

INFORMÁTICA JURÍDICA Y ESTADO DE DERECHO

*Al doctor Jorge Carpizo, promotor
también de estas reflexiones*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los elementos de la cuestión.* 1. *El Estado de derecho.* 2. *La seguridad jurídica.* 3. *La "inflación normativa".* III. *La informática como instrumento de comunicación del derecho.* 1. *¿Informática jurídica para todos?* 2. *El punto de vista interno.* IV. *Informática jurídica y evolución del derecho.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior* traté de poner en relación la informática jurídica documental, considerada como instrumento para el conocimiento del derecho, con los postulados del Estado de derecho y de la democracia. Después de constatar que un obstáculo para la vigencia de estos principios —casi dogmas de la vida jurídico-política actual— es la inadecuada difusión de las normas jurídicas, y que su desconocimiento limita al ciudadano en el ejercicio de sus derechos y obligaciones,¹ se proponía como único remedio verdaderamente eficaz la creación de sistemas de información jurídica. En una de las conclusiones advertía, además, una "relación potencial entre la informática jurídica y la democracia, pues la información que es verdaderamente difundida redistribuye y equilibra el poder que corresponde a las personas y las instituciones en un sistema democrático". Para ello se requería, final-

* *Informática y documentación jurídica*, México, UNAM, Facultad de Derecho (tesis de licenciatura), 1987, pp. 131-133.

¹ Así, por ejemplo, la jurisprudencia de los Tribunales Federales Constitucional y Administrativo, junto con la doctrina alemana, consideran que la publicación de las normas es una exigencia del Estado de derecho, que tiene por finalidad que el sujeto de derecho conozca los alcances jurídicos de sus actos. El Tribunal Federal Constitucional alemán establece además, como requisito que debe observar el Poder Legislativo, la prohibición de que se aprueben leyes incompletas, pues una ley debe permitir conocer claramente lo que es debido (*Bestimmtheitsgrundsatz* = principio de certidumbre). Véase Kunig, Philip, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, pp. 200 y ss.

mente, un derecho a la información que garantizara la igualdad de oportunidades en el acceso a la información jurídica.

Estuviera o no fundado el optimismo casi automático de esta fórmula, en aquel entonces se me hizo notar que el tema ciertamente merecía un tratamiento más amplio y profundo que las dos cuartillas y media que le había dedicado. La observación era justa y me dispuse a retomar el tema en otra oportunidad.* Considero a este trabajo como sucesor de esa primera preocupación.

Sin embargo, conforme iba avanzando me di cuenta que, si bien el tema estaba justificado, requería un tratamiento más diferenciado que finalmente conduciría a un juicio distinto y ambivalente respecto de mis primeras conclusiones.

En el apartado II del presente trabajo se persiste en tomar como punto de partida los conceptos de "Estado de derecho" y de "seguridad jurídica" en función de la certidumbre y racionalidad de las expectativas de conducta en la vida social. La llamada "inflación normativa" puede juzgarse como retroceso en este sentido, pero algunas de las soluciones propuestas no trascienden la superficie del fenómeno. La informática jurídica arranca de otras bases, pero también corre el riesgo de naufragar en un optimismo meramente técnico.

En el apartado III se examinan las dificultades que resultan de considerar a la informática como medio para "ilustrar" al ciudadano sobre sus derechos y obligaciones. En consecuencia, la relación inmediata de la informática con el Estado de derecho y la seguridad jurídica se relativiza, y el análisis de las aportaciones de la informática al derecho se traslada al interior del sistema jurídico.

En el siguiente apartado (IV) se intenta trazar algunas líneas de reflexión sobre la posible incidencia de la informática sobre la evolución del derecho, partiendo de algunas ideas propuestas por la teoría de los sistemas autorreferenciales.

Las conclusiones (V) resumen y reformulan los puntos centrales del trabajo.

* El trabajo constituye la versión revisada de la ponencia presentada en el Coloquio "Apports de l'Informatique à la Connaissance du Droit", organizado por el IRETIJ y celebrado los días 10 y 11 de marzo de 1989 en Montpellier, Francia. Agradezco la invitación de su director, Jean-Louis Bilon, y la hospitalidad del profesor Reinhold Zippelius, de la Universidad de Erlangen-Nuremberg, República Federal de Alemania. Las sucesivas versiones del trabajo se beneficiaron con las atinadas observaciones de Sergio López Ayllón.

II. LOS ELEMENTOS DE LA CUESTIÓN

1. *El Estado de derecho*

Resulta casi trivial decir que la idea del “Estado de derecho” implica una relación determinada entre el Estado y el derecho. Pero, ¿de qué relación se trata?

