

00761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

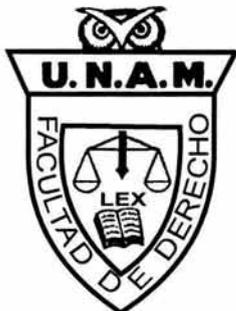
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION ESTUDIOS DE POSGRADO

" LA DESCRIPCION DEL DERECHO EN LA OBRA DE NIKLAS LUHMANN"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
LIC. MIGUEL ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ



DIRECTOR DE TESIS:
DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

MEXICO D. F. 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mis padres, de quienes he recibido
un profundo amor y ejemplo.*

AGRADECIMIENTO

Este trabajo se debe a muchos nombres, todos ellos maestros de esta honorable facultad. Pero sin duda alguna, es el Doctor Rafael Márquez Piñero quien me motivó a realizarlo, quien además, no estimando tiempo tuvo la paciencia de asesorar el presente estudio.

Tabla de Contenido

Introducción	VII
Capítulo Primero. La Teoría de Sistemas	
1.1 ¿Qué es la Teoría de Sistemas?	1
1.2 Primeros autores	5
1.2.1 Paracelso	5
1.2.2 Nicolás de Cusa	7
1.2.3 Leibniz	8
1.2.4 Ludwig Von Bertalanffy	11
1.3 Algunos rasgos de la Teoría General de Sistemas	12
1.3.1 Isomorfismo	12
1.3.2 Tipos de sistemas	15
1.3.3 Entropía y neguentropía	17
1.3.4 Finalidad	19
1.4 Algunas dificultades enfrentadas por la Teoría de sistemas	20
1.4.1 Determinismo	20
1.4.2 Reduccionismo	22
1.4.3 Sistémica, sistemismo y sistemática	23
1.4.4 La Teoría de sistemas y las ciencias sociales	27
1.5 Teoría de sistemas y Luhmann	31
Capítulo Segundo. La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann	
2.1 Fundamentos de la teoría	34
2.1.1 De la unidad a la diferencia	34
2.1.2 La Teoría de sistemas	36
2.1.3 El paradigma autopoietico	40
2.1.4 El funcionalismo	43
2.1.5 El esquema representativo de la Teoría (biológico, psicológico, social)	46
2.1.6 El constructivismo radical de Luhmann (modelo epistemológico)	48
2.2 Composición del sistema	53
2.2.1 Sistema y entorno	53
2.2.2 Comunicación, complejidad y contingencia	54
2.2.3 Sentido	58
2.2.4 Acoplamiento estructural e interpenetración	59
2.2.5 Observación	62
2.3 Sistemas sociales	65
2.3.1 Tipos de diferenciación interna del sistema	65
2.3.2 Formas de la sociedad	72
2.3.3 Estructura	73
2.3.4 Relación hombres y sociedad	77

Capítulo Tercero. El Sistema Jurídico

3.1 Diferenciación del derecho	81
3.1.1 Punto de partida de Luhmann	81
3.1.2 El Derecho como subsistema	82
3.1.3 Código y programa jurídico	85
3.1.4 La norma jurídica	89
3.2 Las funciones del derecho	90
3.2.1 Generalización de expectativas dentro de un futuro incierto	92
3.2.3 El Derecho como sistema inmunitario	97
3.3 Unidad del sistema	99
3.3.1 Autopoiésis del derecho	99
3.3.2 Autonomía	103
3.3.3 La positivización del derecho	105
3.3.4 Legitimación	108
3.3.5 Institucionalización	108
3.3.6 Validez	111
3.3.7 Eficacia	112
3.4 Estabilidad del sistema	113
3.4.1 Sistema político y jurídico	114
3.4.2 Evolución del sistema jurídico	119
3.5 ¿Ficciones del derecho?	121
3.5.1 La justicia	121
3.5.2 Consenso	124
3.5.3 La heterarquía del sistema	125
3.5.4 La confianza en el derecho (reducción de complejidad)	127
3.6 ¿Un sistema racional?	130
3.6.1 Las consecuencias como criterio de decisión (dogmática y consistencia)	132
3.6.2 Interpretación	134

Capítulo Cuarto. ¿Hacia un sincretismo en el derecho?

4.1 ¿Un conocimiento incompleto?	137
4.1.1 El derecho libre	138
4.1.2 Realismo jurídico escandinavo	140
4.1.3 Jurisprudencia sociológica y realismo jurídico norteamericano	140
4.2 La separación y el encuentro	141
4.3 La sociología, teoría y dogmática jurídica	147
4.3.1 La sociología jurídica	148
4.3.2 La teoría del derecho	150
4.3.3 La dogmática jurídica	156
4.4 La sociología y el derecho	161

Capítulo Quinto. Críticas y dificultades con el pensamiento luhmanniano

5.1 La autopoiesis	168
5.2 Diversas posturas	171
5.2.1 La postura de Maturana y Von Foerster	172
5.2.2 La posición de Neves y la alopoidesis	174
5.2.3 La postura de Günther Teubner	177
5.2.4 La falacia <i>Ignoratio elenchi</i>	183
5.2.5 Otra críticas	183
5.3 La postura de Habermas	188
5.3.1 Sobre el consenso	195
5.3.2 La sociedad sin hombres	196
5.3.3 ¿Pensamiento trágico y posmoderno de Luhmann?	198
5.4 Dificultades con la sociología jurídica	204
5.4.1 El objeto	206
5.4.2 Funciones	207
5.4.3 Método	209
5.5 Dificultades con el derecho	211
5.5.1 El método del funcionalismo	212
5.5.2 Diferencias con la postura tradicional de sistema jurídico	216
5.5.3 La dogmática	222
5.6 Observación personal	224
Conclusiones	227
Bibliografía	234

Introducción

A comienzos del siglo pasado surge un fenómeno muy particular, el que gran parte del conocimiento hasta entonces obtenido se fue fragmentando paulatinamente hasta crear una especialidad en la especialidad de cualquier clase de rama de conocimiento de la cual se hablara. Sin embargo, después del primer tercio del siglo en turno, surgía la idea de conjuntar todo el conocimiento que lustros atrás había sido separado y diseccionado, pero que de alguna manera parecía no encontrarse la forma de hacerlo, no se podían unir las piezas de este gran rompecabezas que se presentaba y parecía ahora no tener forma ni sentido.

En cuanto al derecho, éste se separó también de las demás ciencias y disciplinas en un afán de autosuficiencia, autonomía y pureza que como ahora es claro, no tiene, por lo menos en los términos en los que inicialmente fueron entendidos, por ende, se separó de la otra parte que ahora urge encontrar. Probablemente esa parte sea la sociología, la que le ayudaba a comprender el comportamiento del hombre. No obstante, ahora también se entienden al mismo tiempo paradójicamente los motivos de tal distanciamiento.

Ante esta situación de disección del conocimiento, y después de la segunda guerra mundial, Bertalanffy, el padre de la Teoría General de Sistemas, pretendía lograr la unión de todas las ciencias a través del descubrimiento de características comunes que todas poseían, pero que en las ciencias sociales y específicamente en el derecho tuvo poco efecto, ya que para ese entonces, seguía manteniéndose aunque ya con severos señalamientos la *Teoría pura del derecho* del gran Hans Kelsen.

El derecho desde entonces y al correr del tiempo se vio en la necesidad de reconocer que las investigaciones hechas por los juristas son las propias investigaciones internas del propio sistema de derecho, no así las propias realizadas por la sociología jurídica, las externas, que partían de un objeto

diferente de estudio y con métodos tomados de la sociología, es decir, carente de objeto de estudio propio y de métodos de investigación, por lo que el distanciamiento se acentuaba más, máxime cuando los intentos de conciliación se basaban en una jerarquía fundada, de tal manera que cuando la sociología y el Derecho buscaban una unión, surgía la desconfianza y se prefería el mantenerse aislado, en una actitud de desprecio mutuo.

Desde mi parecer, al pretender la conciliación entre sociología con el Derecho, no caemos en falso sincretismo, que ni siquiera está pensado, ni en una supremacía de una sobre la otra, sino buscamos una visión más completa que nos ayude a comprender mejor al derecho como un producto social, como una rama del conocimiento humano que se mantiene incompleta al trabajar por sí sola, de la misma manera en que se mantiene incompleta la sociología jurídica propuesta por los grandes pensadores que postulaban la supremacía de la sociología sobre el derecho como Ehrlich y Kantorowicz.

Un autor que pretende tal complementariedad pero bajo igualdad de circunstancias, es Niklas Luhmann, quien siendo abogado, irrumpió en la sociología para—como en un principio lo dijo—observar, describir a la sociedad y al derecho y al final con su teoría de los sistemas, proponer una posible explicación de ambos, partiendo de sus observaciones. Esa es la mayor motivación que tengo al realizar el presente trabajo, el explicar al derecho desde una perspectiva de la teoría de sistemas propuesta por Niklas Luhmann, donde se considera a la interdisciplinariedad como algo fundamental en tal descripción, rompiendo de esta manera con Kelsen y su teoría pura del derecho sobre la situación de la sociología jurídica, pero manteniendo y compartiendo con él al mismo tiempo, algunas características propias y fundamentales respecto de los sistemas jurídicos como la autorreproducción del derecho, que en términos luhmannianos se llama *autopoíesis*, y que sirve de base para otros autores de gran envergadura como Günther Teubner o Marcelo Neves.

Por lo anterior, es necesario partir de diversas y determinadas cuestiones e hipótesis de trabajo que me sirven de base en la elaboración de esta investigación. Tales cuestionamientos iniciales parten de un análisis exhaustivo de la teoría luhmanniana para llegar a lo que es el sistema jurídico y establecer si este sistema posee en verdad algún tipo de teleología. Esto sirve, para cuestionar la idea de Luhmann, de la inexistencia de fines en el sistema sino de funciones y al mismo tiempo se aborda la metodología del funcionalismo de equivalencias de Luhmann.

Por tal razón, un análisis de la teoría luhmanniana tendría que partir entonces por necesidad, de la idea de interdisciplinariedad en el derecho, ya que sólo el trabajo conjunto de diversas disciplinas, podría ayudarnos a explicar mejor un sistema como lo es el jurídico, que mantiene una relación de igualdad en cuanto al desempeño de su función con otros subsistemas del gran sistema social como lo son la política, la religión, etc., por ello, y debido a tal interdisciplinariedad, y sobre todo a los conceptos empleados, a Luhmann se le reprocha de entre muchas cosas, la de ser un pensador prescriptivo e inclusive fatalista, cosa que pretendemos descartar al considerarlo descriptivo-explicativo.

También sobre las hipótesis de trabajo y con franca relación con el vínculo entre derecho y sociología jurídica, se hace necesario cuestionarse la preponderancia de la investigación empírica sobre la respectiva teórica, al mismo tiempo que surge entonces la pregunta de si es posible una relación de igualdad funcional entre la sociología y el derecho, constituyéndose esto último en la parte toral de la obra luhmanniana y en una muy importante de la presente investigación.

Para tal efecto, entonces es indispensable trabajar con diversos métodos de la ciencia que permitan el desahogo de las hipótesis anteriormente mencionadas. El primero de ellos será el analítico, ya que permite desmenuzar la teoría de Luhmann, para así comprender mejor su propuesta y en un objetivo específico de

la relación del derecho y la sociología. Otro método es el sistemático y sintético ya que gracias a ambos se puede agrupar, ordenar y reconstruir la teoría de sistemas y el derecho. Los métodos analógico y comparativo facilitan la comparación y confrontación de la propuesta luhmanniana con la de otros autores, como aquellos de los cuales él se distancia y que fueron los que dieron forma de alguna manera a su teoría, tal es el caso de Bertalanffy, Maturana, Parsons, sólo por mencionar algunos. Finalmente, el método del funcionalismo que es el utilizado por Luhmann, para identificar, explicar y analizar las funciones del derecho por él señaladas en su obra. Cabe mencionar que todo el trabajo está apoyado fundamentalmente en el positivismo y en las obras de Niklas Luhmann, que de igual manera se adhieren a esta corriente.

Por otra parte, el trabajo se compone de cinco capítulos, todos ellos con una finalidad específica; Así, el primero aborda un marco introductorio a la teoría de sistemas donde de manera histórica se describe el aporte de algunos filósofos y grandes pensadores que fueron precursores en el desarrollo de la actual teoría de sistemas. También sirve para comparar y distanciar la inicial Teoría de sistemas con la teoría luhmanniana.

El segundo capítulo está destinado como un marco conceptual donde se describe y da significado a varios conceptos utilizados por Luhmann, ya que él reconceptualiza algunos de ellos, por lo cual se hace importante el tener la misma referencia del teutón, para así, poder abordar totalmente su postura y para comprender la estructura y bases de su pensamiento, cimentado en diversas ramas del conocimiento que confluyen hacia la relación entre sociología jurídica y derecho.

El tercer apartado, se refiere a básicamente dos cuestiones, la primera, a desarrollar al derecho visto como un sistema, no en términos tradicionales sino en términos luhmannianos a través de la obra de éste, es decir, cómo concibe

Luhmann al derecho cuando lo describe como un sistema y la segunda, de cómo logra relacionar la ciencia con la sociología jurídica.

El capítulo cuarto está destinado a abordar concretamente la relación entre derecho y sociología jurídica, se describe parte de la problemática a la cual nos enfrentamos (ya que toda ella se describe en todo el trabajo, pero la más importante en este apartado), se abordan también diversas posiciones que hacen énfasis en la separación entre ellas, basadas en la superioridad del conocimiento y en el objeto de estudio y finalmente, se plantea la postura integradora de Niklas Luhmann.

En el último capítulo, se señalan las diversas críticas a las que es sometido el pensamiento luhmanniano y se discute la claridad, intención y exactitud de las censuras contra del de Bielefeld. Se abordan temas centrales en su teoría como la autopoiesis, la comunicación como elemento esencial de la sociedad (sociedad sin hombres), el consenso en la creación del derecho, el funcionalismo sistémico y la postura antagónica de Luhmann que es representada por otro grande como lo es Jürgen Habermas, quien encarna la antítesis de su teoría. Por estos motivos, se señalan en este capítulo las diversas propuestas a la hora de enfrentarse a cualquier obra del ilustre maestro alemán.

De esta forma, al final del presente trabajo se señalan diversas conclusiones sobre las hipótesis y temas anteriormente descritos.

Capítulo Primero

La Teoría de Sistemas

1.1 ¿Qué es la Teoría de Sistemas?

Desde que la racionalidad se constituyó como una característica esencial de la ciencia, se ha buscado la descomposición del todo con afán de encontrar los elementos constituyentes de todas las cosas; de esta manera la analítica¹ se ha constituido como el principal método utilizado en la ciencia, donde se busca descomponer el todo en partes para distinguir los elementos y sus funciones individuales; sin embargo, este método es impropio cuando los elementos que constituyen el todo, interaccionan de tal manera que no se puede pensar siquiera en una mera relación superficial sino más bien compleja, tal como en las ciencias sociales. Además, para que pueda operar perfectamente el método de la analítica, se necesita que los elementos o partes que son separadas por ella del todo, no tengan ningún tipo de relación entre sí o que sea muy débil como para no estudiarla y, al mismo tiempo, que esas partes tengan un comportamiento siempre lineal, es decir que ese comportamiento siempre sea el mismo o que produzca en todo momento los mismos resultados, por lo que la afirmación de la postura analítica que dice que el todo es la suma de sus partes², no opera en todo

¹ "El método analítico clásico supone la posibilidad de resolver una entidad en partes: a) la entidad se supone constituida de tales partes y éstas serían discernibles; b) existe la posibilidad de aislar cadenas causales (trenes causales), y c) se atomiza para buscar unidades. Supone, además, que la interacción de las partes es lo suficientemente pequeña como para ser despreciable; se procede a aislar dichas partes y luego se les suma. Este proceso de sumar supone un principio de superposición lineal que remite a la descripción del todo en términos de los comportamientos de las partes." RAMÍREZ, Santiago. (Coordinador). **Perspectivas en las Teorías de Sistemas**. Siglo XXI editores. México, 1999. p. 11. "La systémique s'oppose donc aux approches fondées sur la représentation analytique qui cherche à réduire la complexité pour simplifier la représentation." ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques**. Bruylant. Bruxelles, 1998. p. 247.

² A este respecto es necesario mencionar que algunos objetos de estudio no pueden ser abordados directamente por la analítica ya que poseen *sinergia*, y que significa que: "la suma de las partes es diferente al todo." JOHANSEN BERTOGLIO, Oscar. **Introducción a la Teoría**

sistema³ ni en todo momento, tal como podría hacerse en la biología al descomponer un organismo en partes y luego éstas en células o considerar a la sociedad como se hacía en un principio, como la suma de individuos, considerados como células o átomos sociales.⁴ Tampoco podríamos pensar que el conocimiento aunque no superficial de una parte, nos pueda llevar al conocimiento total del sistema.⁵

En esta búsqueda para precisar la unidad mínima, elemental e irreductible en la composición de las cosas, el hombre hubo descubierto el átomo y las moléculas, pero desde los griegos, creó conceptos similares, cómo el de las mónadas y énaidas. Esto ha servido para explicar las cosas de manera tomista e individual más sin embargo, el hombre también se ha dado cuenta que no todo puede ni debe ser separado en partes, porque se rompe la interrelación de las mismas entre si, quedando de esta manera lagunas en el conocimiento y una explicación parcial e incompleta, ya que mientras los objetos de estudio o sistemas se van haciendo más complejos (que se conforman con un mayor número de elementos y que las relaciones entre esos elementos también se incrementa), las explicaciones reduccionistas resultan parciales. Al hacer este tipo de investigación sólo se daban respuestas inacabadas a cierto tipo de fenómenos, lo cual no significa que se rechace el método analítico (recordemos que la biología ha tenido

General de Sistemas. Novena reimpresión de la primera edición. Editorial Limusa. México, 1994. p. 35. "...un sistema no puede ser observado como un todo subdividido en parte relacionadas entre ellas." CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Anthropos, Universidad Iberoamericana, Iteco. México, 1995. p. 57. Tomando una definición muy conocida de sistema como el conjunto de elementos relacionados entre sí, nos damos cuenta de la imposibilidad de la analítica de estudiar un sistema, ya que esta se encarga de estudiar sólo los elementos y no las relaciones.

³ El término sistema (*sunistemi*) etimológicamente designa un conjunto formado por partes, elementos u objetos relacionados entre sí. Para Ludwig Von Bertalanffy un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes. **Teoría General de los Sistemas.** Duodécima reimpresión de la 1ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 2000. p. 56.

⁴ Cfr. BERTALANFFY, Ludwig. Ob. cit. pp. 30 y ss.

⁵ "El conocimiento de un elemento no conduce al conocimiento de todo el sistema; la observación de otros elementos dará sin embargo, información adicional sobre el sistema." En Niklas Luhmann. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.** Traducción de Josexto Beriain y José María García Blanco. Editorial Trotta. España, 1998. p. 26. Sobre esta misma cuestión, después de la segunda mitad del siglo XX nace en Brasil una corriente en la pintura llamada concretismo que busca plasmar en las obras de sus autores la idea de que, el todo no es la suma de sus partes.

éxito con éste método) sino que cuando se estudian las cosas de manera conjunta y no por separado se obtiene una visión de la totalidad y, es cuando las respuestas se presentan de manera completa, es así que en este entorno surge la teoría de los sistemas. *“La característica de esta revolución es el reemplazo de modos de pensar analíticos fragmentados, por otros de naturaleza holístico integrantes.”*⁶

Los antecedentes directos de la teoría de sistemas como tal, datan del primer tercio del siglo pasado, aproximadamente en los años treinta cuando son enunciados varios conceptos y procedimientos importantes para la investigación sistémica. Uno de los principales precursores de estos nuevos conceptos fue Bertalanffy, quien concibió una teoría general de sistemas en los años cincuenta y que fue punto de partida para otras ramas del conocimiento como la biología, física y cibernética. *“Las formulaciones de Ludwid Von Bertalanffy (1901-1972) relacionadas con el concepto de sistema abierto, fueron las primeras en establecer el pensamiento de sistemas como un movimiento científico importante.”*⁷ Esta teoría además se constituye como un nuevo paradigma que busca dar nuevas explicaciones a diversos fenómenos como el social, considerando que las relaciones entre los individuos de una sociedad no se pueden explicar bajo las premisas de las ciencias tradicionales y que tales relaciones no se pueden analizar por separado sino en su conjunto, es decir, de manera sistémica. Por lo que las predicciones, por lo menos en lo social, quedan fuera de la teoría de sistemas como un objetivo primordial, sino que se busca un acercamiento al conocimiento, a la realidad, se busca tan sólo explicar, lo que significa que las predicciones no se tornan en su objetivo primordial, ya que del fenómeno social sólo pueden dar explicaciones de porqué algo ha sucedido y no se puede garantizar que con la aparición de las mismas condiciones sociales, se vuelva a presentar el mismo fenómeno.

⁶ LILIENFELD, Robert. **Teoría de Sistemas**. Traducción de Eduardo Cosacov. 4ª reimpresión de la 1ª edición. Editorial Trillas. México, 2000. Pp. 19, 20.

⁷ Ibidem. P. 30.

De esta manera Bertalanffy busca dar un giro en el conocimiento y expone la Teoría General de Sistemas por la cual podemos entender “...un enfoque científico formado por numerosas teorías, conceptos técnicos y métodos de investigación.”⁸ Esta teoría nace formalmente con la publicación en 1948 de *Cibernética*, de Norbert Wiener, y de la Teoría de Sistemas abiertos en la física y la biología de Ludwig Von Bertalanffy en 1952.⁹

La teoría de sistemas se construye en base a dos grandes postulados:¹⁰

1. Toda existencia y toda práctica humana pueden ser interpretadas por medio de conceptos que reflejan la estructura de la realidad;
2. El substrato esencial de las ciencias es su convergencia hacia la unidad del conocimiento como resultado del carácter continuo de la naturaleza.

Como observamos en estos dos postulados, esta propuesta inicial de la teoría sistémica busca la integración del conocimiento, es decir, estudiar los fenómenos de manera conjunta y además propone una interdisciplinariedad con la cual sugiere una interacción entre las diversas disciplinas y ramas del conocimiento, para que de esta forma se pueda explicar la realidad de una manera mas completa y objetiva.

La teoría de sistemas además, presenta conductas y fenómenos que se repiten, no sin un devenir pero sí de manera circular, lo que garantiza el buen funcionamiento y estabilidad del propio sistema; esto se ve representado desde la edad media con la figura del *oroborus* que es la figura de una serpiente devorándose a sí misma. De esta manera, esta teoría busca encontrar conocimientos válidos y aplicables para todo sistema, da explicaciones para las funciones que desempeñan los elementos de los mismos y, se ocupa además de las cuestiones de totalidad, jerarquía, organización, de problemas que atañen a la

⁸ REZA, Germán A. de la. *Teoría de Sistemas. Reconstrucción de un paradigma*. Universidad Autónoma Metropolitana/Miguel Angel Porrúa Editor. México, 2001. p. 9

⁹ Ibidem. Pp. 69,70

¹⁰ Ibidem. p. 70

totalidad y que no se manifiestan en el comportamiento de las partes; así en este entorno, surge "la Teoría General de los Sistemas." Esta teoría evidencia la intención de buscar principios aplicables a todo sistema y de promover la unidad del conocimiento.

1.2. Primeros autores

Sin duda alguna, el personaje que da un giro en la forma de concebir al sistema es como ya se dijo, Bertalanffy, pero esto no quiere decir que antes de él, no hubieran existido filósofos o pensadores que considerarán un pensamiento similar a lo que hoy llamamos sistema.¹¹

El hecho de abordar sólo unos pocos pensadores del tema resulta de la imposibilidad de poder aproximarse a todos, ya que eso merecería un trabajo exclusivo y aparte del actual y, del hecho, de que sólo se mencionarán de manera breve aquellos cuya importancia es señalada por el mismo Bertalanffy y por los mismos estudiosos de la teoría de sistemas, es decir sobre el consenso que existe sobre la importancia sobre ellos.

1.2.1. Paracelso

De entre todos aquellos filósofos y pensadores que fueron dando forma a la actual teoría de sistemas, podemos encontrar los siguientes, no queriendo

¹¹ "Su propedéutica ya es discernible en la comunidad de las ideas de Platón y la doctrina holística de Aristóteles; vuelve a producirse con el ars combinatoria de Lullio, la coincidencia oppositorum de Nicolás de Cusa y la medicina metafísica de Paracelso." REZA, Germán A. de la. **Del arte combinatorio a la teoría general: apuntes para una historia del sistema.** En Argumentos. No. 24. México, septiembre, 1996. p. 20.

significar que estos hayan sido los únicos, sino solamente los más importantes para este trabajo.

Paracelso fue un médico suizo dedicado a la investigación del cuerpo humano y, su importancia para la teoría de sistemas, radica en que considera al ser humano como un microcosmos¹² donde se integran varios procesos, ritmos y fuerzas de la naturaleza.

"El hombre es el pequeño mundo, el microcosmos, parecido al grande o macrocosmos, no solamente en su configuración y en su sustancia material, sino en todas las fuerzas y en todas las virtudes que posee. Se le da este nombre de microcosmos, debido al hecho de que contiene en sí todos los fenómenos celestes, la naturaleza terrestre, las propiedades acuáticas y los caracteres aéreos. Contiene la naturaleza de todos los frutos de la tierra, de todos los minerales del agua, todas las constelaciones y los cuatro vientos del mundo. No hay nada sobre la tierra cuya naturaleza y cuyo poder no estén también presentes en el hombre."¹³

Algo muy importante de lo anterior es que cuando Paracelso dice que el universo es un microcosmos, sugiere que dentro de él, se realizan innumerables funciones sólo comparables con las de todo el universo; es decir, existe un intercambio entre los elementos que lo constituyen; existe además una relación y un equilibrio, existe un orden y tales características se pierden cuando el cuerpo se enferma y, cuando esto sucede, se pierde esa armonía existente en el cuerpo, se rompe a sí, un buen funcionamiento en el microcosmos, tal y como sucedería a gran escala con lo que Paracelso llama el macrocosmos.

Otro aspecto a resaltar, es que cuando Paracelso hace la descripción del cuerpo humano, aborda varias de sus funciones y de los órganos encargados de

¹² "Hay en verdad dos clases de seres: una el cielo y la tierra (macrocosmos) y otra, el hombre (microcosmos)." PARACELSO. *Obras Completas*. Edicomunicación, Barcelona, 1989. p. 74.

¹³ PARACELSO. *Las enfermedades invisibles*. Biblioteca esotérica, Barcelona, 1984. p. 81.

realizarlas. Esto lo hace cuando afirma que el cuerpo humano es un microcosmos donde se conjuntan varios elementos; A este respecto, tanto Talcott Parsons como Niklas Luhmann ponen énfasis en la función que desempeñan los elementos que componen el sistema, sin embargo mientras el primero da primacía a la estructura sobre la función, el segundo pone de relieve la función para así explicar la estructura dentro del sistema.

En la descripción de éste autor, podemos encontrar diversos indicios que nos hacen suponer de la existencia para él, de algo muy similar que nosotros denominamos sistema. Pero algo que no se puede dejar de destacar es su mención sobre el equilibrio, que en autores posteriores y en la teoría general de sistemas toma un papel muy importante. De esta manera la noción de equilibrio en el sistema toma tanto valor que Lawrence J. Henderson a principios del siglo pasado y a quien también se le considera como fundador del pensamiento sistémico, expone que el organismo humano tiene un mecanismo de regulación que le permite mantener un estado de equilibrio (salud) y que cuando éste se modifica, aparece la enfermedad. Por ello, menciona que el equilibrio es una nivelación de fuerzas.¹⁴

1.2.2. Nicolás de Cusa

Este pensador fue un filósofo y teólogo Alemán que nació en 1401 y muere en 1448. Él compara el mundo físico y del conocimiento con la idea del límite infinito en las matemáticas. De entre sus obras encontramos: *"De la docta ignorancia"*, *"De Dios escondido"*, *"Idiota"*, entre otras. Para Nicolás de Cusa, el principio de todas las cosas es aquello en virtud de lo cual, en lo cual y a partir de lo cual, todo lo derivado se deduce; y ello mismo no se puede concebir como algo

¹⁴ Cfr. LILIENFELD, Robert. **Teoría de sistemas**. Traducción de Eduardo Cosacov. 4ª reimpresión de la primera edición. México, 2000. Pp. 25-28.

posterior, sino que, por el contrario, es ello lo que da sentido e inteligibilidad a todo; Pero si todo se deriva y deduce del uno, todos los opuestos deben coincidir en el infinito y sólo en lo múltiple se muestran los opuestos como tales.

De lo anterior, él formula su idea de la *Coincidentia Oppositorum*, donde ésta, es básicamente un principio ontológico. Pero la aportación de Cusa no solamente se remite a la relación que existe entre los opuestos y que de alguna manera llega a ser armoniosa sino a los elementos que constituyen el todo; esto es que, existe una unidad mínima indivisible que conforma el todo. Pero también existe para él una cosa Máxima que es cuando no puede existir otra mayor. Sobre esta idea, una unidad puede ser considerada como absoluta al gozar de total plenitud, lo que significa en que nada se le opone, por lo tanto, una unidad y el máximo absoluto tienen una coincidencia que es el mínimo y al ser ambas absolutas resulta que todo está en todo llegando así a la coincidencia de los opuestos.¹⁵

Dentro de la teoría de los sistemas la importancia de Cusa radica en la interacción que tienen todos los elementos unos con otros dentro de algo mayor que es lo absoluto; y esa relación se da aunque en un mínimo.

1.2.3. Leibniz

Una de las aportaciones de éste gran pensador a la teoría de los sistemas, es la ley de identidad de los indiscernibles, la cual sugiere la imposibilidad que dos objetos puedan compartir exactamente las mismas propiedades; Esto nos indica que un objeto es idéntico sólo a sí mismo. Lo anterior nos sirve para comprender lo que en la actual teoría de los sistemas se conoce como la identidad y diferencia

¹⁵ Cfr. CUSA, Nicolás de. *De la Docta Ignorancia*. Traducción de Demetrio Nañez. Editorial Lautaro, Buenos Aires, 1948. p.17.

de los elementos que constituyen el sistema y, de la forma en cómo elementos distintos y opuestos se conforman en uno sólo manteniendo su propia identidad con la identidad sistémica y, cómo se mantiene esa cohesión impensable y se da entonces un sentido al sistema.

Otra aportación de Leibniz a la teoría de sistemas, es su descripción de la Mónadas que son para él, *"una sustancia simple, que forma parte de los compuestos; simple sin partes"*.¹⁶ La unión de diversas mónadas forman sustancias compuestas, las cuales a su vez, son siempre una constitución de las sustancias simples que son estas mónadas. Estas mónadas son distintas y diversas entre sí y, son la unidad mínima de todas las sustancias, es decir, una mónada es mónada porque es indivisible. De esta manera una mónada se vuelve como la unidad de todas las sustancias compuestas. Las sustancias compuestas a su vez, pueden estar compuestas por mónadas de diversa naturaleza que interactúan entre sí en una gran armonía. En otras palabras, las mónadas, como explica Julián Marías¹⁷, quieren decir unidad y son átomos de los cuales están constituidas todas las cosas. De este modo, en Leibniz se puede ya encontrar una idea vaga de lo que hoy llamamos sistema.

Aunque sí bien es cierto, que la actual teoría de sistemas no habla de mónadas, sí habla de subsistemas conformados por elementos que le dan forma al gran sistema. Es entonces cuando las aportaciones de Leibniz toman fuerza y, más aún cuando, en la teoría de los sistemas se hace notoria la participación de elementos opuestos pero que interactúan en armonía tal y como lo diría en su momento Nicolás de Cusa. *"In Luhmann's later work, the sub-systems of a differentiated society are conceived of as Leibnizian monads, each expressing the unity of the system in its own way."*¹⁸

¹⁶ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Monadología*. Traducción de Manuel Fuentes Benot. 5ª edición. Editorial Aguilar. Buenos Aires, 1972. p. 25.

¹⁷ *Historia de la filosofía*. 7ª reimpresión de la primera edición. Alianza editorial. México, 1997. p. 231.

¹⁸ ROBERTS, David et al. *Reconstructing theory. Gadamer, Habermas, Luhmann*. Melbourne University Press. Melbourne, 1995. p. 74.

También, Leibniz partiendo de las mónadas, maneja la idea de la comunicación y armonía en las sustancias, que en lo particular me parece se debe subrayar pues esto sigue siendo importante en la actual teoría de sistemas. Cuando Leibniz explica la armonía entre las diferentes sustancias, lo hace mediante una replica al señor Simón Foucher, que con anterioridad le había refutado su idea del "Sistema Nuevo de la Naturaleza". La idea manejada por Leibniz, es la siguiente:

"Figuraos dos relojes que concuerdan perfectamente. Pues bien, esto se puede conseguir de tres maneras:

*La primera consiste en una influencia mutua. La segunda exige un obrero hábil que les de cuerda y les sincronice a cada momento. La tercera manera es fabricar los dos péndulos con tanto arte y precisión que se pueda asegurar su acuerdo posterior ininterrumpido."*¹⁹

A la primer forma de comunicación y armonía entre las sustancias la denomina Leibniz como la de influencia mutua en donde, como en la física sucede, dos péndulos no pueden subsistir en orden sin chocar, de tal manera, que era como si se pusiesen de acuerdo para poder subsistir. Pero tal simbiosis, es originada por las vibraciones que ambos péndulos emiten, es decir más que un acuerdo era la respuesta de un péndulo a la acción del otro. Así, los relojes podían mantenerse con una influencia mutua.

La segunda forma de interacción es la asistencia continua, donde un hábil obrero monta guardia permanente, vigilando el desempeño de ambos relojes, que los pone de acuerdo a cada momento. Es aquí donde pretendo detenerme un poco y hacer una analogía entre ésta idea y el derecho; pues podría decir que el derecho (como sistema) monta guardia sobre la actuación de los individuos en toda la sociedad y, que cuando se rompe el orden existente, el derecho que es el

¹⁹ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Sistema Nuevo de la Naturaleza*. Traducción de Enrique Pareja. 2ª edición. Editorial Aguilar. Buenos Aires, 1969. p. 61.

obrero hábil que vigila y lo mantiene, actúa de tal manera que lo restituye y vuelve a imponer la armonía que se hubo quebrantado. Así, el derecho mantiene el orden entre los demás sistemas que son parte del gran sistema social.

Para finalizar, la última forma de armonía de la cual nos habla Leibniz es la del consentimiento preestablecido (que es la opción por la cual él se inclina), y que se traduce en construir dos relojes con arte y precisión, de tal manera que se garantice su acuerdo en adelante.

1.2.4. Ludwig Von Bertalanffy

La aportación que hace este autor, radica en su nueva concepción de la teoría de sistemas. En una primera instancia, él propone reorientar el conocimiento hacia una Teoría General de Sistemas donde no se busque la reducción de los fenómenos a la interacción entre sus partes elementales, es decir, pone énfasis en nociones de totalidad y jerarquía de organización en aquellos problemas que no pueden reducirse a acontecimientos locales sino que son producto de una interacción y de fenómenos globales que se dan en el todo. Esto nos lleva por necesidad de relación, con lo que en psicología es la teoría de la Gestalt y que básicamente explica que el sujeto conoce no por parcialidades sino por una totalidad del fenómeno, es decir, una relación integral del todo con el todo, que es la misma forma que la teoría de sistemas busca dar explicación a los fenómenos, es decir, por la interacción de todos los elementos que lo conforman y no por hechos o acciones meramente individuales. Bertalanffy además, sugiere la existencia de principios, leyes y modelos que se aplican a todos los sistemas, es decir, principios universales que sean aplicables a todos los sistemas en general:

“Así existen modelos, principios y leyes aplicables a sistemas generalizados o sus subclases, sin importar su particular género, la naturaleza de sus elementos componentes y las relaciones o fuerzas que imperen entre ellos.

Parece legítimo pedir una teoría no ya de sistemas de clase más o menos especial, sino de principios universales aplicables a los sistemas en general.

De aquí que adelantemos una nueva disciplina llamada Teoría general de los sistemas. Su tema es la formulación y derivación de aquellos principios que son válidos para los sistemas en general.²⁰

Pero la aportación de Bertalanffy no sólo se limita a lo anterior, sino que nos sirve de base para describir a continuación la Teoría General de Sistemas.

1.3. Algunos rasgos de la Teoría General de Sistemas

Como consecuencia del estudio de Bertalanffy y de la postura de Niklas Luhmann, es indispensable mencionar algunas características más ilustrativas de la Teoría general de sistemas no sólo para identificarla y comprenderla sino para posteriormente diferenciarla de aquella luhmanniana que como se verá es distinta a la propuesta por Bertalanffy.

1.3.1. Isomorfismo

Un término utilizado para los objetivos de la teoría de sistemas, es el *Isomorfismo*, el cual tiene por objeto la transferencia de leyes de un campo a otro y evitar el innecesario descubrimiento de los mismos principios en diferentes campos aislados.

Los primeros exponentes de la teoría de sistemas encontraron dos posiciones respecto a la convergencia del conocimiento; la primera propuesta se

²⁰ BERTALANFFY, Ludwig. Ob. cit. p. 32.

funda en el reduccionismo y, tiene como finalidad el crear un lenguaje único que pueda ser utilizado en cualquier rama del conocimiento, en otras palabras, la consecución de un esperanto científico basado en las matemáticas. La otra postura señala la posibilidad de identificar leyes puente entre las diversas ciencias. Respecto a la primera postura, lo que los seguidores de la teoría de sistemas objetaron fueron las diversidades metodológicas existentes entre las ciencias²¹ y la imposibilidad de traducción a las matemáticas de todo tipo de conocimiento. Por eso lo que los teóricos propusieron fue el descubrimiento y el transporte de leyes muy similares un campo de conocimiento a otro, es decir, el isomorfismo.

Según Bertalanffy, la teoría de sistemas busca la integración, para lo cual utiliza el isomorfismo pero, sin caer en la utilización de analogías en la ciencia, las cuales sólo señalan similitudes superficiales entre fenómenos que no se corresponden²², se trata entonces, de la búsqueda de las homologías entendidas como leyes equivalentes que son las que hacen posible el isomorfismo.

Pero tal integración en la ciencia parte también del reconocimiento de diversos tipos de sistemas de acuerdo a su constitución, apertura, comportamiento etc. De tal manera que si específicamente los sistemas sociales son considerados como sistemas con un comportamiento no lineal, se explica por ende la falta de predictibilidad en las áreas de conocimiento social tal como la sociología y el derecho, por lo que de acuerdo a la naturaleza de éstos, sólo se pueden enunciar rangos y posibilidades de futuros acontecimientos y de ninguna manera se puede garantizar un futuro que sucederá irremediamente tal como la física lo haría pues está en condiciones de hacerlo ya que se considera aún una ciencia basada en el determinismo donde las mismas causas producen los mismos resultados, esto de acuerdo a su primer exponente: Isaac Newton. Pero en cambio, *“...existen modelos, principios y leyes aplicables a sistemas generalizados o a subclases, sin*

²¹ Cfr. REZA, Germán A. de la. **Teoría de Sistemas**. Ob. cit. Pp. 63 y ss.

²² Cfr. BERTALANFFY, Ludwig. Ob. cit. Pp. 82 y ss.

*importar género, la naturaleza de sus elementos componentes y las relaciones o fuerzas que imperen entre ellos.*²³

Así, la teoría de sistemas se ocupa de principios universales aplicables a cualquier sistema ya sea físico, biológico o social.

Las metas de la teoría General de Sistemas son:²⁴

1. *Hay una tendencia general hacia la integración en las varias ciencias, naturales y sociales.*
2. *Tal integración parece girar en torno a una teoría general de los sistemas.*
3. *Tal teoría pudiera ser un recurso importante para buscar una teoría exacta en los campos no físicos de la ciencia.*
4. *Al elaborar principios unificadores que corren verticalmente por el universo de las ciencias, esta teoría nos acerca a la meta de la unidad de la ciencia.*
5. *Esto puede conducir a una integración, que hace mucha falta, en la instrucción científica.*

Es claro que la integración de la ciencia que la teoría general de sistemas busca, se funda también en el estudio de lo que es un sistema, como se conforma y comporta tanto con el entorno como dentro de sí mismo, es decir, las relaciones entre sus propios elementos. Así un sistema, puede ser definido como *“un complejo de elementos interactuantes”*²⁵ que tiene como una de sus particularidades, una característica constitutiva, lo que significa que las relaciones que se dan dentro del sistema no puedan ser explicadas mediante el estudio de sólo partes aisladas, pues encontramos funciones y características propias de cada elemento y otras propias también pero de todo el sistema.

²³ Ibidem. p. 32

²⁴ Ibidem. Pp. 37, 38

²⁵ Ibidem. p. 56.

1.3.2. Tipos de Sistemas

Existen diversos modos de diferenciar a los sistemas, tal como físicos, biológicos, sociales, sistemas lineales, no lineales, concretos, abstractos; Sin embargo, una manera de clasificación y quizás la más aceptada es de acuerdo a su constitución, a la forma de obtener energía y orden, es en:

- a) Sistemas abiertos y;
- b) Sistemas cerrados

Los sistemas abiertos²⁶ se consideran así cuando importan y exportan materia de su entorno; se estudian en física, cinética y termodinámica e incluyen principios como el de equifinalidad, el segundo principio de la termodinámica, etc. Una de las características de estos sistemas es el mantenimiento de un estado uniforme en su funcionamiento, el cual le permite seguir desempeñándose exitosamente como sistema sin llegar totalmente a un estado de total equilibrio²⁷ ya que la continua importación, exportación, constitución y degradación de procesos impide tal consecución por lo que el sistema es de hecho inestable pero tendiente hacia la uniformidad ya que esto le permite continuar con sus respectivas funciones. Otra característica de este tipo de sistemas son el feedback o la retroalimentación que incluye tanto al out put como el in put, es decir una corriente de entrada y una de salida, lo que le permite al sistema sobrevivir y lograr el intercambio, la información y comunicación con el entorno.

²⁶ "La de sistema abierto es, originalmente una noción termodinámica, cuyo carácter primario era el de permitir circunscribir, de manera negativa el campo de aplicación del segundo principio, que requiere la noción de sistema cerrado, es decir, que no dispone de una fuente energética-material exterior así mismo." MORIN, Edgar. **Introducción al Pensamiento Complejo**. Traducción de Marcelo Pakman. 5ª reimpresión de la primera edición. Editorial Gedisa. Barcelona, 2001. p. 43.

²⁷ "En la actualidad existen serias dudas acerca de si los sistemas que se describen mediante la noción de equilibrio sean reales; más bien se ha llegado a la convicción de que en el desequilibrio los sistemas adquieren su estabilidad." LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Universidad Iberoamericana. México, 2002. p. 57.

Un ejemplo de sistema abierto en las ciencias sociales (dependiendo el autor, aunque tradicionalmente así se le consideró) es la sociedad, ya que está en continuo intercambio de información y elementos con el entorno.

Los sistemas cerrados²⁸ por su parte, no permiten la entrada ni salida de ningún tipo de materia, se encuentran completamente aislados sin siquiera intercambiar energía con su medio, el cual por su parte no puede influenciarlo de alguna manera. Este tipo de sistemas dependen completamente de sí mismos y de su capacidad para mantenerse.

Ambos tipos de sistemas, tanto abiertos como cerrados se constituyen entonces por elementos que desempeñan diversas funciones unos de los otros; Cuando un sistema es primitivo las funciones de cualquier elemento pueden ser realizadas por cualquier otro, pero cuando se trata de sistemas avanzados y por ende altamente especializados, las funciones son propias de cada elemento, por lo que se tornan insustituibles.

En el derecho específicamente, también encontramos una clasificación de sistemas jurídicos que utiliza esta diferenciación. Ésta, es dada por Bobbio, quien clasifica a los sistemas jurídicos, atendiendo a la función que desempeñan los juristas en la sociedad, en sistemas jurídicos abiertos y cerrados. Estos últimos conciben al derecho como un cuerpo sistemático de reglas y con fuentes formales del derecho rígidas y predeterminadas. Los abiertos por consecuencia son aquellos en los que sus fuentes no tienen una clara separación de aquellas formales con las propias materiales; Así, las reglas están en constante transformación y el jurista labora junto con el legislador y el juez en la creación de un nuevo derecho.²⁹

²⁸ "Un sistema cerrado, como una piedra, una mesa, está en estado de equilibrio, es decir que los intercambios de materia y energía con el exterior son nulos." MORIN, Edgar. Ob. cit. p. 43.

²⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Edizioni de Comunita. Milano, 1977. p. 48.

1.3.3 Entropía y Neguentropía

Continuando con lo anterior, la característica que permite diferenciar entre un sistema abierto o cerrado (intercambio de energía) es la entropía, la cual se define como “...*el cambio de estados mas ordenados u organizados a estados menos ordenados u organizados ...*”³⁰ esto es, cuando un sistema alcanza su mayor grado de organización, puede pasar a un estado progresivo de inercia donde se va perdiendo el orden y la cohesión entre sus elementos, es decir, se pasa de un estado de poca probabilidad a uno más probable o estado caótico por lo que podemos decir que la entropía es creciente, lo que conlleva a la extinción o desaparición paulatina del sistema si es que no se logran mantener esas condiciones que llevaron al sistema a alcanzar su máxima organización. Un ejemplo³¹ de la entropía en sistemas cerrados es la construcción de ladrillos a partir de arcilla, la cual se encuentra en un estado inicial y poco probable, es decir, en un estado de desorganización hasta que se le organiza, se les da forma y se fabrican tales adobes, los cuales vuelven a ser organizados (máxima organización) en la construcción de una casa o un edificio, sin embargo, con el paso del tiempo y la aparición de la entropía, tal construcción se va deteriorando y se pasa luego entonces a un estado de más probabilidad como es el desorden y posiblemente los ladrillos regresen a ser arcilla que es el estado natural.

En cuanto a una organización social³² como un sistema abierto, encontramos que después de llegar a un gran estado de organización, como bien podría ser una civilización, una sociedad, un pueblo, se tiende a la ruptura, a la pérdida de cohesión lo que desencadena en la extinción o desaparición de tal organización. Sin embargo como lo señala el maestro Johansen, podemos encontrar algunas organizaciones que parecen desafiar a la entropía, tal como la iglesia que a lo largo de tantos siglos se ha podido mantener, lo que nos conduce

³⁰ JOHANSEN BERTOGLIO, Oscar. Ob. cit. Pp. 91, 92.

³¹ Cfr. JOHANSEN BERTOGLIO, Oscar. Ob. cit. p. 95.

³² Algunos autores la catalogan como un sistema abierto, sin embargo otros como Niklas Luhmann catalogan a la sociedad a sus subsistemas como cerrados.

a percatarnos que tales sistemas que logran mantenerse tienen como característica el ser sistemas abiertos y que logran deshacerse de la entropía mediante la neguentropía.

La entropía negativa o neguentropía³³ es un modo de conservar el orden dentro del sistema, *"...es un mecanismo mediante el cual el organismo se mantiene estacionario y a un nivel bastante alto de ordenamiento (es decir, a un nivel bajo de entropía) realmente consiste en extraer continuamente orden (u organización) de su medio."*³⁴ De esta manera el sistema puede conservar el orden necesario para realizar sus funciones y continuar con su existencia.

Otra forma de combatir la entropía dentro de los sistemas es mediante el constante intercambio de información dentro del sistema lo que se traduce un favorecimiento de la neguentropía y por lo tanto en el combate directo contra la entropía. Por eso, a mayor organización existirá mayor orden dentro del sistema sin embargo un exceso de información dentro del mismo puede ocasionar una pérdida de efectividad, sin embargo, esto se resuelve mediante la capacidad de los elementos del sistema de optar por una u otra opción, en este caso de información, es decir el sistema se vuelve más selectivo y por lo tanto más complejo.³⁵

³³ Para Luhman, tradicionalmente se hablaba de entropía y necesariamente de neguentropía sólo en sistemas abiertos, por tal razón, hablar de clausura en sistemas cerrados y no excluir totalmente la ley de la entropía causa admiración. Cfr. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la Sociedad**. Traducido por Miguel Romero y Carlos Villalobos. 2ª edición. Universidad Iberoamericana/Triana editores. México, 1998. p. 50. Cabe volver a mencionar que para el maestro Johansen, la ley de la entropía y neguentropía se puede presentar en sistemas abiertos y cerrados.

³⁴ JOHANSEN BERTOGLIO, Oscar. Ob. cit. p. 98.

³⁵ Para Niklas Luhmann, dentro de un sistema, sus elementos no pueden comunicarse totalmente entre sí, lo que vuelve al sistema selectivo de sus comunicaciones con los demás, a esta característica le denomina complejidad.

1.3.4 Finalidad

De acuerdo a varios autores, los sistemas suponen una finalidad en su operación y funcionamiento, así podemos mencionar que el sistema general tiene dos postulados principales que reafirman esta idea:³⁶

- 1) *Tout phénomène peut s'entendre par la conjoction de finalités dans un environnement (conjoction cibernetique);*
- 2) *Tout phénomène puet s'entendre par la conjoction de son fonctionment et des ses transformations (conjoction structuraliste).*

Al respecto Lilienfeld señala que “...los sistemas cerrados...y de interconexión de elementos, existe la tendencia a suponer que el sistema tiene un propósito.”³⁷ También Bertalanffy³⁸ está de acuerdo con la existencia de una finalidad en los sistemas, de esta manera la clasifica en finalidad estática y dinámica y, de esta última menciona cuatro tipos más, destacando entre ellas la equifinalidad. La importancia de mencionar a la finalidad, radica en que esta se convierte en una de las divergencias de Luhmann y su teoría con respecto a la teoría general de sistemas o sistémica. Esta separación se encuentra fundada en la teleología del sistema, es decir en la finalidad que tiene el sistema ya que, para Luhmann no existe la finalidad sino la función del sistema. Esta diferenciación entre función y finalidad será abordada más adelante, sin embargo era importante mostrar desde ahora esta separación para diferenciar entre la teoría de Luhmann y la de otros como la de Bertalanffy, pues ambos suponen grandes diferencias teóricas como la ya señalada y, es que se podría pensar que el cimiento de la teoría luhmanniana se encuentra en Bertalanffy, lo cual, se convierte en un gran peligro ya que esto no es así y podría ocasionar grandes problemas a la hora del enfrentar las obras conceptos y teoría de Luhmann.

³⁶ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruylant. Bruxelles, 1998. p. 247.

³⁷ LILIEFELD, Robert. Ob. cit. p. 291.

³⁸ Ob. cit. Pp. 77-82.

1.4 Algunas dificultades enfrentadas por la Teoría de Sistemas

La teoría de sistemas se ha enfrentado en diversos frentes a serios cuestionamientos que merecen ser señalados de antemano ya que los que aquí se mencionan también son cuestionamientos que se le hacen al propio Luhmann, sin embargo, a manera de diferenciar los propios de la teoría de sistemas de los contrapuestos a Luhmann, aquí se abordarán los primeros para posteriormente dedicar un capítulo completo a los segundos. De esta manera se señalan a continuación el problema de la falta de predicción, reduccionismo, problemas conceptuales referentes al estudio llevado a cabo por la teoría de sistemas y a la poca difusión y aceptación en las ciencias sociales.

1.4.1 El Determinismo

Una de las principales dificultades que enfrenta la teoría de sistemas aplicada a las ciencias sociales y, en sí, éstas últimas por separado, es la falta de predictibilidad de hechos futuros o acontecimientos fundamentados en leyes de tipo puramente social; sólo aproximaciones o teoremas pueden ser enunciados en este tipo de ciencias, por lo que en algunos casos el sistema social podría ser considerado no lineal o inclusive caótico dado los diversos resultados o fenómenos que producen las mismas causas. Este problema de la falta de predictibilidad en algunos fenómenos que se pueden presentar en diversas disciplinas tiene su origen en el determinismo. Este determinismo trabaja con la relación causa-efecto, por lo que la repetición de una causalidad producirá siempre el mismo resultado.

Algunos de los primeros autores, que luchan contra el determinismo que tuvo innumerables seguidores a partir del *Discurso del método* de Descartes, fueron Wolf y Maxwell quienes se enfrentan al axioma de la razón suficiente.

Maxwell señala que una pequeña variación en el estado inicial genera cambios importantes en el estado final del sistema; esto se prueba posteriormente con Poincare y la explicación de la órbita y atracción de un planeta tomando en cuenta no sólo la atracción de dos cuerpos—como lo había hecho Newton—sino con un tercer planeta.

Este golpe al determinismo provocó el inicio del estudio de esos sistemas que contradecían al determinismo, por lo cual surge entonces la teoría del caos o el estudio de sistemas no lineales, los cuales carecen de predictibilidad, sin embargo, muestran aún rasgos del determinismo que se comprueba cuando se estudian la forma que arrojan sus resultados, tal como lo prueba *Lorenz* y su figura del atractor. De acuerdo a Lorenz, entonces, los sistemas caóticos o no lineales a pesar de producir resultados diferentes, pueden producir un rango de resultados esperados, aunque sin saber exactamente cual de todos.

Es importante también mencionar aquí que algunos sistemas que pueden ser similares aunque con alguna diferencia en su estado inicial con respecto a otros, pueden alcanzar el mismo resultado y, esto debido a una de las características de los sistemas abiertos como la equifinalidad.

