REGLAS, INSTITUCIONES, TRANSFORMACIONES. CONSIDERACIONES SOBRE EL PARADIGMA «EVOLUCIÓN DEL DERECHO»*

Sumario: 1. Conceptos de derecho. Una propuesta; 2. Conceptos de evolución; 3. Teorías neoevolucionistas; 4. Evolución como aprendizaje; 5. Derecho como autopoiesis; 6. Para una crítica del paradigma «evolución del derecho».

1. Conceptos de derecho. Una propuesta

En estos últimos años ha habido un renacimiento de las concepciones evolucionistas del derecho, tanto por lo que concierne a la ontología del derecho cuanto con respecto a la metodología explicativa de los fenómenos jurídicos contemporáneos. De este modo se puede hablar de un paradigma «evolución del derecho», utilizando el término «paradigma» en el sentido en que lo hace Thomas Kuhn. A continuación quisiera discutir, de manera rápida (quizá demasiado rápida), dicho paradigma. Mis consideraciones se desarrollarán en seis secciones.

En primer lugar me parece que es necesario ofrecer una definición -aunque aproximativa- del concepto de derecho. Según mi opinión, el derecho no se puede reducir a una serie de mandatos o imperativos, ni a un mero sistema de normas, ni a regularidades de conducta, y tampoco a funciones de una realidad de tipo natural-objetivo, es decir a un conjunto de «hechos brutos». La primera tesis

---

* Estas notas reproducen con variaciones y adiciones el texto de dos conferencias tenidas en las Universidades de Valencia y de La Laguna (Tenerife) respectivamente en diciembre 1991 y en mayo 1992. A los profesores Javier de Lucas Martín e Ignacio Ara Pinilla les agradezco la oportunidad de desarrollar reflexiones y de debatir sobre el tema. A Cristina García Pascual le debo un agradecimiento especial por revisar mi (pésimo) castellano.

es aquella defendida por los teóricos voluntaristas o imperativistas como, por ejemplo, Jeremy Bentham y John Austin, aunque también ellos introduzcan elementos que limitan de una manera u otra su voluntarismo y su imperativismo (pienso, por ejemplo, en la idea de Austin de las reglas jurídicas como mandatos abstractos, es decir como actos que prescriben clases de conductas y no conductas específicas).

La segunda tesis es propia de los llamados normativistas, cuyo más típico representante es Hans Kelsen, mientras que la tercera teoría es aquella del realismo jurídico, especialmente en su versión norteamericana. La última tesis es propia de la sociología del derecho, o mejor dicho de muchas teorías sociológicas que estudian el derecho como fenómeno de la realidad social concebida como ámbito de la realidad natural-empírica.

Explicito algunas de las razones por las cuales no me encuentro de acuerdo con ninguna de las mencionadas teorías.

El derecho no es una suma de mandatos o imperativos. Un mandato o imperativo actúa de manera interpersonal y su validez depende de la fuerza (física o/y psicológica) del sujeto que lo ha emitido. El derecho y las normas jurídicas, sin embargo, son fenómenos eminentemente impersonales. Las normas jurídicas siguen siendo válidas aun cuando los sujetos que las han emitido hayan muerto. Algunas veces incluso son válidas y vigentes aun cuando los sujetos que son sus destinatarios no sean conscientes de su existencia, es decir no sepan que alguien emitió aquellas normas.

No estoy convencido, como no lo está ya Jürgen Habermas, de esta tesis central del así-llamado «prescriptivismo», es decir «que en la estructuración lógica del discurso los imperativos deben tener primacía sobre las reglas de conducta»[1]. «Der Sinn des mit Haldlugsnormen verbundenen universalen Geltungsanspruchs -continúa el filósofo de Frankfurt-, des Anspruchs auf normative Richtigkeit, kann hinreichend nur in terms intersubjektiver Anerkennung analysiert worden und nicht in terms verallgemeinerter Befehle»[2]. «Una orden o un ruego -escribe Carlos Nino- son actos de formular juicios normativos con la intención de que esa formulación sea relevante para las razones que el destinatario ya tiene»[3]. Para que una orden, un mandato, una prescripción, un imperativo sean efectivos el destinatario debe tener razones antecedentes a la formulación de la orden, que no pueden por lo tanto fundarse sobre

---

[1] Habermas, *Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs. Paul Lorenzen zum 60. Geburtstag,* in ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982, pág. 344.

[2] *Ibid*.

[3] C. S. Nino, El *constructivismo ético,* Centro de estudios constitucionales, Madrid 1989, pág. 54.

la orden misma. El hecho que yo sea destinatario de una prescripción no puede justificar, sin caer en un tipo de falacia naturalista, mi decisión de obedecer a la prescripción misma. Para que ésta tenga validez normativa, y pueda dirigir mi acción, hay que presuponer un principio normativo que afirme que una cierta formulación normativa en ciertos ámbitos y contextos, y emitida por ciertas personas, tiene el valor de regla de conducta.

Además, el imperativismo debe presuponer una teoría semántica que es muy discutible. En primer lugar, para el prescriptivismo las reglas tienen sentido, contenido semántico, sólo en la medida en la cual han sido el objeto de un acto de emanación, de voluntad, del uso prescriptivo del lenguaje. Es ésta la llamada concepción «expresiva» de las normas[4]. En segundo lugar, el imperativismo tiene que presuponer una teoría «intencionalista» del lenguaje, según la cual el sentido de un enunciado (y *a fortiori* de una regla) es la «intención» de aquel que lo ha emitido[5]. Así para la comprensión y interpretación de la norma-mandato es preciso identificar un sujeto humano que sea su emisor. A estas dos tesis de teoría del significado se les puede objetar *prima facie* que el «expresivismo» constituye un obstáculo a la reconstrucción lógica y racional de la decisión jurídica[6] y que el «intencionalismo» es un obstáculo a cada proceso interpretativo de la regla (de la ley) que no tenga como fin directo la aseveración de la voluntad subjetiva e histórica del sujeto que estableció la regla (del legislador)[7]. A pesar de lo que aseguran

---

[4] Véase C. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms,* en *New Essays in Deontic Logic,* ed. by R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht 1981, págs. 95 ss.

[5] Para H. P. Grice, que es uno de los defensores de la teoría intencionalista, una expresión lingüística *x* significa *p*, si (i) existe la intención del emisor de *x* que signifique *p*, (ii) existe el reconocimiento o la posibilidad de reconocimiento por parte del destinatario de *x* que detrás de *x* hay la intención de significar *p*, y (iii) existe la intención del emisor de *x* que *p* sea reconocido como su significado (véase H. P. Grice, *Meaning,* en «Philosophical Review», 1957, págs. 377-388).

[6] Para una crítica de la «concepción expresiva» de las reglas, véase O. Weinberger, *Der normenlogische Skeptizismus,* en «Rechtstheoric», 1986, págs. 45 ss.

[7] Esta dificultad es vista por Grice, el cual sin embargo cree que de alguna manera cualquier significado pueda referirse a una intención particular. Así, después de haber distinguido entre «significado natural» (meaning *N*) -más o menos cercano a lo que se entiende en lingüística por «signo», donde el hecho de que *x* significa *p* implica *p*- y «significado no natural» (meaning *NN*) -más o menos próximo a lo que en lingüística se llamaría «símbolo», donde el hecho de que *x* significa *p* no implica *p*, el filósofo inglés define el concepto de «significado non natural» (meaning *NN*) de la manera siguiente. «'X meant something' is (roughly) equivalent to 'somebody meant*NN* something by x'. Here again there will be cases where this will not quite work. I feel inclined to say that (as regards traffic lights) the change to red mean*NN* that the traffic was to stop; but it would be very unnatural to say, 'somebody (e. g., the Corporation) meant*NN* by the redlight change that the traffic was to stop'. *Nevertheless, there seems to be some sort of reference to somebody's intentions»* (H. P. Grice, *op. cit., p.* 385, cursiva mía).

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin[8] el «expresivismo» tendrá muchos problemas al explicar las reglas implícitas, las cuales incluso en la experiencia jurídica del Estado moderno juegan un papel fundamental (por ejemplo, por lo que concierne a las normas consuetudinarias, a la jurisprudencia, y a los principios generales del derecho, todos ellos fundamentados sobre conjuntos de reglas no expresadas de manera explícita). En fin, lo que el imperativismo olvida es que -como dice Waismann- «ein Befeh1 notwendig einem Befehlsgeber voraussetzt, eine Regel nicht»[9].

El derecho no es un *mero* sistema de reglas, en tanto en cuanto las normas son consideradas entidades ideales, contenidos semánticos, que como tales no necesitan el hecho de ser observadas. Cada uno de nosotros podría en su mente enunciar, o hacer una lista o un proyecto de un completo sistema de normas, un nuevo código penal por ejemplo, sin que estas normas puedan nunca dirigir conductas humanas ni constituir un verdadero fenómeno jurídico. Piensen en la diferencia entre proyectos de leyes y leyes mismas. Así se puede afirmar con bastante seguridad que una norma llega a ser un fenómeno real (social), y no queda sólo una entidad semántica (aunque elaborada y teóricamente interesante), cuando la conducta de los sujetos a los cuales la norma está dirigida o que están de alguna manera afectados por ella empieza a conformarse con la norma. Como escribe Wittgenstein, «la flecha apunta sólo al ser usada por el ser viviente»[10]. Esto no quiere decir que las leyes no se presenten en sistemas de entidades semánticas. Tan sólo quiere decir que las leyes son *también* entidades semánticas y que para ser normas socialmente existentes necesitan ser aplicadas, esto es que existan conducta que correspondan a ellas, o -si adoptamos las ideas de Richard Mervin Hare como nos ha sugerido Uberto Scarpelli- a su «frástico», a su elemento semántico representativo de un cierto estado

---

[8] La teoría [expresiva, n.d.a.] es fácilmente adaptable a las normas consuetudinarias. Su existencia depende de ciertas disposiciones que se revelan en determinadas acciones» (C. Alchourrón, E. Bulygin, *La concepción expresiva de las normas,* en ID., Análisis lógico y derecho, Centro de estudios constitucionales, Madrid 1991, p. 127). Pero si se afirma que «las normas son el resultado del *uso prescriptivo* del lenguaje» (*ibid*, p. 123, cursiva en el texto), será preciso concluir que las normas consuetudinarias, que no son el resultado de ningún uso lingüístico (y *a fortiori* de ningún *uso prescriptivo* del lenguaje), no son «verdaderas normas». Las «disposiciones que se revelan en determinadas acciones» no son actos lingüísticos y tampoco son prescripciones, órdenes.

[9] F. Waismann, *Logik, Sprache, Philosophie,* Hg. von G. P. Baker und B. McGuinness, Reclam, Stuttgart 1976, pág. 209.

[10] L. Wittgensttein, *Philosophische Untersuchungen,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, pág. 208 (I, 454), y compárese A. Kemmerling, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins,* in «Rechtstheoríe», 1975, págs. 109-110.

de hechos. Lo que aquí se está rechazando es sólo un normativismo más o menos idealista o «platonista». Este rechazo no implica que no se puede asumir una postura que me parece bastante plausible -que ha sido llamada «normativismo realista», y la cual subraya la interdependencia entre normas como entidades semánticas (o ideales, si se quiere) y conductas en la constitución de los fenómenos jurídicos.

El derecho tampoco se constituye mediante regularidades de conducta, pues el hecho de que una conducta se repita constantemente en el tiempo no indica ni tampoco es la causa de que tal conducta deba seguir repitiéndose. El hecho de que yo me levante cada día a las siete de la mañana no prueba la existencia de una regla según la cual yo tendría la obligación de levantarme cada mañana a esa hora tan bárbara. «Dass eine Regel befolgt wird -escribe Waismann-, davon kann man sich nur durch die wirkliche Beobachtung der Bewegungen in Spiel überzeugen. Die Geltung der Regel ist von solchen Beobachtungen unabhängig»[11]. Además, las reglas, diferentemente de las regularidades, tratan también casos nuevos, de manera que el actor que siga una regla puede tener una indicación sobre «el que hacer» incluso en situaciones que no sucedieron nunca antes[12].

