



ordenamientos jurídicos. En el análisis de estas tres acepciones se advertirá, de un lado, la permanencia del viejo paradigma analítico, 'atómico' y mecanicista y, de otro, la aparición de tautologías y circularidades emergentes desde otro paradigma sistémico, 'cuántico' y pluralista.

### **Palabras clave**

Derecho y Filosofía; Derecho y Teoría.

### **Resumo**

A velha e bela metáfora das fontes do direito não possui a precisão própria de um conceito contemporâneo, mas em sua utilização atual podem vislumbrar-se os principais signos da evolução da Teoria do Direito. Se aceitamos que a Teoria do Direito possui um método científico e um objeto diferenciados daqueles da Teoria da Justiça ou da Sociologia do Direito e se quisermos permanecer dentro de seus limites, então nos restará um estreito espaço para a análise da operatividade contemporânea da metáfora. Neste campo, só poderemos delimitá-la em algumas de suas acepções: as fontes como metáfora do fechamento operativo dos sistemas jurídicos, as fontes como fundamento da unidade do ordenamento jurídico e as fontes como metáfora da construção escalonada dos ordenamentos jurídicos. Na análise destas três acepções perceber-se-á, de um lado, a permanência do velho paradigma analítico, "atómico" e mecanicista e, de outro, a aparição de tautologias e circularidades emergentes a partir de outro paradigma sistémico, "quântico" e pluralista.

### **Palavras - chave**

Direito e Filosofia; Direito e Teoria.

### **Abstract**

The old and beautiful metaphor of sources of law does not have the precision of a contemporary concept, but in its current use, some of the principle signs of the evolution of the Theory of Law can be discerned. If we accept that the Theory of Law has a scientific method and a subject that is different from that of the

Theory of Justice or the Sociology of Law, and if we wish to remain within its limits, then there remains a narrow space for the analysis of contemporary functioning of metaphor. In this work, we will only be able to delimit it in some of its meanings: sources as a metaphor of operative closure of the legal systems; sources as the basis of unity of legal systems and sources as a metaphor of the stepped construction of legal systems. In the analysis of these three meanings, on one hand, the permanence of the old analytical, "atomic" and mechanistic paradigm is observed and on the other, the emergence of tautologies and logic circularities stemming from a different systemic, "quantic" and pluralist paradigm.

### **Key words**

Law and Philosophy; Law and Theory.

## **1. Preliminares**

§1. La vieja y bella metáfora de las fuentes del derecho no posee la selectividad propia de un concepto contemporáneo (Luhmann 1981, 243) y, sin embargo, en su uso actual – como intentaremos mostrar en este artículo – se aprecian los principales signos del itinerario evolutivo de la Teoría del Derecho contemporánea.

§2. Tal y como la barajamos hoy, la metáfora puede querer indicar una de las siguientes cosas: (a) que los sistemas jurídicos tienen la propiedad de regular su propia autorreproducción, (b) que los sistemas jurídicos son unitarios, (c) que los sistemas jurídicos son jerárquicos o están escalonados, o que (d) los sistemas jurídicos tienen su fundamento último no en normas, sino en hechos y poderes (las llamadas "fuentes materiales"). Por si no bastase con estas cuatro acepciones, el concepto de fuentes del derecho puede desarrollarse también hacia la deducción de (e) una guía de comportamiento de la decisión práctica, o de (f) un fundamento metodológico de las Dogmáticas jurídicas.<sup>1</sup> A la vista de esta dispersión conceptual, lo primero que sorprenderá al observador externo que estudie el concepto de fuentes del derecho será la síntesis que se da en el interior de la metáfora de tantas conceptualizaciones y tan diferentes entre sí.<sup>2</sup>

§3. Es frecuente además que la pregunta acerca de qué son las fuentes - pregunta que, por cierto, nada tiene que ver con la cuestión acerca de cuáles son las fuentes - se entremezcle y confunda con la pregunta acerca del fundamento de validez de la constitución histórica. Pregunta esta última que, a su vez, abre el campo epistemológico que la Teoría (interna) del Derecho quisiera destinarle a la Teoría de la Justicia o a la Ética. El problema está en que el jurista quiere construir la imagen de un filósofo moral dedicado a responder la pregunta por el fundamento, pero para la Ética resulta inadmisibles este lugar asignado desde dentro de los sistemas jurídicos y, por si fuese poco, le resulta inadmisibles la propia metáfora de las fuentes del derecho como categoría discursiva: primero, porque reduce a la unidad conceptos muy diversos de fundamento y legitimación. Y, segundo y sobre todo, porque la metáfora actúa como cierre del discurso jurídico, es decir como "abstracción no analizada" (Luhmann 1981: 244) desde el punto de vista de la pregunta por las justificaciones morales (Aarnio 1984: 294).

§4. Por otro lado, en las fuentes del derecho en su acepción normalmente adjetivada como fuentes materiales del derecho - es decir, cuando la metáfora quiere designar aquellos hechos o aquellos actos de los cuales parece que el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas - , encontraríamos el lugar que la Teoría del Derecho quiere asignarle a una Sociología jurídica que debería ocuparse de la génesis factual del derecho, de los procesos históricos y empíricos de producción del derecho. Esta última es la imagen que un jurista quiere hacerse del trabajo de un sociólogo, pero el problema reside otra vez en que también para la Sociología del Derecho resulta inadmisibles este lugar epistemológico asignado desde dentro de los sistemas jurídicos y también - como al filósofo moral - le resulta inadmisibles la propia metáfora de las fuentes del derecho como categoría discursiva: primero, porque reduce a la unidad conceptos muy diversos de causa; y segundo y sobre todo, porque la metáfora actúa como cierre del discurso jurídico, es decir como "abreviatura de sentido" (Luhmann 1981: 244). Esta abreviatura de sentido que, por un lado, puede ser reconocida como una exigencia interna de los sistemas jurídicos que en algún punto tienen que detener sus cadenas de argumentación, no es asumible, por el otro lado, cuando los sistemas jurídicos se analizan desde la sociedad, como sistemas de la sociedad.

§5. Si queremos permanecer, pues, en el interior de la Teoría del Derecho asumiendo, aunque sea provisionalmente, su carácter diferenciado de la Teoría de la Justicia y de la Sociología del Derecho, nos queda un estrecho espacio para el análisis de la operatividad contemporánea de la metáfora, porque podremos delimitarla sólo en algunas de sus acepciones: las señaladas antes como a, b y c, que ocuparán los tres epígrafes siguientes.

## 2. El cierre operativo de los sistemas jurídicos

§6. La metáfora de las fuentes del derecho designaría, en primer lugar, un hecho empírico, a saber: que los sistemas jurídicos tienen la peculiaridad de regular su propia reproducción. Es decir, que la producción de normas jurídicas se hace mediante normas jurídicas. He aquí también formulado de otra manera el llamado principio autosustitutivo del derecho: que las normas jurídicas sólo se cambian por normas jurídicas (y que, por lo tanto, todo lo que cambia a una norma jurídica es norma jurídica). Dentro de esta primera acepción, “fuentes del derecho” significa de manera excluyente que los sistemas jurídicos no necesitan buscar en su entorno (en las prácticas o en las normas religiosas, éticas, morales, económicas o de la sociedad en general) las premisas mayores de sus cadenas de argumentación. De otra forma aún: con la vieja metáfora de las fuentes del derecho leída en esta primera acepción se describe el hecho de que los sistemas jurídicos son normativamente cerrados (aunque sean cognitivamente abiertos).<sup>3</sup> Desde aquí vista la metáfora dice, en definitiva, que los sistemas jurídicos regulan su propia producción normativa mediante un subsistema jurídico llamado el “sistema de fuentes del derecho”. Y esto, además de una metáfora, es también una tesis empírica y una tesis normativa. Empírica, porque así se puede demostrar que sucede. Normativa, porque así se puede argumentar que debe seguir sucediendo (tesis formalista y garantista) o contraargumentar que no debe seguir sucediendo (antítesis realista).

La descripción del cierre como hecho y su fundamentación como prescripción nos exige ahora introducir las nociones de adecuación (infra §7) y autorregulación (infra §8) de la teoría general de sistemas, con el fin de traducirlas luego (infra §9) al lenguaje de la Teoría del Derecho, entendida como teoría general de sistemas jurídicos:

§7. Adecuación. En sus orígenes científicos, la noción de adecuación designaba una simple relación sistema/entorno. Más tarde, en la historia de la Biología y sobre todo con el paradigma evolucionista, se admitió que el sistema tenía que adaptarse a su entorno para poder sobrevivir y pronto se añadió a este pensamiento el inverso: también era posible que el entorno se adaptase al sistema y que sirviera para la evolución del sistema.

