

Epistemología del Derecho: Revisitando las Tres Matrices Jurídicas¹

Leonel Severo Rocha²

SUMARIO

I. Incursiones Preliminares. II. Matrices Epistemológicas. III. La Filosofía Analítica. IV. La Herméutica. V. La Pragmática-Sistémica. VI. Consideraciones Finales. VII. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE

Decisión jurídica, organización, autopoiesis.

KEYWORDS

Juridical decision, organization, autopoiesis.

RESUMEN

La Teoría jurídica puede articular la concepción tridimensional de Real dominante en Brasil, revista por el análisis Semiótico de los tres modelos de Ferraz Jr., y Robert Alexy en una teoría de Derecho caracterizada por tres Matrices con predominio de la Comunicación sistémica. La diferencia está en el énfasis en la Organización en lugar del sujeto atomizado.

ABSTRACT

Law Theory can articulate Reale tridimensional conception, which is predominant in Brazil, revised by a semiotic analysis of the three models of Ferraz Jr. and Robert Alexy, in a Law Theory characterized by three matrices, with a predominance of systemic communication. The difference lies in the emphasis on organization instead of the atomized subject.

I. Incursiones Preliminares

La hipótesis que se pretende esbozar es que solamente una nueva Matriz Teórica podría permitir la reconstrucción de la teoría jurídica contemporánea para la comprensión y transformación de los acontecimientos de este inicio de siglo. Esta propuesta debe ser también dirigida conjuntamente con la elaboración de una nueva cultura política, orientada a una forma de sociedad democrática.

¹ Texto referente al proyecto de investigación apoyado por la CNPq, Brasil. El presente artículo constituye la versión en español de su original: "Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes jurídicas" (2013), *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, (RECHTD)*, v.5, n. 2, Sao Leopoldo, Editora Unisinos, pp.141-149. (Traducción al español: CELI FRUGONI Alina C.)

² Coordinador Ejecutivo del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doctorado por la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales de Paris (1989) y Postdoctorado en Sociología de Derecho por la Universidad de Estudios de Lecce, Máster en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (1982), Graduación en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Federal de Santa María (1979). Leonel.rocha@uol.com.br

La teoría jurídica del siglo XX se caracterizó como ya señalamos anteriormente en nuestro texto *Matrizes Teórico-Políticas da Teoria-Jurídica Contemporânea*³, por la tentativa de elaboración de una racionalidad propia para el Derecho. En este sentido, desde la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen (1976)⁴, a *El concepto de Derecho* de Hart (2009)⁵, el *Derecho Responsivo* de Nonet e Selznick (2010)⁶, la *Teoría de la Argumentación Jurídica* de Alexy (1989)⁷, entre tentativas, hasta *La Sociedad de la Sociedad* de Niklas Luhmann (2007)⁸, se procuró construir, sobre diferentes presupuestos epistemológicos, un estatuto de observación para el Derecho.

En los últimos tiempos, la noción de ciencia de Derecho, basada en criterios sintácticos-semánticos, se ha alterado hacia criterios pragmáticos. Esta trayectoria se disloca sucesivamente de una perspectiva estructural, ontológica, orientada a los aspectos normativos del Derecho, hacia una perspectiva funcionalista, responsiva⁹, dirigida a las funciones sociales del Derecho, yendo de un punto de vista teórico hacia uno más político, permitiéndose la colocación del problema de la democracia.

El pensamiento jurídico tradicionalmente presenta características cartesianas donde la racionalidad sería obtenida gracias a la utilización de una metodología deductiva basada en las evidencias, demostraciones, de las relaciones de causalidad de los argumentos. En esta línea de pensamiento, el Derecho es una metafísica con aspectos claramente ontológicos cuya esencia estaría a disposición de la, pre-comprensión de los juristas. Ese pensamiento fue ultrapasado por las perspectivas sistémicas que buscaban el sentido en la estructura¹⁰ y abandonaron las visiones metafísicas de la verdad atomizada.

En Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, se afirmó que la interpretación de un texto dependería, principalmente, de la dimensión temporal, dividida en tiempo contextual y tiempo teórico. El tiempo contextual llevaría en consideración las condiciones históricas de su producción; ya el tiempo teórico se ocuparía de la lógica interna de los argumentos. En este momento, se está ante un doble movimiento que cambiaría la Filosofía occidental. En un primer paso, se entiende que, desde el estructuralismo, se podría explicar la producción del sentido. Pero, en un segundo paso, los autores más importantes de la época llegaron a la conclusión de que, yendo hasta el fondo de las posibilidades latentes de las estructuras, la razón y el sujeto no existirían más. Así, Foucault, Derrida, Barthes, Deleuze, entre los más célebres, iniciaron un movimiento que puede ser llamado, a falta de una denominación, de deconstructivismo. Una consecuencia dramática para los juristas fue el descrédito de cualquier concepción fundada en la tradición, verdad, y fundamentación *a priori* del mundo.

³ SEVERO ROCHA Leonel (2003), *Epistemologia jurídica e democracia*, 2da.ed., São Leopoldo, Editora Unisinos, p.83.

⁴ KELSEN Hans, (1976), *Teoria pura do Direito*, Coimbra, Armenio-Amado.

⁵ HART Herbert Lionel Adolphus, (2009), *O conceito de direito*, São Paulo, Martins Fontes.