Las conductas humanas, las acciones de los hombres, no están dirigidas por una causalidad de tipo mecánico. La conducta humana está motivada por intenciones, y que puede ser justificada por razones. Ahora bien, en el derecho, y en general en todo fenómeno normativo, el punto de vista interno, el punto de vista del agente que toma unas normas como fundamentos de sus acciones, prevalece sobre el punto de vista externo, es decir el punto de vista de quien simplemente considera el curso de unas conductas y eventualmente su conformidad a unas reglas o normas. Sin la consideración del punto de vista interno quizás podría tener razón Saul Kripke en su interpretación escéptica del pensamiento de Wingenstein, según la cual cualquier regla podría acordarse a cualquier conducta y por eso ya no sería lógicamente posible hablar de violación de la regla. De hecho sin considerar el punto de vista interno muchas conductas podrían estar en correspondencia de manera negativa (como violación) o de manera positiva (como observancia) con un cierto conjunto de reglas o normas.

Como nos dice Carlos Nino, «si la norma jurídica es una razón para actuar no puede ser un acto o un hecho sino que debe ser un juicio

---

[11] F. Waismann, *Logik, Sprache, Philosophie,* cit., pág. 211.

[12] Véase *ibid.,* pág. 209, y compárese. J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language,* Cambridge University Press, Cambridge 1969, pág. 42.

o un principio»[13]. Si aceptamos la idea de que las normas son razones para adoptar una cierta conducta, y distinguimos entre causas, motivos y razones[14], tenemos que concebir las normas como contenidos semánticos, como proposiciones normativas que puedan asumir el papel de premisas mayores en un razonamiento práctico. Las concepciones imperativistas (según las cuales las normas son actos de voluntad) y las teorías realistas (según las cuales las normas son hechos no ulteriormente calificados) niegan el elemento ideal, semántico, o proposicional, de las normas jurídicas. Éstas así sólo podrán constituir causas o motivos de conductas, pero nunca razón para actuar en cierta dirección o manera. Desde una perspectiva imperativista o realista no tendrá mucho sentido hablar de razonamiento práctico.

El aspecto interno de juicios, deseos, creencias, normas, es decir su contenido proposicional o semántico, es lógicamente prioritario respecto a su aspecto externo, es decir su relevancia causal, su capacidad de ser causas de otros hechos en el mundo, en tanto en cuanto «el aspecto interno de deseos y creencias es relevante -aún para el observador interesado en sus relaciones causales- en primer lugar para *identificarlos*»[15]. «Los deseos y creencias -continúa Nino- no se identifican por sus contornos espaciales ni aún por su localización temporal sino porque son deseos y creencias (que tuvo tal o cual persona, en tal o cual circunstancia) de que algo sea el caso o de que algo es el caso. Sin referencia al contenido proposicional de deseos y creencias ni siquiera podríamos identificarlos a los efectos de establecer entre ellos relaciones causales»[16]. Además el hecho de que juicios, deseos, creencias, y normas se identifiquen a partir de su contenido proposicional repercute de manera relevante sobre la manera en la cual dichos juicios, deseos, etc., actúan dentro de cadenas causales, es decir sobre la manera en la cual ellos pueden darse como causas de otros acontecimientos, especialmente de otros juicios, deseos, etc.

---

[13] C. S. Nino, *El constructivismo ético,* cit., pág. 30.

[14] Por esta distinción, cf. F. Waismann, *Languaje Strata,* in *Logic and Language* (Second Series), ed. by A. Flew, Blackwell, Oxford 1973, págs. 30-31. Y léase L. Wittgenstein, *The Blue and Brown Books,* Blackwell, London 1989, pág. 15: «The proposition that your action has such and such a cause, is a hypothesis. The hypothesis is well-founded if one has had a number of experiences which, roughly speaking, agree in showing that your action is the regular sequel of certain conditions which we then call causes of the action. In order to know the reason which you had for making a certain statement, for acting in a particular way, etc., no number of agreeing experiences is necessary, and the statement of your reason is not a hypothesis». Véase también L. Wittgenstein, *The Brown Book,* in ID., *The Blue and Brown Books,* cit., pág. 88.

[15] C. S. Nino, *El Constructivismo ético*, cit. pág. 47.

[16] *Ibid.*

Como dice Carlos Nino, «los deseos y creencias sólo se generan a partir de otros deseos y creencias apropiados, y cuáles son apropiados depende de su aspecto interno [...] Aún cuando la generación de nuevos deseos a partir de otros y de creencias es un fenómeno causal, ese fenómeno causal tiene que ver con proposiciones que constituyen el aspecto interno de los deseos y creencias y con las *relaciones lógicas* entre tales proposiciones[17]. Dicho de otra manera, juicios, deseos, normas, etc., pueden actuar como causas en la medida en que sea entendido o comprendido (es decir, identificado) su contenido proposicional o semántico. Esta comprensión es una condición necesaria (aunque no suficiente) de la relevancia causal de dichos juicios, deseos, etc., y por lo tanto no se puede explicar en términos meramente causales la relación entre juicios, deseos, etc., y acciones conformes a éstos.

Las intenciones y los motivos de la conducta humana a su vez están «filtrados» por normas, o se sitúan dentro de un marco de acciones que se han hecho posibles gracias a normas. Un ejemplo de conducta humana determinada (hecho posible) por unas normas es el ir a la iglesia para oír la misa. No hay misas y tampoco iglesias sin normas. Un ejemplo de conducta «filtrada» por reglas es la comida. Los hombres comen para satisfacer una necesidad animal, fisiológica, y el comer no presupone norma alguna para existir como mera conducta animal. Y sin embargo no hay conducta más influenciada por factores culturales que el comer entre los hombres. Hay reglas sobre cómo comer, cómo comportarse en una mesa, por ejemplo cómo llevarse la cuchara a la boca, y hay reglas sobre la manera de cocinar y de preparar la comida y sobre lo que hay que cocinar.

En fin el derecho no se puede representar como una realidad natural-objetiva, o como una función de este tipo de realidad. La razón es que la existencia del derecho coincide con la observancia de sus normas, así depende en cierta (muy grande) medida de estas normas y de su contenido. Es decir, las normas en el caso del derecho, por lo menos sus normas básicas, son constitutivas de la realidad del derecho mismo, en el sentido en que ellas determinan sus características. Además, el derecho, como la sociedad, es un fenómeno eminentemente cultural, no natural. Este adquiere «objetividad» en grados bastante limitados, y sólo dentro de un específico marco normativo, o en otros términos sólo con respecto a cierta sociedad y a un específico tiempo histórico. Aquí hay que subrayar que, si se acepta que el derecho está constituido por normas, es decir que es una realidad que no se puede pensar sin las normas mismas, no se puede concluir que el derecho sea un mero componente de la realidad empírica, ya que

[17] *Ibid.*

esta última se puede pensar sin presuponer ningún reenvío normativo o mejor dicho sin ninguna imputación o atribución de sentido.

El punto de vista interno, el punto de vista de quien considera las reglas como posibles razones para actuar en una cierta dirección, es imprescindible para la existencia de reglas sociales. Como ha dicho H. L. A. Hart, precisando su concepto de obligación jurídica: «Lo que es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que esas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones, en el sentido de que son exigidas o al menos permitidas por el sistema. De este modo, la presión y las exigencias no serán simplemente consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias normativas porque son legítimas en este sentido»[18]. Pero, es precisamente este «punto de vista interno» el que no pueden explicar ni tomar en cuenta las teorías funcionalistas (*à la Luhmann,* por ejemplo) que perciben el fenómeno jurídico desde un punto de vista externo, desde el punto de vista del «observador no vinculado». El punto de vista interno no puede ser tomado en serio tampoco por aquellas teorías «realistas» que en el mejor de los casos lo reducen a un «hecho» psicológico y a un estado meramente subjetivo (aunque alguna vez refiriéndose, para explicar la intersubjetividad de los fenómenos sociales, a la idea de condicionamiento social, idea que por otra parte resulta bastante misteriosa).

En fin el concepto de derecho que aquí se propone es el siguiente: el derecho es una *institución*. Por *institución* propongo considerar cualquier sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (de pensamiento *a priori,* y de percepción *a posteriori*) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas. Dicho de otra manera *institución* es aquel ámbito de acciones que ha sido posible mediante normas cuando las posibilidades de acciones abiertas por las normas son de hecho disfrutadas por sujetos humanos.

Para llegar a una concepción institucionalista del derecho como la que aquí se adopta es preciso desembarazarse de un viejo prejuicio nutrido por muchas generaciones de filósofos y juristas: que las reglas o normas sólo sirven para restringir, o coartar, o limitar las posibilidades de conducta del hombre. Llamaría a esto el «prejuicio prescriptivista». En verdad normas y reglas pueden también aumentar, en vez de reducir, las posibilidades y alternativas de acción. Esto ha sido señalado agudamente, entre otros, por Newton Garver. «It

[18] J. R. De Páramo, *Entrevista a H. L. A. Hart,* en «Doxa», 1988, pág. 344; cursiva en el texto.

might initially seem -escribe- that rules are essentially and unqualifiedly restrictive, since they determine what cannot or what must be done or said. Consideration of the role of rules in games and languages shows that this supposition is quite wrong. All the rules discussed so far have the effect of opening up new realms of activity, by defining the acts and practices in question, rather than that of restraining men from something they can already do. One cannot play bridge at all, one cannot even renege, except by reference to the rules which define the game; mathematical logic must remain entirely alien to one who won't learn the rules for it; and there are a whole host of common human activities such as gossiping, telling jokes, giving orders, asking questions, lying, making promises, and so forth that one can engage in only after mastering a language»[19].

Si aceptamos la definición de *institución* que acabo de esbozar no sólo el derecho sino también otros sistemas de reglas (la etiqueta, la moral positiva, la religión positiva, ciertos tipos de juegos) serían «instituciones», en cuanto todos estos diversos sistemas de reglas sean observados efectivamente dando lugar a conductas que sin aquellas reglas no hubieran tenido lugar. Aquí, por supuesto, se presenta el problema de distinguir el derecho de los otros sistemas normativos. Una solución podría ser la que se refiere a los intereses que subyacen en las normas. Es el camino intentado por H. L. A. Hart en *The Concept of Law.* Así el derecho sería la institución compuesta de aquellas conductas destinadas a la satisfacción de los intereses más relevantes de un grupo social dado. Confieso sin embargo que esta solución me parece todavía discutible y bastante problemática. Esta dificultad confirma la crítica a la idea que las reglas constitutivas puedan exhaustivamente definir las instituciones (o prácticas) resultantes de la observación de aquellas reglas. «Las reglas (las reglas constitutivas) -escribe Hubert Schwyzer- no especifican ellas mismas la manera en la cual hay que considerar la conducta cumplida de acuerdo con aquellas reglas; esto es algo que el establecimiento mismo de las reglas tiene que presuponer»[20]. Es decir, el sentido -y por lo tanto también los criterios de identificación- de la práctica o institución no residen sólo en las reglas que las «constituyen».

2. Conceptos de evolución

Según algunas teorías sociológicas se puede hablar de una evolución de la sociedad que obedece a dinámicas parecidas a aquellas

---

[19] N. Garver, *Rules,* in *The Encyclopedia of Philosophy,* ed. by P. Edwardd, vol. 7, MacMillan, New York 1967, pág. 232.

[20] H. Schwyzer, *Rules and Practices,* in «Philosophical Review», 1969, pág. 467.

que parecen gobernar la evolución de fenómenos biológicos. Esta es la concepción del darwinismo social y de muchas teorías marxistas (cabe recordar las palabras de Engels elogiando a Marx como el Darwin de las ciencias sociales). Es también, con distintos acentos y matices, la concepción de los sociólogos de la tradición funcionalista, desde Durkheim hasta Parsons y Luhmann.

