




---



---

**CRÍTICA DE LIBROS**


---



---

# EL FUTURO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

MANUEL ATIENZA  
Madrid

---

## 1. Introducción

---



El objetivo de este pequeño trabajo es el de glosar críticamente la postura mantenida por Niklas Luhmann sobre la dogmática jurídica en su libro *Rechts system und Rechtsdogmatik* (1). Dadas las dificultades de comprensión (así como algunas obscuridades) que plantea esta obra, comenzaré sintetizando las que me parece constituyen sus tesis centrales (apartado 2), para, a continuación, indicar algunas posibles críticas al respecto (apartado 3), teniendo en cuenta también otra obra de Luhmann, *Rechtssoziologie* (2), a la que es necesario referirse para precisar el alcance de sus tesis y mostrar sus posibles puntos débiles. La exposición de esta última parte está directamente inspirada en dos magníficos estudios introductorios de Alberto Febbrajo a las obras de Luhmann señaladas (3).

(1) Stuttgart, 1973. La traducción italiana (sobre la que he trabajado) es de A. Febbrajo, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978. Luhmann, nacido en 1927, es actualmente profesor de sociología en la Universidad de Bielefeld; es autor de trabajos sobre temas muy diversos que van desde la teoría general del Derecho y la sociología jurídica, hasta la sociología política, la sociología de las religiones, la ciencia de la administración y la metodología de las ciencias sociales.

(2) Hamburg, 1972. Trad. italiana de A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1977.

(3) *Introduzione* a la ed. italiana de *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit. (en adelante *Introduzione*), y *Prefazione a Sociologia del diritto* cit. (en adelante *Prefazione*). Febbrajo es también autor de un libro sobre Luhmann, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*; Giuffrè, Milano, 1975, en donde expone por extenso las tesis recogidas en su *Prefazione*.

---

## 2. Las tesis de Luhmann sobre la dogmática jurídica

---

2.1. La dogmática jurídica suele caracterizarse por la prohibición de negar ciertos puntos de partida, es decir, por ser una disciplina que considera ciertas proposiciones, de por sí arbitrarias, como superiores a cualquier crítica, y renuncia al postulado de la investigación independiente (4). Para Luhmann, sin embargo, la dogmática jurídica (cualquier dogmática) *depende* de ciertas prohibiciones de negación consideradas socialmente necesarias, pero su función (positiva) *consiste* precisamente en *aumentar la libertad* en relación con un conjunto de experiencias y textos (material vinculante). La dogmática acrecienta, pues, el grado de incerteza del sistema jurídico (por ejemplo, aumentando la indeterminación de las reglas legislativas para insertar nuevas posibilidades de decisión) que debe resultar compatible con la obligación de observar las normas jurídicas y de decidir en caso de conflicto.

2.2. La dogmática opera al nivel de la aplicación del Derecho. Las dogmáticas jurídicas aparecen cuando en

Sobre Luhmann ha escrito, en nuestro país A. Ollero, *Derecho y sociedad, dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973 y «Systemtheorie», *¿Filosofía del Derecho o sociología jurídica?*, en «Anales de la Cátedra de Francisco Suárez», nº 13, fasc. 1, Granada, 1973 (ver, especialmente para el tema que nos ocupa el ap. 5); esta misma revista ha publicado (pero en versión alemana) un trabajo de Luhmann *Rechtstheorie im interdisziplinärem Zusammenhang* (fasc. 5., 1972).

(4) Luhmann parte aquí de la caracterización de la dogmática de J. Kraf (Cfr. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., pág. 43).

la relación entre los programas de decisión generalmente válidos (normas) y las decisiones de los casos particulares, ambos elementos son contingentes (es decir, la relación se concibe como variable bilateralmente), y de ahí la necesidad de establecer criterios, puntos de vista, fijos, dogmáticos (principios y conceptos) para controlar conjuntos de decisiones muy amplios.

2.3. La dogmática opera desde *dentro* del sistema jurídico: la dogmática es el nivel más elevado y abstracto de posibles determinaciones de sentido del Derecho desde dentro del sistema. La dogmática presupone la distinción binaria propia de todo ordenamiento jurídico entre lícito e ilícito y, por ello, no puede distinguir con sentido entre argumentos *de lege data* y *de lege ferenda* (es decir, parte del material normativo existente de donde abstrae las condiciones limitativas de lo que es jurídicamente posible). Análogamente a la epistemología que tiene que tomar del mismo sistema de la ciencia las condiciones del conocimiento posible, la dogmática encuentra sus condiciones de posibilidad en el sistema jurídico.