En la Teoría y en las Dogmáticas jurídicas esto se formulaba así: primero se removió la idea de que el Derecho Natural no cambiaba. Se reconoció, por lo tanto, que el Derecho se adecuaba a su medio social. Pero el derecho evolucionaba - al menos siempre se expresaba así en las aulas de las Facultades - a remolque de la sociedad. La sociedad cambiaba antes, después el legislador modificaba la norma para regular el cambio. El entorno cambiaba, el sistema se adecuaba a esos cambios. Frente a este tópico, la Sociología jurídica actual ha terminado reconociendo que entre los sistemas jurídicos y la sociedad hay una conexión autónoma tal, que permite simultáneamente que unas veces sea el sistema jurídico quien se adapte a las exigencias sociales mientras que otras veces cambie su entorno social en algunos aspectos relevantes para él.<sup>4</sup> Esta afirmación conduce de entrada a una tautología circular: los sistemas se pueden adaptar al entorno cuando el entorno se adapte al sistema, y al revés. Pero el carácter tautológico de esta afirmación - que se ha introducido en la metáfora de las fuentes del derecho - no disminuye su fertilidad teórica, como enseguida intentaremos mostrar.

§8 La noción de autorregulación. Los sistemas complejos no sólo tienen que adaptarse a su entorno, sino que también deben hacerlo a su propia complejidad. Esta era la conclusión tautológica anterior. Los sistemas jurídicos tienen que hacer frente a problemas de adecuación a su entorno y también a problemas de adecuación a su propia complejidad (autorregulación). La duración<sup>5</sup> del sistema depende del equilibrio entre sus problemas de autorregulación y sus problemas de adecuación. Una inclinación excesiva hacia los primeros petrifica los límites, puede garantizar la conservación, pero impide la evolución. Una inclinación excesiva hacia fuera debilita los límites, acelera la evolución pero el sistema se arriesga a la extinción.

Para enfrentarse a la propia complejidad, a los problemas de autorregulación o a las deficiencias internas los sistemas jurídicos disponen, sobre todo, de un subsistema cerrado de fuentes del

derecho. En el interior de ese sistema de fuentes tienen que desarrollarse dispositivos para facilitar la autorregulación, por ejemplo, dispositivos para corregir decisiones judiciales arbitrarias (la casación) o legislaciones inconstitucionales (el control de constitucionalidad). Los sistemas jurídicos en cuanto complejos se ven, por lo tanto, obligados a la autorregulación como condición de duración, y sólo así se puede explicar que el sistema jurídico no siempre pueda seguir sin fracturas internas los cambios de su entorno: su sistema de fuentes no puede ser tan abierto que permita responder siempre a cualquier desafío del entorno, no siempre pueden tomarse en cuenta exigencias de adecuación y simultáneamente inclinarse por la autorregulación.

§9. Hay una forma de releer conjuntamente los dos párrafos anteriores (adecuación y autorregulación) que diría así: si existe la posibilidad de que la sociedad cambie el sistema jurídico (adecuación) y existe también la posibilidad de que el derecho prescinda de o cambie su entorno social (autorregulación)<sup>6</sup> mediante el recurso al cierre operativo de sus sistema de fuentes, es decir, si existe la doble posibilidad de que el derecho cambie la sociedad y de que ésta cambie al derecho, entonces hay que admitir que el sistema jurídico no puede buscar su orientación básica ni sólo en concretas exigencias sociales de su entorno (ésta sería la pretensión de los realismos jurídicos), ni sólo en algunas exigencias estructurales o internas del propio sistema de fuentes (ésta sería la pretensión de los formalismos jurídicos), sino precisamente en la relación entre ambas. Tanto una «sociologización» o «economización» del derecho, que es lo que pretenden las diversas escuelas realistas, como una «juridificación» de la sociología o la economía, que es lo que hacen sin saberlo las diversas jurisprudencias de conceptos, implicarían una orientación peligrosa hacia el horizonte del input o hacia el del output, en detrimento del equilibrio de ambos y, por tanto, en detrimento de la duración y de la consecución de los objetivos básicos del sistema.

§10. A la misma tesis se puede llegar por otro camino. En una monografía anterior (Serrano, 1999, *passim*) mostrábamos cómo la validez de una norma no dependía sólo de su promulgación, sanción o publicación adecuadas, ni sólo de su ámbito de vigencia espacial, material, personal o temporal; sino también de un juicio de coherencia sobre su contenido: un juicio de tipo estático o sustancial que confrontaba a la norma con el ordenamiento jurídico en su

totalidad, incluyendo a la constitución histórica. Así vista, la validez no dependía de factores externos al sistema jurídico, ya fueran socioeconómicos (eficacia), ya ético-políticos (justicia). La validez, en suma, carece de existencia independiente de la propia dinámica recursiva del sistema. Debe su existencia, no a una esencia previa llamada “Validez” con mayúscula o “lo válido” como abstracto, sino a unas funciones recursivas y a unas estructuras de funciones del sistema. La validez no es esencia, sino función. Es sólo una forma operativa y no una propiedad que le venga al derecho desde fuera, por remisión a un fundamento externo. La validez no es un atributo, sino el esquema válido/inválido, un código operativo del sistema, probablemente la articulación clave del derecho, la distinción que estructura el ámbito de la comunicación social, el sistema de la sociedad, al que llamamos derecho. Indirectamente, pues, mostrábamos allí también, que la vigencia y validez de una norma dependen de factores internos al sistema jurídico.

Si esto es así, podremos explicarlo sólo si encontramos en el interior del sistema operaciones internas de producción de validez. Operaciones que serían relativamente independientes de los acontecimientos del entorno y a las que metafóricamente acaso podremos seguir llamando fuentes. Dicho de otra manera: debe de haber en el interior de los sistemas jurídicos, mecanismos institucionales que ejerzan la función de determinación de la validez de un elemento normativo y que la ejerzan sin necesidad de salir al entorno, esto es, por un mecanismo autopoyético o –si se prefiere una terminología sin referencias luhmanianas– por una función jurídica de validación.

Podremos seguir llamando fuentes del derecho a esta función, pero sólo podremos decir de ella lo mismo que digamos de su resultado. Así si hemos sostenido que la validez carece de existencia independiente de la propia dinámica recursiva del sistema, sólo podemos afirmar que la fuente de validez es justo esa misma dinámica recursiva del sistema. Si la validez es una forma operativa, la fuente de la validez es una operación. Si la validez es un producto interno, la fuente de la validez sólo puede ser una dinámica de producción interna, una función de validación.

Esta función de validación será, por otra parte, la que permita también al operador del programa jurídico saber si un elemento es del sistema o del entorno, propio o ajeno, aplicable o inaplicable por el juez, disponible o indisponible por el legislador. Decimos así que una

norma está vigente cuando está disponible, cuando es asequible para el operador jurídico. Confundimos intencionadamente los conceptos clásicos de “vigencia” y “aplicabilidad”, pero aún vamos más lejos: la norma sólo es tal norma, sólo existe, a partir del juicio de disponibilidad (vigencia) emitido por el intérprete autorizado, de manera que un elemento existe jurídicamente si y sólo si está vigente y, al contrario, si está vigente es porque existe. La vigencia no es pues un atributo más de la norma jurídica, sino su propia condición de tal. Decir “norma jurídica vigente” es un pleonismo, porque atribuimos dos predicados idénticos al mismo sustantivo. Hablar de “normas vigentes” es atribuir una sustancia que no es atribuible, sino constitutiva.

§11. Si la validez no es un hecho previo, si la validez es un resultado, entonces las fuentes de la validez no pueden describir un ‘lugar’ en el sistema, sino una función. Las fuentes de la validez no son normas, ni una estructura de normas, ni una norma fundamental, ni una metanorma. La validez no puede derivarse de un origen, de una razón, de una argumentación. Tampoco puede derivarse de una fuente exterior al sistema. No hay demasiada violencia en este razonamiento, sólo decimos que las fuentes de agua no pueden estar hechas de agua, pero que no por ello puede dudarse del hecho de que las fuentes forman parte de los sistemas hídricos. De la misma manera, la fuente de la validez no puede ser una norma válida, no puede tener la misma naturaleza que la validez, pero nadie puede dudar de que la fuente es elemento del sistema jurídico. En realidad - como sostiene Luhmann (1993:103 y 110) -, “el único test de validez reside en el logro de una variación del estado circulante de validez del sistema, en la conexión circulante, de una operación con otra, en la autopoyesis del sistema”. No hay, pues, ninguna razón última que valide, sólo formas que fluyen. No hay ningún “acto constituyente” exterior y previo que actúe como manantial de validez: hay juicios de validez (funciones) y hay fuentes (estructuras de funciones).