Como es sabido, para Herbert Spencer la evolución se define como el pasar de un estadio homogéneo indiferenciado a un estadio heterogéneo diferenciado: «Evolution is a integration of matter and concomitant dissipation of motion, during which the matter passes from an indefinite, incoherent homogeneity to a definite, coherent heterogeneity»[21]. Este proceso de diferenciación marca, por supuesto, también los grupos sociales, ya que la evolución social es vista «as at once an increase in the number of individuals integrated into a corporate body, an increase in the masks and vanities of the parts into which this corporate body divides, as well as at the actions called their functions, and an increase in the degree of combination among these masks and their functions»[22]. Aquí evolución significa sin duda alguna progreso. Según el filósofo británico por lo que concierne al ser humano «hay un avance gradual hacia la armonía entre la naturaleza mental del hombre y sus condiciones de existencia»[23].

En la tradición funcionalista, que de alguna manera retoma posturas spencerianas, el concepto de evolución está estrictamente ligado a las nociones de «diversificación» y «complejidad». Como ya es conocido, para Durkheim la ley de la evolución social es aquella que empuja de un estado social formado por segmentos homogéneos y similares a un estado social estructurado en órganos distintos, cada uno encargado de una tarea específica[24]. Esta ley de diferenciación es válida también para la evolución de los seres vivientes -«La même loi préside -escribe- au développement biologique»[25].

Según Radcliffe-Brown, uno de los clásicos teóricos funcionalistas, la teoría de la evolución orgánica y supraorgánica (social) puede ser reducida a dos tesis fundamentales: (i) en primer lugar hay un proceso de diversificación tanto en el desarrollo de las formas de vida orgánica como en el desarrollo de las formas de vida social, gracias al cual una pluralidad de tipos distintos de vida orgánica y social

---

[21] H. Spencer, *First Principles,* Reprint of the Edition 1904, in *The Works of Herbert Spencer,* vol. 1, Otto Zeller, Osnabrück 1966, pág. 321.

[22] *Ibid*., pág. 416.

[23] *Ibid.,* pág. 414.

[24] Véase E. Durkheim, *De la division du travail social,* sixième edition, Felix Alcan, París 1932, pág. 157.

[25] *Ibid*., pág. 167.

se ha desarrollado a partir de un número más restringido de tipos originarios; (ii) en segundo lugar, hay una tendencia general de desarrollo hacia estructuras y organizaciones (tanto orgánicas como sociales) más complejas que se han originado de estructuras y organizaciones mucho más sencillas[26].

La teoría sociológica de Talcott Parsons no presenta, me parece, cambios o novedades considerables con respecto a este «paradigma». La evolución social es considerada como un momento en la más larga historia de la vida orgánica. La perspectiva sociológica evolucionista que él adopta «conceives of man as integral to the organic world, and human society and culture as properly analysed in the general framework appropriate to the life process». «Whether the adjective 'biological' be used or not, the principle of evolution is firmly established as applying to the world of living things. Here the social aspect of human life must be included»[27].

También según Parsons la evolución social se mueve gracias a los dos mecanismos de *variación* (complejidad) y diversificación (respuesta a la complejidad). «Socio-cultural evolution -escribe- like organic evolution has proceeded by variation and differentiation from simple to progressively more complex forms»[28].

Sin embargo en todas estas teorías queda bastante obscuro cual es el criterio que nos permite comprobar la «complejidad» y la «diversificación» de una estructura social. Es decir, no está claro respecto a qué se habla en ese contexto (la evolución supraorgánica) de «complejidad» y «diversificación». Lo que quiero subrayar es el hecho de que nociones como «complejidad» y «diversificación» siempre son relativas a ciertos criterios, y que por ende varían al variar los criterios mismos.

¿Es más diversificada la sociedad italiana de hoy donde la gente habla más o menos el mismo idioma, o era más diversificada la sociedad italiana de hace un siglo donde las personas hablaban una pluralidad de dialectos distintos y no se comprendían entre ellos? ¿Es más diversificada la sociedad europea de hoy, donde la gente se viste más o menos de la misma manera, o era más diversificada la sociedad europea de hace dos siglos, donde costumbres y hábitos variaban según la región, según la clase o la corporación social, y según la condición -por así decir- anagráfica (por ejemplo, las mujeres casadas con faldas de distinto color al de las solteras)? Si asumimos como criterio de «diversificación» la variedad de los hábitos o de los

---

[26] Véase A. R. Radcliffe-Brow, *Structure and Function in Primitive Society, Essays and Addresses,* 4th ed., Cohen & West, London 1961, pág. 8.

[27] T. Parsons, *Societies, Evolutionary and Comparative Perspectives,* Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1966, pág. 2.

[28] *Ibid.*

idiomas, tendríamos que concluir que lo que ha pasado en Italia y en Europa en los últimos siglos no es una «evolución», sino una «involución», pues la variedad de los hábitos e idiomas no ha aumentado sino ha disminuido de manera considerable. Es decir, hemos asistido, por lo que concierne a la manera de hablar y de vestir, a un proceso de simplificación, u homogeneización, y no de diversificación.

Las nociones de «complejidad» y «diversificación» se refieren a criterios que son relativos, que dependen en gran medida de la materia analizada, y del punto de vista del observador. Estas nociones pueden ser usadas como instrumentos eurísticos, pero no pueden pretender representar ningún tipo de principio ontológico[29].

Además hay que notar que el concepto de evolución no es meramente descriptivo, sino que está lleno de implicaciones valorativas. En la escala de la evolución aquello que alcanza el escalón sucesivo (más alto) es también «mejor» con respecto a lo que se ha quedado en el escalón precedente (más bajo). Detrás del concepto de evolución, así, es posible entrever el perfil de uno de los más grandes mitos de la civilización industrial: el progreso, con su prejuicio, el etnocentrismo europeo. De manera muy significativa Talcott Parsons, por ejemplo, considera la economía de mercado y la democracia como resultados necesarios de la evolución social, añadiendo que estas instituciones no son simples invenciones peculiares de ciertas sociedades sino «universales evolucionarios»[30].

Que la idea de evolución, aun en sus más recientes formulaciones, contenga un núcleo semántico que comprende el concepto de progreso está demostrado por unas argumentaciones de Klaus Eder, más explícito en su fe progresista y más directo y claro en su lenguaje que el algunas veces críptico Habermas. En primer lugar Eder nos revela dónde está la diferencia entre historicismo tradicional (hegeliano) y historicismo «comunicativo» (habermasiano). Según el primero la historia es la realización fáctica de la razón, para el segundo la historia representa sólo la *posibilidad* de esta realización. «Die Geschichte wurde nicht mehr als faktische Realisierung der Vernunft, sondern als Möglichkeit der Realisierung von Vernunft interpretiert»[31].

---

[29] Aquí no es ocioso recordar que el criterio adoptado por ciertos biólogos para probar la evolución ha sido la llamada «ley de Willinston», según la cual «las partes de un organismo tienden a reducirse en su número y a especializarse en su función» (N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia,* U.T.E.T., Torino 1969, pág. 365). Es decir, según esa «ley» el criterio de la evolución no está dado por la mayor *complejidad* de un organismo, sino por su simplificación.

[30] Véase T. Parsons, *Evolutionary Universals in Society,* in ID., *On Instituions and Social Evolution,* ed. by L. H. Mayhew, The University of Chicago Press, Chicago and London 1985.

[31] K. Eder, *Kollektive Lernprozesse und Geschichte. Zur Evolution der moralischen Grundlagen politischer Herrschaft,* in «Saeculum XXXIII», 1982, pág. 116.

Eder asume (i) que las estructuras de las concepciones morales puedan ser jerarquizadas de manera que formen una secuencia de estadios que se presente como «evolución», y (ii) que esta evolución sea el producto de procesos de aprendizaje colectivo dirigidos a la construcción, en tiempos distintos, del ordenamiento social. Ahora bien, cuando Eder resume sus dos presupuestos básicos, así se expresa: «Meine beiden Ausgangsannahmen sind also: es gibt so etwas einen moralischen *Fortschritt* in der Geschichte; dieser moralische Fortschritt ist an kollektive Kernprozesse in der Geschichte gebunden»[32]. Es decir, la asunción de que hay una jerarquía de estadios de concepciones morales interpretable como evolución de aquellas concepciones no es más que la afirmación de un progreso moral en la historia. Evolución aquí significa de manera bastante explícita «progreso». Como nos ha señalado Helmut Plessner, el evolucionismo representa una forma de ideología industrialista. «Cada forma de historia universal evolucionaria exalta el hombre de la época industrial [...]. En ella el hombre de la cultura europeo-americana está en la cumbre del tiempo, detrás de sí estadios superados del ser, delante de sí un futuro infinitamente abierto de continuas posibilidades de crecimiento»[33].

De otro lado la evolución para las teorías evolucionistas es como un proceso que se desarrolla de manera necesaria, que tiene que desarrollarse justamente como de hecho lo hace. Por ejemplo, cuando Niklas Luhmann habla de la autonomía de los sub-sistemas sociales y especialmente de aquel sub-sistema que es para él el derecho, autonomía que él concibe como resultado de la evolución social, afirma que «la autonomía no es un fin deseado sino una necesidad fatal»[34]. Así el concepto de evolución resulta estrechamente ligado a la idea de ley científica, especialmente en su versión ontológica que presupone la existencia de leyes naturales, respecto de las cuales las leyes científicas a través de su formulación lingüística serían solo un reflejo.

Sin embargo, si la sociedad es un fenómeno cultural, y si los fenómenos culturales se distinguen de los naturales por el hecho de estar constituidos a través de reglas, resulta bastante problemático aplicar a las sociedades y grupos sociales un concepto de evolución entendida como movimiento determinado causal y objetivamente. De hecho, las reglas (por lo menos aquellas que constituyen «instituciones»)

---

[32] *Ibidem.* Cursiva mía.

[33] H. Plessner, *Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes*. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1988, pág. 112. Traducción mía.

[34] N. Luhmann, *The Self-Reproduction of Law and Its Limits,* in *Dilemmas of Law in the Welfare State,* ed. by G. Teubner, W. de Gruyter, Berlín 1986, pág. 112.

introducen «algo» nuevo en el mundo. Las reglas del cricket, si son observadas, «constituyen» lo que resulta ser una «nueva» realidad: el juego del cricket. De la misma manera las reglas del Esperanto, si son aplicadas, llevan a una nueva forma de hablar y, en cierta medida, de pensar. Establecer una regla de este tipo es un acto creativo, la invención de un nuevo modelo de conducta, es decir de una nueva forma de existencia, la cual no se puede explicar con respecto a la situación de hecho que la precede, y a la cual, por lo tanto, no se le aplica el concepto clásico de «evolución».

La sociedad humana se compone de actos y objetos que tienen sentido simbólico. Este sentido, por supuesto, no deriva de ninguna necesidad causal, sino que es cuestión de convención, de creación, de invención, y -si me lo permiten- de arbitrio. Aquí se encuentra la fisura entre naturaleza y sociedad: la primera está gobernada por causas, la segunda por reglas, pues los símbolos que componen la sociedad (que pueden ser reducidos a la forma «*x* cuenta como *y*») son tipos de reglas constitutivas (en el sentido de Searle). Pero, si es así, si los fenómenos sociales están dirigidos por reglas, por imputaciones o adscripciones normativas, no se les puede aplicar un concepto como el de «evolución», que está arraigado en presupuestos deterministas.

Una teoría evolucionista es esbozada también por Friedrich Hayek. Según este autor el sistema de reglas de conducta presente en el ordenamiento social es el resultado de una evolución que ha seleccionado aquel sistema de reglas que más asegura la eficiencia y la supervivencia del grupo frente a los desafíos provenientes del ambiente. «The properties of the individuals -escribe- which are significant for the existence and preservation of the group, and through this also for the existence and preservation of the individuals themselves, have been shaped by the selection of those from the individuals living in groups which at each stage of the evolution of the group tended to act according to such rules as made the group more efficient»[35].