En cuanto a la postura de Luhmann, él descarta el determinismo, debido a muchas causas, una de ellas la complejidad de la sociedad³⁹, ya que diversas causas producen el mismo efecto. Al respecto, la Doctora Pilar Giménez Alcover opina:⁴⁰

³⁹ "La complejidad de los sistemas sociales, su carácter de sistemas no triviales —sistemas cuyo resultado futuro se encuentra determinado por los resultados previos, de forma que no pueden existir leyes deterministas para su producción, porque la propia ley se encuentra en continua transformación— hace inútil la aproximación causalista o anticipatoria de los métodos empíricos tradicionales." Cfr. MORALES DE SENTÉN RAVINA, Carlos. *Estudios preliminares*. En BOURDIEU, Pierre; TEUBNER Günther. *La Fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del hombre editores. Bogotá, 2002. p. 34.

⁴⁰ *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1993. Pp. 344, 345.

"...los problemas de la teoría de la sociedad y de la sociología jurídica luhmanniana son sustancialmente los mismos y derivan de la insatisfacción que producen las renunciaciones impuestas por sus opciones teóricas: la ausencia de explicaciones causales, el limitarse a diagnosticar problemas, la imposibilidad de introducir pronósticos."

La importancia del rechazo de Luhmann a hacer predicciones de los fenómenos sociales y por tanto al causalismo, radica en el empleo del método funcional de equivalencias, por lo que se rehúsa a dar tales predicciones, lo que sin duda le hace merecer grandes críticas.

1.4.2. Reduccionismo

El reduccionismo⁴¹ *"es la pasión para describir procesos o fenómenos complejos en sus partes más pequeñas."*⁴² Tiene sus bases en la física, química y biología⁴³, consiste en estudiar un fenómeno complejo a través del análisis de sus elementos o partes componentes⁴⁴ y *"tiende a la subdivisión cada vez mayor del todo, y al estudio particular de esas subdivisiones..."*⁴⁵ Para Guy Duval, el reduccionismo asume que para conocer el objeto de estudio, basta con el análisis de sus partes más simples.⁴⁶

Retomando un poco la idea de la descomposición de las cosas para poder conocerlas, podemos decir que la ciencia también se vio influenciada por ella, por

⁴¹ Galileo y su científicismo contaban con un reduccionismo pragmático, el cual a decir de Rupert Riedl, modificaron nuestro mundo. *"Su concepto de causa descansa en el supuesto de que todos los fenómenos pueden entenderse en virtud de una reducción de sus partes."* En WATZLAWICK, Paul, et al. **La Realidad Inventada**. Traducción de Nélica, Luque y Báez. 5ª reimpression de la primera edición. Barcelona, 2000. P. 76.

⁴² LILIENTFELD, Robert. Teoría de Sistemas. Ob. cit. p. 194.

⁴³ RAMÍREZ, Santiago. (Coordinador). **Perspectivas en las Teorías de Sistemas**. Siglo XXI editores. México, 1999. p. 2.

⁴⁴ Cfr. JOHANSEN BERTOGLIO, Oscar. Ob. cit. p. 21.

⁴⁵ Ibidem. p. 21.

⁴⁶ Cfr. RAMÍREZ, Santiago. (Coordinador). Ob. cit. p. 63.

lo cual el conocimiento se fue dispersando conforme la ciencia iba avanzando. Es entonces cuando surge una postura que trata de combatir la dispersión del conocimiento y busca su unión de nueva cuenta. Esta nueva postura es creada por el círculo de Viena, el cual se da a la tarea de volver a reunir el conocimiento mediante la construcción de un lenguaje universal que pudiera ser usado y entendido en todos los campos del conocimiento humano. De esta manera, se elegía a las matemáticas, que eran las que podían lograr dicho objetivo. Sin embargo y pesar del esfuerzo realizado por situar a las matemáticas como el lenguaje universal de la ciencia⁴⁷ los teóricos de los sistemas se dieron cuenta que no todos los conceptos de la filosofía de la ciencia podían ser transformados a las matemáticas. Por este motivo, los teóricos de los sistemas promovieron no la unión sino la integración del conocimiento a través del transporte de leyes de un campo similar a otro, es decir de isomorfismos.

1.4.3. Sistémica, sistemismo y sistemática

Es conveniente subrayar el problema existente derivado por el uso de conceptos que envuelven a la Teoría de Sistemas, ya que estos conceptos pueden ser encontrados en diversos autores que hablan tanto de la teoría de sistemas como de la obra de Niklas Luhmann y, pueden ser confundidos unos con otros. Sin embargo, como lo dice el Diccionario de filosofía de Ferrater Mora, éstos términos y otros pueden ser utilizados para hacer referencia a cualquier estudio de sistemas.⁴⁸

⁴⁷ O como dice el maestro Germán A. de la Reza: esperanto matemático.

⁴⁸ Los términos que pueden ser usados indiferenciadamente son sistémico, sistemismo, sistémica, sistemidad. Sin embargo, también agrega que pueden existir ciertas diferencias entre los términos. Cfr. Alianza editorial. Madrid, 1979. Pp. 3068, 3069.

Primero explicamos el concepto de sistémica que es entendida generalmente como la ciencia de los sistemas⁴⁹ (del análisis de sistemas) y que surge con las obras de Bertalanffy⁵⁰ a mediados del siglo pasado y, que en inglés se llamó General System Science.

"Puesto que la teoría general de sistemas se ocupa de toda clase de sistemas, el término sistémico es de aplicación general...Sin embargo, se tiende a emplear sistémico especialmente en el caso de cierto tipo de sistemas. Uno de los más frecuentes mencionados al respecto es el sistema constituido por elementos que se hallan entre sí en relación funcional tal que se produce una interdependencia de acuerdo con un conjunto de reglas...

*...sistémico...se ha venido usando asimismo con relación al estudio de otros sistemas, tales como los organismos vivos, las estructuras ecológicas — eco-sistemas o estructuras sistémicas que implican series de reacciones entre organismos y su contorno natural, incluidas las llamadas cadenas de nutrición— y los sistemas sociales, tanto humanos como animales."*⁵¹

Ahora bien, respecto a lo anterior, a la sistémica⁵² (además de ser considerada como la ciencia de los sistemas) se le relaciona⁵³ con la "Systems Research" (Investigación de los sistemas), "General Systems Theory" o "General Theory of Systems" (Teoría general de los sistemas) y con una postura metodológica que al estudiar un fenómeno busca hacerlo considerándolo en su conjunto y no diseccionándolo, es decir, el concepto de sistémica se usa para distinguir de aquel concepto de analítica. Por tal motivo y a manera de

⁴⁹ Ver ARNAUD, André-Jean. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. Librairie générale de droit et des jurisprudences. Paris, 1998. Pp. 409, 410.

⁵⁰ "El punto de vista sistémico ha sido propugnado por autores que han partido de la biología, como Ludwig Von Bertalanffy..." FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Alianza editorial. Madrid, 1979. P. 3068.

⁵¹ FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía*. Alianza editorial. Madrid, 1979. P. 3068.

⁵² En Italiano la traducción correcta es *sistémico* y en Francés *systemique*. Cfr. ARNAUD, André-Jean. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. Librairie générale de droit et des jurisprudences. Paris, 1998. Pp. 403 y ss.

⁵³ "it would seemingly be advisable to replace expressions like System research, General systems theory, General theory of Systems Science by the word Systemics. *International Encyclopedia of Systems and cybernetics*. Charles Françoise Editor. Germany, 1997. p. 354.

ejemplificación, tomamos el cuadro del maestro Germán A. de la Reza⁵⁴ para diferenciar una postura de la otra.

Elementos de la polaridad
enfoque sistémico-enfoque analítico

Niveles	Enfoque sistémico	Enfoque analítico
Objetivo	explicación	predicción
Regla	involucra al observador	objetividad
Causalidad	indeterminista	determinista
Modelo	sistema abierto	sistema cerrado
Focal	entidad	elemento discreto
Modalidad	síntesis	análisis
Control	feedback positivo	feedback negativo
Programa	unidad de las ciencias	

Por su parte, del sistemismo se pueden dar tres definiciones:⁵⁵

- 1) *l'ensemble des divers types d'analyse systémique;*
- 2) *l'application à un champ spécifique de l'analyse en termes de système;*
- 3) *la théorie ou la doctrine relative à la mise en oeuvre de l'un de ces types d'analyse.*

Como podemos darnos cuenta, por medio de el sistemismo se aplica la sistémica, es decir, la forma de estudiar a los sistemas a un campo específico; esto es entonces, que el sistemismo es la aproximación de la sistémica a un campo determinado. Por ésta razón, se puede encontrar en diversas obras francesas el término *systémisme*, cuando se hace referencia al trabajo de Luhmann; aunque, en castellano es más común encontrar el término *sistémica*, siendo correcto el uso de ambos.

⁵⁴ Ob.cit. p. 62.

⁵⁵ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. Ob. cit. p. 247.

En cuanto al concepto de sistemática (sistematiche), podemos decir de éste, que puede hacer sólo una referencia de manera muy general respecto a los sistemas *"Systematics is mostly an arbitrary mode of classification. One example would be arranging a collection of books according to the color of their cover."*⁵⁶ Pero también este concepto puede ser empleado para hacer una distinción con la sistémica; Autores como Mario G. Lozano hacen uso de él diciendo únicamente, que la sistémica sustituye al pensamiento anterior que hacia también referencia a los sistemas, sin embargo esta nueva forma de abordar a los sistemas (sistémica) se apoya de un concepto que lo distingue de la sistemática y que es la auto-organización.⁵⁷ Por lo tanto podríamos decir que la sistémica es la forma evolucionada de la sistemática, o por el contrario, que la sistemática es el antecedente directo de la sistémica.⁵⁸ *"...sistemático, se emplea cuando se trata o de la noción de sistema de un modo muy general o de esta noción tal como ha sido empleada y estudiada en el pasado..."*⁵⁹

Vistos estos conceptos, podemos darnos cuenta que son utilizados cuando se refieren a los estudios sobre Luhmann; son empleados, ya que pueden así serlo (sistémica y sistemismo) si se toma en cuenta que la obra de Luhmann tiene algunos antecedentes en la Teoría General de Sistemas (sistémica); que la obra luhmanniana analiza campos específicos de la sociedad como el derecho, economía, religión, utilizando la sistemica, por lo que bien se podría utilizar el término sistemismo y, que Luhmann agrega el concepto de autopoiesis a su teoría, que proviene de los estudios de la auto-organización (sistémica).

La revisión de estos tres conceptos, no significa que la problemática por su uso se centre solamente en ellos, de hecho, existen aún más conceptos, como el

⁵⁶ **International Encyclopedia of Systems and cybernetica.** Charles Françoise Editor. Germany, 1997. p. 355.

⁵⁷ Cfr. **I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann.** Sociologia del diritto. Milano, Italia. Vol. XXVI. No.1, 1999. Pp. 11-13.

⁵⁸ Es importante aclarar que el concepto "sistémica" aún se sigue utilizando como un modo de clasificación u organización de conocimientos. Quizás por tal razón el Maestro Lozano pretenda hacer una distinción que parte de la auto-organización y que identifique sistémica de sistemática.

⁵⁹ FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofía.** Alianza editorial. Madrid, 1979. p. 3068.

de *sistematismo*, *sistematicidad*, *sistematicidad*, que sólo hacen alusión muy general a los sistemas; pero, también podemos encontrar otro como el *sistematización* que es tal vez el más utilizado cuando al estudio del sistema jurídico se refiere y que es la reducción a un sistema, en éste caso, de la forma de ordenar las normas de forma coherente y lógica y que de manera tradicional es tarea de la sistematización jurídica.

1.4.4. La Teoría de sistemas y las ciencias sociales

De acuerdo a Bertalanffy⁶⁰, las ciencias sociales en sentido amplio comprenden la sociología, economía, ciencia política, psicología social, antropología cultural, lingüística, buena parte de la historia y las humanidades.

Estas ciencias sociales se han enfrentado a diversas dificultades al concentrarse en su objeto de estudio y abordarlo sólo mediante los elementos que lo constituyen y, poco se habían enfocado en las relaciones existentes entre los elementos que dan forma a todo el objeto; esta situación también ocurre en las ciencias exactas y lineales, donde se estudian las entidades físicas sus estructuras como átomos, moléculas, con relación al tiempo y el espacio.

Las ciencias sociales estudian básicamente al ser humano, su organización, sus actividades, su conducta, su forma de pensar que deriva obviamente de su cultura, por lo que no podrían establecer leyes, sino únicamente teorías, lo que hace pensar que entonces nada separa más a las ciencias que el querer estudiarlas con los mismos métodos sin considerar las diferencias existentes entre ellas. Sin embargo, existen puentes entre las ciencias que las pueden unir en lugar de promover la especialización y regionalización científica, esto se puede hacer precisamente a través de la teoría general de sistemas y de principios existentes

⁶⁰ Ob.cit. p. 204

en todo sistema, que como ya se ha mencionado podría ser el isomorfismo, que de esta manera permite unir el conocimiento en lugar de diseccionarlo. Esto se traduce en una de las principales aportaciones de la teoría de sistemas para con las ciencias sociales y especialmente para con el derecho. *“Las modernas teorías sistémicas no sólo se han de entender como teorías de los sistemas, sino que pretenden constituir también un modo de análisis del sistema social global.”*⁶¹

Ahora bien, existen diversas tendencias o enfoques dentro de la teoría de sistemas⁶² dependiendo del fenómeno que se va a abordar. Estas tendencias, son para Bertalanffy una parte de la teoría general de sistemas (Teoría de los juegos, de las gráficas, de los conjuntos, de los autómatas, la cibernética, etc.) Sin embargo para el maestro Büllesbach⁶³, cuando se habla de la aplicación de las tendencias sistémicas al derecho, es necesario diferenciar de entre 6 principales enfoques sistémicos:

1. **La Teoría General de Sistemas.** Sus aportaciones al derecho han sido pocas exceptuando cuando se aborda lo jurídico como un sistema.
2. **La Teoría Cibernética de Sistemas.** Pretende explicar el funcionamiento de las instituciones jurídicas, en un sistema político o social determinado.
3. **El Modelo input-output del Sistema Político.** Se considera al sistema político como un sistema abierto que está en un continuo intercambio con otros subsistemas también funcionales.
4. **La Ciencia de la Dirección y la Organización.** Se considera al derecho como instrumento y factor determinante para la dirección de la sociedad.
5. **La Teoría Cibernética de la Regulación Jurídica.** Se ocupa del análisis del comportamiento jurídico decisorio, procesamiento jurídico de la información y la explicación del procedimiento legislativo.

⁶¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred. **El Pensamiento Jurídico Contemporáneo.** Edición española a cargo de Gregorio Robles. Editorial debate. Madrid, 1992. p. 315.

⁶² Cfr. BERTALANFFY. Ob. cit. Pp. 16 y ss.

⁶³ Cfr. En KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfred. Ob. Cit. p. 315.

6. **La Teoría de Sistemas Estructural-funcional y la Funcional-estructural.** (Talcott Parsons, Niklas Luhmann). Ambos autores pretenden explicar a la sociedad global mediante una teoría general. El punto de partida de ambos es la relación estructura y función; pero mientras que Parsons antepone la estructura a la función en los sistemas sociales, Luhmann por su parte *"no considera existan que ciertas estructuras dadas que deban ser sostenidas por funciones específicamente requeridas, sino que sólo es función la que puede ser cumplida por diversos equivalentes funcionales."*⁶⁴ Luhmann define su postura teórica como funcional-estructuralista que considera que es la función la que antecede a la estructura⁶⁵ porque para este último, la relación de las partes es la que va a dar forma a la estructura y no la estructura va a determinar la función tal como lo sugería Talcott Parsons.

*"La teoría de los sistemas sociales, representada por Parsons aunque incluya muchas otras contribuciones aisladas, es una teoría estructuralmente funcional. Esto significa que antepone el concepto de estructura al concepto de función. Presupone sistemas sociales con determinadas estructuras y luego inquiriere por los efectos funcionales que deben ser producidos para que los sistemas subsistan."*⁶⁶

Este señalamiento preciso de Luhmann de diferenciar su teoría de aquella parsoniana, radica en enfatizar la separación de anteponer la función sobre la estructura, lo que le permite a él, problematizar a las mismas estructuras y tratarlas como según él se deben tratar en los sistemas sociales, como variables; Ya que si se sigue el modelo parsoniano de contemplar a la estructura antes que la función, se considera por consecuencia que las estructuras de los sistemas

⁶⁴ MARTÍNEZ FLORES, Rogelio et. al. **Teorías Sociológicas Contemporáneas.** Universidad Autónoma Metropolitana. México, 1986. p. 150. Para Luhmann lo importante es ver si un problema puede ser tratado con soluciones equivalentes y no sólo si a es causa de b.

⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MANCILLA Darío. Nota a la versión española en: LUHMANN, Niklas. **Poder.** Traducción de Luz Mónica Talbot. Editorial Anthropos/Universidad Iberoamericana. España, 1995. Pp. XII, XIII.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos.** Versión castellana de H. A. Murena. Editorial SUR. Buenos Aires, 1973. p. 140.

sociales son inmutables y armónicos, algo que es entonces totalmente cuestionable.⁶⁷

Sí vemos detenidamente estos seis enfoques, nos daremos cuenta que se marca ya una separación entre la teoría de Bertalanffy y su Teoría General de Sistemas (enfoque 1), de aquella que representa Luhmann (enfoque 6), quien marca su deslinde del primero básicamente en varios puntos específicos. El primero de ellos es que para Luhmann, la postura de la Teoría general de sistemas no hace mayor reflexión en un punto muy importante que es el de considerar al sistema como algo más que la suma de sus partes, lo que ha sido causa del porqué esta teoría no ha sido utilizada para el análisis de fenómenos sociales.⁶⁸ Por ello, el maestro de Bielefeld, sustituye el paradigma todo/partes por el de sistema/entorno.⁶⁹ Otro cambio que se nota en ambas posturas, es el que hace Luhmann al repensar al sistema cerrado considerándolo así sólo operativamente pero abierto cognitivamente, por lo cual introduce los conceptos de autopoiesis y autorreferencialidad que logran al mismo tiempo hacer que su teoría sea autodescriptiva separándose al mismo tiempo de la postura parsoniana. Y por supuesto, ambas posturas se separan radicalmente cuando Luhmann abandona la idea de teleología del sistema para sustituirla por la de función.⁷⁰ Sin embargo, y a pesar de las diversas diferencias entre Bertalanffy y Luhmann, la idea de abordar la Teoría General de Sistemas de Bertalanffy, es que aún la postura de Luhmann se puede vincular con esta Teoría⁷¹, esto debido al

⁶⁷ Ibidem. Pp. 141, 142.

⁶⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Fin y Racionalidad en los Sistemas*. Traducción de Jaime Nicolás Muñiz. Editora Nacional. Madrid, 1983. Pp. 158 y Ss.

⁶⁹ *"Traditional theory conceived complex systems as wholes made out of parts. The basic idea was that the order of the whole accounts for qualities the isolated parts could never possess on their own. Recent systems theory, as I see it, has abandoned this traditional approach by introducing an explicit reference to the environment... The novel thesis, rather, runs as follows: the structures and processes of a system are only possible in relation to an environment, and they can only be understood if considered in this relationship."* LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. Columbia University Press. New York, 1982. p. 257.

⁷⁰ Estos cambios se explicarán con mayor detalle en el transcurso de la obra, no significando que sean los únicos pero sí los más significativos en un primer momento.

⁷¹ "...hay que destacar que la teoría luhmanniana puede adscribirse, cuando menos en sus rasgos generales, a la Teoría General de los Sistemas..." Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. J. M. Bosch editor. Barcelona 1993. Pp. 68, 69.

concepto de sistema manejado por el de Bielefeld, que de esta manera también se separa de la sociología tradicional.

*"La Sociología del derecho ha tomado prestada esta expresión del Derecho comparado. La extensión del concepto no es, sin embargo, la misma en ambas disciplinas. Para el Derecho comparado, un sistema jurídico es una familia de derechos. Los derechos nacionales son múltiples, pero se agrupan en sistemas, en grandes sistemas, como el sistema del Common law o el sistema romano-germánico. Para la Sociología del derecho, por el contrario, un sistema jurídico tiene un área de aplicación menos extensa. Prácticamente, es un derecho nacional y no una agrupación de derechos nacionales."*⁷²

Como se ha visto y como se verá en el siguiente capítulo, Luhmann a pesar de hacer sociología y ser abogado de profesión, no toma el concepto de sistema de la sociología, ni del derecho comparado, sino de la teoría de sistemas que tiene vínculos sin duda con la cibernética, biología, física.

1.5 Teoría de Sistemas y Luhmann

Los acercamientos que el maestro alemán tuvo en los Estados Unidos con la teoría de sistemas y específicamente en la sociología con Talcott Parsons, hacen que se dé cuenta, primero de los esfuerzos llevados a cabo por Bertalanffy y de los primeros intentos por crear una teoría general de sistemas, de crear una unificación en la ciencia y, por otro lado, de percatarse que en la sociología no había intentos de estudiar a la sociedad considerándola como sistema, más que aquel llevado a cabo por Parsons, de quien Luhmann fue alumno precisamente durante su estancia en Harvard.

En este sentido, el mismo Luhmann reconoce su vínculo con la Teoría General de Sistemas. Cfr. **Organización y Decisión. Autopoiésis, Acción y Entendimiento Comunicativo.** Universidad Iberoamericana/Anthropos. Barcelona, 1997. P. 104.

⁷² CARBONNIER, Jean. **Sociología Jurídica.** Editorial tecnos. Madrid, 1977. p. 115.

En sus primeros acercamientos con la teoría de sistemas, el Alemán se da cuenta que el modelo de equilibrio era lo que había llevado a considerar una teoría general de sistemas, pero él consideraba todo lo contrario, que era en el desequilibrio en el que los sistemas obtenían su estabilidad.⁷³

En la física, se aceptaba la existencia de sistemas cerrados que carecían de *inputs* y *outputs*, lo que conllevaba a la aparición de entropía, pero en la biología se desafiaba tal característica por lo que se proponen los sistemas abiertos, los cuales combaten la entropía mediante neguentropía, es decir, se mantienen en continuo intercambio con el entorno mediante *inputs* y *outputs*.

La postura de Luhmann se sitúa en elaborar una teoría de los sistemas sociales en la cual se consideraba a la sociedad como sistema y a éste, como autorreferente, ya que para él, el sistema social al igual que sus demás subsistemas tienen las características de referirse a sí mismos, de ser autónomos y autopoieticos⁷⁴, pero para responder a diversos cuestionamientos como el de la entropía, desarrolla un modelo de sistema cerrado que lo es, pero en cuanto a su operación, en cuanto a su forma de reproducción, pero que al mismo tiempo, es abierto en el aspecto cognitivo, lo que le permite mantener ese contacto con el entorno que es necesario para el sistema. Por ello, no es raro encontrar a lo largo de sus obras que un sistema para él, es operativamente cerrado, pero cognitivamente abierto. Su postura y, establece desde un inicio, no busca contradecir aquella de los sistemas abiertos, sino, que él entiende la apertura desde otro punto de vista.

De esta manera no se podría situar la teoría de Luhmann dentro de la teoría de sistemas abiertos ya que para él, el sistema y en específico el sistema de derecho no puede estar abierto totalmente al entorno, en otras palabras, el

⁷³ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general.** Traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. 2ª edición. Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. Barcelona, 1998. p. 18.

⁷⁴ Estas características se explicarán en los capítulos II y III.

derecho no podría importar normas jurídicas, el derecho por lo tanto debe crear el derecho, lo cual garantiza su autonomía, clausura operativa, autopoiesis y positividad.

Pensando entonces en sistemas cerrados, entonces tampoco se puede situar la teoría del alemán dentro de esta vertiente, ya que él pretende alejarse precisamente del principal problema de este tipo de sistemas, la entropía, además de que el sistema para él es abierto y cerrado al mismo tiempo.

También, cabe resaltar una distinción muy importante entre Luhmann y Bertalanffy, ya que para éste último, era de suma importancia la búsqueda de leyes aplicables a los diversos sistemas, lo que podía dar lugar a predicciones, sin embargo, para el primero, eso es lo que menos se puede conseguir en las ciencias sociales, esto se comprueba con las afirmaciones de Luhmann respecto al derecho como expectativas generalizadas de conducta en un futuro incierto, lo que demuestra que él, no buscaba predicciones concretamente en el derecho. Así, se podría pensar en una primera impresión, de una contradicción entre la teoría de sistemas de Bertalanffy y Luhmann, pero lo que se destaca es la diferencia entre ambas posturas. También hay que agregar, que el mismo Bertalanffy reconoce que en ciertos aspectos de la sociedad humana no es posible realizar predicciones como sucede en la historia, pero que en otros, la aplicabilidad y la formulación de leyes está demostrada, tal como acontece en la estadística. El punto en donde en definitiva ambos autores coinciden, es en considerar los fenómenos sociales como sistema, con las diferencias respectivas antes señaladas.

Finalmente, se puede decir que Luhmann toma como referencia a la teoría de sistemas, pero no precisamente a la de Bertalanffy, a la primera, sino a una de nueva generación con nuevos avances y nuevos descubrimientos.⁷⁵

⁷⁵ Cfr. TORRES NAFARRATE, Javier. **Apéndice.** En LUHMANN, Niklas. **¿Puede la sociedad moderna evitar los peligros ecológicos?** En *Argumentos*, No. 24. México, septiembre, 1996. p. 16.

Capítulo Segundo

La Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann

2.1 Fundamentos de la teoría

La teoría sociológica luhmanniana, estimada una de las más importantes en los últimos años, es considerada como una herramienta que logra abrir a la sociología hacia las demás ramas del conocimiento. Ella contiene diversas cuestiones que son fundamentales en sí misma, por eso, para poder comprenderla, parece ser necesario referirse a ellas desde un inicio, sin esto indicar que sean las únicas, pero sí las más importantes en esta particular consideración. Así, que si desde ahora consideramos al derecho como un sistema, debemos indicar desde este momento que un sistema para Luhmann es sólo sistema si gracias a sus operaciones se vuelve sistema. Así, al derecho, visto como sistema que regula o mejor dicho se autorregula, se le considera autopoietico. De esta forma, resulta primordial abordar primero la teoría de sistemas, la diferencia, la autopoiesis, el constructivismo radical y tipos de sistemas sobre los cuales se desarrolla el aparato conceptual luhmanniano para la descripción de la sociedad y del sistema jurídico.

2.1.1 De la unidad a la diferencia

Quizás la frase que desde un inicio nos puede dar una característica fundamental de la teoría de este sociólogo alemán, es la expresada por el mismo, cuando para explicar su teoría habla *"de la unidad a la diferencia"*. Y es que

precisamente la teoría luhmanniana¹ se puede caracterizar por reconocer que en la construcción de un conocimiento se parte de que los elementos integrantes de un todo no tienen por qué necesariamente partir de la unidad, sino de una diferencia armónica entre ellos y sus relaciones. Pero cabría aquí precisar sobre cuál unidad y cuál diferencia se habla exactamente, a lo cual el mismo Niklas Luhmann nos dice que "*La Teoría de sistemas parte de la unidad de la diferencia entre sistema y entorno*"², un sistema³ que se integra de comunicaciones y un entorno a su vez, de hombres. Pero de hecho, podemos encontrar en toda su teoría, a la diferencia como base de la misma, desde la diferencia interna existente entre los subsistemas hasta la diferencia externa del sistema con el entorno.

Luhmann que exalta a la diferencia como parte importante de su teoría, lo hace cuando se percata que ésta no tiene por qué significar siempre el fin, sino puede ser la base para la construcción de un principio, de un inicio, en este caso el de su teoría. Para tal efecto se da cuenta que no hay una realidad común sino una diversidad de formas de ver las cosas, por eso mismo, es que él renuncia a una ontología⁴ también tradicional que se identificaba con estatismo e invariabilidad, por ello toma más importancia la diferencia en su teoría y se hace más cuando el alemán la reúne con la teoría de sistemas.

¹ "...el sistema logra producir su propia unidad en la medida en que lleva a cabo una diferencia." LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Universidad Iberoamericana. México, 2002. p. 99.

² LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General**. Traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. 2ª edición. Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. Barcelona, 1998. p. 201.

³ Luhmann entiende por sistema "...unidades que se diferencian de su entorno...el sistema se produce como una forma que separa una parte interior, el sistema, y otra parte exterior, el entorno; y la parte interior de la forma es la parte sobre la que sólo se pueden reproducir las operaciones que producen la forma, la diferencia, el sistema." LUHMANN, Niklas. **Problemas con el cierre operativo**. Traducción de Celso Sánchez Capdequí. En *Anthropos*. Nums. 173-174. Barcelona, julio-octubre, 1997. p. 51. Ver también LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Columbia University Press. New York, 1990. p. 3.

⁴ "La ontología instauro lo firme. A la deriva del mundo ofrece puertos seguros...La ontología es la manifestación de una preferencia: la unidad mejor que lo disperso; el orden de más rango que el caos; equilibrio y armonía superiores al conflicto. En el pensamiento ontológico hay principio; por tanto causas." Cfr. Javier Torres Nafarrate en la introducción a LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Ob. cit. México, 2002. p. 17.

Ahora bien, la razón del por qué Luhmann renuncia al concepto de unidad para comenzar su teoría es que para él, la primera implica un orden y una tranquilidad que no permiten la descripción de la sociedad⁵ tal cual. Para Luhmann, la sociedad es movimiento y dista mucho de ser siempre ordenada y tranquila, ya que se entiende o debería hacerse, como algo en movimiento constante, es decir, siempre dinámica. Por esta peculiaridad del dinamismo social, es que se necesita una teoría con iguales características. Podemos agregar además, que tradicionalmente se ha entendido a la diferencia como el fin de las cosas, ya que supone el fin del orden, pero el maestro alemán, invierte los papeles y le da a la diferencia la importancia que muy pocos le habían otorgado. Pero la importancia de la diferencia no surge de manera espontánea sino como resultado de algunos antecesores de la teoría de sistemas como Nicolás de Cusa y Paracelso entre otros.

Para Luhmann, por lo tanto, el utilizar la diferencia en los sistemas no es otra cosa que percatarse de la formación de sistemas en los mismos sistemas⁶, de ver que la sociedad no puede entenderse sin movimiento y que las teorías que la abordan deben dar cuenta de ello, por tales motivos una teoría sociológica luhmanniana contempla como punto de partida la teoría de sistemas.

2.1.2. La Teoría de Sistemas

La intención fundamental de Luhmann es explicar a la sociedad y los diferentes subsistemas que encontramos en ella tal como la política, religión, pedagogía, derecho, etc., este deseo es sólo para comprenderla, describirla y

⁵ "By society I mean the most compassing system of meaningful communication." LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Polity Press. Cambridge, 1986. p. 28.

⁶ LUHMANN, Niklas. *Inclusión-exclusión*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. En *Acta sociológica*. No. 12. México, septiembre-diciembre, 1994. p. 16. Ver también LUHMANN, Niklas; SCHORR, Karl Eberhard. *El sistema educativo*. Traducción de Olivia Reinshagen y Luis Felipe Segura. Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1993. p. 37.

explicarla únicamente, pero en ningún caso que la modifique⁷; él no pretende mejorar a la sociedad tan sólo entenderla, sin embargo para tal labor, Luhmann se aparta del aparato conceptual existente, ya que para él, éste resulta insuficiente e inadecuado.⁸ Por tal razón se aparta inclusive de las teorías sociológicas⁹ y del pensamiento tradicional europeo como el weberiano por muchas razones, una de ellas, según él, es que la teoría del maestro Weber fue creada para explicar la modernidad y ahora nos encontramos después de ésta, sin que necesariamente nos encontremos en los que algunos llaman *posmodernidad*. Por lo tanto y considerando que la teoría en la sociología ha sido siempre desdeñada, que no existe un aparato conceptual suficiente, dinámico y complejo, Luhmann se da a la tarea de crear uno, que junto con una teoría expliquen a la sociedad en su conjunto, vista como un sistema y compuesta a su vez de otros y varios subsistemas que forman el gran sistema social. Para tal labor, el maestro teutón recurre a la importación de conceptos que le permitan dar forma a su pensamiento. Esto, además, se torna una interdisciplinariedad ya que esos conceptos utilizados se toman de diversas ciencias y disciplinas como la teoría de

⁷ "Su teoría de la sociedad permite comprender los procesos, estructuras y autodescripciones de la sociedad, pero no pretende indicar como deberían ser." RODRIGUEZ MANCILLA, Darío. *La teoría de la sociedad*. En *Metapolítica*, Vol. 5, Num. 20. México, Octubre-diciembre 2001. p. 42.

⁸ Sobre la necesidad de conceptos de la sociología Rüdiger Lautmann expone: "La sociología es la ciencia de la sociedad: describe y explica los fenómenos de la vida social del hombre. Al igual que cualquier otra ciencia, construye para ello conceptos que son definidos de acuerdo con las necesidades teóricas; estos conceptos son sólo aplicables en conexión con otras teorías...La experiencia demuestra que ninguna ciencia puede funcionar sin sus propios conceptos." *Sociología y Jurisprudencia*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Tercera edición. Distribuciones Fontamara. México, 1997. p. 49.

⁹ "La construcción luhmanniana de la teoría de la sociedad parte de la insatisfacción de su autor ante las teorías sociológicas existentes que considera inadecuadas para analizar la sociedad moderna. Los modelos teóricos y la terminología están obsoletos y ello no sólo impide describir adecuadamente la sociedad moderna sino que, dado que las teorías forman parte de la sociedad y guían sus operaciones, convierten en problemas de la sociedad lo que no son sino problemas de la teoría." GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1993. Pp. 337, 338. Luhmann propone a la sociología estudiar a la sociedad partiendo de dos puntos: "1. The theory must change its direction from the unity of the social whole as a smaller unity within a larger one (the world) to the difference, of the system of society and environment, i.e., from unity to difference as the theoretical point of departure. 2. The idea of system elements must be changed from substances (individuals) to self-referential operations that can be produced only within the system and with the help of a network of the same operation (autopoiesis). For social systems in general and the system of society in particular the operation of (self-referential) communication seems to be the most appropriate candidate. Cfr. LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Ob. Cit.. Pp. 6, 7.

sistemas, cibernética, biología etc.¹⁰ y, se auxilia específicamente de tres grandes teorías, una teoría sistémica, una teoría de la comunicación y de la teoría de la evolución.¹¹ Por ello mismo, el lenguaje utilizado en su teoría contiene conceptos y expresiones de estas áreas, lo que dificulta la comprensión de la teoría luhmanniana y le hace ganar algunas críticas.

Esta teoría que entonces no pretende prescribir¹² a la sociedad sino observarla y comprenderla, se vuelve compleja por necesidad, ya que la sociedad es en sí compleja como ella misma y para comprenderla y describirla se necesitan una teoría y un aparato conceptual complejo, por lo menos más que el tradicional; Por ello mismo, su teoría que explica a la sociedad y se explica así misma, se vuelve autorreferente. De esta manera Luhmann considera tres tipos de sistemas autorreferentes, los vivos, los psíquicos y los sistemas sociales los cuales tienen su propia manera de constituirse autopoieticamente¹³, de actuar, de observarse.

Retomando su distanciamiento con aquel tradicional, se vuelve necesario para Luhmann hablar de la evolución, la cual es necesaria en su teoría, pues sin ella no se podrían explicar los cambios que se dan en los sistemas, ya que éstos están siempre enfrentando a la complejidad, contingencia y selección. De esta manera, la evolución trata con las posibilidades que ya se han transformado en una selección del sistema y con las posibilidades que no lo fueron es decir, con esa diferenciación entre ambas. Por eso la evolución para Luhmann, significa algo

¹⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la Sociedad**. Traducido por Miguel Romero y Carlos Villalobos. 2ª edición. Universidad Iberoamericana/Triana editores. México, 1998. p. 34.

¹¹ Cfr. IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres**. Editorial Anthropos. Barcelona, 1990. p. 96.

¹² "En definitiva, su teoría no pretende más que sentar las bases para una adecuada observación de la sociedad contemporánea que permita una coherente descripción de la misma." IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres**. Ob. cit. p. 114.

¹³ "...se podría definir a los sistemas autopoléuticos como sistemas que producen todo lo que emplean como unidad a través de aquello que emplean como unidad; y precisamente en que esto ocurra consiste su unidad." LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad y Pedagogía**. Traducción de Carlos Fortea. Editorial Paidós. Barcelona, 1992. Pp. 97,98.

importante y diferente que para aquellos que siguen el pensamiento totalmente darwinista.¹⁴

Pero esta teoría de sistemas también rompe con la idea del antropocentrismo¹⁵ y de la función del ser humano en la sociedad, la que a final de cuentas para Luhmann se conforma de comunicación y no de hombres, algo que ha calado profundo, sobre todo en aquellos que consideran a esta teoría como trágica, pesimista y posmoderna.

"Si se considera que el ser humano es parte del entorno de la sociedad (en lugar de considerarlo como parte de la sociedad misma), cambian las premisas sobre las cuales se cuestiona la tradición, es decir, las premisas del humanismo clásico. Esto no quiere decir que el hombre deba ser considerado como menos importante en comparación con la tradición. Quien sospeche esto (y toda la polémica en contra de esta propuesta se basa en tal imputación abierta o velada) no ha entendido el cambio de paradigma de la teoría de sistemas."¹⁶

De acuerdo entonces a esto, "Lo que se esfuma es la idea del sujeto individual como centro de todo sistema"¹⁷ sin que deba afirmarse que los sistemas pueden existir sin la presencia de individuos, ya que éstos últimos son necesarios como entorno del sistema y ambos siempre se necesitan para solventar su existencia. Para explicar mejor esta idea y parafraseando por ello a Georges Balandier, podemos decir que sistema y entorno son inseparables, son como el

¹⁴ Si bien es cierto que Luhmann sigue el esquema evolutivo de Darwin y a saber los tres procesos que lo conforman: *variación, selección y estabilización*, también es cierto, que para él, ya no se puede pensar que el entorno es la única causa de evolución en el sistema, pues el primero no puede determinarlo al ciento por ciento.

¹⁵ "For the old European tradition of social and legal philosophy, the premise that the human being finds his freedom and virtue, fortune and rights, as a living part of a living society was self-evident. Society was seen as an association of concrete human beings...More recent developments in sociological systems theory force us to break with this conception..." Cfr. LUHMANN, Niklas. **A Sociological Theory of Law**. Routledge and Kegan Paul. Boston, 1985. p. 104.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General**. Ob.cit. P. 201.

¹⁷ GARCIA AMADO Juan Antonio. **La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1997. p. 151.

reverso y anverso de una moneda.¹⁸ El individuo como entorno, es entonces visto por Luhmann como un sistema psíquico con conciencia como su modo de reproducción autopoiética.

La sociedad es concebida entonces como algo más que un conjunto de relaciones entre sus miembros, es concebida como algo complejo, por lo que una sociedad así, necesita una teoría compleja, ya que para Luhmann la complejidad es condición para reducir la complejidad, ésta es así la paradoja con la cual se inicia la construcción teórica de Niklas Luhmann.

2.1.3 El Paradigma autopoiético

Si bien es cierto que el concepto de autopoiésis es relativamente nuevo, no lo es la idea de la auto-organización. Por tal motivo, el maestro Mario G. Lozano describe tres fases de la auto-organización¹⁹ que nos demuestran tal afirmación. En la última fase (a partir de los años sesentas) de la clasificación de la autoorganización del maestro español, en la cual se ubica a la autopoiésis, se destaca su mención sobre el trabajo elaborado por Rainer Pazlak, el cual describe siete temas principales sobre la auto-organización y que a continuación por su importancia mencionamos:²⁰

¹⁸ Cabe aclarar que Balandier utiliza esta frase para distinguir entre orden y caos. Para más detalle sobre este autor ver: **El Desorden**. Editorial Gedisa. Barcelona, 1989.

¹⁹ *"La prima fase è quella dei predecessori che prepararono il terreno per la rivoluzionaria trasformazione in corso. Essa può essere fatta risalire ai presocratici, culmina dal XVI al XIX secolo e si chiude con i primi anni del secolo XX. La seconda fase è quella dell'elaborazione dei primi processi auto-organizzanti. Essa va dal 1920 al 1960 e comprende...l'olismo sistémico e la cosiddetta prima cibemética. Infine la terza fase si sviluppa a partire dal 1960, quando prendono forma le teorie moderne dell'auto-organizzazione, che circa un decennio dopo vennero recepite anche nella scienza giuridica."* Cfr. **I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann**. Sociologia del diritto. Milano, Italia. Vol. XXVI. No.1, 1999. Pp. 14 y ss. El maestro Francés Edgar Morín también destaca el trabajo sobre este tema de los científicos Von Neumann y Henry Atlan entre otros. Ver Entrevista con Edgar Morín en: SPIRE, Arnaud. **El Pensamiento de Prigogine**. Traducción de Carlos Gardini. Editorial Andrés Bello. Chile, 2000. Pp. 155-163.

²⁰ Cfr. **I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann**. Sociologia del diritto. Milano, Italia. Vol. XXVI. No.1, 1999. Pp. 36 y ss.

- 1) La teoría de la estructura disipativa. Formulada por Ilya Prigogine, destaca que las fluctuaciones internas o externas del sistema por mínimas que éstas sean, generan cambios en el mismo y por lo tanto, provocan la evolución de tal sistema.
- 2) La teoría de la sinergia. Que surge gracias a los experimentos de Hermann Haken y, que subrayan la formación de estructuras organizadas a partir del caos.
- 3) La teoría de los hiperciclos catalíticos. Que tiene en Manfred Eigen a su creador y en Günther Teubner, al maestro que logra el vínculo de esta teoría con el derecho. Básicamente la teoría de los hiperciclos catalíticos es una teoría de la evolución que viene de la química y en la cual se destacan tres fases importantes: a) Un ciclo químico de organización; b) Un ciclo de fase no viviente-al viviente y; c) Un ciclo de la evolución de la especie.
- 4) La teoría del caos. Que ha sido estudiada por varios científicos y que gracias a las observaciones meteorológicas de Edward Lorenz encuentra un avance significativo, sobre todo por el descubrimiento del *efecto mariposa* que dice que una variación mínima en el sistema puede provocar consecuencias máximas.
- 5) El principio de *order form noise*, de Heins Von Foerster, que demostró que los sistemas no sólo logran el orden de la importación del mismo del mundo externo sino que, mediante algunos disturbios provenientes del exterior el propio sistema dentro sí mismo logra construir su propio orden.
- 6) La autopoiesis de Humberto Maturana y Francisco Varela que sostiene que los organismos vivos producen los elementos de los cuales ellos están constituidos.
- 7) El ecosistema elástico; que estudia como un sistema frente a un disturbio no sólo se puede adaptar sino que inclusive puede modificar su propia estructura.

Estas ideas descritas por Paslak se tornan importantes sobre todo cuando sirven para explicar la teoría de Luhmann, por eso mismo, debe volver a hacerse mención de la distancia existente con la teoría general de sistemas de Bertalanffy, pues, el sistema para Luhmann no se constituye necesariamente por su estrecha relación con el entorno sino por la construcción de la diferencia entre sistema y entorno desde dentro del mismo sistema, por lo que entonces el sistema se torna autorreferente²¹ ya que él construye y mantiene su diferencia, lo que al mismo sistema le sirve para determinar su propia identidad. Tal diferencia se reproduce constantemente dentro del sistema, el cual también construye los elementos que los constituyen, de esta forma se introduce el concepto de *autopoiesis* tomado de la biología, concretamente de Humberto Maturana y Francisco Varela²² los autores de tal concepto. Un sistema se llama autopoietico cuando: *"...los elementos que lo constituyen están integrados como unidades de función y en todas las relaciones entre estos elementos corre paralela una remisión a la autoconstitución; de esta manera se reproduce continuamente la autoconstitución."*²³

Los sistemas autopoieticos son por ende sistemas cerrados en su constitución, que se clausuran hacia adentro más no hacia fuera, que para realizar su autorreproducción necesitan conocerse, por eso, recurren a la autoobservación, lo que asegura que se reproduzcan fielmente los elementos del sistema y no elementos extraños a éste.²⁴

²¹ "Desde una perspectiva sociológica, la autorreferencia es un resultado de la evolución sistémica evolutiva..." LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Traducción de Fernando Vallespín. Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 55.

²² Para estos autores "La característica más peculiar de un sistema autopoietico es que se levanta por sus propios límites, constituyéndose como distinto del medio circundante por medio de su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son indispensables." *El árbol del conocimiento*. 3ª edición. Editorial debate. Barcelona, 1999. Pp. 38-40.

²³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*. Ob. cit. P. 56.

²⁴ En este punto, Luhmann, se distancia de la clasificación tradicional de sistemas abiertos y cerrados; ya que considera que un sistema puede ser abierto y cerrado al mismo tiempo (como lo es el jurídico) sin que esto implique una contradicción. "Un système juridique qui, pour ce qui va de la reproduction du droit, serait capable d'apprendre est, pour cela, un système à la fois clos et ouvert. Ceci n'est pas une contradiction logique, car nous définissons la clôture comme reproduction récursive et non pas comme négation de l'ouverture. La clôture doit être plutôt formulée comme paradoxe: le système est ouvert parce qu'il est fermé, ou encore fermé parce qu'ouvert..." LUHMANN, Niklas. *La Restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. En *Droit et Société*. No. 47. France, 2001. p. 39.

Estos sistemas autopoiéticos, cuyo principal objetivo es "the continuation of autopoiesis without any concern for the environment"²⁵, son circulares por su función, organización, por las relaciones existentes entre sus elementos; todo esto hace que la autopoiesis se convierta en el eje principal del cambio de paradigma anunciado por Luhmann en la introducción de su libro: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, y que es otra cosa que explicar que el sistema autopoiético se constituye a sí mismo, sin injerencia del entorno.

2.1.4 El Funcionalismo

Si entonces partimos que el objetivo de Luhmann es describir a la sociedad, necesitaba él, entonces, crear una teoría para poder hacerlo, por ello, realiza esta tarea mediante el uso de la teoría de los sistemas y con el método del funcionalismo. Esto explica desde un inicio sus esfuerzos por una construcción teórica y también las críticas que ha ganado por ello, sobre todo cuando se ve privilegiada su investigación teórica sobre aquella empírica.²⁶ De esta manera al explicar a la sociedad, se hace necesario entonces para él, describir la función de la misma que es de este modo, la reducción de complejidad. Luhmann, de esta manera identifica cuatro etapas de cómo se ha desarrollado la reducción de complejidad:²⁷

²⁵ LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Ob. cit. p. 14.

²⁶ "Al parecer, surgido entre los antropólogos como reacción contra el historicismo y el evolucionismo, el funcionalismo supone en principio una investigación teórica, una interpretación, que ignora la búsqueda empírica de datos concretos." GRAWITZ, Madeleine. *Métodos y técnicas de las ciencias sociales*. Tomo I. Traducción de Enrique Muñoz Latorre. Editorial Hispano Europea. Barcelona, 1975. p. 384.

²⁷ Cfr. *La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo*. Traducción de Francisco Galván Díaz. En *Sociológica*, Año 1, No. 1. México, 1986. Pp. 105, 106. Es oportuno mencionar que esta traducción corresponde sólo a una parte del libro que Luhmann escribió junto con Habermas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt, Suhrkamp, 1971. (Pp. 7-24).

1. Se entiende al sistema con el binomio todo/parte. Donde el sistema no tiene referencia al medio ambiente
2. Conforme a la teoría del equilibrio, se consideró al medio ambiente como fuente de interferencias, que en dado caso podrían llegar o no ser compensadas en el sistema.
3. Conforme a la teoría de los sistemas abiertos, se consideró que los sistemas sólo podían conservarse con un intercambio con el medio ambiente.
4. La teoría de la cibernética consideró la relación entre sistema y ambiente como compleja. La complejidad del sistema debe estar en una relación concordante con la del medio ambiente.

Partiendo de estos puntos, Luhmann sostiene la tesis, que la sociedad es el sistema y es quien debe avocarse a reducir la complejidad del medio ambiente. Pero también se percata que la diferenciación inicial de sociedad con el entorno, promueve una diferenciación interna en la sociedad que de esta manera hace que las sociedades, de acuerdo a su evolución lleguen a diferenciarse funcionalmente en subsistemas²⁸ como lo son derecho, economía, política, religión, educación, ciencia, arte. Así para él: *“Una differenziazione funzionale sussiste quando i sottosistemi non si pongono l'uno accanto all'altro come unità fra loro uguali, ma si riferiscono, invece, ciascuno ad una funzione specifica, risultando pertanto reciprocamente collegati.”*²⁹

Como ya se ha mencionado, Luhmann no es partidario de las predicciones en la sociedad, por ello, utiliza este método, que le permite abordar fenómenos, datos como contingentes, lo que se traduce en que los diferentes problemas resultantes pueden tener diversas soluciones. De este modo, retoma un binomio conocido entre causa/efecto pero él, se distancia de éste, al tiempo que no

²⁸ LUHMANN, Niklas. *La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo*. Ob. cit. p. 114.

²⁹ LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. A cura di Alberto Febbrajo. Giuffrè editore. Milano, 1995. p. 249.

considera una causa como única y sola promotora de un efecto sino que varios efectos pueden ser producidos por una causa y que diversas causas pueden producir el mismo efecto³⁰, lo que permite de esta manera explicar los equivalentes funcionales.

La diferencia entre el funcionalismo tradicional y el empleado por Luhmann, es que mientras el primero está avocado a la conservación de las estructuras del sistema, el segundo, el utilizado por el alemán, busca la continuación de la reproducción de los elementos del sistema y su clausura operacional. *“El análisis funcional, orientado teóricamente, sirve, pues, a la comparación; orientado prácticamente, abre posibilidades de sustitución, de intercambio de prestaciones.”*³¹ De esta manera, el teutón, describe cinco estrategias de equivalencias funcionales.³²

- a) *El sistema se orienta de acuerdo a su representación de la realidad.*
- b) *El sistema no parte del consenso sino que lo presupone e institucionaliza.*
- c) *El sistema se diferencia del ambiente.*
- d) *El sistema se diferencia internamente, lo que permite la formación de subsistemas.*
- e) *Las estructuras del ambiente deben permanecer paradójicamente determinadas para servir como guías en la selección de información y comunicación (y en lo que él posteriormente llama autopoiesis) e indeterminadas al mismo tiempo para absorber complejidad sin necesidad de que cambien sus estructuras.*

Ahora bien, probablemente sea necesario describir con mayor precisión los equivalentes funcionales. Éstos, que como ya se dijo, son una estrategia del

³⁰ Ver: LUHMANN, Niklas. *Fin y racionalidad en los sistemas*. Traducción de Jaime Nicolás Muñiz. Editora Nacional. Madrid, 1983. p. 28.

³¹ *Ibidem*. p. 215.

³² *Ibidem*. Pp. 168-173.

sistema, le sirven a éste para poder operar. Así, el sistema mediante sus diversas estructuras de sistemas puede estar en la posibilidad de resolver problemas futuros y dar estabilidad al sistema, manteniendo de la misma manera sus estructuras. De este modo, un problema puede ser atendido por los diversos subsistemas (se hace referencia también a las prestaciones sistémicas) o uno sólo, claro está, de acuerdo al código binario en turno, ya que cada sistema ve el problema de manera particular atendiendo a su codificación, programación y función.

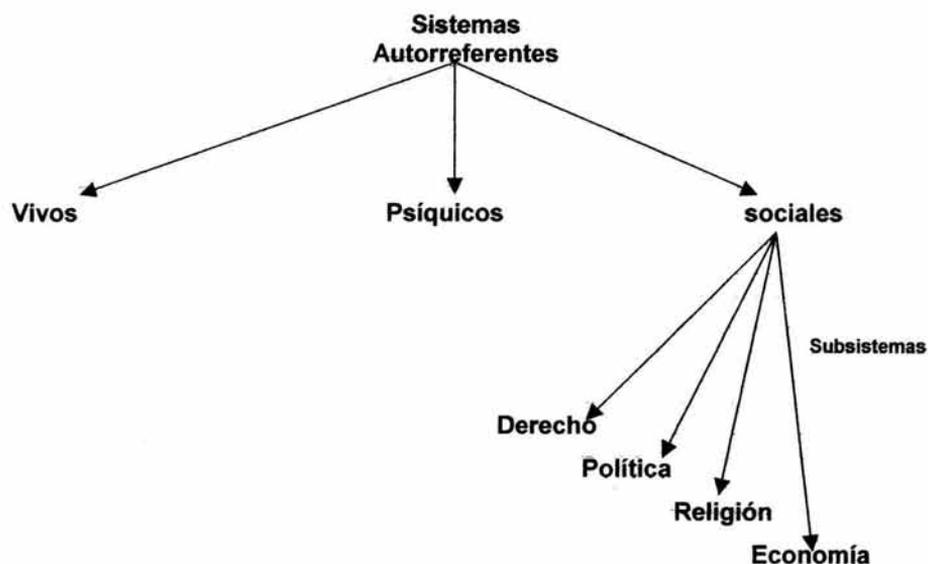
2.1.5 El Esquema representativo de la Teoría (biológico, psicológico, social)

Como ya se mencionó, para Luhmann existen tres tipos de sistemas autorreferentes³³. El primero de ellos es el de los seres vivos, que tienen como operación principal a la vida; por su parte, los sistemas psíquicos (los individuos) tienen a la conciencia y, el último de ellos que son los sistemas sociales tienen como operación principal a la comunicación de la cual se componen. *"...the theory of autopoietic social systems requires a conceptual revolution within sociology: the replacement of action theory by communication theory as characterization of the elementary operative level of the system."*³⁴

Estos sistemas sociales cuando evolucionan se distinguen internamente en diversos subsistemas altamente diferenciados y dan forma al gran sistema social que es la sociedad, en la cual podemos distinguir entre otros a la religión, el derecho, la política, la economía, etc.