2.4. El ordenamiento jurídico, como todo sistema que elabora informaciones, está unido al medio de una manera doble: mediante el *input* (horizonte temporal del pasado) y mediante el *output* (horizonte temporal del futuro). Aunque en todo sistema diferenciado haya tanto *input* como *output*, es posible que el centro de interés se sitúe en uno u otro confín.

Según Luhmann, la dogmática jurídica, en su forma clásica, se caracterizaba por su orientación hacia el *input* del sistema, es decir, hacia el pasado, hacia las normas, y de ahí que a la dogmática se la hiciera cumplir, fundamentalmente, funciones clasificatorias (los conceptos proporcionaban reglas para standarizar y clasificar casos sometidos a decisión). Esta orientación venía reforzada por una concepción de la justicia como igualdad abstracta (la justicia consistiría en decidir de manera igual casos —formalmente— iguales) concepción que, a su vez, servía para valorar positivamente el proceso de autonomización (diferenciación) del sistema jurídico que para Luhmann tiene un carácter irreversible (la orientación hacia el *input* debilita el empuje ejercido sobre el sistema jurídico por las fuerzas sociales y garantiza la utilización de criterios únicamente jurídicos).

2.5. En el interior de la ciencia jurídica se ha venido desarrollando, desde hace más o menos un siglo, una revuelta contra esta orientación de fondo (como ejemplos pueden citarse la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica, la consideración del Derecho como técnica de ingeniería social, el pensamiento realista o la tendencia actual a la asunción de un compromiso socio-político por parte de los juristas (5)) que puede caracterizarse como un intento de cambiar la orientación desde el *input* hacia el *output* del sistema, es decir, hacia

(5) También cabría incluir aquí, claramente, tendencias como la del uso alternativo del Derecho que ha tenido una cierta repercusión en nuestro país. Véase, por ejemplo, la reseña de José M. Laso al libro de N. López Calera, M. Saavedra y P. Andrés Ibáñez (*Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1978) en «El Basilisco», nº 2, y las referencias de Gustavo Bueno a esta concepción del Derecho en su artículo *En torno al concepto de «ciencias humanas»*, también en el nº 2 de «El Basilisco» (p. 43).

el futuro, hacia las consecuencias sociales de las decisiones. Esto plantea, sin embargo, una serie de exigencias difícilmente realizables por una dogmática:

—Si el ordenamiento jurídico se orientara hacia las consecuencias, hacia el futuro (orientación que parece ser dominante en la sociedad moderna), se pondría en grave peligro la certeza del Derecho. En efecto, el Derecho funciona como un mecanismo de seguridad en la medida en que el ciudadano puede prever las decisiones del sistema jurídico; pero si dicho sistema descansara no ya sobre las premisas de decisión (sobre las normas) sino sobre la previsión de sus consecuencias, al ciudadano se le obligaría a «prever la previsión» del sistema, lo que aumentaría gravemente los riesgos de inseguridad.

—Por otro lado, el futuro —argumenta Luhmann— presenta una mayor complejidad que el pasado, más posibilidades y mas interdependencias. Si el sistema se orientara hacia el *output*, tendría que disponer de técnicas distintas a las de la dogmática jurídica tradicional para limitar la complejidad del medio (por eso las estrategias conceptuales de tipo dogmático no funcionan como técnicas de *social engineering*). En particular, tendría que disponer, para justificar sus decisiones, de interrupciones de las interdependencias más netas de las que dispone la dogmática, pues mientras que es relativamente fácil establecer, por ejemplo, si un acto administrativo se ha dictado o no correctamente, resulta mucho más difícil establecer cuáles son las consecuencias de una decisión que deben considerarse *relevantes* (es decir, en qué medida deben tomarse en consideración los efectos de una acción, los efectos de los efectos, etc.).

—Además, una orientación hacia el *output* pondría en peligro la realización de la justicia. La persecución de fines —piensa Luhmann— es injusta porque supone la violación del principio de igualdad (en el sentido referido anteriormente, es decir, en el sentido de imparcialidad): no se puede, al mismo tiempo, tender a ciertos efectos (por ejemplo, a la resocialización del delincuente) y pretender decidir de forma igual casos iguales (6).

—Finalmente, la orientación hacia las consecuencias plantearía la necesidad de un sistema de organización distinto y más dispendioso del que actualmente conoce el sistema jurídico (especialmente por lo que se refiere a la organización judicial, sistema de reclutamiento de los jueces, etc.).

2.6. Como conclusión de todo esto puede afirmarse que la dogmática integra el sistema jurídico sólo al nivel

(6) Desde un punto de vista lógico podría compatibilizarse el principio de justicia y la persecución de fines, por ejemplo, considerando que ningún caso es igual a otro, con lo que se respetaría el principio de igualdad. Pero de cualquier modo —puntualiza Luhmann— en la medida en que aumenta la compatibilidad de las decisiones (la justicia) se hacen más complejas las consecuencias relevantes y por tanto más difícil la valoración de tales consecuencias.

