiento jurídico moderno.

¿Qué es lo que la epistemología jurídica puede aprender de casi cien años de experiencias con el Derecho y las ciencias sociales? Pese a que el pensamiento de las ciencias sociales ha tenido bastante éxito en lo que a la influencia de la práctica social se refiere[98], las grandes expectativas que la ilustración jurídica generó en el ámbito académico han sido defraudadas en las salas de vistas. La psiquiatría, la sociología, el análisis político y el análisis económico se han introducido con éxito en el campo jurídico, si bien ello no ha tendido como resultado un mayor grado de isomorfia del Derecho y de la realidad social que tuviera como consecuencia unas políticas jurídicas más racionales. Más bien, la ilustración de la ciencia social ha terminado en una serie de consecuencias no previstas: la producción de artefactos híbridos de estatus epistémico ambiguo y consecuencias sociales desconocidas.

La "ponderación de intereses", por ejemplo, es el sorprendente éxito de la "jurisprudencia sociológica" en reemplazar el razonamiento jurídico formalista de derivación conceptual[99]. Hoy en día, la ponderación de intereses domina las tomas de decisión en los Tribunales: éstos analizan los conflictos jurídicos en términos de los intereses sociales subyacentes que entran en conflicto, y después los "ponderan" entre sí, o de acuerdo con ciertos estándares que infieren de los objetivos legislativos expresados en un contexto que admite la comparación. Pero ¿qué tiene de sociológico este tipo de jurisprudencia sociológica? Ningún sociólogo se atrevería a seguir a los juristas en sus intentos de conceptualizar, operacionalizar e identificar empíricamente aquel fenómeno denominado "interés social" que predominantemente aparece en las decisiones jurídicas (p.ej. los intereses jurídicos de los acreedores, los deudores, los vecinos, las empresas, las regiones, los Estados). Y eso por no hablar de los métodos jurídicos de la "ponderación". Simplemente hay demasiadas suposiciones normativas, tanto implícitas

[98] vid. p.ej. COTTERRELL, Roger; *The Sociology of Law: An Introduction.* London: Butterworths, 1984, pp. 253ss.

[99] Para un análisis reciente de la praxis alemana y francesa en el Derecho administrativo y su sofisticada interpretación, vid. LADEUR, Karl-Heinz; *"Abwagung" – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus.* Frankfurt: Campus, 1984, pp. 11ss., 57ss.

como explícitas, basadas en una compleja red de consideraciones jurídico-dogmáticas que forman parte del interés del análisis jurídico. Dicho de manera sencilla, el análisis del interés jurídico no puede ser legitimado desde el punto de vista de las teorías o métodos sociológicos. En la práctica, el "análisis del interés" es la nueva jurisprudencia de conceptos, que originalmente dependía de los constructos de las ciencias sociales, pero que lleva ganando autonomía desde hace bastante tiempo. Pudiera muy bien ser que el "análisis del interés" contenga elementos de una nueva racionalidad jurídica[100]. Pero con certeza éstos difieren de los objetivos originales de la jurisprudencia sociológica, y evolucionan mediante la experimentación institucional, no mediante la incorporación del conocimiento sociológico.

En el análisis de políticas ocurre algo semejante. Básicamente se trata de un método de tomas de decisión inspirado por el uso instrumental del conocimiento de la ciencia social[101]. Las instrucciones consisten en definir los objetivos que se permiten en el proceso político, determinar las condiciones fácticas de la situación regulada, escoger entre los instrumentos de regulación de acuerdo al conocimiento nomológico respecto de las relaciones fin / medio, tomar en cuenta los efectos colaterales y, si es posible, aprender de la práctica referida a las consecuencias no previstas y a los efectos perversos. Pero, ¿qué es lo que la praxis jurídica ha hecho de esta "jurisprudencia racional"? Los juristas simplemente han desplazado sus métodos escolásticos de razonamiento dogmático, del nivel de las normas al nivel de las "políticas", fines, objetivos y principios. Han suplantado así el análisis científico-social por la oscura hermenéutica de la interpretación "teleológica". El control de las consecuencias jurídicas se ha convertido, en la práctica, en una caricatura del análisis causal científicamente controlado y que está apoyado por las pruebas empíricas[102]. Lo que cuenta como consecuencia relevante de una norma o decisión jurídica dogmáticamente deducida, viene definido de manera circular por la propia doctrina. Así, la doctrina, que debería estar controlada inicialmente por sus consecuencias sociales, las controla ahora a ellas. Más aún, el cálculo racional de las consecuencias probables en la toma de decisión resulta ser, en la práctica, una proyección del sentido común de los jueces. Además, el control de las consecuencias sólo es tomado en serio

---

[100] En términos de flexibilidad, apertura y capacidad de aprendizaje, Vid. LADEUR, Karl-Heinz; (como en nota 98), pp. 216ss.