### **3. Fundamentum unitatis**

§12. Las fuentes del derecho designan, en segundo lugar, a la unidad del sistema e indirectamente a su identidad, en cuanto que la unidad de un ordenamiento puede describirse a partir de la

identificación previa de sus fuentes y, al revés, la identidad de un sistema puede describirse desde el punto de unificación de sus sistemas de fuentes. Así, puede decirse que una norma jurídica pertenece a - o es aplicable en<sup>7</sup> - un ordenamiento cuando y sólo si ha sido producida por el procedimiento y con la competencia determinada por el sistema de fuentes del derecho. Subsistema éste que necesariamente será interno y normativo, porque el sistema es cerrado y en su interior sólo hay normas; y que necesariamente pertenecerá al bloque de constitucionalidad, puesto que sólo en el plano más alto del sistema - en el plano disponible sólo por el poder constituyente - pueden producirse normas que determinen qué otras normas pertenecen o son aplicables y cuáles no.<sup>8</sup> La unidad del sistema se configura así por las tensiones resultantes de que la validez de cada norma producida conforme a otra superior, se fundamente en esa otra norma superior, cuya producción a su vez está determinada por otra a la que llamaremos constitución.<sup>10</sup>

§13. La complejidad interior del ordenamiento jurídico - de la que hablaremos infra IV - no excluye su unidad, más bien al contrario: la complejidad implica selección y la selección es una suerte de unificación de la contingencia. Pero que un ordenamiento complejo sea unitario es algo que se debe explicar sin recurrir a nociones extrajurídicas como la unidad de la sociedad, la del estado o la de la nación. Una primera respuesta a esta cuestión de la unidad del ordenamiento puede venir del mismo concepto de fuentes del derecho siempre que lo entendamos no sólo como fundamento de unidad, sino también como fundamento de sistematicidad o como institución de sistematización. El problema de la sistematicidad debe abordarse pues sólo como el problema de si un ordenamiento jurídico, más allá de su unidad presupuesta, constituye también un sistema, o sólo un conjunto de normas o bien un simple agregado.<sup>10</sup> Los conjuntos son definibles como agregados y algo más, los sistemas como conjuntos (y, por tanto, agregados) y algo más: interacción. Por tanto, cuando se pregunta si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, se pregunta si los elementos, las normas que lo componen interactúan entre sí, de qué forma y bajo qué condiciones es posible esta interacción.

§14. Y parece obvio que desde este punto de vista la organización jurídica es sistémica: tiene elementos (normas) con una propiedad en común (vigencia) que además interactúan entre sí. Pero en

seguida, a la secuencia agregado/conjunto/sistema debemos añadirle otra secuencia que nos permitirá distinguir entre tres diferentes modelos de sistema:<sup>11</sup>

Hay, en primer lugar, sistemas en equilibrio, los sistemas físicos simples y aquellos que pierden información, orden y energía (o sea, que aumentan su entropía) en su camino hacia el punto de equilibrio.

Un montón de piedras está en equilibrio y se mantiene así debido a las presiones que son intercambios entre los elementos, o sea, cada una de las piedras.

Hay, en segundo lugar, sistemas homeostáticos, que mantienen un nivel relativamente alto de organización frente a las influencias del entorno.

Una cascada de agua es un ejemplo de sistema homeostático. Parece más dinámica que un montón de piedras y las moléculas de agua que constituirían el último elemento del sistema nunca serán las mismas. Pero las relaciones materiales y energéticas entre esas moléculas se mantienen en un estado de equilibrio relativo a pesar del viento, la erosión, la caída de rocas, las desviaciones de la corriente, etcétera.

Y hay, en tercer lugar, sistemas adaptativos, que no sólo no buscan aislarse de su entorno, sino que además dependen de las perturbaciones del entorno para su crecimiento y evolución. A este género pertenecen todos los sistemas sociales y todos los ecosistemas.

Pero esta clasificación - y esto es lo que más nos interesa - no designa sólo tres tipos de sistema, sino que también puede utilizarse para describir tres planos organizativos en un solo sistema. No es que siempre se den estos tres niveles en todos los sistemas sociales, pero sí que es posible analizar los sistemas más complejos y adaptativos, incluido el jurídico, con estos tres planos. Así podemos decir que la característica fundamental de los sistemas jurídicos, en cuanto sistemas sociales y, por lo tanto, adaptativos es su intercambio de comunicaciones con un entorno del que se diferencian, que los modifica, al que modifican y con respecto al cual evolucionan. Pero este carácter adaptativo no es incompatible con el hecho de que el tratamiento de la información del entorno dependa de una base estructural más homeostática que adaptativa,

esto es, una base o estructura homeostática que mantiene un alto grado de cierre ante las expectativas del entorno: tal vez el sistema de fuentes del derecho.

En efecto, si cambiamos la tradicional óptica de las Dogmáticas jurídicas - que es una óptica de diferenciación funcional - y la sustituimos por una óptica analítica - que es la óptica propia de la teoría de la complejidad<sup>12</sup> -, veremos cómo los subsistemas así diferenciados en el interior del sistema jurídico - el sistema de las reglas, el de los principios, el de las normas de competencia, el de las fuentes... - son bastante más estables, esto es, bastante más independientes de los acontecimientos del entorno que los subsistemas funcionales - el sistema de las legislaciones y de las jurisprudencias penal, laboral, civil... -. Es más, siempre que aumentemos el nivel de detalle con el que estamos observándolos, los sistemas jurídicos nos aparecerán determinados más por subsistemas homeostáticos como el sistema de fuentes, que por elementos atómicos como las normas.<sup>13</sup>

El sistema de fuentes del derecho podría ser visto, en conclusión, como un subsistema más estable que el sistema jurídico en cuyo interior se diferencia. Dejaremos abierto el problema de si por debajo de los subsistemas homeostáticos, hay subsistemas jurídicos todavía más simples que actúen únicamente como sistemas en equilibrio<sup>14</sup>, porque ahora debemos abrir otra distinción dentro del propio concepto de sistema jurídico como sistema social adaptativo, entre sistemas intrínsecos (infra §16) y extrínsecos (infra §15).

§15. Sistemas jurídicos como sistemas extrínsecos. En perspectiva histórica la palabra sistema fue utilizada por los juristas como sinónimo de orden con el que el teórico exponía el resultado de sus investigaciones, comunicaba a los demás un complejo de ideas y sintetizaba los propios conocimientos adquiridos. Llamaremos "sistema extrínseco" a esta primera acepción de la palabra. Esta acepción - informa Luhmann (1973:17) - nace con la Astronomía y como medio para el orden técnico de la enseñanza de la Música, de donde es traspasada a principios del siglo XVII a la Teología, después de que las cuestiones acerca de la contingencia y la certidumbre de la fe se hubieran mostrado insolubles al nivel de la discusión conceptual de la escolástica. La Biología, por su parte, también barajó desde sus orígenes la idea de sistema como medio de orden y clasificación, como mero esquema metódico, que

aseguraba y fundamentaba los conocimientos, pero que se consideraba como un concepto externo al material biológico, algo de lo que simplemente se valía el científico para organizar la materia de su trabajo. Sistema en esta concepción arcaica no era más que el fruto de la clasificación del biólogo basada en puntos de vista experimentados, pero en ningún caso algo real.<sup>15</sup>

En la ciencia jurídica la noción de sistema cumple todavía una función similar. Las normas jurídicas se van acumulando de especial a general y se van condensando de manera que puedan ser identificadas en la reutilización. El resultado sería una suerte de árbol del saber jurídico que tendría en la base la *summa divisio* y cuyas ramas ascendentes se irían dividiendo hasta terminar en los frutos: los conceptos más especializados de cada una de las Dogmáticas jurídicas. La finalidad de estas sistematizaciones doctrinales reside claramente en dar respuesta a la demanda de reutilización de los conceptos jurídicos para cada caso.<sup>16</sup> O - como dice Bobbio (1954:cap.7) - su fin no es tanto desarrollar analíticamente, mediante reglas preestablecidas, algunos postulados iniciales, sino reunir los datos con base en las semejanzas, para formar conceptos cada vez más generales hasta llegar a conceptos generalísimos que permitan unificar todo el material dado.<sup>17</sup>

En sede operativa, es decir, en el terreno de las técnicas de argumentación jurídica, la utilidad de estos sistemas jurídicos extrínsecos es muy limitada. Su operatividad se desarrollaría como invocación a la doctrina dentro del argumento de autoridad, pero en ningún caso podría hablarse de interpretación sistemática. Cuando en el mundo del derecho se alude al sistema casi nunca nos estamos refiriendo a esta labor de sistematización del ordenamiento que realiza la Dogmática<sup>18</sup>, sino al sistema intrínseco al que enseguida aludiremos.

§16. Sistemas jurídicos intrínsecos. El desarrollo de las perspectivas evolucionistas en el mismo siglo XIX y el descubrimiento de sistemas ecológicos totales - o, si se prefiere, el descubrimiento de la interdependencia de todos los sistemas - pusieron de manifiesto la caducidad de las primeras nociones de sistema y abrieron el camino de su sustitución por la noción de sistema intrínseco. En efecto, los diversos positivimos científicos ejercieron una fuerte crítica al taxonomismo que los precedió y sostuvieron que sólo un análisis funcional del objeto podía anular el riesgo de arbitrariedad

de la sistematización clasificante. Y esto a su vez obligó, especialmente a la Biología, a situar dentro del mismo objeto de estudio, características sistémicas que hasta entonces se entendían únicamente predicables del orden, de la organización o de la clasificación del material biológico. Obligó también a la ciencias naturales a fundamentar su propia sistemática a partir del objeto (Luhmann, 1973:18).

El correlativo cambio dentro de la ciencia jurídica empezó con Ihering y consistió fundamentalmente en el análisis de la función de la norma en la lucha por el derecho. Este análisis funcional de normas obligó a la metodología positivista a predicar de la misma norma jurídica características de organización funcional que antes sólo eran predicables de la doctrina sobre las normas.