A esta concepción evolucionista se le puede dirigir por lo menos dos críticas. En primer lugar, en el pensamiento de Hayek nos enfrentamos con la afirmación no ulteriormente justificada de la

[35] F. A. Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct*, in ID., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. Routledge & Kegan Paul, London 1967, pág. 72. Puede ser interesante recordar que Hayek defiende también una teoría evolucionista de la moral, haciendo, sin embargo, de ésta algo que ya no es materia de disposición y diseño racional del hombre. La moral así es vista sólo como moral positiva, una estructura «dada» al hombre, encontrada -por así decir- y no creada por él. Véase F. A. Hayek, *Le regole della morale non sono le conclusioni della nostra ragione*, in *Libertà, giustizia e persona nella societá tecnologica*, a cura di S. Ricossa e E. di Robilant, Giuffré, Milano, 1985, pág. 3 ss.

homología entre sistemas sociales humanos y sistemas vivientes (animales e incluso vegetales). El mismo Hayek reconoce que la teoría de la evolución social tiene una conexión íntima con la teoría de la evolución de entidades orgánicas. «The theory of evolution of traditions and habits which made the formation of spontaneous orders possible stands therefore in a close relation to the theory of evolution of the particular kinds of spontaneous orders which we call organisms, and has in fact provided the essential concepts on which the latter was built»[36]. Es preciso subrayar que detrás de este evolucionismo se perfila una especie de falacia descriptivista, es decir, la reducción de lo «normativo» a lo «descriptivo», de las reglas a descripciones de estados de cosas. De hecho para Hayek las reglas de conducta denotan sobre todo *regularidades*, y carecen de carácter prescriptivo. «The term 'rule' -él escribe- is used for a statement by which a regularity of the conduct of individuals can be described»[37]. «Las normas así -afirma el economista austriaco- son una adaptación a una regularidad de hecho de la cual dependemos, pero que conocemos sólo de manera parcial, y con que podemos contar sólo si observamos aquellas normas»[38].

Sin embargo Hayek ve las diferencias entre leyes descriptivas y leyes normativas, pero también cree que las dos están estrechamente conectadas. «The factual belief that such and such is the only way in which a certain result can be brought about, and the normative belief that this is the only way in which it ought to be pursued are thus closely associated»[39]. Así Hayek interpreta el sentimiento de culpa en caso de violación de una regla como el producto del miedo que nos da abandonar un camino conocido, una regularidad, y entrar en un mundo desconocido. Violar la regla en este sentido quiere decir dejar lo previsible por lo imprevisible[40]. Según Hayek las leyes normativas tienen carácter *informativo,* nos ofrecen informaciones sobre el ambiente donde tienen que desarrollarse nuestras acciones. La conclusión de Hayek ya la conocemos: «At least so long as the normative rules consist of prohibitions, as most of them probably did before they were interpreted as commands of another will, the 'thou shalt not' kind of rule my after all not be so very different from the rule giving information about what is»[41]. Así se disuelve la distinción

---

[36] F. A. Hayek, *The Results of Human Action but not of Human Design,* in ID., *Studies in Philosophy, Politics and Economics,* cit., pág. 101.

[37] F. A. Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Rules and Conduct*, cit. pág. 67.

[38] *Ibid*., pág. 80.

[39] *Ibid.*

[40] Véase *ibid*., págs. 80-81.

[41] *Ibid*., pág. 81.

semántica y metodológica entre «informaciones teóricas» y «informaciones prácticas»[42].

En segundo lugar, la eficiencia hacia la cual tenderían los sistemas de reglas que sobreviven es un concepto vacío. La eficiencia es respecto a unos fines y a unos objetivos. Pero ¿Quién establece estos fines y objetivos? ¿Cuál es su contenido? ¿Son inmanentes al desarrollo mismo de las cosas? «Hacer un grupo más eficiente» es una expresión que todavía se debe llenar de contenido. Además, ¿son todos los sistemas de reglas que se han afirmado en la historia, que han «ganado», más eficientes que aquellos que han «perdido», que han sido suspendidos por el tribunal de la evolución? Por ejemplo, ¿fue el sistema de reglas introducido por los nacionalsocialistas alemanes desde 1933 más eficiente que el sistema (perdedor) de la República de Weimar?

3. Teorías neoevolucionistas

Frente a las críticas contra el determinismo teleológico de las teorías evolucionistas «clásicas» (Spencer, Darwin, etc.) ha habido algunos intentos de reformular dichas teorías de manera que se evite la crítica antideterminista, Los ataques contra el paradigma evolucionista clásico -como hace notar Niklas Luhmann- provienen de tres lados: (a) de una concepción de la historia que subraya la unicidad del acontecimiento histórico; (b) de una concepción estructuralista que subraya la existencia de elementos atemporales en las sociedades; (c) de un punto de vista que el sociólogo alemán llama «difusionista» que subraya el hecho de que no todas las transformaciones son internas al sistema o sujeto considerado[43].

Las más recientes reformulaciones del paradigma evolucionista se basan fundamentalmente sobre la teoría de los sistemas y en algunas ideas provenientes de la moderna termodinámica. Leemos por ejemplo en el libro de Ervin Laszlo, *Evolution,* publicado en 1985 por el Club de Roma: «Las leyes presupuestas por las ciencias de la complejidad no son deterministas ni prescriptivas: no determinan el curso de la evolución de manera unívoca. Especifican en cambio ciertos conjuntos de posibilidades dentro de los cuales se pueden desarrollar los procesos evolutivos. Se trata de reglas del juego, que deben ser utilizadas en cada momento particular por los jugadores.

---

[42] Por esta distinción, léase O. Weinberger, *Eine Semantik für die praktische Philosophie,* in «Grazer Philosophische Studien», vol. 20, 1983.

[43] Véase N. Luhmann, *Geschichte als Prozeß und die Theorie soziokultureller Evolution,* in ID., *Soziologische Aufklärung 3,* Westdeutscher Verlag, Opladen, 1981, págs. 182-183.

Partiendo de condiciones iniciales idénticas y, dentro de los límites de las posibilidades definidas por las leyes, pueden tener lugar distintas secuencias de acontecimientos»[44]. Así las leyes de la evolución no determinarían acontecimientos específicos sino el marco dentro del cual estos tienen lugar.

Pero esto -se puede objetar- vale también en lo que concierne a muchas leyes científicas. El acontecimiento de que Fulano caiga en la calle un cierto día a una cierta hora no está determinado por la ley de la gravedad y tampoco puede ser previsto por ella. Sin embargo Fulano al caer obedece y comprueba esta ley. Las leyes científicas son condicionales, y esto quiere decir que si no se da la condición no se produce el acontecimiento que obedece a la ley. En este sentido las leyes científicas sólo ofrecen el marco dentro del cual es posible una gran, yo diría infinita, variedad de acontecimientos. Ellas también son reglas del juego, de aquel juego que es el acontecer de los hechos naturales, o «brutos» o -como diría Ota Weinberger- «independientes de los hombres».

Uno de los teóricos contemporáneos que de manera más poderosa utiliza el paradigma «evolución del derecho» es el sociólogo alemán Niklas Luhmann. Luhmann precisa que este paradigma en su concepción no tiene nada que ver con el determinismo de los teóricos evolucionistas del siglo pasado. «Evolution -escribe- ist mithin kein systemimmanenter Kausalprozeß, der seine Kraft einer natürlichen Notwendigkeit verdankt; sie realisiert in Konfrontation mit der Systemumwelt das Potential zu strukturveränderndem «Lernen», das sich aus der Differenzierung jener drei Funktionen der Variation, der Selektion und der Stabilisierung angesichts einer sich unabhängig änderndem Umwelt ergibt»[45]. Además, él refuta la perspectiva evolucionista finalista: «la evolución no necesita indicaciones de dirección. De todas maneras no se trata de un proceso orientado hacia un fin»[46]. Luhmann también rechaza los modelos de evolución que utilizan secuencias de fases, defendiendo en cambio un modelo de evolución fundamentado en el mecanismo interno de la evolución, aunque él proponga -como es conocido- una periodización de la diferenciación social articulada en tres fases temporalmente sucesivas: (i) sociedades segmentarias, (ii) sociedades estratificadas, (iii) sociedades diferenciadas según criterios funcionales.

---

[44] E. Laszlo, *Evoluzione,* trad, it. di G. Bocchi, Feltrinelli, Milano, 1986, pág. 23.

[45] Luhmann, *Evolution des Rechts,* in ID., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechstheorie,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, pág. 15.

[46] N. Luhmann, R. De Giorgi, *Theoria della societá,* Angeli, Milano, 1991, pág. 185.

Luhmann adapta el paradigma «sistémico» al paradigma evolucionista: los sujetos de la evolución son «sistemas», y los «sistemas» existen en tanto en cuanto hay «ambiente». Él llega a sostener que «sólo la *diferencia* entre sistema y ambiente hace posible la evolución. En otros términos: ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo. Si el ambiente no evolucionase siempre *de manera distinta* del sistema, la evolución se finalizaría rápidamente en un «optimal fit»[47]. Sin embargo, confutando a la tesis precedente, se afirma que «hay que partir del presupuesto que los sistemas pueden transformar sus estructuras sólo a través de sus propias operaciones, cualquiera que sea la manera en la cual estos sistemas reaccionan a lo que sucede en el ambiente»[48].

Para el sociólogo alemán el concepto de evolución significa crecimiento de complejidad y diversificación. «Nach wie vor -escribe- wird Evolution als Steigerung der Komplexität, als Zunahme der Zahl und Verschiedenheit möglicher Bestände und Ereignisse begriffen»[49]. Y esta evolución se fundamenta «en la diferencia entre mundo y sistema»[50]. «Jede Änderung in Systemen, die eine Vermehrung seiner Möglichkeit befestigt, ändert die Komplexität der Welt und damit die Umwelt, der sich andere Systeme anpassen müssen»[51]. Sin embargo, en otro lugar, Luhmann critica la noción de evolución como crecimiento de complejidad. «El viejo principio -escribe- según el cual la evolución sería un proceso que desde relaciones simples lleva a relaciones complejas es indefendible por el simple hecho de que, como resulta evidente, hoy en día todavía sistemas menos complejos coexisten con sistemas complejos»[52]. No obstante, algunas líneas más adelante se afirma la relevancia de la complejidad como criterio evolutivo: «Sin embargo, a pesar de todas estas objeciones, no se puede negar el hecho de que en el curso de la evolución se realicen tests de complejidad al lado de otros menos complejos»[53], para llegar en fin a la conclusión de que «la evolución social exige una diferenciación de las funciones evolutivas»[54], diferenciación que por supuesto no puede más que ser causa de mayor complejidad. «Para describir el resultado de la evolución en general son suficientes formulaciones como: él consiste en hacer posible una

---

[47] *Ibid*., pág. 177. Cursiva en el texto.
[48] *Ibid*., pág. 205.
[49] *Op. ult. cit*., pág. 13.
[50] *Ibid*., pág. 14.
[51] *Ibid*.
[52] N. Luhmann, R. De Giorgi, *Theoria della società*, cit., pág. 185.
[53] *Ibid*. Cfr. *ibid*., p. 197, donde parece defenderse la idea de que «la evolución produce sociedades más complejas», y también p. 201.
[54] *Ibid*., pág. 218.

más alta complejidad»[55]. Para Luhmann una «adquisición evolutiva» es más bien el resultado de una reducción *local* de complejidad para permitir, o adaptarse a, un *general* crecimiento de complejidad.

Además de la evolución «exógena», provocada por las modificaciones del medioambiente, -según Luhmann- hay una evolución «endógena» que se desarrolla mediante tres procesos principales: (i) *variación,* o producción de nuevas posibilidades; (ii) *selección,* es decir toma de decisiones sobre las posibilidades admitidas por el sistema; (iii) *estabilización,* es decir confirmación y protección de las posibilidades admitidas[56]. Estos tres procesos -añade el autor alemán- se encuentran también en los sistemas orgánicos (vivientes), y allí les llamaremos: (i) *mutación,* (ii) *supervivencia,* (iii) *aislamiento*.

Por lo que concierne al derecho, la evolución «endógena» -que en la teoría de Luhmann parece jugar el papel más relevante- se produce a través de la variedad creciente de expectativas normativas («variación»), que no pueden ser todas satisfechas (de ahí su «selección»), hasta llegar a una nueva institucionalización de las normas (expectativas contrafactuales) admitidas por el sistema (es decir «estabilización»).