El Estado moderno, cuyos orígenes se suele situar en el Renacimiento europeo, tiene al derecho como condición necesaria; del mismo modo, el derecho moderno tiene como condición necesaria al Estado.² Ello es así debido a que el derecho “es la forma de manifestación necesaria, tanto desde el punto de vista moral espiritual como técnico, de todo poder permanente” y porque “todo poder político es poder jurídicamente organizado”:³ el poder crea derecho, pero éste establece las condiciones de su ejercicio. Desde este punto de vista puede afirmarse que el Estado es el Estado de derecho.⁴

Sin embargo, el concepto de “Estado de derecho” tiene un contenido ideológico y axiológico más preciso, que procede en buena medida de un movimiento histórico determinado: la lucha de la burguesía en ascenso contra el Estado absolutista, durante el siglo XVIII europeo;⁵ de este Estado se pretende obtener la garantía jurídica de algunos de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, como las de propiedad y de conciencia.⁶ Ya en el siglo XIX diría O. Bähr, un teórico alemán, que lo determinante en el concepto del Estado de derecho no es que el Estado reglamente mediante preceptos jurídicos la vida que en él se desarrolla ni que limite sus fines a la realización del derecho, sino que este Estado eleve el derecho a condición fundamental de su existencia.⁷

La doctrina posterior ha seguido desarrollando esta idea del Estado de derecho. Así, por ejemplo, es usual hacer la distinción entre los conceptos “formal” y “material” del Estado de derecho: “formal” cuando se trata de las formas bajo las cuales debe actuar dicho Estado; “ma-

² Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 4a. ed. (trad. de Luis Tobío), México, FCE, 1961, p. 208.

³ *Idem*, pp. 210-211.

⁴ Palacio, Alejandro del, *Teoría final del Estado*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986, p. 10.

⁵ Véase Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado* (trad. de Héctor Fix Fierro), México, UNAM, 1985, pp. 309-313.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Bähr, O., *Der Rechtsstaat*, reimp. de la ed. de 1864, Scientia Aalen, 1961, p. 2.

terial", si hacemos referencia al contenido de su actividad.⁸ En este contexto se menciona como elemento o fin del Estado de derecho a la seguridad jurídica.⁹

2. La seguridad jurídica

a) Cuando hablamos de la seguridad jurídica nos referimos en realidad a un fin fundamental de todo orden jurídico¹⁰ y del Estado, en la medida que éste es garante de aquél. Dicha seguridad jurídica tiene su origen en una necesidad humana básica: el ser humano requiere criterios (normativos) suficientes para poder orientar su conducta y dar así cierta estabilidad al orden social.¹¹

b) Entre los componentes y funciones de la seguridad jurídica podemos mencionar:¹²

— La certidumbre en las expectativas recíprocas de la conducta y de la aplicación efectiva del derecho. De ahí se puede derivar, por ejemplo, el postulado que prohíbe la retroactividad de las leyes.

— La claridad y transparencia de las normas particulares y del orden jurídico en general.¹³

— La continuidad en el orden jurídico, la cual en cierto modo entra en conflicto con la necesidad de su adaptación, que en todo caso deberá ser justificada.

Estos tres elementos o funciones los podemos resumir bajo la noción de *calculabilidad* en el derecho, que es un factor de racionalidad social.¹⁴

⁸ Zippelius, *op. cit.*; véase, también, Albrecht, Alfred, "Rechtsstaat", *Staatslexikon*, 7a. ed., de la Görres-Gesellschaft, Freiburg-Basel-Wien, Herder Verlag, 1988, t. IV, columnas 737-747.

⁹ Véase Kunig, *op. cit.*, nota 1, pp. 390 y ss.

¹⁰ Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 8a. ed., Stuttgart, K. F. Koehler Verlag, 1973, p. 166.

¹¹ Zippelius, Reinhold, *Rechtsphilosophie*, München, C. H. Beck, 1982, cap. V, pp. 157 y ss.

¹² *Ibidem*. Véase, también, Mock, Erhard, "Rechtssicherheit", *Staatslexikon*, *cit.*, nota 8, cols. 731-733.

¹³ Resulta evidente que este requisito encuentra sus límites en el carácter técnico de las normas jurídicas. Por otro lado, el derecho pierde flexibilidad si es demasiado concreto y preciso. Véase Zippelius, *op. cit.*, nota 11, pp. 160 y ss.

¹⁴ Según Herman Heller, la necesidad de calculabilidad en las relaciones sociales se incrementa al aumentar el intercambio entre los grupos sociales, por efecto de la creciente división del trabajo. Véase "Estado de derecho o dictadura", *Escritos políticos* (pról. y sel. de Antonio López Pina; trad. de Salvador Gómez de Arteche), Madrid, Alianza Editorial, 1985, p. 284.

3. La "inflación normativa"

La juridización progresiva de las expectativas sociales dentro del Estado de derecho, inicia su etapa más activa dentro del llamado Estado social o benefactor. Sin entrar por el momento en la discusión de las causas o implicaciones de esta evolución, sí resulta interesante destacar que se traduce en la multiplicación desproporcionada de toda clase de disposiciones —y en general de toda clase de textos jurídicos—¹⁵ situación tematizada bajo los conceptos de "inflación normativa", "sobrerreglamentación", "crisis de la información jurídica", etcétera. Para muchos, el núcleo del problema es el Estado mismo, que produce tal cantidad de normas; la inflación normativa es un índice de que se ha entrado en una situación de amenaza a la libertad. Como solución se propone la reducción del Estado, la "desregulación" y la desburocratización.¹⁶ En lo particular, se indica la conveniencia de racionalizar y, en lo posible, limitar la producción de normas.