[101] Para una declaración reciente, vid. ALBERT, Hans; "Law as an Instrument of Rational Practive" en: T.C. Dainith y G. Teubner (eds.) *Contract and Organization: Legal Análisis in the Light of Economic and Social Theory,* Berlin: de Gruyter, 1986, pp. 34ss.

[102] En Alemania cfr. el vivo debate respecto del control de las consecuencias (*Folgenkontrolle*) LUHMANN, Niklas; *Rechtssystem und Rechtsdogmatik.* Stuttgart: Kohlhammer, 1974; LÜBBE-WOLFF,Gertrude; *Rechtsfolgen und Realfolgen.* Freiburg: Alber, 1981.

al nivel de las normas jurídicas, no al nivel de las decisiones individuales. Estas últimas, en la práctica, nunca son reversibles si el cálculo de las consecuencias resulta ser erróneo. De nuevo nos encontramos, no ya con la ciencia social en el Derecho, sino con un tipo de doctrina jurídica que ha reemplazado los anticuados derechos y deberes por los nuevos constructos jurídicos denominados "políticas".

Y se podría continuar con la "pobreza de la psiquiatría". Puede concebirse que, desde el punto de vista de la ciencia positivista, un experto en psiquiatría dé una opinión de cómo distinguir, abstractamente y/o concretamente, entre culpabilidad y causalidad[103]. Pese a que desde un punto de vista científico, cualquier noción de culpa individual no es sino una "cuestión trans-científica" –esto es, cuestiones que no pueden ser contestadas por la ciencia[104]– los psiquiatras forenses dan habitualmente este tipo de opiniones porque permiten que el Derecho "esclavice" los conceptos básicos de su disciplina.

El "análisis económico del Derecho" es un campo de batalla algo más reciente en la carrera epistemológica. Todavía está por ver si el imperialismo económico prevalece o si, por el contrario, el dogma jurídico coloniza el pensamiento económico. De manera especial, los conceptos analíticos de la economía llevan a cabo, en manos de los juristas de corte economicista, un cambio sutil –en ciertas ocasiones no tan sutil– hacia constructos normativos que sirven de piedra angular a los edificios de la dogmática jurídica. Si, por ejemplo, se examina la nueva literatura económica del Derecho sobre la empresa como un nexo de contratos[105], ¿qué queda de los principios metodológicos de la experiencia, la refutabilidad de las implicaciones y la exposi-

---

[103] vid. p.ej. PRINS, H. ; *Offenders, Deviants or Patients? An Introduction to the Study of Socio-Forensic Problems.* London:Tavistock, 1980, Cap. 2.

[104] vid. WEINBERG, Alan M.; "Science and Trans-science", en, *Minerva* 10 (1972),p. 209; MAJONE, Giandomenico; *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process.* New Haven: Yale University Press, 1989; IDEM, "Process and Outcome in Regulatory Decision-Making", en: C.H.Weiss and A. Barton (eds.), *Making Bureaucracies Work*. Beverly Hills: Sage, 1979, pp. 3ss.

[105] P.ej. ALCHIAN, Armen A. y DEMSETZ, H.; "Production, Information Cost and Economic Organization" en: *American Economic Review* 62 (1972), pp. 777ss.; FAMA, Eugen F. y JENSEN, F.; "Agency, Problems and Residual Claims" en: *Journal of Law and Economics* 26 (1983), pp. 327ss ; CLARK, "Agency Costs Versus Fiduciary Duties", en: J.W. Pratt y R.J. Zeckhauser (eds.) *Principals and Agents: The Structure of Business.* Boston: Harvard Business School Press, 1985; SCHANZE, Erich; "Potential and Limits of Economics Analysis: The Constitution of the Frim", en: T. Dainith and G. Teubner (eds.) *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*. Berlin: de Gruyter, 1986 ; IDEM, "Contract, Agency, and the Delegation of Decision Making", en: G. Bamberg and K. Spreman (eds.), *Agency Theory, Information, and Incentives*. Berlin: Springer 1987; ROOS, Carl Martin (com en nota 6), 1988.

ción a la falsación empírica? El trabajo del juez *Easterbrook* "Corporations as Contracts", es, en todo caso, un prototipo de la ortodoxia ideológica, la rigidez doctrinal y la inmunización conceptual frente a la experiencia contradictoria.