En este contexto, se explica (aunque sea difícil de justificar) la afirmación de Luhmann de que se puede querer la des-diferenciación del sistema jurídico si se tiene la idea de que el Derecho sirve a los intereses de la clase dominante, pero no se puede, al mismo tiempo, afirmar que se lucha por una sociedad más justa (cfr. *Sistema jurídico e dogmática jurídica*, cit., p. 87).



de las premisas de decisión (las normas), pero no desarrolla ninguna integración de las consecuencias que las decisiones de los casos producen en el medio social (7). Ello implica dar una respuesta negativa a la pretendida apertura de la dogmática jurídica hacia el saber sociológico.

Ahora bien, aunque la orientación hacia las consecuencias no esté en condiciones de fundamentar una dogmática, sí que puede cumplir una función de corrección en el interior de una dogmática orientada predominantemente hacia el *Input*. Con ello se conseguiría corregir una necesidad de abstracción del sistema jurídico que viene determinada por el hecho de que el sistema debe disponer de una posibilidad de decisión para cada caso de conflicto jurídicamente relevante. Ejemplos de ello lo constituyen la posibilidad de utilizar consecuencias particulares para suscitar alarmas que justifiquen la excepción a una regla, o la inserción en la misma relación jurídica de una especie de responsabilidad para el futuro (8).

2.7. La necesidad de abstracción de la dogmática y las pretensiones relativas a la justicia (es decir, relativas a la armonización entre sí de las distintas posibilidades de decisión) no pueden establecerse con independencia de las expectativas sociales. Ello significa que la dogmática,

(7) En esto descansa, según Luhmann, el elevado grado de libertad que puede garantizar la dogmática en la interpretación de textos y experiencias. (Es decir, en el hecho de que la dogmática no entra de manera irrevocable en la realidad social y se mantiene al nivel de las premisas de decisión; basta con que el sistema disponga de una posibilidad de decisión para cada caso de conflicto, sin que importen las consecuencias de la decisión).

(8) Luhmann discute estos dos ejemplos en el cap. IV, apartado 1 y 8 respectivamente de la obra reseñada. Otros ejemplos de posibles funciones correctoras pueden verse en los apartados 5, 6 y 7 de este mismo capítulo.

cuyo fin es hacer operativas las cuestiones de justicia al nivel de la aplicación del Derecho, debe formular, según Luhmann, *conceptos socialmente adecuados*. Estos conceptos son los que pueden dar a la dogmática el fundamento que ésta no puede encontrar en la consideración de las consecuencias.

Ahora bien, «socialmente adecuados» no significa que los conceptos jurídicos sean conceptos sociológicos o que deban reproducir adecuadamente la sociedad (esto iría en contra del proceso —irreversible— de diferenciación del sistema jurídico con respecto al sistema social), sino únicamente que en el sistema jurídico pueda realizarse la transformación conceptual de los problemas (es decir, que los problemas sociales puedan traducirse a conceptos jurídicos) (9).

Luhmann ejemplifica esto, de manera especial, mediante su análisis del concepto de propiedad (cap. VI). Partiendo de la tendencia creciente en la actualidad hacia la disociación entre «tener» y «poder» (hoy se puede mucho no teniendo nada, mientras que tener como tal confiere cada vez menos posibilidades), considera que la dogmática jurídica debería captar de forma conceptualmente precisa este fenómeno, que afecta a la identidad de la propiedad, revisando la categorización que la dogmática hace de la propiedad como derecho subjetivo.

La dogmática jurídica —concluye Luhmann— continuará existiendo si resulta posible llevar las reflexiones y las abstracciones técnico-jurídicas a un nivel correspondiente a la situación social, y desaparecerá si el desarro-

(9) Es decir, el sistema no puede encontrar su orientación de fondo por referencia a determinadas situaciones propias del medio (orientación a las consecuencias), sino por referencia a puntos de vista (conceptos socialmente adecuados) que pongan en relación un medio variable y un sistema variable.

llo posterior del Derecho pasa a la legislación y por tanto, en amplia medida, a la política (10).

### 3. Consideraciones críticas

3.1. La valoración positiva que Luhmann hace de la dogmática es consecuencia de su aproximación metodológica de carácter funcionalista. Como pone de manifiesto Febbrajo, la innovación que aporta Luhmann a la discusión sobre el problema de las relaciones entre la ciencia jurídica tradicional y la sociología consiste en que, en vez de partir de un determinado concepto de ciencia y preguntarse a continuación si puede considerarse científica una dogmática separada de la sociología, Luhmann se limita a mostrar que en una sociedad compleja una dogmática jurídica impermeable a la sociología cumple una función socialmente relevante y por eso resulta justificada (11).