Y con esta idea de sistema intrínseco llegamos al concepto unitario de sistema jurídico que utilizamos hoy. Intrínsecamente descrito, el sistema jurídico existe. Es decir que lo que llamamos Derecho es un sistema, y lo sería aunque no existiesen teorías que lo calificasen como tal. Sobre esto no debe haber duda, no es una hipótesis. Sistema no es, por tanto, una categoría meramente analítica o instrumental, como pudiera serlo una unidad de medida o un microscopio. Sistema no es el instrumento a través del cual miramos, sino lo que vemos: el objeto real del mundo real. Con más detalle, un sistema jurídico puede ser considerado como el conjunto unificado, limitado y complejo, de normas (reglas y principios), sistemas de normas (instituciones, estructuras y funciones) que interactúan entre sí y que, al hacerlo, se diferencian de un entorno, con el que también se comunican<sup>19</sup>, a través sobre todo de la regulación (programación) de determinadas relaciones sociales.<sup>20</sup>

§17. Veamos ahora el diferente grado de importancia que el concepto de fuentes del derecho tiene en la concepción extrínseca y en la intrínseca del sistema jurídico. Para la concepción arcaica de sistema como sistematización, el concepto de fuentes del derecho es bastante más importante. La metáfora de las fuentes cumplía aquí la importante función de distinguir originariamente al derecho, al tiempo que lo diferenciaba de la moral y de la costumbre. Por añadidura, las fuentes del derecho servían para diferenciar primero el derecho público del privado y, después dentro de cada uno de ellos, las diversas ramas de la Dogmática, los órdenes jurisdiccionales e, incluso, el grado de valor de la norma general y abstracta frente a las particulares y concretas. Si volvemos a la metáfora del árbol y las

ramas de la ciencia jurídica y la sustituimos por la metáfora de las fuentes y los ríos comenzaremos a vislumbrar que lo que distinguía a una disciplina jurídica de otra era precisamente la cualidad de sus fuentes. Y en el tronco del árbol o en la cabecera del río lo importante era la distinción entre norma jurídica y norma moral, entre derecho y justicia o entre validez jurídica y validez social.

Con la noción de sistema intrínseco, sin embargo, la metáfora de las fuentes del derecho pierde buena parte de su necesidad. Y ello porque las diferencias derecho/moral o derecho/costumbre, que obligaban a recurrir a la teoría de las fuentes, pierden su centralidad en favor de la diferencia sistema/entorno. No en favor del mero concepto de sistema, sino del concepto diferencial sistema/entorno.<sup>21</sup> El punto de partida de toda teoría contemporánea de sistemas jurídicos será precisamente la afirmación de que el derecho no es un todo compuesto de partes (ramas o normas), sino un sistema diferenciado históricamente en el interior de la sociedad.<sup>22</sup>

Dicho de otra manera, la categoría sistema/entorno obliga a sustituir la diferencia todo/parte por una teoría de la diferenciación sistémica.<sup>23</sup> El concepto sistema/entorno se convierte así en el plano más alto de generalidad del sistema visto desde un punto de vista epistemológico y las consecuencias de esta conceptualización de los sistemas (jurídicos) y de sus problemáticos entornos (sociales) caerán después en cascada impregnando todas las otras diferencias conceptuales: la de elemento/relación, estructura/proceso, fuentes formales/materiales y validez/vigencia.

Desde este plano de observación, la constitución de la unidad de un sistema jurídico no proviene ya de la cualidad de unas fuentes metafóricas. Un sistema jurídico constituye su unidad y la mantiene a través de la producción y el mantenimiento de una diferencia con respecto a su entorno y utiliza sus límites para regular esta diferencia.<sup>24</sup>

Las nociones de entorno<sup>25</sup> y límite ocupan así ahora el centro de la teoría jurídica y desplazan a las fuentes sobre todo en lo relativo al fundamento de unidad porque la diferenciación también puede ser vista como unidad, como unitas multiplex. En cierto modo la diferencia mantiene unido lo diferente. Así la diferenciación del sistema jurídico con relación a su entorno social puede ser vista como unidad entre el sistema jurídico y la sociedad. Y construido el binomio

derecho/sociedad como diferencia sistema/entorno, la comprensión a partir del par fuente/norma se cambia por la comprensión de dos clases de operaciones dentro del sistema jurídico: las de autorreproducción y las de adecuación con las que comenzábamos y terminamos ahora este epígrafe.

#### **4. Las fuentes y la jerarquía: de la pirámide escalonada a la banda de Möbius**

§18. En tercer lugar las fuentes del derecho son metáfora de la unidad jerárquica del derecho. Los problemas de la jerarquía, el fundamento y la unidad de los ordenamientos jurídicos venían a articularse en la teoría tradicional de la siguiente manera: una norma jurídica es válida cuando y sólo si ha sido producida en la forma determinada por una norma superior a ella; la norma que regula la producción es superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es inferior. Al mismo tiempo la norma superior será también fundamento inmediato de validez de la primera. Y el orden jurídico así visto, no sería un sistema de normas situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada - (Stufenbau en la terminología de Kelsen (1960: passim) - o piramidal de diversos estratos de normas jurídicas. Partiendo de las normas inferiores y ascendiendo los escalones de la legalidad y la constitucionalidad llegaríamos al vértice de la pirámide: una norma suprema que no depende de ninguna otra norma superior, la Grundnorm en la cual reposaría la unidad del ordenamiento. Esta Grundnorm sería así, entre otras muchas cosas<sup>26</sup>, el término unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. En palabras ahora de Bobbio (1954:cap.7 ) “por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que directa o indirectamente, con giros más o menos tortuosos, todas las fuentes del derecho convergerían en una única norma. Y como consecuencia de la presencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, éste tiene siempre una estructura jerárquica”.

De esta forma, la relación entre la norma que regula la producción de otra norma y la norma producida conforme a esa determinación puede representarse mediante cualquier imagen espacial que implique supra y subordinación. Así, en la teoría tradicional la estructura

jerárquica de un ordenamiento se representaba por lo general con una pirámide. En esta pirámide el vértice estaría ocupado por la Grundnorm y la base estaría constituida por lo que el mismo Kelsen denominaba los actos ejecutivos, las normas particulares y concretas. Se decía que, mirada la pirámide de abajo hacia arriba, veríamos primero una serie de procesos de ejecución jurídica, después en los escalones intermedios de la pirámide veríamos tanto procesos de producción como de ejecución, y, finalmente, en el plano más alto veríamos sólo producción (Grundnorm).

En esta "pirámide escalonada" las normas del sistema de fuentes ocuparían el escalón inmediato inferior a la norma-base, en cuanto que serían normas de producción de normas y ejecutarían sólo mandatos del poder constituyente. Desde un punto de vista funcional - y no sólo geométrico -, a las fuentes del derecho les correspondería también la determinación de la grada que debe ocupar cada clase de norma: constitución, ley, fuentes reconocidas, fuentes delegadas, etcétera.

Este modelo clásico de construcción escalonada es - como no podía ser de otra manera - mecánico o mecanicista: cada desarrollo normativo incorpora o no las condiciones expresadas por los superiores, las ejecuta y, a la vez, condiciona las sucesivas. Tanto el análisis funcional y la teoría contemporánea de sistemas jurídicos, por un lado, como el constitucionalismo avanzado y el garantismo, por otro, han superado - tal vez sin contradecirlo - el modelo de la elaboración gradual o construcción piramidal o escalonada del ordenamiento jurídico, en virtud del cual a partir de la disposición jerárquica de los distintos planos del ordenamiento, todo plano es ejecutivo respecto del anterior y productivo respecto del inferior. Para intentar mostrar esta superación veremos, en primer lugar, la secuencia complejidad (§19), selección (§20), contingencia y riesgo (§21). A continuación (§22), volveremos a introducir la diferencia conceptual validez/vigencia y terminaremos (§23 y ss.) con un excursus por la banda de Möbius, el tribar, y otras representaciones geométricas que pudieran verse como alternativas a la pirámide escalonada.

§19 Complejidad. Es posible dar una definición operativa de complejidad<sup>27</sup> a partir del concepto diferencial elemento/relación.<sup>28</sup> Los elementos o están dentro o están fuera del sistema, las relaciones en cambio pueden atravesar los límites. Las normas o son jurídicas o son sociales, morales, etcétera. La relación, en cambio,

puede elegir sucesos del entorno (el supuesto de hecho) y conectarlos con elementos del sistema (las normas). A su vez, elemento y relación - de la misma forma que sistema y entorno - actúan como diferencia, son una categoría diferencial. Siguiendo a Luhmann (1984 cap.1, §III), cuando se parte de este concepto de elemento/relación enseguida resulta evidente que al aumentar el número de elementos que deben englobarse en un sistema muy pronto se alcanza un punto a partir del cual se hace imposible que cada elemento se relacione con todos los demás. Esto es lo que permite una definición adjetiva del concepto de complejidad: definiremos como complejo a un conjunto interrelacionado de elementos cuando ya no es posible que cada elemento se relacione en cualquier momento con todos los demás, debido a limitaciones immanentes a la capacidad del sistema para interconectarlos.