⁶ NONET Philippe, SELZNICK Philip (2010), *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, Rio de Janeiro, Revan.

⁷ ALEXY Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales.

⁸ LUHMANN, Niklas (2007), *La sociedad de la sociedad*, México, Herder.

⁹ NONET Philippe, SELZNICK Philip (2010), *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, Rio de Janeiro, Revan.

¹⁰ DE SAUSSURE Ferdinand, (1995), *Cours de linguistique générale*, Paris, Payots.

Por todo esto, consciente de las insuficiencias de los análisis positivistas, centrados en las normas, y de las perspectivas hermenéuticas y pragmáticas, excesivamente convencionalistas, la *Teoría de los Sistemas* de Niklas Luhmann¹¹, aliada a la concepción de *Democracia* de Claude Lefort¹², aparece como una buena pista para un abordaje más sofisticado de la complejidad social. Lefort aparece como decisivo, pues frente a la carencia de la racionalidad de la teoría de Derecho, nada mejor que recurrir a una teoría de la democracia. En lo que refiere a Luhmann, como ya se señaló, sus observaciones de segundo orden configuran una importante tentativa de la teoría post-ontológica.

En suma, desde este punto de partida, se puede articular la concepción tridimensional del Derecho de Reale¹³ dominante en Brasil, revisada por el análisis semiótico de los tres modelos de Ferraz Jr.,¹⁴ y Alexy¹⁵, por una teoría del Derecho caracterizada por tres matrices con predominio de la comunicación sistémica. La diferencia está en el énfasis de la organización en lugar del sujeto atomizado.

II. Matrices epistemológicas

Inicialmente se reunieron las principales teorías jurídicas contemporáneas conforme al *campo de racionalidad* en el cual se insertan. O sea, según la *matriz epistemológica* dominante, en sus criterios de cientificismo exigidos para la construcción del conocimiento jurídico, que caracterizan un *estilo científico propio de racionalidad*, teniendo en vista los problemas específicos a lo que se dirigen los saberes. La racionalidad del estilo científico depende, así, también de su articulación con las cuestiones privilegiadas históricamente. Para ello, se utiliza la idea de epistemología de Kuhn conjuntamente con el concepto de *instituciones imaginarias de la sociedad* de Castoriadis (1997)¹⁶. Esto implica igualmente una reevaluación de la filosofía, vista por nosotros, como el parámetro crítico de estos estilos de racionalidad. Incumbe a la filosofía cuestionar la legitimidad teórico-política de los saberes a partir de la democracia.

Las categorías de *estilo científico* y de *campo de racionalidad*, colocan así, la necesidad de ligarse a las teorías jurídicas, simultáneamente con el problema de su cientificismo propiamente dicho, y las implicancias sociales que ocurren en la historia.

Debido a todos estos factores, se propone, como complementación de los presupuestos apuntados en otra oportunidad, pensar en el Derecho como componente de una estructura social compleja y paradójica¹⁷. En anterior clasificación de las matrices de la teoría jurídica contemporánea, ya se había destacado la existencia de una *Matriz Sistémica*. Sin embargo, los últimos trabajos de Luhmann, notoriamente, a partir de la Sociología de las Organizaciones, y de conceptos como los de riesgo y paradoja, permiten dar un paso al frente para la comprensión de la hipercomplejidad de la sociedad actual. Esta teoría de la sociedad posibilita una observación de segundo orden del contacto en

¹¹ LUHMANN Niklas, (2008) *La sociedad de la sociedad*. México, Herder.

¹² LEFORT Claude (2007) *Le temps présent, Écrits 1945-2005*, Paris, Belin.

¹³ REALE Miguel (1968) *Teoria tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR Tercio Sampaio (2002) *Estudos de Filosofia do Direito*, São Paulo, Atlas.

¹⁵ ALEXY Robert (1989) *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales.

¹⁶ CARNAP Rudolf (1964), *Meaning and Necessity*. Chicago, The University of Chicago Press.

¹⁷ En texto anterior, propusimos la delimitación de una 5ª. Matriz Pragmático-Formal (ROCHA Leonel Severo (2003), *Epistemología jurídica e democracia*. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos.

la teoría jurídica entre los aspectos externos e internos, ente praxis y la teoría, superando las concepciones dogmáticas dominantes.¹⁸

Por eso, es posible conciliar las nuevas posturas de la teoría de Luhmann con las exigencias colocadas para la constitución de una *Matriz Pragmática-Sistémica*. De esta manera, volveríamos a tener una clasificación con tres matrices principales, siendo la tercera, al mismo tiempo, histórica y social.

En esta línea de ideas, con un propósito meramente didáctico se la utiliza, teniendo en vista una mejor delimitación de las matrices epistemológicas, la tradicional división de la semiótica de Carnap (1964)¹⁹ en tres niveles: la *sintaxis*, cuyo objetivo es el estudio de la estructura forma del lenguaje, a través del análisis lógico-lingüístico; la *semántica*, que procura averiguar el sentido de las proposiciones, teniendo en vista las relaciones de los enunciados con la realidad, y la *pragmática*, orientada al estudio del uso de las preferencias discursivas²⁰. A seguir, relataremos las construcciones jurídicas²¹ desde el nivel semiótico en ellas dominante, resumiéndolas radicalmente en tres matrices características: la analítica, la hermenéutica y la pragmática. La pragmática, en este caso, redefinida por la teoría sistémica, nos trae la ventaja de romper con el psicologismo de la versión pragmática tradicional.