¹⁵ Véase una lista más concreta de las causas de este fenómeno, con especial referencia a la República Federal de Alemania, en Heldrich, Andreas, "Normüberflutung?", *F. f. Konrad Zweigert*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, pp. 815 y ss.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, los tres ensayos contenidos en el volumen de Andreae *et al.*, *Von Bürokratisierung und Privatisierung. Wider die Staatsverdrossenheit*, Köln, Deutscher Instituts Verlag, 1980, 164 pp., típicos del neoliberalismo prevaliente de unos años a la fecha.

Sin embargo, esta perspectiva simplifica en demasía el fenómeno. La "sobrerreglamentación" no es más que el indicio de una crisis más profunda en las concepciones contemporáneas sobre el derecho y el Estado. La evaluación de esta crisis va desde la percepción de un proceso de "decadencia del derecho", como resultado de su *instrumentalización* por el Estado (véase, por ejemplo, Huber, Hans, "Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates", *Festschrift für Zaccaria Giacometti*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1953, pp. 73 y ss.), a la reconsideración positiva de las prácticas e instituciones del derecho actual (así, por ejemplo, las ideas de Ewald, François sobre lo que él llama el "derecho social", que desarrolla en su libro *L'État providence*, París, Grasset, 1986) y la búsqueda de nuevos modelos para la regulación social (véase, por ejemplo, Teubner, Gunther; "After Legal Instrumentalism? Strategie Models of Post-Regulatory Law", en id. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, European University Institute, Serie A, 3, 1986, pp. 299-325), pasando por una visión escéptica y ambivalente que habla de una "colonización del mundo de la vida" (*Lebenswelt*), cuando la economía y el Estado intervienen en la reproducción simbólica de este mundo con medios monetarios y burocráticos (véase Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, t. 2, pp. 522 y ss.).

Sobre las estrategias complejas y problemáticas de la "juridización" (*Verrechtlichung*) y "desjuridización" (*Entrechtlichung*) en la sociedad moderna, véase Görlitz, Axel y Voigt Rüdiger, *Rechtspolitologie (Eine Einführung)*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1985, esp. pp. 119 y ss., 171 y ss.

Ello parece plausible y necesario. Si examinamos el problema en los términos en que hemos formulado (*supra*, 2) el concepto de seguridad jurídica como valor intrínseco y superior del orden jurídico, tendríamos que admitir que la llamada inflación normativa conduce a un decremento en la observancia del derecho y a una mayor incertidumbre en las relaciones sociales.¹⁷

No obstante, aun aceptando la posibilidad de una depuración del conjunto existente de normas, así como de una mejor organización y eficacia en su elaboración, es fácil demostrar¹⁸ que las ganancias de esta estrategia son magras. La limitación de la producción de normas (por ejemplo, en el Parlamento) lograría cuando más la transferencia del problema hacia la administración y los tribunales.¹⁹ En otras palabras, en la sociedad moderna, sujeta a un proceso acelerado de cambio, no es posible prescindir de las normas, cada vez más complejas y técnicas, que aseguran su funcionamiento.

Otros decidieron plantear el problema bajo el aspecto del tratamiento eficaz de la información y de los textos jurídicos, proponiendo el recurso a la tecnología de las máquinas de cálculo electrónicas.²⁰ Lo que ahora conocemos como "informática jurídica" nace de este planteamiento. Y si bien podemos considerarla ya como "bien adquirido", no ha cesado la discusión entre quienes predicán sus potencialidades²¹ y quienes dudan, con sano escepticismo, de la "tierra prometida" por la tecnología moderna.²² Los primeros han abandonado algunas de las expectativas irreales de un principio,²³ al toparse con dificultades teóricas y prácticas, pero persisten en su optimismo básico. En lo particular, parece fundada la suposición de una aportación positiva de la

¹⁷ Cfr. Zippelius, *op. cit.*, nota 11, pp. 162-163.

¹⁸ Fix Fierro, *op. cit.*, nota marcada con *, pp. 17-19.

¹⁹ Heldrich, *op. cit.*, nota 15, pp. 819-820.

²⁰ Véase, como respuesta específica de solución, Simitis, Spiros, *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati* (trad. del alemán de Giuseppe Caizzone), Milán, Giuffrè, 1977, XIII-190 pp. (la edición alemana es de 1970).

²¹ Véanse, por ejemplo, Knapp, Viktor, *L'applicabilità della cibernetica al diritto* (trad. del checo por Libor Píručta; intr. de Mario G. Losano), Torino, Giulio Einaudi-Editore, 1978, XXXIII-238 pp.; Chouraqui, Alain, *L'informatique au service du droit* (préface de Charles Debbasch), Paris, PUF, 1974, 303 pp.

²² Como crítica general, de tipo sociopolítico, a las tecnologías de la información, puede verse Moscú, Vincent, *Fantasías electrónicas* (trad. de Graziella Baravalle), Barcelona, Paidós, 1986, 253 pp.