Estos comentarios un tanto polémicos no debieran ser malentendidos. No pretenden defender, por intenciones ulteriores, la pureza de la conceptualización dogmática frente al abuso estratégico por parte de juristas. Por el contrario, deberían demostrar que los constructos de la ciencia social no sólo son transformados o distorsionados, sino que son constituidos de nuevo en caso de incorporarse al discurso jurídico[106]. No son importados al Derecho llevando la etiqueta de "fabricado por la ciencia", sino que son reconstruidos dentro de la red operativamente cerrada de las comunicaciones jurídicas. Esto les proporciona un sentido muy diferente al de las ciencias sociales. La "investigación revisada para la aplicación" (*revidierte Verwendungsforschung*) no piensa de manera suficientemente radical pese a los avances logrados[107]. Se diferencia de la antigua "ingenua" investigación para la aplicación en el hecho de que no habla sólo de una "aplicación" del conocimiento científico-social en la praxis jurídica, sino de una "transformación". Sigue operando con conceptos como "transformación", "cambio", "contextualización" o "trivialización", sin llegar a dar verdaderamente el paso hacia la nueva construcción en virtud de la interferencia. La fórmula de "desaparecer" sigue siendo la mejor.... Tampoco resulta suficiente considerar que se trata de un mismo objeto, que, de acuerdo a diferentes intereses y métodos disciplinares, es contemplado desde ángulos diferentes[108]. Esto sería presuponer una realidad subyacente capaz de unificar los diversos aspectos que se acentúan en las diferentes disciplinas, y de decidir sobre los conflictos entre descripciones distintas. Más bien, las diferencias radican en

---

[106] "Mucho depende de percibir que la autonomía del Derecho no yace en su libertad frente a la influencia de causas e influencias externas sino en la forma en la que las incorpora y responde a ellas" (NELKEN, David; "Criminal Law and Criminal Justice: Some Notes on Their Irrelation", en: I. Dennis, (ed.), *Criminal Law and Criminal Justice*. London: Sweet and Maxwell, 1987, pp. 139ss.).

[107] BECK, Ulrich / BONNß, Wolfgang (eds.), *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Analysen zur Verwendung sozialwissenschaftlichenWissens.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, pp. 20ss; RONGE, Volker; "Verwendung sozialwissenschaftlicher Ergebnisse in institutionellen Kontexten", en: BECK, Ulrich / BONNß, Wolfgang (eds.), *Weder Sozialtechnologie noch Aufklärung? Analysen zur Verwendung sozialwissenschaftlichenWissens.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989; LUCKE, Doris; Zu diesem Heht: 'Verwendung soziologischen Wissens in juristischen Zusammenhängen', en: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9 (1988), pp. 121ss, 126ss.

[108] AUBERT, Vilhelm; (como en nota 18), p. 117; IDEM (como en nota 86), 1983, pp. 98ss.; ROTTLEUTHNER, Hubert (como en nota 86), 1980, pp. 137ss.

las propias realidades, las cuales son producidas por diferentes discursos y no pueden ser ni unificadas ni reconciliadas.