³³ "El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos de sistema. LUHMANN, Niklas. **Problemas con el cierre operativo**. En Revista *Anthropos*. Nums. 173-174. Barcelona, julio-octubre, 1997. p. 3.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. Ob. Cit. p. 6.



Estos subsistemas sociales son independientes entre ellos y también son autopoiéticos y autorreferentes; son sistemas altamente especializados que cumplen una función específica e insustituible dentro del gran sistema social, sin embargo, esta condición no impide que mantengan una relación entre ellos a pesar de la diferencia en el ámbito de comunicación que cada uno de ellos tiene.

Luhmann³⁵ da cuatro características de estos sistemas que aquí resumimos:

1. *Los sistemas autorreferentes son cerrados en su reproducción pero abiertos a la irritación y perturbación del ambiente.*
2. *Estos sistemas se observan y describen a sí mismos, y reintroducen su unidad como identidad del sistema.*

³⁵ Cfr. **La Observación Sociológica del Derecho**. Traducción de Héctor Fix-Fierro. En *Critica Jurídica*, No. 12. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1993. P. 79-81. En el libro de **Essays on Self-Reference**. Ob. cit. Pp. 114-116, Luhmann expone otras características que en resumidas cuentas son: que los sistemas autorreferentes son empíricos, diversos (hay gran cantidad de ellos) y complejos.

3. Esa identidad propia del sistema es vista como tautología ya que para determinarse sólo cuentan con la diferencia que tienen respecto al entorno.
4. Estos sistemas generan paradojas internas lo que les impide distinguir diferentes niveles entre sí. En el derecho por ejemplo no se pueden distinguir niveles entre los diversos ordenamientos.

Así, explica *"El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo; unidad de elementos, de procesos de sistema."*³⁶

2.1.6 El Constructivismo radical de Luhmann (modelo epistemológico)

El constructivismo radical³⁷ surge del conocimiento de la neurofisiología y del descubrimiento que las células nerviosas codifican la intensidad del estímulo, independientemente de su naturaleza y, que ya en el cerebro a tales estímulos eléctricos se les diferencia cualitativamente. Esto significa entonces que el mundo es una construcción interna de cada individuo que parte de la diferenciación no diferenciada. *"El medio ambiente, tal como lo percibimos es invención nuestra."*³⁸ Entonces esta nueva corriente toma ese nombre dada su nueva propuesta sobre la construcción del conocimiento hecha por un observador y de la invención de la realidad por él mismo. Como era de esperarse, tal propuesta chocó directamente con la postura positivista que defiende la idea de un mundo totalmente independiente de aquel que lo experimenta.

"El constructivismo es, pues, radical porque rompe con las convenciones y desarrolla una teoría del conocimiento en la cual éste ya no se refiere a una

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**. Ob. cit. p. 55

³⁷ Es oportuno mencionar que esta corriente epistemológica se debe a Heins Von Foerster y a Ernst Von Glaserfeld y que se enriquece con el concepto de autopoiesis gracias a los descubrimientos en la biología de Maturana y Varela.

³⁸ WATZLAWICK, Paul; et al. **La Realidad inventada**. Traducción de Néilda M. De Machain, Ingeborg S. de Luque y Alfredo Báez. 5ª reimpresión de la 1ª edición. Editorial Gedisa, Barcelona, 2000. p. 38.

realidad ontológica, objetiva, sino que se refiere exclusivamente al ordenamiento y organización de un mundo constituido de nuestras experiencias."³⁹

En cuanto a Luhmann, su primera ocupación e interrogante era cómo conocer y describir a la sociedad; Por eso, él en un primer momento busca un concepto de sociedad, pero éste le significa el descubrir tres obstáculos de conocimiento o epistemológicos que hubo encontrado en la sociología y conceptos usados por ésta tradicionalmente.⁴⁰

- 1) El prejuicio humanista, que se refiere a la hipótesis de que la sociedad consiste de seres humanos o de relaciones entre ellos.
- 2) El prejuicio de la pluralidad territorial de las sociedades, que insiste en subrayar sobre las diferencias lógicas entre sociedades en diversos territorios, pero que busca explicar tales diferencias, como diferencias entre sociedades y no como diferencias dentro de la sociedad.
- 3) El prejuicio de la distinción entre sujeto y objeto, que propone a ambos como realidades separadas; lo que insta a suponer que el sujeto describe al objeto, por lo tanto, siendo la sociedad un objeto entonces ella no se podría describir así misma, es decir, las teorías de la sociedad son teorías hechas en la sociedad y, esto se supone como no permitido por la epistemología, por lo que las sociedades entonces sólo pueden ser observadas desde el exterior.

"En el caso del concepto de sociedad referido al hombre se incluye demasiado; en el caso del concepto referido al territorio se incluye demasiado poco. En ambos casos el hecho de que se permanezca fijo en concepciones

³⁹ WATZLAWICK, Paul; et al. **La Realidad inventada**. Ob. cit. p. 25.

⁴⁰ Cfr. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Traducción de Josexto Beriain y José María García Blanco. Editorial Trotta. España, 1998. p. 52.

tan inútiles podría estar conectado con el hecho de que quiere concebir a la sociedad como algo que es posible observar desde fuera.”⁴¹

“Las investigaciones buscan dar el paso a un concepto de sociedad radicalmente antihumanístico y radicalmente antirregionalístico. Naturalmente que no niegan que haya hombres y no ignoran tampoco las grandes diferencias que marcan las condiciones de vida en cada región del globo terrestre. Son investigaciones que renuncian a deducir de estos hechos un criterio para la definición del concepto de sociedad y para la determinación de los límites del objeto que corresponde a tal objeto.”⁴²

Estos obstáculos epistemológicos (este concepto lo toma de Gaston Bachelard) sólo pueden ser superados según Luhmann, si se adopta otra forma de concebir el conocimiento. Esta forma es pues, el constructivismo el cual dice que *“El conocimiento es un descubrimiento de la realidad, no en el sentido de un develamiento progresivo de objetos preexistentes, sino en el sentido de la invención de datos externos.”⁴³*

Este constructivismo radical⁴⁴ tiene dos presupuestos⁴⁵ que encontramos en la teoría de Luhmann, el primero explica que para conocer primero hay que diferenciar; y el segundo sugiere que para ver a la sociedad hay que incluirse en ella.⁴⁶ Sobre el primer presupuesto encontramos que Luhmann parte con su teoría

⁴¹ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la Sociedad**. Ob. cit. p. 33.

⁴² Cfr. Idem.

⁴³ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Anthropos, Universidad Iberoamericana, Iteso. México, 1995. p. 51.

⁴⁴ Algunos autores como César Cancino ubican a Luhmann en esta corriente. Cfr. **Sistema y complejidad**. En Revista *Metapolítica*. Vol. 5. Num. 20. Octubre-diciembre de 2001. p. 147. Sin embargo, el mismo Luhmann prefiere llamarlo constructivismo operativo. LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales II (artículos)**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Universidad de los Lagos/ITESO/Universidad Iberoamericana. Chile, 1999. p. 133. Ver también: CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ob. cit. p. 52.

⁴⁵ Cfr. CANCINO, César. **Sistema y complejidad**. En Revista *Metapolítica*. Vol. 5. Num. 20. Octubre-diciembre de 2001. p.147.

⁴⁶ *“Hoy, en cambio, una descripción adecuada de la sociedad debe presentar inevitablemente un componente autológico: es decir debe reflejar el hecho de que el intento de describir a la sociedad sólo puede tener lugar dentro de la sociedad. La descripción misma por tanto forma parte del propio objeto, que deber ser descrito como un objeto que se describe así mismo.”* CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ob. cit. p. 51. *“...el*

de sistemas justamente a partir de una diferenciación entre sistema y entorno, la cual se apoya en el concepto de forma de Spencer Brown, "Un sistema es la forma de una distinción, por lo que tiene dos caras: el sistema (como el interior de la forma) y el entorno como el exterior de la forma."⁴⁷ Esto nos indica que ni el sistema puede existir sin un entorno, ni viceversa; es decir, no pueden existir el uno sin el otro, lo que demuestra que su unidad se funda en su propia diferencia.

En cuanto al segundo presupuesto, podemos decir que Luhmann evita caer en la posición en la cual cayó Talcott Parsons, él cual, en su teoría, no se encargó de explicar la autoimplicación.⁴⁸ Para Parsons, la base de la sociedad era la acción⁴⁹, pero de acuerdo a Luhmann⁵⁰, Parsons olvidó que el conocimiento de las acciones es en sí una acción, por eso de acuerdo al maestro alemán⁵¹, Parsons en muchas ocasiones desaparece de su propia teoría lo que la vuelve muchas de las veces inoperante ya que no logra describirse a sí mismo y por lo tanto también se convierte en una paradoja.

De acuerdo entonces con todo lo anterior, Luhmann epistemológicamente sustituye al sujeto por el observador y al objeto por lo que se observa.⁵² De esta

intento de describir la sociedad puede efectuarse sólo en la sociedad..." LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Ob. cit. p. 30. "...la sociedad es un sistema autoobservador y autodescriptivo." LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Ob. cit. p. 59.

⁴⁷ Ibidem. p. 54.

⁴⁸ Para Heins Von Foerster: "...también el constructivista, claro está, debe dar cuenta de sí mismo." *Por una Nueva Epistemología*. En Revista *Metapolítica*. Vol.2, Número 8. Octubre-diciembre 1998. México. p. 629.

⁴⁹ "Face à l'orientation analytique de Parsons, tendant à décomposer l'action en ses ingrédients conceptuels de base, Luhmann cherche une explication dont l'ultime horizon ne soit pas l'action, mais un principe générateur plus profond de la réalité sociale, dont l'action serait la conséquence." GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Introducción à l'oeuvre de Niklas Luhmann*. En *Droit et Société*. No. 11, 12. Paris, 1989. p. 41.

⁵⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Ob. cit. p. 30.

⁵¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 53.

⁵² Esta postura es totalmente tomada del constructivismo radical: "Se abandona el dualismo tradicional de la distinción entre sujeto y objeto a favor de una perspectiva monista, más allá de la dicotomía clásica entre realismo e idealismo. Lo que llamamos realidad surge siempre en la interacción entre un observador y un objeto de la observación. La construcción no se realiza ex nihilo y no es posible tomar como punto de referencia ni un sujeto trascendental ni una realidad última. Se efectúa a partir de otras construcciones, con materiales a su vez contruidos, en un permanente reciclaje. Toda realidad es una realidad forjada por los mismos sujetos que conocen y

manera evita caer en una posición que le da preferencia a uno o a otro pero que al fin de cuentas ambas posiciones muestran un desacoplamiento entre el conocimiento y la realidad, por esto mismo y, al utilizar el concepto de autopoiesis y lo que éste supone (autoobservación y autodescripción) se ubica a Luhmann dentro de esta corriente llamada constructivismo radical ya que gracias también al concepto de observación, Luhmann explica que no hay sólo una realidad sino una variedad de observadores y por ende observaciones.

"El constructivismo operativo de ninguna manera duda que exista el mundo circundante (entorno). Si dudara, el concepto de límite del sistema no tendría sentido puesto que se supondría que no existe el otro lado que presupone. La tesis del constructivismo operativo no conduce a una negación del mundo y no discute que no haya realidad. Sin embargo, no presupone que el mundo sea un objeto, sino más bien lo considera como lo reflexionó ya la fenomenología: como horizonte inalcanzable. Por esta razón no existe otra posibilidad que la de construir la realidad y eventualmente de observar cómo los observadores construyen la realidad."⁵³

Esto también lo ejemplifica con el argumento de que si es que una realidad es única para todos entonces podría simplificarse la cantidad de sujetos que observan el mismo mundo, ya que son miradas paralelas, pero eso y, todos lo sabemos, no garantiza que cada sujeto hubiera producido la misma observación.⁵⁴ En adición, si esto fuera posible, bastaría entonces no con una teoría social sino la de un solo sujeto para explicar la realidad y, surgiría un problema inclusive para explicar el disenso, ante una realidad y observación compartida.

que actúan en ella." MARTINEZ GARCIA, Jesús Ignacio. *La Imaginación Jurídica*. Editorial Dickinson. Madrid, 1999. p. 6.

⁵³ LUHMANN, Niklas. *La Realidad de los medios de masas*. Editorial Anthropos/Universidad Iberoamericana. Barcelona, 2000. Pp. 9,10.

⁵⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Teoría de los Sistemas Sociales II. (Artículos)*. Ob. Cit. Pp. 125, 126.

2.2. Composición del Sistema

La composición del sistema se entiende a base de comunicaciones o elementos que se encuentran relacionados entre sí de manera especializada gracias al sentido, combatiendo así la complejidad del sistema, dada la imposibilidad de relación entre todos ellos. De esta forma el sistema se ordena de tal manera que se presenta desde un inicio una diferenciación dentro sí mismo y con el entorno, lo cual no significa un rompimiento total ni con el entorno ni dentro de sí mismo en los diversos subsistemas existentes sino una relación particular que Luhmann llama acoplamiento estructural e interpenetración.

2.2.1 Sistema y Entorno

La existencia de un sistema supone inevitablemente la existencia de un entorno, es una coexistencia que posibilita a los dos, sin embargo esto no sugiere que exista una dependencia total entre ambos o que uno ejerza una mayor o menor influencia sobre el otro, se habla de complementariedad. *"...the structures and processes of a system are only possible in relation to an environment, and they can only be understood if considered in this relationship."*⁵⁵

De esta manera, cada sistema posee un entorno propio y puede ser al mismo tiempo, entorno de otros sistemas dentro de un sistema mayor, esto es, lo que se encuentra fuera de cada sistema es entorno para éste. Es decir, se puede hablar de un entorno interno dentro de un sistema, al estar éste constituido por subsistemas, lo que conlleva a una doble diferenciación entre sistema y entorno que vuelve más complejo al sistema pero le otorga mas unidad al partir de la

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society*. Columbia Univesity Press. New York, 1982. p. 257.

diferencia.⁵⁶ De esta manera el sistema se reconoce diferente al entorno, diferente a otros sistemas y diferente en los elementos que lo constituyen, lo que le otorga identidad al mismo tiempo, en otras palabras, "...cada sistema se delimita así mismo frente a su entorno. Por ello, el entorno de cada sistema es distinto."⁵⁷ Y cada sistema puede desempeñar dos roles al mismo tiempo, primero como sistema y luego como entorno de otros sistemas; Por eso es que el entorno es siempre más complejo que los sistemas. "Environments always offer more possibilities than any system can successfully exploit. In this sense, environments are necessarily more complex than system themselves."⁵⁸

2.2.2 Comunicación, complejidad y contingencia

Si hablamos de sistemas autopoieticos, también debemos decir exactamente cual es la operación básica de los sistemas sociales sobre la cual se funda la autoreproducción, esta es la comunicación; Por tal razón, la comunicación es en primera instancia el presupuesto de la sociedad⁵⁹ y no el ser humano como tradicionalmente se consideraba, ya que Luhmann lo valora como el entorno de la sociedad manteniendo sin embargo ambos, una estrecha relación de observación e interpenetración, lo que implica un alejamiento del maestro alemán, del pensamiento clásico que considera al hombre como el componente básico de la sociedad, a la cual se encuentra totalmente integrado.⁶⁰ Esta comunicación,

⁵⁶ En cierto sentido, la diferencia confiere unidad a lo diferente. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General.** Ob. cit. p. 42.

⁵⁷ Ibidem. p. 176.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **The Differentiation of Society.** Ob. Cit. p. 70.

⁵⁹ "La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas." LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.** Ob. cit. p. 59.

⁶⁰ Una de las razones por la que Luhmann considera al hombre como entorno y no como componente de la sociedad es que para él, el primero está constituido de acontecimientos biológicos y psicológicos, algo, que para el teutón queda fuera de toda sociedad. Así agrega: "El arsénico en la sangre y la furia en la cabeza no son como tales, realidades sociales. Se convertirán en acontecimientos sociales si se traducen en comunicación: cómo esto sea posible, lo regulara el sistema mismo de la sociedad." LUHMANN, Niklas. **¿Puede la sociedad moderna evitar los**

también presupone una característica autopoietica es decir, que la comunicación también se reproduce así misma. Pero ya con estas características de la comunicación no se podría entender de ningún modo en un sentido tradicional sino, replanteada y compuesta por la información, participación y comprensión; Así de este modo hecha esta distinción produce ésta a su vez varias distinciones, que permiten al sistema su funcionamiento.⁶¹

El evento comunicativo de acuerdo a esta diferenciación comienza con la selección del mensaje a comunicar, posteriormente se comunica el mismo y, por último, el evento comunicativo se cierra cuando se llega a la comprensión; Pero la comprensión no garantiza que necesariamente la comunicación deba ser aceptada, esto es, que la comunicación no es necesariamente un presupuesto del consenso, ya que la comprensión también es un proceso de selección, es decir, la comunicación puede ser aceptada o rechazada, lo que implica entonces, un reforzamiento de la unidad de la diferencia.

La comunicación al presentarse en la sociedad supone un gran número de personas por lo que no podría ser imputada tan sólo a una de ellas por lo que entonces la comunicación es social e implica la existencia de un sistema social donde cada individuo se desenvuelve.

Esta comunicación es en sí, un proceso complejo y autopoietico de selecciones que compone al sistema social y diversos subsistemas especializados y es precisamente el que estos subsistemas sigan sus propias reglas en su actuación y constitución, lo que le hace pensar a Luhmann que son autopoieticos e independientes del ser humano, quien entonces no dispone de ellos, sino que son autónomos del hombre; Estos subsistemas al ser especializados, reducen la complejidad pero no al grado de acabar con ella sino tan sólo disminuirla, por eso se forman sistemas políticos, religiosos, jurídicos, etc.

peligros ecológicos? Traducción de Javier Torres Nafarrate. En *Argumentos*. No. 24. México, septiembre, 1996. p. 10.

⁶¹ Cfr. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Ob. cit. p. 57.

Ahora bien, cuando el sistema del que estemos hablando crece de tal manera que sea imposible que los elementos que lo integran puedan comunicarse o relacionarse con los demás, se habla de complejidad⁶², esto es: "...por complejo queremos designar aquella suma de elementos conexos en la que, en razón de una limitación inmanente a la capacidad de acoplamiento, ya no resulta posible que cada elemento sea vinculado a otro, en todo momento."⁶³ La complejidad, entonces obliga a la selección de relaciones entre los elementos del sistema⁶⁴, tal selección se traduce en contingencia ya que la selección puede ser errónea y ésta a su vez es un riesgo⁶⁵ porque puede producir daños futuros. Esta complejidad que supone una selección necesaria y forzosa, conlleva necesariamente a una especialización.

*"By complexity we would like to understand that there always more possibilities that can be actualised. By contingency we would like to understand that the indicated possibilities of further experience can turn out differently from what was expected."*⁶⁶

Esto puede ser comprendido mejor con el siguiente esquema:⁶⁷

⁶² "Par complexité, on comprend l'ensemble de tous les événements possibles." GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann*. En *Droit et société*. Paris. N° 11-12, 1989. Pp. 15-16.

⁶³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*. Ob. cit. p. 47.

⁶⁴ "I sistemi possono essere definiti complessi quando sono grandi tanto da non poter più collegare ciascun elemento con ogni altro. Secondo la legalità matematiche con l'aumento aritmetico del numero degli elementi crescono in proporzione geometrica le relazioni tra loro possibili. I sistemi complessi sono caratterizzati dal fatto che non possono realizzare ciò che è matematicamente possibile...Perciò i sistemi complessi devono limitarsi a usare una frazione delle relazioni matematicamente possibili." LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semántica*. Traduzione di Maria Sinatra. Laterza. Roma, 1983. Pp. 235, 236.

⁶⁵ "El concepto de riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares." CORSI, ESPOSITO, BARALDI. Ob. cit. p. 141.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*. Ob. Cit. p. 25.

⁶⁷ Este mismo esquema lo he encontrado en INNERARITY, Daniel. *La Ilustración Sociológica de Niklas Luhmann*. En *Persona y Derecho*. No. 17. Pamplona, 1987. p. 12.



Así, la contingencia significa que se pueden presentar otras posibilidades de aquello que era esperado, esto es, que los datos existentes en el sistema pueden ser de otra manera. Cuando esta contingencia se presenta al mismo tiempo en el orden social, se llama doble contingencia por su doble carácter de selección entre alter y ego. *"El modelo de la doble contingencia está constituido sobre la base de una autorreferencia circular: yo hago lo que tú quieras cuando tú hagas lo que yo quiero."*⁶⁸ Así, la doble contingencia se convierte en objeto de numerosos estudios (Parsons y Sears) que buscan explicar la posibilidad de un orden social donde las diferencias entre alter y ego son tantas y evidentes en la que se hace casi imposible el pensar cómo es que logran ponerse de acuerdo. Para obtener una solución adecuada, es necesario que el sistema intervenga, de manera que tiene que absorber la incertidumbre mediante la estabilización de expectativas de conducta. Para lograr esto es necesario que cada subsistema dicte tales expectativas dependiendo a su especialización, así la economía dictará aquellas expectativas que pueden esperarse en el ramo comercial y el derecho hará lo propio con lo jurídico.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Ob. Cit. P. 330. *"I have to concede that the other person is as free to vary his behaviour as I am. For him also the world is complex and contingent. He may make mistakes, he may deceive himself and he may deceive me. His intention could be my disappointment. To put it crudely, the price to pay for adopting strangers' perspectives is unreability."* LUHMANN, Niklas. **A Sociological Theory of Law**. Ob. cit. p. 25.

2.2.3 Sentido

*"El sentido es una estrategia determinada de comportamiento selectivo bajo una condición de mayor complejidad. A través de identificaciones de sentido es posible integrar y mantener unida una gran cantidad de referencias, que son particularmente incalculables en otras posibilidades vivenciales."*⁶⁹

El sentido en primera instancia es una característica vinculante, que permite la creación selectiva que se presenta sólo en los sistemas sociales y psíquicos que necesitan de él. El sentido es por necesidad y más allá de una definición tautológica, sentido. El sentido da forma a la manera operacional de los sistemas, tanto como de comunicación cuando se refiera a sistemas sociales o como pensamiento cuando son sistemas psíquicos. El sentido permite la reducción de la complejidad al determinar la capacidad de relación de cada elemento del sistema, es decir, proporciona una ayuda selectiva no sólo para la relación entre elementos sino también en cuanto a los límites y operaciones del propio sistema⁷⁰; Pero al mismo tiempo, el sentido mantiene la complejidad del sistema al no terminar con ella, pues gracias a esa complejidad es que el sistema se mantiene en evolución en movimiento, es decir en una constante actualización.

Pero el sentido también está en constante actualización, ya que el sentido genera sentido lo que habla de un constante cambio del mismo, de un estado permanente de actualización y del vínculo que explica la unión entre presente y futuro visto como una posibilidad manifiesta la cual se realiza a través del proceso de la *información*. Esta información también nos sirve para explicar y apartarnos de la afirmación tautológica de que el sentido es y genera sentido. La información se integra por los acontecimientos sucedidos en el sistema y los da a conocer, permitiendo que las estructuras del sistema cambien y así cambia el sistema; Pero

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo*. Traducción de Francisco Galván Díaz. En *Sociológica*. Año 1, No. 1. México, 1986. p. 107.

⁷⁰ Para Luhmann el sentido es: "...una nueva y poderosa forma de afrontar la complejidad bajo la condición inevitable de una selectividad forzosa." *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Ob. cit. p. 29.

la información como tal se presenta sólo una vez ya que después pierde el valor de información ya que el sistema no puede volver a cambiar y se vuelve en sólo una repetición de una información. Esto nos hace suponer que el sentido se presenta en sistemas que necesariamente sean dinámicos, es decir que se encuentren en constante movimiento y constante cambio como lo sería la información. Lo anterior se ejemplifica por medio de una reforma a una ley donde cuando se informa que esa ley ha cambiado, ya sean las sanciones (si es que es una norma penal), el proceso, etc., se hace la modificación tan sólo una vez, pero esa misma información repetida no puede derivar en otro cambio similar a la ley; hablamos entonces sobre la misma reforma; por eso cuando nos volvemos a enterar de la misma información, ésta pierde valor como tal, aunque mantiene el sentido, el sentido en este caso del cambio a las estructuras y al sistema mismo quien cambia con éstas.

La forma en como se reduce la complejidad mediante el sentido es debido a las tres dimensiones que lo integran: objetiva o material, temporal y social. La dimensión objetiva se ocupa de la disyunción de entre este y lo otro; la temporal se encarga del problema de la reversibilidad e irreversibilidad de las experiencias en el tiempo y la dimensión social se ocupa del problema consenso/disenso.

2.2.4 Acoplamiento Estructural e interpenetración

La forma de explicar las diversas relaciones entre los diversos subsistemas funcionales es mediante el acoplamiento estructural y la interpenetración. El término de acoplamiento estructural es también una aportación de Maturana que retoma Luhmann para complementar su teoría; De esta manera nos dice el maestro alemán que para que un sistema autopoietico pueda operar, necesita estar clausurado ya que de esta manera puede determinarse así mismo por medio

de sus estructuras y necesita también, estar acomodado a su entorno, lo que es una precondition de la autopoiesis; A esto se le llama acoplamiento estructural⁷¹.

*"El concepto de acoplamiento estructural especifica que no puede haber ninguna aportación del entorno que sirva para mantener el patrimonio de autopoiesis de un sistema. El entorno sólo puede influir causalmente en un sistema en el plano de la destrucción, pero no el sentido de la determinación de sus estados internos."*⁷²

Existe entonces una relación ortogonal (así lo llama Maturana) entre el acoplamiento estructural y la autopoiesis, es decir, ambos se presuponen pero no se pueden determinar. El sistema opera de acuerdo con sus propias estructuras (por eso el nombre de acoplamiento estructural) pero sin ninguna influencia del entorno (en las operaciones), sin embargo este último produce irritaciones⁷³ que más bien son irritaciones internas del propio sistema es decir, autoirritaciones producidas por un evento⁷⁴ sucedido en el entorno y que se confrontan con las estructuras propias del sistema. Cuando el acoplamiento estructural ocurre, significa sólo que hay una coordinación estable en las operaciones y, de ninguna manera que exista una fusión, ni cuando termina que exista una escisión en tal sistema. Este evento que provoca el acoplamiento estructural entre los sistemas tiene una efímera duración pues desaparece en el momento mismo de su aparición.

En cuanto a los sistemas sociales (dentro de los cuales se encuentra el derecho), estos se acoplan estructuralmente a las conciencias ya que sin ellas no sería posible la comunicación. Las conciencias se encargan de pensar y las sociedades de comunicar, ambos son sistemas operacionalmente cerrados que se

⁷¹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Ob. cit. Pp. 60, 61.

⁷² LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 129.

⁷³ La importancia de las irritaciones del entorno radica en que ningún sistema puede controlar todas las causas de su existencia.

⁷⁴ "El concepto de evento indica la cualidad temporal de los elementos de los sistemas constitutivos de sentido." CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 74.

acoplan estructuralmente por medio del lenguaje. El lenguaje irrita tanto a la conciencia por medio de la comunicación y a la sociedad por medio de la conciencia. De esta manera el lenguaje⁷⁵ se convierte en un aislante de la sociedad respecto de acontecimientos ambientales de la misma manera en que los sentidos realizan la misma función con el cerebro, el cual sin embargo se mantiene pendiente de las irritaciones por medio de los sentidos; Así la sociedad se mantiene al pendiente de las irritaciones ambientales por medio de la conciencia.⁷⁶ Por lo que el resultado del acoplamiento estructural entre la conciencia y la comunicación es que los sistemas psíquicos perciben una irritación del entorno, pueden entonces ejercer presión sobre la comunicación para tomar decisiones o tomar las medidas necesarias en el sistema del que se esté hablando: político, social, jurídico.⁷⁷

Por otra parte, existe un acoplamiento estructural digno de mencionarse, la interpenetración, por la cual podemos entender *"...una comunicación de dependencia recíproca entre los sistemas, cada uno de los cuales puede existir sólo si existen los demás. Estos sistemas se desarrollan en una coevolución recíproca."*⁷⁸ La interpenetración es entonces una operación por la cual un sistema pone a disposición de otro su estructura para que pueda seguir construyéndose la complejidad que le es propia⁷⁹, pero al mismo tiempo *"...el sistema receptor ejerce también una influencia retroactiva sobre la formación de estructuras del sistema penetrador."*⁸⁰ Mediante este concepto de interpenetración puede explicarse la relación del hombre con la sociedad, cosa que se hará más adelante.

⁷⁵ "El lenguaje exige que se le preste atención, a veces independientemente de lo atractivo del contenido comunicativo." ⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. Cit. p. 288.

⁷⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Ob. cit. Pp. 61, 62.

⁷⁷ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 287.

⁷⁸ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 21.

⁷⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas; IZUZUQUIZA, Ignacio. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Editorial Paidós. Barcelona, 1997. p. 25.

⁸⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*. Ob. cit. p. 47.

2.2.5 Observación

La manera en que Luhmann se apoya en la cibernética para construir su teoría, es mediante los trabajos de Heins Von Foerster; Este científico de origen Vienes nacido en la segunda década del siglo XX, dedicado a sus investigaciones en física y cibernética, se interesó particularmente en la función, organización y desempeño de los sistemas. Él se percató que las investigaciones de los sistemas se desarrollaban de una manera tradicional, es decir, mediante la observación. Así, logra darse cuenta que se había considerado al observador como totalmente independiente de lo observado (sistema) y de la realidad (cibernética de primer orden). Sin embargo, también descubre que existen sistemas que no sólo observan, sino que pueden hacerlo sobre de sí mismos, lo que sugiere que la figura del observador y lo observado pueden recaer en un mismo sistema. Esta idea de Von Foerster, se ve también apoyada por los descubrimientos de Maturana y Varela (la auto-organización y autopoiesis en la biología) lo que da lugar a lo que se llama cibernética de segundo orden. Así también, comienzan a surgir características de los sistemas que se autoorganizan, tal como, la circularidad y una realidad dependiente del observador.

Esta nueva forma de abordar la realidad (en un mismo sujeto) suponía también un rompimiento con la epistemología tradicional que proponía diferenciar entre sujeto y objeto observado, así para Von Foerster.⁸¹

- 1) *Las observaciones no son absolutas sino relativas al punto de vista de un observador,*
- 2) *Las observaciones afectan lo observado de modo tal que impiden toda esperanza del observador en cuanto a poder predecir.*

⁸¹ **Las semillas de la cibernética.** Traducción de Marcelo Pakman. Editorial Gedisa. Barcelona, 1991. p. 63.

Como se mencionó, el cambio de postura del conocimiento de una relación inicial de sujeto-objeto al de sistema-entorno implica necesariamente un proceso de diferenciación de éstos últimos que al mismo tiempo explica su unidad. Esta diferenciación inicial y luego las posteriores sólo pueden ser llevadas a cabo dentro del sistema mediante una operación: la observación. Esta observación según Luhmann (al igual que la cibernética), puede ser de dos tipos: a) simple y; b) de segundo orden.⁸²

Para poder hablar entonces de la observación necesitamos entonces definir el concepto de operación, la cual es *"la reproducción de un elemento en un sistema autopoietico con base de los elementos del mismo sistema."*⁸³ Ya con este concepto resuelto podemos ahora decir lo que Luhmann entiende por observación: *"la designación de lo distinguido"*⁸⁴ Esta observación es obviamente realizada por un observador (que siempre es un sistema) y, es en sí misma una operación, lo cual resuelve el problema de la autoimplicación, es decir que sistema de cuenta de sí mismo y de su existencia dentro del sistema. Estas observaciones se encargan de distinguir ambos lados de la operación, es decir se hace una distinción y después una indicación o descripción de lo que versará la observación; tal cómo lo hace el sistema al distinguirse de su entorno mediante la observación, claro está que esto se refiere sólo a una distinción inicial; pero tales distinciones pueden ser entonces ulteriores y así indicar otras cuestiones como los códigos de un subsistema o de un sistema funcional diferenciado. Estos códigos son una regla de duplicación que permite relacionar toda entidad que caiga en su campo de aplicación con una entidad correspondiente.⁸⁵ Como ejemplo, el derecho como un

⁸² " Si se renunciara a esta diferencia de niveles...se presentaría a la mirada ya tan sólo un objeto difuso, como un señalamiento que no produce ninguna diferencia observable." LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Traducción de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Anthropos/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1996. p. 61. También en: LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona, 1997. p. 93.

⁸³ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. . p. 117.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Teoría de los sistemas sociales II (artículos)*. Ob. cit. P. 76.

⁸⁵ Cfr. CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 40.

sistema funcional diferenciado puede distinguir aquello que de acuerdo a su código (recht/unrecht) está ó no conforme a derecho.

La observación también puede también recaer en otra operación del mismo sistema, a esto se le llama autoobservación de la cual surge la autodescripción (que en el sistema de derecho la conforma la teoría del derecho). Esto le permite al sistema tener un medio de información de sí mismo y tener más conocimiento sobre sí.⁸⁶ Pero, cuando un sistema es capaz gracias a su autorreferencia de observar la unidad del sistema en conjunto utilizando la distinción sistema/entorno entonces se dice que existe reflexión.

Ahora bien, existe también un tipo de observación que se encarga de detectar aquellos puntos ciegos⁸⁷ que se dan durante la observación (como la visión, la que de acuerdo a la neurofisiología, no puede distinguirse a sí misma en la misma operación de observación) la cual es la observación de segundo grado u observación de segundo orden. Esta observación consiste en observaciones de observaciones⁸⁸, la cual permite ver lo que el primer observador no ve. En todos los sistemas funcionales altamente especializados dentro del sistema social existe la observación de segundo orden; así por ejemplo, en el derecho este tipo de observación sirve para *"...que el derecho sea observado con vistas a la cuestión de cómo se ha decidido o como se decidirá. Interpretación y pronóstico son formas de producción de textos a partir de textos, y por tanto formas de observación de segundo grado."*⁸⁹

De esta manera, podemos decir que las observaciones pueden ser internas (cuando las realiza el propio sistema) o externas (cuando son realizadas por otro sistema en el entorno). Así se puede decir que existen observaciones de primer

⁸⁶ "Una observación desemboca en conocimiento, cuando y en la medida en que la observación produce resultados que son utilizables en el sistema." LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales II (artículos)**. Ob. cit. Pp. 101,102.

⁸⁷ "...nosotros no vemos que tenemos una mancha ciega. En otras palabras, no vemos que no vemos..." FOERSTER, Heins, Von. **Las semillas de la cibernética**. Ob. cit. p. 90.

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**. Ob. cit. p. 93.

⁸⁹ Ibidem. p. 114.

orden, es decir aquellas en las que el sistema observa: a) su propia diferencia y distinción con el entorno; b) la formación de subsistemas dentro de sí y; c) la unidad de la que está constituida (reflexión) y, por último, existen observaciones de segundo orden que comprenden a) las observaciones que el sistema realiza de otro sistema que también observa y; b) las observaciones de un sistema que observa que otro también lo está observando.

2.3 Sistemas Sociales

La sociedad altamente evolucionada, vista como el gran sistema que alberga diversos subsistemas, es explicada en tales formas de evolución y diferenciación.

2.3.1 Tipos de diferenciación interna del sistema

La manera en que tanto el sistema como el entorno permanecen siempre uno al lado del otro es porque son condición inevitable de existencia para ambos. Así, el sistema se cierra al entorno y de esta manera busca el conocimiento. De esta manera, en una primera instancia, el sistema al diferenciarse de todo lo externo, lo que hace es identificarse a sí mismo como una unidad, construye su propia identidad y reconoce al mismo tiempo su entorno. Pero la cuestión de cómo algo que se cierra puede conocer lo que está fuera de él, se explica solamente si el sistema es capaz de producir sus propias operaciones, es decir, que sea un sistema autopoietico y autorreferente. Cabe mencionar en este momento que, la unidad del sistema también procede de una diferenciación interna que le permite a aquel reconocer la existencia de subsistemas dentro de sí; Pero igualmente existen en el sistema, elementos que son la unidad mínima constituyente del

mismo.⁹⁰ Estos elementos del sistema están en una continua reproducción (operación) en el tiempo y, por lo mismo tienden a desaparecer, lo que nos indica que el sistema no se mantiene inmutable sino en una constante dinámica que lleva al permanente cambio del mismo.

Por otra parte, para poder abordar la composición⁹¹ de un sistema, es preciso mencionar que existen dos posturas, dos teorías que nos permiten ver en las entrañas de los mismos⁹²; la primera es la *teoría de la diferenciación de los sistemas* que aborda la formación de subsistemas en el sistema y, la segunda que es la *teoría de la complejidad de los sistemas* que aborda a los elementos y sus relaciones.

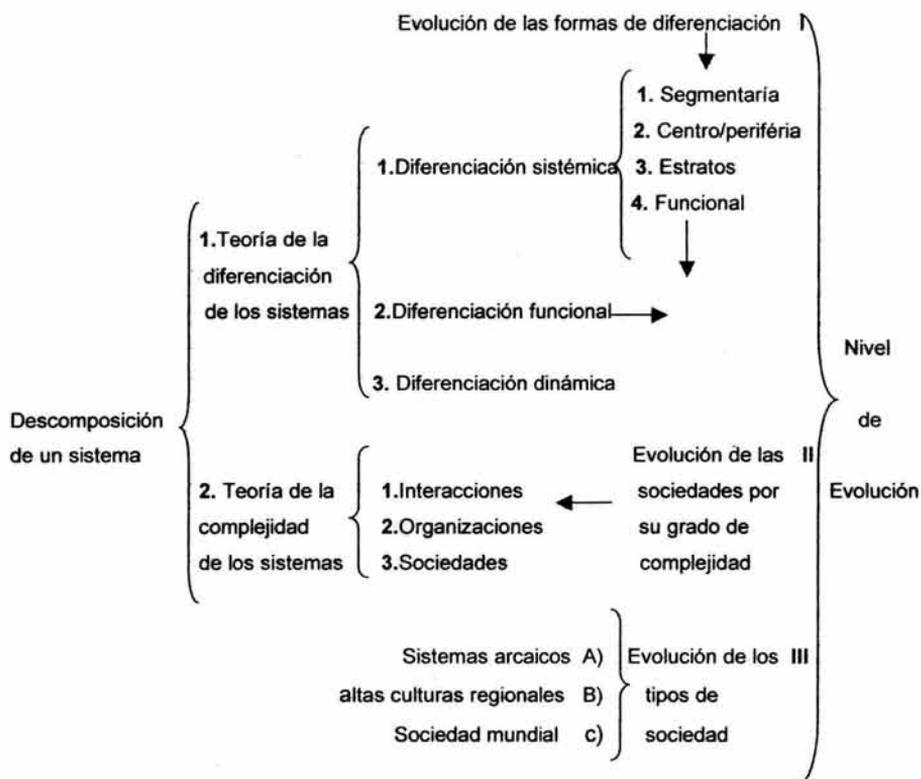
Ahora bien, tomando en cuenta que ambas teorías se complementan (debido a la evolución y diferenciación sistémica), me permito hacer un cuadro que nos va a permitir comprender mejor ambas teorías y los diferentes tipos de diferenciación.

En este cuadro vemos de izquierda a derecha, que si tomamos como inicio la forma de descomponer un sistema encontraremos al final, su complementariedad con los niveles de evolución que se dan en la sociedad, por lo tanto, también vemos la circularidad teórica de Luhmann.

⁹⁰ Luhmann también renuncia a una ontología por medio de la cual se busque el átomo de los sistemas sociales.

⁹¹ "La diferenciación del sistema no significa que el todo tenga que el todo se descomponga en partes.." LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Ob. cit. p. 281.

⁹² LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*. Ob. cit. p. 44.



Partiendo entonces de la diferenciación sistémica y subrayando que el punto de partida en la teoría de sistemas de Luhmann, es la diferencia, la cual se aplica en un primer instante entre el sistema y el entorno y que significa la constitución de la estructura⁹³ del sistema y ésta es base de las relaciones de los diversos sistemas parciales que dan forma al sistema global. Encontramos por lo tanto, que entonces también se establecen los límites de la complejidad. Si esta complejidad supera tales límites, entonces la sociedad se reproduce y cambia por

⁹³ "Las estructuras son condiciones que delimitan el ámbito de relación de las operaciones de un sistema: son las condiciones de la autopoiesis del sistema." CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 73.

ende la diferenciación (interna), la cual a su vez puede alcanzar cuatro⁹⁴ diferentes niveles en su evolución.⁹⁵

- 1) Diferenciación en sistemas parciales similares o segmentaria.
- 2) Diferenciación centro/periferia.
- 3) Diferenciación jerárquica de estratos.
- 4) Diferenciación funcional.

La primera forma de diferenciación, la segmentaria, basada en la igualdad, apareció en sociedades arcaicas donde la diferenciación se hacía en tribus, clanes familias, por lo que es de suponerse que la complejidad era muy reducida dado su primer nivel de diferenciación. Por su parte la diferenciación centro/periferia basada en la desigualdad, se refiere a la organización territorial de la sociedad, por lo que se presupone que el centro es la ciudad y, la periferia pudiera ser el campo, por lo que la comunicación siempre parte del centro a la periferia. Esto hace que en esta diferenciación, el centro dependa de su periferia y ésta no lo haga de su centro, ya que una periferia bien puede continuar sin centro.

La diferenciación jerárquica de estratos implica una diferenciación entre sistemas parciales basada también en la desigualdad, ya que el estrato superior es quien impone el orden, por lo que tiene un mayor rango que un estrato inferior. El estrato superior es clausurado, por lo que sólo lo que se reproduce allí es reconocido. Esta diferenciación de estratos bien podría basarse en la riqueza concentrada en los estratos más altos que ven a los más bajos con desprecio.

⁹⁴ Cabe hacer la mención que en algunas obras Luhmann, podemos encontrar sólo tres tipos de diferenciación; esto se puede también corroborar en algunos trabajos sobre la obra del maestro alemán, sin embargo, esto es sólo producto de la evolución teórica de Luhmann.

⁹⁵ Cfr. CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. Pp. 58 y ss. También al respecto, ver LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Ob. cit. Pp. 71 y ss. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 287 y ss. LUHMANN, Niklas *Sistemas Sociales*. ob. cit. Pp. 184 y ss. Y VARELA PETITO, Gonzalo. *Niklas Luhmann en México*. En *Estudios sociológicos de el Colegio de México*. Vol. 10, Num. 30. México, septiembre-diciembre 1992. Pp. 784-786.

Por último, la diferenciación funcional es la diferenciación más compleja y avanzada, ya que mediante ella se forman diversos subsistemas dentro del sistema haciéndolo más complejo y por ende, más evolucionado, ya que dentro del sistema se repite la diferenciación sistema/entorno, esto es, se repite él mismo en sí mismo. Para identificar claramente este tipo de diferenciación, es necesario identificarla como una diferenciación interna (*Unweltdifferenzierung*).

*"Un sistema è complesso quando non può più collegare ogni suo elemento con ogni altro; quando, dunque, nel relazionare i suoi elementi deve procedere in modo selettivo. Un sistema è differenziato quando forma in se stesso sottosistemi, vale a dire ripete in se stesso la formazione del sistema, crea, dunque, in se stesso ancora differenze tra sistema e ambiente."*⁹⁶

También con respecto a la diferenciación funcional, podemos encontrar otro tipo de ésta, que se puede ubicar dentro de un segundo puesto en la teoría de diferenciación de los sistemas y también diferenciar respecto a aquella ubicada en la diferenciación sistémica. Para ser más claro, esta segunda forma de diferenciación funcional es una diferenciación interna (*Systemdifferenzierung*) que no explica la formación de subsistemas en el sistema, sino la diferenciación que es generada por tales subsistemas con respecto a los demás.⁹⁷ Esta diferenciación es generada por la función que cada uno realiza en la sociedad, lo que significa que cada uno es funcionalmente equivalente pero igual de importante, ya que todas esas funciones deben ser realizadas en la sociedad; estos sistemas son: el jurídico, político, económico, religioso, educativo, científico, etc. Estos subsistemas observan a la sociedad de acuerdo a su propia función y dada la desigualdad existente entre ellos, no podría decirse que existe un sistema cuya función sea

⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semántica*. Ob. Cit. p. 19.

⁹⁷ "Differentiation, functional...refers to the formation of systems within systems. It does not necessarily designate the decomposition of an entire system into systems but rather the establishment of system/environment differences within systems. The differentiation is functional in so far as the subsystem acquires its identity through the fulfilment of a function for the entire system." Cfr. LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Ob. Cit. p. 144.

más importante que otra⁹⁸, ya que todas son indispensables en la sociedad, es decir no existe jerarquización, ni estratificación, no por lo menos en el sentido tradicional. Así, cada subsistema se valora y se limita a desarrollar sus propias funciones lo que no es otra cosa que para cada subsistema lo más importante es él mismo. Para la religión lo más importante será la religión y para el derecho lo más importante será el derecho. De manera que la función que cada subsistema desempeña no puede ser realizada por otro, exceptuando si se trata de un sistema con un nivel bajo de evolución. Esta preponderancia de la función de cada sistema, hace que éstos se orienten por eso, por sus funciones y, no por el logro de un fin.

*"Cada sistema de funciones puede desarrollar sólo una función. Ningún sistema puede intervenir en lugar de otro en caso de emergencia o también sólo para proveer una continua integración. En el caso de una crisis de gobierno la ciencia no puede prestar ninguna ayuda con sus verdades."*⁹⁹

Estos subsistemas son al mismo tiempo el entorno de los otros lo que hace suponer que se pueden observar así mismos y observar a los demás, para de esta manera poder operar y reducir su complejidad.

"La diferenciación de los sistemas no es, entonces otra cosa que una formación recursiva de un sistema, una aplicación de la formación del sistema a su propio resultado. Un sistema en el que se forman otros sistemas se reconstruye a través de una ulterior distinción entre sistema y entorno. Visto desde el sistema parcial, el resto del sistema omnicompreensivo, ahora, es entorno. El sistema total se presenta, entonces, ante el sistema parcial como la unidad de la diferencia entre sistema parcial y entorno del sistema parcial. En

⁹⁸ "...en los sistemas diferenciados no existe ningún lugar privilegiado (algo así como una central omnisciente), desde la cual pueda ser estructurado todo el sistema..." LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Ob. Cit. p. 67. También al respecto: "No hay ningún sistema que posea una perspectiva privilegiada sobre la realidad, sobre los demás sistemas". GARCIA AMADO Juan Antonio. **La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Ob. cit. p. 151. Luhmann sin embargo no niega la existencia de primados funcionales, derivados de un distinto grado de complejidad.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la Sociedad**. Ob. cit. p. 349.

*otras palabras, la diferenciación del sistema genera entornos internos del sistema.*¹⁰⁰

*De distinta manera que para el sistema sociedad, para sus sistemas parciales existen dos entornos: el entorno externo y el entorno interno de la sociedad.*¹⁰¹

Los subsistemas sociales más importantes son el derecho, la política, la ciencia, la religión, la economía, etc. Estos subsistemas pueden mantener tres niveles de relación distinta:¹⁰²

- 1) *La relación con el sistema del que proceden y que viene dada por la función a que está ordenado el sistema original;*
- 2) *La relación de un subsistema con otros subsistemas dentro de un mismo sistema;*
- 3) *La relación del subsistema consigo mismo, que es una función reflexiva.*

Así de esta manera, el derecho, como subsistema, se puede relacionar con la sociedad, con los demás subsistemas sociales como la política o relacionarse hacia dentro, de acuerdo a sus propios elementos realizando una reflexión¹⁰³ de la unidad de sí mismo.

La última forma de diferenciación de los sistemas es la diferenciación dinámica de la cual podemos decir que es la diferenciación que se da entre el sistema y el entorno y de la cual ya hemos hablado en el punto 2.2.1.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 281.

¹⁰¹ Ibidem. p. 285.

¹⁰² Cfr. IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Ob. cit. Pp. 169, 170.

¹⁰³ "Reflexion est l'observation de l'identité, c'est-à-dire du paradoxe constitutif du système, par le système lui-même." LUHMANN, Niklas. *La Restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. En *Droit et Société*, No. 47. France, 2001. p. 21.

2.3.2 Formas de la sociedad

Continuando con la descripción del cuadro sobre la descomposición de un sistema, toca ahora la descripción de la teoría de la complejidad de los sistemas, o visto desde la teoría de la evolución, será el segundo nivel de evolución de las formas concretas de la sociedad, las cuales son tres:¹⁰⁴

- a) Interacciones. Las interacciones son sistemas que se integran por al menos dos personas ya que la presencia física es la base de esta comunicación. La duración de la interacción es muy breve como lo es una comunicación en la calle y se vuelve un presupuesto de la sociedad.
- b) Organizaciones. *“La organización es un tipo de sistema social que se constituye con base en reglas de reconocimiento que lo vuelven identificable y que le permiten especificar las propias estructuras.”*¹⁰⁵ Las organizaciones tienen una división de trabajo, reglas y estructuras propias lo que se traduce en que los miembros tengan un comportamiento y necesidades específicas. Lo importante de estos sistemas sociales es que cuando se ubican en las sociedades diferenciadas funcionalmente, sirven para apoyar a los diversos subsistemas es decir, la religión se apoya en iglesias, la ciencia en institutos y universidades etc.¹⁰⁶
- c) Sociedades. *“La peculiaridad de la sociedad como sistema social puede observarse también como específica prestación reductiva de la complejidad: la sociedad es el sistema social que institucionaliza las últimas reducciones basilares de complejidad, y con eso, crea las premisas para la*

¹⁰⁴ Ver. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 353 y ss. También en: CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Pp. 152 y 153. Y LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Triana editores/Universidad Iberoamericana, México, 1998. Pp. 22-25. También: IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Ob. cit. Pp. 198-200.

¹⁰⁵ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 121.

¹⁰⁶ CFR. *Ibidem*. p. 123.

*operación de todos los demás sistemas sociales (interacciones y organizaciones). La selectividad de la sociedad posibilita la de otros sistemas sociales.*¹⁰⁷

Vistos los tipos de sistemas sociales, entonces insistimos en que cuando se habla de una sociedad funcionalmente diferenciada se entiende a un sistema societal que se diferencia en funciones y que constituye Luhmann llama también sociedad moderna.

2.3.3 Estructura

Continuando con el punto anterior y obviamente con la teoría de la evolución, a la que debemos referirnos en este punto específicamente, es preciso mencionar la forma en cómo evolucionan los sistemas y, qué tiene que ver directamente también con el proceso comunicativo.

Debemos recordar que para el maestro de Bielefeld, el sistema consta principalmente de elementos¹⁰⁸ y estructuras. Es preciso mencionar que no estamos hablando de subsistemas cuando hacemos referencia a los elementos, esto para evitar cualquier tipo de confusión. Ahora bien, los elementos que conforman a la sociedad son las comunicaciones y no los seres humanos. *"For a theory of autopoietic systems, only communication is a serious candidate for the position of the elementary units of the basic self-referential process of social*

¹⁰⁷ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 154.

¹⁰⁸ "...el elemento constitutivo de la sociedad son comunicaciones, entendiendo por elemento aquello que para un sistema funciona como unidad no susceptible de ulterior descomposición." GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Ob. cit. p. 110. "Elemento es, por consiguiente aquella unidad no más reductible del sistema (aunque considerada microscópicamente pudiera aparecer, a su vez, como un entramado demasiado complejo). <<No más reductible >>significa también que un sistema sólo puede constituirse y cambiar relacionando elementos, y nunca mediante la desintegración y la reorganización". LUHMANN, Niklas. *Problemas con el cierre operativo*. En Revista *Anthropos*. Nums. 173-174. Barcelona, julio-octubre, 1997. p. 3.

systems. Only communication is necessarily and inherently social; action is not."¹⁰⁹

Las comunicaciones a su vez necesitan de tres diferentes selecciones que le dan esa calidad de comunicación:¹¹⁰

- a) Selección de la información;
- b) Selección del acto de comunicar y;
- c) Selección que se realiza en el acto de entender (o no entender) la información y el acto de comunicar.

En cuanto a las estructuras, éstas son "...condiciones que delimitan el ámbito de relación de las operaciones de un sistema..."¹¹¹, esto es, que la estructura de un sistema permite la dirección interna del mismo, gracias a que éstas permiten, limitan, guían las relaciones entre los elementos del sistema.

*"En el caso de los sistemas sociales las estructuras son estructuras de las expectativas que presentan algunas posibilidades de comunicación hacia las cuales el sistema se puede orientar: por medio de las expectativas, un sistema social es capaz de determinar relaciones y por lo tanto posibilidades operativas."*¹¹²

*"La continuación de las operaciones requiere en cada caso de estructuras, por lo que la continuación de las comunicaciones necesita de expectativas en lo que se refiere a cómo puede ser la recepción y la elaboración adicional de la comunicación."*¹¹³

En otras palabras, de las relaciones entre los elementos que componen al sistema surgen expectativas que permiten la comunicación; estas expectativas tienen la función de hacer previsible las comunicaciones de tal manera que se

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Ob. cit. p. 6.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 306.

¹¹¹ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 73.

¹¹² Idem.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Ob. cit. p. 219.

logre reducir la doble contingencia y por ende la complejidad.¹¹⁴ Así, las estructuras son expectativas que permiten la generalidad en el sistema.

Por eso las estructuras son consideradas guías propias de los sistemas que permiten y facilitan la selección dentro del mismo y la continuidad que es necesaria al sistema. De esta manera las estructuras son necesarias a cada sistema ya que de facilitar la selección de las operaciones, permiten su evolución, ya que las estructuras al cambiar permiten por tanto de igual manera la evolución del sistema.

