



Der Kampf im Recht: El derecho concebido como una lucha autopoietica

Der Kampf im Recht:
The law conceived as an autopoietic struggle

Alejandro Ramírez Vélez

Resumen: Este texto presenta algunas consideraciones sobre tres autores que cuentan con teorías aparentemente contradictorias, incluso inconciliables relativas a la realidad conflictiva y dinámica del derecho. Se da cuenta del derecho entendido como una guerra ritual, pues el derecho se encuentra asediado por una lucha externa a lo lícito y una lucha interna que enfrenta valores binarios. La realidad del derecho es bélica, así que el presente artículo empareja la influencia de la lucha por el derecho con la lucha del derecho, irradiando contenido nuevo a las comunicaciones sistemáticas que producen operaciones y pronunciamientos jurídicos. Finalmente, se citan teorías críticas sobre el entendimiento de la teoría polémica del derecho elevada a la teoría estratégica del derecho.

Palabras clave: lucha, autopoiesis, Carnelutti, derecho, moral.

Abstract: This text presents some considerations on three authors who have apparently contradictory, even irreconcilable, theories regarding the conflictive and dynamic reality of law. We realize the law understood as a ritual warfare. For the law is besieged by an external struggle against the lawful and an internal struggle that faces binary values. The reality of law is warlike, so this article matches the influence of the struggle for the law with the struggle for law, radiating new content to the systematic communications that produce legal operations and pronouncements. Finally, critical theories are cited on the understanding of the controversial theory of law elevated to the strategic theory of law.

Key words: fight, autopoiesis, Carnelutti, law, moral.

[*] Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín, Colombia.
Correo electrónico: alejandro.ramirezve @upb.edu.co

INTRODUCCIÓN

Hay también, en el terreno del pensamiento, carreteras de llanura y de montaña. Este camino que debía acabar en el concepto de derecho es un rudo sendero montañoso. De ahí, al menos para mí, que no soy un famoso alpinista, la necesidad de dar vueltas. (Francesco Carnelutti, 1949/2017, p. 13)

Uno de los textos más bellos jamás escritos en la historia del derecho fue el transgresor panfleto de Rudolph von Ihering, uno de los más grandes exponentes del pensamiento jurídico social y artífice de la segunda línea del positivismo jurídico, titulado «La lucha por el derecho». Ihering, entonces, creó un constructo jurídico llamado positivismo sociológico-naturalista^[1]. Este autor alemán se esforzó por edificar una suerte de positivismo realista que pudiera hacer frente al positivismo lógico-formalista de la desafortunada jurisprudencia de conceptos.

Ihering empapa sus páginas de sangre y de los gritos que se producen en medio del campo de batalla, que puede ser desde un terreno llano hasta las calles de Berlín, París, Roma, Santiago o Lima. Esa atonalidad^[2] fue lo que Ihering creyó esencial en el derecho. Ahora, desde su muy sabia perspectiva: por el derecho se lucha, se batalla e incluso se muere.

O se lucha por el derecho o se pierde el derecho. Para este jurista, el derecho es un páramo conflictivo, tal como lo ilustra Alas (2015): «(...) lucha por el derecho el labrador que defiende su tierra contra el que pretende arrancarle su posesión; lucha por el derecho, porque si no puede conseguir que voluntaria-

mente ceje en su empeño su adversario, consigue que el Estado intervenga (...)» (p. XXIV). A pesar de la cita al prólogo que Alas hace al panfleto del *iusfilósofo* de Aurich, surgen preguntas como: ¿Qué pasa cuando el derecho protege al que busca arrancarle la posesión al labrador? ¿Hasta qué punto el labrador debe soportar los hostigamientos de su adversario? ¿Qué pasa si la lucha entre el labrador y su adversario hacen que el Estado colapse? ¿Qué pasa si el labrador había arrebatado la tierra a su adversario previamente? ¿Qué pasa con esto y qué pasa con aquello? Tantas historias, tantas preguntas.

Habiendo expuesto el contexto de la obra de Ihering, no resulta baladí afirmar que su gran descubrimiento, el entendimiento de que el derecho se configura a través de luchas y conflictos, no está exento de ciertos vacíos. En el presente ensayo, se procurará dar cuenta de aquellos elementos que ayudarían a complementar, parcialmente, la teoría polémica del derecho que expone el suprascripto.

Ahora bien, todo objeto cultural persigue un fin, y como este ensayo no tiene el privilegio de ser un objeto metafísico o natural, se debe dilucidar el fin para el cual fue escrito. En las siguientes palabras, se expondrá cómo el derecho no es únicamente el producto de una serie de luchas externas entre los interesados en diferentes configuraciones legislativas, sino que el derecho también es una lucha en sí misma; una pugna constante que irradia construcciones necesarias para la supervivencia de los ordenamientos jurídicos.

[1] Kirchmann acota este nombre en sus discursos de 1847, afirmando que Ihering propugnó por una fórmula que pretendía elevar lo jurídico a la categoría de ciencia natural. No obstante, es bien sabido que Kirchmann trató de negar el pensamiento de Ihering cuando recita las palabras de La jurisprudencia no es ciencia.

[2] Atonalismo es el sistema musical que carece de toda relación de los tonos de una obra con un tono fundamental y de todos los lazos armónicos y funcionales en su melodía y acordes. Decimos que se trata de un atonalismo porque la lucha constante que se da por el derecho no responde a características de modo, tiempo y lugar. Igualmente, desde la perspectiva iheriniana suele salirse de los cauces de la guerra reglada de la que hablará, por ejemplo, el iusociólogo Hernando Valencia Villa

He aquí el problema del presente estudio; la basta literatura que hace referencia al contenido bélico del derecho suele indicar que por este únicamente se lucha. Sin embargo, en el presente ensayo se quiere problematizar y esbozar por qué el derecho también es una lucha interna que irradia la lucha externa. Es decir, que hay una especie de simbiosis antiséptica que se expresa en clave de construcción simultánea o necesaria entre dos esferas, la de la lucha interna y la de la lucha externa.

Para efectos de lograr la antedicha exposición, el presente ensayo se dividirá en cinco títulos diferentes encaminados a dar cuenta no solo del pensamiento, sino también de una sistemática comprensión de juristas de diferentes periodos históricos que siguen una línea doctrinal común.

