

3. EL FUNCIONALISMO COMO IDEOLOGIA TECNOCRATICA *

La dimensión política de los saberes jurídicos. De la ontología a la referencia funcional. Democracia como aprendizaje. La funcionalidad del positivismo jurídico. Tecocracia versus «politización». El método configura la realidad. Contra dogmatismo crítica.

LA DIMENSION POLITICA DE LOS SABERES JURIDICOS

El tema de la función del derecho en la vida social suscita un indudable interés, quizá porque en él se refleja con especial nitidez una de las características radicales de la filosofía jurídica: su *vocación práctica*. Pocas realidades inciden de manera más profunda sobre la existencia humana en sociedad que las jurídicas, y ello repercute sobre la misma reflexión en torno a los problemas jurídicos, que se resiste —cuando es auténtica— a quedar encerrada en un limbo teórico. La filosofía jurídica, en concreto, no crece por una decantación «regional» de la labor filosófica general, sino que, sin ignorarlo, surge alimentada por los interrogantes que brotan del fluir práctico de la vida jurídica. Y, entre ellos, el de ¿para qué el derecho en la vida social? cobra una

* Presentado con el título *La paradoja del funcionalismo jurídico. ¿Derecho función del «sistema» social o función del derecho en la vida social?*, al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Madrid, 1973.

neta primacía, adivinable en la raíz de muchos problemas jurídicos particulares.

Sin embargo, de esta misma relevancia práctica se deriva una cierta aureola de «desprestigio», que rodea en el ambiente científico a la reflexión sobre este y otros problemas de radicalidad similar y, con ellos, a la misma filosofía jurídica en su conjunto. La relevancia práctica de un saber no hace sino enriquecer su valía existencial al erigirlo en factor condicionante del mundo humano. Pero, a la vez, suscita una decisiva amenaza para su misma razón de ser: su inevitable *dimensión política*.

Objetividad, neutralidad, desapasionamiento..., características todas ellas tradicionalmente exigidas al saber humano, se cuartejan en la investigación social bajo la presión de una permanente situación de sospecha. Buena parte de las energías de sus cultivadores aparecen hoy invertidas en un sostenido afán de denuncias de «ideología», eliminación de prejuicios o adivinación de intereses directivos del conocimiento (1). Que el fenómeno no es caprichoso queda cotidianamente de manifiesto al apreciarse cómo la misma labor teórica que pretende racionalizar el juego de las fuerzas políticas acaba por quedar reducida a una pieza más de su estrategia argumental (2).

DE LA ONTOLOGIA A LA REFERENCIA FUNCIONAL

¿Tiene aún sentido, dentro de un contexto de racionalización de la praxis social, preguntarse por la función del derecho en la vida social? La respuesta debe ser cerradamente negativa si se parte de las premisas de uno de los planteamientos de mayor actualidad dentro de un ámbito de reflexión sobre el derecho, que parece entrar ahora en su adolescencia: la sociología jurídica. El intento de manejar «racionalmente» el derecho, logrando con ello que tenga efectos «racionales» sobre la vida social, parece llamado a encontrar hoy, tras siglos de ajetreado sondeo, un bien merecido descanso reparador y fecundo en el marco metodológico de la sociología funcionalista.

Las viejas pretensiones de llegar a una ontología jurídica, exponente de los resabios de la era metafísica, han de dar paso al estudio de la

(1) La repercusión de este fenómeno sobre la reflexión jurídica es el objeto de nuestra comunicación al XV Congreso Mundial de Filosofía (Varna, 1973): *El derecho como labor racional: de la ciencia del derecho al saber jurídico*. Véase también J. J. Gil Cremades, *Derecho e ideología*, REP, 1968 (157), págs. 77-120, publicado en versión alemana en ARSP, 1970 (LVI-1), págs. 1-42.