Sin embargo, esta opción es apenas para facilitar la descripción de estas matrices, ya que se entiende que a partir de nuestro referencial privilegiado, la matriz Pragmático-Sistémica, se pueden analizar simultáneamente los tres niveles de semiótica, con predominio del nivel pragmático y sus conexiones con lo social, gracias a su perspectiva sistémica²². La verdad, este relato busca demostrar la superioridad de esta matriz delante a la semiología en una sociedad compleja.

Siendo así, propedéuticamente se inventariaron las matrices teórico-jurídicas de acuerdo con su inserción semiótica. De este modo la filosofía analítica encontró su desdoblamiento en la Teoría General del Derecho, a través del análisis lógico-formal de las normas jurídicas. Esta visión se impone en el normativismo kelseniano, pasando por Bobbio²³ hasta las tentativas de elaboración de lógicas jurídicas, en las cuales fueron pioneros Von Wright²⁴ y Kalinowski²⁵. Esta línea, en América Latina, es muy representativa en Argentina, marcadamente, con los trabajos de Alchourrón y Buligyn²⁶, así como en los de Vernengo²⁷, procurando formalizar una lógica propia del Derecho. La hermenéutica,

¹⁸ ROCHA Leonel Severo (2003), *Epistemología jurídica e democracia*. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos.

¹⁹ CARNAP Rudolf (1964) *Meaning and Necessity*. Chicago, The University of Chicago Press.

²⁰ WARAT Luis A. (1985) *O Direito e sua linguagem*, Porto Alegre, Safe.

²¹ Para ello seleccionamos las principales teorías existentes y divulgadas en Brasil. Es evidente que algunas perspectivas consideradas como importantes, fueron intencionalmente olvidadas.

²² ROCHA Leonel Severo (2005), "Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico", en SEVERO ROCHA Leonel; SCHWARTZ Germano; CLAM Jean, *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado; y en SEVERO ROCHA Leonel, KING Michael, SCHWARTZ Germano, (2009) *A verdade sobre a autopoiese no Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

²³ BOBBIO Norberto, (1993) *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Michael Giappichelli Editore.

²⁴ VON WRIGHT George H. (1963) *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.

²⁵ KALINOWSKI Georges, (1965) *Introduction à logique juridique*. Paris, Pichon et Durand-Auzias, Paris.

²⁶ ALCHOURRÓN Carlos E., BULYGIN Eugenio, (1975), *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.

²⁷ VERNENGO Roberto J., (1976) *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires, Cooperadora del Derecho.

por su parte, en el nivel semántico, está orientada al análisis de los contenidos de sentido de las preposiciones, colocando el problema de la interpretación de textos, típico de la dogmática jurídica. Finalmente, el nivel de la pragmática (*pragmático-sistémica*) indaga sobre las formas de comunicación y los procedimientos utilizados en los procesos de decisión jurídica.

En Brasil, mientras, la teoría dominante durante el siglo pasado fue la perspectiva tridimensional de Miguel Reale²⁸. Para ese autor, el Derecho poseería, una especificidad ontológica fundada en una dialéctica de implicancia y polaridad. De este modo para Reale, el Derecho sería una composición de un *Modelo Ontológico*, entre los hechos, valores y normas. En otras palabras, se observa que Reale se ubica en un estadio anterior a nuestra clasificación. Pues, como se destacó arriba, la perspectiva semiótica permitió un detalle mucho más preciso de esa tridimensionalidad. La teoría de Reale configura una *matriz ontológica* (Figura I).

Teoría Tridimensional de Miguel Reale

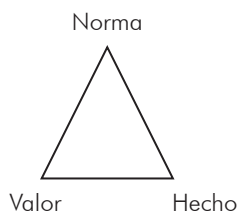


Figura I. Matriz Ontológica I.

Figure I. Ontological Matrix I.

III. La filosofía analítica

Desde el punto de vista del predominio de la *sintaxis*, la Teoría del Derecho pasa a ser denominada de analítica. La norma jurídica vista como uno de los elementos del Derecho, para Reale, adquiere la complejidad de un sistema. La filosofía analítica (*Teoría General del Derecho*) posee un amplio abanico de aplicaciones. El proyecto de construcción de un lenguaje riguroso para la ciencia fue adaptado para el Derecho, principalmente, por Hans Kelsen²⁹ y por Norberto Bobbio³⁰. Estos autores pueden ser considerados neopositivistas, pues postulan una ciencia de Derecho soportada en proposiciones normativas que describen sistemáticamente el objeto del Derecho. Se trata de una meta-teoría del Derecho, que al contrario, del positivismo legalista dominante en la tradición jurídica (que confunde ley y Derecho), propone una ciencia del Derecho como un metalenguaje distinto de su objeto.

La Teoría del Derecho de Kelsen también posee influencias del neokantismo, evidente en su ideal de *ciencia pura*. En los capítulos iniciales de su *Teoría Pura*

²⁸ REALE Miguel (1968) *Teoria tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva.

²⁹ KELSEN Hans (1976), *Teoria pura do Direito*, Coimbra, Armenio-Amado.