Esta postura tiene, desde luego, un importante componente crítico frente a descalificaciones superficiales y, en el fondo, «acríticas» del proceder dogmático, pero la crítica resulta, a su vez, insuficiente, toda vez que Luhmann no toma en consideración las posibles funciones negativas (los costes sociales) de dicha dogmática (12).

Por otro lado, hay que decir también que Luhmann no consigue del todo evitar entrar en la cuestión de «la científicidad de la jurisprudencia», sino que este problema lo aborda de manera implícita y lo resuelve en el sentido de separar tajantemente dogmática y ciencia. En efecto, en su *Sociología del Derecho*, Luhmann arranca del hecho de que los sistemas sociales se enfrentan con el peligro de que las posibilidades seleccionadas por ellos sean eventualmente realizables de forma diferente a las expectativas generadas (en el caso del sistema jurídico, la posibilidad de incumplimiento de las normas). Ahora bien, frente a la no realización de una expectativa, el sistema puede actuar de dos modos: corrigiendo la expectativa no realizada y adecuandola a la nueva realidad, es decir, aprendiendo (estrategia cognoscitiva); o

(10) Cfr. N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit. pp. 154-155.

(11) Cfr. A. Febbrajo, *Introduzione*, p. 16. Febbrajo distingue aquí entre: soluciones «separatistas», partidarias de una autonomía de la dogmática frente a la sociología (postura defendida por Weber, Kelsen y, naturalmente, por Luhmann); soluciones «sociologizantes» que plantean la necesidad de una apertura de la dogmática hacia el saber sociológico (tesis mantenida por Ehrlich o Geiger).

Un planteamiento análogo al de Luhmann en este punto puede encontrarse en el interesante artículo de E. Gimbernat, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1976: En efecto, en este trabajo (Y quizás sea esta la actitud «natural» del «científico» del Derecho) no se discute en absoluto el problema de la científicidad o no de la dogmática jurídico-penal (Gimbernat parece, sin embargo, presuponer su carácter científico), sino que el futuro de tal dogmática se justifica por la función relevante que ésta cumple al hacer previsibles las decisiones de los tribunales.

(12) Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, pp. XLIII y XLIV, quien dirige esta crítica a Luhmann en relación con la identificación que éste hace de las funciones latentes.

bien, rechazando aprender y manteniendo la expectativa también en los casos en que esta no se ha realizado (estrategia normativa). Ambas estrategias son funcionalmente equivalentes, pero al nivel de la aplicación del Derecho, nivel en el que se sitúa la dogmática, la que cobra sentido es la estrategia normativa (13), como se verá a continuación.

3.2. En el curso de la evolución humana —explica Luhmann en su *Sociología del Derecho*— la complejidad social aumenta (es decir, aumentan el número y los tipos de posibles experiencias) y el sistema jurídico tiene que recurrir al fenómeno de la positivización para equilibrar esta creciente complejidad. La positivización del Derecho significa que las normas entran en vigor y se cambian mediante decisiones, lo que implica que no se consideran ya como inmutables. Pues bien, con la positivización tiene lugar también una diferenciación funcional entre: los procedimientos para reaccionar normativamente frente a las expectativas no realizadas (jurisdicción); y los procedimientos para aprender (momento cognoscitivo) de las expectativas no realizadas (legislación). El legislador debe, por tanto, reaccionar cognoscitivamente, mientras que el juez lo hace normativamente; el valor-guía del juez es la estabilidad, mientras que el del legislador es la variabilidad, la capacidad de adaptación (14).

Ahora bien, aparte de que la situación entre expectativas normativas y cognoscitivas puede no ser tan clara como supone Luhmann (15); este último parte también en su argumentación de un modelo rígido de división de poderes (concretamente entre el poder legislativo y el judicial) que hoy, y desde hace ya tiempo, está en franca revisión dentro de la propia ciencia jurídica (16). Si se admite por ejemplo (siguiendo a Kelsen) que la distinción entre creación y aplicación del Derecho es simplemente relativa, puesto que también hay aplicación al nivel de la legislación, del mismo modo que el juez crea —y no sólo aplica— el Derecho, la tesis de Luhmann encontraría aquí una seria dificultad.