Por eso, A) inicialmente se precisan algunos elementos y conceptos necesarios para el entendimiento de la teoría polémica del derecho que Von Ihering concibe en «La lucha por el derecho». Posteriormente, B) se contrastará la idea de lucha por el derecho y lucha en el derecho, desarrollando la relación de complementariedad existente entre el autor alemán y Francesco Carnelutti. En tercer lugar, C) se comprenderá la relación lógico-causal que va de la idea polémica del derecho a los sistemas autopoieticos, y D) se observarán los elementos antecitados a la luz de la teoría estratégica del derecho, inaugurada por el pensador legal peruano Fernando de Trazegnies, para realizar un adecuado contraste de cara a las teorías críticas. Finalmente, E) la conclusión. Así:

- a. La lucha por el derecho en la obra de Rudolph von Ihering.
- b. La lucha en el derecho y la lucha por el derecho, Carnelutti de cara a Ihering.

- c. El contenido bélico del derecho en los planteamientos críticos de Fernando de Trazegnies y Hernando Valencia Villa.
- d. La autopoiesis y la teoría polémica del derecho.
- e. Conclusión.

Habiendo dicho lo anterior, y expuesto el camino que se propone seguir, se insta al lector a ponerse en pie de lucha como si se trata-se del juramento de los horarios para iniciar un nuevo debate en torno a la literatura de autores tan ampliamente citados.

a. **La lucha por el derecho en la obra de Rudolph Von Ihering**

La obra de Ihering cobra sentido cuando se observa la época en la que escribió, pues su obra está permeada de las cuestiones que se discutían y los fines para los cuales se discutían; refleja, reúne y sintetiza todos aquellos motivos que fueron centro de debate en la ciencia jurídica del siglo XIX.

«La lucha por el derecho» se publicó en 1872^[3], así que, a partir de una apreciación de conjunto, se puede considerar inscrita dentro de la segunda fase de la evolución del pensamiento del autor que —al igual que otros juristas, como lo fue el propio Hans Kelsen— contó con una evolución de su pensamiento que lo llevó a replantear su idea acerca del derecho.

La primera etapa de su pensamiento está extremadamente bien descrita en el estudio preliminar que hace José Luis Monereo a la obra más importante de este autor alemán, «El espíritu del derecho romano». Dice Monereo (2011) que el primer pensamiento de Ihering se resumen en su «(...) adscripción pacífica —pero nunca indiferenciada— a los postulados de la escuela histórica, basada en un po-

^[3] No puede hablarse del otro Rudolph von Ihering hasta 1862, pues con su obra «El fin del derecho» pautó un cambio radical de toda su filosofía, pasando del historicismo jurídico a una concepción vitalista, sociológica y adscrita al pensamiento jurídico social y no al pensamiento jurídico clásico.

sitivismos historicista y no normativista, y vinculada en cierto sentido desde su especificidad y relativa autonomía culturalmente con el romanticismo». Por el contrario, su segunda etapa del pensamiento «(...) se orienta hacia una ciencia productiva de utilidad práctica. Entendida esta como una actividad constructiva de la ciencia (jurídica) para la persecución de determinados fines» (Monereo, 2011, p. XXI). O lo que es lo mismo, observa al derecho como una ciencia práctica que se funda en su inserción y proyección en la vida social y en la praxis vivida. Por eso, considera que la ciencia del derecho debe investigar al derecho positivo para hacerlo aplicable y eficaz. Entonces, «(...) su visión realista se resuelve en una especie de “vitalismo jurídico”, siendo así que el derecho es un “trozo de la vida”» (Carbonnier, 1977, p. 59).

El profesor de la Universidad de Gotinga tenía una preocupación trascendental que irradió toda su obra, desde la temprana hasta la tardía, desde el primer Ihering hasta el segundo. El problema al que hacemos referencia no es otro que el carácter cambiante del objeto del derecho. La actitud científica de este escritor es vital, porque trata de observar muy de cerca las transformaciones, el dinamismo y el devenir del fenómeno jurídico del romanticismo.

Por el dinamismo sucede que su pensamiento no pudo ser unitario, sino que debió observar, con diferentes perspectivas metodológicas, el prisma del cambio jurisprudencial. Así que es notorio el que debiera acomodar su teoría jurídica a las nuevas exigencias científicas del tratamiento del objeto que tanto le interesaba comprender. Existe en su pensamiento una conciencia encaminada a ubicarse en un ámbito cultural que reflejara su propia convicción de que todas las creaciones del hombre están sometidas a un cambio incesante.

En el marco de su cambio, de su anties-taticismo, se escribe el panfleto titulado «La lucha por el derecho». Es de ahí que se pueda afirmar que la obra sub examine está encaminada a dar cuenta de una técnica de explicación causal. El derecho, según Ihering, tiene un fin determinado por cada individuo o el fin de la sociedad como un todo. Aunque parece apreciarse una mayor inclinación hacia el fin social, un utilitarismo social^[4] que se observa en líneas como esta: «(...) la sociedad como sujeto final del derecho, señalando a este la misión de asegurar las condiciones de vida social» (Ihering, 2006, epígrafe 192, p. 223).

El Ihering de 54 años se encaminó por la idea de la fuerza, considerando que «el derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza» (Ihering, 1872/1985, p. 60), y por el elemento de la lucha por el derecho. El elemento de la lucha y de la contienda es inmanente a la dinamicidad del derecho, puesto que la lucha es un rasgo esencial de toda realización del derecho. Asimismo, la actividad del jurista se encamina por un actuar, ya que la vida jurídica muestra que siempre existe una sempiterna tensión entre múltiples intereses opuestos, razón por la cual la lucha es aquello que resuelve las relaciones propias de la vida jurídica; la lucha desata la tensión ocasionada por el yugo del derecho.

El derecho, entonces, enmarcado en medio del poder e íntimamente relacionado con el concepto de Estado, es el reflejo de la lucha y de la fuerza, es lo prescrito por un vencedor o el resultado de un compromiso después del agotamiento que produce una riña, una pugna, una lucha de intereses entre los diferentes factores reales de poder^[5]. La idea de la lucha por el derecho cobra relevancia en tanto este elemento y los intereses sustanciales de

^[4] Ihering mostrando, en intento de invención de una realmente pragmática, una afinidad electiva respecto al positivismo sociológico de Comte, quien afirmaba la validez del conocimiento fundado en la experiencia, pero alejado del utilitarismo de J. Bentham.