²³ En los países del *common law*, por ejemplo, respecto de la previsión automatizada de las sentencias judiciales. Véase Pérez-Luño, Antonio Enrique, *Cibernetica, informática y derecho (Un análisis metodológico)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976, p. 41.

informática jurídica a la comunicación del derecho y, con ello, a la realización de los postulados del Estado de derecho y de la seguridad jurídica.²⁴ En el siguiente apartado se examinará con más detalle esta posibilidad.

III. LA INFORMÁTICA COMO INSTRUMENTO DE COMUNICACIÓN DEL DERECHO

“La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”; este clásico principio, contenido bajo diversas variantes en los órdenes jurídicos positivos,²⁵ parece expresar hoy día la indiferencia de éstos hacia la realidad de un derecho que ya no es suficientemente comunicado, y de su desconocimiento casi forzoso por parte de los destinatarios de las normas.

En este punto podríamos limitarnos a considerar este hecho como consecuencia negativa del progreso civilizador que debe soportar y solucionar cada persona mediante mecanismos psicológicos internos²⁶ o preguntarnos, en cambio, si la automatización —la informática y las tecnologías de la información— son capaces de cubrir la deficiencia de difusión y comunicación del derecho en favor de los individuos y las instituciones, es decir, en el nivel de la sociedad en general.

1. *¿Informática jurídica para todos?*

Las siguientes pueden considerarse como las características centrales del tratamiento de la información mediante la informática:

— Almacenamiento de volúmenes cada vez mayores de información a costos cada vez más reducidos.

— Nuevas posibilidades de obtención, combinación y reproducción de elementos de información.

— Acceso inmediato a la información, casi con total independencia de la distancia respecto de su localización física.

Dada una amplia difusión de las tecnologías de la información, estas características permitirían la comunicación del derecho (en su expre-

²⁴ Cfr. Simitis, *op. cit.*, nota 20, pp. 56 y ss.

²⁵ Así, el artículo 21 del Código Civil para el Distrito Federal que atenúa el principio en vista de la desventaja económica y social de algunos individuos.

²⁶ Luhmann, Niklas, “Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates”, *Politische Planung (Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung)*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1971, pp. 60 y ss.

sión documental, lingüística, simbólica) a cualquier individuo o institución, prácticamente en el momento mismo en que éste es producido. En otras palabras, la informática y las tecnologías de la comunicación se convertirían en el nuevo medio del medio (el derecho) que trasmite los impulsos normativos a la sociedad, en el supuesto de que éste deba generar una expectativa normativa en los receptores (el derecho es válido para éstos). En otros casos, por ejemplo tratándose del derecho extranjero o de otros grupos sociales (que no es válido o aplicable directamente al receptor), el receptor "toma nota" de éste como de un hecho al que, eventualmente, habrá que adaptarse y que puede tener consecuencias mediatas para sus expectativas.²⁷

¿Se realiza el valor de la seguridad jurídica por el simple hecho de que todos tengan la posibilidad efectiva, a través de la informática y las telecomunicaciones, de "conocer" el derecho?²⁸

Ciertamente la seguridad jurídica exige algún grado de claridad y transparencia del orden jurídico (*supra*, II, 2), pero el ciudadano común difícilmente sabrá a qué atenerse consultando la legislación, la jurisprudencia o la doctrina en la pantalla luminosa, debido al carácter inevitablemente *técnico* y *complejo* del derecho actual. Aún una selección, reformulación y reelaboración del material jurídico en función de un tipo concreto de usuario encuentra límites precisos que dificultan la comprensión por los legos de las distintas ramas jurídicas.

En efecto, la complejidad que ha alcanzado el derecho es tal, incluso en las cuestiones jurídicas cotidianas, que ya no parece *racional* tratar de apropiarse de conocimientos jurídicos, según la certera observación de Niklas Luhmann.²⁹

El desconocimiento en cuestiones jurídicas no sólo se vuelve inevitable, sino también aconsejable. En este caso es dable suponer que todo el derecho se encuentra escrito y que de alguna manera se le puede consultar y determinar según se requiera, y uno debe confiar en una especie de refinamiento urbano (*urbane Versiertheit*), que

²⁷ Cfr. Luhmann, Niklas, *Rechtssociologie*, 2a. ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983, p. 256, en relación con el derecho no estatal: sólo los miembros de los sistemas que lo institucionalizan están sujetos a la normatividad de sus expectativas; otros se conducen y se adaptan respecto del sistema desde un punto de vista meramente cognitivo.

²⁸ Sería interesante conocer la utilidad que los ciudadanos que disponen del servicio de *minitel* en Francia obtienen eventualmente del *Journal Officiel* electrónico.