3.3. El punto de vista interno a los sistemas que caracteriza a la metodología de Luhmann es la causa de la insensibilidad que este autor muestra frente a la historia, así como de su incapacidad para explicar los factores a los que se debe el aumento de complejidad que a su vez motiva la evolución de los sistemas jurídicos hacia la positivización (17). En el campo que aquí nos interesa, el punto de vista interno adoptado por Luhmann es lo que le lleva a considerar a la dogmática

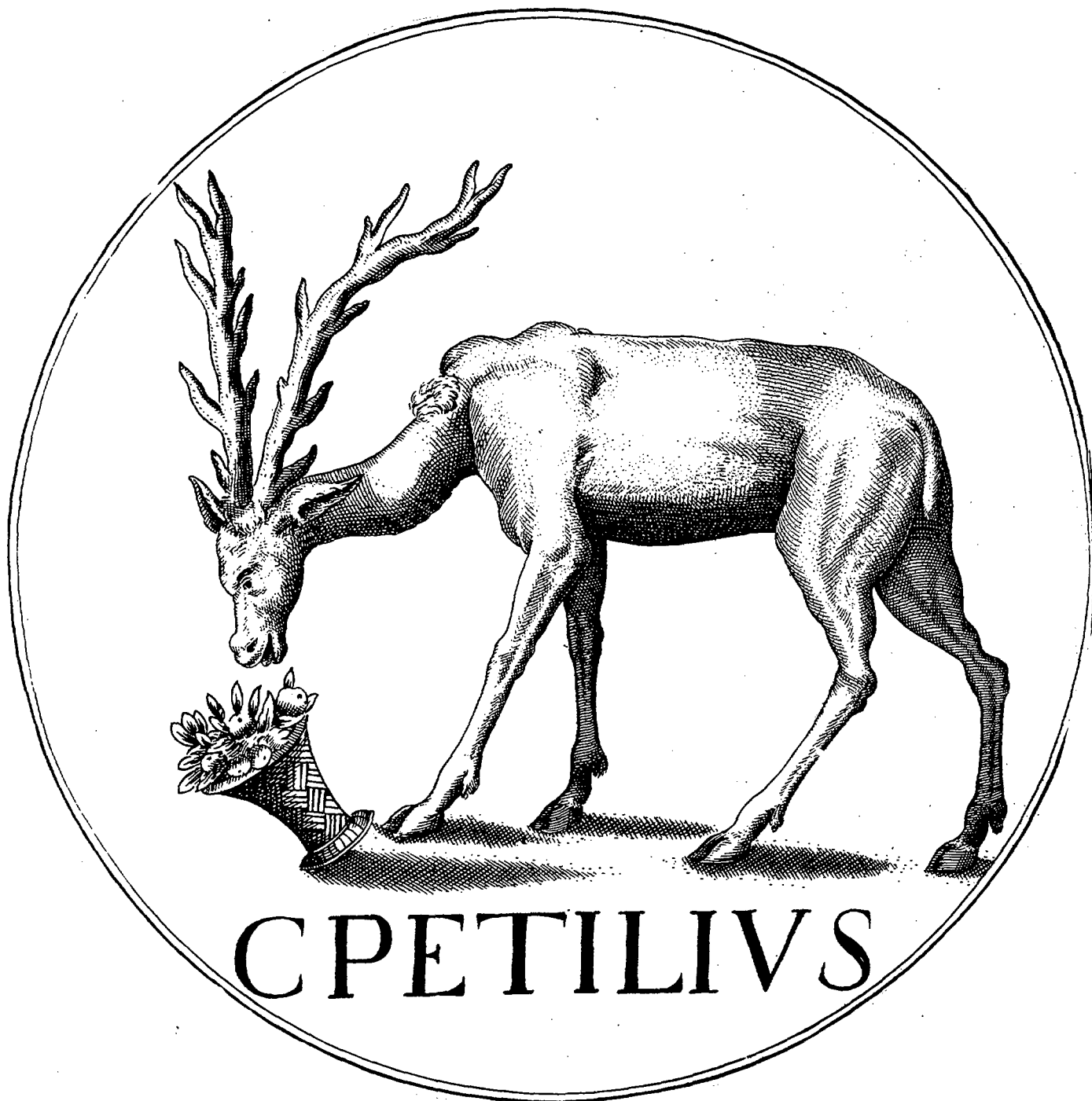
(13) Luhmann define el Derecho como la «estructura de un sistema social que reposa sobre la congruente generalización de expectativas normativas de comportamiento» (Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, p. XIII).

(14) *Ibidem*, pp. XVIII y ss.

(15) *Ibidem*, p. XV. Febbrajo tiene razón en pensar que la contraposición entre expectativas cognoscitivas y normativas presupone normas que la regulen, pues en otro caso la integración social peligraría ya que no se sabría cuando esperar cognoscitiva o normativamente.

(16) *Ibidem*, pp. XXXVII y ss.

(17) *Ibidem*, pp. XI-XLII.



jurídica retractaria a los análisis efectuados desde el medio social (es decir, el análisis sociológico), o desde otros sistemas jurídicos reales (Derecho comparado) o posibles (axiología jurídica o teoría de la justicia).