^[5] Término acuñado por Ferdinand Lasalle en su libro «Qué es una constitución».

los individuos que hacen parte del derecho se encaminan en la búsqueda de sentido a una serie de valores y objetivos, morales o amorales, del hombre en la vida del derecho, porque «el establecimiento de un nuevo derecho, y de un nuevo orden, ha adquirido el título de su existencia, precisamente en la lucha contra el derecho y el orden precedente» (Monereo, 2011, p. XL).

Tal como manifiesta Ihering (1877/2017):

Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquéllos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. (p. 49)

b. La lucha en el derecho y la lucha por el derecho, Carnelutti de cara a Ihering

Tal como manifiesta Ihering (1872/1985):

El derecho es medio y fin, es fin en tanto que el derecho lucha para la obtención final de la paz, en el mayor de los casos; pero, es el medio más eficaz de lucha, pues en el derecho no reside el espíritu del pueblo, sino el del poder. (p. 85)

Entonces, no en el sentimiento sino en el fin. El derecho, entendido de esta manera, ha sido óbice para que se instaure un derecho de poder del más fuerte, sin imitaciones por principios éticos reflejados en la constitución jurídico-política o sociológica de una sociedad. El derecho se vuelve el instrumento más eficaz para la consolidación de un *status quo* y para la perpetuación del mismo.

Habiendo dicho lo anterior, se puede afirmar que von Ihering olvidó algo crucial en la obra por la que es mayormente reconocido, olvidó aquello que Carnelutti elocuentemente recuerda; por el derecho no solo se lucha, el derecho es efectivamente lucha, en palabras alemanas: *der Kampf im Recht*. Ihering expresó que el derecho busca sobre todas las cosas la consecución de la paz, mientras que Francesco Carnelutti argumenta que entre lucha y paz hay una relación de insuficiencia. La lucha es, precisamente, una insuficiencia que los hombres procuran superar para alcanzar la paz, pero para ello debe entenderse que hay una pugna constante encaminada a perpetuar la seguridad jurídica y la previa consecución de intereses jurídicamente protegidos y alcanzados mediante la lucha por el derecho, la lucha dentro del derecho mismo.

Ahora, para entender los elementos de la lucha en el derecho, debe desglosarse el conjunto de actores de la pugna. El hecho de lucha contra la ley; de allí que sea apropiado decir que el hecho trata de escapar de la ley, y la ley procura atrapar y encasillar al hecho. Tal como el hombre busca huir del tiempo.

Esa constante problemática, ese juego de escape y huida, se debe a que la ley jurídica presenta claras dificultades para representar en su contenido a los hechos de los hombres porque, después de todo, los hombres son criaturas mutables^[6], como lo es el objeto del derecho, lo cual hace tortuosa la tarea de comprimir su desarrollo en una especie, en un fotograma o momento carente de tiempo y movimiento (Carnelutti, 1949/2017). Si se observa el drama humano llevado al mundo jurídico, es necesario posar la mirada en el derecho penal,

[6] Ejemplo de esto es la positivización de delitos que actualmente parecen tan ajenos a la cosmovisión y al imperio de lo cierto, al castillo de la razón que Foucault expone en Historia sobre la locura. Se puede tomar el Martillo de las Brujas (*Malleus Maleficarum*) y disfrutar de un festín de conductas que ahora parecen tan lejanas, tan arcaicas y tan irracionales. Se dice que parecen, porque tal tratado es un monumento a la racionalización de un hecho sobrenatural y un manual que no tiene que envidiar nada a los actuales códigos que consagran el principio del debido proceso.

el cual busca, mediante sus compendios normativos, hacer del hecho un *alieni iuris*^[7] del sistema jurídico al aprehender el movimiento del hecho, al descomponerlo en dos partes y enlazando el *hecho prius* (al cual le quita su movimiento) al *hecho post* (aquella consecuencia jurídica tan conocida por los estudiantes de lógica y argumentación).

Los códigos, como el teatro de sombras o como una partitura de notas anónimas esperando a ser presentadas por Toscanini o por Kleiber, son una galería de figuras, ya que quienes gestaron lo prescrito en los enunciados normativos no están en los códigos, sino que el reflejo de su actuar es el verdadero *hecho prius*. En ellos, el legislador explica la ley moral o amoral, adelantando la consecuencia futura de ese bien o de ese mal, juntando la consecuencia natural con una artificial de hecho.

¿Qué hace el juez, el fiscal, el procesado, el defensor al enfrentarse a un juicio? La respuesta es fascinante. Los sujetos que están sometidos a un juicio hacen algo que hace todo artista: interpretar. Anteriormente, se mencionó que los códigos eran partituras, entonces ahora es importante remitirse a la sabia palabra de Carnelutti: el derecho es como la música. Los sujetos inmersos en el mundo jurídico son, al igual que los músicos, un conjunto de intérpretes que no crean, así como no crea el compositor o el concertino. Igualmente, como sostiene Carnelutti, ni el legislador ni el juez crean, aunque estos sean los compositores del derecho, pues ellos interpretan las partituras, las inventan con cada nuevo concierto, con cada nueva norma jurídica general y abstracta o particular y concreta.

¿Al decir «inventar» es posible asumir que el legislador entonces descubre algo que ya estaba presente en la naturaleza? Efectivamente, y se previene al lector de que no se tilde este ensayo de una apología al tan famoso y actualmente popular iusnaturalismo. El músico ve que la música es un conjunto de sonidos articulados en el tiempo, con tono y frecuencia, mientras que el legislador ve una serie de hechos que han de ser expresados en normas jurídicas. Se es intérprete porque se observa y se inventa, se interpreta la naturaleza sin que esto signifique la extracción de leyes metafísicas. Es decir, que el legislador, en síntesis, observa conductas en la naturaleza, desde el asesinato a la caridad misma, y les atribuye un valor, sea moral o no moral, encaminado a que sirva de fundamento para una futura consagración positiva.