Aquí, desde luego, hay varios problemas. En primer lugar el mismo concepto de expectativas normativas, que son -según dice Luhmann- aquellas expectativas cuya frustración no provoca el abandono de las mismas. Parece que para Luhmann es anterior la expectativa a la norma. Pero si es así, ¿sobre qué se funda la normatividad (la naturaleza contrafactual) de la expectativa normativa? En segundo lugar, si la expectativa normativa resiste a su frustración, es decir a la violación de la norma que ella reclama o mejor aun respuesta, ¿no sera un absurdo mantener una norma que siempre será violada? O, dicho de otra manera: ¿qué normatividad puede reivindicar aquella norma que nunca es capaz de motivar la conducta que prescribe?[57] Una expectativa es siempre un hecho eminentemente subjetivo, mientras que la norma para ser tal debe ser independiente de la psicología individual del sujeto.

Pero el problema más grave que yo veo en el concepto luhmanniano de «evolución del derecho» está en el concepto mismo de evolución

---

[55] *Ibid.,* pág. 221.

[56] Véase N. Luhmann, *Evolution des Rechts,* cit., p. 14.

[57] Para una crítica parecida al concepto luhmanniano de expectativa normativa, cfr. O. Weinberger, *Instituionentheorie und Institutionalistischer Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie,* Steiner, Stuttgart 1987, pp. 173-174, y O. Weinberger, *Sociologie und Nonnative Institutionentheorie. Überlengungen zu Helmunt Schelskys Instituionentheorie vom Standpunkt der normativistischen Institutionentologie,* in ID., *Rechtspolitik,* cit., págs. 199-200.

que él adopta. Según el autor alemán, la evolución viene -primero- provocada por relaciones causales entre sistema y ambiente y -segundo- dirigida por los tres procesos de variación, selección, y estabilización. Sin embargo -y en el mismo modo que en el concepto de evolución del autor húngaro considerado más arriba -estos tres procesos representan invariables, una especie de condiciones de los acondicionamientos, las cuales mantienen un cierto carácter determinista a pesar de las profesiones de fe indeterministas a menudo pronunciadas por Luhmann. «Sie [los tres procesos] -escribe el sociólogo alemán- definieren füreinander Bedingungen der Möglichkeit und Operationsspielräume»[58]. Estos mecanismos evolutivos representan unas reglas del juego. Pero ¿quién las estableció?, ¿cuál es su estatuto ontológico o epistemológico?, ¿cómo podemos comprobar la vigencia de estas reglas? Luhmann no nos da respuestas a estas preguntas.

Creo que se puede afirmar que en la aplicación luhmanniana del paradigma evolutivo éste resulta tan sólo un modelo interpretativo, quizá elegante o interesante, pero un modelo interpretativo que no tienen ningún estatuto epistemológico privilegiado frente, por ejemplo, al paradigma historicista o a los paradigmas conflictualistas o estructuralistas. Estos son todos instrumentos eurísticos, que sólo si les reconocemos como tales pueden ayudamos en el estudio de las sociedades humanas.

4. Evolución como aprendizaje

Otro uso del paradigma evolucionista es aquél que concierne a los procesos cognitivos o epistemológicos. Esto es el caso de teorías como las propuestas, por ejemplo, por Jean Piaget (que trata el problema del desarrollo psicológico del niño, especialmente en lo que concierne a su percepción de la realidad), por Karl Popper (que afronta el llamado «crecimiento del conocimiento»), y por Lawrence Kohlberg (que se interesa por el desarrollo de las concepciones morales en el niño). No es posible discutir aquí de manera pormenorizada estas teorías. Lo que sí me parece importante mencionar es que Jürgen Habermas intenta aplicar esta manera de concebir la evolución, es decir como proceso de aprendizaje, a los fenómenos sociales. «Ich mache -escribe el profesor de Frankfurt- von der Idee Gebrauch, dass Gesellschaften evolutionär lernen, indem sie Rationalitätsstrukturen, die in kulturellen Überlieferungen bereits

[58] N. Luhmann, *Geschichte als Prozess und die Theorie soziokultureller Evolucion*, cit., pág 184.

ausgeprägt sind, 'institutionell verkörpern', d.h. für die Reorganisation von Haldlungssystemen nutzen»[59].

Esta perspectiva teórica cree poder justificar epistemológicamente sus pretensiones evolucionistas distanciándose de la idea de un espíritu objetivo que atraviesa la historia y le da sentido y dirección. En cambio se habla de una «lógica evolutiva» que no sería nada más que el conjunto de reglas que fundan los procesos de aprendizaje colectivo que conducen a la moral positiva, socialmente vigente. «Entwicklungslogik -escribe Klaus Eder- meint (obwohl das oft suggiert worden ist) einen über der Geschichte schwebenden oder in der Geschichte sich durchsetzenden objektiven Geist. Entwicklungslogik meint etwas genuin Empirisches: nämlich die Regeln, die den kollektiven Lernprozessen zugrunde liegen, in Menschen sich auf eine kollektiv geteilte Moral zu verständigen suchen»[60].

La concepción neoevolucionista fundada sobre la noción de aprendizaje critica con mucha fuerza la perspectiva sistémica reprochándole el que esté centrada aún en la idea de una evolución «exógena», o «externa», causada o dirigida por la adaptación del sistema a las mutaciones del ambiente. Según la perspectiva sistémica la evolución «endógena», o «interna», quedaría todavía subordinada a la evolución «exógena», o «externa». La evolución -éste es el asunto fundamental de la crítica neoevolucionista de Habermas y Eder- no se puede explicar sólo mediante la interacción entre sistema y ambiente. Que los efectos de un sistema modifiquen el ambiente, y que este ambiente retroactúe sobre la estructura del sistema, no nos aclara porqué el sistema reacciona y no en otra. La conclusión pues es la siguiente: «La evolución sociocultural -y ésta es la presunción general de la teoría de la evolución- está caracterizada por una primacía de la evolución interna sobre la externa. Hablar de evolución

---

[59] J. Habermas, *Uberlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts,* in ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus,* III ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982, p. 260. Sin embargo Habermas añade que «las sociedades aprenden» sólo en un sentido translaticio *(in einem übertragenen sinne)* (J. Habermas, *Einleitung: Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen,* in ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus,* cit., pág. 36).

[60] K. Eder, *Kollektive Lernprozesse und Geschichte. Zur Evolution der moralischen Grundlagen politischer Herrschaft,* in «Saeculum XXXIII», 1982, pág. 117. Esta perspectiva necesita fuertes presuposiciones holistas: «The developing entity in social evolution is not the individual, but culture» (K. Eder, *Learning and the Evolution of Social Systems. An Epigenetic Perspective,* in *Evolutionary Theory in Social Science,* ed. by M. Schmid and F. M. Wuketits, Reidel, Dordrecht 1987, pág. 102). «Society learns. This often contested Durkheimian idea used is to be defended against all forms of individualistic reductionism» (*ibid*., pág. 124).

interna significa presuponer en el sistema que se adapta prestaciones activas y procesos del aprendizaje»[61].

Para su evolucionismo, Habermas utiliza el modelo de evolución moral del niño propuesto por Lawrence Kohlberg. El estudioso americano identifica tres niveles, cada uno compuesto de dos estadios, seis estadios en total, del desarrollo moral del niño. Además Kohlberg relaciona cada uno de estos niveles a un nivel de desarrollo cognitivo.

Los tres niveles de desarrollo moral «descubiertos» por Kohlberg son los siguientes: (a) el primero es el nivel «preconvencional», y se funda sobre un nivel cognitivo que es aquél del «pensamiento concreto-operacional»; (b) el segundo nivel es el llamado «convencional», cuya contraparte cognitiva es de nuevo el «pensamiento concreto operacional»; (c) en fin el tercer nivel moral es el «postconvencional» que se apoya sobre el nivel cognitivo del «pensamiento formal-operacional»[62].

El nivel «preconvencional» se compone de dos estadios: (i) en el primero la conducta moral está orientada a evitar la punición, y lo justo es considerado en términos de consecuencias físicas de la acción; (ii) en el segundo, que se define como «hedonismo instrumental», lo justo es todo lo que satisface de manera instrumental las necesidades del sujeto.

Los dos estadios del «nivel convencional» son (i) el primero el llamado de la conducta del «buen muchacho» (*good-boy orientation*) donde lo justo es lo que es aprobado y gusta a los que están cerca y alrededor del sujeto agente, y (ii) el segundo aquél de la *law and order orientation*, donde lo justo moralmente es considerado aquello que respeta a las autoridades sociales y que es conforme a los deberes establecidos por tales autoridades. En fin el nivel postconvencional se compone del (i) estadio contractual-legalista, donde lo justo moralmente es definido en términos de reglas y principios establecidos de manera crítica y por toda la comunidad, y del (ii) del estadio universalista (*universal-ethical principle orientation*), donde lo justo moral está definido mediante una decisión de conciencia según principios éticos elegidos por el mismo sujeto, cuyos requisitos mínimos sean su universalidad y coherencia. En los distintos niveles son operativos distintos mecanismos sancionatorios. En el nivel preconvencional la sanción es una punición física, en el nivel convencional la sanción será un sentimiento de vergüenza o de pena, por último en el nivel postconvencional un sentimiento de culpa. Es también diverso,

---

[61] K. Eder, *Geschichte als Lernprozess? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pág. 24.

[62] Véase L. Kohlberg, *Essays on Moral Development,* Harper & Row, London 1981

en los distintos niveles, el ámbito de validez de la moral: en el nivel preconvencional será el ambiente natural y social percibido como algo indeferenciado, en el nivel convencional por lo que concierne al primer estadio las personas con las cuales se tienen relaciones directas y por lo que concierne al segundo estadio los miembros del grupo político-social considerado. En el nivel postconvencional, el ámbito de validez será, en el primer estadio, todos los que pertenecen al grupo social, y, en el segundo estadio, los sujetos particulares considerados como individuos[63].

Habermas, y Klaus Eder, intentan transferir este esquema evolutivo a los distintos tipos históricos de sociedades. Así, según ellos, al nivel moral preconvencional corresponden las *vorhochkulturellen Gesellschaften,* las sociedades primitivas, al nivel convencional corresponden las *archaische Hochkulturen*, y las *entwickelte Hochkulturen*, y al nivel postconvencional las sociedades de la *Frühe Moderne.* En las sociedades primitivas *(vorhochkulturellen Gesellschaften)* no habría distinción entre reglas y acciones, estaría vigente un tipo de responsabilidad objetiva, y como sanción se aplicaría la represalia. En las sociedades desarrolladas, en el primer estadio *(archaische Hochkulturen)* se formaría una diferenciación entre reglas y acciones, se aplicaría un concepto individual de responsabilidad y se podría hablar de sanciones parecidas a nuestras penas. En el segundo estadio *(entwickelte Hochkulturen)* por primera vez se encontrarían formas de jurisdicción ulterior entre reglas, acciones, y principios justificatorios de las reglas, el derecho se formalizaría de manera relevante, y el poder político se moralizaría junto a su burocratización.

Apoyándose en las teorías de Kohlberg, Klaus Eder distingue dos formas básicas de poder político *(politische Herrschaft)*: (i) el poder político convencional *(konventionelle Herrschaft)*, y (ii) el poder político post-convencional *(postkonventionelle Herrschaft).* En el primer tipo «los fundamentos morales del poder político derivan inmediatamente del orden del mundo»[64], y «el hecho de que el poder político sea aceptado colectivamente resulta del orden universal pensado como dado de manera objetiva»[65]. En el tipo de poder

---

[63] En cierta medida la teoría de los niveles morales del niño elaborado por Kohlberg recuerda la concepción comtiana de los tres estadios evolutivos de la mente humana: teológico, metafísico, y positivo (véase, por ejemplo, A. Comte, *Discours sur l'esprit positif* in ID., *Oeuvres,* tome XI, Anthropos, París 1970). La evolución desde el estadio «teológico» hasta al «positivo» se configura ciertamente como filogénesis, pero no se puede excluir que dicha evolución sea pensada también como congénita.

[64] K. Eder, *Kollektive Lernprozesse und Geschicitte. Zur Evolution der moralischen Grundlagen politischer Herrschaft,* cit., pág. 119.

[65] *Ibidem.*

político «convencional» la realidad natural parece reflejarse y duplicarse en la realidad social. En el tipo «post-convencional» de poder, en cambio, «el hecho de que se acepte el poder político resulta de la inserción o, mejor dicho, de la subordinación del poder a un orden moral universalista»[66]. Aquí «la realidad social ya no coincide con el orden objetivo del mundo»[67]. Todo esto tiene como consecuencia que en la forma de poder «convencional» no se poseen criterios para situarse de manera reflexiva ante al poder, mientras que en la situación de poder «post-convencional» esta actitud crítica sí que es posible.

Estas divisiones en períodos propuestas por Habermas y Eder son ciertamente interesantes, quizá más interesantes que muchas otras tipificaciones. Lo que parece discutible es que este sucederse de períodos constituya una *evolución,* en el sentido de entender que esta sucesión tenga un elemento cualquiera de necesidad y de «progresión». Más discutible todavía es la combinación de una perspectiva ontogenética (la evolución moral del niño) con una perspectiva filogenética (la evolución de los distintos tipos de sociedades) y la analogía que se instaura entre la evolución (aunque «moral») de seres vivos y la evolución de entidades sociales.

Según destaca Ernst Tugendhat, la tesis de la evolución de las concepciones de la justificación moral tiene tres condiciones. (i) Que haya múltiples y distintas concepciones de racionalidad moral. (ii) Que estas concepciones puedan ser ordenadas, clasificadas, según una jerarquía en la cual el estadio más alto represente también un aumento de racionalidad. (Es decir, que las distintas concepciones morales puedan ser ordenadas según un criterio que permita reconocer en ellas un progreso de racionalidad). (iii) En fin, que el criterio que nos permita aseverar la creciente racionalidad de los distintos sistemas morales sea también un criterio temporal, histórico. (Es decir, que el estadio más «alto» de racionalidad moral sea el sucesivo temporalmente o el más reciente desde una perspectiva histórica)[68]. Pero, en (ii) el criterio ordenador no puede ser otro que una concepción moral, y en (iii) es preciso presuponer que la historia sea *qua talis* moral, cayendo así en un intolerable cognoscitivismo metaético historicista, el cual atribuyendo al presente histórico un valor ético predominante invalida cualquier intento de reflexividad sobre, y de crítica moral del *status quo*.

Habermas no logra salir del dilema entre tentaciones evolucionistas (funcionalistas) y el reconocimiento de la necesidad de un punto

---

[66] *Ibidem,* pág. 120.

[67] *Ibidem.*

[68] E. Tugendhat, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht,* in *Argumentation und Recht,* Hg. von W. Hassemer, A. Kaufmann, U. Neumann, Steiner, Wiesbaden 1980, pág. 5.

de vista normativo (independiente). En un primer momento afirma la existencia de una tendencia evolutiva interna a ciertas regulaciones normativas, o a ciertos principios, como por ejemplo los derechos fundamentales del hombre. «Wenn Grundnormen, wie das Recht auf freie Meinungsäußerung oder das Recht der Teilnahme an allgemeinen, freien und geheimen Wahlen -escribe-, erst einmal im Prinzip erkannt und anerkannt sind, schwanken auch die Anwendungen keineswegs beliebig von Situation zu Situation, sondern nehmen, Wenigstens auf längere Sicht, den gerichteten Verlauf einer immer konsequenteren Verwirklichung ihres universellen Gehalts»[69]. Y en un segundo momento sostiene que esto no significa asumir ninguna posición historicista: «todo hubiera podido pasar de otra manera»[70], contradiciéndose en seguida con la siguiente afirmación: «de la historia de los derechos humanos se pueden derivar indicios para sostener que la capacidad de juzgar según la razón práctica» *(die Urteilkraft zur praktischen Vernunft)* no se presenta de manera casual»[71]. Sin embargo, cuando se enfrenta con concepciones «comunitaristas» y objetivistas que proponen como criterio de racionalidad de una «forma de vida» la promoción de la integración y estabilidad de las prácticas sociales, objeta: «Lo que es funcional para el mantenimiento de una práctica de vida no puede calificarla como ética»[72].

En realidad las teorías de Habermas y Eder, y aún más la de Luhmann, son productos en cierta medida de una arraigada *Weltanschauung* funcionalista, pues son teorías que deben presuponer una racionalidad intrínseca a las entidades sociales, es decir unas calificaciones normativas (los criterios de racionalidad) independientes de cualquiera consideración reflexiva, subjetiva o intersubjetiva. Así las sociedades son vistas una vez más a través de un modelo de interacción entre sistemas y ambiente. En este modelo sin embargo surge inmediatamente la cuestión en torno a los criterios que nos permitan distinguir entre sistema y ambiente, así como de establecer la identidad, y los límites por lo tanto, del sistema.

La crítica de Eder a Luhmann puede volverse en contra de su mismo autor. «Der theoretische Blick -objeta Eder en contra del evolucionismo de Luhmann- ist zu allgemein: aus der Interaktion von System und Umwelt allein lässt sich nicht die Evolution eines Systems erklären. Es wird nicht einfach «anschlussrational» variiert,

---

[69] J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pág. 43. Cfr. J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983, pág. 115.

[70] J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik,* cit., pág. 44.

[71] *Ibid.*

[72] *Ibid*., pág. 41.

selegiert und stabilisiert. Es wird vielmehr nach *bestimmten* Gesichtspunkten variiert, selegiert und stabilisiert, und es kommt darauf an, diese Gesichtspunkte zu identifizieren»[73]. Por ende la cuestión es que son estos *Gesichtspunkte,* estos puntos de vista, los que regulan la variación, la selección y la estabilización del desarrollo de un «sistema». Son puntos de vista *normativos,* que no pueden por lo tanto meramente «darse», pues tienen que ser en algún sentido externos al mismo sistema, es decir externos a su objetiva estructuración.

De la misma manera puede usarse en contra de Eder (y de Habermas) lo que el primero objeta a las teorías del darwinismo social. El darwinismo social quiebra al desconocer el papel que juega en las acciones sociales la reflexividad humanas. Gracias a ésta el actor social puede interrogarse sobre el curso de los acontecimientos, evaluarlos, y eventualmente decidir actuar en contra de ellos. «Woran der soziologische Darwinismus -escribe Eder- letztlich scheitert, ist die Tatsache, dass sich soziale Akteure reflexiv auf sich und auf ihre Umwelt beziehen können. Diese Möglichkeit, sich in objektivierender Einstellung zu sich und zur Umwelt zu beziehen, erlaubt die kritische Distanzierung zum Gegebenen. Das konstituiert eine Realität, die einer äusseren Realität gegenübersteht und deren selektive Wirksamkeit nicht nur verstärken, sondern auch konterkarieren kann. Diese Fähigkeit sprengt jedoch den begrifflichen Rahmen der darwinistischen Evolutionstheorie»[74]. Pero, las capacidades reflexivas del actor social tampoco se dejan reconducir al esquema neoevolucionista fundado sobre el presupuesto de un aprendizaje de los sistemas sociales, si por esto se entiende algo «objetivo» y propio del sistema. El sistema, de hecho, está «condenado» a ser examinado, evaluado, y «elaborado» reflexivamente por el actor. Así, para explicar una trayectoria de acciones sociales, o el desarrollo de un «sistema» -si se quiere-, hace falta tener en cuenta esta reflexividad, que se expresa en los valores, principios, criterios adoptados por el actor mismo.

La comprensión de la conducta social, el estudio de los fenómenos sociales, requieren lo que -siguiendo una propuesta de Neil MacCormick- llamaría «el punto de vista interno cognitivo», es decir la seria consideración de las ideas, intenciones, reglas, principios de los actores sociales. Y una seria consideración de las ideas, intenciones, etc., de los actores sociales impide que éstas sean reducidas a elementos de una «ideología», disfraz subjetivo de determinantes causales, objetivas. Una postura evolucionista en ciencias sociales implica, al revés, o bien la asunción de un punto de vista

[73] K. Eder, *Geschichte als Lernprozess?* cit., pág. 22. Cursiva en el texto.
[74] *Ibid.,* págs. 28-29.

externo, es decir orientado sólo a establecer regularidades de tipo más o menos causal, bastante insensible a las razones de las acciones sociales desde la perspectiva del agente (es decir, aquellos contenidos proposicionales que pueden constituir premisas de un razonamiento cuya conclusión sea la necesidad de realizar determinada conducta), o bien la asunción de un punto de vista *interno* fuertemente *normativo,* es decir en este caso el punto de vista de quien hace suyos, adopta, los criterios normativos de la sociedad o comunidad de la cual es observador y miembro, para aplicarlos a sociedades o comunidades de las cuales sólo es observador.

Los únicos usos teóricos y no ideológicos del concepto de evolución, posibles en el ámbito de las ciencias sociales, son metafóricos y con fines de clasificación. Por lo que concierne al menos a los grupos sociales la evolución no representa un movimiento objetivo finalizado, una ley de tipo teleológico aunque sin fin preestablecido, tampoco un proceso lineal que nos permita evaluar de manera relativamente positiva lo que ha acontecido «después» y evaluar de forma relativamente negativa lo que ha acontecido «antes», ni siquiera una dinámica objetiva de la adaptación o de aprendizaje.

«Evolución», si se quiere mantener el término, no puede significar más que el transcurrir del tiempo y la transformación. Este tiempo y esta transformación en sí mismos no tienen sentido y tampoco tienen valor. El sentido y el valor provienen de las reglas de la sociedad considerada, y del punto de vista adoptado por los actores sociales. Así, quizá, se podría adoptar la definición de evolución social que nos da Eder: «La evolución social es la substitución de un principio de organización social por otro»[75], si no se añadiese que «el cambio de principios de organización presupone procesos cognitivos instrumentales de aprendizaje»[76].

5. Derecho como autopoiesis

Una de las más importantes teorías de la evolución del derecho recientemente propuestas es aquella de Gunther Teubner. De modo preliminar distingue entre concepciones «evolucionistas» y concepciones «evolucionarias»: las primeras concebirían la evolución como dirigida a un *fin* determinado, las segundas se fundarían sobre los *mecanismos* que permiten la evolución, dejando de lado toda consideración sobre su fin eventual. Mientras que las primeras están cargadas

[75] K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften. Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1980, pág. 167.

[76] *Ibid.*

de elementos normativos y metafísicos, las segundas -aquellas que Teubner llama «evolutionäre Konzepte»- serían menos criticables a nivel epistemológico. «Evolutionstheorie -dice el jurista alemán- ist mit der Frage beschäftigt -und sollte darauf begrenzt sein!- wie sich Mechanismen herausbilden, die Strukturmuster aus blinden Variation auswählen und auf Dauer stellen und dadurch die Entwicklung von Systemen steuern»[77].

Las teorías «evolucionarias» no asumen -según Teubner- la tarea de ofrecer predicciones sobre acontecimientos específicos, sino la de prever las «estructuras» dentro de las cuales la conformación de los acontecimientos específicos resultará bastante arbitraria. Así el profesor alemán cree que no se podrá objetar a estas teorías el hecho de que estén fundadas sobre metafísicas deterministas. Tampoco se les podrá reprochar que no logren prever acontecimientos sociales específicos.

Respecto al evolucionismo tradicional, el evolucionismo «reformado» propuesto por Teubner se caracteriza por tres elementos: (i) un desarrollo «ciego» a través de los mecanismos de variación, selección y estabilización; (ii) la combinación de ontogénesis y filogénesis; (iii) la coevolución de ambiente y sistema.

Como se puede ver, Teubner mantiene que los mecanismos típicos de la evolución son «variación», «selección», y «estabilización» (que él denomina también «retención», *Retention*). Para el jurista alemán este paradigma se diferencia de los modelos evolucionistas tradicionales en cuanto que subraya el hecho de que el juego de los tres mecanismos es «ciego», es decir, no tiene un fin preestablecido. Además, el evolucionismo post-darwinista propuesto por Teubner se caracterizaría -respecto al evolucionismo darwinista- en cuanto que los sujetos, los protagonistas, de la evolución social no serían reducidos a entidades biológicamente definibles. Los sujetos de la evolución son aquí más bien sistemas de comunicación social. «Evolution im hier definierten Sinne als Zusammenspiel von Variation, Selektion und Retention kann in Gesellschaft und Recht überhaupt nur dann auftreten, wenn, innerhalb der kommunikativen Sphäre die entsprechenden Mechanismen herausgebildet werden. Die Einheit sozialer oder rechtlicher Evolution ist aber weder das menschliche Individuum, noch eine Gruppierung von Menschen, noch ein «selbstssüchtiges» Gen, sondern Gesellschaft oder Recht selbst als System sozialer Kommunikation»[78].

A los teóricos de la «evolución del derecho», concebida en general como resultado de la evolución de la sociedad, se les presentan a

[77] G. Teubner, *Recht als autopoietisches System.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, pág.63.
[78] *Ibid.*, pág. 67.

menudo dos problemas, que no tienen solución dentro de una visión de la evolución del derecho donde éste resulta determinado por el desarrollo de las fuerzas sociales. Los dos problemas son: (i) la estasis alguna vez presente en los sistemas jurídicos frente a la mutación del sistema social; (ii) la conservación de la identidad del sistema jurídico en una situación donde éste se halle continuamente sometido al desarrollo social.

El evolucionismo tradicional fundamenta la evolución del derecho en una dinámica más o menos reconducible a aquella entre estructura y supraestructura teorizada por el pensamiento marxista: la sociedad-estructura determinaría el derecho-supraestructura de manera unidireccional. A este evolucionismo Teubner contrapone una concepción centrada sobre la idea de *coevolución*. Esto le resulta posible también gracias a su teoría de la autopoiesis, según la cual los sistemas sociales, el derecho incluido, son sistemas cerrados que se reproducen a través de dinámicas internas y no por estímulos externos. Lo que no quiere decir que el ambiente no ejerza una cierta influencia sobre el «sistema», pero esto ocurre a través de «perturbaciones», «turbulencias», frente a las cuales el sistema reacciona siguiendo en todo caso mecanismos propios y «reflexivos». «Bis hierher -escribe Teubner- hat die Ewinführung der Autopoisee in die Rechtsevolution zu dem Eindruck geführt, Evolution werde in die gesellschaftlichen Teillsysteme internalisiert und finde nur noch als isolierte Entwicklung innerhalb autonomer gesellschaftlicher Sphäre statt. Es wäre freilich irreführend, die Umwelt aus den Evolutionsprozessen auszuschliessen. Autopoietische Geschlossenheit heisst nicht Umwelltunabhängigkeit des Systems. Der Umweltbezug in der Evolution, in direkter, kausaler, externer Bewirkung von Rechtsentwicklungen hergestell sondern in Prozessen der Ko-Evolution, in denen die koevoluierenden Systeme *perturbierend* aufeinander wirken»[79].

Como hemos visto, Teubner aspira a la rehabilitación del evolucionismo. Esta finalidad la persigue a través de una elaborada estrategia. Su lance fundamental es la presentación de un «nuevo» evolucionismo, que se distinguiría del tradicional (darwiniano, spenceriano) por las características siguientes. (i) La evolución no tendría una finalidad preestablecida. (ii) No se trataría de un movimiento marcadamente determinista, y por ello sólo podría fundamentar la previsión de *estructuras* de hechos y no de hechos específicos. (iii) Se reforma la relación entre sistema y ambiente que aparecen ahora influyéndose mutuamente. No se trataría de una relación unidireccional, donde el ambiente determina el sistema (en el caso del derecho: donde

[79] *Ibid*., pág. 78.

el sistema social determina el sistema jurídico), sino de una relación bidireccional, donde ambiente y sistema se influyen de manera recíproca (y así *coevolucionan*). (iv) La evolución de los sistemas sociales no tendría mucho en común con la evolución de los sistemas vivos, pues los sistemas sociales ya no son pensados como grupos, colectividades, conjuntos de individuos vivos, sino como redes de comunicaciones.

Ahora bien, por lo que concierne (i) al concepto de evolución «ciega», contrapuesto por Teubner al concepto «clásico» de evolución con una finalidad preestablecida, hay que decir que esta contraposición es demasiado dramatizada por el estudioso alemán. En verdad el evolucionismo (también aquel «clásico») se diferencia de las filosofías historicistas justamente en cuanto prescinde de una «finalidad» de la historia, pero mantiene la idea de un movimiento *intrínse*co en la historia misma.

Por lo que concierne a (ii), como ya se ha dicho, el hecho de que las leyes de la evolución no determinen, o permitan prever, acontecimientos específicos no las distingue de otras leyes científicas. Además, incluso en la versión moderada propuesta por Teubner permanece la idea de la *determinación,* aunque de «estructuras», realizada por la dinámica evolucionaria, determinación llevada a cabo según relaciones que siguen siendo causales. Así pues no estamos aquí muy lejos del tradicional planteamiento determinista.

Por lo que concierne a (iii), hay que recordar que según Teubner sociedad y derecho constituyen sistemas autopoiéticos, es decir, sistemas cerrados en sí mismos, que se comunican con los otros sistemas sólo mediante «perturbaciones» y «ruidos». Aquí por cierto nos encontramos frente a una novedad respecto al evolucionismo «clásico», pero esta novedad acentúa y no atenúa la idea típica del evolucionismo: la existencia de un movimiento *intrínseco* en la entidad (en el «sistema») considerada. El carácter intrínseco del desarrollo (de la «evolución»), desde una perspectiva autopoiética, es elevado al extremo. Además, a este aspecto de la teoría de Teubner se le podría oponer una crítica de Klaus Eder en contra de Luhmann. El hecho de que el sistema retroactúe sobre el ambiente, y de que la relación entre los dos sea mutua, no nos dice todavía cuales son los «puntos de vista» y los criterios de esta mutua influencia. Esto es sin embargo precisamente lo relevante en la explicación de los fenómenos sociales.

Finalmente (iv). Teubner se distancia de concepciones como el darwinismo social y otras más recientes que propagan la idea del «gen egoísta» (la «sociobiología»). Sin embargo, es cierto que el concepto de autopoiesis al cual Teubner conecta el concepto de evolución

proviene del mundo de la biología. Biólogos -como es sabido- son sus primeros teóricos. También es cierto que tal concepto lleva en sí mismo de un lado la convicción de que unos mismos mecanismos (aunque muy abstractos) funcionan tanto en los procesos vitales cuanto en las relaciones sociales, y de otro lado la ilusión de poseer una llave de comprensión para toda la serie de fenómenos reales. En este aspecto la teoría autopoiética se presenta con ambiciones mucho más fuertes de las cultivadas por el evolucionismo «clásico».

6. Para una crítica del paradigma «evolución del derecho»

Por fin llegamos a la cuestión central de estas consideraciones: ¿Qué uso podemos hacer del paradigma «evolución del derecho»?

Podríamos entender esta locución en el sentido de «progreso del derecho», *Rechtsfortschritt* en alemán. De «progreso del derecho» se puede hablar -creo- de manera plausible si aplicamos el término «progreso» a una situación específica que valoramos en relación a criterios determinados. En este caso «progreso» equivaldría a una valoración positiva en relación a cierto criterio, valoración que tiene como objeto un específico estado de cosas. Así, yo no dudaría mucho en calificar como «progreso del derecho» una legislación que permite el divorcio respecto a una legislación que no lo admite.

En cambio, sería inaceptable hablar de «progreso» en sentido general respecto a una serie de situaciones temporalmente distintas y sucesivas, y sin explicitar ningún criterio normativo, sino asumiendo que éste sea intrínseco al movimiento temporal. Esta sería una concepción metafísica fuerte, fundamentada sobre una filosofía (bastante optimista), que presupone que la historia sigue una finalidad y se desarrolla para alcanzarla. Tras la idea de que la historia sigue un fin podemos quizá vislumbrar la idea de un final de la misma, su conclusión y su cumplimiento. Las raíces de esta concepción son claramente religiosas[80].

[80] Todo esto es visto de manera penetrante por Plessner: «Solante der Gedanke vom Ende der Geschichte durch innere Selbstüberwindung Geltung hat, ist der Zusammenchang mit der christlichen Aussicht gewahrt, mögen dabei auch die geschichtliche Gehalte ihren transzendenten Charakter verlieren und sich vermenschlichen, mögen die Gliederungen der Epochen auch darüber sich verlagern oder völlig verschwinden. Ende der Geschichte ihrer Bewegung auf dieses Ziel, in das sie mündet, stufenweise Verwirklichung des bedeutungsvollen Entwurfs nicht nur durch den Mund der Verkündigung und Verheissung, sondern den Gang der Ereignisse selbst, das sind die Kategorien, und zwar

La concepción de un general «progreso del derecho» tiene fuertes matices escatológicos; y una escatología sólo puede ser cuestión de fe y nunca de verificación científica y tampoco de sentido común. Desde la experiencia humana nada y nadie pueden verificar tal visión de la historia. Quizá la experiencia nos demuestra lo contrario: que la historia no tiene sentido, que no tiene fines, que en ella todo es, al fin y al cabo, bastante absurdo.

«¿Existe efectivamente en la historia un progreso del derecho? -se pregunta Ottfried Höffe[81]. La contestación es la siguiente: «Siempre hay cambios en el derecho. Pero los meros cambios no implican todavía ningún progreso. Se puede hablar de progreso del derecho sólo allí donde los cambios llevan consigo mejoras»[82]. Si se asume la vigencia de un progreso en la historia de los hombres -dice Höffe- hay que presuponer que «nosotros estamos subordinados a fuerzas que nos empujan en cierta dirección»[83]. Aunque los sujetos, los protagonistas, de este progreso sean los seres humanos, se asume que el progreso del derecho «se despliegue 'a su espaldas', o sea, siga un plan secreto»[84]. Este plan nos resulta misterioso, y no puede ser más que un producto de dioses cuya moralidad parece bastante discutible.

Sin embargo -como ya hemos visto- algunos teóricos evolucionistas niegan que su concepto de evolución tenga algo que ver con la noción de progreso. Evolución del derecho así no equivaldría a «progreso del derecho», no tendría un componente valorativo, sería valorativamente neutral. No obstante el concepto de evolución no puede ser metafísica u ontológicamente neutral. De manera que: o el concepto de evolución sólo significa una transformación entre estados de hechos, y en este caso está bastante vacío de contenido y teóricamente resulta poco interesante; o el concepto de evolución equivale a la idea de un movimiento orientado, finalista, y en este caso

---

die formalisierbaren Kategorien des universalhistorischen Bewusstseins. Ursprünglich erfüllt vom christlichen Glauben, werden sie auch von späterer Ungläubigkeit noch als die Ordnungsprinzipien geschichtlichen Verstehens festgehalten. So überdauern sie den religiösen Verfall, indem sic zu Formen einer schliesslich innerweltlichen Gesamtgestaltung des historischen Geschehens verblassen» (H. Plessner, *Op. cit.,* págs. 106-107).

[81] H. Höffe, *Gibt es in der Geschichte einen Rechtsfortschritt?* in ID., *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechtsund Staatsethik,* Reclam, Stuttgart 1988, pág. 133, trad. mía. Véase también R. Dreier, *Das Fortschrittsproblem in rechtstheoretischer Sicht,* in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung,* Hg. von U. Immenga, Schwart, Göttinge 1980, págs. 1 ss.

[82] *Ibid*. Trad. mía.

[83] *Ibid.,* pág. 143. Trad. mía.

[84] *Ibid.,* Trad. mía.

tiene que recurrir a una metafísica más o menos historicista o teleológica o, sin más, escatológica. En este segundo caso hay que presuponer la existencia de fuerzas intrínsecas que empujen el curso temporal de los fenómenos considerados.