Esta evolución de los sistemas originada en sus propias estructuras se distancia de la teoría clásica de la evolución pues para Luhmann, el sistema autopoietico no genera sus propios cambios desde dentro (endógenos) sin ningún motivo, sino que el entorno genera ruidos que pueden irritar al sistema, lo que desencadena el cambio estructural del sistema y la evolución del mismo; por lo que se podría afirmar que la evolución del sistema es resultado de un complemento entre los ruidos producidos por el entorno, la irritabilidad del sistema y la capacidad evolutiva del sistema en cuestión¹¹⁵. Es entonces, que la evolución es explicada por el alemán como un proceso circular en el que se encuentran tres estadios:

¹¹⁴ Ver LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. A cura di Alberto Febbrajo. Giuffrè editore. Milano, 1995. Pp. 34 y ss.

¹¹⁵ Es importante mencionar que no se puede hablar de una importancia mayor del entorno en el proceso evolutivo del sistema ya que si así se hace se puede caer en el error de considerar totalmente integrados a ambos lo que puede desembocar en la disolución del sistema en el entorno y lo que se necesita en principio para que se de la evolución es una diferenciación entre ambos; pero tampoco se puede hablar de una evolución que surge totalmente del sistema ya que se necesita de la irritación del entorno para generar el cambio de las estructuras en los sistemas.



La variación como primer estadio dentro de la evolución de los sistemas sociales, consiste en la reproducción de nuevos elementos que proporcionan otras alternativas comunicacionales. Tales alternativas se aceptan o rechazan mediante la selección, dependiendo de su capacidad para servir como nuevas estructuras, expectativas y directrices de una comunicación posterior y, finalmente el sistema asegura una duración (estabiliza) a las nuevas variaciones que fueron seleccionadas.

Estos tres estadios se complementan unos con otros así la estabilización antecede a la variación que es la antesala de la selección y ésta a su vez de la propia estabilización.

Por otro lado, la evolución no sólo se puede presentar dentro del gran sistema social sino que también se presenta en los sistemas parciales de la sociedad como el derecho, economía, política, etc. estos subsistemas que también evolucionan lo hacen primero atendiendo a la diferenciación funcional que cada uno tiene y posteriormente evolucionan internamente de acuerdo con su código binario y con los programas que cada uno realiza. *"...en la selección de los programas que sirven para la selección de las operaciones, los sistemas pueden ser irritados por el entorno y pueden sufrir influencias."*¹¹⁶

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Ob. cit. p. 273.

2.3.4 Relación hombres y sociedad

Cuando Luhmann sitúa al hombre como el entorno de la sociedad se aleja de las concepciones clásicas de considerar al primero como un componente integrado totalmente a la sociedad ya que para el maestro alemán, algunos sistemas sociales parecen funcionar sin atender la presencia de los seres humanos, es decir, no se preocupan por el hombre individual, sino que sistemas tales como la política o el derecho parecen seguir sus propias reglas independizándose de los primeros.¹¹⁷ Además, resulta impensable el ubicar a un sólo individuo dentro de sólo un sistema.¹¹⁸ De esta manera la relación que surge entre los hombres y la sociedad es una relación de observación e interpenetración.

Del porqué es que Luhmann renuncia a comenzar su explicación de la sociedad partiendo del hombre, es que éste último ha sido considerado como base de lo social, sin embargo, cuando se buscan explicaciones de una acción, inmediatamente como acto reflejo se trata de averiguar quien fue al actor que la hubo realizado, así de esta manera, la explicación recae en sólo un individuo alejándola de una explicación de toda una sociedad. O ¿es que un individuo hace a una sociedad? o ¿mediante la explicación de la acción un individuo podemos explicar a toda una sociedad?.¹¹⁹ Para Luhmann¹²⁰, estas preguntas se responden con un rotundo no, por lo que en lugar de generar explicaciones de acciones

¹¹⁷ Cfr. LUHMANN, Niklas; IZUZQUIZA, Ignacio. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Ob. cit. p. 28.

¹¹⁸ "Pues es obviamente imposible atribuir a las personas al sistema de la religión, la economía, la ciencia, la educación y la política, de forma que cada individuo habite únicamente en uno de ellos. El hombre, en tanto que individuo, vive fuera de los sistemas funcionales, pero cada uno debe tener acceso a cada sistema funcional siempre y en tanto que su modo de vida le exija el recurso a las funciones sociales." Cfr. LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Ob. cit. Pp. 49, 49.

¹¹⁹ "El Problema consiste en que los seres humanos empíricamente se manifiestan como individuos y que es difícil controlar afirmaciones generales acerca del hombre, de la conciencia, de la persona. Por el contrario: entendemos la sociedad como un sistema unitario que se puede observar empíricamente ya que se presenta de modo concreto en las comunicaciones habituales, aunque se trate de un sistema altamente complejo." LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana/ITESO/UNAM. México, 2002. Pp. 181, 182.

¹²⁰ "El conocimiento de un elemento no conduce al conocimiento de todo el sistema." *Complejidad y Modernidad. De la unidad a la diferencia*. Ob. cit. p. 26.

individuales, tal cómo lo había venido haciendo la sociología tradicional y en especial Talcott Parsons¹²¹, él busca por su parte, dar explicaciones generales que respondan de manera colectiva y no individual el acontecer social. Así surge la comunicación, la cual se convierte para Luhmann en una operación de carácter totalmente social.

La pregunta decisiva para la sociología es, entonces: ¿puede reconstruirse la sociología a partir de un solo tipo de operación elemental?

El planteamiento conduce a considerar que la comunicación es la única operación genuinamente social, ya que es la única que presupone el que estén presentes cuando menos dos sistemas de conciencia. Esto lleva implícita la tesis de que en esta operación elemental de la comunicación está ya integrada, como parte constitutiva la, sociabilidad.

La teoría comunicativa basada en la acción, en cambio, entiende la sociabilidad sólo como un efecto colateral que puede llevarse a cabo, pero también fracasar.¹²²

De esta manera deja de suponer al ser humano como un ser totalmente integrado a la sociedad, para mirarlo como entorno de la misma y a considerar a la acción como fenómeno social a uno de carácter totalmente individual que puede llegar a ser social sin tener porque siempre serlo. Es entonces, que mediante el uso de la comunicación se puede describir el acontecer de lo social sin imputarla a una sola conciencia sino definitivamente a varias.

Pero el considerar al hombre como entorno de la sociedad no quiere decir de ningún modo que sea menos importante, ya que hay que recordar que para Luhmann es tan importante el sistema como el entorno ya que uno sin el otro no

¹²¹ Para Talcott Parsons la sociedad está compuesta por la interacción de actores individuales, lo que supone una tremenda diferencia con la teoría de Luhmann, pues éste último considera que el sistema social se conforma de comunicación y no de individuos como supone Parsons. De hecho, Parsons acentúa "...un sistema social...consiste pues, en una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí..." Cfr. *El Sistema Social*. Traducción de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez. Alianza editorial, Madrid, 1982. Pp. 15 y ss.

¹²² LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 299.

podrían existir. Por eso se mantienen en una relación constante de interpenetración donde ambos comparten límites, no significando que entonces deje de operar la autopoiesis del sistema para convertirse en alopoiesis.

Ahora bien, la manera de cómo se explica la relación entre los hombres es mediante la forma de interacción y de acción social. La interacción como ya se mencionó es una forma de sistema social que se presenta cuando dos o más individuos se perciben mutuamente¹²³ y, que se presenta dentro de la sociedad ya que el sistema social no es excluyente de los sistemas organizacionales ni de interacción sino incluyente de los mismos, por tanto la interacción se presenta necesariamente en la sociedad ya que esta le proporciona las libertades y obligaciones necesarias para que se produzca y, la sociedad necesita también de las interacciones como extensiones de la convivencia social, esta interacción se manifiesta cuando se tiene una conversación con alguien, cuando se pide la hora, cuando se acude a un establecimiento a comprar algo, etc., pero que sin duda su duración es escasa y no trae aparejada más que una situación momentánea, sin compromiso, es decir, es sólo un episodio de la obra completa que es la sociedad. Pero si entonces se habla de situaciones momentáneas ¿cómo podrían explicarse las relaciones amorosas entre los seres humanos? A esta cuestión Luhmann la responde con el concepto de interpenetración humana; es decir, la interpenetración también puede presentarse entre los seres humanos cuando entre ellos existe una relación íntima donde la vivencia y el comportamiento se vuelve accesible y relevante para ambos.¹²⁴

Hasta ahora hemos descrito dos tipos de interpenetración, la que se lleva a cabo entre sistemas y la humana. Pero ahora surge otra cuestión ¿cómo es posible que un sistema al poner a disposición su propia estructura y complejidad para con otro, pueda él mismo construir también su estructura y reducir su

¹²³ Cfr. CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ob. cit. p. 96.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General**. Ob. cit. p. 210. Para más detalles sobre el tema y el autor, ver: **El amor como Pasión. La codificación de la intimidad**. Traducción de Joaquín Adsuar Ortega. Ediciones Península. Barcelona, 1985.

complejidad a partir de la estructura y complejidad del otro? La respuesta entonces sólo es posible con la esquematización binaria, la que al proponer un esquema de diferenciación logra reducir la complejidad. Así dentro de la sociedad, el código binario del derecho le proporciona el esquema del orden social necesario para su funcionamiento y para la relación entre subsistemas o sistemas diferenciados y entre subsistemas y el hombre. Este último a su vez tiene en su libre albedrío la capacidad de aceptar o no la diversa esquematización binaria que le proporciona la sociedad y sus subsistemas y, también la facultad de crear el mismo su propio esquema binario para su relación con otros hombres y, así poder decir cosas tan cotidianas como los hobbies, los gustos, la amistad, el amor, el trabajo, etc. En este punto se hace oportuno sólo mencionar y no ahondar, que existe una forma de reducción de complejidad que sirve tanto para hombres como para la sociedad y esta es la moral y si bien es cierto que ésta opera con el mismo código en toda la sociedad (bueno/malo) también es cierto que no lo hacen de esta misma manera los programas para su aplicación, por eso cada uno es libre de juzgar algo moralmente como bueno o malo lo que sin duda no favorece el consenso.¹²⁵

También es necesario sólo mencionar que existen por otra parte, acciones que no son interacciones sino acciones individuales, que traen aparejada inclusive una relación con la sociedad cuando el sentido que las crea es de la dimensión social, es decir, que tiene referencias a la sociedad.

¹²⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 134.

Capítulo Tercero

El Sistema Jurídico

3.1 Diferenciación del derecho

Que el derecho sea un subsistema de la sociedad, es visto por Luhmann como un logro evolutivo que sólo se presenta en sociedades altamente evolucionadas y por lo tanto diferenciadas. Por tal motivo, el derecho se diferencia de su entorno y dentro de sí mismo gracias a algo que mantiene la unidad del sistema, su código, mismo que para operar necesita de programas que le ayuden a decidir si se está ante un acto lícito o ilícito. Pero la unidad se mantiene además de su código, por una serie de procesos y características del sistema, sin los cuales el sistema no la podría mantener y son los que a continuación se abordan.

3.1.1 Punto de partida de Luhmann

Para el maestro Teutón, la teoría del derecho en ese momento, a finales de los años sesentas y principios de los setentas, no respondía a determinadas cuestiones que debían ser aclaradas. Ellas eran la unidad del sistema jurídico y su estructura. La unidad del sistema jurídico, como era explicada hasta ese momento, no lograba dar una explicación satisfactoria sobre las relaciones del sistema jurídico con otros sistemas de la sociedad, con su entorno. A eso se le agregaba la dificultad de explicar la autorreproducción del sistema, su positividad.

En cuanto a las estructuras, éstas, en concordancia con la unidad, debían ser construidas por el mismo sistema y no originadas en el exterior del mismo. Es entonces que el sistema primero debe diferenciarse, para luego construir sus

límites mediante la unidad del sistema. Si entonces, las estructuras pueden ser modificadas, se necesita una guía para las operaciones del sistema que permita seguir manteniendo al sistema unido. Esta es entonces la tarea de la teoría del derecho, es decir, una reflexión interna del sistema, donde éste se observa y se describe a sí mismo y que le permite guiar al sistema en sus operaciones y mantenerlo libre de los problemas provenientes del exterior.

Por estas razones se entiende que entonces el sistema jurídico adquiere su unidad mediante su diferenciación y autorreproducción. La diferenciación al mismo tiempo subraya la necesidad de explicar en el sistema su código, positividad, clausura y autopoiesis.

3.1.2 El Derecho como Subsistema

Antes de abordar directamente al sistema del derecho, es pertinente resaltar un detalle de la teoría luhmanniana que tiene que ver con su separación de aquella otra teoría que hizo Talcott Parsons.¹ Por lo que Luhmann insiste no en describir la conducta de un solo individuo, sino, de considerar a la sociedad como un sistema unitario formado de comunicaciones y dar una explicación entonces sí, de ella; Ya que al fin y al cabo, las comunicaciones se presentan en la sociedad así como también el derecho o ¿es que se podría argumentar la existencia de derecho fuera de la sociedad?. Si entonces se considera que la sociedad está formada de comunicaciones, se debe considerar también que está cargada de complejidad, por lo que una manera de combatirla es mediante la generación de subsistemas en la misma sociedad, que permiten en una primera instancia una ayuda para la selección dependiendo del tipo de comunicación y subsistema del que se esté hablando. El sistema jurídico entonces se encarga de combatir la

¹ Esto se explicó en el capítulo anterior.

complejidad de la sociedad en el ámbito que le corresponde, lo legal. Se encarga de regular ese entramado de relaciones entre las comunicaciones inmensas que existen en el sistema, por ello y debido a su especialización, el Derecho es considerado por Luhmann como un subsistema² que forma parte del gran sistema social que es la sociedad y que debido a su función, es un regulador de las relaciones sociales³; Al ser el derecho un subsistema, se diferencia de otros subsistemas en el ámbito específico de la comunicación. También al diferenciarse, el derecho garantiza su autorreferencia y su autopoiesis, pero al mismo tiempo, comparte y mantiene características con todos los demás subsistemas, de esta manera ve a estos últimos y al hombre como su entorno.

El sistema jurídico como los demás subsistemas sociales se forman por comunicación y al igual que los demás opera por funciones y no por fines.⁴ Por esto, una de sus particularidades es su normatividad⁵ que incluye la generalización de expectativas de conducta.

Cabe en este punto, la cuestión de volver a repetir que el derecho es un subsistema social, pero ¿qué más es el derecho para Luhmann?. Definitivamente no es para él un medio coercitivo que dicte tajantemente la forma de comportamiento humano, no es tampoco un conjunto de normas jurídicas⁶ sino,

² Luhmann, como ya se vio, tiene una concepción de sistema muy distinta a la de "...un medio de orden y clasificación...para asegurar y fundamentar los conocimientos..." Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. p. 17.

³ LUHMANN, Niklas. *¿Puede la sociedad moderna evitar los peligros ecológicos?* Traducción de Javier Torres Nafarrate. En *Argumentos*, No. 24. México, septiembre, 1996. p. 13.

⁴ "En el campo de la teoría luhmanniana los fines quedan sustituidos por las funciones." LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Traducción de Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Triana editores/Universidad Iberoamericana. México, 1998. p. 27.

⁵ "La normatividad es el modo interno de trabajar del derecho, y su función social consiste precisamente en que cumpla la misión de disponibilidad y modificación del derecho para la sociedad. LUHMANN, Niklas. *El Enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. No. 25. Granada, 1985. p. 93.

⁶ "The legal system is not a normative system if that means a system the elements of which are norms. It is a system of legal operations using normative self-reference to reproduce itself and to select information." LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Columbia University Press. New York, 1990. p. 230. También sobre lo mismo en: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Il Mulino. Bologna, 1995. p. 330.

comunicaciones que se refieren al código binario del derecho (legal/ilegal), es entonces, un medio de facilitación de expectativas generalizadas de conducta.

*"Por sistema no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones —independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho."*⁷

Esas reglas o normas a las que Luhmann hace alusión, son concebidas también como estructuras del sistema, pero para el teutón, el derecho en su concepción, insta a pensar en operaciones⁸ en lugar de estructuras.

Antes de abordar directamente las funciones del derecho en la teoría luhmanniana es necesario decir, que en esta teoría no están considerados los fines del derecho o una teleología propia de este subsistema o de cualquier otro subsistema e inclusive del gran sistema social. Esto se debe a que si el sistema se orientará por fines y no por funciones el sistema podría trabarse en la consecución de los mismos y luego dejar de operar.⁹ Por esto mismo *"La función no se encuentra nunca subordinada al mantenimiento del sistema. Por el contrario, el mismo concepto de sistema se encuentra subordinado al concepto de función. Un sistema existe en tanto cumple una función."*¹⁰ De esta manera, el sistema no se

⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana/ITESO/UNAM. México, 2002. p. 96.

⁸ *"Para decir que existe una operación jurídica, debe existir por lo menos una comunicación y no menos comportamientos...Es evidente que para que exista una operación jurídica no basta cualquier comunicación, ya que entonces el sistema jurídico se desvanecería en la total congruencia con la sociedad. No basta tampoco la pura utilización de conceptos jurídicos o palabras que contengan resabios jurídicos..."* Cfr. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. P. 122.

⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la Sociedad**. Traducido por Miguel Romero y Carlos Villalobos. 2ª edición. Universidad Iberoamericana/Triana editores. México, 1998. p. 341. *"En el campo de la teoría luhmanniana los fines quedan sustituidos por las funciones."* LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Triana editores/Universidad Iberoamericana, México, 1998. p. 27.

¹⁰ IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres**. Editorial Anthropos. Barcelona, 1990. p. 102.

agota en el cumplimiento de un fin, sino a cada instante surge la recursividad en el sistema que obliga al empleo de la dualidad en el código recht/unrecht.

De entre esas funciones del derecho a las que se refiere Luhmann, podemos mencionar se encuentran la función del derecho como sistema inmunitario dentro del gran sistema social y la de generalización de expectativas dentro de un futuro incierto.

3.1.3 Código y programa jurídico

La forma de estructurarse, diferenciarse y la forma de reconocer las operaciones propias de un sistema como lo es el derecho, es mediante su código (esta se convierte en la primer función del código jurídico).¹¹ Este código (binario) ofrece la posibilidad de guiar las operaciones al distinguir dos tipos de información con las cuales trabaja y oscila el sistema de derecho (legal/ilegal). De esta manera, el sistema siempre tiene presentes estos dos valores (positivo y negativo) teniendo en cuenta que el contravalor también puede presentarse en cualquier momento.

“Un código es un esquema que permite ordenar el mundo como un conjunto de posibilidades y contingencias para que resulte accesible al sistema. Es un esquema de diferencias que permite ordenar todo el conjunto de posibilidades y hace posible que el sistema pueda elegir.”¹²

El hecho de que el código presente dos valores (positivo y negativo) no significa que sea bueno mantenerse en todo momento en el lado positivo, ni que sea malo optar por el negativo, ya que el sistema y el código poseen un alto grado

¹¹ Ver LUHMANN, Niklas. *Le Droit comme Système Social*. En *Droit et Société*, No. 11-12. Paris, 1989. p. 57.

¹² IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres*. Editorial Anthropos. Barcelona, 1990. p. 214.

de amoralidad, lo único que sugieren tales valores es una directriz que bien podrían ser vistos desde un punto de vista utilitarista y no moral.

El código del derecho, el cual es irremplazable, le permite a este subsistema el procesar la información para su propia reproducción autopoiética (segunda función), lo que implica además que el derecho mantenga una distancia con cuestiones de carácter político, económico, etc., lo que se traduce en una clausura¹³ más fuerte del propio derecho que se palpa en la positivización¹⁴ del propio derecho que diferencia entre lo *Recht/Unrecht*, del propio código binario; Sin embargo, esta dualidad dentro del código, implica por necesidad en su aplicación (inclusive en el proceso de), la aparición de diversos problemas en el derecho tales como la consideración misma que algo sea considerado como lícito, justo, etc. Este tipo de problemas y de indeterminaciones, hacen que sea necesaria la aparición de reglas (*programas*) que dicten la forma de dirigirse a los valores del código, es decir, los programas¹⁵ serán quienes orienten las decisiones y conducta del sistema jurídico, así, se fijan las condiciones de decisión correcta del propio sistema. De tal manera que para que existan programas en el sistema, es necesario primero la existencia de un código y la existencia de ambos simultáneamente hace que el sistema sea a la vez abierto y cerrado.

Los programas del sistema jurídico a diferencia del código, sí pueden ser modificados, gracias a que el sistema es normativamente cerrado pero cognitivamente abierto y, esto permite que el sistema esté en constante movimiento y pueda cambiar de acuerdo a sus propias necesidades. "*Tout le droit*

¹³ "Chiusura di un sistema significa che agli stimoli o ai disturbi che provengono dall'ambiente il sistema reagisce solo entrando in contatto con se stesso, attivando operazioni interne che vengono innescate dagli elementi dai quali il sistema è costituito." Introducción de Raféale de Giorgi a: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Il Mulino. Bologna, 1995. p. 23.

¹⁴ "La positivité ne signifie en effet rien d'autre que: le droit ne peut être engendré que par le droit et non pas de l'extérieur par la nature ou la volonté politique." LUHMANN, Niklas. *La constitution comme acquis évolutionnaire*. En *Droits*, Paris, N° 22, 1995. p.112.

¹⁵ Los programas son para Luhmann, lo mismo que la norma en el sentido tradicional de la Teoría del derecho.

*positif est programme; les normes ne sont que des programmes.*¹⁶ De esta manera, el sistema crea sus propios programas (normas) que son aplicadas y que no pueden aprender, es decir, en ese momento no puede cambiar la norma, sin embargo, al mismo tiempo, el juez tiene que decidir el caso, por lo que para aplicar la norma tiene que operar de manera abierta y cognitiva. En este último caso, el sistema se puede percatar de que algunas normas deben ser modificadas y lo hace sólo a través del sistema legislativo propio de él.

Por otra parte, algo que tiene que ver con lo anterior es la legitimación, la cual es una disposición generalizada a aceptar decisiones, independientemente del contenido que presente, y se constituye mediante la diferenciación entre código y programa, lo que implica que este proceso se funde en el interior del mismo sistema jurídico, lo que no hace más que ratificar el carácter autónomo de este sistema (autolegitimación). Además, la legitimación es creada por el mismo sistema jurídico, que es quien determina aquello que es legítimo, lo que nos habla de la circularidad dentro del sistema. Sin embargo, y como es constante en Luhmann, hay que evitar la perfecta circularidad ya que eso significaría el aislamiento total del sistema y su desconexión con el medio.¹⁷ Y eso también se consigue gracias al código binario y a la programación. El código por una parte, recibe las irritaciones del medio y las procesa mediante el dualismo recht/unrecht propio del sistema jurídico, que sin embargo necesita además de directrices que le permitan hacer una buena elección para determinar aquello que conforme a derecho de aquello que no lo es. Para tal labor, es necesaria entonces la programación, que va a permitir la reducción de la complejidad y sobre todo, la correcta asignación de los valores del código jurídico: recht/unrecht. Pero al mismo tiempo esta programación permite al sistema jurídico establecer valores propios de otros subsistemas que permiten esa relación con el entorno jurídico sin que lo determinen pero si lo enriquezcan y le permitan operar. De esta manera, se rompe

¹⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann*. En *Droit et société*, Paris. N° 11-12, 1989. p. 38.

¹⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Ob. cit. p. 144.

con la simple recursividad del sistema, es decir con una inmovilidad del sistema jurídico y se busca una dinámica que permite al sistema estar abierto pero de manera cognitiva y así integrar las informaciones provenientes del entorno al sistema pero de manera procesadas.

Después de haber explicado de manera breve los programas¹⁸, nos podemos encontrar con la cuestión por necesidad de presentar algunos ejemplos de lo que podría ser uno, de esta manera tenemos que los programas pueden ser las normas jurídicas, decisiones judiciales o los contratos.

Ahora bien, debido a la existencia de la doble contingencia y las expectativas de las expectativas, se crean en el sistema inseguridades que no pueden ser eliminadas pero sí hacerse tolerables gracias a los programas condicionales, es decir, las normas jurídicas (todas las normas jurídicas son condicionales), esto es que *"...if specific conditions are fulfilled... then a certain decision has to be made."*¹⁹ Así, la contingencia del comportamiento-sanción se traslada a la relación de la contingencia del comportamiento-contingencia de la sanción.²⁰ Este tipo de programas señalados por Luhmann, que atienden a la identificación de sentido en las expectativas, van acompañados de los programas de fines que establecen un efecto que ha de lograrse, considerándose correcta cualquier actuación que conduzca a ellos. Jurídicamente los programas propios del sistema son los condicionales y no los de fines, sin embargo, estos últimos se pueden incluir en los condicionales.

¹⁸ Luhmann llama indiferenciadamente programa o programa de decisión, ya que permiten decidir sobre los valores del código, en este caso, recht/unrecht.

¹⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*. Routledge and Kegan Paul. Boston, 1985. p. 174.

²⁰ Cfr. *Ibidem*. p. 175.

3.1.4 La Norma jurídica

Antes de iniciar con lo que es la norma en la descripción luhmanniana, se debe mencionar que no es considerada por el maestro alemán, como un mandato o una regla, sino como una expectativa general de conducta en su aspecto temporal; Por eso cuando se busca una respuesta para el concepto de norma, se debe mencionar que Luhmann, deja de tomar en cuenta las características esenciales de la misma, para atender sólo a las distinciones en caso de desengaño de la expectativa: a) renunciar a la expectativa o; b) mantenerla a pesar del desengaño (por eso se ubica en el aspecto temporal). Y dada esta peculiaridad se diría que en sí no se partiría del concepto de norma sino de sistema.

De acuerdo entonces a este aspecto temporal de la norma²¹ como expectativa general de conducta, es preciso mencionar que esto se logra sólo mediante la positivización. Al ser la norma derecho positivo, se habla entonces ya de programas que son los que se desempeñan conjuntamente con los códigos. Podemos decir que todas las normas de derecho son programas, pero no todos los programas son normas; Esto nos sirve para diferenciar aquellas normas morales, que si bien son normas, no lo son del sistema jurídico y los programas pertenecientes a otros subsistemas.

En cuanto a la forma de creación de las normas, ésta es provista siempre por el derecho y no por instancias ajenas a él, dicho de otra manera el sistema no puede importar ni exportar normas, es decir, el sistema jurídico será quien determine, el cómo y cuándo se crea, e inclusive sobre cuándo se modifica la

²¹ "En la Sociología jurídica luhmanniana, el concepto de norma se establece como sinónimo de expectativa normativa y por tanto dentro de la dimensión temporal de las expectativas. Ello no obstante, el concepto luhmanniano que más se aproxima al sentido habitual que en la Teoría del Derecho tiene la norma jurídica es el de programa de decisión." GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. **El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. J. M. Bosch editor. Barcelona 1993. p. 272.

norma. Por eso, Luhmann habla de la reflexividad de la normación, es decir, crear normas que dan el procedimiento para la creación de normas.

Además, señala, al mismo tiempo, señalar las formas de modificación de la norma, lo que implica, a su vez, la apertura cognitiva del sistema, ya que así se permite la entrada de información que permite modificar aquellas normas que tengan que ser modificadas. Esta posibilidad de modificación del derecho lleva consigo también la validez, ya que ésta última sólo existe si el derecho positivo puede ser modificado.

Por lo que se refiere a la función de la norma, se podría también hablar de la función del derecho; Esto es, entonces, la de estabilización, sin que esto signifique que se busque limitar el conocimiento. *“La norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esa expectativa.”*²²

3.2 Las Funciones del Derecho

De entre las funciones del derecho más importantes para Luhmann, podemos mencionar se encuentran la de generalización de expectativas dentro de un futuro incierto y la función de sistema inmunitario dentro del gran sistema social. Quizás en este punto se encuentra otra característica particular de esta teoría, pues, para algunos autores como Habermas, la función del derecho se centra en la función integradora que desempeña en la sociedad, cosa que refuta totalmente Luhmann al señalar que esa es función de la política y al subrayar el aspecto temporal en la función del derecho, esto es, que las normas jurídicas están orientadas en el tiempo hacia un futuro que es incierto.

²² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 192.

Algo muy importante y como consecuencia de una alta diferenciación en la sociedad como lo es la diferenciación funcional, es que se presentan las referencias sistémicas.²³ Estas pueden ser de tres tipos: la referencia al sistema total, a los sistemas parciales y así mismo. El primer tipo de referencia, al sistema total, se manifiesta con la función que el sistema del que se habla tiene en el sistema total. La prestación, puede ser entendida como las relaciones del sistema con los demás sistemas parciales de la sociedad y, finalmente, se encuentra la referencia que hace el sistema de sí mismo que se conoce como reflexión.

En este punto por ahora, nos interesa distinguir entre funciones del derecho y las prestaciones que este sistema otorga a los demás subsistemas, que son: la solución de conflictos y el encauce del comportamiento. Cuando se dice que el derecho no pretende ser un regulador social, es porque éste no garantiza ni podrá garantizar que todas las normas se cumplan y que por ende no se cometan violaciones a la ley y, que por el otro lado, tampoco puede ser el derecho, un sistema destinado a solucionar conflictos. Por ello entonces, se vuelve importante el concepto de prestación, ya que cada sistema como independiente que es, tiene la capacidad de orientar algunos comportamientos sin tener que recurrir al derecho y, de la misma manera puede resolver conflictos fuera del ámbito jurídico.

Regresando a la separación entre función y prestación, se puede decir, que la función del derecho (generalización de expectativas) es realizable sólo por el derecho mismo y, no así, la resolución de diversos conflictos o encauzamiento de determinadas conductas, que ya dependen de cada subsistema. Pero también, se puede agregar que la función y la prestación van unidas en términos que cuando un sistema se diferencia funcionalmente implica que ese sistema, que en este caso es el derecho, este orientado también a las prestaciones.

²³ "Por referencia sistémica se entiende la referencia de un sistema con su entorno." LUHMANN, Niklas; SCHORR, Karl Eberhard. *El sistema educativo*. Traducción de Olivia Reinshagen y Luis Felipe Segura. Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1993. p. 51.

Otro punto muy importante respecto a las funciones, es que si bien Luhmann no habla de fines del derecho como un aspecto teleológico del sistema, sí menciona que existen algunas metas existentes en el sistema; Ellas tienen un carácter determinado y sólo son *episodios* y no implican que el sistema alcance su estado final al cumplir con ellas.²⁴ Como ejemplo, se podría hablar de procesos individuales o la realización de un contrato,

3.2.1 Generalización de expectativas dentro de un futuro incierto

Si retomamos la idea de la existencia permanente de complejidad en los sistemas y, que éstos tienen necesidad de eliminarla, entonces se clarifica la explicación de la generalización de las expectativas²⁵ y del código binario del derecho que permiten entonces una diferenciación reductora de complejidad y una solución al problema de la doble contingencia.

*"El caos originario, la complejidad absoluta, resulta paralizante. Si todo es posible, nada es posible. Hay que romper la igualdad absoluta de lo posible. Hay que marcar una diferencia para poder seleccionar, para permitir la orientación."*²⁶

Es precisamente esta función del derecho la que va a permitir distinguir en primera instancia aquello que es posible legalmente de aquello que no lo es, para de esta manera solucionar el problema de la doble contingencia y poner bajo

²⁴ A esto agrega Luhmann: "...el derecho es una historia sin fin..." **El Derecho de la sociedad.** Ob. cit. p. 238.

²⁵ "Por expectativa entendemos aquí no sólo el estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido en la comunicación." LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad.** Ob. cit. p. 182.

²⁶ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. Pp. 86, 87.

pautas comunes el comportamiento propio y el ajeno.²⁷ Al respecto cita De Giorgi.²⁸

"El proceso de generalización le permite al sistema alcanzar una indiferencia estable en contra de aquello que es posible, y por tanto en contra de la diversidad, y le permite así alcanzar un grado elevado de simplificación para fines del comportamiento, y por lo mismo un correspondiente grado de reducción de la complejidad."

De esta manera al generalizar expectativas de comportamiento sabemos lo que se puede esperar²⁹ y al mismo tiempo se asegura e inmuniza el sistema. Esto se realiza de acuerdo con las tres dimensiones del sentido: temporal, material y social. Cabe mencionar que aunque estas formas de sentido se desarrollan de manera paralela también pueden generar algún tipo de diferencias entre ellas. El ámbito temporal le da al derecho la oportunidad de enfrentar los sucesos contrafactuales que afectan las generalizaciones en este ámbito. A las normas se les confiere una validez temporal que permite sigan teniendo vigencia a pesar de enfrentarse a la decepción, es decir, a pesar de que puedan de vez en cuando no cumplirse, ya que su existencia esta claramente determinada y no está puesta en duda su eficacia. Pero también esta dimensión significa prepararse ante un futuro incierto. Por su parte, la dimensión social (que se encarga de desmitificar la idea del derecho como un producto consensado) se ocupa no del consenso sino del disenso ya que mediante la institucionalización se puede presuponer un consenso generalizado sin considerar que cada uno este de acuerdo.³⁰ Por último, la dimensión material se encarga de la incoherencia y contradicciones (contenido)

²⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Ob. cit. p. 168 y Ss. *"A la actuación del otro, yo vinculare mi actuación posterior y a ésta, a su vez, se vinculara la actuación del otro etc. y con ello se irán creando expectativas compartidas, se formarán estructuras, se delimitarán las fronteras, se crea sociedad."* GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. p. 87.

²⁸ GIORGI, Raffaele de. *Ciencia del Derecho y Legitimación*. Universidad Iberoamericana. México, 1998. p. 247.

²⁹ Sobre esto Luhmann dice que las expectativas se vuelven expectativas de las expectativas ya que además de esperar un comportamiento determinado de manera general, se espera además que el otro lo cumpla.

³⁰ GIORGI, Raffaele de. *Ciencia del Derecho y Legitimación*. Ob. cit. p. 251.

surgidos en el proceso de generalización.³¹ De esta manera, gracias al consenso presupuesto, se logran tomar decisiones de manera más rápida y se evita el que el consenso que una vez fue otorgado pueda ser después revocado. Así, el consenso para Luhmann se torna más bien en una presunción de la mayoría de que todos están de acuerdo. Esto quizás de la misma forma que otorga ventajas al mismo tiempo ofrece un punto de severa a crítica a la teoría luhmanniana, sobre todo cuando quienes detentan el poder, o quienes están al frente de estados represores tienen una falsa percepción de lo que la mayoría quiere, es decir tienen una supuesta percepción que de la misma manera puede ser artificiosa, simulada e ilegítima. Pero también se debe mencionar que aquellos que no estén de acuerdo con la institucionalización hecha (el consenso presupuesto), tienen la obligación de alzar la voz y argumentar pero siempre tomando en cuenta las consecuencias que esas actitudes ocasionen.³² Pero, Luhmann respecto a la situación de la presunción del consenso no sólo se limita a decir que quien está en contra se debe ver obligado a alzar la voz sino que existen además otras posibilidades que clarifican la institucionalización como por ejemplo mediante procedimientos legitimantes como las elecciones, debates parlamentarios y procesos jurídicos que permiten al fin y al cabo aceptar decisiones cuyo contenido en un momento dado pudiera ser incierto.

Pero regresando a la generalización como una de las funciones del derecho, podemos decir que el derecho entonces sirve como un medio selectivo de expectativas y no de origen como un medio coercitivo y tampoco como un medio sólo para la de resolución de conflictos, sino, que el derecho busca evitar cualquier clase de conflictos e inclusive llega a generar algunos cuando los atrae a su ámbito y, al aplicar una sanción, tan sólo se aplican medios contra hechos contrafactuales que evitan la decepción y mantienen esas expectativas dentro del

³¹ En este punto surge la cuestión de cómo reconocer las expectativas de los demás; por lo que Luhmann da cuatro principios de identificación: personas, roles, programas y valores.

³² A este respecto Luhmann menciona: " *Quien sea de otra opinión respecto a las premisas de esta comprensión, debe contradecir, tomar iniciativas, crearse motivos y fundamentos, actuar contra la opinión aparente de los circundantes, exponerse y tomar sobre sí el riesgo de la representación y de la imputación personales.*" LUHMANN Niklas. *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Versión castellana de H. A. Murena. Editorial SUR. Buenos Aires, 1973. p. 162.

sistema jurídico. Por esto se dice que la función del derecho es más que aquella que afirma que es sólo un regulador de conflictos. También por la razón que el derecho aún, con todas aquellas expectativas generales con las que se desempeña, no lograría que todas ellas fueran cumplidas, por ello tampoco es un regulador social, ya que siempre existen violaciones a la ley, por eso, en el caso de una expectativa no cumplida (dicho más simple una trasgresión a la ley) tiene la opción de transformar la expectativa no cumplida en castigo para proteger a quien está en su derecho. Esto, podríamos decir que hace alusión al aspecto temporal de un tipo de expectativas, las normativas, que no pueden cambiar ni aunque sufran de decepción debida a la doble contingencia. Por ejemplo, en la sociedad se protege la vida y no podría esperarse que se dejase de proteger eliminando la sanción a quien cometa homicidio, ya que si así fuese, cualquiera, podría disponer de la vida de los demás de acuerdo a su antojo. Por eso se vuelve importante que algunas expectativas se mantengan a pesar de que en algunos casos no se cumplan, o mejor dicho, aunque algunas veces sea defraudada tal expectativa. También, y por consecuencia, existen expectativas que pueden cambiar, es decir, adaptarse a las circunstancias cuando su decepción así lo manifiesta; en este caso se dice que el sistema aprende modificando tales expectativas.

"Expectations are experienced and treated as cognitive when they are adapted to reality in the case of disappointment. For normative expectations the opposite holds: that one does not reject them if someone acts against them."³³

De esta manera, podemos decir que el sistema puede reaccionar de dos diversos modos ante el problema de la decepción de las expectativas o dicho de otro modo ante el incumplimiento del derecho: aplicar una sanción (normativas)³⁴,

³³ LUHMANN, Niklas. *A Sociological Theory of Law*. Ob. cit. p. 33.

³⁴ "Las expectativas normativas son aquellas que han de ser mantenidas incólumes ante la decepción que pueden sufrir eventualmente a manos de una realidad que a menudo les es refractaria. Esperamos algo normativamente cuando ante la aparición de la frustración, de la contradicción de los hechos, podemos seguir legítimamente manteniéndonos en la validez de nuestra expectativa, sabiendo que contamos con el respaldo institucional a tal acto de resistencia. La normatividad no es otra cosa que contrafacticidad, susceptibilidad de no aprendizaje ante la

mantenerse y no modificarse o bien cambiar las expectativas (cognitivas). Sin embargo, se puede decir que sólo aquellas normativas son propias del sistema jurídico³⁵, ya que han sido institucionalizadas. Por su parte, aquellas cognitivas, también pueden volverse normativas cuando se institucionalizan y así adquieren las mismas características de las segundas.

Para que entonces la función del derecho sea considerada como generalización de expectativas, debe reunir estas tres dimensiones de sentido ya señaladas (temporal, social y material), que en el siguiente cuadro podremos ver más claramente.

Generalización de expectativas de conducta	}	Generalización temporal— expectativas normativas (vigencia)
		Generalización social— suposición de consenso
		Generalización material— expectativas normativas generalizadas socialmente (contenido)

También al hablar de la función del derecho es necesario hablar de aquella que corresponde a la búsqueda de estabilización de la norma, ya que día a día crece en número la cantidad de expectativas normativas que sin duda, el derecho no podría cubrir, por esta razón, se lleva a cabo en el sistema una selección que permite la identificación de expectativas que merecen ser tomadas en cuenta de aquellas que no lo son.

falta de ajuste con la realidad, frente a la cognitividad, que favorece y hasta demanda un estilo abierto al aprendizaje de lo nuevo. Como bien puede intuirse, la normatividad, con su estilo refractario y cerrado ante las realidades, se compadece bien con la clausura autopoietica propia del sistema jurídico. El Derecho puede así entenderse como un orden continuo de reproducción de comunicaciones normativas, que se asocian recursivamente sin poner en peligro su carácter contrafáctico. PRIETO NAVARRO, Evaristo. *Teoría de Sistemas, Funciones del Derecho y Control Social*. En *Doxa*. No. 23. Alicante, 2000. p. 269.

³⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. p. 107.

En resumidas cuentas, las expectativas representan las estructuras del sistema y pueden reaccionar de dos diversos modos ante la frustración de las mismas, hacerlas cognitivas, es decir que aprendan y se modifiquen o mantenerlas y hacerlas contrafácticas, es decir resistentes a las decepciones.

3.2.3 El Derecho como sistema inmunitario

Dada la inminente aparición de complejidad como característica *sine qua non* de la sociedad, se debe mencionar, que junto con ella se presentan siempre diversos tipos de conflictos, debidos a la proyección de las normas, así de esta manera, cuando surge alguno, el sistema inmuniza³⁶ contra las "patologías" que se presentan y que para ellas previamente no existe algún tipo de respuesta. Es decir, el derecho responde como lo hace el sistema inmunológico, aunque *"También se podría hablar de sistema de inmunización en el sentido de que, una vez encontrada la solución, se reduce la probabilidad de nuevas infecciones..."*³⁷

*"El sistema inmunológico no requiere del conocimiento del entorno: solamente registra conflictos internos y elabora soluciones generalizables para conflictos que se presenten caso por caso; es decir, el sistema inmunológico estatuye una capacidad remanente para casos futuros."*³⁸

Cabe mencionar que si se habla de resolución de conflictos que aparecen por la complejidad de la sociedad, entonces, nos estamos refiriendo a las funciones del derecho y prestaciones del mismo, por ello Luhmann habla de

³⁶ "En el libro *Sistemas Sociales* he propuesto la siguiente tesis: el sistema de derecho sirve a la sociedad como sistema de inmunidad, lo cual no significa que el derecho este fundamentado sólo en esta razón. Este nexo entre derecho y sistema de inmunidad se precisa más al considerar que el derecho se constituye como anticipación de los posibles conflictos." LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana. México, 2002. p. 347.

³⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 220.

³⁸ *Ibidem*. Pp. 642, 643.

sistema inmunitario cuando "...se pretende evaluar tanto la función como las prestaciones del sistema jurídico en su conjunto..."³⁹

Cuando dentro del sistema social se presenta la posibilidad de rechazar una comunicación precedente, hablamos de una contradicción⁴⁰, sin embargo, cuando ambas posiciones se comunican, se mantienen y no se llega a una rápida solución es entonces cuando hablamos de un conflicto.⁴¹ De lo anterior se entiende que para que exista un conflicto es necesario como requisito *sine qua non* y como antecedente una contradicción. La contradicción como tal significa una desestabilización del sistema, una pérdida de seguridad y una disminución de las expectativas generales de conducta, que es lo que precisamente busca y protege el derecho; por eso, éste último se encarga de ser el sistema inmunitario del sistema⁴², es decir que cuando un conflicto surge, el derecho es el encargado de poner a disposición la forma de comunicación adecuada para resolverlo. Pero también es el derecho, el sistema inmunitario del sistema ya que a pesar de que el derecho no puede evitar la aparición de conflictos, sí busca evitar su aparición y como ya se ha dicho, cuando han aparecido trata de resolverlos.

*"El derecho no sirve para evitar conflictos...el derecho sólo trata de evitar la aparición violenta de un conflicto y de poner a disposición la forma de comunicación adecuada para cada conflicto."*⁴³

Podríamos suponer entonces que la aparición de contradicciones dentro del sistema que producen tal desequilibrio dentro del mismo son sumamente indeseables para el sistema, sin embargo son de alguna manera parte del impulso

³⁹ Cfr. *Ibidem*. p. 219.

⁴⁰ Cfr. CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Anthropos/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1995. p. 49.

⁴¹ "Hablaemos de conflictos siempre que se contradiga una comunicación, dicho de otra manera, siempre que se contradiga una comunicación." LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General.** 2ª edición. Ed. Anthropos/Universidad Iberoamericana. México, 1998. p. 350.

⁴² Ver. LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General.** 2ª edición. Ed. Anthropos/Universidad Iberoamericana. México, 1998. pp. 324 y ss.

⁴³ Cfr. *Ibidem*. P. 338.

del sistema, *"...las contradicciones frecuentemente son consideradas como promotoras del movimiento del sistema..."*⁴⁴ Y son consideradas así, ya que junto con los conflictos se hace palpable la necesidad del derecho en el sistema social. También, el derecho puede ocasionar conflictos por medio de algún tipo de regulación.

3.3 Unidad del sistema

Al inicio de éste capítulo se mencionó que el código del sistema jurídico es lo que mantiene la unidad del sistema, sin embargo, Luhmann en repetidas ocasiones agrega además, que la unidad en el sistema se mantiene también por una serie de procesos que se dan en el sistema y que aquí abordaremos.

3.3.1 Autopoiésis del derecho

Debido a la alta especialización funcional que tienen los subsistemas sociales como el derecho, se hizo necesario que se hicieran independientes de los demás y que inclusive, fueran ellos mismos los que se autoconstituyeran. De esta manera el derecho, sólo puede ser creado por el derecho y reformado por el mismo. Esto en pocas palabras es la autopoiésis del derecho⁴⁵, algo que nos recuerda la circularidad teórica de Luhmann. Esta autonomía autoconstituyente del derecho trae aparejadas varias consecuencias para el sistema jurídico, una de ellas es la evitar injerencias de carácter por ejemplo político en la creación de la norma y, estabilizar las expectativas de conducta cuando han sufrido decepción, es decir, cuando no se han cumplido.

⁴⁴ Ibidem. p. 333.

⁴⁵ De acuerdo al maestro Teutón, la autopoiésis es una de las dos formas de acoplamiento operativos, junto con la simultaneidad existente entre sistema y entorno, que son distintos de aquellos estructurales. Ver. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 508.

*"La positivité ne signifie en effet rien d'autre que: le droit ne peut être engendré que par le droit et non pas de l'extérieur par la nature ou la volonté politique. En d'autres termes, la positivité n'est rien d'autre qu'une expression désuète de l'autodéterminité opératoire du droit."*⁴⁶

Por lo tanto, el sistema jurídico al igual que la sociedad, es un sistema cognitivamente abierto y operativamente clausurado. *"Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas, que para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se remiten así mismos."*⁴⁷ De esta manera el sistema produce sus propias estructuras con base en sus operaciones ya que para crear sus operaciones necesita de estructuras. Por su parte, el hecho de que el sistema sea cognitivamente abierto implica el aprendizaje y la modificación de las normas cuando ya no sean aceptables sus consecuencias. Pero no implica la aceptación de intromisiones de parte de otro sistema como el político; Cuando esto sucede se hable de un estado de corrupción.⁴⁸ Se debe tomar en cuenta que un sistema operacionalmente cerrado necesita estar paradójicamente abierto al exterior, pero no de una forma que permita que este último determine al sistema sino, mediante que el sistema se vuelve sensible a los estímulos provenientes del exterior.

Sin embargo tales estímulos no se deben pensar como determinantes en la creación del derecho, es decir, que la presión social no siempre debe desembocar en un cambio de la norma, aunque no se niega la fuerza que pueda llegar a tener

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *La constitution comme acquis évolutif*. Ob. cit. p. 112.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. P. 99. También Luhmann al respecto dice: *"La clausura operativa significa únicamente que la autopoiesis del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema sólo puede ser reproducida con operaciones propias. Y también, a la inversa: que el sistema no puede operar en su entorno, por lo que tampoco posee la capacidad de vincularse a su entorno a través de operaciones propias."* Ibidem. p. 507. También agrega: *"Sin acoplamientos estructurales en la relación de los subsistemas sociales entre sí, el derecho —en el sentido del uso moderno de la palabra— permanece como algo corrompido."* Ibidem. p. 513.

⁴⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Ob. cit. p. 137. Algo que no permite la influencia total del entorno del sistema como lo serían las presiones sociales (que hace que el sistema se vuelva corrupto) es el acoplamiento estructural. Cfr. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 513

tal presión y que para el sistema de cualquier manera representa una fuente de información del entorno. Tales estímulos son para Luhmann irritaciones.

"...los acoplamientos estructurales no introducen nunca normas del entorno en el sistema de derecho. Lo único que hacen es provocar irritación. La forma acoplamiento estructural no constituye un asunto normativo, como pudiera ser prescrito."⁴⁹

Así, al agregar Luhmann el concepto de autopoiesis y demás propuestas teóricas en su obra, hace que ciertas consecuencias resalten, mismas que el mismo enumera, y que aquí se mencionan:⁵⁰

- 1) *No existe una importación de normas ni del ambiente externo ni del interno del sistema.*
- 2) *La función del derecho como subsistema es la de crear una generalización congruente de expectativas de conducta.*
- 3) *La unidad del sistema jurídico es lograda gracias a su propia reproducción autopoietica y no dada, ni por un creador, un observador, una norma básica; es conseguida entonces, por que el sistema jurídico es operativamente cerrado y autorreferente.*
- 4) *La validez de la ley no reside en su naturaleza, ni la razón. La validez de la ley no es más su propia autorreferencia, la continuidad de su reproducción.*
- 5) *Debido a la autopoiesis del sistema, es inimaginable la existencia de una norma más importante, ya que autorreproducción del sistema descansa en una circularidad, simetría y recursividad: las decisiones legales son válidas en la base reglas legales por lo que las reglas son válidas en base a decisiones.*

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 513.

⁵⁰ Esto lo menciona en las conclusiones a la segunda edición de su *Rechtsoziologie* que fue publicada en 1985. Cfr. LUHMANN, Niklas. **A Sociological Theory of Law**. Ob. Cit. Pp. 284-286.

También es importante señalar, que una estructura jerárquica puede ser concebida sólo como una forma de organización.

6) La apertura cognitiva y cerrazón operativa del sistema se apoya en los programas condicionales.

7) El sistema funciona bajo su código propio (*recht/unrecht*) y opera gracias a los programas; de tal manera que la codificación ayuda a la eterna autopoiesis del propio sistema.

Como podemos darnos cuenta, esta clausura del derecho por su misma autopoiesis logra al mismo tiempo, separar la importación⁵¹ de normas provenientes del derecho natural, para constituirse el sistema jurídico como un sistema paradójico y autónomo. Respecto a esto, el código mantiene una función importante de unidad⁵² del sistema sin que esto signifique se constituya en una norma superior, ya que eso ocasionaría una regresión al infinito.⁵³

⁵¹ Luhmann ejemplifica la paradoja, positivización y validez del derecho con un caso práctico que aquí a grandes rasgos comentamos. Trata sobre un rico beduino que hace su testamento, en el cual dispone la repartición de una manada de camellos de la siguiente manera: Al hijo mayor le corresponderá la mitad, a la hija una cuarta parte y al menor sólo una sexta parte. Cuando muere el beduino, la fortuna de la que disponía había venido a menos, de tal suerte que sólo quedaban once y, a grandes rasgos, no se podían poner de acuerdo, por lo que acudieron con el juez a que les solucionara la controversia. Este último, resolvió prestarles un camello para que cada uno recibiera su parte sin ninguna complicación, con la salvedad que si era voluntad de Allah, se lo devolvieran lo más pronto posible. Así, el mayor recibió seis, la hermana cuatro y el menor dos. Lo que cabe destacar aquí, es que ese camello faltante, el decimosegundo, es proveniente del exterior, misma situación que pasa en el derecho, cuando éste es considerado fundado en normas de derecho natural. Por eso él menciona: "*La positivité du droit, c'est le douzième chameau, mais uniquement quand il n'est pas restitué...La rétention du chameau devient nécessaire dès que la pensée juridique commence à réagir à la différentiation et l'autonomie close du droit.*" Cfr. LUHMANN, Niklas. *La Restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologie du droit*. En *Droit et Société*. No. 47. France, 2001. Teubner con una idea similar señala: *Le droit n'est pas déterminé...par une autorité externe quelconque, donc ni par l'autorité des textes, ni par celle de la nature, ni par celle de la révélation divine. Mais, bien au contraire, le droit prend son origine dans l'arbitraire de sa propre positivité*. TEUBNER, Günther. *Le Droit: un système autopoïétique*. Presses Universitaires de France. Paris, 1993. p. 8.

⁵² "*The unity of every function system resides in being guided by a binary code valid for itself alone*". LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Polity Press. Cambridge, 1989. p. 135.

⁵³ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 125.

3.3.2 Autonomía

Junto con los conceptos de clausura operativa y de autopoiesis se vuelve necesario hablar también de autonomía en el sistema; Pero no de la manera en como ésta se ha venido imputando tradicionalmente a las personas, jueces y abogados, sino al sistema mismo. Por esta razón y tomando en cuenta que las operaciones son básicas para la autopoiesis del sistema, entonces se habla de una autonomía de operaciones y por tanto, como consecuencia de la autopoiesis. Es decir, la autonomía⁵⁴ no es lo mismo que la clausura operativa del sistema sino su consecuencia. El sistema funcional entonces, para lograr su autonomía, dirige sus operaciones hacia tres distintas referencias sistémicas. La primera derivada de la función, es hacia la sociedad; la segunda, la prestación es hacia los diversos subsistemas y la última es hacia sí mismo, es decir la autorreflexión.⁵⁵

En opinión de Luhmann, estas tres referencias se tornan muy importantes en cuanto se refieren a las estructuras temporales de la sociedad. Las prestaciones hacen referencia al futuro, la autorreflexión al pasado y la función al presente además, de mediar entre pasado y futuro. *“La diferenciación funcional requiere suficiente capacidad, en el plano subsistémico, para diferenciar e integrar la función, la prestación y la autorreflexión. Sólo así pueden alcanzar los subsistemas autonomía operativa como sistemas-en sus-entornos.”*⁵⁶

La pregunta que entonces surge es ¿cuáles podrían ser las operaciones del sistema jurídico que permiten la autopoiesis? Pero más en concreto sería ¿cuáles son las operaciones del sistema jurídico? Para responder a esta cuestión, es necesario retomar a la comunicación para poder distinguir aquellas operaciones jurídicas de las que no lo son; Ya que si tomamos como punto de inicio el

⁵⁴ *“Il ne décrit rien d'autre que la clôture opérationnelle du système comme condition d'ouverture de celui-ci.”* LUHMANN, Niklas. **Le Droit comme Système Social**. En *Droit et Société*. No. 11-12. Paris, 1989. p. 56.