Nuevamente, la comparación con Ihering se hace necesaria. Allí se afirma que el medio para alcanzar el fin del derecho —la paz— es la constante lucha, lucha librada como la defensa obligatoria del derecho adquirido, lucha en los procesos y lucha que se ve en las armas. Esa es una lucha que interesa a cada sector de la población, porque, a fin de cuentas, el derecho que se adquirirá no solo regirá para la generación bañada en la sangre, sino que ese interés alcanzado y logrado por todos se aplicará para la descendencia de dicho conglomerado social. En medio del auge del nacionalismo y del retorno del imperio de la pasión —el romanticismo—, el hombre luchaba porque ante sí veía un conjunto de derechos que creía que merecía adquirir, y cuando ora el legislador, otro particular lesionaba esos derechos, el conglomerado social gritaba «¡ya basta!»

[7] *Alieni iuris* es una expresión latina sumamente utilizada en las relaciones privadas romanas. Es una denominación del derecho romano para aquellos que se encuentran sometidos a la patria potestad de otro o propiedad de otro, su traducción literal es «bajo el derecho de otro». Incluso algunos limitan tal expresión a las relaciones familiares y no a la que tiene el esclavo con su amo, pues estos carecían de personería jurídica. Los *alieni iuris* tenían la capacidad restringida debido a la situación de dependencia en que se encontraban respecto al pater

y empezaba su resistencia o su conquista de posiciones jurídicas de ventaja, en terminología de Hohfeld.

A modo de comparación, la lucha por el derecho puede ser el mito de Siegfried o el mito del oro del Rin (*Das Rheingold*). Ambos mitos fueron bellísimamente musicalizados por Richard Wagner en su ciclo *Der ring des nibelungen*, y contienen un mensaje sumamente deficiente:

- Siegfried: De algo tan espantoso como el incesto^[8] puede surgir algo bello, heroico e incluso sublime. Asimismo, de la lucha, que trae consigo el derramamiento de sangre y la desolación, puede surgir un derecho que logre la paz y unos mínimos del derecho natural, de los que habló Hart en el «Concepto del derecho», tan necesarios ahora y siempre para lograr la cohesión y eficacia de los comandos legales. En otras palabras, mínimos necesarios para no perder la lealtad hacia el derecho^[9].
- *Das Rheingold*: De algo tan bello como lo es el oro más puro, el de Rin, puede surgir el caos y la más grande de las opresiones, tal como la que desató Alberich, el enano que arrebató el oro a las sirenas custodias. Asimismo, el derecho también puede producirse por la observación de la naturaleza y de los hechos acaecidos

en el mundo fenoménico; la interpretación del universo circunstancial puede criar monstruos marinos. Empero, aunque sea producto de un proceso de creación aparentemente pacífico, tal interpretación encierra el conflicto biconceptual del que pronto se hablará.

«Cuando un individuo es lesionado en su derecho, se hace irremisible de esta consideración, nacida de la cuestión que en ella se plantea, y que puede resistir según le plazca, si ha de resistir al adversario, o ceder en la batalla» (Ihering, 1872/2015). El hombre, independientemente de la decisión que elija, ha de hacer un sacrificio, sea sacrificar la paz al derecho o el derecho a la paz; la lucha, pues, siempre comporta un sacrificio. Esa era la consecuencia crucial del análisis a la obra de tan grande jurista; si toda lucha comporta un sacrificio, hemos de decir e introducir al problema del juicio y del proceso la noción de sanción (materializada por la lucha entre ley y hecho mencionada anteriormente) y deber.

Para introducir las nociones de deber y sanción, valga decir, el legislador crea leyes, un concepto ontológico a modo de construcción del hombre con carácter íntimamente finalista, aunque entintado de causalismo. Como se dijo, la norma jurídica tiene un *prius* y un *post* que son vinculados por la ley; es decir,

[8] En el acto III de la homónima ópera de Wagner, Brunilda revela que Siglinda quedó embarazada de Sigmundo, su hermano, y que el producto de su embarazo llevará el nombre de Siegfried; nombre sumamente apropiado para la comparación, pues su significado es «paz». Los hermanos rompen la barrera de la sangre, se lanzan ciegos de pasión a vivir ese intenso amorío que terminará con tragedia y agonía. Wagner es uno de los pocos artistas que ha sabido hacer del incesto algo sublime.

[9] Hart, en su debate contra Lon L. Fuller en la Universidad de Harvard, propugnó que no existe una conexión necesaria entre la moral y el derecho, entre el derecho como es y el derecho como debe ser. Por el contrario, existe una intersección antiséptica —en palabras de Fuller— entre estos dos conceptos. Es decir, que las normas jurídicas pueden estar dotadas de contenido moral, aunque también pueden no estarlo. Si el contenido de estas es moral, habrá un beneficio —en términos sociológicos—, en clave de eficacia, la fidelidad de los coasociados a las normas jurídicas que los ligan. Estos mínimos del derecho natural se refieren a una serie de elementos presentes en los valores esenciales de ciertas corrientes del iusnaturalismo, irrefrenablemente dependientes de la moral, que logran contribuir a la sujeción al cumplimiento de las leyes.

que hay un hecho 1 y un hecho 2, y la ley se para cómodamente en el medio de ambos. Antes de diferenciar entre proceso y juicio, se hará la distinción entre ley y hecho, y cómo se relacionan a la luz de la sanción y del deber.



Nota. De *Ugolino y sus hijos* [Fotografía], por de Jean-Baptiste Carpeaux, 1885-1887, Met Museum (<https://www.metmuseum.org/es/art/collection/search/204812>).