En la argumentación de Luhmann reviste una cierta importancia la distinción que traza entre: la dogmática jurídica, que opera al nivel del sistema jurídico elaborando abstracciones conceptuales para sistematizar el material jurídico; y la teoría del Derecho que constituye un nivel de análisis científico, exterior al sistema, y consistente en la elaboración de «abstracciones de abstracciones» (18). Pues bien, mientras que en relación con la dogmática jurídica Luhmann se muestra respetuoso hacia el pensamiento jurídico tradicional y contrario, en princi-

pio, a introducir en él la perspectiva sociológica, en relación con la teoría del Derecho defiende la necesidad de

(18) Lo que supone incurrir, una vez más, en la duplicación de saberes jurídicos que caracteriza toda la discusión sobre la científicidad de la jurisprudencia. Ejemplos de esta duplicación lo constituyen la distinción del iusnaturalismo racionalista entre la jurisprudencia real (que no es ciencia, sino técnica) y la jurisprudencia ideal (el Derecho natural) que es la verdadera ciencia; la distinción iuspositiva entre la dogmática jurídica y la ciencia jurídica verdadera (empírica): la psicología o la sociología jurídica, según los casos; o la más reciente distinción entre técnica (la investigación del jurista) y ciencia del Derecho, distinción esta última que se formula desde diversos presupuestos teóricos (Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría della scienza giuridica*, Giapichelli, Torino, 1950, cap. II, apartado 6 y 7, y del mismo autor, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Diritto e analisi del linguaggio*, —ed. preparada por U. Scarpelli—, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 287-297).

una reestructuración del pensamiento jurídico para fundar sobre bases sociológicas una teoría del Derecho «metadogmática y metapositiva» (19). Ahora bien, como resulta claro de los propios trabajos de Luhmann (véase, por ejemplo, en relación con la propiedad, apartado 2.7.), los análisis al nivel de la teoría del Derecho no pueden dejar de influir sobre la propia dogmática y, por ello, los análisis sociológicos penetrarían en esta última, al menos por vía indirecta.

3.4. La caracterización de la dogmática jurídica por su orientación hacia el *input* del sistema, hacia las normas, plantea, de entrada, el problema de la idoneidad metodológica de la teoría de sistemas de que parte Luhmann y, más en concreto, la cuestión de si este hace un uso correcto de la misma o por el contrario —como piensa, por ejemplo, Febbrajo— no extrae de ella (y en general de la metodología funcionalista) todo su potencial explicativo (20).

Cabe pensar, por ejemplo, que la programación condicional fundada sobre la correlación «si... entonces» (si se verifican ciertas condiciones, entonces se tienen ciertas decisiones, cualesquiera que sean las consecuencias producidas) típica de la dogmática jurídica, según Luhmann, y la programación de fin, típica de la sociología, no son los únicos tipos de racionalidad jurídica posibles, ni son tampoco excluyentes entre sí (21).

El que no sean excluyentes entre sí lo mostraría la posibilidad de una dogmática orientada contemporáneamente hacia el *input* y hacia el *output*. Las dificultades que plantearía tal proceder podrían, según Febbrajo, resolverse (al menos en abstracto) mediante diferenciaciones internas a la dogmática y/o mediante la institucionalización de instrumentos accesorios para sustentar a la dogmática cuando esta salga del ámbito legalista para aventurarse en una perspectiva teleológica (22).

Y no serían tampoco las únicas racionalidades posibles en la medida en que cabe pensar en la referencia a valores como tercer criterio de racionalidad (23). Es cierto que Luhmann no excluye a la justicia de sus argumen-



taciones, pero la entiende tan solo como justicia en la aplicación del Derecho y no propiamente como valor que el ordenamiento jurídico podría o no realizar (24). Por otro lado, en la inclinación de Luhmann hacia una dogmática orientada hacia el *input* del sistema hay sin duda una toma de postura valorativa, una clara preferencia hacia el valor seguridad, en detrimento de otros posibles valores jurídicos.