⁵⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas. **Complejidad y Modernidad. De la unidad a la diferencia**. Traducción de Josexto Beriain y José María García Blanco. Editorial Trotta. Madrid, 1998. p. 81.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 82.

comportamiento, por supuesto se caería en la cuenta de que todos los comportamientos al ser permitidos o prohibidos pertenecen al sistema jurídico, sin embargo, también sale a la luz la situación de que no son producto interno del sistema. Por esta situación la comunicación que es el componente de la sociedad y, también de los sistemas jurídicos, es la base que proporciona la respuesta. Ahora bien, esta comunicación no podría ser la misma que aquella que se da de manera común en la sociedad, sino que es una comunicación propia del derecho y, para poder distinguirla de aquella científica (verdadero/no verdadero), económica (tener/no tener), etc., es necesario entonces, atender a su código principal: Recht/unrecht.

Con esta variedad de comunicaciones existentes en la sociedad, se reafirma la idea de autonomía en el sistema jurídico, ya sea como consecuencia o como referente de la autopoiesis. Entonces, esta autonomía se da frente a los demás sistemas también funcionales, entorno del jurídico. Por esta razón se habla de clausura operativa inclusive en todos los sistemas sociales y por ello no existe en los sistemas de Luhmann, ni un *in put* ni un *out put*, como en los sistemas abiertos tradicionales. El derecho sólo puede ser producido por el derecho sin injerencia externa, es decir la autonomía significa que el propio sistema de delimita con sus propias operaciones (comunicaciones) ya que eso garantiza su existencia; Por esta razón, la comunicación jurídica sólo se produce dentro del sistema del derecho.

"...system arrangement requires complete autonomy of the system because no other system can replace it with respect to its function. Hence, autonomy is not a desired goal but a fateful necessity. Given the functional differentiation of society no subsystem can avoid autonomy."⁵⁷

Esta delimitación, autorreproducción del sistema, ocasiona una relación especial entre el sistema y el entorno. Cuando un sistema es cerrado

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Ob. cit. P. 228.

operativamente, ocasiona y provoca la necesidad al sistema de abrirse al mismo tiempo, como una paradoja. Se cierra en la medida que necesita la autorreferencia para su autopoiesis y se abre en la medida que necesita la heterorreferencia cognitiva para su mantenimiento.

Estas relaciones que tiene el sistema con el entorno se explican con el acoplamiento estructural. *"...en el sistema...los acoplamientos estructurales sólo pueden suscitar irritaciones, sorpresas y perturbaciones. Los conceptos de acoplamiento estructural y de irritación se encuentran condicionados entre sí de manera recíproca."*⁵⁸

De esta manera y en consecuencia, estamos en condiciones de afirmar que la autonomía del sistema jurídico tiene una relación estrecha con la diferenciación funcional de este sistema.⁵⁹

3.3.3 La Positivización del derecho

En apartados anteriores ya se ha venido explicando tanto la autopoiesis del sistema jurídico, así como su clausura operativa y su respectiva autonomía. Ahora es turno de unir esas explicaciones y comentar sobre la positividad.

Primero que todo, según el maestro germano, se debe hacer una doble distinción; La primera, es partir de una teoría de sistema/entorno y la segunda, en pensar en operaciones en lugar de estructuras. Partiendo de estas distinciones se entenderá un sistema jurídico que se diferencia de su entorno, por lo que construye sus propias operaciones, es decir, se vuelve operativamente clausurado

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Ob. cit. P. 510.

⁵⁹ *"Dalla differenziazione dei sistemi deriva la loro autonomia desicazionale..."* Cfr. MACERATINI, Arianna. *Procedura come norma. Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*. Giappichelli Editore. Torino, 2001. p. 69.

y por lo tanto autopoietico. Estas operaciones del sistema son ni más ni menos las comunicaciones (con las cuales el sistema se diferencia de su entorno). Para la diferenciación y clausura operativa del sistema, entonces, es necesario especificar la función y codificación del sistema.

"La función se refiere a las operaciones del sistema y se le reconoce por el hecho de que las operaciones se orientan por las normas. La codificación binaria se refiere a una observación de las operaciones del sistema y se le reconoce por la circunstancia de que asigna valores: conforme a derecho/no conforme a derecho."⁶⁰

Se puede decir que la manera en como reacciona el sistema ante la alta complejidad⁶¹ dentro del sistema social, es buscar una manera de estabilización que se logra gracias a través de la generalización de expectativas de conducta, es decir mediante la positivización.⁶² El derecho positivo⁶³ es entonces el derecho puesto (gracias a una atribución), que puede ser en su momento modificado⁶⁴ y, que tiene su origen en la dimensión temporal⁶⁵ de las expectativas para reaccionar ante las decepciones; Que tiene relación con las expectativas sociales, específicamente en la incorporación sin consenso (institucionalización) de los procedimientos de decisión programados (que es la aplicación del derecho por los jueces) y de los programantes (que es la manera de creación del derecho) y finalmente, con las expectativas materiales que son los principios de identificación, especialmente con los roles y programas.

⁶⁰ Ibidem. p. 116.

⁶¹ Por complejidad enfrentada por el sistema jurídico, Luhmann entiende tanto los problemas en el ámbito temporal del derecho como los diversos temas que regula. Estos últimos crecientes día a día junto con la sociedad. Ver LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. Pp. 119-123.

⁶² La positivización del derecho es entendida y desarrollada sobre todo en sociedades altamente diferenciadas, por ello, Luhmann, dice que para que ésta se presente, son necesarias también ciertas condiciones tanto políticas como económicas. Ver: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. Pp. 140-146.

⁶³ "La característica principal del derecho moderno, es para Luhmann, la positividad y por tal entiende...la atribución a este acto legislativo, a esta decisión, de la validez del derecho." GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. p. 248.

⁶⁴ Recordemos las expectativas normativas y cognitivas.

⁶⁵ La manera de reaccionar ante la decepción sólo puede ser provisoria, ya que encontramos expectativas normativas y cognitivas, por lo que la validez es temporal.

De Giorgi clarifica la positivización luhmanniana de la siguiente manera:⁶⁶

“La grande conquista evolutiva della positivizzazione del diritto, infatti, consiste in questo: che essa stabilizza le strutture delle aspettative normative parallelamente alla legalizzazione della loro trasformabilità; che essa fissa come resistenti alle delusioni alcune strutture di aspettative, e insieme mantiene costantemente presenti, come possibili, le altre possibilità temporaneamente escluse attraverso la selezione operata.”

La explicación del por qué Luhmann insiste tanto en la positivización del derecho como un derecho puesto, que puede ser modificado, es básicamente debido a las limitaciones e impedimentos del derecho natural, ya que como tal, no era puesto sino dado y no era temporal sino eterno.

*“Mediante la positivizzazione, il diritto viene liberato dalla premessa che tutto ciò che vale deve valere in eterno. Tale fusione della dimensione materiale con la dimensione temporale aveva impedito non solo la variabilità, ma anche l'evoluzione materiale del diritto.”*⁶⁷

En la concepción entonces del derecho como subsistema social, son importantes los cambios que va necesitando el sistema oportunamente.

Es importante también mencionar que Luhmann, identifica dos características del derecho positivo, la coercibilidad, es decir el uso de la fuerza para hacer valer y cumplir el derecho y la condicionabilidad. Esta última es identificada por él, como programas condicionales. *“...il diritto viene posto comme programma condizionale di decisione che stabilisce le condizioni alle quali devono essere prese determinate decisioni.”*⁶⁸

⁶⁶ GIORGI, Raffaele de. **Scienza del Diritto e Legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann.** Pensa Multimedia. Lecce, 1998. p. 238.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Stato di diritto e sistema sociale.** Guida editori. Napoli, 1978. p. 43.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto.** Ob. cit. p. 133.

3.3.4 La Legitimación

La legitimación de las normas existentes en el derecho se funda en la diferencia entre el código y programa jurídico, por lo tanto estamos hablando que la legitimación surge dentro del mismo sistema de derecho como una prestación y no se recurre a instancias ajenas a él, por lo que es entonces una cuestión procedimental. La legitimación no se tiene como algo anterior al sistema jurídico, sino que se funda con él mismo, por lo que entonces es el derecho quien crea las condiciones de aquello que se considera legítimo o no. Así, Luhmann entiende a la legitimación como la disposición a aceptar decisiones independientemente del contenido que estas tengan "*...non si può sostenere neppure vagamente che il diritto positivo sia garantito da un consenso fattuale: che agnuno accetti in qualsiasi momento ogni disposizione di volta in volta vigente*"⁶⁹ y no como "*...el consenso participante de los ciudadanos acerca de la validez del derecho o de la validez de los principios y de los valores en que se fundan las decisiones vinculantes.*"⁷⁰

3.3.5 Institucionalización

Una manera de construir la legitimidad desde el propio seno del sistema jurídico es mediante la institucionalización, ya que con ésta se busca la generalización de expectativas (dimensión social), logrando de esta manera una reducción de la complejidad social y protegiendo al sistema contra injerencias externas al mismo (como de la política). Se puede decir entonces, que mediante la institucionalización y con la suposición de un consenso (de una expectativa generada socialmente), se da forma al aspecto social del establecimiento de las expectativas generales de conducta. Un ejemplo de esto, son los derechos

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. Pp. 123, 124.

⁷⁰ ZOLO, Danilo. En CAMOU, Antonio y CASTRO José E. (Coordinadores). *La Sociedad Compleja*. Triana editores. México, 1997. p. 254.

fundamentales que incluyen temas de vital importancia como la vida o la libertad. De esta manera y gracias a que son instituciones⁷¹ logran proteger el sistema en cuatro grandes ámbitos:⁷²

- a) Constitución social de la personalidad: derecho de la dignidad y libre imputación de acciones.
- b) Formación de expectativas generales de conducta: derechos de libre expresión y libre asociación.
- c) Satisfacción de las necesidades económicas: propiedad e igualdad de oportunidades.
- d) Elaboración de decisiones: derechos políticos e igualdad jurídica.

Estos derechos fundamentales no se deben pensar en semejanza con los tradicionales derechos humanos, por eso para él, se alejan de la concepción naturalista y de la moral, lo cual no significa que no tengan esa sensibilidad a la personalidad individual (al contrario la protegen). Para Luhmann, como ya se mencionó, son la manera de proteger al sistema jurídico de intrusiones del Estado, de la política. Pero al mismo tiempo, significan ciertas garantías a los sujetos también frente al Estado.

Luhmann entiende que el hombre, adquiere su individualidad (debido a su participación en la comunicación) sólo en las relaciones sociales, por eso mismo se debe garantizar su sociabilidad, mediante la protección de libertad y dignidad, es decir el ámbito interno y externo del ser humano. La libertad se torna en una representación que el individuo tiene en su actuar, de la misma manera en que se hace con la imputación cuando alguno infringe la ley, por eso sólo se entiende la imputación en un individuo que tenga un libre actuar.⁷³ Por su parte, la dignidad es

⁷¹ "I diritti fondamentali...servono unicamente ad impedire la loro corruzione da parte del sistema politico." LUHMANN, Niklas. *I Diritti fondamentale come istituzione*. Ed. Dedalo. Bari, 2002. Pp. 78, 79.

⁷² Si bien Luhmann habla sobre estos derechos fundamentales, este esquema de clasificación lo realiza y lo tomamos de Ignacio Izuzquiza. *La Sociedad sin hombres*. Ob. cit. p. 297.

⁷³ Cfr. LUHMANN, Niklas. *I Diritti fondamentale come istituzione*. Ob. Cit. Pp. 109 y ss.

la protección a la esfera íntima del individuo, y que le permite acceder al ámbito comunicativo.

A su vez los derechos de libre expresión y asociación reafirman la separación del individuo con los demás sistemas, especialmente con la política. Pero esa separación marcada del individuo con el sistema político también necesita al mismo tiempo un vínculo entre ambos, por eso el derecho de voto (derecho político) garantiza al individuo su participación en el sistema político. Lo mismo sucede con el derecho a la propiedad, que garantiza al individuo su participación en el sistema económico y laboralmente, lo mismo acontece respecto a los demás subsistemas.

Los derechos de igualdad, se refieren no sólo a la generalidad de la ley y a la no aplicación de privilegios legales injustificables, sino también a la igualdad en los derechos políticos, es decir de participar en el sistema y del ejercicio del voto.

Para finalizar se debe mencionar que existen también dos formas de institucionalizar expectativas que son mediante la formación de roles y una diferenciación de procedimientos. Mediante estas dos formas, se reconoce sólo a algunos la capacidad de intervenir y resolver alguna diferencia jurídica (jueces) y, la forma de aplicar el derecho (procedimientos).

En términos generales, las institucionalizaciones son también expectativas generales de comportamiento en las dimensiones temporal, material y social y de esta manera constituyen las estructuras del sistema.⁷⁴ Y la institucionalización de ciertos derechos fundamentales, es debido a la alta diferenciación existente en el sistema y que protegen la individualidad del sujeto.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *I Diritti fondamentali come istituzione*. Ob. cit. P. 45.

3.3.6 Validez

Existe en el sistema jurídico algo que genera la unidad⁷⁵ dentro del mismo⁷⁶, mediante el enlace de las operaciones creadas. Esto es, el símbolo.⁷⁷ *"Escogemos el concepto de símbolo porque se trata de conservar y reproducir la unidad del sistema dentro de la diversidad de su operación. Esto lo logra, en el sistema de derecho, el símbolo de la validez jurídica."*⁷⁸ La validez jurídica es entendida como aceptación de la comunicación; Lo que permite la continuidad de las operaciones y, no como una calificación a la calidad de una norma. La validez tampoco es una teoría de reflexión de la unidad del sistema, sino tan sólo una forma en como las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema.

Esta validez, *"...surge de la realización recursiva de las operaciones propias del sistema..."*⁷⁹ lo que significa que la función de la validez es regular la contingencia normativa, es decir, la sustitución y cambio del material jurídico normativo. De esta manera, Luhmann agrega: *"Normative closure requires symmetrical relations between the components of the system where one element supports the other and vice versa."*⁸⁰ Con esto, nos damos cuenta que la validez del sistema está en franca relación, con lo que en lo particular llamo heterarquía del sistema.

"The validity of law cannot be founded on authority or will, as the legal positivism of the nineteenth century was. Nor does the fait social of human society grant validity. It is not the existence of the legal order the source of

⁷⁵ Es importante mencionar que en Luhmann, la unidad del sistema no es entendida como una cadena de validez tal y como lo proponen Kelsen y Bobbio, donde la cadena lleva indiscutiblemente a la norma fundamental.

⁷⁶ Ver: LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales (artículos)**. Universidad Iberoamericana. México, 1998. Pp. 155-171.

⁷⁷ *"La validez sería una especie de testigo que se iría pasando de una norma a otra o un símbolo interno del sistema que, cual varita mágica, confiere el carácter de norma a todo aquello que toca y lo fija, consiguientemente, como no dispuesto al aprendizaje."* GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. p. 302.

⁷⁸ LUHMANN, NIKLAS. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 154.

⁷⁹ *Ibidem*. Pp. 157, 158.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. Ob. Cit. p. 230.

*itself, and it is not the hypothesis of a basic norm that constitutes (or simply postulates) the object of legal cognition. Austin, Durkheim, and Kelsen offer competing attempts to avoid circularity and to found the validity of law on something else. However, validity is circularity—circularity, of course, in need of logical unfolding.*⁸¹

La validez es entonces circular porque se transmite de operación en operación, siendo recursiva, y porque tampoco puede ser fundada en el entorno del sistema sino dentro de sí mismo; De esta manera, todas las operaciones jurídicas están sujetas al derecho válido. *“La validez es el símbolo de la autorreproducción del derecho.”*⁸²

La validez y sus cambios, pueden observarse de dos modos en el sistema: como disposición y como argumentación. Como disposición hace referencia a los cambios realizados a la misma por el legislador, resoluciones judiciales, contratos. En cuanto a la argumentación, se analiza si existen razones suficientes para la atribución de un valor, ya sea lícito o ilícito.

3.3.7 La Eficacia

Para Luhmann, la eficacia es importante pues es uno de los problemas a los que se enfrenta el derecho. Primeramente el alemán, distingue dos tipos de eficacia jurídica: a) el seguimiento, que es actuar conforme a la norma y; b) la ejecución, que es el mantenimiento del derecho. En otras palabras, el seguimiento se refiere al caso que las personas hacen en su actuar del derecho y la ejecución, que se refiere a la cuestión de coercibilidad.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Columbia University Press. New York, 1990. p. 230.

⁸² LUHMANN, Niklas. *Teoría de los sistemas sociales (artículos)*. Universidad Iberoamericana. México, 1998. p. 164.

Además, Luhmann explica que si se relacionan estas cuestiones con el consenso, se pueden encontrar más dificultades, ya que cuando se piensa que las normas se establecen mediante el consenso, también se puede argumentar a contrario sensu diciendo que su aplicación (seguimiento) e inclusive sanción (coercibilidad) sólo puede ocurrir si yo conozco tales normas y no de otra manera, lo cual excluiría el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. Esto obviamente es rechazado por Luhmann, para quien el consenso es siempre presupuesto y traslada el problema a la cuestión de la información, donde el individuo por cuestiones obvias no podría conocer todas las normas pero se mantiene informado con el sistema de diversas maneras, sobre aquellas normas que principalmente le interesan. De este modo, entre el individuo y el sistema existen puentes de información y es donde se encuentra realmente el problema de la eficacia.

3.4 Estabilidad del sistema

Para que el sistema pueda mantener su estabilidad ante los cambios internos que produce él mismo y ante los estímulos del exterior, es necesaria sin duda una teoría de la reflexión que le permita mantener su identidad. Nos referimos la teoría jurídica, misma que se analizará en el capítulo siguiente. Ahora sólo nos interesa, señalar esa relación del derecho con otro subsistema de la sociedad como lo es el político que lo irrita y explicar la evolución propia del sistema.

3.4.1 Sistema Político y Jurídico

La relación entre estos dos sistemas se aborda necesariamente explicando primeramente el poder y la legitimidad. Comenzaremos por el poder, que es para Luhmann, *"un medio de comunicación generalizado que hace probable la aceptación de acciones de alter como premisas y vínculos para las acciones de ego"*.⁸³ La explicación del por qué se considera como un medio de comunicación radica en el hecho de que el poder es una estructura particular que da probabilidades de éxito a la comunicación donde se busca que ego acepte la propuesta de selección de alter.⁸⁴ Ni el lenguaje, ni el consenso garantizan una transmisión de selecciones de alter para ego, es decir, ¿por qué debo aceptar lo que el otro propone? En este caso se vislumbra un problema, el de la doble contingencia, donde tanto para alter como para ego lo posible puede ser posible de otra manera. Para solucionar esto se necesitan entonces estructuras capaces de transmitir una selección de alter a ego. En las sociedades más simples este problema se soluciona a través de la experiencia; podemos ilustrar esto a través de idea del hombre viejo que aconseja a los jóvenes de como actuar ante determinada situación, idea que era aceptada por éstos últimos ya que reconocían la experiencia del anciano. Pero en sociedades más complejas, esta forma de resolver la doble contingencia no opera de la manera esperada y la transmisión de una selección de alter a ego no se garantiza, por eso, surge el poder⁸⁵ como una manera de garantizar tal transmisión y de reducir la doble contingencia. Luhmann compara al poder con un catalizador, al acelerar éste, el proceso de selección de ego, también lo considera como un aumento en las probabilidades de selección poco probables. En este entendido entonces, el poder busca transmitir la selección de alter a ego, pero como ya se ha mencionado, esto se vuelve en un problema al cuestionar ego a alter la selección hecha por éste último, y es cuando entonces

⁸³ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. Ob. cit. p. 126.

⁸⁴ Ver. LUHMANN, Niklas. Poder. Universidad iberoamericana/Anthropos. España, 1995. Pp. 25 y ss.

⁸⁵ *"El poder político es y permanece siempre influencia social."* LUHMANN, Niklas. Poder, política y derecho. En Revista Metapolítica. México, Vol. 5 Num. 20. Octubre-diciembre 2001. p. 13.

alter le ofrece a ego motivos para aceptar tal selección. Éstos pueden ser de autoridad, circunstanciales o sociales.

Luego entonces, podemos decir que la función primera del poder es ejercer una influencia en las decisiones del otro sin necesidad de recurrir a la violencia o coerción⁸⁶, cosa que es muy distinta del poder pero que siempre lo acompaña. La coerción reduce dramáticamente la doble contingencia ya que ésta última significa otras posibilidades de actuación y/o selección y además la coerción por su parte busca la aplicación de una sola posibilidad, la posibilidad que dicta alter. Pero también la coerción significa una falta de poder, ya que este busca la persuasión no la coerción y cuando por necesidad se debe recurrir a ésta última (cuando ego rechaza la selección de alter), es una decisión dañina para ambos, para alter resulta en una pérdida de poder (de influencia) y para ego en una sanción⁸⁷ (por no acatar lo que alter propone). Por lo tanto, el poder sólo se conserva evitando la coerción, es decir evitando el uso de la fuerza física. Pero en este punto surge la idea de ¿por qué ego tiene que aceptar lo que sugiere alter?. Eso se explica primero revisando el código binario del poder, en este caso es el de superior/inferior pero con base sólo en éste código no sería factible que ego acepte tal cual su inferioridad, por eso, se necesita una codificación secundaria que en este caso es aportada por el derecho de legal/ilegal (recht/unrecht) que separa aquello que está conforme a derecho de aquello que no lo está, que en este caso es de quien detenta el poder.

Por otra parte, la existencia de poder conlleva al mismo tiempo la existencia de libertad⁸⁸, tanto del que ejerce el poder (el que ejerce el poder tendrá más poder si tiene o puede seleccionar o actuar sobre tipos de decisión cada vez más

⁸⁶ "En resumen: el código del poder debe originar una relación entre relaciones. En este supuesto surge la posibilidad de unir condicionalmente la combinación de alternativas evitables con la combinación de otras alternativas evaluadas menos negativamente. Esta unión motiva la transferencia de selecciones de acciones desde el portador del poder a la persona sujeta al poder." En LUHMANN, Niklas. *Poder*. Universidad iberoamericana/Anthropos. España, 1995. p. 33.

⁸⁷ "La posibilidad del uso de la violencia no puede ser ignorada por la persona afectada: ofrece al superior un alto grado de seguridad al perseguir sus metas." En LUHMANN, Niklas. *Poder*. Ob. cit. España, 1995. p. 91.

⁸⁸ Por ello, ésta se protege mediante la institucionalización de los derechos fundamentales.

diversas⁸⁹) como de aquel sobre el cual se ejerce la influencia si es que éste también tiene una amplia gama de opciones de decisión; Por eso, al existir libertad para ambas partes no se podría usar el poder de manera continua, no se es sano ni para el que lo ejerce, ya que implica para él un enorme esfuerzo, ni para quien lo recibe, a quien, entonces le reducen su ámbito de libertad, por eso el poder debe usarse en determinadas situaciones donde la selección hecha por alter es importante se lleve a cabo. Por esto se puede hablar de situaciones donde existe demasiado poder y de otras donde existe poco poder, cosa que tampoco es favorecedora ya que se pierde la eficacia y puede desencadenar en una pérdida del poder; a esto Luhmann le llama los riesgos del poder.⁹⁰

En caso de decisiones opuestas entre alter y ego se vislumbra entonces un conflicto donde el poder mismo visto como la capacidad de influenciar al otro no rinde frutos, entonces, la facultad del que detenta el poder de usar la violencia advierte su uso; Ésto, es sabido por ambas partes y también ambas partes saben hasta donde son capaces de llegar al mantener su postura; por eso, la violencia se convierte entonces en una manera de resolver ese conflicto y la misma *“se describe como un evento futuro, cuyo inicio se pretende evitar en el presente, ya que se conocen las condiciones que lo desencadenan.”*⁹¹ Pero el uso de sanciones o de la violencia física debe ser calculado y verificando que no exista un contrapoder que neutralice las sanciones o que haga más grande el conflicto, por eso *“el empleo calculado de la violencia física es el medio de poder por excelencia.”*⁹²

Ahora bien, la relación entre el poder y el derecho se basa en el código binario legítimo/ilegítimo (recht/unrecht), ya que la ley en instancia, establece aquel que puede tener el poder, esto es, legitima al poder mismo y a quien lo detenta; pero además, en situaciones donde existen diversos portadores de poder,

⁸⁹ Cfr. Ibidem. p.15.

⁹⁰ Cfr. Ibidem. 1995. Pp.115 y ss.

⁹¹ Ibidem. p. 93.

⁹² LUHMANN, Niklas. *Poder, política y derecho*. Ob. cit. p. 18.

donde ninguno tiene el poder definitivo sobre los otros y donde el consenso no es una garantía de acción, entonces es la ley quien determina quien tiene razón. Inclusive la ley se vuelve en un campo restringido de actuación de quien detenta y ejerce el poder y al mismo tiempo garantiza a los que no lo tienen y les da también un campo de actuación; En otras palabras y de acuerdo a Luhmann: *"...la legitimidad no es nada más que el enlace de contingencias en el ámbito del poder."*⁹³ Lo anterior se vuelve muy importante porque la ley entonces al dar legitimidad y proporcionar un campo de actuación al que detenta el poder establece por consecuencia, una serie de acciones predecibles pero que de ninguna manera abaten la contingencia del mismo poder (como podría ser el ejercer o no la violencia), sólo lo hacen más predecible. Esto y, volviendo a la relación entre poder, derecho y legitimidad podemos explicarlo diciendo que el derecho y la política se encuentran en una relación de acoplamiento estructural; como ejemplo, el derecho mantiene un cerco de actuación sobre la política y lo define claramente como lo hace en una constitución⁹⁴ y lo reafirma con la idea de que una actuación de la política no conforme a tal constitución conduce a un fracaso político; a su vez, la política le permite al sistema jurídico la utilización de la fuerza física y, en esta misma relación de acoplamiento estructural, inunda al derecho con ideas nuevas, mediante la promulgación de leyes que son controladas políticamente y el sistema jurídico permite premisas de actuación políticas permitidas jurídicamente; de esta manera y a través de esta relación ambos sistemas se mantienen separados pero siempre en una estrecha relación.

Así, el poder, que es un medio de comunicación simbólicamente generalizado de la política, cuando actúa como comunicación y ésta se vuelve exitosa y es aceptada, entonces se produce la obediencia, pero sino es de tal modo, el poder puede, como ya se ha mencionado, recurrir en última instancia a la violencia. De esta manera, puede surgir gracias a la violencia un carácter

⁹³ LUHMANN, Niklas. *Poder*. Universidad iberoamericana/Anthropos. España, 1995. p. 71.

⁹⁴ Esta es la función original de la constitución, la de limitar a la política. En aquellos casos donde esto no es así y, la política desborda al sistema social, excede en sus funciones y busca compensar, se puede hablar de un Estado de bienestar.

vinculante entre los sujetos sin que de esta manera queramos decir que la obediencia sea el único medio, ya que como se mencionó, las elecciones también cumplen una función de legitimación procedimental y son también otro medio vinculante.

Entonces de la relación entre política y derecho se benefician ambos sistemas; por una parte el derecho en su aplicación, necesita a la política y ésta a su vez necesita del derecho para diversificar el acceso al poder; por ello, el maestro alemán la califica de una relación parasitaria, en el sentido que hace crecer a ambos sistemas.⁹⁵ Y agregando, el derecho necesita mantener una diferenciación funcional con respecto a su contraparte política por lo que al ser una relación parasitaria, es indispensable siempre tal diferenciación, sólo de esta manera se logra el mantenimiento del sistema. Por eso se hace necesario diferenciar entre ambos sistemas funcionales; esto se plantea más claramente, si se distinguen sus propios códigos, funciones, relaciones y acoplamientos estructurales. *“También las simbolizaciones que se utilizan al interior del sistema son distintas. Si se simboliza la pertenencia al sistema jurídico...se apela al “derecho vigente”...Si por el contrario, se trata del sistema político, la fórmula de identificación se llama “Estado”.*⁹⁶

Se hace inclusive necesario destacar que tanto para la política como para el derecho la fórmula *Estado de Derecho* tiene diferente significado, ya que mientras para la primera es un aumento de complejidad, para el segundo es una designación de sí mismo. Sin embargo el concepto sólo de Estado, no significa sea reservado para la política sino que también es un concepto de derecho vigente. Por eso, Luhmann puntualiza que:

“En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia

⁹⁵ Cfr. LUHMANN, Niklas. **Poder, política y derecho**. Ob. cit. p. 13.

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*. p. 503.

entre lo que es conforme a derecho/ y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz —la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza— está asegurada en otra parte: en el sistema político. El término parasitario no expresa otra cosa, aquí que la posibilidad de crecer gracias a una diferencia externa.⁹⁷

Por lo tanto, esta forma de acoplamiento estructural (mediante la Constitución y el Estado) permite que ambos sistemas alcancen un alto grado de irritabilidad y una inmensa probabilidad de trabajo conjunto que sin duda, beneficia a ambos, por ello, el término de relación parasitaria. *“Resumiendo, podemos decir que la Constitución logra soluciones políticas para el problema de la autorreferencia del derecho y soluciones políticas para el problema de la autorreferencia política.”⁹⁸* En resumidas cuentas, Estado de derecho expresa la relación entre sistema jurídico y sistema político.⁹⁹

3.4.2 La Evolución del sistema jurídico

Una forma de mantener la estabilidad dentro del sistema, es a través de su unidad, misma que es afectada cuando existen cambios en el sistema a consecuencia de la evolución. *“La evolución no es un proceso que se dirige hacia una meta, sino un producto colateral no intencionado: un resultado epigenético que simplemente se da.”¹⁰⁰* Esta evolución se desarrolla entre fases:¹⁰¹ Multiplicidad y carga conflictual de las expectativas normativas (1). Proceso de decisión (2) y, formulación regulativa del derecho válido (3).

⁹⁷ Ibidem. p. 492.

⁹⁸ Ibidem. p. 548.

⁹⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. p. 148.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 330.

¹⁰¹ LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. p. 39.

Ahora de acuerdo a lo anterior se podría diferenciar entre la evolución de la sociedad (como el gran sistema) y la evolución del sistema de derecho (que se incluye dentro de la sociedad). Ambas formas de evolución se llevan a cabo independientemente una de la otra según lo afirma Luhmann, esto es, que son completamente diferenciadas, sin embargo, desde un personal punto de vista, no podremos desentendernos de ese paralelismo evolutivo entre ambos sistemas, ya que si recordamos las afirmaciones de Lorenz por ejemplo¹⁰², una pequeña variación, produce cambios en todo el sistema, de esta manera, si el derecho evoluciona facilita la evolución de la sociedad y viceversa; Aunque no se podría tampoco entender como necesariamente una causalidad que siempre se realice.

Las variaciones que hacen que evolucione el sistema del derecho provienen del entorno social que genera sin duda conflictos, pero también provienen de estímulos (ruido) que genera por ejemplo la política en esa relación entre ambos sistemas. La selección opera sobre las estructuras del sistema¹⁰³ que son fijadas en los sistemas más avanzados de manera escrita, en textos, a diferencia de los sistemas poco diferenciados que lo hacían de manera oral y la fijación operaba realmente en la memoria. Y la estabilización, se lleva a cabo por la dogmática pero más por la positivización del derecho, de la validez. Por esta razón, la evolución necesita de una interpretación y argumentación jurídica.

Esta forma de evolución del derecho se entiende de manera también circular, ya que la estabilización puede provocar una variación en el sistema, al hacer más perceptibles los *defectos* en el sistema.

¹⁰² Esto se discutió en el capítulo anterior.

¹⁰³ Las estructuras son la suma de expectativas de conducta. Ver. Carta de Luhmann (respuesta) a André-Jean Arnaud. En LUHMANN, Niklas. *Le Droit comme Système Social*. En Droit et Société. No. 11-12. Paris, 1989. P. 96.

3.5 ¿Ficciones del derecho?

En este capítulo se pretenden integrar cuatro grandes temas jurídicos de la propuesta luhmanniana, que cambian de concepción de acuerdo a el maestro germano en su teoría de sistemas y que consecuentemente generan diversas críticas. Así, cuando se habla de justicia y consenso, en esta teoría se entiende de diversa forma que aquella tradicional. Misma situación cuando se habla de la existencia de heterarquía en un sistema circular y ya no de la tradicional jerarquía utilizada por la teoría del derecho para expresar sus estructuras.

3.5.1 La Justicia

La justicia es entendida por Luhmann no en su sentido tradicional, ya que la forma habitual de considerarla es como uno de los fines del derecho junto con la seguridad y el bien común. Por lo tanto, no podría ser considerada como fin sistémico ya que la teleología no existe en la teoría de Luhmann. Es entonces la justicia para él, complejidad adecuada al sistema jurídico.¹⁰⁴ Esta forma de ver a la justicia tiene mucho que ver con los cambios que se van dando en la sociedad, así en una época, la justicia era considerada por Radbruch, Delos, Le Fur, como fin del derecho; Sin embargo, en la actualidad vemos en nuestro propio sistema jurídico que lo importante no se traduce en buscar la justicia sino en aplicar el derecho; Y es aquí donde surge otra cuestión, el de saber si el derecho, la norma,

¹⁰⁴ Esta complejidad adecuada significa para Luhmann, que el sistema mantenga su consistencia y coherencia. Ambas características se consiguen decidiendo todos los casos que se le plantean al derecho y también decidiendo igual casos iguales. Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. Pp. 283-287. En una de sus primeras obras, Luhmann da un concepto de justicia que no se aparta ni en el contexto del que se toma (con referencia a la dogmática jurídica), con referencia a aquel anteriormente mencionado. *"Actualmente ya no se puede concebir la justicia como suprema norma jurídica, sino solamente como expresión para la complejidad adecuada del sistema jurídico, concretamente como mandato de aumentar la complejidad, siempre y cuándo esto sea compaginable con el decidir consistente."* LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Traducción de Ignacio Otto Pardo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. p. 42.

es justa o no (aquí vista ya en sentido tradicional). Volviendo a la aplicación del derecho y no de la justicia, encontramos que: *"Il diritto si presenta ora ...non certo come forma dell' agire giusto, me come forma positivamente valida dell'agire."*¹⁰⁵ Como vemos, aquellas críticas que dicen que Luhmann excluye a la justicia de su teoría, no son del todo válidas, sobre todo, si podemos acercarnos a su idea de justicia y se constata que la aplicación del derecho en nuestros días es más importante que la aplicación de la justicia.

Para explicar mejor su concepción de complejidad adecuada al sistema, Luhmann argumenta:¹⁰⁶

1) Que el problema de la justicia del derecho viene en relación, a que el derecho se entiende en un sentido dogmático-exegético. 2) Por lo anterior, la justicia ya no se puede entender como cualidad o virtud; 3) Se hace necesario un cambio en la idea de justicia que sea compatible con decidir de manera consistente en el sistema, que casos iguales sean decididos de manera igual y los desiguales de modo desigual; 4) La complejidad adecuada, hace referencia de este modo a todo el sistema y no como en el sentido tradicional de la justicia, a un solo caso. 5) La complejidad adecuada permite la interdisciplinariedad con la ciencia jurídica; y 6) Si se considera la justicia como complejidad adecuada, se aleja la idea de la justicia como un ideal o si ésta se encuentra en el material jurídico para entenderse como consistencia y control.

Entonces si se busca la aplicación del derecho en el sistema, ¿cómo es que esto se hace? El derecho opera siempre con la ayuda de un código que le permite diferenciar en un segundo momento, aquello que es conforme a derecho de aquello que no lo es. De esta manera cuando surge un litigio (observación de primer orden), se puede en una observación de segundo orden hecha por el juez, juzgar y decidir conforme al código recht/unrecht y es cuando se reintroduce el

¹⁰⁵ GIORGI, Raffaele de. *Scienza del diritto e legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Edizioni Pensa Multimedia. Lecce, 1997. p. 19.

¹⁰⁶ *La differenziazione del diritto*. Ob. cit. Pp. 330-336.

concepto de justicia para Luhmann, Tanto por que se busca se decida con una consistencia jurídica por el juez, como por el principio de igualdad que le proporciona la unidad operativa que necesita. La consistencia según Luhmann se debe mantener en el sistema, concretamente en las decisiones judiciales y en los programas normativos que permiten la aplicación de uno de los dos lados del código jurídico. Aquello que simboliza la coherencia en el sistema es la justicia. Por su parte, otra manera de mantener la unidad operativa en el sistema, es mediante este principio de igualdad que no es otra cosa más que la justicia en sentido tradicional expresada en términos aristotélicos.

El derecho, debido a su generalidad, debe ser aplicado a todos por igual, lo que resalta la igualdad en el sistema, sin embargo, esta situación no es la misma cuando se trata de abordar y resolver los casos. Ante esta situación se reconoce la igualdad ante la ley pero la misma igualdad no significa en sí misma un criterio para saber si se está ante un caso igual o uno desigual. El distinguir la igualdad no es más que una doble distinción cuando al final se encuentra ante el esquema igual/desigual. Lo que interesa entonces son esos criterios que permiten establecer si se está en uno u otro lado o tan sólo es una mala problematización al ser tan sólo algo diverso. La labor de suministrar estos criterios a los jueces será labor de la dogmática jurídica.

"Dado que los casos nuevos se pueden considerar tanto iguales como desiguales, la tradición sola no determina las decisiones futuras. Lo que se debe aceptar es la integración recursiva de las decisiones anteriores y posteriores a la red del sistema: a esto precisamente llamamos la unidad operativa del sistema. Lo que es conforme (o discrepante) con él se puede averiguar solamente confrontando decisiones anteriores y, en menor medida, anticipando las posibilidades futuras. La forma bilateral que sirve como hilo conductor para todo esto es la forma de la igualdad. Esto significa: en la decisión acerca de si los diferentes casos se deben tratar de manera igual o

*desigual, se deben observar únicamente las distinciones generadas internamente en el sistema.*¹⁰⁷

Surge otro problema de la igualdad que es la que se refiere al éxito ante los tribunales y la posibilidad de influir en la legislación, de los diferentes estratos que acuden ante ellos y buscan la aplicación de la ley (igualdad o justicia).

3.5.2 Consenso

Para Luhmann no existe el consentimiento fáctico en los sistemas sociales, y mucho menos en el jurídico; o ¿es que se podría obtener consenso sobre todas las disposiciones jurídicas del sistema?

*"Ninguna sociedad puede basar el hecho en el consenso —si por consenso se entiende que todos aprueban, en cualquier momento, cada una de las normas. Una fijación tal de estados de conciencia no es posible y, en caso de que se lograra, no podría detectarse. Por consiguiente, el consenso no puede ser condición de validez del derecho y, por lo demás, excluiría cualquier evolución."*¹⁰⁸

Por esta razón es que entonces el consenso tiene que presuponerse, y esto se realiza gracias a las instituciones que le dan legitimidad a las disposiciones, dígase normas creadas, por ejemplo.

"Si los sistemas sociales nacen en las sociedades complejas con la función de reducir complejidad, su propia existencia obedece a la imposibilidad de un consenso fáctico entre los individuos, como mecanismo de orientación social, como fundamento de la sociedad. Si el sistema jurídico establece que se ha de tener por legal/ilegal es porque resultaría materialmente imposible esperar una

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 171.

¹⁰⁸ *Ibidem* p. 323.

*respuesta proveniente del conjunto de los individuos que viven en la sociedad; ni éstos conocen todo lo necesario para poder responder en cada caso, ni se dispone del enorme tiempo que se precisaría para buscar y obtener sus respuestas.*¹⁰⁹

De esta manera para Luhmann, el consenso existente en el sistema es escaso, por lo que hay que tratar de economizarlo mediante la institucionalización, cuya función es proteger ciertas expectativas (normativas o cognitivas) mediante la suposición de consenso. Así, mediante la institucionalización todos tienen la posibilidad de que se respeten esas expectativas mediante la aceptación de la carga de la prueba.

3.5.3 La heterarquía del sistema

¿Cómo se puede explicar la renuncia a considerar la jerarquía como forma de organizar un sistema formal como lo es el derecho? La respuesta se torna más sencilla si se responde con ayuda de la teoría de los sistemas. De esta manera, una teoría circular, lo tiene que ser inclusive en sus entrañas, es decir, hasta en los mismos subsistemas que lo puedan conformar. Pero eso sin duda no es la única razón, se puede añadir inclusive que un esquema jerárquico hace alusión a un sistema si bien racional, pero teleológico. De esta manera, la jerarquía vendría a representar la espina dorsal del sistema, donde la punta del iceberg es el fin último, pero, que apunta a una superposición de responsabilidades, más problemática que fructífera, en contraste con una idea de racionalidad, pero sistémica que va acompañada del concepto de función, donde el esquema circular no implica la concepción del fin en términos individuales.¹¹⁰

¹⁰⁹ GARCÍA AMADO Juan Antonio. *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1997. Pp. 162 y 163.

¹¹⁰ Ver: LUHMANN, Niklas. *Fin y racionalidad en los sistemas*. Traducción de Jaime Nicolás Muñiz. Editora Nacional. Madrid, 1983. Pp. 73 y ss.

Cuando se piensa en la jerarquía existente en los sistemas jurídicos, inmediatamente viene a la mente, casi como acto reflejo, la pirámide kelseniana. Sin embargo, para Luhmann y, tomando en cuenta que no existe una primacía sistémica en la sociedad, es decir, no hay un sistema más importante que otro, no se podría decir que en el derecho no exista tal característica, ya que la jerarquía se entiende normalmente como una estructura superior que rige o determina lo demás.¹¹¹ En el derecho entonces, no existe una jerarquía, no existe una estructura¹¹² que garantice la unidad¹¹³ del sistema jurídico. Por lo tanto, una norma superior, una norma fundamental (*Grundnorm*) o una constitución, no garantizan la unidad del sistema jurídico, sólo sirven para las descripciones internas del sistema.¹¹⁴ *“La unidad de un sistema social está constituida exclusivamente por la conexión recursiva de las comunicaciones.”*¹¹⁵

*“...el derecho no requiere...para su ejecución operativa, de ninguna estructura jerárquica que tuviera la función de garantizar la unidad del derecho a través de una norma superior (Grundnorm), o a través de una ley preeminente (la Constitución), o una instancia suprema. Tales representaciones tienen sentido como descripciones del sistema dentro del sistema...pero no depende de ellas el que se logre la comunicación en el sistema del derecho; es decir, que la comunicación sea comprendida y obedecida. La unidad del sistema no puede ser introducida en el sistema.”*¹¹⁶

¹¹¹ Para Luhmann, una manera de constatar esto, es preguntarse que ocurriría si un sistema dejara de cumplir de su función, atendiendo también a las prestaciones y a que ningún sistema puede ser sustituido por otro. Ver LUHMANN, Niklas; SCHORR, Karl Eberhard. **El sistema educativo**. Traducción de Olivia Reinshagen y Luis Felipe Segura. Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1993. Pp. 53 y ss.

¹¹² Obviamente hago alusión a una estructura jerárquica.

¹¹³ Por unidad Luhmann entiende la totalidad de operaciones y estructuras en el sistema del derecho. Cfr. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 130.

¹¹⁴ Como el mismo Luhmann lo menciona, la jerarquía sirve como descripción interna del sistema y como forma de organización del sistema de decisión compuesto por los órganos legislativo y judicial. *“Para diferenciar los condicionamientos de este entramado de decisiones (y sólo para ello!), este sistema se describe así mismo como jerarquía: de órganos o de normas.”* LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 203.

¹¹⁵ CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ob. cit. p. 32.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 129.

Si a lo anterior se agrega la circularidad teórica del maestro alemán, entonces no podríamos sobreponerla a una de carácter piramidal o de cascada que rompería con tal circularidad. A esto, Luhmann dice:

"...el derecho no está determinado jerárquicamente (desde arriba), sino heterárquicamente: en forma colateral y estructurando las inmediaciones en forma de redes.

Por lo menos así es posible exponer la forma más general de la autoafirmación circular."¹¹⁷

De este modo, se entiende un sistema compuesto por elementos con relaciones simétricas entre ellos, lo que sin duda tiene relación con lo que significa la validez en la teoría luhmanniana, ya que cada elemento del sistema sirve de soporte a otro y viceversa, lo que se puede verificar debido a la clausura normativa del sistema. Sin embargo, la apertura cognitiva del sistema hace que la relación entre sistema y entorno se vea pero de manera asimétrica.¹¹⁸

3.5.4 La confianza en el derecho (la reducción de complejidad)

La confianza es para Luhmann el respaldo social y la seguridad que confieren las expectativas generales de conducta o sea el derecho.¹¹⁹ De esta manera el derecho que puede ser cumplido y lo es, genera tal confianza; Pero en efecto inverso, cuando el derecho no es respetado o cuando no se impone y se presentan claras violaciones a la ley entonces, se tiene la necesidad de restaurar de nuevo la confianza en el sistema. Una ejemplificación de esto son los sistemas político y jurídico.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 201 y 202.

¹¹⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Ob. cit. p. 230.

¹¹⁹ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 188 y ss

Vistos el derecho y la política como sistemas autónomos, autopoieticos y como subsistemas especializados que forman parte del gran sistema social que es la sociedad, podemos decir que son sistemas que operan individualmente pero que mantienen una estrecha relación uno con el otro, mediante lo que Luhmann denomina como acoplamiento estructural.

La política necesita del derecho para actuar y el derecho de la política, la cual genera también parte de la cohesión y control social que necesita el sistema pero que al mismo tiempo a través de la toma de decisiones genera un cierto desconcierto entre lo que puede esperarse o no en el futuro con tales decisiones. Los riesgos¹²⁰ que asume la política con sus decisiones son entonces por actuar o dejar de hacerlo ante algo determinado. El derecho como sistema que genera expectativas de conducta generalizadas establece normas que establecen lo que puede esperarse en el futuro, aunque éste sea incierto, pero que lo hacen más confiable; A su vez, la política no puede operar de tal forma ya que no produce normas (sólo el derecho puede hacerlo), de tal manera que la política opera en el instante y en el momento en que ha de ser tomada una decisión estima los riesgos y decide su actuar, pero independientemente del resultado de la decisión (si/no), ésta siempre genera riesgos para sí y al mismo tiempo para los demás. La política y claro los políticos (en quienes depositamos nuestra confianza al elegirlos) están siempre al borde del precipicio con la toma de decisiones por eso se vuelve la política en un subsistema importante que trabaja estimando los riesgos de su actuar; sin embargo, tal estimación puede resultar inapropiada y desembocar en una sobreestimación o subestimación de la cuestión y así incrementar el riesgo potencial calculado con una decisión equivocada ya que la política se enfrenta día

¹²⁰ "El concepto de riesgo se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares." CORSI, ESPOSITO, BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ob. Cit. p. 141, "Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, más precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al medio ambiente; y en este caso hablamos de peligro." LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Ob. cit. p. 65. "El riesgo hace referencia a decisiones que aceptan la posibilidad de que haya consecuencias negativas." LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la sociedad*. Ob. cit. p. 198.

a día a casos nuevos donde decisiones distintas e importantes deben tomarse; Esto significa que la política no se enfrenta a los mismos casos sino que se enfrenta a temas distintos y, lo que le da la capacidad de hacerlo es que por decirlo de alguna manera, turna los casos viejos a otros sistemas que pueden resolverlos tal como puede hacerlo el derecho.

Entonces los políticos que toman decisiones y actúan o no, se enfrentan a los riesgos y ellos están encargados de hacerlo porque la gente así lo quiso, es decir, confió en ellos, lo cual es una manera de reducir la doble contingencia y lograr la obediencia. Sin embargo, la toma de decisiones y estimación de riesgos se puede dar no sólo en ese ámbito, sino en el de las relaciones sociales; Por eso el derecho se vuelve también parte importante, ya que regula la confianza en este tipo de relaciones. En sistemas sociales pequeños y poco complejos la confianza y la ley como es de esperarse actúan una al lado de la otra, permanecen unidas ya que la familiaridad entre todos los integrantes, motivo importante para la confianza, permite tal vínculo; Pero en sociedades más grandes y más complejas, la familiaridad por lógica disminuye y la ley y la confianza se separan una de la otra aunque logran encontrar algunos puntos de contacto. La ley entonces necesita garantizar que las partes cumplan con lo pactado y para eso no va a invocar la pérdida de confianza, sino que tiene para tal efecto el recurso de la fuerza física y los contratos, los cuales para ser confiables necesitan esa firma que les imprime la confianza de que deben ser cumplidos y que al no serlo, las partes saben de antemano las sanciones a las que pueden ser objeto en caso de incumplimiento.

Por todo lo anterior la confianza es entonces un medio de reducción de complejidad que da seguridad en el presente y permite organizarse para el futuro. Pero sólo podemos hablar de confianza cuando ésta nos sirve para tomar decisiones. *“La confianza solamente está implicada cuando la expectativa confiable hace una diferencia para una decisión; de otro modo lo que tenemos es*

una simple esperanza.”¹²¹ Por eso tanto el derecho y la confianza vistos como formas de reducir la complejidad tienen una función importantísima, que es la de la confianza en el sistema, el cual la necesita inevitablemente para operar y para actuar.

3.6 ¿Un sistema racional?

Una de las críticas de Luhmann sobre la ilustración racional del siglo XVIII, es el intento de dar una explicación sobre las condiciones humanas a partir de la razón¹²² sin ningún tipo de vínculos, cosa que la sociología debía rechazar por basarse en la conducta social; Pero sobre todo, algo que le hace despertar sospechas a Luhmann, son dos premisas: “...la participación de todos los individuos en un propósito racional común y el optimismo respecto al éxito de la factibilidad de éste.”¹²³ Luhmann, entonces propone dar un nuevo significado a la ilustración¹²⁴, donde, se pone énfasis en la reducción de complejidad y observación del sistema y por consecuencia, de sus funciones y estructuras.¹²⁵ Una de las formas de reducir la complejidad entonces es mediante los sistemas: “Il sistema espone frammenti del mondo e orienta l’esperienza su quei frammenti dislocando l’interesse dalla sovrabbondante quantità del possibile verso connessioni delimitante di azioni sociali.”¹²⁶ De esta manera el sistema ayuda a la

¹²¹ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Traducción de Amada Flores. Editorial Anthropos/Universidad Iberoamericana. Barcelona, 1996. p. 40.

¹²² “La ilustración racional debe proponer un autoesclarecimiento, por así decir, de la razón...” Entrevista a Niklas Luhmann. Por Javier Torres N. y Guillermo Zermeño P. Traducción de Brunhilde Erker. En **La Sociedad Compleja**. Ob. cit. p. 216.

¹²³ LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos**. Versión castellana de H. A. Murena. Editorial SUR. Buenos Aires, 1973. p. 94.

¹²⁴ “...entendida como expansión de la capacidad del hombre para comprender y reducir la complejidad del mundo.” INNERARITY, Daniel. **La Ilustración Sociológica de Niklas Luhmann**. En **Persona y Derecho**. No. 17. Pamplona, 1987. p. 13.

¹²⁵ “La cuestión acerca de cómo pueden ser elaboradas las existencias de información excesivamente complejas constituye el problema oculto de la ilustración.” LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos**. Versión castellana de H. A. Murena. Editorial SUR. Buenos Aires, 1973. p. 105.

¹²⁶ GIORGI, Raffaele de. **Scienza del Diritto e Legittimazione**. Ob. cit. p. 220.

selección del comportamiento humano, reduciendo la complejidad existente por ejemplo con la generalización de expectativas.

Por su parte, una de las observaciones que hace la sociología del derecho luhmanniana, es la de destacar la racionalidad del sistema y no la racionalidad dada al sistema externamente, ni la del sujeto. *"L'epistemologia di Luhmann individua il modo di produzione della razionalità moderna che è razionalità del sistema ed elabora la strategia della integrazione del soggetto nell'universo descritto da quella razionalità..."*¹²⁷ De esta manera podemos decir que la racionalidad del sistema jurídico es:

*"La racionalidad última de los sistemas es, en una sociedad diferenciada funcionalmente, el mantenimiento de la unidad del sistema para el ejercicio de su función, gracias al mantenimiento de la diferencia de los dos valores que conforman el código bipolar con el que esta unidad se estructura."*¹²⁸

Esta racionalidad sistémica no debe entenderse igual que la racionalidad utilizada en la descripción de la acción, ya que esta última es descrita tradicionalmente con la ayuda del esquema fin/medios (teleológico) y, lo que produciría, sería sin duda buscar y recurrir al otro esquema al que Luhmann se opone: causa/efecto.

¹²⁷ Ibidem. p. 216.

¹²⁸ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. p. 286.

3.6.1 Las Consecuencias como criterio de decisión (Dogmática y consistencia)

Si los sistemas en la teoría luhmanniana parten siempre de la diferencia, en lo jurídico, esto no podría ser de otra forma, por ello, en cuanto se habla de las decisiones (racionales) tomadas en el sistema se necesita aplicar la diferencia primero del sistema con el entorno, esto es, de entre aquellas normas y programas que pertenecen al sistema de aquellas que no lo son y posteriormente, una diferenciación que permita identificar a aquellos miembros que forman parte del sistema. Posteriormente, el sistema funciona de manera circular ya sea con respecto a sus operaciones o cuando debe cambiar la norma. En este último caso sólo toma en cuenta la jerarquía para el caso de órganos o normas.