²⁹ Luhmann, *op. cit.*, nota 27, p. 254.

nos dice en cuáles situaciones, por excepción, es necesario informar-se sobre las posibilidades jurídicas, antes de actuar.³⁰

Por otra parte, y quizá por deformación profesional, los juristas tienden a atribuir una importancia exagerada al derecho (pero al "derecho en los libros"), cuando la realidad social se desenvuelve normalmente sin recurrir a él y evitando incluso su intervención. El derecho y sus mecanismos asociados se convierten en una "última instancia", compleja, onerosa y en ocasiones impredecible, a la que se recurre por razones estratégicas (se cuenta con la amenaza de una sanción) o después de una cuidadosa evaluación de sus probables costos y beneficios.³¹

Esto no significa, por otra parte, que no deba hacerse un esfuerzo de imaginación para concebir y elaborar nuevas formas de "ilustrar" al ciudadano sobre sus derechos y obligaciones, aprovechando precisamente las potencialidades de la computadora como tecnología descentralizada, pero sin perder de vista los límites aquí mencionados.³²

2. *El punto de vista interno*

Si retomamos el concepto de "seguridad jurídica" en conexión con algunas de las observaciones del apartado anterior, diríamos entonces que la seguridad jurídica consiste, en última instancia, no tanto en que los ciudadanos o destinatarios conozcan las normas y se guíen por ellas, sino en que cualquier posible conflicto que sea llevado ante un órgano del derecho pueda ser resuelto de manera consistente. Por ello examinaremos ahora algunos aspectos de la utilización de la informática jurídica, desde la perspectiva *interna* del sistema jurídico.

Aquí quiero concentrarme únicamente en dos de las aportaciones inmediatas y visibles de la informática al tratamiento de la información jurídica (principalmente la documental), en las principales objeciones que se les puede oponer, y en una primera respuesta a estas críticas.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Sobre las condiciones del recurso al derecho, véase Cotterrel, Roger, *The Sociology of Law. An Introduction*, Londres, Butterworths, 1984, pp. 262 y ss. y también Felstiner, William, L. F.; Abel, Richard L. y Sarat, Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...", *Law and Society Review*, vol. 15, núms. 3-4, 1980-1981, pp. 631-654.

³² Así, por ejemplo, la posibilidad de ofrecer, a través de sistemas expertos, una primera orientación jurídica sobre situaciones más o menos cotidianas y simples.

a) La informática jurídica permite la reconstrucción rápida y eficaz de "universos jurídicos" definidos, en sus aspectos material y temporal,³³ ya sea para fines documentales o de apoyo al proceso de toma de decisiones.

Para la crítica, esta reconstrucción tiende a convertirse inevitablemente en un instrumento de racionalización, unificación y centralización jerárquica del derecho, que desalienta la búsqueda imaginativa de nuevas soluciones, puesto que presenta como orientador un conjunto de información del pasado que ya no contiene criterios suficientes para las cuestiones jurídicas del futuro.³⁴

Esta observación resulta legítima en la medida en que saca a relucir el problema del horizonte temporal hacia el cual se orientan las decisiones jurídicas y recomienda precaución en el uso del "precedente" como criterio único de solución. Sin embargo, la coherencia de las decisiones jurídicas entre sí, sobre todo desde el punto de vista de su compatibilidad temporal, no sólo es deseable en sí misma sino necesaria. Los riesgos de la centralización provienen del condicionamiento *político*, de la estructura jerárquica actual de los órganos que producen decisiones jurídicas. En otras palabras, esta organización no es inherente al derecho y, por tanto, no es la única posible.³⁵

La experiencia habida hasta el momento con los llamados "sistemas expertos" aplicados al derecho muestra los límites que enfrenta la automatización de decisiones jurídicas y los grados desiguales en que los sectores del derecho son susceptibles de este tratamiento. Pero, por el otro lado, no hay que perder de vista las ventajas que implica la posibilidad, así sea restringida, de reformular las normas jurídicas como "programas condicionales" (del tipo: "si x, entonces y"), que formalizan la decisión y la descargan de la justificación de sus consecuencias; se les puede considerar como algoritmos automatizables y éste es justamente su sentido.³⁶

³³ Por ejemplo: cambios en el tratamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal de los "accidentes de trabajo".

³⁴ Esta observación me fue formulada de manera verbal, en términos similares, por Volkmar Gessner.

³⁵ Cfr. Luhmann, Niklas, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1986, pp. 25 y ss. Puesto que la autorreferencialidad hace tautológico al derecho positivo, se requiere una asimetrización jerárquica y temporal para que éste pueda operar.

³⁶ Para Luhmann, Niklas, "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft", *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, pp. 140-143, ésta y otras características de la "programación condicional" del derecho constituyen un verdadero logro evolutivo.

Con todo, es imprescindible un estudio empírico y sistemático del uso real de los sistemas de información jurídica y de su impacto sobre el trabajo cotidiano de los juristas y órganos del derecho que ya dependen de ellos, para superar así el nivel demasiado general de estas hipótesis.

b) La informática permite el tratamiento eficaz de un gran volumen de información jurídica que sería prácticamente inaccesible por otros medios.

Sobre este punto, la crítica afirma que el volumen indiscriminado de información obstaculiza la depuración del orden jurídico que se logra mediante la "sana capacidad humana" de olvidar lo secundario y concentrarse en lo principal.³⁷ En otras palabras, el problema no reside ya tanto en el acceso a un gran volumen de información, sino en la necesidad de *discriminar*, bajo criterios de relevancia científica o práctica.