Luhmann afirma también que la dogmática no puede cambiar en su orientación hacia la condicionalización, hacia el *input*, que se vincula con la tendencia irreversible del sistema jurídico hacia la diferenciación (25). Pero también este punto resulta inconsistente, en la medida en que no se toma en consideración suficientemente los condicionamientos históricos, reales, que empujan a la dogmática a tener en cuenta los efectos de las decisiones. Weber, cuya postura está particularmente próxima a la de Luhmann, tuvo el acierto de mostrar que la aparición dentro de la dogmática de una perspectiva rigurosamente normativa (legalista) estaba ligada a una serie de condiciones históricas favorables, entre las cuales citaba, en primer lugar, la constitución de un Estado que monopoliza la producción del Derecho (26). La tesis de la reducción del Derecho al Derecho del Estado está explícitamente asumida por Luhmann (27), pero no así por las diversas tendencias que propugnan una orientación hacia las consecuencias, que siempre han insistido en la imposibilidad de identificar el Derecho con el Derecho estatal. Esta última actitud refleja, por otro lado, la configuración actual de los ordenamientos jurídicos en los que cada vez es mayor la importancia de las fuentes extralegislativas y extraestatales, especialmente en las ramas jurídicas —como el Derecho del trabajo— de más reciente creación. Bobbio ha mostrado que éste y otros condicionamientos reales son los que explican que en los últimos tiempos se esté imponiendo un modelo de ciencia jurídica que hace consistir la función del jurista no ya en la determinación e interpretación de las reglas válidas y dadas previamente, sino en la búsqueda del Derecho en los hechos sociales; el Derecho se contempla, pues,

(24) Luhmann llega así a identificar legalidad y legitimidad. Según este autor, a partir de cierto nivel de complejidad social (positivación), la legitimidad del contenido de las normas puede sustituirse por la legitimidad de los modos de producción de las normas (legalidad). Este «legalismo» de Luhmann ha sido especialmente criticado por Habermas (Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, p. XXXVIII y nota).

(25) La tendencia hacia la diferenciación juega, en la obra de Luhmann, un papel análogo a la racionalización en la obra de Weber, pero con la diferencia de que este último concibe la racionalidad como un «tipo ideal», como un esquema conceptual, y no como el fin o el ideal al que tiende la sociedad (Cfr. Renato Treves, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Taurus, Madrid, 1978, p. 74).

(26) Cfr. A. Febbrajo, *Introduzione*, p. 12.

(27) Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, p. XXXI.

(19) Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, p. XXIV. La obra de Luhmann que aquí se comenta constituiría un ejemplo de teoría del Derecho.

(20) *Ibidem*, pp. XXXVIII y ss. Para una crítica del valor metodológico de la teoría general de sistemas, véase: Alberto Hidalgo, *El «sistema» de la teoría general de sistemas*, en «El Basilisco», nº 1, y Ramón García Cotarelo, *La teoría de sistemas como paradigma de las ciencias sociales*, en «El Basilisco», nº 3.

(21) Cfr. A. Febbrajo, *Introduzione*, pp. 15 y ss., quien señala también que la programación de fin y la programación condicional son, respectivamente, la traducción en términos de sociología de la organización de la racionalidad teleológica y la racionalidad legalista de Weber.

(22) *Ibidem*, pp. 19 y 20. Para Febbrajo, la existencia de distintas direcciones dentro de la dogmática y la heterogeneidad de las asociaciones de magistrados italianos son hechos que pueden interpretarse como el reflejo de distintos tipos de racionalidad jurídica.

(23) Este es el punto fundamental de la crítica de J. Esser, contradictor de Luhmann en los debates que precedieron a la redacción de la obra de Luhmann que se comenta. También desde el campo de la sociología (los casos de Schelsky, Ryffel y Habermas) se ha criticado a Luhmann por su postergación de los valores individuales (Cfr. A. Febbrajo, *Introduzione*, pp. 21-21).

*duzione*, pp. 21-23).

no como algo dado previamente, sino como algo fluido, y las normas constituyen, precisamente, las valoraciones de estos hechos sociales (28).

3.5. En la aceptación por parte de Luhmann del modelo tradicional de dogmática juega, sin duda, un papel fundamental su «obsesiva referencia al valor de la seguridad» (29), presente también en su identificación de la justicia con la garantía de la previsibilidad y certeza de las decisiones en los casos futuros. Detrás de ello parece haber una deformación antropológica, un modelo unidimensional que elige siempre la estabilidad y calculabilidad (valores tutelados por el sistema) frente a la espontaneidad y el riesgo (representados por el medio) (30). Ello hace, por otro lado, que Luhmann sea incapaz de explicar los factores de conflicto presentes no sólo en el exterior, sino también en el interior del sistema y que no logre por ello explicar el comportamiento innovador o desviado (31).

Sin poner en duda la importancia del Derecho como mecanismo de seguridad, lo cierto es que el Derecho no es sólo eso o, mejor dicho, la seguridad no excluye dosis más o menos elevadas de inseguridad. Pero Luhmann parte de una concepción idealista, de una especie de «armonía preestablecida» entre las estructuras (el Derecho) y las necesidades humanas que éstas deben satisfacer (la seguridad), lo cual le lleva a no considerar como Derecho un ordenamiento que no realice tal función positiva (32).