En cuanto a la aplicación del derecho, la forma de hacerlo (tomar decisiones) implica una alta reflexividad del sistema mismo como lo es la estandarización (Reglas procedimentales) de la estandarización (normas generales) lo cual se refleja en tres casos bien conocidos, las reglas procedimentales, la regla de competencia y, la necesidad de la norma de competencia. La reflexividad mencionada del sistema le sirve así mismo para distinguirse del entorno, garantizar las expectativas y lograr la compenetración social que necesita el sistema, en otras palabras, la confianza en el derecho, lo que le permite evolucionar conjuntamente junto con los demás sistemas, incluyendo al social al cual pertenecen. Dicho de manera más sencilla, la evolución del derecho va acompañada de una evolución social.

*"...la dogmática deberá entenderse como expresión de la necesidad de argumentar en el derecho, mediante conceptos..."*¹²⁹ Estos conceptos dan redundancia al sistema y de alguna manera ayudan a decidir. Por eso, a decir de Luhmann, se crearon en el mundo corriente con el fin de fortalecer al derecho a través de los conceptos. Por tal motivo, se crea en Alemania la Jurisprudencia de

¹²⁹ Cfr. LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. P. 451.

intereses¹³⁰ que es adoptada luego por los norteamericanos y cuyo antagonismo se le puede atribuir a la propia de conceptos.¹³¹ Esta distinción entre estas dos escuelas (Leipzig y Tübingen) le sirve a Luhmann para destacar dos formas de argumentación en el sistema, que a saber son: la formal y la sustantiva.

La formal toma en cuenta sólo factores internos (autorreferencia)¹³² del sistema jurídico y converge hacia el mismo. Es equiparada por Luhmann como el concepto. A su vez, la argumentación sustantiva, equiparada con el interés, involucra factores externos al sistema, haciendo que el sistema no se aisle (heterorreferencia).

Así, los conceptos, que como se decía líneas atrás, ayudan al sistema a decidir, expresan igualmente la autorreferencia del sistema y lo destautologizan.

Puede obviamente entenderse que Luhmann se apoya en las dos escuelas al mismo tiempo; Así él lo confirma:¹³³

"La controversia entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses tiene un parecido con la antigua discusión científica entre racionalismo (tipo Descartes) y empirismo (tipo Bacon). Aquí se ha llegado con

¹³⁰ "El papel de la jurisprudencia de intereses es obtener conceptos ordenadores que nos permitan sistematizar los mandatos y los intereses, con objeto de llevar a cabo una elaboración y clasificación, buscando constantemente y en el último término un efecto sobre la vida correcta." TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Editorial Themis. México, 1992. p. 378.

¹³¹ "La escuela de Leipzig tiene como punto de partida el derecho positivo (cuya fuente principal, sobre todo para la elaboración y análisis de conceptos, es el derecho legislado.)". TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Ob. cit. p. 374.

¹³² Esta autorreferencia del derecho se entiende en Luhmann como un aprendizaje a partir de sí mismo pero no visto como algo meramente circular, repetitivo, sino como algo procesado.

¹³³ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 460. También al respecto: "...en el sistema de derecho la relación de autorreferencia y heterorreferencia debe ordenarse nuevamente. Este reordenamiento se efectuará extrañamente como una controversia que, que como podemos ver hoy, no era en realidad una controversia. Para la autorreferencia existe la jurisprudencia de conceptos. Para la heterorreferencia de los intereses. Naturalmente ambas orientaciones, si el legislador les da tiempo, trabajan conjuntamente. Se trata de dos partes de la misma forma." LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. *Teoría de la Sociedad*. Traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. 2ª edición. Universidad Iberoamericana/Triana editores. México, 1998. p. 411.

un poco de dificultad...al resultado de que el operar de facto del sistema requiere de ambos lados de la distinción."

De esta manera, la cerrazón normativa y apertura cognitiva se enlaza con la argumentación, especialmente en la distinción entre conceptos e intereses, los cuales deben ser ya deslindados de la controversia entre ambas escuelas.¹³⁴ Cuando el sistema maneja conceptos se refiere entonces a sí mismo y cuando hace referencia a los intereses concierne al entorno. *"El sistema jurídico articula sus programas desde el punto de vista de los intereses (jurisprudencia de intereses), por un lado y el de los conceptos (jurisprudencia conceptual), por otro. Con uno de los tipos de programas se elabora fácilmente la referencia al exterior, con el otro la referencia al interior."*¹³⁵

3.6.2 Interpretación

Ya se ha mencionado que el sistema opera conforme a la distinción sistema/entorno, sólo así se garantiza su funcionamiento y autopoiesis. Sin embargo tal separación opera por decirlo de alguna manera con respecto al exterior, es decir, el sistema se separa de lo que le rodea. Tal distinción opera inclusive hacia dentro del mismo sistema; De esta manera en el sistema jurídico existen también maneras de diferenciación que permiten separar funciones y sistemas.

Una de estas diferenciaciones en el sistema del derecho, es aquella que opera sobre la separación de legislación/jurisprudencia que se consideraban como una tarea unida llamada *Jurisdictio*.¹³⁶ Si se entienden por separadas ambas

¹³⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*. En *The Modern Law Review*, No. 3. Volume 58. London, May, 1995. Pp. 296, 297.

¹³⁵ LUHMANN, Niklas; SCHORR, Karl Eberhard. Apéndice en el: *El sistema educativo*. Traducción de Olivia Reinshagen y Luis Felipe Segura. Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1993. p. XX.

¹³⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 362.

labores, se puede distinguir una de la otra, sin que necesariamente exista una jerarquía de la legislación sobre la actividad judicial, sólo por el hecho de que el juez aplica las leyes que fueron creadas por el legislador. Esta relación entre ambas se debiera entender de manera circular ya que la actividad judicial, tiene la capacidad de interpretar y en caso de soluciones poco o no satisfactorias, tienen también la facultad de exigirle cambios al legislador que subsane tales deficiencias.

Esta relación entre ambas funciones de legislar y aplicar el derecho se basa en una tríada que a saber, se compone de una necesidad de decisión, de una libertad para llegar a ella y de una restricción a esa decisión por parte de la justicia. Por esta necesidad de tomar una decisión por parte del sistema, se hace necesaria la interpretación (observación de segundo orden) de las estructuras fijadas y, posteriormente la argumentación.¹³⁷ La interpretación es por eso también un apoyo para la evolución del sistema al encargarse de la consistencia de las normas. Por su parte la argumentación para llevar a cabo su función, necesita apoyarse en información, lo cual a su vez, hace necesario distinguir entre la propia información y redundancia.

*"La información es el valor de sorpresa de las noticias, dado un reducido (o ilimitado) número de otras posibilidades. La redundancia resulta (circularmente) de que la información precedente se debe tomar en cuenta en la operación de los sistemas autopoieticos."*¹³⁸

Sí entonces entendemos que la redundancia debe tomar en cuenta un precedente a la hora de argumentar, entonces resalta la consistencia del sistema e igualmente lo que Luhmann entiende por justicia, debido a ello reconoce a la redundancia como condición de la autopoiesis junto con la variedad. Ésta última

¹³⁷ "...entendemos la argumentación(jurídica) como una operación de la autoobservación del sistema jurídico, que en su contexto comunicativo reacciona a una divergencia de opinión sobre la atribución de los valores codificados lícito/ilícito." LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales (artículos)**. Universidad Iberoamericana. México, 1998. p. 174.

¹³⁸ LUHMANN. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 416.

es entendida como la información faltante en el sistema. "Luhmann parle, en termes systémistes, de redondance —que le système peut réduire son besoin d'information à l'information strictement juridique."¹³⁹

Se puede entonces enlazar a la redundancia y variedad con los conceptos y los intereses, de tal modo que:

Finally, we can consider the impact of the concept/interest pattern upon the relationship between redundancy and variety. Where much room is allowed for interest balancing, an unbalancing in favour of variety and against redundancy values must bring consistency, reliability and justice with it. From a sociological viewpoint, it may therefor be presumed that a system which argues with an explicit interest-orientation will increase variety and therefore irritability by the environment, with corresponding internal cost. This need not to be seen as a restriction on the system's autonomy, still less as a deplorable surrender to the pressure of powerful social interests."¹⁴⁰

Esta relación de la variedad con la redundancia debe ser equilibrada por el sistema ya que no podría operar ni siendo totalmente rígido (redundancia) ni tampoco atendiendo sólo al entorno (variedad).¹⁴¹

Regresando a la idea de tomar decisiones, en este caso de decidir los casos, no sólo se toma en cuenta la interpretación, ni la argumentación (y lo que ellas representan) sino también las consecuencias del sistema. Así, se pueden encontrar tanto las internas como las externas.

¹³⁹ CLAM, Jean. *Une nouvelle sociologie de droit? Autour de Das Recht der Gesellschaft de Niklas Luhmann*. En *Droit et Société*, No. 33. Paris, 1996. p. 416.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*. En *The Modern Law Review*, No. 3. Volume 58. London, May, 1995. p. 298.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Le Droit comme Système Social*. En *Droit et Société*, No. 11-12. Paris, 1989. Pp. 59, 60.

Capítulo Cuarto

¿Hacia un Sincretismo en el Derecho?

4.1 ¿Un Conocimiento Incompleto?

La corriente que marcó una tajante separación entre aquello estrictamente jurídico de todo lo demás, incluido en ello el derecho natural, la sociología, lo político, etc. fue el positivismo. Por ello, el rechazo a esta corriente desde principios de siglo definitivamente no fue gratuito. Sin embargo, esta situación se acrecentó al resaltarse los aspectos más negativos de éste plasmados en los excesos del nazismo.¹

Sin embargo, en contraposición, también se han creado posturas que pugnan por una primacía de lo sociológico de aquello estrictamente jurídico y por último, posturas que proponen una separación entre derecho y sociología pero con una relación de complementariedad.

De esta manera se puede abordar esta problemática desde estos tres puntos de vista:²

- a) La tajante separación marcada por Kelsen y su pureza teórica, que consideraba como ciencia jurídica únicamente a la dogmática y que a la sociología la criticaba por no ser autónoma e independiente, por carecer de un objeto de estudio propio. También se caracteriza por evitar un sincretismo entre lo jurídico y sociológico.

¹ GIORGI, Raffaele de. *Ciencia del derecho y legitimación*. Ob. cit. p. 98.

² ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Ma. José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Ob. cit. Pp. 7 y ss. Es conveniente mencionar que estas posturas, ya son abordadas por Febbrajo como soluciones que permiten distinguir el saber jurídico del propio sociológico. Ver. Introducción de Febbrajo en: LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Traduzione e introduzione de Alberto Febbrajo. Il Mulino. Bologna, 1978. Pp. 8-23.

- b) Las tesis sociológicas que se alzaban como rechazo al absoluto formalismo del derecho, que negaban el carácter científico de la dogmática y que pugaban por una primacía sociológica, vista como la única teoría científica del derecho.

- c) Las posturas de separación metodológica entre sociología y derecho que buscan además una complementariedad entre ambas.

La clasificación anterior nos sirve como punto de partida para entender la separación entre derecho y sociología (primera postura), para revisar los trabajos de otras corrientes (segunda postura) que buscan darle a la sociología una mayor importancia de aquella que le otorgan los positivistas, formalistas y dogmáticos del derecho y así al final abordar la postura luhmanniana entendida como teoría que si bien busca la separación entre derecho y sociología, busca también una complementariedad.

4.1.1 El derecho libre

Como se ha visto, el problema del divorcio entre la sociología y derecho ha sido ya trabajado sin duda por diversos teóricos del derecho, insistiendo en la separación externa e interna de ambos. Una de las primeras iniciativas de apoyo a la sociología la propone el movimiento de derecho libre. Esta corriente, surge a principios del siglo XX principalmente en Alemania y Austria contra el formalismo y legalismo de la jurisprudencia de conceptos. Se formó con el aporte de diversos autores como el austriaco Ehrlich, quien de manera crítica, rechazaba el trabajo de la dogmática, considerándola como un artificio sólo para las necesidades de la vida jurídica. En cambio solía decir que la única ciencia posible del derecho era la

sociología. Esta radical postura de Ehrlich se entiende³, como ya se dijo, debido a su oposición a la jurisprudencia de conceptos, lo que le impedía al derecho advertir las necesidades sociales, al derecho estático y por la aparición de algo nuevo, de la sociología. Otro autor perteneciente a esta corriente, también de lengua germana fue Kantorowicz quien comparte parte del pensamiento de Ehrlich.

Las principales aportaciones del movimiento se pueden resumir⁴ en que: a) sustituyen las fuentes formales del derecho por un derecho libre (de allí el nombre del movimiento), que se genera espontáneamente en los grupos sociales; b) desvalorizan el trabajo de la dogmática y pretenden sustituirla por la sociología jurídica que estudie precisamente esa realidad social, ese derecho libre que surge en la sociedad y; c) rechazan la idea de la plenitud jurídica, la inexistencia de lagunas en el derecho y consideran la función judicial como función creadora del derecho.

Con respecto al movimiento del derecho libre, Bobbio opina que en ese momento, el jurista estaba saliendo de su propio aislamiento y que el derecho sentía la necesidad de nuevos y más estrechos contactos con las ciencias sociales, lo cual es un signo de que la sociedad está en profunda transformación.⁵ Pero también se puede percibir, que tales exigencias, podían provenir de un derecho que ya no satisfacía ni a la sociedad, ni a los teóricos, ni a los juristas, quizás por advertir un derecho estático y con poco acercamiento a las necesidades sociales.

³ Cfr. RAISER, Thomas. *Les relations entre la sociologie du droit et les sciences juridiques*. En *Droit et Société*. No. 11-12. Paris, 1989. Pp. 120, 121.

⁴ Ver: ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Ma. José. Ob cit. Pp. 53-65.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Edizioni di Comunita. Milano, 1977. p. 43.

4.1.2 Realismo jurídico escandinavo

Los principales exponentes de esta corriente los encontramos en Olivecrona y Alf Ross, quienes entienden que la única ciencia del derecho sólo puede serlo una sociológica. Ross, pretende una ciencia jurídica no sólo descriptiva, sino también empírica. Su posición es de un realismo moderado en comparación con el propio norteamericano cuando acepta que el derecho es un conjunto de normas y que como sistema jurídico, tiene vigencia si puede servir como esquema de interpretación de acciones sociales. Respecto a la sociología del derecho, Ross no pretendió construir una que fuera auxiliar a la dogmática jurídica, sino redeterminar a la misma ciencia jurídica a partir de presupuestos descriptivos y pragmáticos.⁶

A su vez, Olivecrona, sostiene que la ley y el derecho son hechos y no un conjunto de normas, situación que lo distingue de Ross.

De manera general, se suele identificar al realismo escandinavo con la postura que considera que la realidad del derecho se encuentra en los fenómenos psíquicos, por lo que una norma tiene vigor mientras se admita en la conciencia jurídica popular y si así lo está entonces será derecho vigente.

4.1.3 Jurisprudencia sociológica y realismo jurídico norteamericano

El realismo jurídico norteamericano surge en los años treinta y está representado por Frank y Llewelyn. Ellos, igualmente buscan un derecho pragmático, sociológico y antiformalista, pero a diferencia de los realistas escandinavos a quienes se les considera realistas psicológicos, ellos encuentran

⁶ Cfr. ARNAUD, Andre-Jean; FARIÑAS DULCE, Ma. José. Ob cit. p. 87.

la realidad jurídica en los tribunales, en que la vigencia del derecho se verifica por el comportamiento externo de los jueces (realismo conductista).⁷

Por su parte, la jurisprudencia sociológica está representada por Pound, Cardozo y Holmes quienes enfatizan la necesidad de crear una jurisprudencia sociológica basada en el empirismo y pragmatismo.

Las aportaciones más importantes del realismo jurídico norteamericano y de la jurisprudencia sociológica se pueden asociar y sintetizar en que ambas buscan una concepción realista, sociológica, pragmática y funcional del derecho por lo que ven a la ciencia del derecho como una ciencia sociológica; Rechazan la decisión judicial como una mera deducción lógica y ven en el juez el único creador del derecho.⁸

4.2 La Separación y el encuentro

Del por qué se da la separación⁹ entre sociología y derecho se puede resumir en que la sociología pretendió un mejor saber de aquel jurídico¹⁰ y por su parte, en el ámbito jurídico, las construcciones sociológicas eran consideradas de poca utilidad al derecho; se puede recurrir entonces, a un gran número de

⁷ Ibidem. p. 78.

⁸ Ibidem. p. 83.

⁹ Esta separación se identifica además con la ubicación de cada una de ellas con respecto a su objeto. *"Entre el derecho dogmático y la Sociología del derecho, la diferencia no se refiere al objeto. Es una diferencia de punto de vista o de ángulo de visión. El mismo objeto que el derecho dogmático analiza desde dentro, la sociología del derecho lo observa desde fuera."* CARBONNIER, Jean. *Sociología Jurídica*. Editorial tecnos. Madrid, 1977. p. 19.

¹⁰ Una frase que expresa claramente esta situación: *"Un Moloch se ha puesto en marcha y devora ciencias respetables: la sociología parece querer absorber la jurisprudencia, la economía política y otras disciplinas."* LAUTMANN, Rüdiger. *Sociología y Jurisprudencia*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Tercera edición. Distribuciones Fontamara. México, 1997. p. 11.

explicaciones¹¹ de tal situación¹², pero del por qué del encuentro entre ambas, se torna más difícil¹³, algo posible sin embargo, con la teoría de sistemas.

Esta separación entre sociología jurídica y derecho también se puede entender por la propia ubicación de la sociología jurídica; Desde el punto de vista sociológico, pertenece a la sociología general, desde la perspectiva jurídica, a una rama de la filosofía del derecho o una rama o parte de la ciencia del derecho.¹⁴

También la separación se entiende por el lugar desde donde se estudia el derecho, es decir interna o externamente. Así, desde este particular punto de vista, la solución integradora no da más importancia a una u otra perspectiva sino reconoce la diferencia observacional que se presenta por abordar el derecho desde diferente perspectiva.

Esta situación prevaleciente entre sociología del derecho y la ciencia jurídica es bien expresada por Ma. José Fariñas, quien describe que entonces ambas, nunca encontraban un punto de encuentro y que además, las posturas de juristas y sociólogos chocaban en cuanto había que entender y explicar el

¹¹ Otra explicación de esa separación viene dada debido al formalismo del derecho que impide su contacto con la realidad, característica sin duda del positivismo jurídico, pero también se puede agregar la postura kelseniana expresada en su *teoría pura del derecho* de separación entre ambas. Con relación a esto, Bobbio señala: "...uno degli aspetti attraverso cui si manifesta la crisi del positivismo giuridico è la crescente consapevolezza dell'emergere di altre fonti del diritto che minano il monopolio della produzione giuridica detenuto dalla legge in una società in rapida trasformazione e intesamente conflittuale..." **Dalla struttura alla funzione**. Ob. cit. p. 51.

¹² "La sociología del Derecho nació marcada por su confrontación con la ciencia jurídica, y como reacción al formalismo, dogmatismo y legalismo, que eran las características dominantes de esta última a principios del siglo XX." ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico**. Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1996. Pp. 18, 19.

¹³ Si bien es cierto que se considera a Kelsen como uno de los promotores de la separación entre derecho y sociología, también es cierto que gracias a él se logra distinguir más claramente el objeto de estudio ambos y debido a ello, el estudio de trabajos más recientes sobre la relación entre derecho y sociología. Referente a esto, es conocida la puntualización que realiza el maestro Renato Treves sobre la contribución de Kelsen a la Sociología. Ver. *Kelsen y la sociología* en CORREAS, Óscar. (Compilador) *El otro Kelsen*. UNAM. México, 1989.

¹⁴ Cfr. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Ma. José. Ob. cit. p. 104.

desarrollo de la sociología jurídica, por ello, ella también propone un trabajo interdisciplinar que conjunte ambas visiones externa e interna.¹⁵

Para Luhmann, esta separación puede ser entendida por la dificultad que representa abordar la sociología jurídica para los sociólogos, la cual reside en que carecen de estudios especializados que les permitan entender conceptos, símbolos y métodos de argumentación empleados por los abogados.¹⁶ Así, la sociología desarrollada hasta el momento no ha penetrado hasta las raíces del derecho.¹⁷ Pero también esa sociología tradicional trabajaba con tres premisas que explican la situación. De esta forma se distingue al derecho de la sociedad y se les concibe como dos variables interdependientes y bajo este contexto, se establecen hipótesis comprobables empíricamente mediante la observación, sobre la relación entre derecho y sociedad.¹⁸

Esta situación es entonces para Luhmann, derivada de un exceso de investigaciones empíricas¹⁹, (lo cual lo aleja de las posiciones del movimiento de derecho libre y del realismo escandinavo y norteamericano) y una ausencia de teoría²⁰, y además metodológicamente trae como consecuencia que diversos investigadores sobre el tema, perciban diferentes aspectos del desarrollo social y legal. Teóricamente además, todo parece haber sido dicho por Marx, Durkheim, etc.

¹⁵ FARIÑAS DULCE, María José. *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*. En *DOXA*, Nos. 15-16. España, 1994. Pp. 1017 y ss.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *A sociological theory of law*. Routledge and Kegan Paul. Boston, 1985. p. 2.

¹⁷ *Ibidem*. p. 22.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*. p. 11.

¹⁹ "El análisis empírico convencional de la sociología del derecho no describe, por lo tanto, en forma alguna, el sistema jurídico como un sistema jurídico. Da cuenta de su objeto parcialmente. Es posible que esta sea la razón por la que el abismo entre descripción interna y descripción externa parezca mayor de lo que rete tendría que ser." LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ob. cit. Pp. 616, 617.

²⁰ Esta misma situación es señalada por Krawietz, pero con énfasis en la realidad alemana. Cfr. KRAWIETZ, Werner. *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*. Traducción de Ernesto Garzón Valdez. 3ª edición. Distribuciones Fontamara. México, 2001. Pp. 7 y ss.

Así, para el primero, la primacía en la sociedad la adquiere desplazando a lo político, lo económico. Y la ley entonces juega un rol decisivo, la de proteger la propiedad. En contraste, para Durkheim, al tratar de responder a la pregunta de cómo es posible el orden social, propone la existencia de una solidaridad que relaciona a los hombres con referencia la división del trabajo y con una diferenciación funcional. Para Durkheim, una persona es un miembro del sistema por lo que lo individual es diferente a lo social. Lo social se constituía para él, con base en la solidaridad y la moral.²¹ Pero si lo individual es distinto a lo social, entonces cómo podría entenderse el orden si cada uno podía actuar de distinta forma, por ello, para Luhmann, la sociedad no se basa ni en el compromiso ni en valores comunes de los hombres (es decir, el consenso sobre lo bueno).

Para Luhmann entonces, estas propuesta sociológicas y otras, resultaron ser inadecuadas y demasiado concretas, por lo que se enfatiza que existe una necesidad de construir una propuesta teórica que puedan resolver estos y otros problemas a los cuales se enfrenta la sociología; así lanza como primera frase del libro *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie ¿Es posible conceptualizar adecuadamente a la sociedad cuando se le concibe como sistema?*.²²

Pero al parecer, el abordar la sociología con la teoría de sistemas ya había sido evidenciado en los Estados Unidos aproximadamente a mitad de siglo con el surgimiento del funcionalismo estructural y el sistema de acción de Talcott Parsons.²³ Éste, se dio cuenta que con la primera, se podían determinar ciertas estructuras sociales y después cuestionarse sobre las funciones necesarias para su mantenimiento. Pero también se percató, que esto representaba del mismo modo ciertas dificultades sobre todo cuando se cuestionaba precisamente sobre la

²¹ Ver: LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*. Ob. Pp. 129, 130, 157.

²² LUHMANN, Niklas. *La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo*. Traducción de Francisco Galván Díaz. En *Sociológica*. Año 1, Numero 1. UAM. México, 1986. p. 103.

²³ Parsons tomó proposiciones de la Teoría general de sistemas para explicar a la sociedad, entre ellos la impostación de energía, la retroalimentación, el equilibrio, etc. Ver: FLORES, CÁRDENAS, MUÑOZ, DOVALA. (coordinadores). *Teorías sociológicas contemporáneas*. Universidad Autónoma Metropolitana. México, 1996. Pp. 84-88.

preservación de tales estructuras, además de dificultades sobre la explicación de la evolución de la sociedad. Parsons entonces, se aleja del funcionalismo y se refugia en la fórmula de que la acción es sólo posible como sistema.²⁴ La acción está integrada por diversos componentes, los cuales se tratan de identificar sociológicamente y el sistema es la sociedad vista de esa forma. Por eso define al sistema social como la interacción de los actores individuales.²⁵ Los componentes de la acción para Parsons son *Adaptation, Goal attainment, Integration, Latente pattern-maintenance*, se les conoce comúnmente como *AGIL*. Para Luhmann, éste esquema, si bien resulta un gran esfuerzo teórico, también representa un gran hermetismo sobre el esquema social representado en un diagrama y que conduce a callejones teóricos sin salida.²⁶

Frente a Parsons, Luhmann piensa que éste subordina la función a la estructura por lo que hay que darle un giro a esta concepción de entonces privilegiar la función sobre la estructura.

Por ello, se hace también necesario preguntarse desde un inicio sobre la utilidad sociológica del derecho, a lo cual debemos dar dos respuestas diferenciadas, personalmente así: Una es autorreferente (1) y por consecuencia la otra heterorreferente (2). Pero probablemente la mejor respuesta la encontramos en el creador de la teoría: "...la sociología del derecho es útil —a sí misma—. Bastante logrará ya si es capaz de contribuir al desarrollo de la teoría sociológica y, a lo sumo podrá influir en el contexto de la investigación interdisciplinaria."²⁷ Pero, además, agrega que la sociología del derecho va dirigida al sistema de la ciencia al cual pertenece y no pretende una actividad normativa como las anteriores propuestas de la sociología que querían regir al derecho mismo.²⁸ Esta

²⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 2002. p. 38.

²⁵ Cfr. PARSONS, Talcott. *El Sistema social*. Traducción de José Jiménez Blanco y José Carzola Pérez. Alianza editorial. Madrid, 1982. p. 15.

²⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 53.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Traducción de Héctor Fix-Fierro. En *Crítica Jurídica*. No. 12. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1993. p. 105

²⁸ Cfr. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ob. cit. p. 85.

situación es debida a la misma postura del alemán que reconoce que el derecho es producido por el propio derecho y que por lo tanto el derecho se encuentra sólo en el sistema jurídico y no fuera de él. De este modo, no se podría pensar en la posibilidad siquiera que la sociología le tuviera que decir al derecho cómo, sobre o porqué producirse o quizás pretender modificarlo. Por ello, en este punto encontramos una radical diferencia de Luhmann con aquellas posturas sociológicas que ponían por encima a las investigaciones sociológicas por sobre las propias del derecho.

Respecto a la utilidad obtenida por el sistema jurídico (heterorreferente) se responde que *"...la reflexión doméstica del sistema jurídico podría reflexionar que puede aprender para sí misma del hecho de que la sociología conceptualice de otro modo las instituciones y los conceptos internos del derecho."*²⁹

Este beneficio de ambos, sin duda comienza por la ganancia teórica que ambos sistemas obtienen, mismo que puede ser ampliado o refutado desde el mismo nivel. Por eso Luhmann agrega:

*"...sería de provecho que las teorías reflexivas de los grandes sistemas funcionales se sometieran a un análisis sociológico y, a partir de su ilustración por medio de la sociología, examinen si, y hasta que punto, pueden mantener o revisar su patrimonio tradicional. Sabemos ahora que la sociología no puede imponérselos mediante la verdad, porque la verdad permanece referida al sistema científico y a las descripciones ajenas ("intersubjetividad"). Con todo, dentro de las discusiones teóricas será posible generar suficiente "ruido" e irritación para permitir que la semántica de los sistemas funcionales atiendan posibilidades propias todavía desaprovechadas. Aún en el caso la sociología será ocasional y casualmente relevante para el sistema jurídico; pero la probabilidad de ocurrencia del azar puede elevarse mediante las medidas adecuadas a la teoría."*³⁰

²⁹ LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. p. 107.

³⁰ Idem. Pp. 107, 108.

Y también añade que *"...se puede pronosticar un buen futuro para una colaboración más estrecha entre la sociología del derecho y la teoría jurídica"*³¹ por eso concluye que *"El concepto de la teoría de los sistemas autorreferentes supone una oferta de discusión, no una oferta de fusión."*³²

Sin embargo esta situación planteada por Luhmann, ha sido rechazada desde un principio. Para el maestro Francés Carbonnier, las observaciones del sociólogo no sirven para nada al funcionamiento del sistema. Tampoco y es necesario mencionarlo, Luhmann pretendió caer en la posición lapidaria de la frase de Kantorowicz al decir que la dogmática sin la sociología está vacía y la sociología sin la dogmática está ciega, sino, que él, buscó siempre la complementariedad, tomándolos en cuenta por separado, como subsistemas independientes con una estrecha relación.

En resumen, la observación sociología del sistema jurídico puede observar más pero puede observar menos.

4.3 La Sociología, teoría y dogmática jurídica

La sociología propuesta por Luhmann, parte de considerarla como un sistema funcional de la sociedad, lo cual implica que puede describir a la sociedad sólo dentro de ella y por lo tanto, hace de la diferencia su objeto de reflexión. Es un observador de segundo orden lo cual no lo constituye en un observador con un mejor saber, más fundamentado o más seguro sino diferente.³³ Su posición respecto a los demás sistemas, provoca reacciones en los sistemas que observa, al postular que ellos lo pueden hacer mejor.³⁴ Por ello es conveniente repetir que

³¹ Ibidem. p. 103.

³² Idem.

³³ LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Ob. cit. p. 83.

³⁴ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 164.

la sociología no pretende sustituir las teorías propias de los sistemas, ni que pueda decidir sobre la educación, justicia o Dios pero puede proporcionar una observación diferente.

*"...todo aquello que desde la perspectiva de las teorías particulares se ve como necesario y natural, se puede presentar entonces como contingente y artificial. Con esto, lo que se logra es un excedente de variaciones de las estructuras que puede ofrecer oportunidad a los sistemas observados de que las tomen en cuenta para una selección."*³⁵

4.3.1 La sociología jurídica

En relación con la sociología jurídica, Luhmann se da cuenta de ese distanciamiento entre juristas y sociólogos. Para él, el análisis de los últimos, era de poca para los juristas además de su pretensión de un mejor saber. El maestro alemán entonces pretende un acercamiento entre derecho y sociología a través de la teoría de sistemas autopoiéticos y autorreferentes.

Como sistema autopoiético, el derecho se reproduce así mismo y mantiene su unidad y autonomía funcional, lo que implica que ningún otro sistema puede desempeñar la misma función, o que ningún otro sistema pueda producir normas jurídicas o programas como los llama Luhmann. Como sistema autorreferente, el derecho, se remite a sí mismo para su propia reproducción, lo cual implica que el sistema se vuelve cerrado pero abierto a las irritaciones y perturbaciones que produce el ambiente, en este caso la sociología jurídica con sus respectivas observaciones del sistema de derecho.

³⁵ Ibidem. p. 73.

Tales observaciones recaen sobre la manera en que el sistema jurídico se observa a sí mismo y es la labor de la sociología del derecho. Es una observación de segundo orden, externa³⁶, por lo tanto científica, que describe a su objeto (el derecho) tal como lo entienden los juristas.³⁷ Es una observación que busca servir más a la sociedad, a la teoría de la sociedad, que al derecho. Esta observación es posible con la ayuda de la autopoiesis y la autorreferencia³⁸, características, como se ha demostrado, implican un sistema de derecho autónomo cuyas funciones no pueden ser desempeñadas por ningún otro sistema. Partiendo de esto, el derecho y sus observaciones y autodescripciones de sí mismo, no pueden ser relevadas por aquellas sociológicas. Simplemente son distintas, una interna y otra externa una reflexiva la otra meramente descriptiva. Así, la sociología luhmanniana se sitúa no en un plano superior o inferior al derecho sino en un plano de igualdad en el sentido de importancia funcional.

Esta sociología, entonces como observador externo aprovecha el distanciamiento entre ella y su objeto y observa los esfuerzos de la teoría del derecho por deshacerse de la tautología y la paradoja, mediante el esquema latente/manifiesto³⁹, para de esta manera, identificar las funciones latentes de la intención manifiesta del discurso jurídico que se ordena de forma distinta.⁴⁰ En otras palabras, la sociología como observador, observa otro observador que es el derecho y las observaciones de las distinciones que sirven para indicar algo. Es decir, no se pretende observar y conocer todo, sino solamente aquello que es especificado, aquello indicado por la propia distinción. Así logra observar esas tautologías y paradojas que en ocasiones el derecho no ha observado.

³⁶ "...no puede ignorarse en una sociedad que diferencia sistemas parciales...que tales sistemas sean susceptibles tanto de una observación interna como de una externa." Cfr. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 568.

³⁷ Cfr. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 70.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **La Observación Sociológica del Derecho**. Ob. cit. p. 77.

³⁹ "El problema de la latencia se centra luego en la cuestión de cómo se pueden observar las distinciones que utiliza un observador para indicar algo, y que por eso en el momento de su utilización operativa no son observables. Y la respuesta debería ser: sólo con el auxilio de otras distinciones para las que vale lo mismo." LUHMANN, Niklas. **Teoría de los Sistemas Sociales II. (Artículos)**. Universidad de los Lagos/ITESO/Universidad Iberoamericana. Chile, 1999. p. 133.

⁴⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas. **Le Droit comme Système Social**. En **Droit et Société**. No. 11-12. Paris, 1989. p. 60.

4.3.2 La Teoría del derecho

La situación de la teoría del derecho para Luhmann, es que ésta ha sido tradicionalmente creada para responder a dos cuestiones de fondo:⁴¹

- a) Para la praxis, es decir, se buscan y crean teorías que respondan a una mejor toma de decisiones sólidas.
- b) Para la docencia y la manera en cómo se explica el derecho a aquellos que desean estudiarlo.

Ahora bien, si se analiza esta situación, de acuerdo a Luhmann, se podrá constatar que las teorías del derecho son numerosas, dependiendo de la corriente jurídica adoptada y resultado de un diverso tipo de interpretaciones.⁴² Si se ve más de cerca esta situación, también se confirma que tales teorías son producto de juristas, de individuos vinculados al derecho, por lo tanto, son producto de las observaciones que el mismo sistema hace de sí mismo, de su autoobservación. Pero que sin embargo no responden a la cuestión de la unidad⁴³ e identidad del sistema jurídico⁴⁴, de cómo el derecho se llega a producir a sí mismo.⁴⁵

Otra problemática que detecta Luhmann con respecto a la tradicional teoría del derecho, es que éstas consideran al derecho como un sistema unitario, estable y aislado, y para él, el sistema no es un conjunto de conocimientos ordenados,

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 61 y ss.

⁴² De ésta manera se constata que ninguna teoría tiene un lugar privilegiado en la descripción del mundo tal como es; por eso, la gran disposición de teorías jurídicas existentes.

⁴³ "The unity of the system is nothing more than the closure of its autopoietic mode of operation." LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Polity Press. Cambridge, 1989. p. 19. "La positivité constitue l'unique possibilité...de fonder l'unité du droit sur lui-même." Cfr. LUHMANN, Niklas. *La constitution comme acquis évolutif*. En *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*. No. 22. Paris, 1995. p. 112.

⁴⁴ "Los sistemas como unidad no son un contenido, ni una estructura, ni una configuración estable de elementos: todo esto es mutable, contingente. La unidad del sistema es su modo de reproducción." GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Ob. cit. p. 134.

⁴⁵ Esta es la función precisamente de la teoría del derecho en el sistema jurídico según Luhmann, y ya no de ocuparse de la resolución de cuestiones como la de ¿qué es el derecho?, ya que la teoría luhmanniana es post-ontológica y no se garantiza una única y exclusiva descripción del mundo, por eso, cuando se quiera definir al derecho, habrá que hacerlo atendiendo a su función.

sino de comunicaciones, por lo que el sistema es dinámico y con estructuras formadas por expectativas normativas. Una teoría tradicional para él, se limita a describir y no a reducir la complejidad ni a ser guía del propio sistema.

Una primera solución planteada entonces, fue distinguir aquello de lo que se va a ocupar la teoría del derecho, el objeto de estudio, lo cual conlleva a la nueva dificultad de constatar que diversas teorías o disciplinas determinen de forma diversa su objeto, lo cual les impida una comunicación con la teoría. En concreto se habla de la relación entre sociología y ciencia jurídica. Para ésta última se hablaba de un orden normativo y para la primera de estudiar el comportamiento social, de ver las cosas como son y mediante ello emitir pronósticos. Así, las cosas mostraron que se creó un distanciamiento aún mayor del ya existente. Para Luhmann entonces, se puede encontrar un punto de partida interdisciplinario que puede responder a las problemáticas antes señaladas pero que al mismo tiempo limita el número de teorías:⁴⁶

1. Mediante una teoría de sistemas que describe como algo produce sus propios límites.
2. Con la postura que los sistemas observan.
3. Utilizando una perspectiva constructivista.
4. Distinguiendo las observaciones jurídicas (internas) de aquellas sociológicas (externas) las cuales observan como el sistema jurídico se describe a sí mismo y lo describen tal como lo entienden los propios juristas.

De esta manera mediante el uso de la teoría de sistemas se obtienen ventajas en la descripción de la sociedad y en el acercamiento entre derecho y sociología pero se reconoce la desventaja en *"la complejidad y abstracción de sus conceptos"*⁴⁷ los cuales son obviamente interdisciplinarios y pueden llevar a una

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 68 y ss.

⁴⁷ *Ibidem*. Pp. 77.

mala comprensión si se les entiende de la manera habitual en como son aplicados en sus respectivas disciplinas científicas.

Así, la teoría del derecho para el alemán, debe orientar al sistema sobre la contingencia existente, y transformar los problemas relativos al sistema en problemas de decisión volviéndose así en "...el lugar de producción, de gestación y de control de la racionalidad del sistema jurídico."⁴⁸ Es el lugar donde se elaboran soluciones a los problemas vitales del sistema.

La teoría del derecho⁴⁹, es entonces la forma en como el sistema jurídico se observa así mismo y de esta manera el sistema se describe a sí mismo tratando de adecuar tal descripción para sí, para ayudar a su selección, y a una mejor adecuación de la norma y de los procedimientos. Sin embargo esto tampoco significa que las autodescripciones orienten al sistema de la manera como lo hacen las leyes. La labor de las autodescripciones⁵⁰ entonces es la representación de la unidad del sistema, su función, su autonomía y de su indiferencia y, no la justificación de decisiones⁵¹, en otras palabras, las autodescripciones son elaboraciones de textos que se incluyen así mismos.

La identidad del sistema jurídico se compone con su misma unidad y, en este caso podemos recordar que Luhmann inicia siempre partiendo de la unidad de la diferencia, por eso la diferencia en el sistema jurídico es el código recht/unrecht. Pero en este caso el sistema necesita más información de sí mismo que le permita identificarse desde dentro, y que le permita romper la perfecta

⁴⁸ GIORGI, Raffaele de. *Ciencia de derecho y legitimación*. Ob. cit. p. 273. El maestro italiano también describe una teoría como racional "...racional es la teoría que comprende y reduce la complejidad del sistema, elaborando mecanismos de autorregulación y de guía que orientan el sistema reforzando su estructura y consolidando sus límites, es decir, estabilizándolo." Ibidem. p. 274.

⁴⁹ Luhmann relaciona las teorías con las semánticas, que son, explicaciones que usa el sistema para su propia descripción.

⁵⁰ "Una autodescripción ("textualización") representa la tematización del sistema mismo en el que la operación autodescriptiva tiene lugar." LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 569.

⁵¹ Cfr. Ibidem. p. 571.

circularidad para así operar, por eso el derecho conlleva la tautología⁵² de decir que él es lo que es y la paradoja⁵³ de decir que él es lo que es porque es lo que no es. Por esta razón, la teoría del derecho ayuda al sistema también a combatir la tautología y paradoja existente en su seno, mediante la descripción interna de sí mismo.

"Una paradoja se presenta cuando el código se aplica así mismo: al preguntarse si el código es conforme o disconforme con el derecho, distingue entre derecho y no derecho. La respuesta trivial de los juristas (y los lógicos), de que evidentemente eso sí es derecho, deja abierto el asunto de que es aquello que funciona en este caso como término contrario al derecho, como un no-derecho que es, a su vez, posible. La otra respuesta, de que eso no es derecho, produce el mismo problema en el sentido contrario. En un caso se afirma que el derecho es jurídicamente legítimo; en el otro, jurídicamente ilegítimo. Pero la pregunta por la unidad de ambas afirmaciones, la pregunta por la unidad del código, ni siquiera se plantea."⁵⁴

Pero para que la descripción del sistema se pueda llevar a cabo, el sistema necesita una versión simplificada de sí mismo, lo que da lugar a la acción como unidad elemental para la observación y autodescripción⁵⁵; Y es tal la necesidad de reducir complejidad por parte del sistema que se llega a imputar la acción a los individuos.⁵⁶

⁵² La Tautología es una distinción que no distingue.

⁵³ La paradoja es una condición de operación que conlleva al mismo tiempo su imposibilidad. "A paradox occurs when the conditions of the possibility of an operation are at the same time the condition of the impossibility of this operation." LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Polity Press. Cambridge, 1989. p. 144.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ob. cit. p. 247.

⁵⁵ "Pour leur auto-observation et leur auto-description, les systèmes se dotent d'une vision simplifiée d'eux-mêmes. Les communications qui les composent n'apparaissent dans leur totale variété et contingence qu'en fabriquant des unités plus amples et plus aptes à servir d'élément de liaison pour d'ultérieures configurations du système: les actions. Toute communication dans le système est transformée par le système en action et imputée comme action du système: le système juridique considère par exemple la communication en quoi consiste la sentence judiciaire comme action imputable à lui-même." GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann**. En *Droit et Société*. No. 11-12. Paris, 1989. p. 27.

⁵⁶ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Ob. cit. p. 142.

“Las teorías reflexivas han de mediar entre la función y las prestaciones del sistema, entre su autonomía y su dependencia del ambiente, entre su cierre operativo y su apertura cognitiva, y han de conjugar además las observaciones y descripciones internas –que son las que permiten estructurar y ordenar las operaciones del sistema y dotarlas de capacidad de conexión y con ello las que sostienen la reproducción continua del sistema– con las observaciones y descripciones del ambiente. La Teoría del Derecho ha de proporcionar al sistema sensores que le permitan observar el ambiente para poder así controlar el desempeño de la función sistémica y el correcto ejercicio de sus prestaciones. La Teoría del Derecho ha de poder, en consecuencia, observar las otras teorías reflexivas, para ver cómo es visto el sistema por su ambiente y cómo puede responder a las demandas de éste, sea el ambiente societario global, sean los ambientes específicos o subsistemas diferenciados en el sistema global.

No cabe tampoco olvidar, que la Teoría del Derecho, como teoría reflexiva como teoría que forma parte del subsistema, varía con el sistema y que a la vez, sus propias variaciones cambian el sistema al que pertenecen.⁵⁷

La complejidad que entonces reduce la teoría del derecho es interna porque la observación recae sobre sí misma y externa porque se da a la tarea de comprender su ambiente también a partir de ella.

De esta manera, también podemos decir que las teorías reflexivas, en éste caso, la teoría del derecho, ayuda a describir la unidad del sistema. Retomando la observación de Luhmann de la falta de una teoría que describa la unidad del sistema jurídico, podemos encontrar, que él describe mejor ésta situación mediante los siguientes esquemas:⁵⁸

⁵⁷ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Ob. cit. Pp. 337, 338.

⁵⁸ Tomados de: LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Ob. cit. Pp. 47, 48.

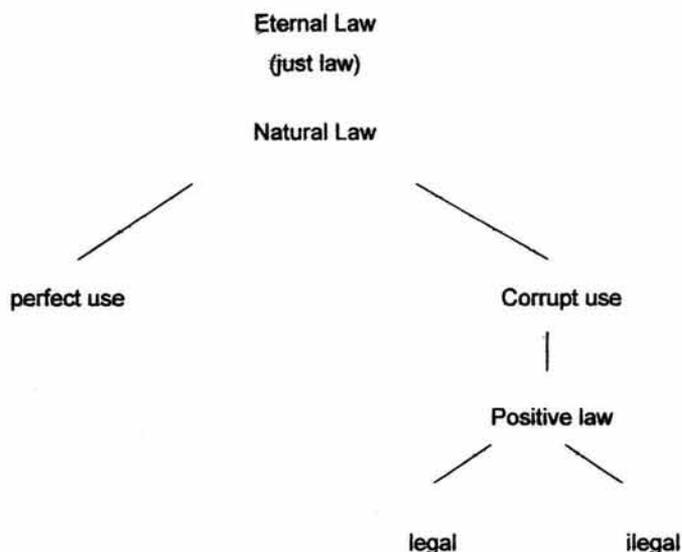


Figure 1 Hierarchical construct of the legal system.

En este esquema, Luhmann acentúa la insuficiencia del derecho natural para explicar el sistema jurídico, al sólo señalar y así trasladar jerárquicamente el lugar de procedencia del derecho positivo a un doble esquema (correcto/bueno) que no logra señalar la unidad del sistema. Él propone entonces un nuevo esquema que permita identificar la problemática de la unidad del sistema jurídico.

	code	program
unity	?	justice
operation	legal/illegal	valid legal norms

Figure 2 Differentiated construct of the legal system.

De acuerdo a este esquema, de entrada, ya no se podría hablar de una jerarquía que explique de donde proviene el derecho, a menos que se hable de la programación siempre sujeta al código y sus valores. Como se ve, el código jurídico opera con sus dos respectivos valores recht/unrecht y los programas atendiendo a los valores del código, operan como normas jurídicas, que posibilitan la aplicación del código. La unidad de los programas será entonces la justicia (coherencia); Sin embargo, es aquí donde reside el problema de la teoría del derecho pues, tiene que explicar la unidad del derecho (su forma de diferenciación y la manera en que opera), concretamente del esquema legal/ilegal pero si tener que recurrir a ideales o a una metanorma.

"Para determinar la unidad del código y la unidad del sistema jurídico podemos por ello remitir únicamente la diferenciación funcional del sistema social, es decir, a la diferencia del sistema jurídico frente a su entorno. Esto significa, empero, que la unidad del derecho es la autopoiesis (sic) del sistema jurídico, es decir, precisamente la autorreproducción continua al servicio de una función social que da sentido tanto a la codificación como a la programación del sistema."⁵⁹

4.3.3 La Dogmática jurídica

La dogmática jurídica forma parte en Luhmann, también de las ciencias jurídicas y al igual que la teoría del derecho, es una teoría interna y reflexiva del sistema. Su función es la de atender los problemas de la decisión en el sistema y esto se traduce en la diferencia con la teoría del derecho cuya función es la descripción interna del propio sistema. La importancia de la dogmática en la teoría luhmanniana radica en que la sitúa como uno de los puntos de unión entre el

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. p. 103.

derecho y la sociología jurídica.⁶⁰ Este vínculo sólo puede ser entendible bajo la premisa de atender a los efectos de las decisiones jurídicas.

Para Luhmann, la eficacia de la dogmática jurídica está en un ávido cuestionamiento desde que se piensa en la lucha sostenida por la jurisprudencia de intereses con la de conceptos, sobre todo cuando la primera hizo *"una sociologización masiva e irreflexiva de la aplicación del derecho."*⁶¹ Esta situación problemática se da además, desde el momento en que posterior a Lhering, se empieza a estudiar al derecho como un sistema, en este caso ya de conceptos.

La orientación por una jurisprudencia de intereses hizo depender a la dogmática de una mayor legislación, para lograr la valoración de intereses del legislador. Así la sociedad formó junto a las normas, reglas y disposiciones para su tratamiento, lo cual se convirtió en tarea de la dogmática: sistematizar y ordenar la materia jurídica de forma conceptual.⁶²

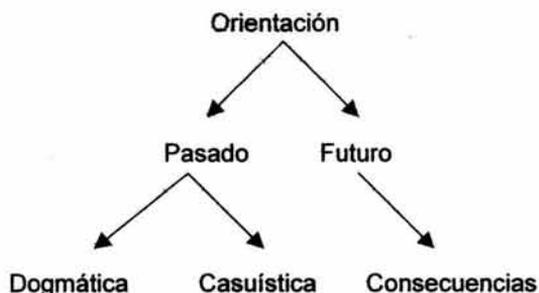
Este tipo de orientaciones del sistema llevan a distinguir dos posiciones de orientación del jurista. La orientación conceptual o sea dogmática y la casuística.

Sin embargo ambas muestran procesos muy lentos para la tarea asignada; Por lo que en la actualidad se muestra un cambio de orientación, es decir, en lugar de hacerlo recurriendo al pasado, se orienta hacia el futuro, se orienta por tanto por las consecuencias.

⁶⁰ Ver el prólogo de: LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Traducción de Ignacio Otto Pardo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983. Pp. 9 y 10. También al respecto ver: GIORGI, Raffaele de. *Ciencia del derecho y legitimación*. Ob. cit. P. 265.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Ob. cit. P. 16.

⁶² Cfr. *Ibidem*. P. 20.



Retornando específicamente a la dogmática, ésta, de acuerdo a Luhmann se caracteriza por la prohibición de la negación, en este caso de los puntos de partida, es decir, una arbitrariedad de inicio. Esto es señalado por los sociólogos al cuestionar esa no-negabilidad. Lo que resulta entonces, es no fijarse en las limitaciones de la dogmática sino en sus libertades, en este caso, de argumentación, por ello Luhmann dice que su función es *"...no en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, en el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos."*⁶³

La postura dogmática posibilita tomar distancia (en ese aumento de la libertad), en donde la sociedad espera una vinculación, esto es, en la interpretación de materiales dogmáticos (En este punto se encuentra un binomio típico de Luhmann cuando se refiere a que la libertad, distancia, posibilita al mismo tiempo la vinculación). Esta diferencia entre interpretación y material dogmático hace relucir la aparición de inseguridades en la dogmática. Ellas son, la de vinculación de las normas y la de toma de decisión. Cuando se habla de la relación de programas y decisión, es decir, que existe sólo un elemento contingente, se hablará sólo de aplicación del derecho; Pero cuando se habla de que ambas inseguridades se tornan contingentes, se hace necesaria entonces la

⁶³ Ibidem. p. 29.

dogmática jurídica para encausar al sistema jurídico; Los casos se orientan a las normas y, las normas se orientan a los casos.⁶⁴

Criterios de relación sobre lo anterior se encuentran en los casos ya decididos y similares, dando pie a la formación de la casuística; Por eso en la medida en que los casos son reflejados para el establecimiento de criterios surge la dogmática.

"La dogmática ya no podrá situarse como una rótula en el eje fijación de normas-aplicación de normas, ni tampoco podrá ser limitada a la función de una ayuda de subsunción, ni a la función de una elaboración detallada de unos supuestos de hecho legales indeterminados, ni a la construcción jurídica de realidades para hacerlas subsumibles. Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos. Por ello, los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión."⁶⁵

De esta manera la dogmática se encarga de la coherencia, unidad y justicia del sistema jurídico. Este último ya no sólo se orientará únicamente por el pasado sino que también lo hará a futuro⁶⁶ al estabilizar expectativas de conducta para un futuro incierto. Un sistema orientado de tal modo, utiliza sus funciones

⁶⁴ Una buena explicación de lo anterior: "Las normas aparecen socialmente como axiomas más innegables y la función de la dogmática es precisamente aumentar la libertad en el trato de estos axiomas sin, por ello, tener que ponerlos en cuestión, es decir, aumentar el grado de incerteza compatible (inseguridad soportable) con la obligación de observar las normas y de decidir todos los casos de conflicto. La Dogmática se coloca en la intersección del problema que plantea la aplicación del derecho por la fijación contingente de los dos elementos que se ponen en relación en este procedimiento: el programa de decisión y el caso. El programa admite diversas interpretaciones e incluso, con la positivización del derecho, puede ser cambiado y el caso puede o no suceder y lo hace con características específicas e irrepetibles, por ello es necesario utilizar criterios para poner en relación estas dos variables que se orientan circularmente la una a la otra: la fijación del caso depende de la norma, la fijación de la norma depende del caso." GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *EL derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Ob. cit. p. 322.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Ob. cit. p. 29.

⁶⁶ "Luhmann afirma que todo sistema ha de orientarse a ambos horizontes, puesto que la necesidad de adaptación al ambiente subsiste en todo sistema." GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. Ob. cit. p. 323.

clasificadoras que le permiten operar en esos dos horizontes temporales, lo que Luhmann denomina como *input y output*.⁶⁷

Sin embargo, como tradicionalmente se han entendido los conceptos dogmáticos (referidos al pasado), en el que su intervención al ambiente era escasa, se observa un cambio radical al ser ahora vinculados con el cambio ambiental, de tal suerte que se habla ya de ingeniería social, lo que genera ciertos problemas.

Ante esta situación, Luhmann lanza la pregunta de si vale la pena entonces mantener una cerrazón de la dogmática y no permitir la entrada de información que permita se desarrollen ambos aspectos temporales en el derecho. Esa información provendría de las consecuencias de las decisiones que no aplicarían tal cual, sino que sería procesada tal información por la dogmática la cual continuaría con sus funciones y sobre todo de reconstruir los problemas ambientales; a esto Luhmann lo llama específicamente como internalización.

Este mismo proceso que ya ha sido explicado en capítulo tercero, con lo que ahora Luhmann llama redundancia y variedad debe mantenerse en equilibrio.