En efecto, habría que admitir que para ciertos usos y circunstancias, el volumen indiscriminado de información es más un obstáculo que una ventaja, pero igualmente se tendría que afirmar que un proceso de selección sobre esta base de información introduce un elemento de diferencia *cualitativo*, mejor adaptado a una necesidad concreta y práctica.³⁸

No obstante, esta crítica contiene un elemento de fondo, quizá inconsciente, que no parece posible despachar tan sumariamente y que podría formularse así: ya sea en su tratamiento de grandes volúmenes de información, ya sea una selección y reelaboración de la misma, la informática jurídica presenta una imagen distorsionada del derecho, pues no están totalmente claros los criterios de selección y reformulación ni sus relaciones con la teoría, la ciencia y la práctica del sistema jurídico.

A ésta objeción cabe oponer primeramente el criterio de la *objetividad*: la informática jurídica trabaja con materiales existentes, cuya reelaboración se limita a facilitar su tratamiento informático:³⁹ se *describe* simplemente el derecho que es. La crítica insistiría en preguntar: ¿dónde termina la descripción y comienza la interpretación más o

³⁷ Zippelius, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, München, C. H. Beck, 1985, pp. 107-108.

³⁸ Esto puede concluirse de la experiencia del IRETIJ con los bancos de información llamados de "segunda generación". Véase IRETIJ, *Rapport d'activité 1983-1985*, Montpellier, 1985, pp. 115 y ss.

³⁹ Este es el postulado o "dogma" fundamental de la "teoría del *abstract*".

menos arbitraria?, ¿acaso no se hace pasar *una* idea del derecho como si fuera *el* derecho? Sería sencillo mostrar que estas últimas objeciones se fundan en determinados (pre)juicios sobre la naturaleza y funciones del derecho,⁴⁰ pero igual cuestionamiento se le puede hacer a cualquier otra interpretación del derecho.

En este punto voy a recurrir a algunas ideas recientes de la teoría de los sistemas autorreferenciales autopoyéticos, con el objetivo de abrir otras perspectivas en el análisis de este último problema y, posteriormente, señalar algunos puntos en que podría continuarse y profundizarse la reflexión.

IV. INFORMÁTICA JURÍDICA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO

La teoría de los sistemas sociales autorreferenciales autopoyéticos, en la versión que ha desarrollado Niklas Luhmann, toma como punto de partida la diferenciación funcional de la sociedad, es decir, la existencia de sistemas como el jurídico, el político, el económico, el científico, que reducen la complejidad de la vida social de una manera específica.⁴¹ La autorreferencialidad y la autopoyesis (noción esta última de origen biológico)⁴² consisten en la autoconstitución recursiva, circular, de los sistemas, de su unidad, con referencia a un medio ambiente, y de sus elementos (en este caso, comunicaciones), a través de sus propios elementos. La observación de los sistemas procede únicamente mediante la identificación de diferencias, de manera que esta observación se vuelve relativa: dependiendo de su punto de referencia,

⁴⁰ Así, por ejemplo, la idea (política e ideológica) de que la creación del derecho debe tener algún tipo de legitimación democrática, la cual fundamenta la jerarquía de las normas. La diferencia de autoridad en las interpretaciones del derecho lleva quizá a la exigencia de que los sistemas de información jurídica deban ser avalados por la autoridad del Estado. Véase IBI, *Système National d'Informatique Juridique (Description de projet)*, Roma, 1983, p. 17.

⁴¹ Luhmann desarrolla ampliamente esta nueva orientación de su teoría de los sistemas sociales en su libro *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.

⁴² Para Ladeur, Karl-Heinz, "Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft. Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 2, 1988, pp. 225 y ss., es imprescindible eliminar el prejuicio de que se trata de un concepto meramente "importado"; por el contrario, la emergencia de un nuevo paradigma científico, que sustituye el esquema clásico de la relación sujeto-objeto, es la base de tales conceptos, que se insertan en el contexto de la creciente complejidad social y de una mayor significación de lo "artificial".

todo observador ve más, y también menos, que otros observadores; en otras palabras, el observador "no puede ver lo que no puede ver".⁴³

a) Desde un punto de vista *externo*, es posible constatar que los sistemas sociales —y esto es aplicable al sistema jurídico— desarrollan una teoría sobre sí mismos. "La teoría es entonces una parte del sistema, del cual es teoría... Cada intento por comprender al objeto lo modifica, y la tarea no puede ser llevada nunca a término...".⁴⁴ En contra de la opinión común, toda teoría es una práctica que tiende a incorporarse a su objeto⁴⁵ y lo hace evolucionar. *A contrario sensu*, se podría decir que no hay práctica sin algún tipo de reflexión sobre su objeto.

Esto tiene consecuencias para la informática jurídica y para el problema que nos ocupa, esto es, decidir si los sistemas de información jurídica se limitan a reproducir (describir) el derecho de un modo específico o, bien, si introducen un elemento de "interpretación" más o menos arbitraria.