³⁰ BOBBIO Norberto (1993), *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore.

del Derecho³¹, mantiene presupuestos kantianos que se mezclan poco a poco con los neopositivistas (capítulo 3° sobre *Ciencia do Direito* de H. Kelsen)³². El ideal de pureza implica separar el conocimiento jurídico, del Derecho natural, de la metafísica, de la moral, de la ideología y de la política. Por eso, Kelsen tiene como una de sus directrices epistemológicas basilares, el dualismo kantiano, entre ser y *deber ser*, que reproduce la oposición entre juicios de realidad y juicios de valor. Kelsen, fiel a la tradición relativista del neokantismo de Marburgo, optaría por la construcción de un sistema jurídico centrado únicamente en el mundo del *deber ser*. Tal énfasis acarrió la sobrevaloración de los aspectos lógicos constitutivos de la teoría pura, en detrimento de los soportes fácticos del conocimiento³³.

La dicotomía entre *sein/sollen* fue aprendida por Kant de Hume. Este último, en su conocida ley, conforme Vernengo, afirma: “no podemos inferir un enunciado normativo de un enunciado declarativo y viceversa. Esto es, no es una inferencia lógica aceptable, por ejemplo, sustentar que, caso se dé el hecho “p”, entonces “p” está permitido. “Pp” no es lógicamente derivable de “p”. Ni es posible concluir que, si “p” es obligatorio, entonces efectivamente “p” es verdadero: la verdad de “p” no se infiere en la norma Op”³⁴

De este modo, la función del cientista sería la construcción de un objeto analítico propio y distinto de otras influencias. A partir de esta constatación es que Kelsen va a procurar, así como Kant, depurar esa diversidad y elaborar una *Ciencia del Derecho*. O sea, en la teoría pura, una cosa es el Derecho, otra distinta es la ciencia del derecho. El derecho es el lenguaje objeto, y la ciencia del Derecho el metalenguaje: dos planos lingüísticos diferentes.

Esta concepción metalingüística de lo real, creada por Bertrand Russell para superar ciertas paradojas lógicas, sería utilizada por Kelsen en varios aspectos que deben ser aclarados para evitar confusiones. Para ilustrarlo, explicaremos en este texto la relación entre la norma jurídica y la ciencia. Esto ocurre en dos momentos distintos. El primer momento kelseniano del metalenguaje define la norma jurídica como un esquema de interpretación del mundo, un hecho solo es jurídico si fuera el contenido de una norma, esto es, como condición de significación normativa. Se trata, así, del movimiento que da al ser su sentido, a través de la imputación de una conducta que debe ser obedecida, desarrollándose en el nivel pragmático dos signos jurídicos, por tanto, con carácter prescriptivo.

El segundo momento de la teoría pura sería cuando se transforma el metalenguaje, descrita *supra* la norma jurídica en lenguaje objeto de la ciencia del Derecho, la

³¹ KELSEN Hans (1976), *Teoría pura do Direito*, Coimbra, Armenio- Amado.

³² Ibidem.

³³ ROCHA Leonel Severo (2003), *Epistemología jurídica e democracia*, 2da. Ed., São Leopoldo, Editora Unisinos, pp.67-82.

³⁴ VERNENGO Roberto J. (1976) *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Cooperadora del Derecho, p.461.

cual, a su vez, pasa a ser su metalenguaje. Aquí, al contrario del procedimiento anterior, no existiría la intención prescriptiva que dinamiza el Derecho, apenas se procura describir de forma neutra la estructura de las normas jurídicas. En breves palabras, la norma jurídica es un metalenguaje del ser, localizada en el nivel pragmático del lenguaje, que al emitir imperativos de conducta, no puede ser calificada de verdadera o falsa, simplemente puede ser válida, o inválida. El criterio de racionalidad del criterio normativo, ya que las normas no pueden ser consideradas independientemente de sus interacciones, es dado por la jerarquía normativa (norma fundamental) en la cual una norma es válida solamente si una norma superior determina su integración al sistema. La teoría jurídica dominante anterior a esa corriente neopositivista, el jusnaturalismo, veía el campo normativo como solamente estático, dependiente de la adecuación a ideales metafísicos. El normativismo kelseniano fue quien introdujo la perspectiva dinámica del Derecho, explicando los procesos de producción y auto-reproducción de las normas. Ya la ciencia del Derecho, por su parte, siendo un metalenguaje de las normas jurídicas, al preocuparse solamente con la descripción del sistema normativo, situándose al nivel semántico-sintáctico de la estructura lingüística, podría ser verdadera o falsa en relación a la objetividad de la descripción efectuada por medio de sus modalizadores deónticos. En este último aspecto, Kelsen es neopositivista. Explicando mejor: Kelsen, más que propiamente un neopositivista, posee apenas una teoría que puede ser estudiada a través de la analítica.