En consecuencia, la incorporación del conocimiento de la ciencia social no es realmente una vía de escape a lo que hemos denominado la trampa epistémica del Derecho moderno. No sólo no resuelve el conflicto entre las realidades jurídicas y las científicas, sino que añade una nueva realidad que no es ni una pura construcción jurídica ni una científica. Los constructos de la jurisprudencia sociológica, el análisis económico del Derecho, la "politología jurídica" y demás, son criaturas híbridas, producidas en el seno del proceso jurídico con la autoridad prestada de las ciencias sociales. Sin embargo, la autoridad y la responsabilidad epistémicas no están del lado de las ciencias sociales, sino del lado del Derecho. Es la praxis del discurso jurídico, y no el discurso científico, la que decide sobre su "verdad", su adecuación social, su viabilidad. Por ejemplo, tanto ciertos constructos psicoanalíticos como algunos modelos plenamente deterministas en psicología nunca serán constructos viables en un mundo jurídico, basado sobre las premisas de la culpabilidad y la responsabilidad individual. O remitiéndonos a otro campo, el relativo éxito del análisis económico del Derecho comparado con la jurisprudencia sociológica, probablemente no tiene nada que ver con los valores intrínsecamente "científicos" de los modelos involucrados, sino con su afinidad estructural con la doctrina jurídica tradicional[109]. Si cuando los Tribunales consideran cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la negligencia, la política pública, lo justo o las características del "hombre razonable", hacen referencia a las "normas sociales", una conceptualización sociológica requeriría tiempo, energía y dinero para una investigación empírica más extensa, mientras que una conceptualización económica requiere, en términos de costes de transacción, sólo una silla. Ello no radica en el mayor poder de convencimiento del criterio de la eficiencia frente a las normas sociales, puesto que las "normas sociales", como indica *Hayek*[110], pueden legitimarse normativamente, de manera igualmente plausible, como resultado eficiente de un proceso colectivo de aprendizaje. Por el contrario, a una contemplación económica, deben parecerle mucho más eficientes los modelos de comportamiento que evolucionan a largo plazo en el mercado, que los esfuerzos entrecortados del juez por simular modelos de comportamiento eficientes *ad hoc*.

[109] NELKEN, David; "The Truth about Law's Truth" en: *European Yearbook in the Sociology of Law,* 1990.

[110] HAYEK, Friedrich A.; (como en nota 13).

IX. La procedimentalización del conocimiento

Sería errado considerar que la incorporación del conocimiento social es "irracional". Dada la tensión inmanente entre las realidades científicas y jurídicas y la autoridad de las ciencias modernas, parece bastante razonable que el Derecho intente hacer que los constructos jurídicos de la realidad sean, al menos, compatibles con los desarrollos recientes de la ciencia. A este respecto, el Derecho se asemeja a la Religión[111]. De manera semejante, tanto para el dogma jurídico como para el teológico, debe advertírseles de que tienen que mantener compatible el mundo de la fe con el mundo de la verdad científica. Sin embargo, hay algo más en la integración del Derecho y las ciencias sociales que el mero hacer compatibles construcciones del mundo contradictorias. Debe admitirse que el movimiento del "Derecho y las ciencias..." tiene efectos beneficiosos para la calidad de la toma de decisión, en términos de Justicia y Utilidad, en el Derecho moderno. Los resultados científicos más recientes de las ciencias sociales, y el cambio permanente que representan, pueden servir de "*variety pool*" para la innovación jurídica. Representan una fuente extraordinariamente rica para la continua reconstrucción del mundo jurídico, la cual es únicamente comparable con la riqueza que yace en los motivos de litigio que generan los conflictos jurídicos. Sin embargo, lo que les ocurre a esos constructos una vez que entran en la escena jurídica, no está en manos de las ciencias sociales. La selección y la retención de estas variaciones es tarea de la evolución jurídica.

Hoy en día existen señales de que esta reconstrucción jurídica del conocimiento científico, en caso de llevarse demasiado lejos, se vuelve peligrosa en sí misma. En el área de Derecho del medio ambiente, *Gerd Winter*[112], por ejemplo, percibió un crecimiento en la "ansiedad del juez" respecto del asesoramiento sobre riesgos técnicos y otro tipo de incorporaciones jurídicas de descubrimientos científicos. Y todo ello junto con una tendencia a reducir el margen de las cuestiones jurídicamente relevantes. Esto se asemeja a un retorno a la vía de escape mencionada en primer lugar, en el sentido de una oscilación permanente entre la autonomía y la heteronomía epistémica. Sin embargo, existen otros intentos de adaptarse a esta situación: son experimentos con una tercera vía de solución, una especie de camino entre medias de las dos vías de escape. Los intentos más prometedores pueden resumirse de la siguiente forma: El Derecho no puede querer acaparar plena autoridad y la responsabilidad epistémica por las construcciones de la realidad involucradas,

---

[111] Para una perspectiva constructivista del conflicto entre ciencia y religión, vid. ARBIB, Michael A. y HESSE, Mary B. (como en nota 48), 1986, pp. 16ss., 197ss.

[112] (como en nota 97), 1987, pp. 425ss.

pero al mismo tiempo no puede delegar totalmente la autoridad epistémica en los otros discursos sociales. Más bien, como condición previa para la incorporación del conocimiento social, el sistema jurídico define ciertos requisitos fundamentales en relación con el procedimiento y el método cognitivo.