La complejidad de un ordenamiento jurídico proviene pues, en primer lugar de la complejidad de sus elementos, pero también en segundo lugar, de su entorno. Un entorno social, que en el caso del sistema jurídico, exige unos grados tales de regulación de conductas, de intervención en la sociedad, que no hay ningún poder u órgano capaz de satisfacerlos por sí mismo. La formación y mantenimiento de la diferencia entre sistema jurídico y entorno social se convierte así en problema, porque el entorno resulta siempre más complejo que el propio sistema. Al sistema jurídico, como a cualquier otro sistema, le falta la elasticidad suficiente como para poder reaccionar frente a cada exigencia de su entorno. Dicho con otras palabras, no existe y no puede existir correspondencia completa entre el sistema jurídico y su entorno moral, económico, político... Precisamente por esto se hizo difícil formar esta diferencia y precisamente por esto es difícil mantenerla.

§20 Selección. La menor complejidad del sistema jurídico con relación a su entorno tiene que ser compensada por estrategias selectivas. O dicho al revés, la mayor complejidad del entorno y la propia complejidad inmanente del sistema jurídico obligan al mismo sistema a la selección de aquellos acontecimientos del entorno que puedan tener relevancia jurídica. Si un sistema jurídico seleccionase todos los acontecimientos del entorno social como jurídicos, si derecho y sociedad fuesen coextensivos, entonces el sistema perdería sus límites, se convertiría en entorno, esto es, desaparecería. Un sistema jurídico coextensivo con la sociedad no sería derecho, sería sociedad.

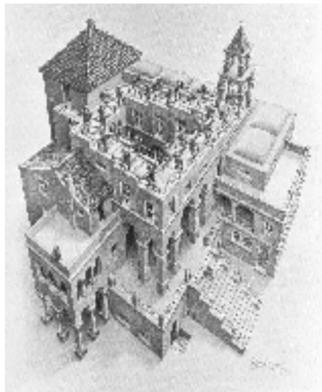
§21 Contingencia. Y seleccionar 'de entre varias posibles' quiere decir variabilidad o contingencia, porque la selección siempre pudo realizarse de otra manera. La función de selección de la norma aplicable (elaborable o ejecutable) es la que la califica. La norma es siempre resultado de un proceso de selección aunque toda norma podría siempre haber sido construida mediante otra relación. A esta posibilidad de construcción diferente de una norma la llamaremos contingencia. Pero la contingencia o variabilidad no significa la posibilidad de seleccionar cualquier otra norma. Contingencia significa, en realidad, variabilidad dentro de condiciones dadas. Y en derecho "dentro de condiciones dadas" quiere decir: dentro de las condiciones permitidas por el sistema selectivo de fuentes. La contingencia - lo que puede acaecer - es, pues, limitada (en cuanto a opciones) y cerrada (en cuanto a tiempo).

En los sistemas jurídicos, la contingencia de la norma - la posibilidad de elaborar o aplicar otra norma - está limitada en primer lugar por el sistema de fuentes<sup>29</sup> que, desde aquí visto es el subsistema homeostático que impide el recurso a cualquier norma social o moral que pueda proceder del entorno. El cierre temporal del sistema está también delimitado por el sistema de fuentes, en cuanto sistema validante que establece el principio autosustitutivo de las normas jurídicas: las normas jurídicas sólo se pueden cambiar por normas autoproducidas por el sistema como normas jurídicas (y, por lo tanto, todo lo que cambia a una norma jurídica es una norma jurídica). La obligación de seleccionar es lo que explica que se puedan originar decisiones jurídicas - normas particulares y concretas - muy distintas a partir de un nivel general de normas muy parecidas. Y el condicionamiento de las selecciones por el sistema de fuentes es lo que garantiza que esa contingencia no sea excesiva para la duración del sistema.

§22 Y si la selección pudo realizarse de otra manera, eso significa riesgo de error en la selección. La complejidad, en el sentido aquí mencionado, significa obligación a la selección, obligación a la selección significa contingencia, y contingencia significa riesgo.<sup>30</sup> Traduciendo a términos jurídicos en sede legislativa: la menor complejidad del sistema jurídico con relación a su entorno social le obliga a seleccionar la norma elaborable de entre diversas soluciones posibles. La selección de la norma elaborable (política legislativa) significa contingencia (posibilidad de decidir de manera distinta) y la contingencia significa riesgo de irracionalidad (lingüística, jurídico formal, pragmática, teleológica o ética).

Traduciendo a términos jurídicos en sede judicial: la complejidad interior de cualquier ordenamiento diferenciado obliga al intérprete a la selección de la norma aplicable a cada caso. Y la mayor complejidad del entorno social significa que nunca hay dos casos iguales y, por lo tanto, tampoco hay una norma previamente dada para resolver un caso. Hay un observador obligado a seleccionar una norma particular y concreta dentro del sistema jurídico, visto ahora como sistema complejo de proposiciones generales y abstractas. El intérprete autorizado, el aplicador o el juez, puede seleccionar dentro del sistema, lo que no puede es construir la norma con elementos del entorno, por ejemplo, con la ley costes/beneficios. Esto es un límite del sistema derivado siempre de un subsistema de fuentes que excluye elementos posiblemente normativos y los envía al entorno del sistema. Pero aún así, la selección dentro del sistema de la norma aplicable a cada caso significa contingencia, es decir, posibilidad de soluciones distintas para el mismo caso. La solución jurídica no es, por tanto única, sino una suerte de marco dentro del cual caben diversas soluciones posibles. Y esta contingencia significa riesgo, es decir, posibilidad de equivocarse al seleccionar la norma de entre las varias posibles o -si se quiere- arbitrariedad de la decisión.

§23 La secuencia complejidad selección/contingencia/riesgo impugna la metáfora de la construcción piramidal escalonada. La complejidad no es algo que resida en la cúspide y descienda hasta la norma simple, sino que es algo que recorre en cascada todos los planos del sistema. Si hasta la última norma jurídica, la más particular y concreta, debe constituirse de modo complejo para poder funcionar como norma, entonces su capacidad de interconexión con otras normas queda necesariamente autolimitada, y no sólo en la medida en que cada norma delimite un ámbito de vigencia personal, material, espacial o temporal más o menos amplio, sino también por limitaciones inmanentes a la sistematicidad del derecho. De este modo, la complejidad se reproduce en cada uno de los sucesivos niveles del sistema como un hecho inevitable hasta alcanzar al último elemento que necesariamente será también complejo. Tal vez se entienda esto mejor con las palabras de Luhmann:



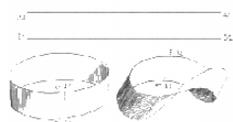
“según el estado actual de la ciencia, este concepto [el de elemento] debe liberarse de toda implicación acerca de lo ‘simple’, lo ‘irresoluble’, lo ontológicamente ‘último’, o sea que debe liberarse de todo lo que conlleva la semántica tradicional de ‘átomo’ o de ‘individuo’. El mundo ‘hacia abajo’ aparece hoy igualmente abierto y sin fin. Todo lo elemental puede descomponerse. Si la descomposición puede lograrse o no, es sólo cuestión de competencia cognitiva y de competencia técnica. Esto nos obliga a revisar una multitud de conceptos. La ‘reducción’, por ejemplo, no puede concebirse como una ‘simplificación’, sino sólo como una relación entre complejos.” (1987:104)

De acuerdo con esto, la misma norma - el “átomo” jurídico - no es un elemento simple, sino un complejo; y el ordenamiento jurídico es un “complejo de complejos” y no un todo divisible en partes o piezas simples. La imagen de una pirámide divisible en partes simples es una visión sustancialista y no funcional.

§24. Pero puede ser que la diferencia entre este círculo normativo y la escalera kelseniana no sea tan grande. Tanto Kelsen como Hart vislumbraron el dato de la circularidad autopoyética del derecho. Así, por ejemplo, la teoría de la producción de derecho que ocupa buena parte de la dinámica jurídica kelseniana otorga el mismo carácter normativo a la última sentencia o contrato que a la primera ley. Con más claridad tal vez, la teoría del derecho de Hart constituye la unidad del derecho en una relación autocompensatoria: una capa de normas primarias, por razón de la debilidad que le es inherente (incertidumbre, naturaleza estática, falta de efectividad) debe encontrar un complemento en una capa de reglas secundarias. Pero en las operaciones jurídicas, la correlación de estos dos planos sólo puede verse a la vez reconocida y puesta en práctica si una y otra admiten el mismo carácter normativo.

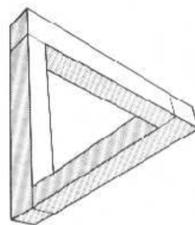
Si observamos la litografía Escaleras arriba y escaleras abajo de M. C. Escher tal vez no encontremos demasiadas diferencias entre el escalonamiento de Kelsen y la circularidad que acabamos de exponer. En la litografía Escher nos confronta con una escalera por la que se puede subir y bajar sin que por ello varíe la altura. Si miramos la litografía y seguimos de cerca a los monjes, no tendremos la menor duda de estar ascendiendo una escalera. Al dar una vuelta completa, sin embargo, nos encontraremos en el mismo punto de partida. Es decir, que no habremos ascendido ni un sólo centímetro.