La ley, a modo de salvedad, es un maravilloso y elegante «fotograma» (Carnelutti, 1949/2017), que conduce a la pregunta ¿qué es entonces un fotograma aislado de un filme? El mundo está compuesto de objetos, entre esos objetos hay hechos y cosas: el hecho es una cosa que se mueve, es un género, un desarrollo que es generado y genera. *Contrario sensu*, el fotograma es una especie, un objeto producto de una visión instantánea, es algo carente de movimiento, de tiempo, es como la escultura del conde Ugolino que expresa un evento preciso, el de su agónico descen-

so al canibalismo filial, y puede concretar, en sí, lágrimas, angustia y felicidad. ¿Cómo, entonces, se relaciona hecho y cosa con filme y fotograma respectivamente? Piénsese, a modo de comparación, de qué está construido un filme, de fotogramas que se interponen consecutivamente frente a un proyector que revela la secuencia de hechos y, piénsese también que, si por alguna vez se suspende al proyector en pleno movimiento, se verá en la pared blanca que refleja el filme un fotograma detenido. Así funciona la ley y el hecho, el hecho como filme y la ley/cosa como un fotograma.

Los hechos son todo aquello que no puede ser presente (Carnelutti, 1949/2017), por lo tanto, hay dos hechos en el hecho. Aunque suene a tautología, hay un hecho anterior que desencadenó un hecho futuro. No necesariamente lo anterior se refiere al causalismo de autores, tales como Hanz Welzel, sino que se refiere a que, por un hecho acaecido en la realidad tutelada por el derecho, se produce una necesaria consecuencia jurídica que podrá radicar en un hecho juzgador, sea cual sea la disposición judicial relativa a los conceptos jurídicos fundamentales, o en un hecho indiferente que implica una observación hermética por parte del universo desubjetivado de normas jurídicas.

Estos opuestos diametrales son una lucha en sí misma, como se expresó anteriormente. Hay hechos en un filme, en el filme de la existencia en coexistencia, que obligan al camarógrafo a detener de súbito el proyector en un fotograma para abstraerlo y solidificarlo, pudiendo ligar el hecho anterior con un hecho posterior que, como adelanto, puede ser la sanción o consecuencia de un acto. Ante ese estado de lucha, está eventualmente el juez, quien hace a veces de pacificador o comendador, el cual puede vincular a las partes del proceso por la fuerza unitiva que la ley proscribe a su función^[10].

^[10] Entiéndase por ese párrafo que hay un derecho material, que se refiere al conjunto de normas jurídicas que establecen los derechos y las obligaciones dirigidas a los coasociados, y un derecho procesal, el cual se alinea al lado del derecho material, lo que un buen berlinés llamaría *prozessrecht*.

El juez se lleva lo ignoto a lo noto. El juez pregunta, sacia sus dudas si puede y escucha, alarga el presente hasta el límite de lo posible y, al ver las pruebas que pertenecen al reino de la luz, le arrebató terreno a las tinieblas del delito que no se vio (Carnelutti, 1949/2017). El juez combina lo abstracto con lo concreto.

Por medio del juicio que ha de discurrir por unos cauces obligados o parcialmente obligados, el juez convierte la especie en género, busca lo que el hecho fue antes y será después; el juez conoce una parte y se propone hallar la otra. Se analiza el todo con relación al orden que indica la calidad del juicio, determinar qué es aquello lícito y conforme a la ley y qué, en efecto, no lo es. Ese sentido de orden que mencionamos es aquello que permite preservar la paz luego de la lucha que se da dentro del derecho, la conflagración entre el hecho y la ley.

En ese orden de ideas, se vislumbra otra lucha: la que se desata entre *ius* o ley y *aequitas*, aquella justicia que no se deja formular en la ley. Una justicia que no se comprende, que es metafísica, inmaterial e inconmensurable. Una justicia que se escapa a la vista y que es imposible corroborar. Una justicia que peca por fundarse en una falacia *ad ignorantiam*. El juez en su proceso de juicio, al analizar el litigio o pugna a partir de una perspectiva histórica o una crítica para dar a luz al juicio sistemático, atribuye a la causa una consecuencia impuesta como objeto cultural por la ley, no una que deba entenderse como proveniente, estrictamente, de la naturaleza.

Así que el derecho ha inventado una de las más maravillosas proezas de la realidad cultural; en palabras muy dicientes del maestro polaco Leon Petrazycki, que retoma Carnelutti, «(...) la sentencia que profiere el juez, invocando al imperio de la ley consagrado por el arte del derecho, busca regir el futuro de los hom-

bres» (Petrazycki, 1955), un imperio inventado a partir de la lucha externa y la lucha interna ocasionada por la interpretación.

Es menester precisar algo no antes observado, quizá la ley no es idónea para juzgar a los hombres en sentido estricto, ya que el fanteche, la sombra japonesa, el constructo ideal pensado y elaborado por el derecho no le queda a la medida al retrato del hombre que comete los actos penados; por consiguiente, no se va a poder juzgar en la totalidad ni se llegará a la tan anhelada idea de los latinos de la *aequitas*.

Es correcto decir que se juzga al hombre por el hecho, como rezan las páginas del libro «Arte del derecho». Este juicio rige el futuro de los hombres procesados, pero la ley, a fin de cuentas, entorpece el juicio por esa volubilidad del hombre. Parafraseando a Giuseppe Verdi, gran maestro e intérprete italiano, hemos de decir lo siguiente: «*L'uomo e mobile qual piuma al vento*»^[11]. La lucha del derecho puede expulsar una conclusión fascinante, la ley estorba para juzgar en términos verdaderos al hombre, pero es requerida para regular, y cada juicio a su vez corrige un poco la ley. Asimismo, el derecho casi culmina con el juicio; sin el juicio la ley no obra y tampoco se materializa la lucha entre ley y hecho que hemos mencionado hasta la exhaustividad.

La sanción, instrumento cultural sinónimo de pena, aparece ante la comisión de un delito; hemos dicho que el derecho comporta una lucha interna, pero como se pretende trazar en el presente ensayo, por el derecho también se lucha. Ello se hace en tanto que hay algunos individuos que son vulnerados en sus posiciones jurídicas de ventaja, los cuales tienen que luchar por sí mismos bajo el amparo del aparato judicial. No luchar significa rechazar todo el sacrificio de dos luchas, una interna y una externa. Ambas realizadas por tantas almas que

[11] Frase pronunciada en *Rigoletto*, melodrama de tres actos con música de Giuseppe Verdi y con libreto de Francesco Maria Piave. Fue estrenada el 11 de marzo de 1851.

propugnaban justicia. De lo anterior, que el *sacer* (res consagrada a Dios), o actualmente llamado reo, que no logró escapar ni del tiempo ni de la ley está sujeto a esa medida que asegura el juicio, que soluciona el problema del *animus* mediante el proceso y el *corpus* por el uso de la espada.