*"Un sistema que se abandonara a su propia redundancia, renunciaría a la posibilidad de reacción frente a las imitaciones y sorpresas provenientes del entorno. La variedad complementa el sistema y evita que se deslice en una red de vías habituales, esto es, procesos rutinarios."*⁶⁸

Como se puede ver, el sistema necesita de información del exterior que no lo determine, pero que le permita mantenerse dinámico, que le de esa complementariedad que sólo internamente no puede generar y que mediante la dogmática puede conseguir.

⁶⁷ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Ob. cit. p. 48.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ob. cit. p. 438.

4.4 La Sociología y el Derecho

La relación que se pretende enfatizar en este trabajo es la existente (por lo menos así lo considero) entre la Sociología Jurídica y el Derecho. Pero no basta con sólo afirmar tal existencia, sino, en base, a la teoría luhmanniana busquemos mostrar su existencia y beneficio.

De acuerdo a la teoría luhmanniana, el sistema de derecho es autopoiético y autorreferente porque se construye él mismo a partir de él mismo, esto incluye sus estructuras y operaciones sin ninguna injerencia externa, lo que le da al mismo tiempo la cualidad de sistema autónomo, es decir, se autodelimita. También, este sistema crea derecho positivo mediante la institucionalización de expectativas generales de conducta que pueden ser normativas o cognitivas, dependiendo esto de su cerrazón operativa pero apertura cognitiva. Y es precisamente esto último lo que nos lleva a subrayar entonces la existencia de una heterorreferencia en el sistema. Sí el sistema es capaz de aprender es debido a su entorno y a esa internalización que realiza para el aprendizaje. *"Normative closure does not exclude cognitive openness. On the contrary, it requires the exchange of information between system and environment."*⁶⁹

Partiendo de estos supuestos y de la explicación de la teoría luhmanniana, el autor, identifica dos hipótesis⁷⁰ en el tratamiento de la relación entre sociología y derecho. La primera de ellas es la diferenciación de los sistemas y sus relaciones con el entorno y la segunda es que la diferenciación con el entorno es sólo posible mediante la clausura y la autorreferencialidad del sistema que le permiten distinguir sus propias operaciones de aquellas del entorno. Así, se podrá

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Columbia University Press. New York, 1990. p. 229. Además, Luhmann refuerza esta tesis cuando señala que "L'aspect normatif reflète la clôture opérative [et] autopoiétique du système juridique, c'est-à-dire le fait que toute opération qui transmet une qualité normative doit présupposer et employer une telle qualité. L'aspect cognitif reflète l'ouverture environnementale (Umwelttoenheit) du système, laquelle est rendue possible par la clôture elle-même du système." LUHMANN, Niklas. *La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit*. En *Droit et société*. No. 47. France, 2001. p. 37.

⁷⁰ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Le Droit comme Système Social*. En *Droit et Société*. No. 11-12. Paris, 1989. p. 55.

comprender mejor la dimensión social del derecho y la reflexión interna del propio sistema, llevada a cabo por la teoría del derecho y la dogmática jurídica. Como sistema autorreferencial, el derecho según Luhmann, necesita forzosamente una autoobservación y una autodescripción y además, de razones, para tratar de manera selectiva las innumerables relaciones internas que son posibles y controlar su consistencia e inconsistencia. Esas razones las da la argumentación, que en un contexto sociológico Luhmann, las llama redundancia.⁷¹

Ahora bien, la relación entre Derecho y sociología del derecho se da desde el mismo momento en que existe una diferenciación interna y externa del sistema. Internamente, el sistema de derecho reconoce dos tipos de reflexiones que él mismo construye: dogmática y la teoría. Por otra parte el sistema al diferenciarse de su entorno reconoce la existencia de otros sistemas funcionales como él, tal como lo es la ciencia, a la cual esta circunscrita la sociología según Luhmann. Esta sociología que se encarga de realizar una observación de segundo grado lo puede hacer sobre el mismo derecho tal como lo ve o sobre la reflexión interna del propio sistema (teoría).

“Una teoría del sistema jurídico —autopoiético y clausurado operativamente—, presupone que este sistema se distingue de todos los demás sistemas de funciones de la sociedad. Por lo tanto, un observador externo a este sistema se tendría que tropezar necesariamente con esta distinción, si quisiera observar y describir de conformidad con los hechos.”⁷²

De esta manera, la sociología realiza observaciones⁷³ sobre el derecho como sistema y otra específicamente sobre la teoría reflexiva propia del sistema⁷⁴

⁷¹ Cfr. Ibidem. p. 59.

⁷² LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. Pp. 473,474.

⁷³ Estas observaciones realizadas por la sociología ya no se consideran por ella misma como superiores a las propias jurídicas, esto, debido precisamente a la diferenciación de los sistemas, que es la hipótesis uno de Luhmann.

⁷⁴ Una de esas observaciones que detecta la sociología sobre las propias autoobservaciones del sistema jurídico es la referente a la tautología y la paradoja. “Si bien la autorreferencia del sistema jurídico, al ser observada y descrita, remite a la tautología y la paradoja, el sistema mismo no debe admitir ni la una ni la otra. Ni la arbitrariedad ni el bloqueo de las operaciones son estructuras

y sobre la dogmática. Como la labor teórica de la sociología no tendría ningún efecto sobre el sistema jurídico⁷⁵ (ya que éste no tendría motivos para aceptar tales observaciones y además se rompería con lo que se ha descrito como la autonomía, autopoiesis y autorreferencia del sistema) entonces, se acopla estructuralmente con la teoría del derecho, provocando irritaciones al sistema jurídico. De esta manera también se rompe con la perfecta circularidad del sistema y se le da la capacidad de aprender del entorno, no en el entorno sino dentro de sí mismo. Esto es, se internalizan al sistema cuestiones ambientales y se soluciona la dificultad señalada por Godel, tomando de fuera los elementos para señalar su propia consistencia.⁷⁶

"La sociología falta a sus posibilidades si simplemente copia y adopta los modos en que los sistemas se describen a sí mismos y evitan tautologías y paradojas. A cambio, puede adoptar el punto de vista de un observador externo y aprovechar el distanciamiento que lleva aparejado. La distancia de la sociología hacia su objeto, la cual se nos había presentado de momento como fracaso ante la complejidad y la falta de transparencia del derecho, puede resultar ser una ventaja si se aprovecha bien. No hay más que poner en juego la diferencia entre autoobservación (autodescripción) y observación (descripción) ajena. La autoobservación tiene que identificarse con lo observado, si no, no sería tal: debe reconocerse (también) a sí misma." ⁷⁷

admisibles en el sistema. Por lo tanto, es necesario elaborar en su interior un discurso sobre el sistema que guarde una relación oculta con la paradoja y la tautología, encubriendo al mismo tiempo esta relación y garantizando mediante la institución de sentido la productividad de las operaciones." LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. p. 82.

⁷⁵ "No se trata de que la sociología pueda sustituir el instrumental y las teorías particulares de los sistemas de funciones... No se puede constituir en un mejor conocimiento o en una forma crítica, ya que para esto (como lo sabe muy bien la sociología), falta la autoridad que se podría obtener del estar situado en una metaposición. Pero se puede encontrar sentido, en la medida en que lo mismo puede ser descrito con otras distinciones; todo aquello que desde la perspectiva de las teorías particulares se ve como necesario y natural, se puede presentar entonces como contingente y artificial. Con esto, lo que se logra es un excedente de variaciones de las estructuras que pueden ofrecer oportunidad a los sistemas observados de que las tomen en cuenta para una selección." LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana. México, 2002. p. 373.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 577.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. p. 83.

De esta manera la sociología y su observación detectan aquellas tautologías y paradojas⁷⁸ y se las hace de su conocimiento al derecho, aprovechando que puede *"desentenderse de las responsabilidades operativas en el sistema jurídico, de la lealtad al sistema, de ofertas de auxilio y de servidumbres de todo tipo. Puede observar más, y a la vez menos, que el sistema jurídico."*⁷⁹

Unas de esas diferencias observacionales entre la sociología al derecho y la teoría del derecho es la definición de normas. Para el derecho, no hay derecho fuera de él, el deber ser, representa la unidad y clausura del sistema, no hay ni un *in put* ni un *out put* normativo, por ello las normas son creadas en el propio sistema y se ve la imposibilidad de derivar las normas de los hechos. En cuanto a la descripción externa, la realizada por la sociología del derecho, ve las normas como los hechos. Por ello, para superar esta situación, Luhmann propone *"concebir a las normas como expectativas de conducta contrafácticas, es decir, como expectativas sostenidas aun cuando sean desilusionadas"*.⁸⁰ Así para la sociología, las normas siguen siendo hechos, pero la definición de expectativas destaca (como ya se analizó) la diferencia entre aquellas normativas y cognitivas sirve también al derecho, a la teoría, en la manera en que:

*"...el sociólogo destacará la referencia de lo contingente, la función que tiene el aseguramiento de las expectativas y la terquedad característica de la norma, y de esto deducirá la necesidad de su fundamentación, mientras que, por el contrario, en el sistema jurídico la reproducción y la aplicación de la norma se fundamenta con su propia fundamentación."*⁸¹

⁷⁸ *"Mientras que la teoría del derecho y la dogmática jurídica están comprometidas en la reproducción del sistema jurídico, y por consiguiente han de colaborar en la anulación de su paradoja y en su codificación, la sociología puede observar y describir el sistema basado en su paradoja constituyente. Esto no lo aboca ni a una sospecha de motivación ni a un conocimiento superior."* LUHMANN, Niklas. *El Enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. No. 25. Granada, 1985. p. 91.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. p. 84.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 87.

⁸¹ *Ibidem*. p. 88.

Otra diferencia de observaciones de la teoría del derecho y la sociología, es la referida a la positividad y validez del derecho, que tenía que ver tradicionalmente con la validez que garantizaba la justicia en una jerarquía de leyes, por ello, el maestro alemán, gracias al concepto de autopoiesis explica entonces, que la validez del derecho viene dada junto con la positividad y ésta, con la autonomía y capacidad autosustitutiva y autorreproductiva del derecho, que no es otra cosa que el derecho regula al propio derecho, es una autoimposición y delimitación que tienen que ver con la autonomía y evitando cualquier injerencia externa. De esta manera el derecho es válido porque se decide que así sea y únicamente podrá ser cambiado de la misma manera.

En cuanto a la dogmática y la observación sociológica se puede decir que el sistema necesita la cerrazón de la primera para reproducirse, sin embargo, como se ha venido mencionando, necesita también de esa relación especial con el entorno. La dogmática entonces se ocupa de las decisiones es decir, se cuestiona si es conveniente orientar las decisiones por las consecuencias, ya que no se puede conocer el futuro.

Respecto a la observación de la argumentación, el de Bielefeld, resume claramente la situación:

"...la sociología debe preguntar sobre todo por la función de la argumentación, y no contentarse con la respuesta, casi tautológica, de que proporciona razones.

El problema que en última instancia debe resolver la argumentación razonada es la ocurrencia aislada de los casos jurídicos en la vida cotidiana."⁸²

La relación entre la argumentación y la sociología se da mediante la redundancia y variedad, de la observación de cómo los argumentos jurídicos se apoyan a sí mismos y no se yuxtaponen, de cómo se argumenta atendiendo

⁸² LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. Pp. 96, 97.

únicamente a elementos jurídicos. Por su parte la variedad se refiere a comunicaciones pertenecientes al entorno del sistema de derecho. En este punto Luhmann sostiene que una sociedad que esté constituida sobre una diferenciación avanzada, podrá mantener el equilibrio entre una gran redundancia y una gran variedad, de tal suerte que el sistema tenga la capacidad de operar autónomamente y argumentar de la misma manera; Al mismo tiempo que la variedad le proporciona al sistema esa apertura cognitiva que le permite saber al sistema de las nuevas necesidades sociales. Si esto no es así, y el sistema se mantiene con una mayor redundancia, el cambio y evolución en el mismo se frenaría, manteniéndose estático y tendiente al caos, a su vez, si existe una mayor variedad, el sistema se confundiría con el entorno perdiéndose así las características de un sistema jurídico autónomo, autorreferente, autopoietico y con la validez como símbolo de su unidad, cumpliéndose así la postura señalada por Marcelo Neves⁸³ y los países subdesarrollados.

Por su parte, las argumentaciones en el sistema provocan una irritación. En cuanto a la relación entre argumentación, dogmática y sociología, se da cuando se hace alusión a la autorreferencia normativa y heterorreferencia cognitiva. Mediante la primera, se argumenta atendiendo a los conceptos formulados por la dogmática y con respecto a los intereses, se argumenta en relación al entorno.

En cuanto al problema de la justicia, se señala que *"La diferenciación de sistema funcionales, con autonomía y dinámica propias, sobre todo de un sistema económico integrado monetariamente, obliga a abandonar la referencia social de las concepciones de la justicia."*⁸⁴ La justicia es entendida entonces desde la sociología como la relación entre la decisión y la búsqueda de buenos argumentos y decisiones correctas.

⁸³ De la autopolésis a la alopoiésis del derecho. Traducción de Victoria Roca. En *Doxa*, No. 19. España, 1996.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *La Observación Sociológica del Derecho*. Ob. cit. p. 101.

En resumen las aportaciones de Luhmann en cuanto a su observación sociológica del derecho, es decir, su descripción como sistema funcional, se presentan en el capítulo tercero y, concretamente el vínculo entre el derecho y su observación interna y la sociología del derecho y su observación externa, se encuentra ubicada en la teoría del derecho y la dogmática jurídica, a las cuales se les asigna una función entonces muy importante, la de asegurar la reproducción, unidad y consistencia en el sistema, pero sobre también la del vínculo con la sociología.

Capítulo Quinto

Críticas y dificultades con el pensamiento luhmanniano

5.1 La Autopoiésis

Como ya se mencionó, los científicos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, buscaban responder al cuestionamiento de poder diferenciar entre diversos tipos de sistemas, especialmente, de distinguir de entre aquellos sistemas que poseen vida, de aquellos que no la tienen. Así, descubren que una característica común en los sistemas vivos, es que pueden reproducir los elementos de los cuales están constituidos, como las células. Por eso mismo, aplican el término *autopoiésis* a esta característica que significa auto-producción. De esta manera estaban en posición de distinguir y responder a ese cuestionamiento inicial que se habían planteado y podían distinguir también a los sistemas cuyos elementos eran producidos no por el propio sistema sino por el medio ambiente, cuyo nombre que los identifica es el de *alopoiéticos*.

Junto a esta característica de la autopoiésis, los seres vivos también poseen una organización y una estructura que proporcionan unidad al sistema. La organización se conforma por las relaciones entre los componentes que dan identidad y la estructura por los componentes y las relaciones que dan unidad.¹ De esta manera, la organización del sistema se apoya en la estructura y para que un sistema vivo pueda seguir manteniéndose, es necesario que sus estructuras cambien, lo cual no significa que cambia la organización ni la identidad. Estos sistemas se caracterizan también por ser sistemas cerrados porque carecen de *inputs* y *outputs* y porque son sistemas organizacionalmente cerrados, se organizan a sí mismos. Esto implica entonces, que son sistemas autónomos, que

¹ Ver: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El árbol del conocimiento*. 3ª edición. Editorial debate. Barcelona, 1999. p. 40.

son sistemas que dependen de si mismos para su continua producción y que definen sus propios límites.

El concepto de autopoiesis aplicado a sistemas vivos es uno de los objetivos de Maturana y Varela, por ello, insisten en que la autorreproducción es sólo propia de estos seres y va acompañada de la herencia y la evolución. Sin embargo, señala Mingers², que:

"The original definition of autopoiesis specified self-production but did not specify what was to be produced. This leaves open the possibility of autopoietic systems in the nonphysical domain: for example, computer-generated autopoietic models, human organizations and societies, and abstract systems such as law or systems of ideas."

Además, agrega que todavía está en discusión su aplicabilidad a sistemas no vivos. De esta forma, señala algunas dificultades con la concepción de autopoiesis y otros términos unidos a ella y a los sistemas, como la auto-influencia, auto-regulación, auto-manutención, auto-referencia y auto-conciencia.

Otra dificultad que representa la autopoiesis, es la de considerarla presente en los sistemas sociales y se afirma que en caso de considerarla como simple metáfora, no emergen grandes dificultades, pero si se considera que un sistema social es realmente autopoietico, habría que indagar que tipo de sistemas sociales son autopoieticos, que producen, que componentes tienen.³ Por ello, se dan tres características para determinar si la autopoiesis puede ser aplicada a los sistemas sociales. La primera hace referencia a la producción de los componentes del sistema; La segunda es sobre los límites y unidad del sistema y la tercera, es que la autopoiesis habla de autoproducción pero no especifica nada sobre las estructuras por lo cual el concepto no debe ser modificado. Todo esto es, porque

² MINGERS, John. *Self-producing systems. Implications and applications of autopoiesis.* Plenum Press. New York. 1995. p. 43.

³ Ibidem. p. 124.

Mingers de inicio, considera inmediatamente la autopoiesis en sistemas y organizaciones humanas⁴ y a éstos los ve como componentes de los mismos, por ello la autopoiesis sí representa un problema, pues no se puede hablar entonces de sistemas sociales en primera instancia sino de físicos y lo mismo sucede con los límites y la reproducción.

Pero cuando este autor aborda a Luhmann, y reconoce su intento de aplicar la autopoiesis a sistemas sociales, surgen varias críticas; Así para Mingers:⁵

- 1) *Luhmann no resuelve el problema de los límites del sistema, por ello resulta difícil determinar lo que pertenece y lo que no pertenece al sistema.*
- 2) *Luhmann no utiliza la distinción entre estructura y organización.*
- 3) *El origen de los sistemas sociales en el alemán es poco claro.*
- 4) *Luhmann no explica como emerge la comunicación de las interacciones de los seres humanos.*
- 5) *El funcionalismo luhmanniano choca con la postura de Maturana, Varela y Guiddens.*
- 6) *El que los sistemas sociales sean comunicaciones resulta una restricción y rechaza la idea; además de que también rechaza la pureza de los subsistemas sociales.*

También agrega: *"Luhmanns' work, taking the components to be communications, is the most highly developed autopoietic social theory but is based on a number of questionable premises, particularly the relations between communication and actors."*⁶

⁴ Para esta crítica, Mingers analiza la obra de Zeleny and Hufford, los cuales consideran que no sólo la familia sino que todos los sistemas sociales son autopoieticos. Ver: MINGERS. Ob. cit. Pp. 124 Y SS.

⁵ Ibidem. Pp. 149, 150.

⁶ Ibidem. p. 152.

Sin embargo, a pesar de las críticas a la autopoiesis aplicada en las ciencias sociales, parece adecuarse en gran medida al derecho ya que responde a las necesidades de explicar su positividad, cambios constantes, clausura, autorreferencia y autoproducción. Pero, al igual, su aplicación en los sistemas sociales, en el derecho encuentra críticas basadas en:⁷

- 1) *Status de la teoría. Esto implica revisar la adecuabilidad de la autopoiesis para explicar al derecho o de considerarla como una simple metáfora proveniente de la biología.*
- 2) *Explicación junto con la autopoiesis de los límites del sistema jurídico, de la producción de comunicación, de la existencia de un sistema jurídico basado únicamente en comunicación y la omisión de la gente en el sistema, de actores y sus motivos.*
- 3) *La autonomía y la interacción de la ley.*

Estos problemas o críticas al uso del concepto de autopoiesis en el campo de lo social deberán ser resueltos de acuerdo a Mingers, para también considerar entonces su uso en áreas específicas como el derecho.

5.2 Diversas posturas

Continuando con las dificultades enfrentadas por Luhmann, se hace necesario mencionar algunos autores que difieren de su pensamiento, así, unos rechazarán el uso de la autopoiesis en áreas que no conciernen exclusivamente a sistemas vivos (Maturana, Varela), otros como Neves, prefieren considerar al derecho específicamente como sistema alopoietico en un continuo intercambio con el medio ambiente o mejor dicho, con una influencia total de éste y otros como

⁷ Ibidem. Pp. 162-168.

Teubner, si bien utilizan parte del armazón teórico de Luhmann, también difieren en varios aspectos que se hace necesario precisar en el presente trabajo.

5.2.1 La Postura de Maturana y Von Foerster

Cuando es creado el concepto de autopoiesis por los biólogos chilenos Maturana y Varela y es a su vez utilizado por Luhmann para explicar su teoría de sistemas, surgen entonces críticas al maestro de Bielefeld por utilizar conceptos de otras áreas como la Biología. Una de las principales posturas en contra de la utilización de la autopoiesis en la sociología es precisamente de uno de los creadores de tal concepto, nos referimos a Maturana, quien ha marcado tajantemente que el concepto de autopoiesis es aplicable sólo a sistemas vivos; Por eso surge esa discusión del chileno con el maestro alemán, que radica en lo anteriormente mencionado. "...será fenómeno biológico todo fenómeno que involucre la autopoiesis de, al menos, un ser vivo."⁸

La posición de Maturana radica en dos ideas principales: la primera se refiere, como ya se ha mencionado, a la utilización del concepto autopoiesis en la sociología, sobre todo aplicado a la comunicación⁹, cosa que el maestro chileno llama biologicismo social. El biologicismo social como tal, es un reduccionismo que nos hace entender un nivel de realidad superior en otro inferior.¹⁰ En este sentido y continuando con el problema de la utilización de términos o descubrimientos de otras áreas, aplicados al derecho, podemos ver que no es en realidad un problema estrictamente de la teoría de Luhmann sino que es problema que algunos lo

⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. Ob. cit. p. 45.

⁹ Es necesario recordar que el maestro de Bielefeld sostiene que la comunicación es la integrante del sistema social y que la comunicación produce comunicación.

¹⁰ Cfr. HOCEVAR, Mayda. *La teoría sistémica de Luhmann: errores y peligros*. En *Anuario de la facultad de ciencias jurídicas y políticas*. Mérida, Venezuela. No. 17, 1992-1993. p. 205. Recasens Siches explica que el biologismo (sic) ve a la sociedad como un organismo cuya constitución y funcionamiento es igual al de un organismo animal. Ver: *Sociología*. Octava edición. México, 1965. Pp. 67, 68.

llaman como un *greffe méthodologique*¹¹, que es en sí, un problema general del sistemismo y que en general provoca grandes dudas de este trasplante metodológico como: *"la capacité et la pertinence de ce type d'analyse à rendre compte des faits, surtout en sociologie."*¹²

La segunda crítica del chileno, estriba en estar en total desacuerdo en la postura luhmanniana de dejar al hombre como el entorno de la sociedad.

Por otra parte, no sólo Maturana está en desacuerdo con Luhmann por su uso de la autopoiesis para explicar su teoría, también Heins Von Foerster lo argumenta de igual manera, al decir que la teoría de Luhmann cae en el reduccionismo. En este sentido para Von Foerster, el reduccionismo es explicar a la sociedad con términos de la biología.

*"Desde el momento que son sólo los organismos vivos quienes pueden ser calificados como observadores, parecería que la tarea de desarrollar tal teoría correspondiera al biólogo. Pero él mismo es un ser vivo, lo cual significa que en su teoría él tiene que dar cuenta no solamente de sí mismo, sino también de su capacidad para escribir esa teoría."*¹³

La respuesta de Luhmann¹⁴, tanto a Maturana como a Von Foerster la podemos encontrar tal vez, cuando el maestro alemán reconoce que *"The term autopoiesis has been invented as a definition of life. Its origin is clearly*

¹¹ Ver: ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruylant. Bruxelles, 1998. p. 249.

¹² *Ibidem*. p. 24.

¹³ FOERSTER, Heins, Von. *Las semillas de la cibernética*. Traducción de Marcelo Pakman. Editorial Gedisa. Barcelona, 1991. p. 64.

¹⁴ También desde que el maestro comenzó a escribir su teoría, era muy crítico frente a las teorías de sistemas con pretensiones sociológicas que hacían *"El intento de ir más lejos por medio de analogías metafóricas acerca del concepto, organismo, o de la máquina cibernética, intento que sin embargo no ofreció ninguna posibilidad de conocer las especificidades de los sistemas constitutivos de sentido."* LUHMANN, Niklas. *La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo*. Traducción de Francisco Galván Díaz. En *Sociológica*. Año 1, No. 1. México, 1986. Pp. 114, 115.

biological.”¹⁵ De ésta manera, Luhmann no niega el origen del concepto y lanza preguntas que bien podrían ser consideradas irónicas.

*“Would there be consciousness or social life without? And then, if life is defined as autopoiesis, how could one refuse to describe psychic systems and social systems as autopoietic systems? In this way we can retain the close relation of autopoiesis and life and apply this concept to psychic systems and to social systems as well.”*¹⁶

Así, Luhmann se da cuenta que el concepto de autopoiesis vinculado con el de vida, acarrearía ciertas dificultades en su teoría y en la Teoría General de Sistemas, como la explicación de los mismos componentes del sistema y la explicación de su unidad, pero sobre todo porque para él, existen sistemas cuya operación principal no es la vida pero que de todas maneras son autopoieticos. Por ello para Luhmann, los sistemas autopoieticos serán los vivientes, psíquicos y sociales a diferencia de Maturana, Varela y Von Foerster que sólo consideran autopoieticos a los sistemas vivos.

5.2.2 La posición de Neves y la alopóiesis

Para Neves, el inconveniente que él destaca de la teoría luhmanniana y con algunos puntos relacionados con Teubner, es que empíricamente el modelo propuesto para describir a la sociedad resulta poco beneficioso.¹⁷ Neves, subraya el hecho de los diversos desarrollos existentes en la sociedad mundial contemporánea en donde no existe un mismo nivel societal sino que por un lado o mejor dicho al centro se encuentran las sociedades más desarrolladas y en la periferia, las de menor evolución. Esto teóricamente, pero sobre todo

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. Columbia University Press. New York, 1990. p. 1.

¹⁶ *Idem.* p. 1.

¹⁷ NEVES, Marcelo. *Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit espropriateur au droit envahi*. En *Droit et société*. No. 47. France, 2001. p. 103.

empíricamente confirma para él, el hecho de la existencia de límites y fronteras entre las diversas sociedades, por lo que niega y rechaza la llamada sociedad mundial. Además, en los países subdesarrollados, los límites entre los diversos subsistemas están poco establecidos o mejor dicho poco diferenciados, de tal suerte que el derecho se ve influido constantemente tanto por la política como la economía, lo que sin duda pone en entredicho la autonomía, clausura, autorreproducción y validez del derecho. Respecto a su postura de la autopoiesis, de acuerdo a él, la situación no cambia en nada, ya que este concepto resulta empíricamente restringido, ya que el derecho en la mayor parte del mundo es alopoiético, esto es, que el derecho produce normas derivadas directamente de su medio ambiente y ya no en el sentido luhmanniano de programas autoproducidos únicamente por el propio sistema jurídico¹⁸, ya que éste se mantiene invadido por el contexto social sin estructuras claras y capaces de mantener su identidad¹⁹, lo que se traduce en que el sistema es influido entonces, por el medio ambiente, que a decir de Neves son el económico y el político²⁰.

*"En la medida en que, al contrario, los agentes del sistema jurídico estatal ponen de lado el código-diferencia lícito/ilícito y los respectivos programas y criterios, conduciéndose u orientándose principal y frecuentemente basándose en prescripciones directas de la economía, del poder, de las relaciones familiares etc, cabe, sin duda, sostener la existencia de la alopoiésis del Derecho."*²¹

Esta situación de influencia del entorno remarca la relación entre redundancia y variedad en la teoría de los sistemas. La primera hace alusión a la argumentación puramente jurídica y la variedad a la primacía de elementos

¹⁸ NEVES, Marcelo. *De la autopoiesis a la alopoiésis del derecho*. Traducción de Victoria Roca. En *Doxa*, No. 19. España, 1996. p. 413.

¹⁹ NEVES, Marcelo. *Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit espropriateur au droit envahi*. Ob. Cit. p. 106.

²⁰ Esta situación explica él, se presenta mayormente en América Latina. Ver: *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina*. Traducción de Ana M. Urbina Caicedo. En *El otro Derecho*. Vol.6, No.1. Colombia, 1994.

²¹ NEVES, Marcelo. *De la autopoiesis a la alopoiésis del derecho*. Ob. cit. p. 416.

externos al sistema. En los países de la periferia o menos desarrollados, se da entonces una excesiva variedad y muy poca redundancia en el sistema jurídico. Así, para Neves, tanto la postura de Niklas Luhmann como la de Günther Teubner gozan de una inaplicabilidad empírica en el contexto de la sociedad mundial contemporánea.²² Ante este tipo de cuestionamientos, Luhmann responde argumentando que su teoría fue pensada en un contexto totalmente europeo básicamente en el lado occidental y que la aplicabilidad de su obra no puede pensarse en todo el mundo sin ningún tipo de problema.²³

Vale la pena hacer una breve referencia a una concepción parecida a la de Neves, aunque menos difundida como lo es la de Mathieu Deflem, quien sostiene en un análisis sociológico sobre la aplicabilidad de la teoría de Luhmann en la reciente historia de la ley que regula el aborto en los Estados Unidos, que la postura de Luhmann puede ser aplicable en otras áreas del derecho pero no particularmente en lo referente al aborto. Esta afirmación la sostiene, explicando que esta particular ley nada tiene que ver con la tesis de los sistemas autopoieticos ni con la clausura del sistema, ya que utilizando sus propias palabras: *"...Luhmann's theory cannot account for the fact that changes in American abortion law have also come about under political pressures and have reflected and reinforced tensions between diverse cultural values."*²⁴

Esta afirmación contundente de Deflem, parece dejar de tomar en cuenta varios aspectos como lo son el acoplamiento estructural entre derecho y política, la irritación del entorno al sistema jurídico y a esa relación tan especial entre esos subsistemas de la que Luhmann se ocupa en *Poder*. Pero más allá de esas cuestiones, habría que preguntarse si es que esos cambios en la legislación norteamericana que regulan el aborto en aquel país, no fueron hechos bajo un

²² Neves, Marcelo. *Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit espropriateur au droit envahi*. Ob. Cit. p. 120.

²³ Ver Entrevistas a Niklas Luhmann. En CAMOU Antonio; CASTRO, José. (Coordinadores). *La sociedad compleja*. Triana editores. México, 1997. Pp. 197 y ss.

²⁴ DEFLEM, Mathieu. *The boundaries of abortion law: Systems theory from Parsons to Luhmann and Habermas*. En *Social Forces*. Vol. 73, No. 3. USA. March, 1998. p. 798.

marco jurídico y atendiendo siempre a la constitución. Si entonces, fueron bajo tales circunstancias, la hipótesis de Deflem pierde fuerza.

5.2.3 La postura de Günther Teubner

La posición de Günther Teubner radica en la elaboración de una teoría propia pero con la utilización de la teoría de Luhmann²⁵ (de algunos elementos) y con la primacía de la idea de los hiperciclos catalíticos²⁶ del bioquímico Manfred Eigen y de Schuster²⁷, ganador el primero, del premio novel en 1967. La teoría de Eigen tiene tres fases, pero la de Teubner se enfoca particularmente a la segunda que es la fase del ser no viviente al viviente, en la cual la auto-organización de la materia se comporta como un sistema que absorbe energía del medio ambiente para mantener activas ciertas reacciones y desarrollarse constantemente; Así se forman hiperciclos autocatalíticos que conservan y transmiten información en la materia.

Ahora bien, la búsqueda de Teubner, se da en términos de encontrar una postura que permita la relación entre la sociología y el derecho; Claro está, que sin caer en el extremo del puro análisis empírico de la sociedad de la primera ni en el mero estudio de las normas del segundo.

²⁵ "El Modelo posmodernista propuesto por Teubner y Willke apunta en otra dirección. En la tentativa de compatibilizar la teoría de los sistemas de Luhmann con la teoría del discurso de Habermas, se presenta la noción de Derecho Reflexivo. Este surgiría como una reacción a la diferenciación funcional de la sociedad (Luhmann) y como Constitución exterior para la auto-reflexión en los otros sistemas sociales." NEVES, Marcelo. **De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho**. Ob. cit. p. 414.

²⁶ Este proceso utilizado por Teubner en la elaboración de su teoría, proviene de la química y de la búsqueda por responder como es que se crea la vida. Eigen y Schuster, en sus trabajos, descubren que ciertos procesos químicos parecen ser la explicación de la vida. Ellos evidencian que ciertas moléculas bajo ciertas condiciones químicas tienden a unirse de cierta manera que les permite llegar a constituirse en pequeños organismos para posteriormente evolucionar y llegar a formar organismos de mayor dimensión, lo que también les permite reproducirse. Ver. EIGEN, Manfred; SCHUSTER, Peter. **The Hypercycle**. Springer-Verlag. Berlin, 1979. También, EIGEN, Manfred; WINKLER-OSWATITSCH, Ruthild. **Steps towards life**. Oxford University Press. Hong Kong, 1992.

²⁷ TEUBNER, Günther. **Le droit: un système autopoïétique**. Presses Universitaires de France. Paris, 1993. p. 46.

"Un schème stérile divise actuellement les théoriciens droit en deux camps. D'un côté, des théories normatives et analytiques s'efforcent de conserver la positivité du droit, et risquent par là même de faire perdre au droit son rapport constitutif avec la société. De l'autre côté, des approches sociologiques plus réalistes analysent les multiples imbrications du droit et de la société, mais elles n'ont pas développé les instruments conceptuels nécessaires pour satisfaire aux réels besoins du droit en termes d'autonomie."²⁸

La explicación de la separación entre sociología y derecho, viene explicada de acuerdo a dos razones fundamentales. Una es la falta de capacidad de la sociología de tomar en cuenta la complejidad que supone la teoría para entender el derecho y, la diferencia entre operación y observación del derecho.²⁹ De este modo, ni el puro análisis empírico, ni la teoría dan una explicación correcta del derecho. Esta complejidad de la sociedad es la que la mantiene en movimiento y la hace evolucionar y se presenta al interior de los subsistemas sociales, por lo que para Teubner eso explica que las teorías modernas del derecho sean de igual modo complejas³⁰, de tal suerte que se incorporan a la teoría nuevos conceptos aún desconocidos por muchos, que realzan el anti-individualismo y anti-realismo.³¹ Este último refiriéndose a la nueva concepción del conocimiento (constructivismo) que se opone a la realidad objetiva. Por su parte, el individualismo, abandona la metodología basada en acciones para sustituirla por la auto-reflexión y auto-organización.

La otra causa de la separación entre sociología y derecho, es decir, es la diferencia entre operación y observación que apoyado en la teoría de Luhmann y de Von Foerster, no es otra cosa que observación de primer y segundo grado. La sociología al observar el derecho realiza una observación de primer orden y

²⁸ Ibidem. p. 3.

²⁹ Cfr. PATERSON, John; TEUBNER, Günther. *Changing maps: Empirical legal autopoesis. Social and legal studies*. Vol. 7, No. 4. December, London, 1998. p. 453.

³⁰ Cfr. MORALES DE SENTÉN RAVINA, Carlos. *Estudios preliminares*. En BOURDIEU, Pierre; TEUBNER Günther. *La Fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del hombre editores. Bogotá, 2002. Pp. 26 y ss.

³¹ Cfr. MORALES DE SENTÉN RAVINA, Carlos. Ob. cit. p. 29

describe tal cual lo que ve, por su parte, las teorías sociológicas del derecho, observan desde una perspectiva de segundo orden, por lo cual ven en las acciones legales una tríada entre emisión, información y entendimiento como una construcción especial de sentido y conocimiento autónomo³², lo cual lleva a éstas teorías a un campo hermenéutico, que sitúa a quien trata de conjuntar estos estudios con los empíricos de la sociología en un hoyo negro dentro del triángulo de las bermudas.

Debido a la situación antes descrita, Teubner considera, para ello retomando las aportaciones de Luhmann, que la única manera de establecer un puente entre ambas es mediante la autopoiesis y la autorreferencia. Estos sistemas que se producen a sí mismos mediante su propia referencia lo hacen sin intervención del exterior, mediante una propia descripción que les sirve de orientación como si fueran programas de regulación, los cuales deben coincidir con las operaciones del sistema jurídico y favorecer la autopoiesis. Esta situación a diferencia de Luhmann, es comparada por Teubner, con una proveniente de la teoría molecular y bioquímica.³³ Así, la autorreferencialidad es vista como un proceso hipercíclico y como sinónimo de clausura organizacional que implica la autorreproducción recursiva de sus procesos. Por ello, la estabilización del sistema viene dada por la autorreferencialidad, circularidad y clausura organizacional.

Para Teubner entonces:

"Le droit est même un système social autopoïétique de second degré. Il accède à ce statut en cristallisant une clôture opérationnelle dépendante à l'égard de la société, qui est un système autopoïétique de premier degré. Cette clôture opérationnelle s'instaure par la production auto-référentielle des composantes systémiques et par leur jonction dans un hypercycle."³⁴

³² Cfr. PATERSON, John; TEUBNER, Günter. **Changing maps: Empirical legal autopoiesis. Social and legal studies**. Vol. 7, No. 4 . December, London, 1998. p. 453.

³³ TEUBNER, Günther. **Le Droit: un système autopoïétique**. Ob. cit. Pp. 27-29.

³⁴ *Ibidem*. p. 43.

De esta manera, él mismo identifica cuatro problemas que a grandes rasgos son, el problema de la autopoiesis como modelo biológico y no social (1), la cuestión de saber si el derecho es un sistema autopoietico (2), el cuestionamiento de la sociología sobre la clausura y circularidad del derecho (3) y, la integración del concepto *hiperciclo* al sistema de derecho (4). Teubner los resuelve, asumiendo que el concepto de autopoiesis no sólo debe pensarse exclusivamente para la vida, sino también es viable su aplicación en los sistemas sociales como el derecho; También, se da cuenta que si el derecho es un subsistema autopoietico, es parte de un sistema mayor (sociedad) que también es autopoietico, por lo cual, el jurídico, debe ser de diferente nivel que el social, es decir, de segundo grado. De esta manera, el derecho al producir sus propios elementos, se vuelve al mismo tiempo autónomo. Esta autonomía del sistema, comprende tres operaciones diversas que la constituyen: autoobservación, autoconstitución, autorreproducción.

Ahora bien, el concepto que diferencia a Teubner de Luhmann, en cuanto a la autopoiesis se refiere, es que el primero afirma que si los elementos constituyen elementos del sistema, entonces se encuentran ligados en ese proceso, mismo que identifica como *hiperciclo*.

Retomando la autonomía del sistema, ésta debe comprender tres operaciones diversas que la constituyen: autoobservación, autoconstitución, autorreproducción; así el sistema con su autonomía y con el proceso del *hiperciclo* cumple su auto-reproducción. Teubner lo ejemplifica así:³⁵

"Nous voudrions résumer le propos à cette synthèse: un sous-système social accroît son autonomie quand il définit ses composants systémiques (élément, structure, processus, identité, limite, environnement, performance, fonction) dans un économie auto-référentielle (=auto-observation), et lorsque cette auto-observation s'insère dans l'économie opérationnelle (=auto-constitution). Enfin, quand les composantes systémiques auto-constituées se produisent réciproquement et s'échangent dans un hypercycle (=autopoïèse)."

³⁵ Ibidem. p. 53.

La evolución de los sistemas para Teubner, proviene por la auto-observación del mismo, que luego *tematiza* produciendo así, variaciones que si son seleccionadas por el sistema y estabilizadas por el hiperciclo, se produce la evolución, misma que se refleja en las estructuras del sistema y que se da de manera conjunta entre los diversos subsistemas, hablando así de coevolución. Esta evolución conjunta se da precisamente porque los cambios sufridos por los sistemas presionan el cambio en otros sistemas, lo que obliga a establecer procesos de coordinación entre ellos y es a lo que Teubner llama *Derecho reflexivo*, que de esta manera para Teubner, el derecho orientará sus normas y procedimientos en función de la situación social.³⁶

Otra diferencia entre Teubner, Luhmann y Maturana resulta que para el primero, la autopoiesis jurídica resulta de la evolución que es subdividida en tres fases: "*le droit socialement diffus, le droit partiellement autonome au sein de la société, où le droit constitue ses propres composantes, et le droit autopoïétique à part entière, où toutes les composantes sont enchaînées dans un hypercycle.*"³⁷ El segundo, descansa su teoría en ella a partir de la publicación de *Sistema Sociales* en 1984 y de la cual ya se ha hablado y para el tercero, quien crea el concepto de autopoiesis y quien realiza este gran descubrimiento, ésta es sólo exclusiva de los seres vivos.

Teubner explica además, el derecho autopoietico, parcialmente autónomo y socialmente difuso. El primero de ellos es donde se produce el hiperciclo. A manera de ilustración lo presentamos:³⁸

³⁶ Ibidem. p. 154.

³⁷ Ibidem. p. 5.

³⁸ Ibidem. p. 60.

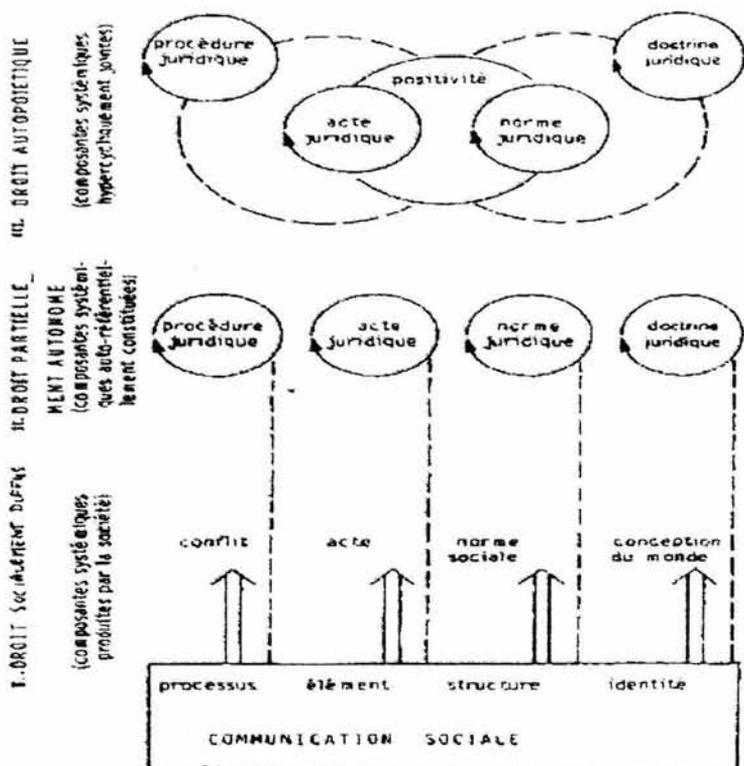


Fig. 1 — Les degrés de l'autonomie juridique

Así, ante las críticas de Teubner a Luhmann, la respuesta de este último a Teubner, es decir, que es un malentendido del primero y que de ninguna manera el concepto de autopoiesis se trata de una analogía ni de algo metafórico.³⁹ También agrega Luhmann que existe una diferenciación entre su postura y la de su crítico que se encuentra en la evolución, pues mientras que él busca explicar la evolución de los sistemas, el segundo explica la evolución del cierre de un hiperciclo.⁴⁰

³⁹ Ver: Nota a pie en LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana/ITESO/UNAM. México, 2002. p. 103.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 127.

5.2.4 La Falacia *Ignoratio elenchi*

De entre los medios que disponían los sofistas para engañar a su contrincante en la argumentación, se encuentran las falacias. Ellas se agrupan en dos vertientes: lingüísticas y extralingüísticas. Dentro de estas últimas se encuentra precisamente la de ignorancia de elenco.⁴¹ Esta falacia consiste en *"la omisión o falta cometida en contra de alguna partícula de la definición del elenco; pues, por no cumplirse todas, se falla en cumplir con el elenco, no hay auténtico elenco, se ignora. De ahí el nombre de ignorancia de elenco."*⁴² Existen cuatro modos de la falacia, destacando para ésta crítica el primero de ellos, el de respecto de lo mismo. Fray Alonso⁴³ matiza esta falacia con un ejemplo: *"cuatro es el doble de dos, y no es el doble de tres, luego es doble y no es doble, debería añadirse de lo mismo."* De esta manera para Mayda Hocevar⁴⁴, cuando Luhmann afirma que la sociedad no está compuesta de individuos cae en la falacia, sin embargo, particularmente considero que ésta nunca se presenta ya que el teutón desde un principio acentúa que, si bien no está compuesta de hombres, lo está de comunicaciones. Probablemente se haga entendible esta crítica si se cuestiona si en verdad es concebible una sociedad que no sea de individuos y más si se hace referencia también al título contundente del maestro español Izuzquiza a la obra luhmanniana *"La sociedad sin hombres."*

5.2.5 Otras críticas

Alguna observación que se le pudiera señalar a la teoría luhmanniana, sería la de afirmar que el hombre debe sacrificarse cuando sea necesario para el

⁴¹ Ver Introducción de Mauricio Beuchot en: VERA CRUZ, Fray Alonso de la. *Libro de elenco sofisticos*. UNAM. México, 1989. Pp. IX, X.

⁴² *Ibidem*. p. XXXVI.

⁴³ *Ibidem*. Pp. IX, X.

⁴⁴ *La Teoría sistémica de Luhmann: errores y peligros*. En *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. No. 17. Venezuela, 1992-1993.

sistema y que en el sistema no existe individualidad, ni justicia (no como tradicionalmente la concebimos). Este tipo de situaciones, nos lleva a preguntarnos si en verdad eso ocurre en un sistema funcional como lo es el de derecho. Tal vez el primer pensamiento que nos llegue a la mente esté cargado de conceptos como el de bien común, seguridad y justicia, pero al mismo tiempo nos hacen percatarnos de la dificultad que implican estos conceptos tanto en su definición como en su aplicación⁴⁵. Por eso nos damos cuenta que en nuestro sistema y en cualquier sistema jurídico siempre se presentan cuestiones relativas a la injusticia o a la falta de seguridad o situaciones contrarias al bien común. Pero lo que probablemente se ha olvidado decir es que en esa relación de pertenencia de un sujeto con su grupo social siempre se han dado este tipo de situaciones que nosotros catalogamos como injustas pero no son vistas así desde el punto de vista del individuo y del grupo. Y es aquí precisamente cuando podemos tomar un ejemplo de la biología para ilustrar aquello que mencionamos:

"Imaginemos un rebaño de ungulados, tal como los antílopes, que viven en terrenos montañosos. Si alguna vez hemos tenido ocasión de acercarnos a ellos, habremos notado que tan pronto nos hallamos a unos cien metros, todo el rebaño huye. Corrientemente huyen hasta alcanzar una cima un poco más alta, desde donde se vuelven a observar al extraño. Sin embargo, para pasar de una cima a otra deben pasar también por el valle que les impide la vista del visitante. Aquí se hace evidente un acoplamiento social: el rebaño se mueve en una formación que lleva al macho dominante a la cabeza, seguido de las hembras y los retoños. Cierran el rebaño otros machos, uno de los cuales se rezaga en la cima más cercana y mantiene al extraño a la vista mientras los demás descienden. Tan pronto han alcanzado la nueva altura, se les une."⁴⁶

En una primera impresión, el ejemplo anterior nos podría hacer referencia a una función particular del antílope en el grupo (retaguardia) o a un sacrificio de un

⁴⁵ Al respecto "El bien común y la justicia son líneas directrices que no pueden ser jamás completamente realizadas por el derecho positivo, por que le son trascendentes." LEFUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE. *Los Fines del Derecho*. 3ª edición. Traducción de Daniel Kuri Breña. UNAM. México, 1997. Pp. 74, 75.

⁴⁶ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. Ob. cit. Pp. 161,162.

individuo para con el grupo, es decir, como una acción *altruista*⁴⁷ que está en franca oposición de una acción egoísta que busca sólo la realización individual en una competencia con el otro. Pero para Maturana y Varela, la acción del antílope que busca desarrollar su individualidad en el grupo es altruistamente egoísta y egoístamente altruista ya que la condición para que el antílope se pueda desarrollar de manera individual necesita de su pertenencia al grupo que lo integra.

Aquí lo interesante, es que la pregunta que nunca surge con este tipo de ejemplos es que si la función del antílope fue designada, ganada, o fue algo totalmente altruista; Si fue designado el rol, la acción de hacerlo podría ser injusta (visto esto por un observador externo) ya que cualquiera a quien le hubiese tocado desempañoarlo corría el riesgo de morir para beneficiar al grupo. Si fue ganada o altruista la función de ser el vigía que cubría la retirada del grupo, entonces surge la cuestión (si pudiéramos aplicar este ejemplo en sistemas sociales humanos) de la racionalidad y de ¿quién está dispuesto a dar su vida para que el grupo subsista?. En este momento dar una respuesta sería muy aventurado y no pretendo hacerlo, sino subrayar el hecho de que algunas situaciones son inmanentes a todos los seres vivos⁴⁸ (incluyendo a los seres humanos), como el hecho de la realización individual y grupal al mismo tiempo; esto es, que para que el individuo tenga oportunidad de desarrollarse, de sobrevivir, etc., necesita del grupo y este último necesita de los individuos.

Por lo tanto podemos decir que la idea de la individualidad es siempre importante en un sistema ya que la acción individual de uno de los elementos termina beneficiando a todo el grupo y que situaciones similares se presentan tanto en el reino animal como humano. Pero también podemos hacer notar que para que el grupo pueda subsistir es necesario que algunos elementos cumplan

⁴⁷ "... acciones que pueden ser descritas como con efectos de beneficio colectivo." MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. Ob. cit. p. 170.

⁴⁸ "Todas estas consideraciones son también válidas en el dominio humano." MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. Ob. cit. p. 171.

unas funciones que ponen en riesgo su integridad para beneficio del sistema. Así, en un sistema social podemos encontrar un ejército, donde aquellos que lo conforman (aquí hablamos de una acción grupal, pero en su inicio es una acción individual) saben que ponen en riesgo su individualidad para beneficio de los demás y del sistema. Sin embargo esta idea del ejército no se cuestiona tanto a pesar que se sabe que quien lo integra pueda perder la vida si es que es llamado a combate. Y esto se hace, porqué normalmente el ejército se integra por quienes se enlistan de manera voluntaria (¿acción altruista?), aunque en tiempos de guerra, cualquier ciudadano en condiciones pueda ser llamado a combatir.

Si entonces algunas situaciones de carácter altruista y egoísta se presentan tanto en sistemas sociales de tipo animal como en humana ¿por qué entonces el miedo de aceptar una explicación que nos da la teoría de sistemas de Luhmann? Quizás esto sea por el hecho de pensar que ideas del maestro teutón son prescriptivas; sin embargo, él siempre dijo que su teoría era sólo descriptiva de cómo él observaba a la sociedad.

Como podemos darnos cuenta, existen a diario en nuestra sociedad, situaciones contrarias a la seguridad y también a la justicia; Ahora bien, no pretendo justificar esos hechos invocando el bien común ni tampoco un beneficio a al sistema sino de explicar que eso sucede dada la naturaleza falible del ser humano. También puedo argüir que quien sufre de hechos contrarios a la justicia no necesariamente está actuando de manera altruista para bien del sistema, por ejemplo ¿quién estaría dispuesto a pasar varios años en prisión por un crimen que no cometió? o ¿quién está dispuesto a pagar dos veces el impuesto sobre la tenencia vehicular para beneficiar la hacienda pública?. Es claro que ninguno estaría dispuesto a hacerlo, sin embargo eso puede suceder con frecuencia en cualquier tipo de sistema jurídico del que sea que hablemos, ya sea anglosajón, romano, árabe, japonés, etc. o ¿es que existe o ha existido un sistema jurídico infalible?. Cabe entonces mencionar que no pretendo justificar esta situación, sólo explicarla. Ahora bien, dando una respuesta negativa a esta pregunta entonces lo

que nos queda es decir es que el sistema jurídico necesita de sus errores para aprender, necesita de ellos para cambiar, para evolucionar, para perfeccionarse, para tratar de que esas injusticias sean cada día menos y es cuando crece la importancia de la teoría luhmanniana, pues insistiendo en su carácter descriptivo, esta teoría pretende decir que quien sienta que el sistema jurídico le perjudique mediante alguna disposición, está en su pleno derecho de actuar y defenderse y, nunca de aceptar tal situación contraria a derecho.

Reiterando sobre la posición del individuo como entorno de la sociedad en la teoría luhmanniana, vemos que el entorno esta en un estrecho intercambio con el sistema (interpenetración) de esta manera aquello que suceda en el entorno puede ocasionar una reacción en el sistema, de esta manera si algún individuo tiene algún tipo de problema con la programación del sistema jurídico está en condiciones de exigir su derecho y de alguna manera beneficiar al sistema si es que provoca una modificación en la programación de dicho sistema. *"Une modification dans l'environnement comporte toujours quelque réaction dans le système..."*⁴⁹. Al respecto y de acuerdo con el maestro teutón, José Luis Hoyos Arena menciona: *"Los cambios sociales no ocurren por cataclismos sociales o políticos, modos de producción o evolución histórica: el cambio social es cotidiano y continuo."*⁵⁰

En términos luhmannianos y como ya se ha visto en el capítulo tercero del presente trabajo, el sistema social nunca deja de reconocer la importancia de los individuos, al grado que el teutón, menciona formas de proteger sus derechos fundamentales, por lo que entonces una crítica que pondere la primacía del sistema sobre los individuos queda excluida.

⁴⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann*. En *Droit et société*, Paris. N° 11-12, 1989. p. 32.

⁵⁰ *La herencia teórica de Luhmann*. En *Estudios Políticos*, México, D.F. 4ª época, No. 19. septiembre-diciembre, 1998. p. 209.