Por eso Bobbio, fue quien de hecho aplicó la metodología de la filosofía analítica, por medio del neopositivismo, a las tesis del normativismo de Kelsen.³⁵ El paradigma del rigor sería su gran propuesta metodológica para la ciencia jurídica. El neopositivismo sería así, la metodología a ser aplicada a la teoría del Derecho. En este sentido, la discusión introductoria a la problemática jurídica deberá ser precedida de una introducción al neopositivismo, función reservada para la epistemología jurídica. Para Bobbio, esto implicaría una *teoría de la reconstrucción hermenéutica de las reglas*, esto es, traducir en el lenguaje normal de los juristas el lenguaje originario del legislador. La filosofía analítica tendría dos campos de actuación a ser agilizados, respectivamente, por la *Teoría del Sistema Jurídico* y por la *Teoría de las Reglas Jurídicas*. La primera trataría de la estructura interna y de las relaciones entre las reglas, tema de *dinámica jurídica* en Kelsen y de la *Teoría del Ordenamiento Jurídico* en Bobbio. La teoría de las reglas jurídicas, abordaría, por su parte, la *Teoría de los Conceptos Fundamentales* (Bobbio), o la *estática jurídica* (Kelsen).³⁶

Sin embargo, la analítica es una matriz aún bien centrada en los aspectos descriptivos y estructurales del Derecho, manteniendo todavía, en lo referente a sus aspectos políticos, una visión de neutralidad, por encuadrarse en el tipo de Estado liberal clásico, no interventor. Por tanto, bien limitada políticamente,

³⁵ BOBBIO Norberto (1993), *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore.

³⁶ ROBLES Gregorio (1982), *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide.

generando también consecuencias teóricas graves, debido a su incapacidad de pensar una complejidad social más amplia. Así es como, el normativismo configura un *modelo ontológico*² (Figura 2).

Analítica
Matriz Ontológica 2

Norma Fundamental

**Normativismo
de Hans Kelsen**

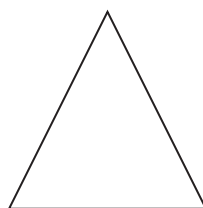


Figura 2. Matriz Ontológica 2.

Figure 2. Ontological Matrix 2.

IV. La hermenéutica

La *semántica* tuvo como correspondiente jurídico acerca de la determinación del sentido referencial del mundo la perspectiva que puede ser denominada, genéricamente de hermenéutica jurídica. La profundización de la hermenéutica como *semántica* será analizada aquí a partir del Derecho del *common law*, principalmente, en la obra de Herbert Hart³⁷, que discute la importancia del *reconocimiento*, como ya apuntara Hobbes, para la legitimidad del Derecho.

La hermenéutica jurídica es hoy una derivación crítica de la filosofía analítica, basada en los trabajos de Wittgenstein, que redefinió, en mediados del siglo pasado, el énfasis en el rigor y en la pureza lingüística por abordajes que privilegian los contextos y funciones de las imprecisiones de los discursos. La hermenéutica, diferentemente de la pragmática, centrada en los procedimientos y prácticas sociales, se preocupa con la interpretación de los textos.

En el terreno jurídico, la gran contribución es, por tanto, del positivismo de Hart³⁸ y sus polemistas, como Raz³⁹ y Dworkin⁴⁰. El positivismo jurídico inglés fue delimitado por Austin y levantado hasta la filosofía política a través del utilitarismo de Bentham⁴¹. En la teoría de Hart, lector de Bentham, la dinámica de las normas solamente puede ser explicitada a través del análisis de las llamadas *reglas secundarias* (adjudicación, cambio y reconocimiento), que permiten la justificación y existencia del sistema jurídico. Hart se preocupa con la cuestión de las definiciones. Sin embargo, introduciéndose en la concepción pragmática del lenguaje, con objetivos hermenéuticos, entiende que el modo tradicional de definición por género y diferencia específica es inapropiado para la comprensión de nociones tan generales y abstractas. Pues tales definiciones necesitan de términos tan ambiguos cuanto

³⁷ HART Herbert Lionel Adolphus, (2009), *O conceito de direito*, São Paulo, Martins Fontes.

³⁸ HART Herbert Lionel Adolphus, (2009), *O conceito de direito*, São Paulo, Martins Fontes.

³⁹ RAZ Joseph (2012), *O sistema do Direito*, São Paulo, Martins Fontes.

⁴⁰ DWORKIN Ronald (1986), *Law's Empire*, London, Fontana Press.

⁴¹ BENTHAM Jeremy (1973). *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Aguilar.

los que se desean definir. Para Hart, derecho es una expresión familiar que empleamos en la práctica jurídica sin la necesidad de ninguna definición filosófica. Así, la preocupación de la jurisprudencia no es la explicitación de la designación pura del signo derecho, como intenta hacer Bobbio, sino explorar las relaciones esenciales que existen entre el derecho y la moralidad, la fuerza y la sociedad (...). En la realidad, ella consiste en explorar la naturaleza de una importante institución social.⁴²

La tesis de *Derecho como institución social* significa que el Derecho es un fenómeno cultural constituido por el lenguaje. Por eso es que Hart⁴³, desde la lingüística, pretende privilegiar el uso del lenguaje normativo como el secreto para que se comprenda la normatividad del Derecho. Esta actitud epistemológica tiene para Raz⁴⁴, dos consecuencias: En primer lugar, los términos y expresiones más generales empleados en el discurso jurídico (...) no son específicamente jurídicos. Son, generalmente, el medio corriente mediante el cual se manifiesta la mayor parte del discurso normativo. En segundo lugar, con el análisis del lenguaje: "...la normatividad del derecho es explicada conforme a la manera cómo afecta aquéllos que se consideran a sí mismos como sujetos de derecho. Uno de los temas principales tratados por Hart es el hecho de que cuando una persona dice tengo el deber de...o tú tienes el deber de..., ella expresa su reconocimiento y respalda un estándar de conducta que es adoptado como una guía de comportamiento.⁴⁵

Cuadro I. Matriz Semiótico-Argumentativa.