Factum infectum fieri nequit, traducido como «no puede lograrse que lo acontecido no haya sucedido». Por ello es que los hombres, propietarios de un espíritu belicoso, han procurado mantener una guerra ritual interjurídica para salvaguardar los intereses jurídicamente amparados que han conseguido a través de la lucha por el derecho. Como cita Ihering al final de «La lucha por el derecho»: «Es la última palabra de la sabiduría/ Que solo merece la libertad y la vida, / El que cada día sabe conquistarlas»^[12] (Ihering, 1872/ 2018, p. 123).

En conclusión, es perfectamente compatible hablar de la existencia de una dimensión conflictiva que rodea al entramado jurídico. El derecho implica que hay un conglomerado social que lucha por la adquisición de la titularidad de posiciones jurídicas de ventaja.

Ejemplo de ello son el Motín del té de 1773, la Revolución francesa de 1789, la Revolución alemana^[13] de 1848-1849, la Revolución de octubre de 1917 y muchas otras. En todos estos ejemplos, se gestó una revolución popular, similar al descarrilamiento de la tranquilidad del poder constituyente primario, que violentó el derecho preexistente para procurar la adquisición de nuevas posibilidades jurídicas.

Por otro lado, en el derecho siempre se gesta una pugna interna. Todos aquellos que se alzaron en armas en medio de la lucha por el derecho están enfrascados en una lucha interna. Ellos realizan ciertos hechos de relevancia

jurídica que implican una contraposición entre el hecho y la ley establecida. Mientras no se adquiriera la posición jurídica de ventaja por la que se lucha, se presencia una lucha en el derecho mismo que implica que el derecho puesto por el legislador, sea quien sea, suspende aquellos actos realizados por los individuos sublevados y los pone en tela de juicio de cara a las leyes existentes en el respectivo sistema jurídico.

c. El contenido bélico del derecho en los planteamientos críticos de Fernando de Trazegnies

La concepción dinámico-estratégica del derecho se desarrolló en América Latina, en Perú. Esta manera de comprender y ver el derecho es, quizá, la más acertada a nuestro tiempo, pero carece de un desarrollo teórico apropiado, pues habla de la dimensión polémica que engloba este objeto cultural.

Trazegnies propone que el derecho es un espacio en el que suceden cosas. No necesariamente una «cosa» o un objeto. En ese lugar, se suceden relaciones de poder a través de diferentes conflictos y luchas de poder. A juicio de Trazegnies (1981):

(...) el derecho no es el resultado del poder sino una etapa de la formación del poder y de su permanente cuestionamiento a través de luchas microscópicas y de guerras mayores; no puede ser concebido como el festín de los vencedores, como el acta de capitulación que se redacta dentro del clima de paz, que sucede a la victoria; por el contrario, el derecho es la batalla misma, una batalla que no termina nunca. (p. 81)

Trazegnies da a entender a sus lectores que el contenido del derecho se hace mediante una serie de confrontaciones entre los pode-

[12] Esta cita pertenece, originalmente, a Fausto de J. Wolfgang von Goethe. Concretamente, a una frase que el doctor Fausto le dirige a su acompañante macabro, Mefistófeles, en la segunda parte, quinto acto.

[13] También llamada la revolución de marzo. Esta se gestó en la Confederación Germánica que buscó la creación de un Estado nacional basado en la soberanía del pueblo alemán.

res y saberes existentes en el marco de una sociedad reglada por normas jurídicas. Esto podría englobar los conflictos de los que habla Duncan Kennedy relativos a las élites jurídicas, los conflictos entre los factores reales de poder que estudió Lasalle, los embates internos del pluralismo jurídico, la guerra ritual de Valencia Villa y hasta las luchas del materialismo histórico.

Entonces, Trazegnies comprende que el derecho no puede ser entendido únicamente desde la óptica de lo que Foucault, en «Vigilar y castigar», llamó la Gran Represión. Existe un organigrama jerárquico desde el cual se controla la lucha dentro del derecho mismo, pero debe decirse que esta lucha no es, necesariamente, perdurable en el tiempo. La lucha en el derecho es mutable porque el contenido del derecho es variable. Igualmente, debe precisarse que esa lucha en el derecho es maleable de cara a las luchas por el derecho, puesto que no necesariamente se refiere esta conflagración a la violencia física, sino a escenarios de conflicto legal, a batallas legales alejadas del ámbito de contemplación de la normatividad.

Afirmando que es perentorio observar los conflictos legales y no exclusivamente la normatividad, ha de surgir la pregunta por la forma del derecho. Kelsen solía decir que el derecho tiene contenido variable pero una forma constante. Ahora, haciendo a Kelsen un *iusfilósofo* contemporáneo, él tenía razón. Hernando Valencia Villa (2010) explica cosa semejante es su tesis doctoral, *Cartas de Batalla*, afirmando que el derecho:

(...) se construye a través de los innumerables encuentros en los cuales se miden y se prueban los poderes y los saberes con la mediación de las fórmulas rituales, sustitutivas, que desde los códigos y los contratos los tribunales y los pelitos, intentan administrar y hacer rentable la plural polémica social. (p. 49)

Valencia Villa (2010) insiste en la idea de que el derecho se crea, transforma y extingue a través de una especie de «guerra ritual»; de

un conjunto de embates que hacen posible el movimiento, el dinamismo, de las relaciones jurídicas horizontales y verticales (p. 49). En este sentido, la forma constante del derecho es la violencia; violencia que se ejerce entre los coasociados contra la Gran Represión o la violencia que esta ejerce contra los hechos mediante sus leyes. La forma del derecho radica en conflictos que se desatan para hacer sobresalir efectos de permanencia legal.

Las implicaciones de que la forma constante del derecho sea el conflicto conducen a formularse la siguiente pregunta: ¿acaso el fin del derecho no es la paz como afirmaba el tan citado Ihering? En principio, las concepciones aristotélicas del derecho podrían afirmar que sí, pero resulta que los resquicios del pensamiento aristotélico conducen a la necesaria presencia de un fin, que puede ser cualquiera, aunque el filósofo de Estágira afirmara que era necesaria la consecución de la felicidad a través de la virtud. Por otra parte, el desarrollo bélico que se ha expuesto hasta el momento no permite hacer tal afirmación. Tantos combates y embates gestados entre los diversos actores que se puedan suscitar al interior y al exterior del derecho devienen en algo sumamente lejano al concepto de paz.