Otra representación gráfica de esto podría ser la del tribar. En 1958, Penrose ideó una figura imposible a la que denominó «tribar». Si observamos la imagen se trata aparentemente de un triángulo tridimensional, pero que en realidad es imposible de construir, sólo existe como dibujo.

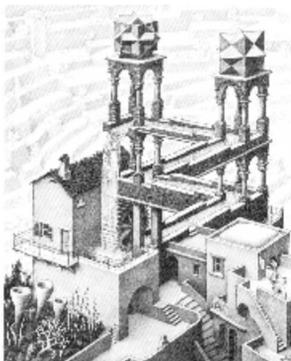


Escher llegó a conocer este diseño y trabajó a partir de él. Para mostrar todavía mejor su imposibilidad creó varios edificios en los que usó de forma implícita uno o varios «tribar» y en los que tras una observación detenida podemos comprobar la imposibilidad del diseño, como escaleras que salen de dentro del edificio pero que se apoyan en la fachada (en «Belvedere»), o una noria con agua en perpetuo movimiento (en «Cascada»).

Éste último grabado de Escher es muy significativo para explicar el problema de la circularidad de las fuentes del derecho. Si nos fijamos en la corriente de agua podemos estar siguiéndola de forma continua sin poder llegar al final, en lo que supone un ciclo infinito. El agua parece emanar del punto situado sobre la cascada, pero en realidad cuando llega al punto inferior del dibujo vuelve a ascender y retroalimenta la cúspide.



Pero si alguien piensa que el tribar es un mero efecto óptico, probemos con la banda o cinta de Möbius, primer ejemplo de una superficie de una sola cara, que se consigue con una cinta plana, haciendo girar uno de sus extremos 180° y uniéndolo seguidamente al otro extremo. La banda de Möbius tiene sólo una cara. No hay cara interior y cara exterior. Si por ejemplo se comienza a pintar la cara exterior al final se habrá coloreado toda la cinta. La banda de Möbius lejos de ser un efecto óptico tiene usos prácticos: por lo que he podido informarme, las cintas transportadoras usan este modelo porque tiene la ventaja de que su desgaste será uniforme, también los filtros de las secadoras de ropa usan el modelo porque tiene la ventaja de ser autolimpiable y algunas modelos de impresora también contienen aplicaciones de este modelo geométrico circular.



§25. La diferencia conceptual validez/vigencia propia del garantismo también supone una importante mutación de la visión piramidal del derecho. El juicio de validez, realizado por el aplicador autorizado para cada caso, está en una relación de dependencia únicamente cognitiva, no normativa, con la ley. Entre la norma general y abstracta (constitucional) y la norma particular y concreta (sentencia) el vínculo no es normativo, sino cognitivo. En este sentido la producción del derecho, y el mismo sistema como producto diacrónico o dinámico, están abiertos. Entiéndase bien, el aplicador del derecho y cualquier operador jurídico son destinatarios de las disposiciones normativas generales y abstractas del legislador y están sometidos a ellas por virtud del principio de legalidad-constitucionalidad. Pero los operadores jurídicos son también destinatarios de los valores, de los deseos y de las expectativas de los protagonistas sociales. Y todas estas expectativas son normativas en el sentido general y algunas de ellas son además normativas en el sentido específico de que han sido recepcionadas como normativas en el plano constitucional del sistema jurídico programado ahora como estado constitucional de derecho.

La programación de los sistemas jurídicos como estados constitucionales de derecho significa la introducción en el ordenamiento jurídico de elementos del entorno (principalmente valores) escasamente formalizados. Esta complejidad del ordenamiento en sus planos superiores - cuanto más superiores, más valorativos -, remite siempre a distintas soluciones jurídicas para un mismo caso, sometidas siempre a variaciones, posibilidad de desviación y crítica. Las normas jurídicas en cuanto elementos vigentes que crean un sistema cerrado sirven a la autopoyesis del sistema y a su pervivencia como algo distinto del entorno. Las normas en cuanto elementos válidos, cognitivamente formados, sirven a la coordinación de los procesos de adecuación con el entorno del sistema. El sistema así se diferencia de su entorno (se cierra) con el juicio de vigencia y se comunica con su entorno (se abre) con el juicio de validez sustancial. Esta combinación entre el cierre autopoyético del sistema de vigencia y la apertura cognitiva del sistema de validez actúa más allá de toda fusión y de toda unificación. No hay un principio último, ni una instancia última en las que se opere la fusión de la validez y la vigencia.<sup>31</sup> Hay una tensión irreductible entre un plano normativo y contrafáctico, más garantista cuanto más alto, y un plano operativo y fáctico, más antigarantista cuanto más bajo.<sup>32</sup>

§26. Esta tensión además de irreductible y fisiológica al sistema recorre en cascada al ordenamiento jurídico porque, con el modelo complejo/selectivo/contingente/arriesgado de la validez, cada plano de normatividad refleja y recompone en su interior la complejidad del superior, lo reproduce y lo reelabora en un sentido probable entre varios posibles, con lo que la contingencia, el riesgo y la probabilidad del error y la crítica aumentan a medida que bajamos.

Por otra parte, cada uno de los elementos debe su valor de norma - su posibilidad de ser utilizado en la construcción de normas - a otro elemento al que se le aplica la misma regla. Pero la relación entre ambos elementos no es jerárquica, sino circular o autocompensatoria. Las normas generales y abstractas, las leyes por ejemplo, son normas únicamente porque está previsto que sean convertidas en normas particulares y concretas mediante sentencias o resoluciones administrativas. A su vez, las sentencias o las resoluciones administrativas pueden regular situaciones porque esto está previsto por las leyes. Desde el punto de vista de la normatividad la relación entre norma general y abstracta y norma particular y concreta es circular.

§27. En conclusión, la metáfora de las fuentes del derecho en su acepción de unidad jerárquica del ordenamiento jurídico, sobrevivirá sólo en tanto adquiera la resonancia precisa para hacerse cargo de las mutaciones paradigmáticas descritas. El ordenamiento jurídico no es una pirámide. Es necesario sustituir la imagen piramidal del derecho por la de un espacio inmanente de segmentos, sin unificación trascendente, una continuidad de líneas sin centralización global. La trascendencia consiste en ir de un lugar a otro atravesando o trasvasando cierto límite y a la realidad que trasvasa el límite se la llama trascendente. Se dice, por el contrario, que una actividad es inmanente a un agente cuando permanece dentro del agente, en el sentido de que tiene en el agente su propio fin. Inmanencia implica por lo tanto una cierta confusión entre el agente y la actividad. La finalidad de la producción de normas es la propia producción de normas. La historia del poder es una historia sin sujetos ni fines.

# Referencias

- AARNIO, Aulis. "On the Sources of Law: A justificatory Point of View", en *Rechtstheorie*, 15, (1984), p. 393-402
- AGUILÓ, Josep (2000) *Teoría general de las fuentes del derecho: (y del orden jurídico)* (Barcelona, Ariel, 2000)
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996) *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona, Ariel, 1996)
- BOBBIO, Norberto (1953 y 1954, 1987) *Teoría General del Derecho* (edición y versión castellana por la que se cita de E. Rozo) (Madrid, Debate, 1991)
- BOBBIO, Norberto (1980) «Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen» en del mismo autor *Contribución a la Teoría del Derecho* (Fernando Torres editor, Valencia, 1980)
- BULYGIN, Eugenio (1980) "Kant y el positivismo jurídico" en Alchourron C. y Buligyn, E., *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- BULYGIN, Eugenio (1990) "Validez y positivismo" en Alchourron C. y Buligyn, E., *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991)
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1996) *Hans Kelsen y la norma fundamental* (Madrid, Marcial Pons, 1996)
- GARRIDO PEÑA, Francisco (1997) *La Ecología Política como política del tiempo* (Granada, ed. Comares, col. Ecorama, 1997).
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe (1978) «Ihering y el darwinismo» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (n. 18-19, 1978-1979)
- KELSEN, Hans (1960) *Teoría pura del Derecho* (Reine Rechtslehre, segunda edición revisada y aumentada) (versión castellana por la que se cita de Roberto J. Vernengo) (México, Porrúa, 1993)
- HART, Herbert L. A. (1961) *The Concept of Law*, (El concepto de derecho. Versión castellana por la que se cita de G. Carrió) (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963)
- LUHMANN, Niklas (1973), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart/ Berlín/ Köln/ Mainz, W. Kohlhammer, 1973) (Sistema jurídico y dogmática jurídica, versión castellana de I. de Otto) (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983).
- LUHMANN, Niklas (1981) "Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht", en del mismo autor, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981), p. 308-325. Edición italiana por la que se cita a cargo de Raffaele de Giorgi: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (Società editrice il Mulino, 1990)

LUHMANN, Niklas (1983) "Die Einheit des Rechtssystems", en *Rechtstheorie*, 14, (1983)

LUHMANN, Niklas (1984) *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt, Suhrkamp, 1984) (Hay versión castellana completa en *Anthropos* por donde se cita, hay también traducción española del primer capítulo a cargo de I.

Izuzquiza *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, 1990.