(2) Interesante, al respecto, N. M. López Calera, *Mitificación y dialéctica en el Estado de derecho*, ACFS, 1971 (11-1), págs. 95 y 106.

relevancia de los distintos fenómenos sociales para el todo social concebido como «sistema», aportación decisiva de una sociología que no pretende ya llegar a la percepción de la realidad tal cual es, sino a una comparación de los efectos alternativos de sus elementos sustituibles (3).

La proyección del funcionalismo sobre los problemas jurídicos no deja de presentar dificultades, ya que remite a conceptos de «racionalidad» y de «sentido» distintos de los que han alimentado tradicionalmente la reflexión jurídica (4). El mismo Niklas Luhmann, cuyo planteamiento funcionalista «sui generis» hemos elegido como objeto de nuestro estudio, es consciente de ello. Cabría decir que el funcionalismo trabaja en dirección opuesta a la del jurista, por lo que lleva consigo un replanteamiento de los conceptos de la dogmática jurídica, que acaba implicando una reconstrucción del derecho en la sociología jurídica (5). Luhmann, por otra parte, considera que Parsons no aprovechó adecuadamente las posibilidades que su planteamiento funcional ofrecía respecto a los problemas jurídicos, a los que se enfrenta con mayores ambiciones. Tal cambio de actitud no dejará de tener consecuencias.

DEMOCRACIA COMO APRENDIZAJE

El planteamiento clásico de la función del derecho en la vida social tendía a concretarla en un papel de engranaje armónico entre la sociedad —campo de juego de las iniciativas individuales— y la organización estatal. El Estado se reviste de legitimidad en la medida en que su actividad aparece fundamentalmente en una participación personal de los individuos, cuyo alcance viene marcado por las formas democráticas. Las normas jurídicas que de él emanan parecen obligar en virtud de un cierto mecanismo de autoobediencia de los ciudadanos. El individuo ve así defendidas sus prerrogativas frente al intervencionismo del poder político, configurándose un Estado de derecho.

(3) N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Hamburg, 1972, pág. 226; *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlín, 1965, pág. 8. No podemos entrar aquí en una exposición de conjunto de la *Systemtheorie*, que su autor ha exployado en una abundante bibliografía. Hemos tenido ocasión de ocuparnos de ella con detenimiento en *Systemtheorie, ¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, ACFS, 1973 (1), y en *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973.

(4) N. Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AÖR, 1969 (94), págs. 2, 12 y 18-19. Especialmente interesante, al respecto, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen, 1968.

(5) N. Luhmann, *Funktionale Methode...* (nota 4), pág. 25; *Rechtssoziologie...* (nota 3), pág. 6.

La teoría sistémico-funcional, fiel a su misión de alumbrar nuevas posibilidades de explicación de los problemas sociales, y coherente con sus puntos de partida, cuya exposición detallada hemos marginado, plantea una perspectiva bien distinta. No se trata ya de elucubrar sobre cuál haya de ser la *función* del derecho *en* la sociedad, sino de ir desvelando los perfiles del derecho como *función del* «sistema» social —esquema condicionador de la «racionalidad» de las soluciones.

Desde este nuevo punto de vista, las condiciones de un efectivo «Estado de derecho» son bien distintas. Entre otras: *a)* Especificación funcional de distintos sistemas parciales dentro del sistema social, quedando la vida política encuadrada en uno de ellos en vez de erigirse en alma de toda acción social. La sociedad deja de configurarse en base a una estructura vertical jerárquica para diversificarse de acuerdo con una horizontalidad de funciones (6). *b)* Adscripción de la solución de los problemas a perspectivas de roles sociales, ya que la persona —el hombre existencial concreto— queda extramuros del «sistema», en el contorno que se pretende racionalizar. Cualquier intento de fomentar la participación individual acarrea una falta de «racionalidad» y una pérdida de agilidad técnica para la eliminación de situaciones de conflicto (7). *c)* La legitimidad de las decisiones políticas no se basa en la referencia a valores socialmente objetivados, sino en la institucionalización de su reconocimiento acrítico. La democracia no es ya una forma —legítima— de dominación, sino una técnica de protección del «sistema». El juego político no transvasa al Estado la legitimidad que la sociedad posee, sino que le crea su propia legitimación. Entender la política como dominación es perpetuar un modelo tribal (8). *d)* El procedimiento jurídico, al igual que el democrático, se configura al servicio del aprendizaje de expectativas normativas. No pretende garantizar la corrección material de la solución de un conflicto, sino facilitar su aceptación formal (9).