Chart I. Semiotic- argumentative matrix.

Matriz Semiótica - Argumentativa			
Alexy (1989)		Ferraz Jr. (2002)	
Semiótica	Sintaxis	Semántica	Pragmática
	Analítica	Hermenéutica	Empírica
	Norma	Respuesta	Decidibilidad

La teoría de los sistemas de Luhmann, ha proporcionado la configuración de un nuevo estilo científico más apto a la comprensión de las actuales sociedades complejas en que vivimos estando, en el centro de las discusiones actuales, el sentido del derecho y de la sociedad.

La propia filosofía analítica se ha reformulado intensamente con tendencia a sustituir el neopositivismo (o complementario), por los análisis de la *lógica modal* (deóntica) creada por Von Wright⁴⁶, y desarrollada por lógicos como Kalinowski (1965)⁴⁷, revisadas por los trabajos innovadores de la *lógicas para-consistente*, no trivial, en el dominio jurídico. La informática jurídica también parece ser un campo de actuación de gran futuro.

⁴² HART Herbert Lionel Adolphus (2009), *O conceito de direito*, São Paulo, São Paulo, Martins Fontes. p.7.

⁴³ HART Herbert Lionel Adolphus (2009), *O conceito de direito*, São Paulo, São Paulo, Martins Fontes.

⁴⁴ RAZ Joseph (2012), *O sistema do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, p.10.

⁴⁵ La cita original en portugués, de la obra Joseph RAZ. (2012), *O sistema do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, p. 40, en: ROCHA Leonel Severo, (2013), *Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas*, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 5 (2): julho-dezembro, São Leopoldo, Editora Unisinos, pp.141-149.

⁴⁶ VON WRIGHT George H., (1963), *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan.

⁴⁷ KALINOWSKI Georges, (1965), *Introduction à logique juridique*. Paris, Pichon et Durand-Auzias.

Existen igualmente juristas, como Aulis Aarnio de la Universidad de Helsinki, que pretenden retomar la filosofía analítica a través de un bias más interpretativo, procurando ver lo *racional como razonable*⁴⁸. Este autor entiende que la interpretación puede ser vista como una suma de juegos de lenguaje.

Esta actitud interpretativa de Aarnio coloca la tradición analítica conjuntamente con la hermenéutica; en este aspecto, no podemos igualmente subestimar las críticas hechas por MacCormick a Dworkin, así como sus trabajos realizados con Ota Weinberger sobre la posibilidad de una *teoría institucional del derecho*⁴⁹.

Como se sabe, Dworkin, desde su controvertida tesis de *la respuesta correcta*, concluye por *la completitud del Derecho*. Para Dworkin, las lagunas de derecho son raras; existe casi siempre una respuesta exacta a una cuestión jurídica.⁵⁰ Para MacCormick, Dworkin subestima los aspectos *institucionales* del Derecho.

Para Weinberger, existe una interdependencia entre la acción del individuo y la sociedad.⁵¹ Esta interdependencia se realiza en instituciones que son modelos de acción. Así, influenciado por Searle y Anscombe, Weinberger se orienta para los hechos institucionales sociales. El conocimiento de los individuos capaces de vivir y actuar en un sistema de instituciones sociales. Por lo tanto, es una propuesta más rica que la de la sociología tradicional basada en hechos brutos.

Por otro lado, se puede colocar como una teoría que sintetiza brillantemente toda la discusión jurídica de los años ochenta la perspectiva del *Derecho Responsivo* de Philippe Nonet y Philip Selznick. Para estos autores, el Derecho posee una tipología caracterizada por lo que se podría denominar de *Derecho en una sociedad en transición*. Para ello, establecen una *Matriz Política* en la cual existirían tres tipos principales de Derecho: Derecho Represivo, Derecho Autónomo y Derecho Responsivo.⁵² (Cuadro 2).

Cuadro 2. Matriz Política.

Chart 2. Political matrix.

Matriz Política			
Nonet y Selznick (2010)			
Tres tipos de Derecho			
	Derecho Represivo	Derecho Autónomo	Derecho Responsivo
Finalidad del Derecho	Orden	Legitimación	Competencia capacidad de resolver problemas

⁴⁸ AARNIO Aulis (1987), *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Holland, D. Reiderl Publishing Company.

⁴⁹ MAC CORMICK Neil, WEINBERGER Ota (1986), *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

⁵⁰ DWORIN Ronald (1986), *Law's Empire*, London, Fontana Press.

⁵¹ MAC CORMICK Neil, WEINBERGER Ota, (1986), *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, en: <http://dx.doi.org/10.1007/978-94-015-7727-4>. Acceso en 13.03.2016.

⁵² NONET Philippe, SELZNICK Philip, (2010) *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, Rio de Janeiro, Revan.

V. La pragmática-sistémica

Esta matriz realmente provoca un cambio epistemológico en la teoría jurídica. El punto de partida son los análisis de Luhmann sobre la *Teoría de los Sistemas Sociales*. Niklas Luhmann adaptaría algunos aspectos de la teoría de Parsons⁵³, en una primera fase de su actividad intelectual. Sin embargo, en la madurez, Luhmann se orienta para una perspectiva *autopoietica*⁵⁴, acentuando la sistematicidad del Derecho como organización de la sociedad.