Esta tendencia se ha reflejado dramáticamente en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán referida a la codeterminación (*Mitbestimmung*) en las organizaciones económicas (*BverGE* 50, 290). Durante años, los constitucionalistas han juzgado la constitucionalidad de la participación del empleo sobre la base de sus efectos económicos – en términos de la eficiencia de la compañía, del estado de la economía de la Alemania Occidental, y de su posición respecto de la competencia internacional. De esta manera los actores colectivos involucrados, esto es, las empresas, las asociaciones de trabajadores, los sindicatos, el gobierno y el Parlamento habían preparado en sus cartas unas construcciones jurídicas de la realidad con escenarios detallados sobre las consecuencias socioeconómicas de la codeterminación, tanto con consecuencias catastróficas como beneficiosas, dependiendo de lo que fuera apropiado para su posición[113]. A mayor abundamiento, los expertos en economía y sociología han sido movilizados en ambos bandos. El tribunal se negó a tomar una postura sustancial en este escenario sobre posibles consecuencias y se remitió a la decisión "procedimental". En vez de confirmar o rechazar las construcciones de la realidad, el Tribunal localizó los riesgos de información y predicción entre los actores colectivos involucrados –entre ellos el propio tribunal– y creó un nuevo deber para el Legislador: hacer retroceder sus decisiones si las predicciones en las que estaban basadas resultaran ser falsas[114].

Las transformaciones socio-estructurales salen al encuentro de dichas tendencias jurídicas. Desde hace años puede observarse un proceso de "cientificización" (*Verwissenschaftlichung*) de las decisiones institucionales. En este proceso los actores colectivos crean sus propias capacidades de investigación para producir un conocimiento aplicable políticamente[115].

---

[113] Vid. BADURA et al. ; *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten.* München: Beck, 1977, pp. 137ss., 246ss.; KÜHLER et al.; *Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe.* Baden-Baden: Nomos 1978, pp. 35ss., 99ss., 145ss., 197ss.

[114] Para un análisis en profundidad de dicha procedimentalización del conocimiento institucional, vid. WIETHÖLTER, Rudolph (como en nota 29), 1985; IDEM (como en nota 29), 1986; IDEM, "Proceduralization of the Category of Law", en: C. Joerges and D. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate.* Baden-Baden: Nomos, 1989; FREY, Reiner; (como en nota 29), 1989, pp. 103ss.; Cfr. También MAJONE, Giandomenico; "Process and Outcome in Regulatory Decision-Making", en: C.H.Weiss and A. Barton (eds.), *Making Bureaucracies Work*. Beverly Hills: Sage, 1979; IDEM (como en nota 104), 1989.

[115] Cfr. BECK, Ulrich / BONNß, Wolfgang (eds.) (como en nota 107), 1989, pp. 31ss.; RONGE, Volker (como en nota 107), 1989, pp. 338ss.

Sólo en la República federal existen hoy en día "cientos de productivos institutos para recoger información y analizar datos. A saber, los departamentos de investigación y planeamiento que hay en las grandes firmas técnicas, nacionales y transnacionales, en los grandes bancos, en las organizaciones empresariales y sindicatos, partidos y fundaciones públicas, en los ministerios federales y regionales, las autoridades europeas y otras autoridades internacionales, en los grandes periódicos y medios de comunicación, en la planificación urbana y regional, en los clubes nacionales e internacionales y las comunidades ideológicas de diferentes tipos, en las organizaciones privadas y las semi-públicas y en los centros de documentación"[116]. Las tendencias de los tribunales a la procedimentalización pueden edificarse sobre semejante producción plural de conocimiento por parte de las instituciones sociales. En un número significativo de sentencias recientes esta tendencia se ha visto incrementada: hay que abstenerse de las construcciones materiales de la realidad y procedimentalizar la solución jurídica. Hay que delegar la autoridad epistémica en diferentes actores colectivos, esto es, en las agencias administrativas, las compañías privadas, los sindicatos, las instituciones de investigación, las asociaciones de intereses, las organizaciones gubernamentales, el Parlamento y los tribunales. Deben localizarse los riesgos de información y predicción, definir procedimientos y métodos y decidir qué actor colectivo debe soportar "la carga de la prueba" por las construcciones de la realidad. Por último deben definirse las responsabilidades por los fallos en la información y la predicción[117] .