Parece evidente que sustituir la pregunta acerca de la función del derecho en la sociedad por la respuesta sobre su funcionalidad sistémica implica algo más que un juego de palabras. Su capacidad de producción de nuevas alternativas sobre viejos problemas se revela parti-

(6) N. Luhmann, «Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates», en *Politische Planung*, Opladen, 1971, págs. 59 y 54; *Grundrechte als Institution* (nota 3), págs. 27 y 30.

(7) N. Luhmann..., *Bedingungen des Rechtsstaates* (nota 6), pág. 61; «Komplexität und Demokratie», en *Politische Planung* (nota 6), págs. 36 y 39.

(8) N. Luhmann..., *Bedingungen des Rechtsstaates* (nota 6), págs. 61 y 63; «Funktionen der Rechtsprechung im politischen System», en *Politische Planung* (nota 6), pág. 49; *Komplexität und Demokratie* (nota 7), pág. 41.

(9) N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 261; *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, págs. 12-20 y 27-37.

cularmente fecunda, al verse libre de las trabas propias de planteamientos «ontológicos», preocupados de establecer lo que es, en vez de alumbrar nuevas perspectivas que pueden ser o no ser. Pero aún cabe resaltar nuevas pruebas de ello.

LA FUNCIONALIDAD DEL POSITIVISMO JURIDICO

La posibilidad de que el derecho cumpla una función conformadora de la vida social supone, de un modo u otro, aceptar que contiene elementos básicos no identificables con la mera praxis social, ya que pretende encauzarla. El derecho aparece así como un contenido con un fundamento estable que le confiere validez. Las versiones de tal planteamiento son muy variadas, oscilando desde un iusnaturalismo rígido que pretende derivar de sus principios todas las soluciones deseables, hasta la erección en núcleo radical de lo jurídico de los valores dominantes en la vida social (10), pasando por la actitud intermedia, que configura la labor jurídica como la tarea prudencial de intentar aprehender un contenido de difícil concretización.

Cuando se examina el derecho en función del «sistema» social no queda ya sitio para el iusnaturalismo. La positividad, que se convierte en factor clave del problema de la validez jurídica, encuentra en el funcionalismo sistémico el instrumento conceptual óptimo para desentrañar su sentido. Parsons había marginado el problema. Luhmann, fiel, a su pesar, a una tradición filosófica nada amiga de despreciar el por qué de las cosas, lo afronta recurriendo a las categorías de «complejidad» y «contingencia» (11).

La función de la validez jurídica consiste en la eliminación de contingencia en el ámbito de las «expectativas normativas de expectativas», y por ello no tiene ya sentido ligarla a una voluntad, a un *a priori* trascendental o a un reconocimiento fáctico. No se apoya en un fundamento permanente, sino, por el contrario, en la posibilidad de variación de sus alternativas sustitutivas (12). Gracias a este fortalecimiento de expectativas surge una confianza remediadora de la perplejidad paralizante a la que la progresiva complejidad de las posibilidades de acción

(10) Así, para W. Maihofer, la pregunta por *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts* exige prestar especial atención a la eliminación de toda diferencia «sociológica» (entre la realidad contemplada por la norma y la auténtica realidad social) e «ideológica» (entre las valoraciones que la norma alberga y las socialmente dominantes), en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, JRR, 1970 (1), págs. 18-20.

(11) N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (nota 3), págs. 21 y 24.