La perspectiva sistémica autopoietica (pragmático-sistémica) permite afirmar que, por detrás de todas las dimensiones de la semiótica, claramente, las funciones pragmáticas del lenguaje en los procesos de decisión jurídica están presentes, redefinidas en el interior del sistema, la problemática del riesgo y de la paradoja. En esta línea de ideas se puede entender porqué Luhmann, yendo bien más allá de Kelsen (analítica) y Hart (hermenéutica), define el Derecho⁵⁵ como una estructura de generalización congruente. Esto porque, para Luhmann, en la *Sociología del Derecho*, el comportamiento social en un mundo altamente complejo y contingente exige la realización de graduaciones que posibiliten expectativas comportamentales recíprocas y que son orientadas a partir de expectativas sobre las expectativas⁵⁶. Estas reducciones pueden darse a través de tres dimensiones: *temporal, social y práctica*.

En un mundo altamente complejo y contingente, el comportamiento social, para Luhmann, requiere, por tanto de reducciones que posibilitarán expectativas comportamentales recíprocas y que son orientadas a partir de las expectativas sobre tales expectativas. La consecuencia de eso reside, entonces, en armonizar las dimensiones, a través de reducciones que se darán en cada una de ellas, por intermedio de mecanismos propios.

Esto caracteriza lo que Luhmann denomina *generalización congruente*. Congruente significa coherencia, o sea, congruencia. Importante también en Luhmann es su constatación de que: “el derecho no es primariamente un ordenamiento coactivo, pero si un alivio para las expectativas. El alivio consiste en la disponibilidad de caminos congruentemente generalizados para las expectativas significando una eficiente indiferencia inofensiva contra otras posibilidades, que reducen considerablemente el riesgo de la expectativa contra-fáctica”.⁵⁷

En este orden de ideas, la función del Derecho reside en su eficiencia selectiva, en la selección de expectativas comportamentales que puedan ser generalizadas en todas sus dimensiones. El Derecho es, así, una *estructura de un sistema social* que se basa en la generalización congruente de expectativas comportamentales normativas.⁵⁸

⁵³ PARSONS Talcott, (2010), *A estrutura da ação social*, vols. I e II, Petrópolis, Vozes.

⁵⁴ MATURANA Humberto R., VARELA Francisco (1996). *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*, Madrid, Debate.

⁵⁵ Concepción abordada por Luhmann en sus obras, sobre *Sociología del Derecho* (1985) y después profundizada en el libro *La Sociedad de la Sociedad* (2007).

⁵⁶ LUHMANN Niklas (1985), *Sociologia do Direito –II*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

⁵⁷ La cita original en portugués de la obra de Niklas Luhmann (1985), *Sociologia do Direito –II*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, p.115; en: ROCHA Leonel Severo (2013), *Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídica*, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 5(2), julho-dezembro, São Leopoldo, Editora Unisinos, pp. 141-149.

⁵⁸ LUHMANN Niklas (1985), *Sociologia do Direito –II*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, p.115.

El Derecho, para Luhmann, aunque visto como una estructura, es dinámico debido a la permanente evolución provocada por su necesidad de constantemente actuar como una de las estructuras sociales reductoras de la complejidad de las posibilidades del ser en el mundo. Así, esta complejidad heterogénea, causada por la llamada *doble contingencia*, es combatida por los procesos de identificación estructural, solamente posibles con la creación de diferenciaciones funcionales.

La teoría sistémica del Derecho, comunicando la norma con lo social y la praxis significativa, ofrece un importante avance para la construcción de una nueva teoría del Derecho relacionada con las funciones del Estado: aquí estamos claramente reflexionando sobre el Derecho de un Estado Interventor, en una sociedad compleja.

Se percibe, así, claramente la propuesta de rever la teoría jurídica desde una perspectiva sistémica que aborde simultáneamente sus aspectos analíticos, hermenéuticos y pragmáticos, en relación con la sociedad.

VI. Consideraciones finales

La teoría de los sistemas de Luhmann procura explicar la sociedad como sistema social. En esa matriz epistemológica es importante demostrar que ciertos elementos básicos tornan posibles distintas formas, entre infinitas posibilidades, de interacción social. Esto implica una gran complejidad, que exige cada vez más subsistemas como el Derecho, la Economía, la Religión, etc., que por su parte se diferencian creando otros subsistemas, y así sucesivamente. Existen entonces dos problemas principales en que la sociedad se coloca: la *complejidad* y la *doble contingencia*.⁵⁹

La sociedad como sistema social es posible gracias a la *comunicación*. Por su parte, la comunicación depende del lenguaje, de las funciones, de la diferenciación y de las estructuras. Esto hace posible la evolución social sin embargo es decisiva, en este sentido, la *diferenciación*. En esta línea de ideas, la sociedad moderna posee condiciones de controlar las indeterminaciones, al mismo tiempo en que no cesa de producirlas. Esto genera una *paradoja* en la comunicación. En este orden de raciocinio, concordamos con Luhmann, en el sentido de que la investigación jurídica debe estar dirigida para una nueva concepción de la sociedad centrada en la organización.

Por último, no podríamos dejar de comentar, en nuestra actitud epistémica, como queda la cuestión democrática, en relación a esta matriz. En este sentido, entendemos que la idea de indeterminación autopoiética se aproxima, en el sentido político, del concepto de invención democrática de Claude Lefort, que ya esbozamos en otros trabajos.⁶⁰ Así, pretendemos concluir nuestro texto

⁵⁹ LUHMANN Niklas, (1985), *Sociologia do Direito –II*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, p.115.