Si la guerra es parte icónica y necesaria del derecho, el fin del derecho no puede ser otro que «(...) canalizar la energía agresiva y competitiva de la especie para extraer de su ejercicio controlado ciertos efectos del poder y del saber» (Valencia, 2010, p. 49). La finalidad del derecho es servir de canal, de embudo o colador de las polémicas, de los conflictos, luchas y enfrentamientos para producir un contenido que no necesariamente excluye la violencia, ni garantiza la justicia. ¿Y cómo no serlo si es claro que hay una cantidad incensurable de apetitos enérgicos que se mantienen en reposo hasta el momento de la disputa?

El derecho como espacio se ha percatado de las posibles amenazas que invitan al hombre a volver a un estado de supervivencia y de preponderancia a través de la fuerza bio-

lógica o adquirida a través de la obtención y disposición de ciertos recursos. Por lo tanto, el que el derecho se abstuviera de comprender y asimilar tales amenazas implicaría que la construcción jurídica general tomase la vena de Diké y se predispusiera para la llegada de un nuevo espacio que lo reemplace. Así las cosas, el derecho se ha desarrollado de tal manera a través del tiempo que necesitó aprovechar esa cantidad ingente de violencia y de fuerza para producir un contenido que, aunque su proceso de formación parezca igual de amenazante, logre controlar a los individuos que se han sometido al imperio de la ley y pueda gozar de una eficacia, real o ficticia, que asegure la cohesión y el contenido necesario para que se pudiese predicar la existencia de sistemas y ordenamientos jurídicos. No debe olvidarse la sentencia de Hernando Valencia Villa al referirse a lo jurídico: «(...) es casi por entero un saber polémico, el discurso de combate perpetua que estructura, desestructura y reestructura el orden entre los hombres (...)» (p. 50).

d. La autopoiesis y la teoría polémica del derecho

No es extraño que los sociólogos y los juristas se valgan de referencias a las ciencias naturales para dar una explicación a los fenómenos que se subsumen en la ciencia que ellos estudian. Esto sucede con el concepto sistémico de la autopoiesis. La teoría de los sistemas autopoieticos aparece en Niklas Luhmann y en Gunther Teubner.

La autopoiesis es un concepto extraído de la biología y de la química orgánica. Se refiere a un neologismo propuesto por primera vez en 1971 por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela para designar la organización de los sistemas vivos en términos de estructura y función. Ambos biólogos concluyeron que este término se entiende como la capacidad que tiene un sistema para reproducirse y mantener su estabilidad por sí mismo, siendo la clave de la existencia de los seres vivos.

Ahora, tal término fue tomado por algunos iusociólogos para explicar la reproducción, la mutación y la formación del objeto dogmático del derecho. Este fenómeno es la capacidad de autoreproducción que tiene un sistema. Los sistemas sociales se autoreproducen, generando sus propios elementos. De este modo, los sistemas, para el caso *sub examine* de los ordenamientos jurídicos, son capaces de mantenerse —es decir, de sobrevivir o conservarse— a pesar de lo conflictivo y peligroso que pueda resultar el medio en el que dicho sistema se encuentra inmerso.

Entonces, Niklas Luhmann acuñó la teoría del derecho como un sistema social autopoietico cerrado. Para entender qué es un sistema cerrado debe explicarse, *grosso modo*, que es un sistema social abierto. Estos sistemas abiertos son aquellos que necesitan de interacción con el medio, con su entorno para producir sus propios elementos. Es decir, que requieren de la puesta en común, de las relaciones de absorción de la «energía» y de las dinámicas sociales externas para su propio desarrollo. Por el contrario, los sistemas cerrados son aquellos que tienen una capacidad de crear sus propios elementos sin la necesidad de una constante y enriquecedora interacción con el entorno en el cual se encuentran inmersos.

Además de lo antes dicho, el derecho es un sistema dinámico, porque las normas de este sistema se relacionan entre sí mediante una cadena de autorizaciones o una delegación sucesiva de poder. Las normas, siguiendo a Hans Kelsen, citado por Luhmann (2014), en estos sistemas «se conciben como resultado de otra norma que autorizó su producción que, a su vez, autoriza la producción de normas sucesivas» (p. 11). Es un esquema escalonado y basado en la validez formal y material de normas habilitantes. La pertenencia de las normas está dada por el hecho de que otras normas autorizan la producción de las primeras.

Luhmann reconoce que el derecho es un sistema dinámico, pero también considera que

la noción dinámica del derecho puede llevarse mucho más allá de lo que lo hizo el padre de la teoría pura del derecho. Luhmann propone que el derecho se puede separar de la concepción jerárquica de Kelsen para entenderse como un sistema operativo, autopoietico y autorreferencial.

En pocas palabras, «(...) se refiere a la constante marcación de una frontera en virtud de una sucesiva operación generadora de nuevas operaciones» (Corsi, 1996, p. 37). De acuerdo con lo anterior, el derecho es un sistema autopoietico porque consiste en la sucesión, en el enlazamiento sucesivo y recursivo de actos o comunicaciones jurídicas. Se generan normas jurídicas a partir de normas jurídicas, lo cual permite una diferenciación respecto del entorno. Este sistema está cerrado o clausurado porque, para la operancia del mismo, solo se obedecen las propias operaciones, y tales operaciones solo pueden ser condicionadas por operaciones suyas anteriores. Entiéndase por operaciones las comunicaciones internas dentro del sistema. Todo esto sin estar influenciado radicalmente y necesariamente por el entorno. Igualmente, Luhmann es seguido por Teubner (2002), afirmando que:

El derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: el derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas. (p. 23)

Tal como menciona Newmark (2018):

La clausura operativa no significa que el derecho esté aislado al entorno, significa que los hechos de dicho entorno no pueden condicionar y determinar la operación del derecho en un sentido causal, aunque sí pueden motivar la decisión dentro del sistema jurídico, siempre y cuando los miembros del sistema o el sistema mismo entienda que esos hechos son comunicaciones rele-

vantes que merecen ser atendidas para la continuidad de sus operaciones. (p. 16)

Tal marco de referencia funciona a partir de una serie de códigos binarios que permean la actividad comunicacional del derecho. Al respecto, Luhmann (2014) afirma: «Derecho es un sistema autónomo funcional de la sociedad que determina por sí mismo aquello que regula y que somete todos los supuestos de hecho sobre los que comunica al código binario conforme a derecho o contrario a derecho (Recht/Unrecht)» (p. 38).