Hasta cierto punto una perspectiva constructivista favorecería los intentos de procedimentalizar el conflicto entre la autonomía y la heteronomía en el Derecho moderno. De hecho, si las correspondientes teorías de la verdad tienen que ser reemplazadas por las teorías del consenso o de la coherencia, si la autoridad de la ciencia se basa sólo en sus procesos de validación, si los contextos institucionales –como el Derecho– están condenados a la autonomía epistémica y no puede recurrir a autoridades externas, entonces la atención práctica y teórica tiene que dirigirse a los procedimientos jurídicos que dictan los presupuestos, el contenido y las consecuencias de las construcciones institucionales de la realidad. Éstos serán conducidos, con toda seguridad, a la pregunta de si el Derecho puede darse por satisfecho con la corrección, "procedimental" y ocasional, de la producción de conocimiento por parte de las instituciones sociales vinculadas a intereses. Aquí deben

[116] BÜHL, Walter; "Zwischen Offenheit und Richtungslosigkeit: Zur Situation der Zukunftsplannung in der Bundesrepublik Deutschland" en: *Der Staat* 28 (1989), pp. 525, 527ss.

[117] Vid. para el Derecho del medio ambiente, *BverGE* 49, 89; para del Derecho corporativo, *BverGE* 72, 155; para el derecho de propiedad, *BverGE* 74, 264.

dibujarse coaliciones totalmente nuevas entre el Derecho "imparcial" y la ciencia "neutral". ¿Acaso es este un nuevo movimiento pendular en la oscilación epistémica permanente?

¿Debe ser acaso la procedimentalización del conflicto de conocimiento entre el Derecho, la ciencia y las instituciones sociales la "verdad sobre el Derecho" en palabras de *David Nelken*[118]? ¿O solamente "la verdad del Derecho"? ¿O incluso "la verdad sobre la verdad del Derecho"? *Nelken* formula, con razón, una serie de preguntas que critican dicha procedimentalización del conflicto de conocimiento a través del Derecho. Sin embargo, tengo la impresión de que la búsqueda del propio *Nelken* de una "tercera posición", de una meta-teoría que debería desarrollar criterios neutrales para la solución del conflicto epistémico, resultan simplemente inútiles bajo las condiciones de la modernidad. La fragmentación de los discursos priva de toda competencia a un único centro de cognición para toda la sociedad. Eso no excluye, sin embargo, que el mismo discurso jurídico desarrolle, dentro de sus propios límites operacionales, una "tercera posición", una meta-dogmática jurídica que desarrolle reglas de colisión para el conflicto de conocimiento entre Derecho y ciencia. La práctica centenaria del Derecho de colisión (*Kollisionsrecht*) en el tráfico jurídico-privado de las naciones conoce una forma de pensamiento similar: el desarrollo de un meta-Derecho nacional para la regulación del conflicto entre el Derecho nacional y el extranjero. El Derecho parece estar en condiciones de poder operar en, y pese a, una situación paradójica, a saber, el regular, a través de una "tercera posición" internamente desarrollada, su propio conflicto con un mundo externo[119]. El nuevo reto del Derecho consiste en que las fronteras tradicionales entre territorios nacionales son reemplazadas, en la sociedad mundial actual, por las nuevas fronteras entre discursos sociales inconmensurables, entre los cuales juegan un papel fundamental el derecho y la ciencia[120]. La procedimentalización sería sólo una de las múltiples "soluciones" posibles del conflicto epistémico. Con ello el Derecho practicaría de hecho algo que *Gründen Arnaud*[121] ha prohibido por razones lógicas: estaría simultáneamente "en la escena y en el balcón". Esto suena paradójico y contradictorio. ¿Yace "la verdad del Derecho sobre la verdad y el Derecho" en que los discursos sociales autónomos están cautivos en

[118] NELKEN, David (como en nota 109),1990.

[119] Análisis muy detallados en WIETHÖLTER, Rudolph (como en nota 114), 1989.

[120] Sobre ello, algunas particularidades en TEUBNER, Gunther; (como en nota 47), pp. 123ss.

[121] ARNAUD, André-Jean; « La distinction 'interne-externe' », en : *Droit et Societé* (1986), p. 139.

un juego interminable de observaciones recíprocas, y que el Derecho, en virtud de su racionalidad procedimental, juega un papel independiente en este juego?

(Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez)