

El riesgo de la justicia

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

Una justicia capaz de afrontar la complejidad del mundo contemporáneo y abordar problemas a gran escala necesita ser concebida en términos de riesgo. Con la pregunta por la justicia el derecho se arriesga, y precisamente al asumir riesgos aparecen nuevas oportunidades. Conceptos como contraste, polaridad, tensión, dialógica, irritación y diferencia son esquemas formales que ofrecen a la teoría de la justicia instrumentos prometedores y muy potentes para replantearse y recuperar su capacidad de detectar problemas y buscar soluciones a los desafíos de nuestro tiempo.

Palabras clave: *justicia, riesgo, tensión, irritación, diferencia.*

ABSTRACT

To face up to the complexity of the contemporary world and to large scale problems, justice must be conceived in terms of risk. With the question of justice the law takes risks, and doing in this way it discovers new opportunities. Concepts like contrast, polarity, tension, dialogic, perturbation and difference are formal scheme that offers very promising and powerful instruments to recover its capacity to detect problems and to find solutions to the challenges our time.

Key words: *justice, risk, tension, perturbation, difference.*

SUMARIO: 1. CONTRASTE.-2. POLARIDAD.-3. TENSION.-4. DIALÓGICA.-5. IRRITACIÓN.-6. DIFERENCIA.

La posibilidad de plantear el problema de la justicia y el modo de hacerlo depende del grado de desarrollo alcanzado por la estructura de un sistema social. Es bien conocido que la distinción entre derecho y justicia (entendida como valor referido al derecho, como pretensión normativa) no ha existido siempre. Ha sido una conquista evolutiva con la que se deja atrás una fase arcaica de la experiencia jurídica. Con la invención de la justicia la cartografía del mundo jurídico experimenta una mutación. En cierto momento irrumpe una de esas distinciones que consideramos fundamentales para nuestra comprensión del mundo.

Una de las aportaciones decisivas de la noción de justicia al pensamiento jurídico es la de arriesgar el derecho. Esta sería incluso su función social más característica, aunque sea la menos estudiada. Se suele destacar que la justicia trabaja para afianzar el orden establecido, para consolidarlo, para dotarle de un anclaje seguro. Pero ante todo implica riesgo para el derecho. Una teoría jurídica que explore esta problemática puede guiarse por las nociones –parcialmente implicadas entre sí– de contraste, polaridad, tensión, dialógica, irritación y diferencia.

1. CONTRASTE

La justicia surge de un proceso de *diferenciación* en el interior del derecho¹. No se trata de derivación sino de disociación, quiebra o ruptura interna. Una escisión atraviesa todo lo relacionado con el derecho

¹ La problemática de la diferenciación es una de las más características de la sociología. Como advierten LUHMANN, N. y DE GIORGI, R., *Teoría de la sociedad*, trad. M. Romero y C. Villalobos, Guadalajara (México), Universidad de Guadalajara y Universidad Iberoamericana, 1993, «desde que la sociología existe estudia la diferenciación» (p. 279). La expresión «diferenciación social» se encuentra en WEBER, M., *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J. Medina Echavarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 15, que, por lo que respecta al derecho, trata de la «diferenciación de los campos jurídicos objetivos» (pp. 498 ss.). La *Ausdifferenzierung* será asunto central en la sociología de Luhmann. Hay también una tradición en el pensamiento jurídico. Por ejemplo DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, trad. L. Recaséns, revisada por L. Legaz Lacambra, Barcelona, Bosch, 1980, se referirá a un proceso de «diferenciación» a partir de la «costumbre indiferenciada» en la que derecho y moral (justicia) aparecen «mezclados confusamente» (p. 322), con lo que la «costumbre indistinta» (p. 330) se descompone. Mucho más tarde surgirán los intentos teóricos por precisar «caracteres diferenciales», con propuestas que llegan tanto a una separación radical como a una aproximación que corre el peligro de recaer en «la confusión primitiva» (p. 333). En la bibliografía española RECASÉNS SICHES, L., *Tratado general de filosofía del derecho*, primera edición de 1959, México, Porrúa, 1995, se ocupaba del «proceso de diferenciación» mediante

y se convertirá en un poderoso factor de dinamismo, capaz de renovarlo desde dentro. La distinción es la condición para plantear relaciones. Las relaciones se establecen siempre entre diferencias. De este modo el derecho adquiere una especial densidad relacional y con ello se incrementa su complejidad. Sólo así podrá hacer frente a un mundo cada vez más diversificado. La complejidad de las sociedades avanzadas sólo se puede abordar desde otra complejidad².

Mediante *la invención de la justicia* se establece un *contraste* que escinde el universo jurídico en dos términos en conflicto potencial³. Se genera así una *fricción* dentro del derecho, capaz de agitarlo interiormente, que se propaga por todas partes. Un pensamiento no primariamente del equilibrio, del compromiso o de la transacción entre opuestos, sino ante todo de la fricción⁴.

Justicia y derecho forman un *binomio contrapuesto* que no se deja amalgamar, aglutinar. No es posible *justificar el derecho* plenamente ni tampoco *juridificar la justicia*. Cuanto más se busque unificar la oposición, con tanta mayor intensidad reaccionará la *dinámica de la divergencia*.

Esto supone una transformación radical con respecto a la situación anterior en la que el ámbito normativo se presentaba indiferenciado e incuestionado. El pensamiento jurídico se instala ahora en el contraste, en la oscilación, en la relación. Kelsen dirá que «sólo el contraste entre derecho natural y derecho positivo permite entender la esencia tanto del uno como del otro»⁵. El derecho natural es, entre otras cosas, una «pauta para contrastar»⁶.

Lo jurídico, uno de los ejes del mundo social, es ahora un contraste. Surge entonces la posibilidad de un nuevo tipo de articulación de la estructura social. La sociedad no necesita afianzarse mediante la vinculación con algo rígido, sino que se apoya en elementos dinámicos susceptibles de proporcionar elasticidad a su estructura. Este es un

el que se diversifica una primitiva «norma indiferenciada», de la que se desprenden dimensiones normativas con perfiles propios (pp. 168 y 170).

² El «paradigma de la complejidad» figura ya como uno de los enfoques emergentes a tener en cuenta por la sociología del derecho en ARNAUD, A.-J. y FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1996 (pp. 227 ss.). Advierte LUHMANN, N., *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe, B. Erker y J. Torres Nafarrate, Barcelona, Anthropos, 1998, que «sólo la complejidad puede reducir complejidad» (p. 49).

³ La noción de «contraste» tiene tradición filosófica en WHITEHEAD, A. N., *Proceso y realidad*, trad. J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 44 y 311-312.

⁴ Aunque sepamos, por otra parte, que el derecho pretende «reducir al mínimo las fricciones posibles», KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma, 1979, p. 16.

⁵ ID., «La idea del Derecho natural», trad. F. Ayala, en ID., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, México, Edit. Nacional, 1979, p. 19.

⁶ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 25.

proceso muy lento, que se manifiesta poco a poco, del cual el pensamiento jurídico sólo va tomando conciencia paulatinamente. La invención de la justicia abre posibilidades nuevas de estructuración, que sólo en parte y tardíamente llegarán a ser activadas y aprovechadas.

Es muy llamativo el hecho de que el iusnaturalismo tienda a sofocar su potencial para una articulación basada en el contraste y se obstine en verse a sí mismo como patrón absoluto, como una estática jurídica, dicho en términos kelsenianos. No hay entonces propiamente contraste sino sólo el intento por vencer, invadir y sojuzgar el derecho positivo, ejerciendo sobre él un imperio ilimitado. El derecho natural se convierte entonces en el rival absoluto del derecho positivo, que en la tirantez de su pretensión monista cancela toda posible relación. Es el derecho natural que «cree poder reducir a cero la fuerza de resistencia de la materia contra la forma jurídica»⁷. Pero esto no sucede con las mejores construcciones iusnaturalistas que, de un modo sutil y a veces encubierto, se instalan en *el campo de fuerza de las resistencias* y son capaces de dinamizar el derecho⁸.

La descripción sociológica de la situación en la que ya desde hace tiempo nos encontramos responde a planteamientos kelsenianos. En una sociedad pluralista «no hay una única moral, “la” moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios». En estas condiciones «no se presupone ningún valor moral absoluto». Y a su vez el «valor jurídico» es también relativo, pues el derecho podría ser de otra manera⁹. El contraste entre justicia y derecho plantea una *conexión relativa entre dos relatividades*.

Habrà que efectuar entonces una torsión en la cuestión formulada por Kelsen como «el interrogante acerca de la relación» entre derecho y justicia¹⁰. La relación se plantea ahora necesariamente como interrogación, incluso como *interrogación recíproca*. Se destaca así la capacidad de interrogar, ante todo desde la justicia al derecho, pero también desde el derecho y sus exigencias a toda idea de justicia.