El derecho, según Luhmann (2014), opera a través de comunicaciones, razón por la cual entiende que el derecho funciona mediante códigos:

- Ilegal – legal
- Derecho – no derecho
- Conforme a derecho – contrario a derecho

El sistema se sirve de estos códigos para garantizar su clausura autopoietica. Todas sus comunicaciones deben estar enmarcadas en esos valores; por eso se decía, anteriormente, que el derecho o los miembros del sistema debían darle un valor a la comunicación para que pudiera servir de interés al sistema. Si hay un hecho codificado por el derecho, es posible que el sistema pueda proferir una operación jurídica, un pronunciamiento del sistema. El uso del código sirve para que el derecho pueda mantener su purismo, tal como aspiraba Kelsen, permitiendo que el derecho no requiere de las calificaciones adicionales. Lo que es derecho y lo que no, en términos de la codificación, no guarda correspondencia con valores de otros códigos sistémicos, por ejemplo, el de la moral o el de la economía. Así las cosas, matar puede resultar moralmente aceptado para un sistema económicamente eficiente; aconsejable desde el punto de vista médico y estético desde el punto de vista artístico y, al mismo tiempo, ser una comunicación contraria a derecho.

e. Conclusión

La lucha en el derecho se refiere a la claridad biconceptual precedera, dos comunicaciones interjurídicas que chocan constantemente para producir operaciones jurídicas y pronunciamientos del sistema; a saber, los hechos y la ley. Mientras que la lucha por el derecho, aunque Luhmann se quede corto en este aspecto y brille por su silencio, sucede cuando el exterior, el ambiente interesa al derecho y este es calificado por él mismo; produciendo constantes luchas jurídicas, encaminadas a cambiar las comunicaciones y el contenido de los conceptos binarios que regulan las relaciones entre los individuos sujetos a derecho. Para ser más claro, sucede que el derecho se ve asediado por diversas fronteras por razón de lo liminar, por otros sistemas jurídicos o por individuos renuentes a las comunicaciones lícitas que tienen una serie de comunicaciones que procuran entrar al sistema clausurado, que es el derecho. Este puede recepcionar tales comunicaciones y codificarlas, haciéndolas jurídicamente relevantes; por lo tanto, comunicaciones que se pueden subsumir en el ámbito de aplicación del derecho.

Las comunicaciones externas dejan de serlo para ser intersistemáticas. Tal es una asimilación hospitalaria, pues el derecho recibe las comunicaciones con la clásica hostilidad del posadero, encaminada a conjurar el riesgo que observa en el peregrino, en el huésped. Ello permite que dentro del sistema se desate una lucha que parece ser externa a derecho, pero que no lo es. Esa lucha busca modificar la lucha interna del derecho, he ahí la crucial relación entre la lucha por el derecho y la lucha del derecho. Los combatientes procuran que sus intereses permeen el contenido de la realidad biconceptual, que se traduce en el carácter positivo y negativo que el sistema hace a una u otra comunicación. De esta manera, las luchas por el derecho permiten que el sistema del derecho incorpore contenido nuevo a los criterios por medio de operaciones no legales,

pero jurídicas; razón por la cual se predica que la lucha por el derecho es una guerra ritual que contribuye a la autopoiesis del derecho.

Esta guerra ritual se hace palpable en las constantes sistemáticas que han modulado el contenido del derecho, pues el derecho como espacio se caracteriza por ser aquel «lugar» en el que se condensan las fuerzas sociales, represadas por las vías jurídicas y que, al explotar, se produce el fenómeno de la implosión de tal despliegue para la producción del contenido legal-reglamentario. Dos campos de batalla necesarios que implican una constante formal del espacio jurídico y que implican la perpetua formación interna del contenido y la materia del respectivo mediante la violencia encausada, aunque no lo parezca. La lucha es un presupuesto necesario de la existencia de lo jurídico.

REFERENCIAS

- Carnelutti, F. (2017). *Arte del derecho: Seis meditaciones sobre el derecho* (Trad. G. Carreño). Editorial Ibañez (Trabajo original publicado en 1949).
- Hart, H.L.A & Fuller, L.L. (2016). *El debate Hart-Fuller* (Trad. J. Gonzales). Universidad Externado de Colombia (Trabajo original publicado en 1958).
- Ihering, R. V. (2011). *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (Trad. E. Príncipe & J. L. Monereo). Editorial Comanes, S.L. (Trabajo original publicado en 1877).
- Ihering, R. V. (2018). *La lucha por el derecho* (Trad. L. Lloredo). Editorial Dykinson. (Trabajo original publicado en 1872).
- Kakfa, F. (2013) *El proceso* (Trad. M. Sáenz). Alianza Editorial. (Trabajo original publicado en 1925).
- Kennedy, D. (1974). *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

- Luhmann, N. (1988). *Dos caras del Estado de Derecho*. En Luhmann, N. *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (2018) *La unidad del sistema jurídico. Escritos preparatorios para el derecho de la sociedad* (Trad. H. F. Newmark). Editorial Universidad Externado de Colombia. (Trabajo original publicado de 1984 a 1993).
- Ossorio, A. (1919) *El alma de la toga*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Solano, H. (2018) *Introducción al Estudio del derecho*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Teubner, G. (2002). El Derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (25), 533-571.
- Trazegnies F. de (1981). *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor: Reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico*. Universidad Católica del Perú.
- Trazegnies F. de (1982). *Las tribulaciones de la idea: Preocupaciones en torno a la idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Mimeo.
- Valencia, H. (2010). *Cartas de Batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Panamericana Editorial Ltda.