⁶⁰ Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA Leonel Severo, SCHWARTZ Germano; CLAM Jeam (2005), *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, pp.9-48.

recordando nuestra propuesta de constitución de una nueva *cultura política* para que se permita la irrupción de una sociedad no totalitaria.⁶¹ Esto implica la necesidad de repensar la política, el Derecho y la democracia, por entender que la *invención democrática* es fundamental para la comprensión de la ley, del saber y del poder en las sociedades complejas.

En esta óptica, podemos adelantar que no existe democracia con “verdad” (sintáctico-semántica); la democracia es el lugar de la indeterminación y de la invención.

La democracia se constituye, en cuanto forma política, en un centro de articulación y auto-institución de la sociedad, donde la política no es vista como una instancia autónoma, pero como la *mise en forme* de sentido y escenificación de lo social.⁶² La propia identidad de la sociedad es, entonces, una cuestión política. La política es la que posibilita la delimitación del espacio de auto- institución social.⁶³

La democracia es la posibilidad de toma de decisiones siempre diferentes, insiriendo a la sociedad en la paradoja comunicativa de la invención (Cuadro 3).

Todos esos factores nos exigen una revolución epistemológica que rompiendo con la departamentalización de los campos de racionalidad dominantes, que aisladamente trabajan la analítica, la hermenéutica y la pragmática, apunte para una perspectiva *pragmática-sistémica*. Esto es, permita la comunicación entre el *eje sincrónico* y el *eje diacrónico* de la lingüística⁶⁴, interrelacionando la lengua y el habla: el sistema jurídico y la historia. De este modo, se trata de una crítica a la técnica jurídico-dogmática, orientada mucho más para un control democrático de la producción de los mecanismos procedimentales y decisorios del Derecho, que para una pura negación *irracionalista* o ideológica de las reglas del juego. Se trata de vislumbrar las posibilidades de una nueva perspectiva de reflexión jurídica que pasa a dar mayor espacio para la complejidad, organización y decisión en la observación del Derecho.

Cuadro 3. Matriz Jurídica.

Chart 3. Legal matrix.

Tres Matrices Jurídicas			
Leonel Severo Rocha			
Epistemología	Analítica	Hermenéutica	Pragmático-sistémica
Sistema	Cerrado	Abierto	Complejo
Observación	Normas	Operador	Organización- Decisión
Dimensiones	Temporal	Social	Práctica

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² LEFORT Claude, (1986), *Essais sur le politique*, Paris, Seuil.

⁶³ CARNAP Rudolf, (1964), *Meaning and Necessity*, Chicago, The University of Chicago Press.

⁶⁴ DE SAUSSURE Ferdinand, (1985). *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot.

VII. Bibliografía

- AARNIO Aulis, (1987), *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Holland, D. Reiderl Publishing Company.
- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio (1975), *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALEXY, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales.
- BENTHAM Jeremy (1973), *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Aguilar.
- BOBBIO Norberto, (1993), *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- CARNAP Rudolf, (1964), *Meaning and Necessity*. Chicago, The University of Chicago Press.
- CASTORIADIS Cornelius, (1997), *Fait et à faire*. Paris, Seuil.
- DE SAUSSURE Ferdinand, (1985), *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris.
- DWORKIN Ronald, (1986), *Law's Empire*, London, Fontana Press.
- HART Herbert Lionel Adolphus, (2009), *O conceito de direito*, São Paulo, Martins Fontes.
- KALINOWSKI Georges, (1965), *Introduction à logique juridique*. Paris, Pichon et Durand-Auzias.
- KELSEN Hans (1976), *Teoria pura do Direito*, Coimbra, Armenio-Amado.
- LEFORT Claude (1986), *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, Paris.
- LUHMANN Niklas, (2007) *La sociedad de la sociedad.*, México, Herder.
- MAC CORMICK Neil, WEINBERGER Ota, (1986), *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, en: <http://dx.doi.org/10.1007/978-94-015-7727-4>. Acceso en 13.03.2016.
- MATURANA Humberto R. y VARELA Francisco, (1986), *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*, Madrid, Debate.
- NONET Philippe, SELZNICK Philip (2010), *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, Rio de Janeiro, Revan.

- PARSONS Talcott (2010). *A estrutura da ação social*, vols. I e II, Petrópolis, Vozes.
- RAWLS John, (1989), *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press.
- RAZ Joseph, (2012), *O sistema do Direito*. São Paulo, Martins Fontes.
- REALE Miguel, (1968), *Teoria tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva.
- ROBLES Gregorio, (1982), *Epistemología y Derecho*, Madrid, Pirámide.
- ROCHA Leonel Severo, KING Michael, SCHWARTZ Germano, (2009) *A verdade sobre a autopeiose no Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- ROCHA Leonel Severo, (2003) *Epistemologia jurídica e democracia*. 2ª ed., São Leopoldo, Editora Unisinos.
- VERNENGO Roberto J, (1976), *Curso de Teoría General del Derecho*. Buenos Aires, Cooperadora del Derecho.
- VON WRIGHT George H., (1963), *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London, Routledge & Kegan Paul.
- WARAT Luis A., (1985), *O Direito e sua linguagem*, Porto Alegre, Safe.