(12) N. Luhmann, *Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, ACFS, 1972 (12-1), págs. 229 y 253.

parece empujar en la vida social. El derecho permite una complejidad elevada y estructurada (13). La clave no está en la corrección de sus soluciones, sino en el índice de decisibilidad logrado. No sólo lo jurídico, sino toda instancia de deber ser queda iluminado desde esta perspectiva funcional. El derecho, por tanto, no encuentra ya su sentido mediante el entronque con dimensiones teleológicas (14).

Este nuevo enfoque de la positividad habría que entenderlo como uno más, sustituible con cualquiera de los tradicionales; pero Luhmann no deja de concederle particulares prerrogativas al presentarlo como el adecuado al momento histórico. En sociedades estáticas cabe recurrir a un derecho cuya validez radique en su invariabilidad. Las sociedades desarrolladas exigen, por el contrario, la positividad entendida como capacidad de cambio (15). La apelación a la historia no es casual, ya que su fluir parece empeñado en favorecer las soluciones funcionalistas. Cuando se nos resalta que el surgimiento de la separación entre sociedad y Estado coincide con la positivación del derecho (16), es inevitable sentirse arrastrado por el vendaval de una imprecisa legalidad histórica. ¿Lo funcional remite de nuevo a lo «ontológico»?

TECNOCRACIA VERSUS «POLITIZACION»

Pocos problemas preocupan más a los estudiosos de la función del derecho en la sociedad que su capacidad para adecuarse a los cambios que ésta experimenta. La etiqueta «sociedad industrial» suena incómoda a los oídos de los juristas, que sienten latir en ella el reproche a un cierto desfase de su labor. El creciente intervencionismo estatal produce un aumento de la normatividad jurídica y la hace incidir sobre aspectos de un dinamismo muy superior al que la limitada flexibilidad del derecho parece tolerar. A la vez, la necesidad de defensa de lo individual en esta pleamar del Estado se hace acuciante. Las estructuras jurídicas parecen chirriar ante esta doble presión contrapuesta.

Si adoptamos el planteamiento funcionalista del derecho, los pro-

(13) N. Luhmann, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en *Die Funktion des Rechts...* (nota 10), pág. 179; *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 7.

(14) Significativo de tal planteamiento W. Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion; kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechts-theorie*, Berlín, 1967, pág. 83. Por el contrario, N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 9), pág. 21; *Funktionale Methode...* (nota 4), pág. 8.

(15) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 9), pág. 143; *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 205.

(16) N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 244.

blemas parecen desvanecerse, quizá por la colaboración del viento de la historia. La canalización subsistémica del ámbito político ofrece una nueva perspectiva. Era el maximalismo político el que ocasionaba la preocupante inflación jurídica. Si nos mantenemos atentos a los roles y no a las personas, el problema de su defensa frente al Estado se volatiliza. Por otra parte, la institucionalización de la diferencia entre los subsistemas del «sistema» social produce ya una función reguladora, que descarga notablemente al derecho (17). Este no es ya instrumento exclusivo de la programación social, sino que sólo sirve de vehículo a un aspecto de ella: la programación condicional.

La programación social pretende manejar informaciones para lograr la repercusión óptima de los distintos factores sobre el «sistema» social. Su vertiente «condicional» se ocupa de plantear una causa que puede dar paso a variados efectos, en vez de asumir el riesgo —característico de la programación «final»— de elegir un efecto como invariante y seleccionar las oportunas causas productoras (18). El decisivo efecto benéfico de esta especialización condicional del derecho es descargar al jurista de responsabilidad respecto a los fines propuestos y a sus consecuencias, y contribuir a la vez a economizar su capacidad de atención, descomplicando su labor (19).

La diferenciación de subsistemas —que permite el juego paralelo de diferentes modalidades de racionalidad y su mutua corrección— excluye figuras híbridas como la del jurista-político, que tiende a considerarse instrumento insustituible de la programación final. Al derecho le falta la capacidad de formalización que permite una óptima interdependencia de los factores a programar. El establecimiento de los objetivos debe más bien remitirse a una planificación social extrajurídica. El plan sustituye a la ley como elemento clave de la labor programadora (20).