LUHMANN, Niklas (1993) *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993)

MARQUÉS, Ricardo (1997) "Termoeconomía solar" en *Ecología política. Cuadernos de debate internacional*. Número 13, 1997.

MORIN, Edgar (1977) *La méthode: 1.- La Nature de la Nature* (El método I: la naturaleza de la naturaleza, versión castellana de Ana Sánchez) (Madrid, Cátedra, 1986)

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1993) *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. (Sevilla, discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993)

ROSS, Alf (1929) *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, (Leipzig, Wien, F. Deuticke, 1929)

SERRANO, José Luis (1999) *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica* (Madrid, Trotta, 1999)

## Notas

- 1 Este sería su sentido gnoseológico (ROSS, 1929:291) que quiere referirse al fundamento de conocimiento, en cuanto que el estudio de un ordenamiento jurídico y también de un sector particular de este ordenamiento parte siempre de la enumeración de sus fuentes. Probablemente la acepción más frecuente de la metáfora en el ámbito académico de las Facultades de Derecho.
- 2 Un mapa conceptual de las fuentes del derecho puede consultarse en el capítulo 1 de AGUILÓ (2000:21-36). El desbordamiento conceptual fue tratado certeramente por PÉREZ LUÑO (1993: *passim*)
- 3 Hasta aquí, este dato sería admisible por toda Teoría del Derecho sea cual sea su inspiración. Los problemas comienzan cuando se sostiene que las normas del sistema de fuentes además de prescribir la competencia (¿quién decide?) para producir otras normas y el procedimiento (¿cómo se decide?) mediante el cual se deben de producir otras normas, determinan o pueden determinar en diverso grado el contenido (¿qué se decide?) de las normas producidas. Este puede ser el eje de la polémica actual entre legalismo y garantismo. Véase al respecto SERRANO, 1999 *passim*.

- 4 Adecuación no significa, en definitiva, que siempre los conceptos jurídicos deban de transformarse en sociológicos, económicos, morales, biológicos o naturales. Ni siquiera significa que los conceptos jurídicos deban de adecuarse a las exigencias humanas. Adecuación significa sólo que el propio sistema jurídico instaura mecanismos para la transformación conceptual de cada problema del entorno al sistema jurídico.
- 5 No es lo mismo duración que "supervivencia", término este que debería reservarse para sistemas vivos. Tampoco es lícito confundir sin más la condición de duración con el objetivo del sistema. El equilibrio adecuación/autorregulación es por ejemplo condición de duración de los sistemas jurídicos, pero no por ello pueden excluirse de entrada otras finalidades del sistema, tales como la justicia, el orden o el bienestar. Eso sólo podría hacerse si se admitiera que el objetivo único de cada sistema diferenciado es el mantenimiento del equilibrio entre sus *inputs* y sus *outputs*. Entonces la finalidad del derecho no podría ser ni la justicia, ni el bienestar de la sociedad, ni incluso la solución pacífica de controversias. Pero ambas cuestiones pertenecen a planos diferentes de la argumentación. Aquí sólo quiere decirse - lo cual no es poco - que los sistemas jurídicos tienen dos clases de problemas: problemas de adecuación a su entorno problemático y problemas de autorregulación de sus elementos y estructuras, de sus normas, sus instituciones y sus organizaciones. El derecho así visto no es un discurso mitológico o retórico, es un sistema real del mundo real que, por ello, puede tener problemas de eficacia, validez, fundamentación o violación, pero no problemas filosóficos sobre su propia existencia como aquellos que tiene todavía aquel «Derecho natural» que le diera la vida.
- 6 Además el sistema jurídico pertenece al tipo de sistemas «inteligentes», esto es capaces de controlar por sí mismos, si en la relación con su entorno algo ha cambiado o debe ser corregido o es problemático. Para ello tiene elementos (fundamentalmente las universidades en el ámbito continental y los tribunales en el anglosajón) que le permiten diferenciar internamente los problemas de autorregulación y adecuación, distinguir por sí mismo sus *outputs* de sus *inputs*, sus funciones de su estructura y decidir su curso no sólo por adaptación a las exigencias sociales, sino también por exigencias de su propia estructura.
- 7 Para la distinción entre pertenencia y aplicabilidad de las normas véase SERRANO 1999: 86-92.
- 8 La peculiaridad regional española reside, como se sabe, en que los elementos del sistema de fuentes aparecen descritos en el Título preliminar del Código civil, norma con rango de ley ordinaria. Es por esto por lo que numerosos autores han sostenido el carácter de "constitución material" de este título. Con independencia del debate acerca de hasta qué punto estos artículos se ven afectados por la disposición derogatoria tácita de la Constitución de 1978 y, sobre todo, por la referencia del 9.1 a "la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" conviene resaltar la exigencia estructural de que el subsistema de fuentes tenga carácter constitucional, es decir no disponible por el poder legislativo.

- 9 Y el fundamento de validez de la constitución entendida como subsistema de fuentes del derecho puede explicarse con el hecho del poder, la voluntad o el reconocimiento o bien con la hipótesis de la *Grundnorm* kelseniana, norma validante no válida, pensada no querida, presupuesta no impuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, sería así el fundamento de validez supremo que fundaría la unidad de esta relación de producción. Volveremos sobre ello *infra IV*.
- 10 Un agregado es una suma de elementos sin características comunes. Si en una caja introduzco, por ejemplo, piedras, plantas, herramientas, piezas mecánicas y botones, obtengo un agregado. Un conjunto es un agregado de elementos con alguna propiedad común. Si en una caja introduzco, por ejemplo, sólo piezas mecánicas, obtengo un *conjunto* de piezas mecánicas. Un sistema es un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Si con la piezas mecánicas construyo un artefacto tengo un sistema mecánico.
- 11 Sería posible también intentar la tripartición física entre sistemas aislados (los que no intercambian materia ni energía con su entorno), sistemas cerrados (los que intercambian energía, pero no materia) y sistemas abiertos (los que intercambian materia y energía con su entorno). Pero en sistemas sociales esta tripartición nos exigiría sustituir los conceptos de materia y energía por la noción de comunicación. El coste de esta traducción conceptual sería alto y el beneficio teórico se intuye que sólo provendría del concepto de sistemas disipativos que pertenecen al orden de los sistemas cerrados. La cualidad que caracteriza a un sistema cerrado disipativo es la exergía, que le permite intercambiar energía en forma de calor en contacto térmico con un entorno a temperatura dada. La disminución de entropía interna se produce a costa de la disipación de un flujo de energía que los atraviesa. Los seres vivos serían el ejemplo nítido de sistemas disipativos negantrópicos. Para esta problemática y para su eventual recepción en ciencias sociales puede verse MARQUÉS, 1996.
- 12 Es decir si no miramos al sistema jurídico como un edificio compuesto de "habitaciones" funcionalmente diferenciadas (derecho público, privado, procesal...), sino compuesto de "paredes, vigas, ladrillos..." (reglas, principios, estructuras...).
- 13 Todos los sistemas adaptativos complejos, si se observan con mayor detalle, generalmente se descompondrán en subsistemas, unos homeostáticos y otros en equilibrio. Pero al ir aumentando el nivel de detalle en la observación alcanzaremos un punto límite a partir del cual todos serán subsistemas en equilibrio. Este sería el nivel molecular en el que la conducta de los sistemas está determinada. Es por esto por lo que la clásica teoría general de sistemas pudo demostrar que cualquier sistema, aunque sea probabilístico en el plano general de la observación, se convertirá en determinado en el plano molecular del análisis.
- 14 Si estos subsistemas en equilibrio existiesen en el derecho llegaríamos a un punto importante del debate iusfilosofico actual entre "críticos" y "analíticos". El tenebroso espectro de un modelo mecanicista (o sea, determinista) de la

sociedad o del derecho, que muchos críticos consideran implícito en el enfoque analítico, sólo existiría como problema en el sistema definido a un nivel ínfimo de detalle, un nivel elemental que es el que precisamente suele utilizar la filosofía analítica. En ese plano último es cierto que existe un grado de determinación alto en cada transformación de ese sistema de un estado a otro. Una observación molecular del sistema jurídico arroja como resultado necesario un alto grado de determinación, pero en ese nivel atómico todo sistema observado simplemente ha perdido todo su significado como sistema social y se ha convertido en los materiales “químicos”, comunicacionales que lo componen. Y, por el contrario, si queremos observar el derecho como un sistema de la sociedad - enfoque éste que caracterizaría a la teoría crítica - , entonces necesariamente veremos al derecho como un sistema altamente probabilístico, o sometido a determinadas probabilidades constantes, que variarán en función de la transformación que se pretenda describir. *La teoría de sistemas puede utilizar ambos niveles y, por lo tanto, no supone una opción analítica frente a la teoría crítica.* Su única tesis metodológica es que el nivel de observación elegido determina el objeto observado. El problema no es pues la interminable discusión entre determinismo y probabilismo, sino qué es lo que queremos ver, desde dónde y para qué nos sirve lo que queremos ver.

- 15 Esta noción originaria de sistema no es ajena al otorgamiento de estatuto científico a un saber. En la historia del pensamiento jurídico puede observarse como el tránsito de la exégesis a la sistematización es considerado cómo el tránsito desde el arte o el comentario hacia la ciencia jurídica. Esto sucede, al menos en el continente, con Savigny autor, no por casualidad, del *Sistema de Derecho romano actual*. Y muchos tratados jurídicos se titulan hoy todavía “Sistema de...”, para indicar precisamente que el autor ha realizado un ordenamiento de los casos jurídicos y de los conceptos legislativos.
- 16 Pero la estructura de esta demanda como ha señalado LUHMANN (1993:7) es doble. Por un lado si los conceptos quieren reutilizarse para cada caso deben mantener un alto grado de condensación. Pero “para cada caso” significa que como no hay dos situaciones iguales los conceptos generales deben ser releídos en cada ocasión. Del primer camino resulta una reducción por generalización, del segundo un enriquecimiento de sentido.
- 17 Continua BOBBIO (1954: cap. 7) “Una de las mayores conquistas de esta jurisprudencia ha sido la teoría del negocio jurídico. El concepto de negocio jurídico es manifiestamente el resultado de un esfuerzo constructivo y sistemático en el sentido del sistema empírico que ordena generalizando y clasificando. Este concepto surgió de la reunión de varios fenómenos, quizá aparentemente lejanos, que, sin embargo, tenían la característica común de ser una manifestación de voluntades con consecuencias jurídicas. El concepto más general, elaborado por la jurisprudencia sistemática, es muy probablemente el de relación jurídica que es un concepto que permite reducir todos los fenómenos jurídicos a un esquema único, favoreciendo así la construcción de un sistema en el sentido de sistema empírico o inductivo. El concepto de relación jurídica es el concepto

sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna. Pero es claro que su función no es la de dirigir un proceso de deducción sino la de permitir un mayor ordenamiento de la materia."

- 18 Si, en cambio, por sistema extrínseco se entiende el modo en que el legislador presenta su producción normativa, entonces la sistematización sí puede ser invocada como apoyo de una interpretación ya que se supone que esa colocación traduce la voluntad del legislador. Es lo que se conoce como el argumento interpretativo *sedes materiae*.
- 19 De otra forma y con otro lenguaje que no emplearemos aquí: si una sociedad puede ser vista como un entramado de funciones y estructuras de funciones, entonces cada función podrá ser vista, a su vez, como una estructura de expectativas interactuantes. Y, asociado con cada estructura de expectativas interactuantes, existirá probablemente un conjunto de procesos sociales cuya función es la de ejecutar un plan de reforzamientos probabilísticos mediante el cual son enseñados a los individuos los roles de expectativa y conducta y son forzados a mantenerlos (SKINER, 1969). Uno de estos reforzamientos probabilísticos podría ser el sistema jurídico.
- 20 Por decirlo con un lenguaje que puede resultar pedante, pero que tal vez a alguien le resolverá problemas de comprensión: todo sistema jurídico consta, primero, de un conjunto de normas jurídicas  $[N J = (n j 1, n j 2, n j 3... n j n)]$  y, segundo, de un conjunto de relaciones jurídicas  $[R J = (r j 1, r j 2, r j 3...r j n)]$ . El par  $(N J, R J)$  se llama sistema jurídico  $(S J)$ . El conjunto de normas jurídicas  $N J$  se llama universo del sistema. Los elementos del conjunto  $N J$  se llaman elementos del sistema. El conjunto  $R J = (r j 1, r j 2, r j 3...r j n)$  se llama estructura del sistema. Estructura del sistema es el modo de relación interna de los elementos que lo constituyen. Lo resultante de la conjunción  $N J, R J$  es la finalidad u objetivo del sistema (en el caso de  $S J$ : justicia, estabilidad interna, etcétera.).
- 21 La aparición del entorno como pareja inseparable del sistema se debe al hecho de la imposibilidad de determinación de la unidad de un sistema sin una previa delimitación o establecimiento de límites. Ningún sistema podría existir sin su entorno.
- 22 La sociedad en su conjunto se convierte así en entorno para cada uno de los sistemas sociales diferenciados, o sea que para cada subsistema se da de un modo específico.
- 23 Diferenciación es una repetición de la constitución de sistemas en el interior de sistemas. Dentro de los sistemas se puede dar una posterior diferenciación sistema/entorno. Así desde este punto de vista se puede hablar del sistema de fuentes del derecho como sistema diferenciado en el interior del sistema jurídico.
- 24 En el caso de los sistemas sociales las operaciones en virtud de las cuales un sistema se constituye y mantiene por diferencia de su entorno, tienen naturaleza histórica. El gran desarrollo de la Historia como ciencia, que supuso el materialismo histórico, permite la problematización y la explicación de estas operaciones a través de terminologías distintas a la teoría de sistemas. En el caso del sistema

jurídico, con más claridad, para hablar de su constitución como sistema diferenciado lo mejor es hablar en la terminología del materialismo histórico sobre el proceso de la codificación. En cambio no puede hacerse lo mismo cuando nos referimos a sus operaciones actuales de mantenimiento: todavía no hay un desarrollo suficiente de ningún paradigma que permita la remisión.

- 25 El entorno de un sistema sólo puede ser definido a partir del sistema y en su relación con el sistema. El entorno del sistema jurídico está delimitado por el propio sistema jurídico, mediante horizontes abiertos y no mediante límites que se puedan franquear. El sistema tiene límites, por eso es un sistema, el entorno no los tiene, pero eso actúa como siempre como entorno aunque contenga sistemas.
- 26 La visión más sistemática y exhaustiva de la construcción kelseniana de la *Grundnorm* está, a mi juicio, en la monografía de GARCÍA AMADO (1996).
- 27 Se puede decir, no sin rigor, que la complejidad es demasiado compleja para ser definida. Esta afirmación está latente en la impugnación epistemológica de la ecología y de todas las ciencias que elaboran discursos sobre el entorno, desde el entorno. Con esta impugnación el paradigma humanista en sus diversas variantes quisiera demostrar la imposibilidad de discurso científico sobre el entorno desde el entorno y reducir así este tipo de saberes a la socorrida categoría de las 'humanidades'. Por otra parte, es cierto que el paradigma de la complejidad, también en sus numerosas variantes, tiende a omitir una definición del concepto de complejidad tal vez porque, por ahora, esta indefinición permite que la complejidad sea el punto de encuentro, el catalizador de las diversas teorías de sistemas.
- 28 Una definición así dada tiene dos ventajas: por un lado resulta aplicable a los no-sistemas (por ejemplo entorno, universo o mundo), y, por otro, al no utilizar el concepto de sistema, puede enriquecer los análisis de la teoría de sistemas con otros puntos de vista.
- 29 En segundo lugar, por la Dogmática jurídica en virtud de un complejo juego que la convierte en una instancia de reducción de contingencia, véase al respecto el ya clásico tratado de LUHMANN (1973)
- 30 Cuando hablamos de sistemas complejos, también cambia el concepto de selección. Y ello, porque ya no se puede concebir la selección como iniciativa de un sujeto, ni tampoco de manera análoga a una acción. No se puede pensar que la selección es algo que hacen las voluntades individuales «el soberano» o «los jueces». La selección es un proceso sin sujeto, una operación producida por la existencia de una diferencia que no realiza «el soberano» sino, en todo caso, la función legislativa del Estado; no los jueces, sino la función jurisdiccional del sistema jurídico-político. En ningún caso puede pensarse que los sistemas jurídicos son sistemas psíquicos. Darwin en general y Lhering en la dogmática jurídica se muestran, también en esto, como los precursores más importantes al concebir la selección evolutiva no desde una voluntad de orden, sino desde el entorno, en el caso del primero, y al introducir la idea de la lucha por el derecho como trama de intereses, en el caso de Lhering. La filosofía de la contingencia y

el pragmatismo se basaron en este punto y dieron a esta idea de selección la máxima trascendencia ontológica posible. En la sociología, dicha idea también ha dejado huella. Desde entonces, la selección ocupa la función de concepto básico para cualquier teoría del orden, evitando de esta manera el recurso a un sistema que explique la génesis del orden basándose en un poder de orden propio superior.

- 31 No hay por ello tampoco —como intenté mostrar en otro lado (SERRANO 1999: §8) una fusión entre estado de derecho y estado democrático.
- 32 Es evidente, en cambio, que la búsqueda de la fusión central ha dominado la teoría jurídica tanto en sus versiones iusnaturalistas (*omni potestas nisi a Deo*), como en sus versiones normativistas (*Grundnorm*) o realistas (*rule of recognition*) contemporáneas. En perspectiva de sociología del conocimiento tal semántica de la unidad anterior a la propia diferenciación moderna de los sistemas jurídicos muestra la dificultad del pensamiento para diferenciar el sistema jurídico de los otros sistemas normativos de la sociedad. Desde el punto de vista de la historia de las ideas parece que toda fusión central responde a una secularización del Dios Uno (monismo). En este sentido tal vez el “panteísmo epistemológico” (véase el capítulo “Derecho y Estado” de la Teoría Pura) salve a la *Grundnorm* kelseniana de la acusación de reduccionismo ideológico monista y simplista.

Recebido em 04/03

Avaliado em 05/03

Aprovado para publicação em 05/03