Existen indicios para pensar que la informática jurídica, aun en sus manifestaciones más modestas, no sólo no puede prescindir de una reflexión previa sobre la naturaleza y estructura del derecho, sino que esta reflexión incrementa sus potencialidades.⁴⁶ La noción de autorreferencialidad refuerza esta conclusión y la amplía. Así, habría que considerar a la informática jurídica como una peculiar confluencia de la teoría y de la práctica del derecho, que incorpora inevitablemente una reflexión teórica sobre el derecho condicionada por la racionalidad que impone un interés instrumental específico y una aplicación tecnoló-

⁴³ Cfr. Portele, Gerhard, *Autonomie, Macht, Liebe. Konsequenzen der Selbstreferentialität*, Frankfurt, Suhrkamp (Taschenbuch 1594), 1989, p. 39.

⁴⁴ Luhmann, Niklas, "Selbstreflexion des Rechtssystems. Rechtslehre in gesellschaftstheoretischer Perspektive", *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., nota 36, pp. 421-422.

⁴⁵ Así, por ejemplo, la teoría del dinero de Keynes, "En la medida en que se empezó a actuar en la economía de acuerdo con esta teoría, cambió el sistema al cual se refiere la misma. Y la cuestión de si se había tratado de una verdad científica o de un error brillante, pierde importancia frente a la pregunta de si puede haber teorías de reflexión capaces de reflexionar sobre sí mismas como teorías del sistema" (*idem*, pp. 424-425).

⁴⁶ Respecto de la informática jurídica documental, se ha llegado a la conclusión de que, si han de aprovecharse verdaderamente sus potencialidades, la automatización debe ser más (o algo distinto) que el almacenamiento por otros medios de lo que antes se encontraba sobre el papel. Se trata de automatizar el derecho mismo (en su realidad simbólica), para lo cual se debe conocer su organización y estructura. Véase Bibent, Michel, *Compte-rendu d'une mission au Mexique*, Montpellier, IRETIJ, 1987, § 6.

gica concreta. Esta confrontación de lo jurídico y la máquina artificial no dejará de influir sobre nuestra concepción del derecho; sus límites sólo serán observables desde otros puntos de referencia.

b) Para Gunther Teubner, la idea de autopoyesis significa la posibilidad de que el sistema jurídico internalice los mecanismos de su propia evolución. La regulación de la sociedad a través del derecho se manifestaría entonces como cambio estructural controlado, como coevolución de sistemas sociales autopoyéticos.⁴⁷

Pero la autopoyesis del sistema jurídico se produce como un proceso en que éste va controlando gradualmente los mecanismos evolutivos de variación, selección y estabilización.⁴⁸ El hiperciclo autorreferencial entre los elementos del sistema jurídico se cierra cuando se establece efectivamente la "producción de comunicaciones jurídicas mediante comunicaciones jurídicas, a través de la red de expectativas de derecho, y guiada por la dogmática y el procedimiento jurídicos".⁴⁹

Si esta tesis es cierta, cabe suponer alguna incidencia, que estaría por comprobarse, de la informática jurídica sobre este proceso de evolución, en la medida en que parece favorecer un incremento de las posibilidades de comunicación de y sobre el derecho, precisamente como autorreferencia entre sus elementos simbólicos. En un plano más particular, el renovado interés que la aplicación de la informática al derecho ha suscitado respecto del lenguaje jurídico (representativo del mecanismo de estabilización), sus estructuras y posibilidades de formalización, así como respecto del proceso de decisión (mecanismo de selección) prueba que nuestra hipótesis no se halla del todo descaminada.

c) La idea de autopoyesis permite plantear también la posibilidad de una evolución de la función misma del derecho, en el contexto de lo que pueda denominarse la "racionalidad posmoderna de las posibilidades".⁵⁰ En este sentido, el derecho se orientaría más hacia la generación, conservación, modificación y compatibilización de las redes de relaciones (que constituirían el nuevo "sustrato" de la regulación jurídica, en lugar de la conducta humana) de y entre los sistemas so-

⁴⁷ "Evolution of Autopoietic Law", en Teubner Gunther (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín-Nueva York, Walter de Gruyter, European University Institute, Serie A, 8, 1988, pp. 217 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*. Sobre los equivalentes en el derecho de los mecanismos de variación, selección y estabilización, véase Luhmann, Niklas, "Evolution des Rechts", *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., nota 36, pp. 14 y ss.

⁴⁹ Teubner, Gunther, "Hyperzyklus in Recht und Organisation", cit., por Ladeur, op. cit., nota 42, p. 224.