Este repliegue de la actividad jurídica no es sino reflejo del encauzamiento minimizador del ámbito político. La politización de la vida social frena el ritmo de desarrollo al torpedear la interdependencia funcional. La programación de la actividad social en base a pautas económicas evita este retraso, sin que puede tachársele de solución materialista, ya que al aumentar el volumen de complejidad social reducida crece el potencial aprovechable en el ámbito de los distintos subsis-

(17) N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 134.

(18) N. Luhmann, «Positives Recht und Ideologie», en *Soziologische Aufklärung*, Köln, 1970, 191.

(19) N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (nota 3), pág. 231; *Funktionale Methode...* (nota 4), pág. 4.

(20) N. Luhmann, «Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie», en *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft Rechtswissenschaft*, JJR, 1972 (2), pág. 269.

temas: poder (política), amor (familia), verdad (ciencia)... (21). En la sociedad despolitizada el derecho queda liberado de exigencias que exceden con mucho de sus posibilidades.

¿Es viable una actividad jurídica limitada a cumplir una programación condicional? Si lo que Luhmann nos ofrece es un modelo explicativo de la realidad jurídica, convertiría en su centro al jurista técnico, que maneja el contenido de la dogmática normativa, manteniéndose neutral respecto a las implicaciones políticas. Pero la realidad nos muestra lo utópico de esta figura. El jurista es más bien hoy el primero en captar los límites de un tecnicismo absoluto. Sólo el dogmatismo político puede ocultar las brechas del dogmatismo jurídico, cerrándolas por adelantado (22). Sus limitaciones quedan especialmente de manifiesto en la vertiente judicial de la realidad jurídica, en la que la presunta dogmática se descoyunta bajo la inevitable presión de la subjetividad del juez (23). La consecuencia decisiva de la consideración del derecho en función del «sistema» social aparece como especialmente problemática.

EL METODO CONFIGURA LA REALIDAD

Pero no es éste el problema radical que plantea esta sustitución del tema de la función del derecho *en* la vida social por su consideración en función *del* «sistema» social. A lo largo de nuestra breve exposición han aparecido algunas de sus consecuencias: autolegitimación del Estado, democracia y procedimiento como aprendizajes de expectativas normativas, positividad como capacidad de variación, despersonalización y despolitización del derecho reducido a programación condicional... Difícilmente cabe dibujar con mayor minuciosidad toda una respuesta al tema de la función del derecho en la vida social. Y aquí la perplejidad ante el resultado del experimento se hace inevitable.

Se partió de un nuevo entramado metodológico para alumbrar nuevas posibilidades de explicación de viejos problemas, evitando la pretensión de verdad de las soluciones «ontológicas». Pero, a menos

(21) N. Luhmann, *Positivität des Rechts...* (nota 13), págs. 200-202.

(22) S. Cotta, *El desafío tecnológico*, Buenos Aires, 1970 (Bologna, 1968), págs. 139-157.

(23) N. Luhmann propone una neutralización política de la jurisprudencia — *Funktionen der Rechtssprechung...* (nota 8), pág. 49—, pero su misma afirmación de que también el juez interviene en la positivación del derecho — *Positivität des Rechts...* (nota 13, pág. 184— ayuda a adivinar lo problemático del empeño. A ello nos hemos referido en *Derecho y sociedad...* (nota 3). Véase también nuestro estudio «Equity in Spanish Law?», en *Equity in the World's Legal System* (editado por R. A. Newman), Bruxelles, 1973, págs. 381 y ss.

que se reduzca la *Systemtheorie* a mero divertimento conceptual, no parece claro que quede libre de la relevancia práctica —y política— de toda reflexión sobre el derecho. El modelo explicativo se convierte en propuesta normativa.

Las teorías tradicionales legitimaban sus consecuencias prácticas fundándolas en su pretensión de verdad. La teoría sistémica parece renunciar a ella. Sin duda ofrece atisbos que llevan a sospechar que el entramado metodológico —seguido con ejemplar coherencia— encierra ciertos fundamentos «ontológicos», que le llevan a reificarse subrepticamente. Pero no por ello es menos cierto que sus soluciones no pretenden ser verdaderas, sino que hacen estribar su valía en su facilidad de sustitución. Será más bien *a posteriori*, gracias a su eficacia funcional, como quedarán legitimadas. Con ello desembocamos en un círculo vicioso, ya que no cabe juzgar sobre la eficacia de una solución sin remitir a unos criterios determinadores de la misma (24).

Luhmann parece medir tal eficacia desde la perspectiva de una racionalidad técnica; pero no cabe dar paso a una teoría de la técnica sin plasmar a la vez en su reverso una teoría del hombre. Los mismos problemas que le preocupan llevan a otros autores a soluciones bien distintas: *en* las sociedades en desarrollo el derecho tiene una clara función que cumplir: la realización de un humanismo jurídico. La planificación para el desarrollo estará justificada, en última instancia, en la medida en que contribuya a la realización del derecho natural, entendido como expresión de las exigencias de la persona humana en sociedad; el Estado de derecho implica una capacidad de riesgo personal en la búsqueda de un orden social mejor y distinto... (25). Es toda una antropología lo que late igualmente debajo de la erección de la complejidad social —creciente, pero reducida— en valor supremo de la teoría sistémica. Y encontrará su legitimación no en la «naturaleza», sino en discretas alusiones históricas. No es ninguna novedad constatar que la historia tiende a heredar hoy en planteamientos bien distintos el protagonismo «ontológico» de aquélla.

CONTRA DOGMATISMO CRITICA

La relevancia práctica de la reflexión sobre el derecho sigue siendo su más alta virtud —aunque acarree consigo injustificados despresti-

(24) A ello hemos aludido en *Eficacia jurídica y participación social*, ACFS, 1967-68 (7-8), págs. 115-131.

(25) L. Legaz Lacambra, «Derecho y desarrollo», en *Socialización, Administración y Desarrollo*, Madrid, 1971, págs. 114 y 128-130; N. M. López Calera..., *Estado de derecho* (nota 2), pág. 111. También la obra de S. Cotta citada (nota 22), pág. 198.

gios— al obligar a reconocer, consecuentemente, que hacer filosofía del derecho implica asumir una responsabilidad política (26). Esto no debe empujar a un relativismo escéptico respecto a las posibilidades del saber jurídico como racionalizador de la praxis social, sino a exigir la apertura a la crítica como correctivo indispensable de su entraña práctica. Defender esta apertura contra todo dogmatismo ha de ser la tarea fundamental de sus planteamientos metodológicos. Despreocuparse de ellos, desconocer las fronteras entre las perspectivas filosóficas y científicas que el saber jurídico comporta —en vez de fomentar una adecuada interdisciplinariedad—, reificar puntos de partida metodológicos ignorando que toda ciencia social encierra una dimensión hermenéutica y finalista, sólo lleva a dogmatizar soluciones y a convertir en tarea de «escuela» (27) lo que debe ser búsqueda intersubjetiva.

La paradoja del funcionamiento jurídico quedaría rota sometiendo a crítica su solución al viejo problema de la función del derecho *en la vida social*.

(26) A. Kaufmann, *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt, 1971, pág. 38.

(27) Muy interesante, al respecto, H. Schelsky, *Soziologiekritische Bemerkungen zu gewissen Tendenzen von Rechtssoziologen*, que denuncia el riesgo de «imperialismo sociológico» que amenaza el trabajo interdisciplinar de juristas y sociólogos —en *Zur Effektivität des Rechts*, JRR, 1972 (3), pág. 606.

ANDRES OLLERO TASSARA

**Derechos humanos
y metodología jurídica**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1989