A propósito de *la justicia como interrogación* podemos recordar aquí lo que decía Gadamer de la actividad interrogadora. Insistía en que «la esencia de la *pregunta* es el abrir y mantener abiertas posibilidades». En su sentido más genuino «preguntar quiere decir abrir», y «la apertura de lo preguntado consiste en que no está fijada la respuesta». Esto implica «dejar al descubierto la cuestionabilidad de lo que se pregunta» y provocar una «situación de suspensión»¹¹.

⁷ *Ibíd.*, p. 130.

⁸ Si entendemos la energía como la capacidad para producir cambios, la justicia es una forma de energía para el derecho.

⁹ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, pp. 81 y 78.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 76.

¹¹ GADAMER, H.-G., *Verdad y método*, trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2007, pp. 369 y 440.

La noción de contraste da pie a un pensamiento no tanto resolutivo como interrogativo. Y plantea la dificultad de *cuánta interrogación es capaz de generar y soportar una sociedad*. Esto supone abrir paso a lo problemático. Con la justicia el pensamiento jurídico gana la posibilidad de problematizarse, de tomar distancia reflexiva consigo mismo. Todo lo relacionado con el derecho se vuelve *problemático*¹². Tanto el derecho como la justicia son valores problemáticos, siempre discutibles, siempre necesitados de discusión, y su relación recíproca no está al servicio de la producción de seguridades sino de la *producción de problemática*.

2. POLARIDAD

Sobre este telón de fondo se destacan las enormes posibilidades del contraste, del dualismo concebido no como esquema inerte sino como pauta para relacionar. Es cierto que la metodología kelseniana se esfuerza por reconducir los dualismos a un monismo básico, por librar al derecho de su *trastorno bipolar*. Pero su *reductio ad unum* es muy consciente del papel estructural que los dualismos tienen en el pensamiento jurídico, por más que en una descripción científica como la que pretende puedan ser insostenibles y haya que llegar a disolverlos.

Kelsen tenía bien presente «el dualismo que domina todo el sistema y desdobra todas las cuestiones», que aparece como un «dualismo abiertamente transistemático». La aparente «antítesis extrasistemática» opera como «distinción intrasistemática». Hay un dualismo, en ocasiones «violento», que «adopta formas tan múltiples y manifestaciones tan variadas» que su función no puede determinarse de manera unitaria. Entre las contraposiciones que recorren el pensamiento jurídico hay alguna que es «extraordinariamente fecunda en significados» y su función, aunque ideológica, es «de valor inestimable»¹³. Son contrastes que dinamizan, dislocan e incluso *desquician el pensamiento jurídico*.

Aunque desde el punto de vista científico haya dualismos que sea preciso desenmascarar como «inútiles duplicaciones que son debidas al hecho de que el conocimiento hipostatiza la unidad del objeto por él creada», queda en pie la pregunta por su función social¹⁴. La distinción entre derecho positivo y derecho natural establece un «dualismo

¹² Tiene razón WOLF, E., *El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho*, trad. E. A. Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, cuando escribe que el jurista «no posee la justicia sino que más bien debe buscarla» y, «sólo la busca de verdad, mientras persista en ser un problematizador» (p. 62). Sin embargo para este autor la *Fragwürdigkeit* del derecho acabará superándose en un horizonte teológico.

¹³ KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, trad. L. Legaz y Lacambra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 35, 36, 74, 77 y 78.

¹⁴ *Ibidem*, p. 79.

fundamental», que incorpora un «dualismo metafísico» y conlleva una engañosa «reduplicación del universo»¹⁵. Pero, al margen de formulaciones iusnaturalistas, Kelsen siempre es consciente de la imprescindible distinción entre derecho y justicia, de un contraste fecundo que no se puede cancelar.

Las expresiones de Kelsen son significativas. La «separación (*Trennung*)» entre derecho y justicia es una exigencia de «distinguir (*unterscheiden*)» ambos aspectos, de «no entremezclarlos (*nicht miteinander zu vermengen*)». Implica el rechazo de toda propuesta que «identifica (*identifiziert*)». La exigencia de «escindir (*scheiden*)» no aísla sino que abre «la posibilidad de una contradicción (*die Möglichkeit eines Widerspruchs*)», de una relación problemática¹⁶.

La pretensión de que el derecho sea justo se plantea como una cuestión de correspondencia o concordancia entre ambos órdenes normativos, que en ningún momento se equiparan. El habitual término «corresponder (*entsprechen*)» que emplea Kelsen, y el también frecuente de concordar, se prestan a alguna reflexión¹⁷. Sugieren un pensamiento de la relación que atraviesa la diferencia, de *la relación a través de la diferencia*, y no de la asimilación. Se plantea el contraste de un dualismo que no se cancela.

La *correspondencia* se establece entre elementos que no se confunden, sino que pertenecen a ámbitos distintos, e incluso refuerzan su propia identidad gracias a la interrelación. La comunicación se alimenta de la multiplicación de las diferencias que entran en relación. La *concordancia* no es repetición y vibración al unísono sino concurrencia. Provoca un ajuste o sintonía de elementos distintos, entre los que de otro modo podría haber disparidad o incluso contienda. No hay que olvidar que la armonía es trabajo con la disonancia y no búsqueda de consonancia. El jurista antiguo se afanaba en la *concordia discordantium canonum*, que nada tiene que ver con la supresión de lo que no encaja en el esquema previsto.

Tenemos también que tener en cuenta que la diferenciación entre derecho y justicia no ha sido el resultado de la propia dinámica del pensamiento jurídico, que conduce –por obra de la dialéctica negativa– de la fuerza de la antítesis a un enfrentamiento consigo mismo y a un desdoblamiento de la ley¹⁸. Fue la respuesta innovadora a una situación histórica en la que se había perdido la confianza en la tradición y se había desmoronado un mundo de convicciones no problemá-

¹⁵ ID., *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 13 y 14.

¹⁶ ID., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 79, 76 y 81. Para los términos en alemán puede verse *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Österreich, 2000, pp. 68, 65 y 70.

¹⁷ ID., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 79; *Reine Rechtslehre*, cit., p. 68.

¹⁸ Es la visión grandiosa de HEGEL, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, trad. W. Roces y R. Guerra, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, de la legalidad como un «mundo desgarrado» (p. 261), en el que «la sustancia se ha desdoblado», «se escinde» y entra en contradicción (p. 262). Hay que traducir sociológicamente estas categorías especulativas.

ticas, investidas de una validez cuasinatural. Esto sólo es posible en sociedades capaces de generar un *potencial de autocrítica*¹⁹.

Como dirá Luhmann «el sistema social constituye las contradicciones válidas para él». Estas contradicciones «desempeñan una función doble: bloquean y desencadenan». El momento de inseguridad, de freno, de indecisión, despeja nuevas operaciones de enlace, abre paso a nuevas configuraciones, suministra «oportunidades de la morfogénesis». Por eso las contradicciones son «promotoras del movimiento del sistema»²⁰.

La pregunta por la justicia introduce una bifurcación, instaura una *polaridad* generadora de riesgo²¹. Con ella el derecho se pone bajo sospecha: puede ser o no ser justo. Queda *expuesto* a una crítica radical. Sólo en las condiciones de una polarización podrá desarrollarse el espacio jurídico.

El derecho se constituye a través de una polaridad interna. La razón jurídica occidental es inconcebible sin ella, sin la referencia a eso otro que es la justicia, que ejerce de *alteridad* para el derecho. La distinción entre derecho y justicia se afirmó en el contexto de un pensamiento griego que generaba y se servía ampliamente de polaridades²². La argumentación y la retórica jurídicas se apoyan frecuentemente en polaridades²³.

Hegel caracterizaba la categoría de polaridad como «la determinación de una diferencia en la que los términos diferentes están vinculados *indisolublemente*»²⁴. Se trata de una diferencia dialéctica, produc-

¹⁹ Esto aparece muy claramente en el estudio clásico de WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho natural y Justicia material*, trad. F. González Vicén, Buenos Aires, Edit. B de f, 2005. En el origen de la idea de derecho natural la regulación humana y el orden natural aparecen como planos «radicalmente separados» e incluso como «contradicción». Esto sólo pudo surgir en una «época de crisis», en la que «se había resquebrajado la unidad del mundo del espíritu» y «se había quebrantado tanto la fe religiosa tradicional como el orden político» (p. 5). Cuando «se quiebra» la unidad del modo de vida tradicional se origina un «pensamiento antitético» entre *physis* y *nomos* (p. 6).

²⁰ LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., pp. 330, 326, 327 y 333.

²¹ KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, trad. L. Villar y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, caracteriza la «polaridad» como un «contraste» que es «relativo», que «no excluye una estrecha conexión material, sino que la abarca, en una divergencia dentro de la afinidad esencial» (p. 387).

²² Cfr. LLOYD, G. E. R., *Polarity and Analogy. Two Types of Argumentation in Early Greek Thought*, Bristol, Bristol Classical Press, 1987, p. 211, que alude a la distinción entre lo natural y lo convencional, que fue decisiva y ampliamente debatida en cuestiones relacionadas con el derecho, y en otros contextos. WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., se refiere a «dos polos distintos» (p. 5). Sin embargo la idea de derecho natural tiende a presentarse de modo jerárquico, como «polo superior» (p. 323), con lo que se descuida la interacción.

²³ PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. J. Sevilla, Madrid, Editorial Gredos, 1989, tratan de las «parejas filosóficas, que resultan de una disociación», que distinguen de las «parejas antitéticas» y de las «parejas clasificatorias» (p. 643).

²⁴ HEGEL, G. W. F., *Ciencia de la lógica*, trad. A. y R. Mondolfo, Buenos Aires, Ediciones Solar, 1982, Vol. I, p. 43.

tiva. En Goethe aparecía como una «dualidad» y «antagonismo» en acción recíproca que puede «generar las cosas más diversas». En vez de reunir los polos volviéndose inerte puede experimentar un desarrollo «hacia lo totalmente diverso», capaz de producir «una tercera cosa nueva, superior, inesperada»²⁵.

Con la justicia se abre paso en el derecho el *espíritu de contradicción*. Los sistemas sociales «necesitan de las contradicciones» como un elemento imprescindible «para la continuación de su autorreproducción». La justicia trabaja en la *formación selectiva de contradicciones*. Es el gran factor productor y multiplicador de contradicciones en el derecho. Antes de plantearnos qué hacer con las contradicciones y cómo procesarlas podemos preguntarnos si la justicia, tal como ahora la entendemos, «es capaz de producir las suficientes contradicciones» que necesita el derecho y la sociedad en general²⁶.

Siempre habrá polaridad entre justicia y derecho, salvo que se retroceda a lo indiferenciado. La unidad de la diferencia, la concordancia entre las dos instancias del pensamiento jurídico, no será nunca asimilación, equiparación, ni fusión, sino *coincidentia oppositorum*²⁷. O, todavía mejor, *complexio oppositorum*²⁸.

3. TENSION

Con la invención de la justicia el derecho gana una estructura *tensional* que le dota de elasticidad y capacidad para afrontar las exigen-

²⁵ GOETHE, J. W. von, *Teoría de la naturaleza*, trad. D. Sánchez Meca, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 176 y 177. En ID., *Teoría de los colores*, trad. P. Simón, Madrid, Celeste Ediciones, 1999, la polaridad se muestra en la tensión de lo complementario, ya sea como oscilación (p. 58), determinación de un contraste (p. 75) o fuerza de oposición (p. 79).

²⁶ LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., p. 347. Esta es la pregunta que hace Luhmann a la lógica, que aquí referimos a la lógica jurídica.

²⁷ Así lo expresa WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 325.

²⁸ Esta es una figura que abarca el antagonismo pero sin cancelarlo ni resolverlo en una síntesis. En la caracterización de SCHMITT, C., *Catolicismo y forma política*, trad. C. Ruiz Miguel, Madrid, Tecnos, 2000, no se trata de «una antítesis que necesita una síntesis, una polaridad que tiene un “punto de indiferencia”» (p. 11) sino de lo que abarca la contraposición y se nutre de ella. Se refiere por ejemplo a «un discurso que se mueve en antítesis, pero sin que haya contradicciones, puesto que es la existencia de distintos elementos que conforman una *complexio* lo que da vida al discurso» (p. 29). Esto puede conectarse con el pensamiento contemporáneo de la complejidad. En MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, trad. M. Pakman, Barcelona, Gedisa, 1994, se lee que «la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados» que «presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple» (p. 32). El ámbito jurídico sería un *complejo* en el que se tejen conjuntamente justicia y derecho (y todas sus polaridades internas); un *complexus* que consigue reunir su diversidad sin confundirla y asociar sus contrarios de manera inseparable.

cias de la sociedad. La justicia actúa como un *tensor*, con lo que el ámbito jurídico se convierte en un *campo tensional*. No se designa con ello una simple relación de oposición, un enfrentamiento negativo entre dos términos, ni se tiende tampoco a una síntesis que supere la escisión. Lo decisivo es la tensión que se crea, que atraviesa y anima el campo, que en realidad lo conforma. En un enfoque tensional «lo que debemos retener es ese espacio de tensión, y no sus extremos»²⁹.

La justicia no deja de «tensionar» el derecho. La tensión introducida no puede ser anulada y frecuentemente ni siquiera resuelta en un equilibrio. Se trata, por supuesto, de una «tensión creadora» que provoca dinamismo. Se comprende entonces que «dar razón de algo equivalga a explicar cuáles son las tensiones que soporta y cuáles son las tensiones que es capaz de generar». Cualquier logro, cualquier avance, también en el ámbito jurídico, consistirá siempre en «un refinamiento de la tensión». Es éste un camino arriesgado, pues «admitir el compromiso con la tensión supone siempre asumir el riesgo, la posibilidad de rupturas y contracturas»³⁰.

Por obra de la justicia encontramos en el derecho «una organización que adquiere el carácter de un campo tensional», que trabaja «con complejos diferenciales» y que está «fundada en la fuerza de la tensión». Esta organización no se basa en la superación de la tensión sino en la configuración de «una nueva unidad levantada sobre el núcleo de las tensiones que han hecho posible la comunicación entre las diferencias». La unidad del campo tensional es una «unidad compleja», es decir una paradójica «unidad de diferencias»³¹.

El pensamiento en términos de campo es intensamente relacional. En una primera aproximación pudiera parecer que hay unos «objetos» preexistentes, en nuestro caso el derecho y la justicia, que posteriormente entran en relación y de este modo se provoca una tensión característica entre ellos. Pero no se trata simplemente de eso. Hay que invertir los términos y llegar a plantear el primado de la relación. La relación es tan potente que llega a generar los términos que la constituyen³². La dicotomía derecho-justicia no designa dos realidades separadas sino un solo campo tensional. Derecho y justicia acaban por convertirse en productos de la misma dinámica que los involucra. Son *condensaciones* de ese campo³³.

²⁹ IZUZQUIZA, I., *Filosofía de la tensión: realidad, silencio y claroscuro*, Barcelona, Anthropos, 2004, p. 107. Sobre el concepto físico de «campo tensional» cfr. pp. 156 y ss.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 47, 166 y 167.

³¹ *Ibíd.*, p. 246 y nota 4.

³² Dirá LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que la contradicción (podríamos añadir que la tensión) es «un concepto autorreferencial y autopoiético: la contradicción produce aquello de lo que consta, es decir, lo que se contradice» (p. 328).

³³ En el ámbito de la sociología BOURDIEU, P., *Lección sobre la lección*, trad. Th. Kauf, Barcelona, Anagrama, 2002, por citar sólo una de sus obras, ha elaborado un poderoso «pensamiento en términos de campo» (p. 45) que presenta algunas afinida-

Esto exige un cambio radical de la perspectiva tradicional, primariamente substancialista, que tiende a cosificar y se contenta con yuxtaponer. Y supone que el proceso de diferenciación que analizamos modifica la misma naturaleza del derecho, instituyendo el primado de la relación. El ámbito jurídico, una vez transformado por la escisión entre derecho y justicia, deja de ser un objeto para convertirse en un campo tensional.

Todo ello implica una consideración positiva de la tensión, que cuenta con una interesante tradición filosófica³⁴. Sin embargo es un rasgo tradicionalmente visto como negativo en un derecho que aspira a apaciguar y eliminar tensiones. Un cambio de perspectiva sólo será posible en una sociedad capaz de articularse sobre sus propios conflictos, de extraer de ellos energías para organizarse.

Es bien sabido que «toda organización, todo sistema, comporta y produce el antagonismo» y que «los equilibrios organizativos son

des con lo que aquí se sostiene. El campo es un «espacio de relaciones» (p. 46). Todo depende de «la estructura de las relaciones constitutivas del espacio del campo» y de las «tensiones» que están «producidas por la estructura constitutiva del campo» (pp. 47-48). El «espacio institucional» del campo «produce en cierto modo las propiedades de quienes lo ocupan», de los elementos que lo integran (p. 49). Y no hay que olvidar que «los campos sociales son campos de fuerzas pero también campos de luchas para transformar o conservar estos campos de fuerzas» (p. 50).

³⁴ La problemática filosófica de la tensión aparece con carácter pionero en SCHILLER, F., *Cartas sobre la educación estética del hombre*, editadas conjuntamente con Kallias, trad. J. Feijóo y J. Seca, Barcelona, Anthropos, 1990, que se refería a la acción de impulsos contrapuestos en forma de «tensión» y «distensión» y buscaba lo que «ha de distender, tensando» las fuerzas, y «ha de tensar, distendiéndolas» (Carta 16, p. 245). Cfr. también Carta 17, pp. 253-255. En HEGEL, G. W. F., *Filosofía real*, trad. J. M. Ripalda, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1984, en la parte de la filosofía de la naturaleza dedicada al quimismo, la tensión de dos elementos implica que «su esencia se halla dividida en sí por la recíproca referencia» (p. 85) y «esta tensión sienta la *inmediatez* de cada uno como *mediada* por el otro» (p. 89). Posteriormente la tensión se convertirá en categoría lógica. En ID., *Ciencia de la lógica*, cit., Vol. II, en lo referente al *quimismo* (que abarca ahora también las relaciones humanas) trata de lo que, «por su naturaleza misma, está en tensión» (p. 438) y da paso al «proceso» que se desencadena porque «los objetos en tensión, al estar en tensión contra sí mismos, están precisamente por eso en tensión frente al otro» (p. 439). Ocurre que «los objetos en tensión recíproca se buscan entre ellos, y se reúnen después, por medio de un término medio formal, extrínseco, hasta formar un neutral» (p. 442). Pero más allá de «la unión y el embotamiento de los extremos en tensión» (p. 443), de una «neutralidad» en que la tensión se apaga y los términos se convierten en «indiferentes», se podrá llegar al «restablecimiento de la oposición de los objetos en tensión» (p. 441). Por su parte BENJAMIN, W., *Libro de los pasajes*, edic. R. Tiedemann, trad. L. Fernández Catañeda y otros, Madrid, Akal, 2005, se refiere al pensamiento detenido en «una constelación saturada de tensiones» y a la importancia de buscar precisamente «allí donde la tensión entre las oposiciones dialécticas es máxima» (p. 478). También en ID., «Tesis de filosofía de la historia», en *Discursos interrumpidos*, I, trad. J. Aguirre, Madrid, Taurus, 1990, se encuentra la referencia a «una constelación saturada de tensiones» (p. 190). La noción de tensión adquiere además gran importancia en WHITEHEAD, A. N., *Proceso y realidad*, cit., que propone estudiar los objetos «por referencia a las peculiaridades de sus tensiones», atendiendo a su «ordenación peculiar de tensiones» (p. 419).

equilibrios de fuerzas antagónicas». Ahora se destaca la acción de un «*antagonismo organizativo*», que «no lleva en sí solamente la dislocación del sistema sino que puede contribuir también a su estabilidad». Consiste en «la utilización organizativa de procesos y acciones antagónicas», que «pueden suscitar reorganizaciones evolutivas»³⁵.

La brecha abierta por la disociación del derecho y la justicia suscita una «reorganización permanente». La organización jurídica «tiene que regenerarse sin cesar para compensar el incremento de entropía» mediante «la constante renovación de sus componentes». Hay un desorden inherente que alimenta el sistema y estimula procesos de autoorganización. Actúa aquí el principio *order from noise* de Foerster, es decir la captación de perturbaciones en beneficio de la organización. Por eso puede decirse que «la evolución no es más que la integración del desorden»³⁶.

Y todo se complica más si observamos que la justicia es en sí misma un campo tensional³⁷. Con sus distintas exigencias, consta de «antinomias». Sus componentes «se exigen mutuamente» pero «se contradicen, al mismo tiempo, mutuamente». La justicia incluye «una relación de tensiones» que es «insuprimible». Consiste en una «multilateralidad, plena de contradicciones», que ninguna teoría podrá «resolver». Pero esto no es un defecto pues la justicia no está para hacer la vida fácil sino «problemática»³⁸. Entraña «una tensión incancelable» entre lo general y lo particular, incluso individual y único, entre lo abstracto y el caso concreto³⁹. Nos encontramos con que «el derecho está en equilibrio inestable, siempre amenazado y continuamente restablecido, en medio de tirantezas y tensiones polares»⁴⁰.

Hay que tener aquí en cuenta la teoría de la sociedad de Habermas, que asume como uno de sus esquemas rectores «la tensión entre facticidad y validez». Esta tensión se encuentra ya «inserta en el lenguaje» en

³⁵ MORIN, E., *Sociología*, trad. J. Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 91, 93 y 95.

³⁶ *Ibidem*, pp. 98 y 109. Dirá también LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que «la construcción de los sistemas sociales (tanto como la de los sistemas psíquicos) se basa en el *order from noise principle* (de Foerster)» (p. 203). Rectifico la traducción a la vista de *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, pp. 291-292.

³⁷ La justicia da respuestas desde su propia tensión. De otro modo le ocurriría como a ese personaje de DIDEROT, D., *El sobrino de Rameau*, trad. F. de Azúa, Barcelona, Editorial verticales de bolsillo, 2008, que adolece de «una fibra relajada que por mucho que la pinchen no vibra jamás» (p. 100). Y la tensión de la justicia da el *tono* al derecho.

³⁸ RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 95, 97, 98 y 101. Sin embargo esta perspectiva es insuficiente en la medida en que se refiere a un sistema en equilibrio, según el ejemplo de la catedral gótica «en donde las masas se sostienen al pugnarse unas con otras» (p. 101). Por el contrario aquí se propone que la idea de justicia no está en equilibrio y provoca un desequilibrio permanente en el derecho. KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho*, cit., alude también a las «tensiones en la idea de derecho», pp. 351 ss.

³⁹ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 33.

⁴⁰ *ID.*, *Filosofía del derecho*, cit., p. 139.

la forma de «un poder-decir-que-no» y penetra en amplias zonas de la vida social. Es una «tensión intralingüística», «inmanente al lenguaje y a su empleo», que «irrumpe en la realidad social» y le da nervio⁴¹.

Es cierto que siempre hay un «saber de fondo», un «trasfondo» no problemático en el que se efectúa la «neutralización» o «fusión» de esa tensión. Se ha ido formando un «complejo cristalizado de convicciones» en las que apoyarse, que «pretende un tipo de validez que viene dotado de la fuerza de lo fáctico», inmunizado ante la crítica. Pero también es cierto que «los espacios para el riesgo de disenti-miento que representan los posicionamientos de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica crecen en el curso de la evolución social»⁴².

Surge entonces «el problema de tener que explicar cómo puede efectuarse la reproducción de la vida social sobre un terreno tan frágil». Las instituciones tienen que «absorber las inestabilidades de una socialización que se efectúa mediante tomas de postura de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica». Precisamente en la integración social que se realiza a través del derecho «esa tensión se estabiliza» y lo hace «de forma peculiar»⁴³.

La situación es precaria pues está siempre presente un «alto riesgo de disenti-miento». Habrá que «explicar cómo bajo las condiciones de una socialización hasta tal punto inestable que opera con suposiciones contrafácticas permanentemente amenazadas, puede surgir algo así como integración social». O, dicho de otro modo, el problema es «cómo de procesos de formación de consenso que vienen amenazados por una tensión explosiva entre facticidad y validez, puede surgir algo así como orden social»⁴⁴.

El orden jurídico es una respuesta a este problema. En el derecho «se entrelazan» facticidad y validez, pero «no forman una amalgama indisoluble». La «tensión entre estos dos momentos», que en todo caso «permanecen distintos y separados», se «intensifica» a la vez que se «operacionaliza» de forma que pueda ser eficaz. La encrucijada del derecho está marcada por la «doble referencia» a una «facticidad artificialmente producida» y a una pretensión de justicia que puede quedar en mera «suposición de legitimidad». En todo caso exige «la simultánea referencia a ambos polos»⁴⁵.

El derecho moderno «agudiza y operacionaliza en términos efectivos para el comportamiento la tensión entre facticidad y validez». La tensión que ya aparecía alojada en el mismo lenguaje, y se manifiesta

⁴¹ HABERMAS, J., *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, pp. 70, 79, 97 y 98.

⁴² *Ibíd.*, pp. 84, 85 y 87.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 70 y 79.

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 82 y 83.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 90, 91 y 92.

de forma más o menos espontánea en la interacción social, «retorna intensificada en el plano del derecho». Las «relaciones *internas* entre facticidad y validez», las tensiones que lo articulan, son «esenciales en la infraestructura del derecho de las sociedades modernas». Pues «el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad del derecho y su pretensión de legitimidad», en su «entrelazamiento estructural»⁴⁶.

4. DIALÓGICA

En el marco de un pensamiento de la complejidad habrá que concebir la tensión entre derecho y justicia en los términos de una *dialógica*. La sociedad está dinamizada por múltiples dialógicas, una de las cuales es la jurídica. El «principio dialógico» que aquí opera hace referencia a «la asociación compleja (complementaria/ concurrente/ antagonista) de instancias, *conjuntamente necesarias* para la existencia, el funcionamiento y el desarrollo de un fenómeno organizado». Nos enfrentamos a «*double-binds* (dobles conminaciones contrarias)» y a una arriesgada «*unidualidad*», que impone la exigencia de «pensar a la vez la unidad y la dualidad»⁴⁷.

El derecho se forma y se desarrolla en una «conjunción dialógica». Estamos abocados a un pensamiento que «debe establecer fronteras y atravesarlas», que «debe rechazar y combatir la contradicción, aunque al mismo tiempo la asuma y se nutra de ella». Se desencadena «un dinamismo dialógico ininterrumpido» hecho de interacciones e interferencias, que hace imposible «cualquier hegemonía de uno de los procesos antagonistas» que implique el sometimiento o la exclusión del otro⁴⁸.

La relación que planteamos nunca puede estar «equilibrada». Permanece «lejos del equilibrio», en «inestabilidades dialógicas». Por eso mismo experimenta «una permanente necesidad de regulación», que en todo caso tendrá que ser una «regulación interna». Pero no puede evitarse «el riesgo del desarreglo». La tensión «se convierte en turbulencia cuando los términos de la dialógica dejan de regularse mutuamente»⁴⁹.

De todas formas «la progresión de uno de los términos de la dialógica no debería efectuarse con la regresión del otro». Los factores que intervienen «pueden y deben controlarse, complementarse mutuamente (sin por ello eliminar su antagonismo)». Remiten el uno al otro y se

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 94 y 101.

⁴⁷ MORIN, E., *El Método*, Vol. III: *El conocimiento del conocimiento*, Libro I: *Antropología del conocimiento*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1988, pp. 109, 111 y 121.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 246 y 199.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 166, 201 y 242.

transforman entre sí generando «un bucle constructivo», una «conjugación estratégica»⁵⁰.

Además del principio dialógico opera aquí el «*principio recursivo*». No hay sólo «interacción», ni tampoco basta con hablar de «retroacción», de un movimiento inverso en el que los efectos inciden sobre sus causas, pues «la idea de bucle recursivo es más compleja y rica que la de bucle retroactivo». Encontramos «un proceso en el que los efectos o productos al mismo tiempo son causantes y productores del proceso mismo, y en el que los estados finales son necesarios para la generación de los estados iniciales»⁵¹. Es un proceso organizador que se produce y reproduce a sí mismo.

Todo sucede, a diferencia de la dialéctica, «sin que se pueda constituir un “meta-nivel” que “supere”» la tensión entre derecho y justicia, que apacigüe su interminable oscilación⁵². No tendría sentido aspirar a «una superación totalizante que englobara armoniosamente» los términos en conflicto⁵³. No se trata de la conciliación entre derecho y justicia sino de su mutua *excitación*.

Se manifiesta de este modo en el plano jurídico un «principio de incertidumbre multiramificado», especialmente un «*principio de incertidumbre sociológico*» y la «incertidumbre ética», que operan en muchos otros ámbitos. El dualismo entre derecho y justicia nos arroja a «un pensamiento que comporta el uso de contradicciones y el reconocimiento de incertidumbre»⁵⁴. Aquí «la incertidumbre es a la vez riesgo y posibilidad» para el pensamiento jurídico. No queda más remedio que aprender a «trabajar con la incertidumbre» y descubrir que los riesgos son también oportunidades⁵⁵.

A diferencia de lo que suele hacerse es preciso pensar la justicia a partir de la incertidumbre. La pregunta por la justicia constituye la irrupción de un principio de incertidumbre en el derecho positivo. La teoría de la justicia tiene dificultades para plantearse como búsqueda de seguridades y aparece cada vez más como *producción de incertidumbre y trabajo con la incertidumbre*. No ofrece al jurista tanto certezas doctrinales como *márgenes de incertidumbre* para poner en marcha el pensamiento y crear formas nuevas. La justicia es capaz de desorganizar el sistema reorganizándolo.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 111 y 112. Luhmann planteará un proceso autocreador llevado hasta las últimas consecuencias, sirviéndose de la noción de *autopoiesis*.

⁵² *Ibidem*, p. 166.

⁵³ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁴ *ID.*, *El Método*, Vol. IV: *Las ideas: Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización*, tr. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 1992, pp. 249, 48 y 202. *ID.*, *El Método*, Vol. VI: *Ética*, trad. A. Sánchez, Madrid, Cátedra, 2006, p. 45.

⁵⁵ *ID.*, *El Método*, Vol. III, cit., pp. 243 y 246. Señala BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial: En busca de la seguridad perdida*, trad. R. S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2007, que la categoría del riesgo «expresa el hecho de tener que tratar con la incertidumbre» y necesitamos alcanzar una «sabiduría de la incertidumbre» (p. 22).

La incertidumbre es un rasgo propio de nuestro tiempo. Luhmann constata que «toda evolución parece basarse, en última instancia, en la masificación y amplificación de incertidumbre». Vivimos bajo el «principio de la amplificación de la incertidumbre (*Prinzip der Unsicherheitsamplifikation*)», en un proceso de transformaciones puesto que «la evolución consiste en convertir permanentemente las incertidumbres en seguridades y viceversa»⁵⁶. La sociedad moderna presenta «una incertidumbre interna perdurable y en constante aumento»⁵⁷. Esto es lo propio de una sociedad abierta⁵⁸.

Si, como advierte Morin, «la mayor aportación del conocimiento del siglo xx ha sido el conocimiento de los límites del conocimiento» y «la mayor certidumbre que nos ha dado es la de la imposibilidad de eliminar ciertas incertidumbres», nuestra tarea ya no es la conquista de certezas sino «saber hacer frente a la incertidumbre». Conocer y pensar –también en el ámbito jurídico– no es la pretensión de descubrir verdades absolutas sino «dialogar con la incertidumbre»⁵⁹.

En una situación como ésta hay que tomar decisiones y «no existen reglas lógicas o metalógicas para decidir». Las tensiones no desaparecen y es preciso aprender a hacerlas productivas. Se puede «trabajar con las contradicciones, pero no disolverlas». En definitiva, es preciso asumir «el riesgo de la contradicción». En este nivel de complejidad «no existe un pensamiento que no comporte un riesgo». Podemos decir del pensamiento jurídico que «es una aventura que no sólo comporta riesgos, sino que se nutre de riesgos»⁶⁰.

La «ontología del riesgo», propia de la «sociedad del riesgo» en la que nos encontramos se caracteriza porque «fuerza a las diversas y a menudo inconciliables pretensiones de racionalidad a combinarse, argumentar y decidir con respecto a las “certezas contradictorias”». Los «conflictos de las *contradictory certainties*, de las certezas que se

⁵⁶ LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., p. 282; *Soziale Systeme*, cit., p. 420.

⁵⁷ ID., *La sociedad de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2007, p. 840.

⁵⁸ Decía DAHRENDORF, R., «Out Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis», *The American Journal of Sociology*, Vol. LXIV, 2, 1958, que «vivimos en un mundo de incertidumbre» y, «a causa de la incertidumbre, hay siempre cambio y desarrollo». Precisamente «éste es el modelo de una sociedad abierta» (p. 127).

⁵⁹ MORIN, E., *La mente bien ordenada. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento*, trad. M. J. Buxó-Dulce, Barcelona, Seix Barral, 2000, pp. 71, 72 y 76. Para TOULMIN, S., *Regreso a la razón: El debate entre la racionalidad y la experiencia y la práctica personales en el mundo contemporáneo*, trad. I. González-Gallarza, Barcelona, Ediciones Península, 2003, el pensamiento de la incertidumbre es prometedor y es preciso aprender a «vivir con incertidumbre», cfr. pp. 294 ss. En esta misma línea considera PRIGOGINE, I., *El fin de las certidumbres*, trad. P. Jacomet, Madrid, Taurus, 1997, que no es una derrota intelectual que vivamos el fin de las certidumbres, sino todo lo contrario. El triunfo de las certidumbres implica «la negación del tiempo y de la creatividad» (p. 214) y nos hace olvidar que «la imaginación de los posibles» es «uno de los rasgos fundamentales de la inteligencia humana» (pp. 213-214).

⁶⁰ MORIN, E., *El Método*, Vol. IV, cit., pp. 200, 203, 213 y 250.

excluyen entre sí», exigen un pensamiento «no lineal», con lo que «se resquebrajan los fundamentos de la monorracionalidad»⁶¹.

Pero la dialógica no constituye propiamente una nueva lógica. A diferencia de lo que ocurre con la problemática de las antinomias en la teoría general del derecho, no proporciona reglas para dirimir los conflictos y «no obedece a ningún principio lógico superior». Aquí «no hay una metalógica». Lo que hace falta es más bien un pensamiento «translógico», es decir capaz de «ir a través, atravesar y transgredir», de inventar y transformar las brechas abiertas en vías de paso⁶².

5. IRRITACIÓN

El «concepto de irritación (o trastorno, o perturbación), *Begriff der Irritation (oder Störung, oder Perturbation)*», ha adquirido un notable desarrollo en la teoría de sistemas. Se trata de un concepto diferencial que expresa lo nuevo, lo inesperado que ocasiona un desvío en la secuencia prevista de los acontecimientos. Los sistemas padecen «irritaciones duraderas» y «están expuestos a focos de irritación (*Irritationsquellen*) muy específicos»⁶³. Las sociedades más evolucionadas se caracterizan incluso por la «autoorganización mediante una irritabilidad creciente (*steigender Irritierbarkeit*)»⁶⁴. Encontramos así en primer plano de la teoría de la sociedad un concepto que tuvo un papel importante en la filosofía de la naturaleza⁶⁵.

⁶¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial*, cit., pp. 51, 177 y 178.

⁶² MORIN, E., *El Método*, Vol. IV, cit., pp. 201, 212, 208 y 213.

⁶³ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 87 (rectifico la traducción de la edición citada); *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, Vol. I, pp. 118 y 119. Luhmann tiene presentes aquí las tesis biológicas de Lamarck y recuerda que «Lamarck llama “irritabilidad” a la característica estructural más importante de todos los seres vivos», p. 398 (edic. alemana, Vol. I, p. 504). La irritación presupone una «diferencia»: «la diferencia entre una secuencia operativa normal, estructuralmente prevista, y un estado de cosas cuyas consecuencias no están claras y cuya transición hacia operaciones de conexión no está decidida» (p. 628). Lo que tiene carácter de irritación «se decide a través de operaciones del sistema que autoobservan, y no de acuerdo con criterios generales e inamovibles cuasientológicos» (p. 628, nota 367). La irritación es un «índice sistémico (*Systemindex*)», p. 628 (edic. alemana, Vol. II, p. 792).

⁶⁴ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 398 (rectifico la traducción de la edición citada); *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Vol. I, p. 504.

⁶⁵ Habría que recordar a SCHELLING, F. W. J., «Introducción al Proyecto de un sistema de filosofía de la naturaleza o sobre el concepto de física especulativa y la organización interna de un sistema de esta ciencia (1799)», en ID., *Escritos sobre filosofía de la naturaleza*, trad. A. Leyte, Madrid, Alianza, 1996, que llegó a plantear «un único proceso de irritación» (p. 169) en relación con la *productividad* que se manifiesta universalmente como incesante producción de diferencias que anula toda indiferencia. El producto seguirá siendo productivo pues la productividad es «la chispa que enciende un nuevo proceso de irritación» (p. 168). En ID., *Sistema del idealismo trascendental*, trad. J. Rivera de Rosales y V. López Domínguez, Barcelona,

En este contexto *la justicia aparece como un foco de irritación específico del derecho*. La justicia tiene que ver con la «capacidad de respuesta (*Responsivität*)» del sistema jurídico, aunque el término preciso sería el de «“irritabilidad” (*perturbability*, sensibilidad, resonancia), *Irritabilität* (*perturbability*, *Sensitivität*, *Resonanz*)»⁶⁶.

Se está planteando algo tan importante como «la sensibilización del sistema (*Sensibilisierung des Systems*)» ante las perturbaciones, ante el «“ruido (*noise*)” de todo tipo» al que está expuesto. El sistema desarrolla una «sensibilidad e irritabilidad constantes (*Dauersensibilität und Irritierbarkeit*)». Esto tiene mucho que ver con el llamado «principio de inquietud de la comunicación (*Unruheprinzip der Kommunikation*)». Podríamos comprobar cómo el derecho «a causa de una “susceptibilidad (*Reizbarkeit*)” creada endógenamente se hace más sensible a aspectos seleccionados de su entorno»⁶⁷.

No podemos captar la dinámica jurídica, ni ninguna otra dinámica social, sin observar cómo se forma en el sistema una «orientación interna por la propia inestabilidad (*Instabilität*)». Pues «el sistema no sólo se agita, lo hace también a causa de su agitación (*Unruhe*)» y, «posiblemente, la agitación causada por la agitación aumenta la agitación». Se abre así una problemática de «autoinestabilización (*Selbstinstabilisierung*)» que es fundamental en el derecho⁶⁸.

El sistema se ve abocado a «la agitación por medio de lo agitado» y al «procesamiento interno de la inestabilidad básica (*basaler Instabilität*). Nos encontramos con «sistemas agitados desde su interior (*von innen heraus unruhige Systeme*)», aunque tampoco hay que perder de vista que «algo construido sobre una base tan agitada (*was auf so unruhigen Untergrund gebaut*) debe poder transformar fluctuación en estabilidad»⁶⁹. Son «sistemas endógenamente inquietos (*endogen unruhigen Systemen*) que constantemente están irritados y que lo están

Anthropos, 1988, p. 297, se menciona la «irritabilidad» (facultad interna de reacción), que ocupa un lugar intermedio entre la sensibilidad (capacidad de ser afectado por un estímulo) y el impulso formador (fuerza de producción). En HEGEL, G. W. F., *Filosofía real*, cit., pp. 124, 127 y 128, la irritabilidad implica un paso adelante con respecto a la sensibilidad. Comporta actividad, diferencia, relación con algo que es otro. Se conecta con las nociones de elasticidad y de tensión. Por su parte NOVALIS, *La enciclopedia (Notas y fragmentos)*, trad. F. Montes, Madrid, Editorial Fundamentos, 1976, sugiere que «la teoría de la ciencia de Fichte es una *teoría de la irritación*» (866, p. 214). La materia aparece como «el *elemento irritable*» (896, p. 224). Así como «la vida se explica simplemente a partir de la vida, la irritación, a partir de la irritación»; y se pregunta si «es la vida simplemente una *irritación* complicada» (934, pp. 236 y 237).

⁶⁶ LUHMANN, N., *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 287; *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, p. 225.

⁶⁷ ID., *Sistemas sociales*, cit., pp. 168-169 y 69. Para los términos alemanes *Soziale Systeme*, cit., p. 237 y 80.

⁶⁸ ID., *Sistemas sociales*, cit., p. 69 (rectifico la traducción de la edición citada); *Soziale Systeme*, cit., p. 80.

⁶⁹ ID., *Sistemas sociales*, cit., p. 70; *Soziale Systeme*, cit., p. 82.

más cuando no hay irritaciones», pero que necesitan encontrar un cierto equilibrio⁷⁰.

Todo esto se relaciona también con las «inseguridades estructurales» del propio sistema. Y no hay que perder de vista que «una sociedad que desarrolla mayor complejidad tiene que encontrar formas de producción y tolerancia de las inseguridades estructurales (*Formen der Erzeugung und Tolerierung struktureller Unsicherheiten*)»⁷¹. En ello se cifra la holgura de los sistemas sociales.

Frente a la idea frecuente de que lo que desestabiliza es disfuncional dirá Luhmann que «los sistemas complejos necesitan, más bien, de un grado bastante alto de inestabilidad (*Instabilität*) para poder reaccionar frente a sí mismos y a su entorno, y tienen que reproducir continuamente estas inestabilidades». La autorreproducción se efectúa sobre la base de elementos inestables, incluso contradictorios, que ponen a disposición del sistema «una alta sensibilidad (*Sensibilität*)»⁷².

Lo característico de los sistemas autopoieticos por lo que respecta a su «irritabilidad» es que son «autónomos». Las irritaciones surgen de una «confrontación» con «posibilidades propias». De modo que «no existe ninguna irritación que provenga del entorno del sistema, ni ninguna transferencia de irritación del entorno al sistema». Se trata siempre de «una construcción propia del sistema, de una autoirritación (*Selbstirritation*)», claro está que «posterior a influjos provenientes del entorno»⁷³. Pero el entorno sólo puede influir «en el marco de posibilidades de autoirritación canalizadas». Pues «la irritación es un estado propio de cada sistema sin correspondencia en el entorno del sistema»⁷⁴. Precisamente *la justicia es una forma de autoirritación del derecho*.

Si partimos de que «el sistema reacciona únicamente a estados y condiciones propios» habrá que tener en cuenta que «la irritabilidad debe también entenderse como un estado propio, estructuralmente dependiente del sistema». No se trata de una mera perturbación externa que interviene como *input* y que se transformará mecánicamente en *output*. No todo puede ser registrado e introducido en el sistema como irritación. La irritación «es una forma de percepción del sistema», pero hay que añadir que es «una forma de percepción *sin un relato en el entorno*». El sistema «registra la irritación solamente

⁷⁰ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., p. 511; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 444.

⁷¹ ID., *Sistemas sociales*, cit., p. 340; *Soziale Systeme*, cit., p. 514.

⁷² ID., *Sistemas sociales*, cit., pp. 332 y 333; *Soziale Systeme*, cit., pp. 501 y 503.

⁷³ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 87; *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Vol. I, p. 118.

⁷⁴ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., pp. 88 y 628. Cfr. también *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, Universidad de Guadalajara, 1992, p. 212.

en la pantalla de sus propias estructuras» y no en su entorno. Por eso «el concepto de irritación no contradice las tesis de la clausura autopoietica y la determinación estructural del sistema: más bien las supone»⁷⁵.

El problema es saber «cómo es que un sistema puede desarrollar irritabilidad, cómo es que puede percatarse de que algo no está bien». Podría permanecer indiferente, abandonarse a su propia redundancia, a las regularidades acostumbradas. La irritabilidad no es espontánea y «resulta indispensable una preparación interna», aunque sólo sea porque «ni siquiera las irritaciones podrían ser identificadas como tales si no hubiera una expectativa con relación a ellas»⁷⁶. El trabajo con irritaciones requiere de toda una práctica.

Es preciso desarrollar «una suficiente especificidad en el reconocimiento de sorpresas» y hacer repercutir las perturbaciones en el ámbito de «sensibilidades que permanecen en la esfera de las operaciones controlables». Interesa también favorecer una «concentración de la irritabilidad» que evite su dispersión. Y conviene impulsar «la canalización de irritaciones» para que se dirijan a los lugares adecuados, en donde tengan a su disposición una red de posibles conexiones⁷⁷. Esta es una de las funciones de la lógica jurídica.

Hay que plantearse también «cuáles son las medidas estructurales que aumentan o debilitan la irritabilidad del sistema»⁷⁸. Precisamente los derechos fundamentales han incrementado considerablemente la susceptibilidad del derecho, su vulnerabilidad y su exposición a irritaciones de muy diverso tipo, así como la capacidad de respuesta del sistema.

La rapidez de reacción a las irritaciones puede ser muy variada. En todo caso «la velocidad de resonancia depende de las estructuras del sistema», de lo que ha sido su propia trayectoria. También «las ondas de resonancia» que se generan «pueden ser de diversa longitud y complejidad». Y «el ritmo de la transformación de irritaciones en estructuras» depende igualmente de las estructuras del sistema, de su propia historia. El sistema puede reaccionar a las irritaciones «en distintas frecuencias de resonancia» y no hay que descartar la «interferencia con otras irritaciones»⁷⁹.

Las irritaciones tienen un papel decisivo en la evolución pues «el sistema construye y modifica sus estructuras con motivo de irritaciones específicas». Es preciso «proveer a los sistemas con irritaciones regulares para su propia autopoiesis», es decir «proveer a la comunicación de interferencias» que desafían la rutina. Entonces el sistema se movi-

⁷⁵ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 631 y 510.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 510-511.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 511 y 465.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 631.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 511; ID., *La Ciencia de la Sociedad*, trad. S. Pappe y otros, México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 48.

liza, reacciona «activando recursivamente las reservas existentes» y «construye, con base en irritaciones preordenadas, una autocomplejidad». Pero la «construcción de autocomplejidad» en la que constantemente se empeña no implica una acomodación cada vez mejor a su contexto. La sucesión de cambios estructurales provocada por las irritaciones «de ninguna manera significa que el sistema se adapte por ello en el transcurso del tiempo cada vez mejor a su entorno». Sobre las «irritaciones ya regularizadas» repercutirán nuevas irritaciones⁸⁰. Con respecto a la justicia *el derecho permanecerá siempre inadaptado*.

Mediante la apelación a valores puede haber en principio un intento por aliviar las irritaciones. De este modo «se trata de atenuar, en el plano de los “valores”, la inseguridad producida por la constante irritación imposible de coordinar»⁸¹. Pero enseguida se ve que los valores no calman la irritación del derecho. No hay valores absolutos, capaces de ejercer un dominio incontestable sobre cualquier situación. El sentido de los valores es discutible, están en conflicto entre ellos, pueden ser más o menos apremiantes y no hay reglas claras de prioridad para decidir. Cuantos más valores hay en juego más difícil será saber cómo hay que resolver. Es preciso recurrir a soluciones de compromiso o diferir algunos valores, en el ejercicio de un «oportunismo elástico»⁸². Por todo ello «en una sociedad que se hiperirrita a sí misma (*in einer sich selbst hyperirritierenden Gesellschaft*)» sucede que, «en última instancia, los conflictos de valores se convierten también de nuevo en irritaciones»⁸³.

Durante mucho tiempo la cuestión de la justicia se configuró preferentemente como la suposición de una legalidad paralela y trascendente. Junto al derecho positivo se postulaba otro derecho, el derecho natural, como su doble o su *alter ego*. El derecho perfecto se situaba además en un orden jerárquico, como un derecho superior.

Este modo de proceder tenía que ver con el intento de configurar un reducto invariable desde el que controlar la variabilidad del derecho⁸⁴.

⁸⁰ ID., *La Ciencia de la Sociedad*, cit., pp. 35, 122, 123 y 457.

⁸¹ ID., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 633.

⁸² ID., *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. J. Nicolás, Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 40. Cfr. también ID., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974, p. 215. Por otra parte hay una irritación interna a la propia idea de justicia. DERRIDA, J., «Cierta posibilidad imposible de decir el acontecimiento», en ID., SOUSSANA, G. y NOUSS, A., *Decir el acontecimiento, ¿es posible? Seminario de Montreal, para Jacques Derrida*, trad. J. Santos, Madrid, Arena Libros, 2007, plantea que «la justicia debe ser ella misma trabajada o asediada por su contrario» precisamente «para poder ser justicia». En ello «no hay simple oposición» (p. 105) ni un «accidente», sino una posibilidad «intrínseca» que está «en el corazón de la justicia de manera indesalojable» (p. 106).

⁸³ LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, cit., p. 634; *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Vol. II, p. 800.

⁸⁴ Esto es lo que le interesa a ID., *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, p. 186.

Pero era sobre todo un modo de regular la antítesis, la interacción y la irritación entre derecho y justicia, que ya no surge en cualquier punto del ordenamiento, de forma imprevisible e incluso anárquica, sino que se canaliza y se distribuye desde un solo lugar, como ramificaciones desde la cúspide, con lo que fácilmente se dosifica y acaba por perder potencia. Las irrupciones locales de la dicotomía, con su posible virulencia, se amortiguan al incorporarlas a un sistema que se demostrará experto en la trato con disonancias. El pensamiento iusnaturalista ejercía así una función adaptadora, mediadora y armonizadora.

El derecho natural tendió también a saturarse en un conjunto de respuestas, bajo las que la pura fuerza interrogativa perdió peso, estancándose en contenidos predeterminados. Se ofrecía un modelo con el que medirse, unas fórmulas en las que había que encajar. Sin duda no es éste el modo en el que la idea de justicia puede pervivir en un mundo como el nuestro.

A pesar de sus limitaciones, las aspiraciones sociales a la transformación del derecho lograron condensarse en esas propuestas de una legalidad paralela, que permitía tanto afianzar como sobre todo cuestionar el derecho vigente. Este derecho supuestamente natural (pero síntesis de exigencias históricas de justicia) no cesaba de hostigar al derecho positivo. Constituía un permanente desafío para el orden establecido, y con razón se le consideró como peligroso e incluso subversivo. Lo más característico de la justicia no es la reproducción del derecho, su repetición, sino la posibilidad de entrar en contradicción con él. Su función es irritarlo y no reforzarlo. Por eso *la justicia se desvirtúa cada vez que opera como gesto redundante que reduplica el derecho* para reafirmarlo.

Lo que ahora interesa destacar de este proceso es que generaba dualismos y construía posiciones desde las que examinar el derecho. Más que por los múltiples contenidos que adquiere, la noción de justicia se caracteriza ante todo por ser un *esquema de observación* del derecho. En esta línea no hay que olvidar la «función “de vigilancia”» que desarrolló el iusnaturalismo⁸⁵.

Hay que insistir en *la potencia de la idea de justicia para crear problemas al derecho*, en su presencia como un factor dinamizador del derecho a través de la tensión. La semántica de la justicia es un registro de incertidumbres. A lo largo de la historia del derecho natural o de la idea de justicia, con sus propuestas cambiantes y contradictorias, lo que permanece no es un sistema de verdades sino un conjunto de *interrogaciones y exigencias*. La herencia del iusnaturalismo y de las teorías de la justicia no es un cuerpo de doctrina consolidado sino «la exigencia frente al derecho positivo», exigencia de razona-

⁸⁵ WOLF, E., *El problema del derecho natural*, tr. M. Entenza, Barcelona, Ariel, 1960, p. 215.

miento y no de sometimiento; la posibilidad de formular «la pregunta jurídica frente al derecho», la *pregunta irritante*⁸⁶.

Ahora la exigencia de justicia ya no se condensa en un derecho paralelo que desde fuera interroga al derecho positivo, sino que se infiltra en la misma legislación, en la forma de derechos fundamentales. Son valores superiores que *irradian* por todo el ordenamiento jurídico y lo llenan de inquietud⁸⁷. Por más que el derecho trabaje con estos valores y los desarrolle nunca logrará absorberlos ni podrá domesticarlos. El potencial interrogativo de estas grandes palabras no se desgasta nunca. Permanece intacto y se renueva con giros sorprendentes.

Al incorporar los valores superiores *el derecho se arriesga a sí mismo* y aloja un potencial que lo desestabiliza, que le vuelve extraordinariamente vulnerable, sensible, irritable. Esto es lo que estimula su capacidad de respuesta a exigencias sociales siempre nuevas. E incluso lo que le permite transformar a la sociedad ejerciendo un protagonismo activo, constructor de nuevas realidades.

6. DIFERENCIA

Volvemos ahora, aunque de otro modo, a la problemática de la diferenciación que se planteaba al comienzo. En la teoría de Luhmann se encuentran dos rasgos significativos para caracterizar cómo la justicia está arriesgando el derecho. Se trata de su íntima vinculación con las nociones de complejidad y contingencia. Ambas representan un pensamiento de la diferencia.

La justicia es una forma de trabajo con la complejidad. No proporciona certezas, no afianza el derecho, sino que *arroja complejidad*, implica «aumentar la complejidad»⁸⁸. La justicia no suministra evidencias sino que problematiza. No es una entidad o sustancia sino una *fuerza de relación que suscita nuevas relaciones*. No aporta simplemente valores sino «criterios para relaciones entre relaciones de valores (*Beziehungen zwischen Wertbeziehungen*)», pautas para «relacionar relaciones (*Relationierung von Relationen*)»⁸⁹.

La justicia es también un *esquema de observación que suscita nuevas percepciones*. Es una forma de «autoobservación», de «auto-

⁸⁶ WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 343 y 321.

⁸⁷ Para el «efecto de irradiación» cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (segunda edición en español), trad. C. Bernal, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 465 ss.

⁸⁸ LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. I. de Otto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 42.

⁸⁹ ID., «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, pp. 381-382 y 399.

confrontación (*Selbstkonfrontation*)» de un derecho que «se expone a sí mismo a la observación de segundo orden»⁹⁰. Los criterios de justicia son agentes problematizadores. El derecho no puede descansar en la justicia, instalarse en ella, en la pretensión de ser justo. La justicia lo inquieta, lo irrita, lo trastorna permanentemente. Mantiene la diferencia.

Por otra parte la justicia no se vincula con la vieja idea de perfección, con la que ya no pueden trabajar las sociedades actuales⁹¹. No aparece como lo que afianza el derecho sino como una «fórmula de contingencia (*Kontingenzformel*)» que lo abre a otras posibilidades, en una sociedad en la que el horizonte de las posibilidades cambia constantemente⁹². La justicia es contingente y produce contingencia

⁹⁰ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 278, 279 y 297; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 218.

⁹¹ ID., «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», cit., pp. 378 ss.

⁹² *Ibidem*, p. 387; *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 280 ss. Si, como leemos en ID., *Observaciones de la modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, tr. C. Fortea, Barcelona, Paidós, 1997, la contingencia es un «valor propio» o rasgo característico de nuestro mundo (p. 87), se impone «renunciar a la esperanza de absorber contingencia mediante perfección» («Gerechtigkeit...», cit., p. 384), tal como pretendía el concepto clásico de justicia. La justicia no consiste en aproximarse cada vez más a un derecho perfecto sino en una «fórmula de control» para el «proceso de autoselección y autosustitución del derecho» (*Ibidem*, p. 394). Las fórmulas de contingencia se caracterizan porque «transforman contingencia indeterminable en contingencia determinable y así identifican sistemas». Ejercen una función limitadora descartando otras posibilidades, pero no sirven propiamente como «criterios de selección» (*Ibidem*, p. 387). Por ejemplo la justicia exige tratar de modo igual lo igual y de modo desigual lo desigual. Suministra el esquema de observación igual-desigual, lo que implica buscar puntos de vista para comparar, pero no concreta más y deja abierto el problema de cómo encontrarlos. La justicia no es un criterio de selección que se encuentre «junto a otros criterios de selección del sistema»; no es un «supercódigo» del sistema, como quisiera Rawls. Esto implica que «se debe aceptar la norma de justicia sin que se pueda prever qué decisiones surgirán a partir de ella», sin saber cómo se efectuará «la autoespecificación de la fórmula», *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 283 y nota 21, y 281. Dirá también Luhmann que las fórmulas de contingencia son «símbolos» que actúan como un «catalizador» para la elaboración de la complejidad propia de los sistemas, *Funktion der Religion*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, pp. 201 y 207. Proporcionan una «semántica propicia» para dinamizar el sistema y «se estabilizan a sí mismas en la medida en que se aplican y se vuelven a aplicar en una relación recursiva» referida a la estructura y a las operaciones del sistema, de manera que «se vuelve plausible» que «son necesarias». Sólo se pueden fundamentar «de modo circular (o si se quiere, sólo de manera pragmática)», *La Ciencia de la Sociedad*, cit., pp. 285 y 286. Constituyen un «punto ciego» para la autoobservación del sistema, *La religión de la sociedad*, trad. L. Elizaincín, Madrid, Trotta, 2007, p. 130. Se trata siempre de «autorreferencia». La justicia es «un “principio” que se fundamenta a sí mismo», o que «no tiene necesidad de fundamentarse», *El derecho de la sociedad*, cit., pp. 279 y 284. Por otra parte estas fórmulas «invisibilizan» su función, «entorpecen la visibilidad» en lo referente a la tautología constitutiva del sistema, y así facilitan su despliegue, *La Ciencia de la Sociedad*, cit., p. 285. Por ejemplo cuando creemos que el derecho se mueve a impulsos de exigencias de justicia tendemos a olvidar que es derecho lo que el derecho considera como tal.

en el derecho. Ejerce una «provocación (*Provokation*)» que «introduce una bifurcación (*Bifurkation*) en el sistema», que de otro modo tendería a la repetición. Genera «situaciones abiertas para la toma de decisión», decisiones que se pueden decidir de otro modo, en la medida en que logra «exponer las decisiones a otros procesos de observación»⁹³.

La diferencia entre derecho y justicia, con su larga historia detrás, sigue siendo un rasgo específicamente moderno. La modernidad se caracteriza por su insistencia en los procesos de diferenciación, y el pensamiento de la justicia es una de sus principales manifestaciones⁹⁴. Incluso la diferenciación moderna se ha expresado en la aspereza de categorías recortadas de modo tajante y tensadas al máximo, como era característico del pensamiento kantiano, con su predilección no sólo por las dicotomías sino también por las antinomias. Se han vivido disyunciones muy fuertes.

Sin embargo lo propio de la postmodernidad es la «diferenciación»⁹⁵. El riesgo actual consiste en una diferenciación deficiente o insuficiente que desdibuje la diferencia. El problema no es tanto que no sepamos positivamente qué es lo justo o cómo fundamentarlo sino que no podamos establecer y mantener con suficiente precisión el contraste afilado entre derecho y justicia, la polaridad⁹⁶. Lo preocupante no sería ahora la turbulencia sino la relajación, la distensión, la indiferencia.

Se ha advertido que en la actual modernidad prima una «lógica de la equivocidad», incluso de la «relación imprecisa». Ahora «se fluidifican y se borran los límites, los fundamentos y las distinciones básicas de las sociedades modernas»⁹⁷. La llamada «modernidad líquida» representa un poder disolvente y por tanto una regresión, con su pre-

⁹³ ID., *El derecho de la sociedad*, cit., p. 299; *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 237. BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial*, cit., recuerda que «los riesgos se basan siempre en decisiones, es decir, presuponen la posibilidad de decidir». Los riesgos «resultan de la transformación de inseguridades y peligros en decisiones (y fuerzan decisiones que a su vez engendran riesgos)». Además, «paralela a la obligación de tomar decisiones, crece la indecidibilidad de unos problemas sobre los que no obstante hay que decidir», pp. 157 y 264.

⁹⁴ Confirma N. LUHMANN, «La diferenciación de la sociedad», en ID., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. J. Beriain y J. M. García Blanco, Madrid, Trotta, 1998, que la modernización de la sociedad implica «un proceso de creciente diferenciación sistémica y de pluralización» (p. 75).

⁹⁵ Cfr. LASH, S., *Sociología del posmodernismo*, trad. E. Eguía, Buenos Aires, Amorrortu, 1997, pp. 22 ss.

⁹⁶ No es el saber sino el contraste lo que suele desencadenar el pensamiento de la justicia. Como señala RICOEUR, P., *Sí mismo como otro*, trad. A. Neira, Madrid, Siglo XXI Editores, 1996, «somos sensibles, ante todo, a la injusticia» y «el sentido de la injusticia no es sólo más punzante, sino más perspicaz que el sentido de la justicia, pues la justicia es, de ordinario, lo que falta, y la injusticia lo que impera». Por eso «es la injusticia la que primero pone en marcha el pensamiento» (p. 207).

⁹⁷ BECK U. y GRANDE, E., *La Europa cosmopolita: Sociedad y política en la Segunda Modernidad*, trad. V. Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2006, pp. 54 y 55.

dominio de lo dúctil y maleable, de una flexibilidad que reblandece y erosiona las configuraciones claramente definidas⁹⁸. En un territorio flotante, en una realidad porosa, sólo pueden encajar elementos fluidos y las tensiones acaban por diluirse.

Aún contando con ello habrá que intentar mantener un pensamiento de «conceptos duales» pero «no excluyentes», es decir de términos que «se complementan y se entrelazan», pero de modo que «en estos conceptos no desaparece toda diferencia» sino que se distinguen y se mantienen «polos específicos» en interacción⁹⁹. Para que siga siendo posible la pregunta por la justicia, la pregunta impertinente e irritante.

Fecha de recepción: 31/03/2010. Fecha de aceptación: 30/11/2010.

⁹⁸ Me refiero a las tesis de BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006, que presenta «la “fluidez” como una metáfora regente de la etapa actual de la era moderna» (p. 8). El «poder de licuefacción» (p. 13) actúa por doquier, disolviendo las formas clásicas.

⁹⁹ BECK U. y GRANDE, E., *La Europa cosmopolita*, cit., p. 55.