Cada teoría evolucionista parece equivocarse al suponer que entre tres o más hechos específicos conectados causalmente uno a otro exista una única ley científica que los conecte a todos entre sí. Como escribe Karl Popper, «no sequence of, say, three or more causally connected concrete events proceeds according to any single law of nature. If the wind shakes a tree and Newton's apple falls to the ground, nobody will deny that these events can be described in terms of causal laws. But there is no single law such as that of gravity, nor even a single definite set of laws, to describe the actual or concrete succession of causally connected events»[85].

Mediante la experiencia no podemos resolver inmediatamente el problema de la evolución. Con la experiencia no logramos saber si el curso temporal de las sociedades humanas y de los ordenamientos jurídicos representa, o constituye, o es interpretable como, «evolución». Nos queda la hipótesis de una evolución *a priori*. Pero ¿cómo es posible? La respuesta podría ser la siguiente: Es posible sólo si quien afirma la evolución realiza y organiza los hechos que fundamentan sus afirmaciones. Esta conclusión no es implausible por lo que concierne a los juristas, cuyas teorías a menudo contienen una mezcla de elementos descriptivos y de elementos prescriptivos. Puede ser que el jurista que afirme la evolución por ejemplo hacia una mayor autonomía del derecho, o hacia el «derecho reflexivo», esté trabajando en aquella dirección. Sin embargo, aquí hay dos problemas de difícil solución.

(i) Que la afirmación de un fin y la acción para la consecución de dicho fin coincidan se puede dar sólo mirando al futuro, es decir entre dos estadios, el presente y el futuro alcanzable por la acción presente y el futuro alcanzable por la acción presente gracias a sus consecuencias directas. Inalcanzable queda, por supuesto, el pasado, y también el futuro un poco más lejano donde la acción del teórico evolucionista nunca podrá llegar a tener efectos. (ii)Aunque la acción del teórico se ejerza sobre un futuro inmediato o alcanzable, el teórico, como cualquier otro sujeto humano, nunca tendrá un control completo sobre todas las causas de los hechos que constituyen el estadio evolutivo previsto o teorizado. Siempre es posible, y probable en el caso del jurista encerrado en su torre de marfil, que el sujeto

[85] K. R. Popper, *The Poverty of Historicism,* Routledge & Kegan Paul, London 1979, pág. 117.

humano no pueda dirigir las determinantes causales en dirección al fin previsto o teorizado.

En todo caso, creo que una vez que hayamos aceptado el concepto de derecho como «institución», que he intentado presentar muy brevemente en la primera sección de estas notas, no podemos aceptar una noción «fuerte» de evolución del derecho, es decir como transformación orientada que cubre una serie bastante amplia de momentos temporales. Las «instituciones» -como ya he dicho- representa algo «nuevo» en el curso temporal de los fenómenos. Esta «novedad» resulta de dos elementos: (i) de las reglas que son las «causas» del ámbito de acciones abierto por ellas, y que antes de estas reglas no se daba; (ii) de las acciones concretas de los seres humanos, que usan, o utilizan, las posibilidades de acciones producidas por aquellas reglas, es decir que les atribuyen una «intención».

Como ha sido remarcado por Wingenstein, y antes de él por Kant, las reglas no regulan su misma aplicación «Rules -escribe H. L. A. Hart- cannot provide for their own application»[86]. Podemos, evidentemente tener una metarregla que regule la aplicación de una cierta regla y luego además una meta-meta-regla para la aplicación de la metarregla, y así sucesivamente. Pero no podremos permitimos metarreglas *ad infinitum.* En un cierto momento, en un cierto nivel del discurso normativo, no podremos recurrir más a otra metarregla, necesitaremos criterios de aplicación de la regla que no estén reglamentados, por ejemplo consideraciones prudenciales o -como sugiere Klaus Günther- *Angemessenheitskriterien,* criterios de oportunidad[87]. Considérese la siguiente reflexión de Gustavo Zagrebelsky sobre la relación entre la ley y su aplicación a los casos concretos: «Il diritto scritto nelle leggi serve a dare ai casi la regola che compete loro. Ma in cosa ciò consista non è nel potere esclusivo del diritto legislativo determinarlo»[88]. La regla no regula su aplicación ni es garantía en contra de su abuso, ni tampoco puede impedir ella sola su

[86] H. L. A. Hart, *Problems of the Philosophy of Law,* in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon, Oxford 1988, pág. 106 y compárese H. L. A. Hart, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytycal Jurisprudence,* in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* cit., págs. 274-275. Véase I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft,* B 171 ss., y ID., *Kritik der Urteilskraft,* Einglei-tung, y léase por ejemplo L. Wittgenstein, *The Blue Book,* cit., pág. 33, y L. Wingenstein, *Philosophische Untersuchungen,* cit., pág. 58 (I, 68: «Es gibt ja auch keine Regel dafür z. B., wie hoch ma im Tennis den Ball werfen darf, oder wie stark, aber Tennis ist doch ein Spiel und es hat auch Regeln»), pág. 67 (I, 84), pág. 68 (I, 85).

[87] Véase K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1988, y compárese E. Tugendhat, *Fragen der Ethik,* Reclam, Stuttgart 1984, págs. 1984, págs. 39 ss.

[88] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia.* Einaudi, Torino, 1992, pág. 186.

violación. Como dice Giacomo Leopardi, «Tabuso e la disubbidienza alla legge, non può essere impedita da nessuna legge»[89].

Todo esto tiene por consecuencia que la forma concreta de una «institución» no puede estar enteramente determinada por sus normas o reglas constitutivas. Las normas constitutivas en verdad no constituyen por sí mismas el objeto que tratan, sino constituyen condiciones necesarias pero no suficientes para la constitución de su objeto. Una «institución» se constituye sólo si hay acciones concretas que confieren -por así decir- «intención», es decir utilizan las normas constitutivas. Lo que yo llamo «institución» así no está cerrado de manera formal, sino mantiene una estructura abierta, una «open texture»[90].

Sin embargo esta «textura abierta» necesita ser llenada de contenidos, o precisada en contextos concretos. Esto pasa cada vez de manera distinta, porque distinto es el contexto considerado. Aquí nos encontramos frente a uno de los motores de la transformación del derecho, pues cada aplicación de la regla, cada acción ejecutada dentro del ámbito de la institución, altera (tal vez sólo mínimamente) la institución misma.

Wittgenstein en sus últimas obras esboza una distinción entre (i) reglas que podríamos decir «subsumptivas», cuyo ámbito de aplicación está predeterminado, y (ii) reglas que podríamos llamar «productivas», cuyo ámbito de aplicación no está predeterminado. O mejor dicho, por lo que concierne a las reglas «subsumptivas» el sentido o el contenido semántico de éstas no está influenciado por sus singulares y específicas aplicaciones. En el caso de las reglas «productivas» o «creativas» el sentido o el contenido semántico de estas depende de sus singulares y específicas aplicaciones[91].

---

[89] G. Leopardi, *Zibaldone*, 229.

[90] Cf C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société.* Seuil, París 1975, pág. 208.

[91] Esta diferencia entre reglas «subsumptivas» y reglas «creativas» en el último Wittgenstein ha sido agudamente subrayada por Stephen Körner con explícita referencia a las normas jurídicas. «Der Philosoph -escribe Körner- so wie er von Wingenstein gesehen ist, muss vor allem die naturwissenschaftliche Auffassung der Relation zwischen einer allgemeinen Regel und ihren einzelnen Anwendugsfällen vermeiden. Denn während der Durchschnittswissenschaftler von seinen Regeln annimmt, dass ihr Sinn von ihrer Anwendung auf einzelne Fälle unberührt bleibt so behauptet Wittgenstein, dass der Sinn jeder Regel in einem gewissen Mass von den Fällen, auf die sie angewandt wird, abhängt. Wenn dem nicht so wäre, so hinge die «Deutung der Regel, mitsamt dem Gedeuteten, in der Luft». Es scheint in diesem Zusammenhang nützlich zu sein, zwischen zwei Arten von Regeln zu unterscheiden, nämlich «subsumptiven Regeln», deren Anwendungsbereich von ihrer Anwendung auf Einzelfälle vollständig bestinimt ist, und «schöpferischen Regeln» deren Anwendungsbereich in (zumindest) einigen Fällen im Laufe der Anwendung

Una de las implicaciones importantes de la distinción entre reglas «subsumptivas» y reglas «creativas» es que las primeras no son alteradas o modificadas por su aplicación, mientras que las segundas sí que lo son. Y las segundas, las reglas «creativas», comprenden sin duda alguna las reglas constitutivas de instituciones. Uno de los motores de las transformaciones del derecho (institución fundada sobre reglas constitutivas) está justamente en el hecho de que las reglas de las cuales está compuesto se alteran a través de sus aplicaciones. Las aplicaciones de las reglas repercuten sobre sus contenidos semánticos, y éstos obviamente repercuten sobre las sucesivas aplicaciones de tales reglas.

Estas transformaciones del derecho no pueden ser explicadas a través de la noción de «evolución», por lo menos no a través de la noción «fuerte» de evolución cargada de una *Weltanschauung* causalista y finalista. Ambos, causalismo y finalismo, excluyen el surgimiento de nuevas realidades como aquellas de las «instituciones». «Si la succession -escribe Castoriadis- est déterminé, ou nécessaire, elle est donné avec sa loi et son premier terme»[92]. Por lo que concierne al derecho no hay posibilidad de derivar de manera causal o finalista de una cierta situación de hecho una regla, y de ésta una determinada aplicación de la misma. Entre reglas constitutivas, sus precedentes (otras reglas constitutivas), el ámbito de acción que ellas hacen posible, y finalmente las acciones de hecho realizadas, se dan relaciones múltiples y complejas, que no se pueden explicar mediante un modelo finalista o causalista. Por lo tanto, como escribe Hubert Rottleuthner, «a theory of legal development should be sensitive to breaks, discontinuities, degressions and regressions»[93].

La crítica del paradigma «evolución del derecho» no implica negación de la dimensión temporal ni ocultación de las transformaciones de las reglas, de las instituciones, y del derecho. Mi conclusión no es ningún sueño de universalidad o eternidad, o la pesadilla

---

bestimmt wird. Dass es schöpferische Regeln gibt, ist ein Gemeinplatz der Rechtspraxis und der Rechtslehre. So kann eine im Lichte von früher beurteilten Fällen angewandte Regel ihrerseits zum leitenden Präzedenzfall für ihre spätere Interpretation werden und dadurch «das schöpferische Element des Gerichtsverfahrens» offenbaren. Wingenstein ist nicht nur davon überzeugt, dass es schöpferische Regeln gibt, sondern auch davon, dass viele Regeln, z. B. mathematische, die allgemein als subsumptiv gelten, in der Tat schöpferisch sind» (St. KÖRNER, *Über Sprachspiele und rechtliche Institutionen,* in *Ethik, Grundlagen, Probleme und Anwendungen,* Hg. von E. Morscher und R. Stranzinger. Hölder-Pichler-Tempsky, Wien 1981, pág. 484.

[92] C. Castoriadis, *Op. cit.,* pág. 236.

[93] H. Rottleuthner, *Legal Evolution and the Limits of Law,* in *Law. Morality and Discursive Ratonality,* ed. by A. Aarnio and K. Tuori, Publications of the Department of Public Law, University of Helsinki 1989, pág. 222.

de un derecho natural válido *semper et ubique*. Tampoco mi crítica del concepto de evolución aplicado a las sociedades humanas y al derecho implica el deseo de volver a una metafísica aristotélica de «substancias» inmutables. Ni creo que merezcan desprecio los intentos de establecer conexiones causales por lo que concierne a las muchas transformaciones del derecho.

El mensaje de estas notas es bastante sencillo y, quizá, desilusionador: no hay que tener confianza en teorías *demasiado* cargadas de presupuestos metafísicos. En todo caso, si se necesita una metafísica, y yo creo que la necesitamos, prefiero una que no quiera y no pueda -como diría Heinrich Heine- «stopfen die Lücken des Weltenbaus», rellenar las lagunas de la construcción del mundo.