⁵⁰ Ladeur, op. cit., nota 42, pp. 231 y ss.

ciales; el derecho asumiría la función paradójica de la regulación de la autorregulación.⁵¹ En este orden de ideas, el empleo de modelos de cómputo abre nuevas posibilidades de apoyo al proceso de toma de decisiones.⁵²

Quedaría por explorar mientras tanto el potencial de la relación sistema jurídico-máquina como "organización" en el proceso de comunicación, como sistema capaz de incrementar la interdependencia de los elementos del sistema jurídico y su complejidad interna, acelerando los procesos de decisión.⁵³

Probablemente los resultados de la reflexión sobre los problemas que origina la informática jurídica sigan siendo, con frecuencia, de tipo *negativo*, es decir, se presenten como los *límites* derivados del funcionamiento actual de las computadoras. Saber el cómo y el porqué de esta situación ya es ganancia.⁵⁴

V. CONCLUSIONES

1. Los principios del "Estado de derecho" y de la "seguridad jurídica" pretenden contribuir a la calculabilidad y racionalidad de las expectativas de conducta en la vida social; presuponen el requisito de la difusión de las normas jurídicas y el que sus destinatarios conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones. El fenómeno de la llamada "inflación normativa", característico del Estado social o benefactor, amenaza la posibilidad de que el derecho sea suficientemente comunicado.

⁵¹ *Idem*, p. 233.

⁵² Ladeur, Karl-Heinz, "Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann's 'The Unity of the Legal System'", *Autopoietic Law...*, *cit.*, nota 47, pp. 270 y ss.

⁵³ Luhmann, Niklas, "Systemtheoretische Beiträge zur Rechtslehre", *Ausdifferenzierung des Rechts*, *cit.*, nota 36, pp. 241 y ss.

⁵⁴ En este punto, a más tardar, se preguntará el lector si no le hemos escamoteado el tema de la relación entre informática jurídica y Estado de derecho. Esto es así sólo en apariencia. El concepto de Estado de derecho no es más que la fórmula que el sistema jurídico emplea para caracterizar y controlar al sistema político, lo cual no impide que éste, a su vez, *instrumentalice* al derecho (la vieja cuestión de la primacía del poder sobre el derecho o viceversa no es más que un problema del punto de observación que se adopte). *Cfr.* Luhmann, Niklas, "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", *Rechtslehre*, vol. 19, núm. 1, 1988, pp. 16 y ss.

Así, en la medida en que la informática jurídica cumpla una función positiva dentro del sistema jurídico, en esa medida estará también contribuyendo a la realización del "Estado de derecho".

2. La racionalización del orden jurídico, la reducción del Estado y de la producción de normas, son soluciones problemáticas e insuficientes. La "inflación normativa" es el indicio de una transformación más profunda. Son los conceptos de "Estado de derecho" y "seguridad jurídica" los que ahora se cuestiona en su contenido mismo y se intenta reformular sobre nuevas bases.

3. También una consideración meramente técnica o instrumental del problema —como tratamiento eficaz de un gran volumen de información mediante la tecnología moderna— corre el riesgo de caer en un optimismo exagerado si no toma en cuenta algunos de los límites que circunscriben la comunicación del derecho:

a) El orden jurídico ha alcanzado tal nivel de técnica y complejidad que para el ciudadano ordinario ya no es racional apropiarse de conocimientos jurídicos.

b) Ni el sistema político ni el sistema jurídico mismo pueden controlar las condiciones bajo las cuales una expectativa o un conflicto sociales se someten a la "última instancia" del derecho, a la cual se acude por razones estratégicas, después de un cálculo de posibles costos-beneficios.

4. Más importante que la difusión general de las normas jurídicas es la garantía de que el sistema jurídico, como subsistema funcionalmente diferenciado de la sociedad, sea capaz de producir decisiones consistentes y adecuadas. Ello induce a examinar preferentemente el papel de la informática *dentro* del sistema jurídico.

5. La evaluación de las aportaciones de la informática jurídica debe hacerse en el contexto de una reflexión más amplia sobre la naturaleza y funciones del derecho en la sociedad moderna, y serán las nuevas concepciones en este sentido, antes que las tradicionales, las que den una perspectiva correcta de estas aportaciones y una orientación a sus potencialidades futuras.

6. Varios son los aspectos o ámbitos que es necesario tener en cuenta si se quiere continuar el trabajo de reflexión:

a) La informática jurídica implica una peculiar confluencia de la teoría y la práctica del derecho, que abre nuevas posibilidades de observación del mismo.

b) La informática jurídica ofrece mayores perspectivas de comunicación de y sobre el derecho, como proceso autorreferencial que puede afectar sus mecanismos internos de evolución.

c) La aplicación de la informática a los procesos de decisión permite considerar a la relación sistema jurídico-máquina como organización

de comunicación, como sistema con características y posibilidades propias.

d) Quizá es llegado el momento de emprender una investigación empírica, que sirva como referencia, sobre los efectos reales del uso de la informática en el trabajo de juristas y órganos del derecho.

7. La informática jurídica no es en sí misma un punto de observación del derecho, pero lo hace posible. Cuenta con una ventana abierta hacia otras disciplinas, de las cuales provienen hoy día muchas de las innovaciones científicas y técnicas que están transformando la sociedad. Es inevitable que desde nuestro punto de observación veamos más y también menos que desde otras perspectivas. Pero ésta es precisamente la justificación y la garantía de que nuestra reflexión será fructífera.

Héctor FIX FIERRO