3.6. La imposibilidad de que una orientación hacia el *output* pueda cumplir algo más que una función correctiva en la dogmática no es sino una consecuencia de premisas anteriores (especialmente de la tendencia irreversible hacia la diferenciación del sistema jurídico) ya discutida en el apartado 3.4. No obstante, interesa poner de relieve que, al afirmar esto, la postura de Luhmann queda un tanto desdibujada. En efecto, el criterio de la «adecuación social» de los conceptos que propone, si bien puede resultar una útil flexibilización de su postura inicial de separación tajante entre dogmática y saber sociológico, sin embargo es suficientemente impreciso como para poner en peligro la coherencia de su teoría. Pues si se admite, como lo hace Luhmann, una cierta orientación del sistema hacia las consecuencias, habría que precisar cuál es el límite de la misma, es decir, a partir de qué momento la orientación hacia el *input* dejaría de ser predominante. Y no creo que en la obra de Luhmann existan criterios claros al respecto.

(28) Véase, Norberto Bobbio, *Diritto e scienze sociali*, en *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, Milano, 1977, quien acepta, o mejor dicho, parte de la apertura de la ciencia jurídica tradicional hacia las ciencias sociales, si bien (y al mismo tiempo) defiende una clara diferenciación entre el saber jurídico y el saber sociológico que serían «mapas distintos de la misma región que se integran entre sí».

(29) Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, pp. XIII-XVI.

(30) *Ibidem*, p. XVI; véase también la nota 23.

(31) *Ibidem*, p. XXXIX.

(32) *Ibidem*, p. XVI.

3.7. La tesis final de Luhmann de que la dogmática jurídica dejará de ser necesaria en la medida en que el desarrollo del Derecho pase a la legislación y a la política merece, sin duda, un comentario. En primer lugar, el aumento de la programación en detalle de las decisiones al nivel de la legislación parece inevitable teniendo en cuenta la creciente aplicación de la informática al Derecho, especialmente en algunos campos del Derecho (por tanto, no se trata de un proceso homogéneo). Y, en segundo lugar, la apoliticidad de la jurisdicción (la configuración del juez como «la boca de la ley») de que parte Luhmann, parece bastante discutible que haya sido real alguna vez (33), si bien parece razonable pensar que un exceso de politización tiende a hacer disminuir el nivel de rigor de las construcciones conceptuales.

Frente a la conclusión pesimista y paradójica a que lleva la postura de Luhmann: el futuro de la dogmática se encontraría en el pasado, en el doble sentido de orientación hacia el *input* y de reivindicación de la dogmática jurídica tradicional, pienso que habría que apostar por una futura jurisprudencia (denominación preferible a la de «dogmática» (34)) que compatibilice un cierto grado de politización y de aumento de la programación legislativa (lo que implica la toma en consideración de las consecuencias de las decisiones y de criterios de justicia no meramente formales) con la continuación de una tradición de elaboración de conceptos (de abstracciones técnico-jurídicas) que necesariamente deberá hacerse más crítica y menos «dogmática» (en la medida en que vaya superando ciertos presupuestos puramente ideológicos que han caracterizado a la jurisprudencia tradicional). Las diferencias entre la jurisprudencia y la sociología del Derecho parecen, hoy por hoy, bastante claras, pero ambas disciplinas no pueden permanecer —ni permanecen, de hecho— de espaldas entre sí y, concretamente, no es posible negar la posibilidad y el interés de estudios interdisciplinarios (pero, para que haya interdisciplinariedad —como dice Gustavo Bueno— es preciso que existan antes disciplinas).

Al logro de este objetivo contribuye, sin duda alguna, la obra de Luhmann, que, al mostrar las consecuencias e insuficiencias de la postura que combate, obliga a adoptar posiciones más críticas y menos ingenuas.

(33) La completa apoliticidad de la jurisdicción es lo que hace que el programa típico de decisión de este subsistema sea el programa condicional, que: a) corrige e integra la actividad legislativa orientada típicamente hacia el fin; b) desvincula al juez de responsabilidad por las consecuencias sociales de su decisión (y por tanto permite su imparcialidad, el trato igual a las partes) (Cfr. A. Febbrajo, *Prefazione*, pp. XXXV y XXXVI).

(34) El origen de la expresión «dogmática jurídica» se vincula con el positivismo y su concepción de la ciencia: la jurisprudencia sería una «dogmática» porque no parte de hechos experimentales, sino de proposiciones dadas e intocables (Cfr. Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., cap. II, apartado 6).

Ahora bien, el propio Luhmann ha criticado brillantemente este concepto de dogmática al mostrar que toda la comunicación humana presupone elementos «no-negables», elementos (proposiciones) que, por otro lado, no son tampoco arbitrarios, pues en la vida social no hay nada que sea «de por sí arbitrario» (Cfr. N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., cap. II apartado 1; véase también *supra*, nota 4).