5.3 La Postura de Habermas

Habermas, un ilustre pensador y filósofo alemán, representa sin duda uno de los mayores críticos de Luhmann. Algunos de los temas que Habermas crítica de la teoría luhmanniana son el sentido, ideología, verdad, unidad entre teoría y praxis y teoría evolutiva, es decir, son críticas a su teoría general. Pero, al contrario, las críticas de Luhmann⁵¹ a Habermas residen en cuestionarle la función integradora del derecho⁵², pues para el de Bielefeld, lo que vincula colectivamente no es el derecho sino las decisiones políticas. *“La función que ha provocado la diferenciación del sistema político puede caracterizarse como el empleo de la capacidad de imponer decisiones vinculantes.”*⁵³

De esta manera, para su explicación, podemos dividir las críticas de Habermas a Luhmann en dos, aunque en realidad y como se verá, es sólo para fines del presente trabajo, ya que ambas se mantienen siempre vinculadas y se ven al final cómo una sola. Por lo que entonces, se señalarán de manera inicial las críticas a la teoría de sistemas para llegar a las específicas del derecho.

Habermas, es sabido, mantuvo una discusión con Luhmann a finales de los años sesentas y principios de los setentas, que se vio reflejada en una obra en la que ambos participan como autores, ella es, *Teoría de la Sociedad o Social tecnología*. Pero también encontramos en diversas obras de ambos germanos, críticas mutuas de las que nos interesan ahora sólo las formuladas a Luhmann.

Podemos iniciar, tomado en cuenta la racionalidad comunicativa de Habermas, diciendo, que éste comienza su crítica sobre el funcionalismo luhmanniano como el único camino para racionalizar decisiones. Para describirla,

⁵¹ En este punto nos distanciamos de la postura de Arnaud Y Fariñas que señalan que para Luhmann el mayor factor de cohesión es el derecho. Cfr. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Ob. Cit. p. 115.

⁵² Ver notas al pie en LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana/ITESO/UNAM. México, 2002. Pp. 182, 183.

⁵³ LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Traducción de Fernando Vallespín. Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 94.

primero se analiza la teoría del de Bielefeld, donde de acuerdo al crítico, la teoría de sistemas parte de una respectiva de la cibernética donde la pretensión es, para no caer en una transferencia de modelos cibernéticos a los sistemas sociales, que sea aplicable tanto a máquinas, organismos y sistema sociales por lo que es necesario generalizar conceptos e introducir el sentido como concepto básico de la sociología.⁵⁴

"Luhmann se percató muy bien de que la teoría de sistemas, cuando se transfiere del ámbito de los sistemas orgánicos al ámbito de los sistemas sociales, pierde su utilidad empírico-analítica. Sin embargo, trata de sustraerse a la consecuencia que se sigue de este hallazgo: la de que el problema básico que por fuerza el modelo cibernético ha de partir, a saber, el problema de la autoestabilización, no atina suficientemente con el problema fundamental de los sistemas sociales."⁵⁵

Una de las primeras formas entonces introducidas por Luhmann es la de sistema/entorno, en la cual, de acuerdo a Habermas, no deja de estar presente la relación que se puede formular con los temas biológicos, ya que una díada de tal magnitud, implica una delimitación que es claramente observable en los organismos sobre todo cuando se habla de límites físicos; por lo cual, se vuelve necesario el concepto de sentido sobre todo cuando el sistema tiene que eliminar la complejidad del mundo. Continuando con las críticas, valiéndose de ello de la biología⁵⁶, Habermas acentúa el problema de la variabilidad de las estructuras⁵⁷,

⁵⁴ Cfr. HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1990. p. 312.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*. p. 327.

⁵⁶ Ante esta crítica parece importante mencionar el comentario vertido por el Doctor Torres Nafarrate a las críticas de Habermas sobre el concepto de sistema, entorno y complejidad donde él las entiende conforme al organismo. *"Habermas inventa su propia teoría de sistemas y después se la adjudica a Luhmann. Esta manera de proceder facilita la crítica; pero deja entrever la poca atención concedida a los conceptos originales. No cabe duda: los grandes autorregulan sus propias concesiones. En este apartado y en el siguiente tomo el hilo discursivo y hasta el modo de decir de Habermas, pero lo vació a categorías luhmannianas. El resultado es radicalmente diverso. Uno se persuade: los dos están hablando de cosas distintas."* Nota al pie en: CAMOU, CASTRO (coordinadores). **La sociedad compleja**. Triana editores. México, 1997. p. 23. Sobre las críticas de Habermas ver: HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales**. Ob. cit. Pp. 312 y ss.

⁵⁷ Habermas crítica también la utilización de la teoría de la evolución en los sistemas sociales de su coterráneo, pues de acuerdo a él, se renuncia dar explicaciones de la evolución de la sociedad.

conservación y delimitación de los sistemas por lo que afirma que es entonces cuando la teoría se ve en la necesidad de recurrir a la relación función-estructura donde las estructuras tienen la función de reducir complejidad del mundo.⁵⁸ El sentido entonces que tiene la función de reducir la complejidad es objeto de varios ataques.

"La reducción de la complejidad en el sentido de descarga de los sistemas sociales significa, por tanto, neutralización de la complejidad del mundo simbólicamente aprehendida, es decir, neutralización de la complejidad propia excedente, y no desbaste de la complejidad del mundo. Si no me equivoco, Luhmann no se ha percatado de esto con suficiente claridad. Pues aquí se muestra que los conceptos básicos de la cibernética se quedan cortos al aplicarlos a los problemas de los sistemas de acción: las categorías se toman multívocas."⁵⁹

Para Habermas, el error de Luhmann en el concepto de sentido, es que mientras él lo utiliza en la teoría de acción comunicativa, es decir, en el lenguaje, el de Bielefeld lo introduce a los mismos sistemas⁶⁰, donde lo confunde y no distingue claramente con la información.⁶¹ Habermas de este modo rechaza que el sentido este excluido de la relación intersubjetiva y que se puede manifestar de diversos modos como en el lenguaje, acciones corporales y oraciones.⁶²

Otra crítica de Habermas, recae en el concepto de verdad de su antagonista teórico, pues él, considera que la verdad no es sólo un medio de comunicación generalizado de la ciencia y que tiene las mismas funciones que el poder, dinero o amor sino que la verdad va unida a los enunciados con

Ver **La Reconstrucción del materialismo histórico**. Traducción de Jaime Muñiz y Ramón Cotarelo. Editorial Taurus, Madrid, 1985. Pp. 205 y ss.

⁵⁸ Cfr. HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. Ob. cit. Pp. 315 y ss.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*. p. 322.

⁶⁰ *"La comunicación en el lenguaje ordinario, que es el único lugar donde en que puede engendrarse y entenderse el sentido..."* HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. Ob. cit. p. 343.

⁶¹ Cfr. *Ibidem*. Pp. 339-343.

⁶² Cfr. *Ibidem*. Pp. 349-353.

pretensiones de validez, que encontramos en los discursos y que buscan el consenso. Y es precisamente en este momento en que podemos trasladar las diferencias entre ambos autores y especialmente las críticas de Habermas a Luhmann, utilizando el sentido, verdad y consenso sobre la concepción del derecho.

"Luhmann, al ignorar la inmanente conexión retroalimentativa que se da entre sentido y validez universal, y la promesa que ello implica en punto a la posibilidad de razonar las pretensiones de validez en el medio del discurso, no sólo neutraliza las pretensiones de validez teóricas, sino también las pretensiones de validez práctica vinculadas a las normas."⁶³

La obra sobre derecho habermasiana encuentra en su máxima expresión en *Facticidad y Validez*. En ella, su autor, plantea la validez de las normas jurídicas en dos dimensiones.⁶⁴ La facticidad o aceptación de las mismas (y la respectiva coacción en caso de incumplimiento) y la validez, apoyada en la legitimidad racional. De esta manera, la función integradora del derecho se obtiene para él, en la legitimidad de las normas (que los destinatarios se sientan creadores de las mismas). *"El proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social."⁶⁵* Ante esto, García Amado⁶⁶ subraya dos problemas de esta postura. La primera tiene que ver con esta integración en la dimensión fáctica, de manera que entonces, las normas a las que no se sienten creadores los destinatarios (que no existe un proceso legislativo democrático) no serían por ende cumplidas. La segunda es en el aspecto normativo, es decir normas creadas por un proceso participativo, mediante un discurso racional. El problema se torna entonces procedimental, al entrever que las normas sin él son entonces ilegítimas.

⁶³ Cfr. *Ibidem*. p. 380.

⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2ª edición. Editorial Trotta. Madrid, 2000. Pp. 90 y ss.

⁶⁵ *Ibidem*. P. 94.

⁶⁶ Cfr. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1997. Pp. 20 y ss.

Esta tensión entre facticidad y validez se traslada al ámbito externo donde el poder político se organiza como Estado de derecho y desconoce esa dualidad resaltando el ámbito fáctico como lo hace la sociología o resaltando el ámbito de legitimidad. El ámbito fáctico, es examinado por Habermas mediante el análisis de la teoría de Luhmann. En este sentido podemos encontrar algunas críticas del heredero de la escuela de Frankfurt al segundo.

Una de ellas y al mismo tiempo, la primera consecuencia de la teoría de sistemas, es que según el discípulo de Adorno, para Luhmann, la sociedad es policéntrica sin base y sin cabeza, donde los subsistemas de ésta, se encuentran en un plano horizontal sin la posibilidad de intervenir directamente unos sobre otros, para lo cual se apoya en la crítica (a la autopoiesis) y teoría de Günther Teubner (sobre las interferencias).⁶⁷ Para precisar lo anterior, debo entonces mencionar⁶⁸, que la sociedad es vista de manera circular en la teoría de sistemas, por lo que en verdad no tiene centro o un sistema más importante que otro. Sin embargo, debiera recordarse que los sistemas al ser entorno unos de otros tienen la posibilidad de acoplarse estructuralmente e irritarse, lo cual si bien no es ninguna influencia directa si lo es de manera indirecta.

La segunda consecuencia y crítica es la referente al no aprendizaje de las expectativas normativas. A ello se puede responder que el aprendizaje lo adquiere el legislador de sí la expectativa ha sido desilusionada de tal modo que tenga que hacerlo, de otra manera, el juez también aprende si ha de imponer una sanción o no a quien se le imputa una determinada conducta. Por ello, ante el caso de que alguien desilusione una expectativa (infrinja una norma) no puede esperarse que el sistema la cambie por ello ni que tampoco deje de aprender.⁶⁹

⁶⁷ Cfr. HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2ª edición. Editorial Trotta. Madrid, 2000. Pp. 110 y ss.

⁶⁸ Ni a tal afirmación, ni a anteriores ni a las siguientes de Habermas, pretendo criticarlo ni tampoco acudir como defensor del de Bielefeld, sino sólo hacer precisiones que sitúen en una mejor posición a ambas posturas.

⁶⁹ No se puede esperar que porque un sujeto no está de acuerdo en no poder estacionar su vehículo en una avenida rápida sumamente transitada, el sistema deba cambiar tal disposición jurídica (aprenda) y permita que cualquiera lo pueda hacer.

Finalmente, está la consecuencia de la no vinculación de la sociedad por medio del sistema jurídico. A lo cual de inicio y como ya se mencionó en el capítulo anterior, no es función del sistema jurídico sino del político (producir decisiones vinculantes). Y precisamente tal observación de Habermas viene dada de su concepción distinta de legitimidad donde las disposiciones deben ser creadas mediante el discurso, argumentación y consenso. *“...para Habermas...más allá del medio del medio de la argumentación racional no hay posibles fundamentos de validez normativa.”*⁷⁰

Posteriormente, en un sentido descriptivo, Habermas analiza la validez de los sistemas jurídicos, argumentando que tal validez basada en la visión positivista es insuficiente y errónea al desconocer la legitimidad.⁷¹ Aquí es, donde a juicio de García Amado se encuentra la aportación más importante de Habermas en la relación de la teoría del discurso con el derecho.⁷² Ya que ahora, el derecho libre del encadenamiento de la religión, es un campo fértil para la acción comunicativa, en donde el entendimiento es fuente de legitimidad de las normas. Y en donde los sujetos se presuponen autónomos para poder construir mediante la acción comunicativa y consenso tales normas de derecho.

Habermas entonces, encuentra un vínculo entre moral y derecho a través de la legitimidad, el cual no es dado por jerarquía sino mediante complementariedad. La teoría discursiva de la moral se enfoca a la humanidad y el derecho a una comunidad. Así se reconocen ciertos derechos que son denominados como *fundamentales*, los cuales no deben ser abandonados si se quiere tener un ordenamiento jurídico como legítimo. Estos son cinco:

⁷⁰ WELLMER, Albrecht. *Ética y Diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*. Traducción de Fabio Morales. Anhorpos/UAM. Barcelona, 1994. p. 79.

⁷¹ Habermas crítica al positivismo por cerrazón a la moral, ya que esto le impide al derecho una explicación clara de legitimidad. Por la misma razón, crítica a Weber y su explicación sobre materialidad y formalidad del derecho. Ver. *Derecho y Moral* en SOBREVILLE, David. *El Derecho, la política y la ética*. Siglo XXI editores/UNAM. México, 1991. Pp. 15 y ss.

⁷² Cfr. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Ob. cit. p. 24 y ss.

- 1) De libertad de acción. La cual se restringe o limita en cuanto a la libertad de acción del otro.
- 2) De regulación en una sociedad concreta. El derecho creado en una sociedad regula las interacciones en ella y no en otra sociedad.
- 3) De acceso a tribunales.
- 4) De acceso a la política en la que los ciudadanos puedan sentirse autores de ordenamiento jurídico.
- 5) De condiciones de vida.

La aplicación del método discursivo al derecho da como resultados que los tres primeros derechos fundamentales garantizan un derecho legítimo.

En cuanto al poder político, éste no se legitima con el derecho sino mediante con su vinculación con el derecho legítimamente establecido.

Finalmente, Habermas en un complemento a su obra *Facticidad y validez*, pone en entredicho la autonomía sistémica de la obra luhmanniana, para lo cual parte de algunos puntos específicos. El primero lo subdivide también de igual manera, comenzando por señalar de nueva cuenta el no aprendizaje de las expectativas normativas (a), para destacar la diferenciación funcional de los sistemas, su consecución de autonomía y la paradoja que representa la legitimidad en el derecho (b) y por último subraya la circularidad sistémica donde el derecho es lo que él mismo produce, enfatizando la falta de consenso en el sistema y en términos habermasianos, la no legitimidad del derecho ni su efecto vinculante por medio de la teoría del discurso.

En el segundo punto, se pone en tela de juicio la autonomía sistémica que también es generada por el código jurídico, el cual debe permanecer inmutable, dejando que las innovaciones al sistema recaigan en los programas y por ende, acentuando en la tautología del sistema. Dejando así la crítica a la paradoja del sistema en el último punto.

4.3.1 Sobre el Consenso

*"Para Habermas, la existencia de sociedad es posible gracias a que es factible el entendimiento entre los sujetos a través del lenguaje."*⁷³ Con esta frase, el Maestro García Amado describe una diferencia radical entre Habermas y Luhmann. Mientras que para el primero la sociedad compuesta de sujetos, es posible gracias a la comunicación mediante la cual se buscan consensos, para el segundo es totalmente lo contrario.

Si para Habermas la comunicación en última instancia busca el acuerdo, entonces tiene que ser formulada con ciertas pretensiones de validez.

Habermas habla de la idea del consenso en la construcción del derecho, sin embargo, ¿de qué nos sirve la búsqueda del consenso (en la cual no cree Luhmann) si al final nos seguiremos apoyando en el derecho para la resolución de controversias?. A este respecto Gramsci señala que a mayor consenso menor coacción; cabe entonces preguntarnos por la función del derecho cuando el consenso se ha impuesto en una sociedad.

Para Luhmann, el derecho no puede basarse en la idea de consenso porque los sistemas crean derecho de acuerdo a lo que ellos mismo dictan, de tal manera que el derecho es lo que derecho dice que es. De esa manera, el derecho sólo puede producirse en el sistema jurídico y no en el entorno (hombre), por lo que no se podría hablar de una racionalidad comunicativa sino sistémica.

⁷³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1997. p. 77.

5.3.2 La Sociedad sin Hombres

Me permito utilizar esta frase del maestro Izuzquiza que permite describir desde el mismo título una de las críticas que se presentan a menudo en contra de la teoría luhmanniana, que es la de una sociedad no compuesta por hombres sino por comunicación. En este punto, Luhmann opta por la comunicación como punto esencial en su teoría porqué en ella se incluye a la acción. Ante esta situación Habermas lo cataloga de utilizar un antihumanismo metodológico.⁷⁴

Lo que Luhmann intenta al decir que el hombre es el entorno de la sociedad es que los subsistemas que la conforman funcionan o parecen hacerlo sin intervención del hombre, parecen ser autónomos y autopoieticos. Por eso aclara que:

"No nos obstinamos en el absurdo de afirmar que haya derecho sin sociedad, sin hombres, sin las condiciones físico-químicas de nuestro planeta. Únicamente afirmamos que el sistema produce las relaciones con dicho entorno a partir de sus propios impulsos, a partir de la efectuación de sus propias operaciones; estas operaciones son posibles gracias a la integración de una urdimbre recursiva que designamos como clausura. Más brevemente: la apertura es viable sólo sobre la base del cierre."⁷⁵

Hay que considerar entonces que sin hombres como entorno no habría sociedad, es decir, un sistema no puede existir sin un entorno, ambos se necesitan, ambos se diferencian.⁷⁶

El trabajo de Luhmann al igual que el de Habermas está marcado por las consecuencias de las atrocidades observadas en la segunda guerra mundial,

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Taurus, argentina, 1989. p. 444.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Ob. cit. p. 132.

⁷⁶ Cfr. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. 2ª edición. Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. Barcelona, 1998. p. 15.

mismas que fueron presenciadas vívidamente por ambos, quizás el primero al ser llamado a filas por el nazismo vio más de cerca el exceso y la perversidad.⁷⁷ Por ello, su necesidad de ubicar al ser humano fuera de la sociedad y de trabajar contra la razón ubicada en el ser humano (que puede causar grandes abusos y daños como los de la segunda guerra mundial) y de ubicarla en el sistema a diferencia de su crítico Habermas quien pretende revalorizarla mediante la crítica. Por tal razón Luhmann enfatiza:

*"...uno se pregunta por qué la colocación de los seres humanos en el ambiente del sistema de la sociedad...es vista con tan malos ojos y se rechaza tan enérgicamente. Esto puede deberse en parte al lastre heredado de la tradición humanista., lo cierto es que orientándose por «representaciones humanas» se han tenido tan malas experiencias, que ante ellas se debería estar prevenido. Con demasiada frecuencia las representaciones sobre los seres humanos han servido para, mediante referencias externas, endurecer asimetrías de roles y apartarlas de la disposición social. Al respecto puede pensarse en las ideologías de la raza y en la distinción entre elegidos y malditos, en la doctrina prescrita por el socialismo, o en lo que significan para los norteamericanos la ideología melting pot y el American way of life. Nada de esto estimula a la repetición o siquiera a realizar reediciones modificadas. Todas las experiencias hablan a favor de la elaboración de teorías que nos protejan de los humanismos."*⁷⁸

Es importante también considerar que el hombre entonces como entorno de la sociedad ya no es ubicado estáticamente en un solo subsistema e inamovible de él.

⁷⁷ Si bien es cierto que Luhmann fue llamado a filas por el régimen nazi, nunca combatió, ya que fue capturado por los norteamericanos y hecho prisionero. Después de la guerra, trabajó en el Ministerio de Educación y Ciencia durante seis años donde como el mismo lo dice, trabajó en tareas dedicadas a reparación de daños del régimen nazi. Ver: Entrevista por Javier Torres Nafarrate y Guillermo Zermeño Padilla en CAMOU, CASTRO (coordinadores). **La sociedad compleja**. Triana editores. México, 1997. Ver también una breve biografía en GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Ob. cit. Pp. 9 y ss.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia**. Traducción de Josexto Beriain y José Ma. García B. editorial Trotta. España, 1998. p. 228.

*"...en el caso de una diferenciación funcional la persona individualizada ya no puede seguir siendo radicada permanentemente en un subsistema de la sociedad —y sólo en uno—, sino que tiene que ser concebida y considerada como un ser inestable socialmente, es decir, sin un lugar fijo y único en el que radicarse."*⁷⁹

Por su parte, Teubner también ubica al hombre al igual que Luhmann y en gran medida, debido a que parte de la teoría de sistemas de éste para construir la suya, así escribe contundentemente que su propósito es romper el paradigma del hombre en la sociedad para entonces considerar por separado a dos esferas distintas, comunicación social y pensamiento humano, que sin embargo, si se mantienen unidas mediante la observación recíproca, interpenetración y coevolución.⁸⁰

5.3.3 ¿Pensamiento trágico y Posmoderno de Luhmann?

En cuanto a la tesis que señalan los seguidores de Habermas sobre el carácter determinista y fatal de Luhmann, podemos volver a señalar que la teoría de sistemas de la cual se sirve Luhmann para crear su teoría, es en primera instancia no determinista sino explicativa y por ende descriptiva. Esta postura sobre el pensamiento Luhmanniano proviene probablemente de una confusión entre la labor de la sistémica y la labor de la analítica; Esta última sí busca la predictibilidad en los fenómenos que estudia y al mismo tiempo y por necesidad se vuelve determinista. A este respecto, Luhmann asienta desde un principio su interés por dar explicaciones y descripciones y no por predicciones las cuales no se pueden dar sobre todo en sistemas tan complejos como lo es el social. Por lo

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *El amor como pasión. La codificación de la intimidad*. Traducción de Joaquín Adsuar Ortega. Ediciones Península. Barcelona, 1985. P. 16.

⁸⁰ Cfr. TEUBNER, Günther. *Le Droit: un système autopoïétique*. Ob. cit. P. 73.

tanto, el afirmar que el maestro de Bielefeld es trágico⁸¹, no es del todo acertado ni desde el punto de vista de la teoría de sistemas.⁸²

En cuanto a la situación de que el pensamiento de Luhmann se incrusta en la posmodernidad⁸³, podemos decir que ésta como una de sus características tiene un alto grado de diferenciación⁸⁴ y Luhmann⁸⁵ sobre esto opina: *“Es importante para la evolución social, así como para el análisis teórico de la sociedad, el que sólo unas pocas formas de diferenciación puedan ser desarrolladas.”* Estas formas de diferenciación son funcionales:⁸⁶

“La sociedad como un todo se transforma en dirección a la diferenciación funcional cuando introduce la educación obligatoria para todos, cuando toda persona (noble o plebeyo, cristiano, judío o musulmán, niño o adulto) tiene el mismo status legal, cuando el público asume la función política de ser electorado, cuando a todo individuo se le reconoce la capacidad de elegir o de no elegir un compromiso religioso y cuando todo el mundo, dados los recursos necesarios, puede comprar cualquier cosa y pretende conseguir cualquier ocupación.”

De esta manera si sólo unas cuantas formas de diferenciación entre las personas son llamadas dentro de la sociedad, se dejan a un lado las pretensiones erróneas que vemos en la actualidad como el racismo y la limpieza étnica que

⁸¹ Una serie de críticas apoyadas en el pensamiento habermasiano y de entre ellas las del pensamiento trágico e irreversible de Luhmann, fueron expresadas por el Maestro Arturo Berumen Campos en una conferencia dada por él, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales el 28 de Noviembre del 2000. Algunas otras críticas se pueden encontrar en BERUMEN CAMPOS, Arturo. *La ética jurídica*. Cárdenas editor. México, 2000.

⁸² Más información sobre la Teoría de Sistemas la podemos encontrar en REZA, Germán A. de la. *Teoría de Sistemas. Reconstrucción de un paradigma*. Universidad Autónoma Metropolitana/Miguel Angel Porrúa Editor. México, 2001.

⁸³ *“Luhmann’s critique of Habermas brings systems-theory into close connection with postmodernism in general and Derrida in particular.”* ROBERTS, David et al. *Reconstructing theory. Gadamer, Habermas, Luhmann*. Melbourne University Press. Melbourne, 1995. p. 88.

⁸⁴ Esta característica la señala en especial Manuel Herrera Gómez. *Representaciones de la sociedad: de la modernidad a la posmodernidad*. En *Papers*, No. 61. Barcelona, 2000. p. 164.

⁸⁵ *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Traducción de Josexto Beriain y José María García Blanco. Editorial Trotta. España, 1998. p. 75.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 86.

tanto daño causaron y lo siguen haciendo en la actualidad. Por eso, el ser humano considerado como entorno de la sociedad le da al primero, más libertades en todos los ámbitos posibles. Se puede agregar a esto, que las expectativas generales de conducta son eso, generales, misma característica que choca con el posmodernismo al buscar una pluralidad inclusive en la legislación.⁸⁷ Al respecto Neves⁸⁸ opina: *"La crítica a la noción luhmanniana de la autopoiesis del sistema jurídico se desenvuelve sobre todo entre los autores vinculados a la concepción posmodernista del derecho."*

Pero quizás, el situar a la teoría de Luhmann como posmoderna por muchas razones, tiene un punto de apoyo muy importante en las obras de Habermas, donde a través de su teoría del discurso y búsqueda del consenso afirma que este proyecto⁸⁹ al que se llama *modernidad*⁹⁰ está todavía inacabado y, que la razón puede seguir considerándose fundada en los individuos y no cómo piensa Luhmann, en los sistemas.⁹¹

Así se puede percibir, que uno de los grandes intereses de Habermas, es construir una propuesta universal basada en la comunicación que a su vez es fundada en la razón. Esta razón es razón comunicativa cuyo opuesto se encuentra en la razón práctica.

"La racionalidad comunicativa no es como la forma clásica de la razón práctica, una fuente de normas de acción. Sólo se tienen un contenido

⁸⁷ El mismo Luhmann menciona: *"Si existe una relación entre la teoría de la posmodernidad y la teoría de sistemas, es la renuncia a criterios absolutos. Todo criterio absoluto significa la discriminación social entre quienes lo siguen y quienes no."* Entrevistas a Niklas Luhmann. En *La sociedad Compleja*. Ob. cit. Pp. 236, 237.

⁸⁸ *De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho*. Ob. cit. p. 413.

⁸⁹ Luhmann hace una crítica a este respecto; al relacionar la racionalidad y la modernidad, esta última prometía un mejor futuro y se hace notorio que el futuro es imprevisible porque es precedido por la contingencia y por la postura anticausalista del mismo Luhmann. Cfr. *Observaciones de la Modernidad*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona, 1997. p. 125.

⁹⁰ Ver HABERMAS, Jürgen. *El Discurso filosófico de la modernidad*. Ob. cit.

⁹¹ Ver. *Excursus sobre Niklas Luhmann: apropiación de la herencia filosófica del sujeto en términos de teoría de sistemas*. En *El Discurso filosófico de la modernidad*.

*normativo en la medida que quién actúa comunicativamente no tiene más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico.*⁹²

Podemos ver y constatar que el problema entonces entre ambos autores, podemos simplificarlo al lugar de residencia de la razón.⁹³ Este problema de la crisis de la razón es al que se ha enfrentado la díada modernidad-posmodernidad. La última destacando a la tecnología como la rectora de la civilización y de su autonomía. Es por ello, que la escuela de Frankfurt, a la cual se le liga en un inicio a Habermas⁹⁴, se da a la tarea: *"De oponer a la racionalidad dominadora de la tecnología la racionalidad emancipadora de la crítica. En ese sentido es que la escuela de Frankfurt se sitúa frente a una "Teoría tradicional" juzgada superada e incompetente.*⁹⁵

Frente a Habermas, se sitúa entonces a Luhmann como un pensador que si bien reubica a la razón, lo hace de su lugar tradicional, el sujeto, al nuevo, el del sistema. Sin embargo, eso no puede ser un indicio único de catalogación como

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez**. Ob. cit. p. 66.

⁹³ David Sobrevilla opina que el principal interés de Habermas en temas jurídicos reside en la pregunta weberiana de la racionalidad del derecho. **El Derecho, la política y la ética**. Siglo XXI Editores/UNAM. México, 1991. p. 75. Esta opinión no es casual, sino que deriva de algunas características propias de la escuela crítica, en la cual se inició Habermas. Ver HERRERA GÓMEZ, Manuel. **Representaciones de la sociedad: de la modernidad a la posmodernidad**. En *Papers*, No. 61. Barcelona, 2000.

⁹⁴ *"Habermas, sale del callejón sin salida de la razón instrumental desarrollando su "razón comunicacional", que rebasa la relación sujeto/objeto para desplegarse en el intercambio entre sujetos y articular un pensamiento crítico que introduce de nuevo los valores normativos contra el pensamiento nihilista, apóstol del "todo se vale" y del "no futuro", cómplice del conservadurismo más sospechoso.*

Habermas, último mohicano de una defensa racionalista de la modernidad, a la vez heredera (crítica) de la Escuela de Frankfurt y gran lector de sus opositores del frente "nihilista" francés, de Foucault a Baudrillard. Atento a las crisis contemporáneas, su reflexión a la vez filosófica, sociológica y política se niega a rechazar las nociones desarrolladas en el siglo XVIII e intenta redefinir comunidades morales y sociales en función de una nueva racionalidad fundada en la comunicación. La modernidad es un proyecto portador de emancipador del sujeto cuya terminación pasa por la recuperación de la división de las esferas del saber, de la moral, y del arte y por la confianza en el lenguaje como factor de inteligibilidad universal y de consenso políticosocial."

NOUSS, Alexis. **La Modernidad**. Publicaciones Cruz. México, 1997. p. 79.

⁹⁵ NOUSS, Alexis. Ob. cit. p. 78.

posmoderno.⁹⁶ Quizás el uso de las teorías provenientes de diversas ciencias puedan ayudar a tal adjetivación, pero como dice Nouss "El pensamiento actual de la modernidad, frente a la complejidad de la época, parece no poder privarse de las aportaciones de la ciencia moderna..."⁹⁷ De esta manera, explica además recurriendo a Chesneaux, que la ciencia actual se apoya en Bertalanffy, Prigogine, y de temas como lo complejo, el caos, etc.⁹⁸

Pero también podemos agregar que la calificación a la teoría luhmanniana de posmoderna reside, en lo que acotábamos con anterioridad, el binomio consenso/disenso y sobre todo, por el método empleado por los posmodernos: el constructivismo.

Otra ejemplificación de la posmodernidad nos la proporciona Manuel Herrera⁹⁹ al dar dos significaciones de ella. La primera de ellas hace alusión a la muerte de la modernidad a causa del proyecto ilustrado y, la segunda consiente de la crisis de la modernidad, la revalora en una nueva etapa, la posmoderna. Si entonces, uno de los puntos de partida de Luhmann es su crítica al racionalismo ilustrado bien podría entenderse como circunscrita a la primera acepción de posmodernidad, sin embargo el mismo autor, sitúa en una posición especial la teoría luhmanniana y la propia de Habermas.

Ahora bien, el propio Luhmann, nunca se llega a situar en el posmodernismo¹⁰⁰, al contrario, lo ataca.¹⁰¹ Pero específicamente él, considera a

⁹⁶ Es sabido que con el posmodernismo se suele situar el irracionalismo y junto a éste, lo dionisiaco, la angustia, lo trágico, el caos, lo individual, etc. Ver. SUANCES, Manuel; VILLAR, Alicia. *El Irracionalismo*. Vols. 1 y 2. Editorial Síntesis. España, 2000.

⁹⁷ Cfr. Ob. cit. p. 80.

⁹⁸ Cfr. Ibidem. Pp. 80-82.

⁹⁹ Ob. cit. Pp. 171 y ss.

¹⁰⁰ "Niklas Luhmann no es un pensador posmoderno, aunque sus aportes teóricos constituyen una crítica y una renuncia a algunos de los valores más queridos de la ilustración." GONZÁLEZ, Luis A. *Política y posmodernidad*. (Lyotard, Popper; Luhmann y Habermas). En *Estudios Centroamericanos*. Año LIII. Nums. 591, 592. El Salvador, 1998. p. 123.

¹⁰¹ Para Luhmann, la posmodernidad está caracterizada por una falta de descripción unitaria del mundo, de una razón vinculante para todos, de pensamientos concluyentes, de autoridad. Cfr. *Observaciones de la Modernidad*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona, 1997. p. 41.

la modernidad como algo irreversible, sin embargo, no hay que dejar engañarse por esa frase que en un principio podría parecer trágica o pesimista; El verdadero sentido que entonces se le debe atribuir, es aquel que hace referencia al aspecto temporal de la relación moderno/antiguo. Para él, lo moderno siempre está en esa diada, por eso cuando se crea el concepto modernidad, su significación en ese momento tiene que ser diverso al que se tiene actualmente y lo será más en un futuro. También esa irreversibilidad se explica, aludiendo a que hoy ya no somos lo que éramos ayer y nunca lo volveremos a ser; eso mismo aplica a las características de la modernidad y en ello radica su modernidad.¹⁰²

Quizás, para poder situar a Luhmann ya sea en la modernidad o posmodernidad, debemos tomar en cuenta uno de los conceptos claves para él, el de autopoiesis. Y es entonces que encontramos que éste concepto presenta la misma problemática, pero, se agrega que la autopoiesis "*...it can be seen as a bridge between modernism and postmodernism.*"¹⁰³ De esta manera, se puede concebir a la autopoiesis inserta tanto en una o en otra corriente o como dice Mingers, como un puente entre ambas.

Más concretamente sobre la dificultad de situar a Luhmann respecto a ser un teórico moderno o posmoderno y su forma de ver al derecho, encontramos que la tradición moderna concibe a éste como un sistema cerrado, como se puede ver claramente en Kelsen, pero, "*En la perspectiva posmoderna, en cambio, es visto como un sistema abierto.*"¹⁰⁴ Esto lo confirma como ya se ha mencionado Neves y por ello se puede acotar que para Luhmann, el sistema no es totalmente abierto ni tampoco es cerrado. Esto le permite al sistema alejarse de las concepciones como la kelseniana y de las que como opina Neves, aseguran que el derecho es totalmente abierto al exterior. Esta situación le permite al teutón, concebir el sistema como autopoietico y autorreferente que limita las intervenciones del

¹⁰² Cfr. LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona, 1997. Pp. 14 Y ss.

¹⁰³ MINGERS, John. Ob. Cit. p. 213.

¹⁰⁴ GRÜN, Ernesto. *El derecho posmoderno, un sistema lejos del equilibrio*. En *DOXA*, No. 21. España, 1998. p. 167.

exterior que cuando se producen en demasía, ocasionan un caos en el que termina con la disolución del sistema en el entorno.

Particularmente y, con los argumentos antes expuestos, no considero que Luhmann deba necesariamente ser considerado como posmoderno sino como lo expone el maestro Luis A. González: *"En suma en Luhmann hay una aceptación de una de las vetas de la modernidad: la que se nutre de las visiones totalizantes."*¹⁰⁵

5.4 Dificultades con la sociología jurídica

Una de las principales diferencias entre la teoría luhmanniana y la sociología, es el propio concepto de sí misma. Mientras para el alemán es un subsistema del sistema científico, para Recasens Siches por ejemplo es *"el estudio científico de los hechos sociales, de la convivencia humana, de las relaciones interhumanas, en cuanto a su realidad o ser efectivo."*¹⁰⁶ Es científica explica el maestro español, porque no se limita a la mera descripción sino va más allá y analíticamente da una adecuada comprensión y explicación de los hechos sociales.¹⁰⁷ En este sentido, el investigador social sólo da predicciones ya que pretende averiguar los nexos entre causas a efectos, y nunca podrá dar o establecer leyes exactas como la física lo hace sino sólo regularidades.¹⁰⁸ En contraste Luhmann, señala que sólo pretende describir los sistemas, en este caso el jurídico, y como ya se ha mencionado, deja fuera el causalismo.

¹⁰⁵ Ob. cit. p. 123.

¹⁰⁶ **Sociología**. Octava edición. México, 1965. p. 4

¹⁰⁷ **Sociología**. Octava edición. México, 1965. p. 7

¹⁰⁸ Estas regularidades, se fundan en a) hechos históricos; b) psicología; c) Reglas sociales de conducta; d) forma mayoritaria de comportamiento y; e) atender a esquemas racionales. Ver: RECASENS SICHES, Luis. **Sociología**. Ob. cit. Pp. 135-137.

En cuanto a la sociología jurídica, ésta como rama de la sociología general¹⁰⁹ suele diferenciarse de disciplinas que también se ocupan del derecho, como es la dogmática jurídica. Ella, estudia las normas de un determinado campo del derecho vigente para averiguar el deber ser jurídico vigente; Así el jurista opera con las normas y únicamente con ellas, constituyéndose para él, como dogmas, pues su labor no implica criticarlas, sino actuar conforma al ordenamiento jurídico vigente. Además, la dogmática presidida por el principio de plenitud hermética debe hallar solución para cualquier cuestión que se le plantee.¹¹⁰

También se ocupan del derecho la historia del derecho, que atiende al derecho positivo más no vigente y; la filosofía del derecho que se ocupa de los conceptos jurídicos puros y *“realiza una misión valorativa, indaga la idea de justicia y los valores que ésta comporta, llegando hasta los criterios metajurídicos envolventes de las normas positivas.”*¹¹¹

Con esta distinción del objeto de estudio de otras disciplinas, cabe mencionar el propio de la sociología jurídica, *“...los comportamientos humanos en cuanto se orienten subjetivamente por un ordenamiento jurídico considerado como válido.”*¹¹² En otras palabras es el estudio de las relaciones entre el derecho, visto como un ordenamiento jurídico y la realidad social. Este concepto de sociología jurídica no se aleja de aquel pronunciado, en un primer momento por el maestro Renato Treves:¹¹³ *“...tal disciplina tenía por objeto las relaciones entre derecho y sociedad y que éste este estudio debía ser dividido en una parte teórica y una parte empírica.”*

¹⁰⁹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Sociología Jurídica*. Editorial trillas. México, 2001. p. 23.

¹¹⁰ Ver: Ibidem. Pp. 24, 25. y RECASENS SICHES, Luis. Ob. cit. Pp. 578-580.

¹¹¹ MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Sociología Jurídica*. Ob. cit. p. 25. Ver también MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Filosofía del derecho*. Editorial Trillas. México, 1998. Pp. 9 y ss.

¹¹² FARIÑAS DULCE, Ma. José. *La sociología del derecho de Max Weber*. UNAM. México, 1989. p. 125.

¹¹³ A la búsqueda de una definición de la sociología del derecho. En *Crítica jurídica*. Traducción de Ana Ma. Del Gesso C. No. 12 México, 1993. p. 112.

A manera de síntesis sobre las dificultades enfrentadas por la sociología jurídica, Arnaud y Farifas señalan básicamente tres inconvenientes que deben ser resueltas que aquí consideramos y que son referentes al objeto, a las funciones y al método.

5.4.1 El Objeto

Si se parte de que la sociología jurídica tiene una visión externa del derecho, se cae en la cuenta que lógicamente no puede ser la misma que ve al derecho desde dentro, como la hace la ciencia jurídica, por ello se suele analizar al derecho desde un punto de vista empírico. Así por ejemplo, para Weber, la sociología como ciencia de la acción social, busca determinar las regularidades empíricas que suceden en la realidad de acuerdo al ordenamiento. Busca entender la acción social para explicarla causalmente atendiendo a la comprensión del sentido de las acciones realizadas por los sujetos, es decir, a los motivos subjetivos e intenciones del actor.¹¹⁴

Él, pretende darle autonomía a la sociología jurídica, por ello sostiene la idea de que la sociología no estudia el deber ser, es decir, no estudia las normas en conjunto como un ordenamiento sino como ya se mencionó, esa relación entre ellas y el actuar.

Para Carbonnier, la sociología jurídica estudia los fenómenos jurídicos, pero surge la cuestión de cómo poder distinguirlos de aquellos sociales, por eso el francés agrega la juridicidad como características de los fenómenos jurídicos. Esta característica también puede ser abordada desde dos perspectivas, la coacción y la puesta en cuestión.

¹¹⁴ Ver: FARIÑAS DULCE, Ma. José. *La sociología del derecho de Max Weber*. Ob. cit. p. 126.

En contraste con el objeto de estudio mencionado por los autores antes citados, para Luhmann el objeto de estudio de la sociología es el sistema jurídico y puede determinar su objeto, mediante la observación del uso del código jurídico y los programas indispensables para su aplicación sobre las operaciones que necesitan ser distinguidas entre lícitas o ilícitas. (recht/unrecht). Para diferenciar su trabajo de aquel propio producido por el sistema jurídico ya sea la dogmática o la teoría, especifica su respectiva función, así cabe decir que la primera ayudará al sistema a decidir sobre los casos jurídicos planteados. La segunda, sirve para dar una autodescripción interna del sistema con elementos propios y producidos únicamente por lo jurídico, que sirve para mantener la unidad del sistema y que le permite al sistema continuar operando mediante esta autorreflexión. Por su parte, la sociología emite sólo una descripción del sistema jurídico no pretendiendo modificarlo ni partiendo de serle útil a lo jurídico en primera instancia sino a sí mismo. Esta observación, puede recaer sobre el sistema tal como lo observa detectando sus tautologías y paradojas como la de la unidad del código jurídico, o sobre las propias autorreflexiones que realiza el sistema, es decir sobre la teoría del derecho realizada por el propio sistema de derecho.

Con respecto a Weber, Luhmann no pretende observar la acción social, sino las comunicaciones jurídicas que en varias ocasiones, el segundo identifica como operaciones.

5.4.2 Funciones

Sin duda, uno de los más grandes maestros dedicados al estudio de la sociología jurídica, es el galo Carbonnier¹¹⁵, quien destaca en su obra probablemente más conocida sobre el tema, las funciones de la sociología. Entre

¹¹⁵Sociología Jurídica. Traducción de Luis diez-Picazo. Editorial Tecnos. Madrid, 1977.

ellas encontramos básicamente dos tipos que a su vez se subdividen. Ellas son las funciones científica y práctica.

La primera de ellas, teórica por supuesto, parece estar destinada a sólo a satisfacer la curiosidad del jurista de saber cómo pasan las cosas en realidad¹¹⁶ y a tratar de explicar el por qué, cayendo en la imprecisión de buscar una ley causal que seguramente no aparecerá en los fenómenos jurídicos, por eso agrega que busca descubrir relaciones parcelarias de causa y efecto. Por su parte, la práctica esta dedicada básicamente a la decisión para la formación de contratos, del juez y de la legislación.

Haciendo una comparación muy breve entre estas funciones de la sociología jurídica de Carbonnier y las luhmannianas, podemos encontrar que el segundo pretende una función teórica cuando su pretensión es sólo describir la sociedad y sus subsistemas mediante la observación, esto primero, mediante la construcción de un aparato conceptual complejo como la sociedad misma. Él no pretende cambiar lo jurídico directamente desde fuera, sino explicar y mediante la observación del derecho desde fuera por la sociología, establecer una relación entre ambos subsistemas mediante el acoplamiento estructural y la irritación. Esta observación si es recogida por el derecho, hará que él mismo modifique lo que tenga que ser modificado sin querer tener un conocimiento directriz ni superior al propio jurídico. Por su parte el francés, pretende señalar al derecho algunas deficiencias que suceden en el ámbito jurídico aplicado a la social. Pretende, ayudar o facilitar al derecho, la toma de decisiones mediante sus aportaciones.

Estas comparaciones no significan críticas al gallo ni a los demás autores, sino una contrastación entre lo propuesto por la sociología tradicional y Luhmann que encuentran posiciones diversas y nos sirven para identificar más claramente la del alemán.

¹¹⁶ Ob. cit. p. 203.

Podría ser agregada una tercera función, que es la función crítica de la sociología jurídica¹¹⁷, a la cual se le puede explicar diciendo que mediante un análisis crítico tiene la función de trabajar por el cambio de la realidad jurídica. Y precisamente esta función representa uno de los factores de distanciamiento entre la sociología y derecho, pues la crítica supone cambiar el derecho desde un punto de vista ajeno a él, lo que obviamente es rechazado por los juristas.

5.4.3 Método

Los problemas metodológicos que pueden aparecer en la sociología jurídica y por ende ser señalados en la luhmanniana, son referentes a básicamente un principio, la objetividad y a sus dos maneras de entenderla, que a saber son la materialidad, que se refiere a eliminar en los fenómenos observados todo lo personal, lo interior, es decir que no caiga bajo los sentidos y la imparcialidad.¹¹⁸ Sin duda, estos principios no podrían entenderse del todo en Luhmann pues de entrada, uno de sus puntos de partida es la construcción del conocimiento a través de los sentidos, sin esto ser algo totalmente perspectivista; Y por otro lado, la eliminación de la parcialidad en la construcción del conocimiento se hace difícil entender en una construcción teórica basada en la diferencia, es decir, en el punto de vista diferente que representa abordar las comunicaciones desde el sistema jurídico como del sociológico.

En cuanto al método empleado por Luhmann, el funcionalismo puede tener en Durkheim, uno de sus precursores y fuentes¹¹⁹ y así se constata cuando en sus obras se encuentra la necesidad de explicar funcionalmente lo social. *"...cuando se emprenda la tarea de explicar un fenómeno social, es preciso buscar*

¹¹⁷ Esta función es señalada por Arnaud y Farías. Ob. cit. Pp. 158, 159.

¹¹⁸ CARBONNIER. Ob. cit. Pp. 143-149.

¹¹⁹ Cfr. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Ma. José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Ob. cit. p. 48.

*separadamente la causa eficiente que lo produce y la función que cumple.*¹²⁰ En él, todo lo que está en la sociedad tiene una función y es menester para él investigar cual es tal función objetivamente, por tal motivo pide investigar los hechos sociales como cosas.¹²¹

Este método, si bien de orígenes sociológicos implicó también para Luhmann un problema desde la misma sociología, cuando principalmente se argumentaba contra su carácter poco empírico.

*"Los sociólogos... por la complejidad mucho mayor de las sociedades que estudian, por sus exigencias metodológicas, y finalmente, por su tradición de investigación teórica, examinaron con más desconfianza los fundamentos y principios del funcionalismo. Los empíricos veían en él una teoría suplementaria que debía evitarse."*¹²²

En cuanto al derecho, el método ha sido acogido y utilizado sobre todo en la teoría penal.¹²³ Sin embargo cuando el método se utiliza para crear una descripción general del derecho es cuando saltan voces de descontento en contra el método y de la sociología y que más adelante veremos.

¹²⁰ DURKHEIM, Emilio. *Las reglas del método sociológico*. Traducción de Antonio Ferrer. 6ª edición. Premia editora. México, 1989. p. 83.

¹²¹ *Ibidem*. Pp. 31 y ss.

¹²² GRAWITZ, Madeleine. *Métodos y técnicas de las ciencias sociales*. Tomo I. Traducción de Enrique Muñoz Latorre. Editorial Hispano Europea. Barcelona. p. 385.

¹²³ En este punto me refiero no a las críticas que puedan surgir del empleo del funcionalismo en lo penal, las cuales existen, sino, en la mayor utilización de éste método en ésta rama del derecho en especial, lo cual tampoco implica que no pueda ser utilizado en otra rama del derecho.

5.5 Dificultades con el derecho

Como ya se dejaba entrever en el primer capítulo, la concepción del derecho como sistema implica varias dificultades¹²⁴; Uno de los problemas metodológicos, del análisis sistémico es sin duda el trasplante metodológico de un campo a otro.

"...il trasferimento di metodi dalle scienze naturali alla scieza giuridica è un innesto metodologico intrinsecamente fecondo, oppure si risolve soltanto in una nuova terminologia usata come metafora per ammodernare i tradizionali concetti del diritto?." ¹²⁵

Pero eso sin duda no es el único inconveniente, sino quizás el primero de una larga lista, que como se puede deducir, se complementa con el concepto de clausura, autopoiesis, unidad del sistema. Pero también se le puede añadir el de una postura conservadurista, no abierta a la pluralidad y funcionalista.

Krawietz¹²⁶ por su parte detecta tres dificultades de cooperación en la relación de teoría del derecho y teoría de sistemas. 1. Su concepto de derecho; 2. su concepto de sistema y; 3. su equivocada relación con la sociología del derecho. De esta manera se puede elaborar una comparación entre ambas tomando estos señalamientos de Krawietz y la postura luhmanniana.

¹²⁴ A este respecto Arnaud menciona las dificultades metodológicas, de concepto sobre sistema, e ideológicas. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Ob. cit. Pp. 246 y ss.

¹²⁵ LOZANO G. Mario. *I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann. Sociologia del diritto*. Milano, Italia. Vol. XXVI. No.1, 1999. p. 12.

¹²⁶ KRAWIETZ, Werner. *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*. Traducción de Ernesto Garzón Valdez. 3ª edición. Distribuciones Fontamara. México, 2001. Pp. 97-100.

Teoría del derecho	Teoría de sistemas
1. Concepto de derecho reducido a norma.	1. Ve al derecho como un sistema.
2. Un sistema es visto como un conjunto de normas jurídicas.	2. Un sistema jurídico es un subsistema del sistema social y se forma con comunicaciones jurídicas. Su estructura se compone de expectativas generalizadas de conducta.
3. La sociología del derecho no es tomada en cuenta sino hasta rechazada en al ámbito jurídico.	3. Busca una cooperación entre sociología del derecho y ciencia del derecho.

5.5.1 El Método del Funcionalismo

El funcionalismo cómo método aplicado en el derecho, busca determinar cuales son las funciones desempeñadas por él en la sociedad. En Luhmann, éstas ya han sido abordadas en el capítulo tercero.

Las críticas generales que se hacen a este método de acuerdo a Arnaud¹²⁷ residen especialmente en:

- a) *Descartar el organicismo, según el cual, los elementos del sistema realizan una función determinista, como autómatas.*
- b) *Se rechaza una visión integradora de la sociedad, la cual, lleva a verla como utópica.*
- c) *Rechazo a la ontología social, es decir, a una idea de sociedad sin referente empírico.*

¹²⁷ Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques. Ob. cit. Pp. 129 y ss.

Con respecto a estas críticas, la teoría luhmanniana no considera a los sistemas sociales como autómatas, ya que eso es precisamente lo que trata de evitar mediante la explicación no sólo de la función, sino también de las prestaciones del sistema jurídico a otros subsistemas¹²⁸ y de la propia autorreflexión que hace del sistema todo menos automático ya que además se evita la perfecta circularidad que implicaría tan sólo una simple recursividad; Además, buscar alejarse del organicismo no considerando que un sistema en específico sea el más importante o explicándolos de la manera análoga en cómo se explica el cuerpo humano, que es de donde proviene esta crítica; Sin embargo, también el organicismo tienen como premisa que el todo es mayor que la suma de sus partes, que es donde probablemente se instaura esta crítica a Luhmann. La segunda, basada en el consenso, no puede ser circunscrita a Luhmann, ya que el parte precisamente de lo contrario. Lo mismo sucede con la última, cuando Luhmann rechaza la ontología desde un inicio. Sin embargo, esto no significa que su teoría no pueda ser impugnada, sino sólo a través de las modificaciones que Luhmann hace al funcionalismo tradicional.

Uno de estos cambios es el de las equivalencias funcionales, que no es otra cosa que una función puede ser desempeñada por varias estructuras.

La crítica que destaca la doctora Giménez Alcover¹²⁹ radica en que el método luhmanniano del funcionalismo es una autoinmunización a las críticas que resultan de rechazar absolutamente el dar explicaciones causales de los fenómenos sociales.¹³⁰ Esta falta de predictibilidad en Luhmann toma el nombre de *riesgo*. Que aplicado al derecho significa que no se garantiza que el sistema jurídico que establezca normas y las dote con una sanción serán siempre obedecidas, o ¿es que un sistema jurídico puede garantizarlo?. Se sabe entonces

¹²⁸ Otro autor que destaca esta problemática con el funcionalismo es Bobbio, quien dice que en las ciencias biológicas se entiende por función la prestación de un órgano a la conservación y al desarrollo. Cfr. *Dalla struttura alla funzione*. Edizioni di Comunita. Milano, 1977. p. 111.

¹²⁹ *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Ob. cit. Pp. 54-57.

¹³⁰ Ver: LUHMANN, Niklas. *Fin y racionalidad en los sistemas*. Traducción de Jaime Nicolás Mufiz. Editora Nacional. Madrid, 1983.

de antemano que habrá quienes actúen de manera contraria a derecho, pero el sistema sí puede garantizar que la norma pueda mantenerse a pesar de su desilusión y que trataré de mantenerse el orden social. A esto se le puede agregar, que el funcionalismo anula al sistema un único punto de referencia, un principio, una cabeza, un centro; por ello mismo, las críticas recaen en la incompatibilidad de esta teoría con explicaciones y adecuaciones a sociedades donde el sistema económico y político tienen mayor importancia que el jurídico, esto, tal como lo señala Neves. Pero además, el funcionalismo luhmanniano a decir de Rottleuthner¹³¹ reduce las funciones del derecho sólo a los programas condicionales y a la justicia.

Bobbio ya había detectado antes que Luhmann explicara su funcionalismo y desarrollara su teoría, que los problemas del funcionalismo en el derecho residían en parte a varios cuestionamientos de entre los cuales él destacó la pregunta de ¿qué funciones son las desarrolladas por el derecho?. Él mismo, enumera diversos autores que dan diversas funciones, por lo que es difícil entonces determinar cuales son.¹³² También Aarhus Jes subraya el hecho que las reglas tengan diversas funciones.¹³³

Otras críticas al funcionalismo teórico de Luhmann las podemos encontrar en aquellos que puedan partir en el estudio del derecho de una postura kelseniana, en donde lo más importante no es sin duda la función sino la estructura, para abordar la propia postura luhmanniana. Por eso, Kelsen mantiene pura su teoría mediante el análisis estructural del derecho y reserva la función del mismo a un medio para alcanzar los fines que no pueden ser alcanzados por otro medio de control social.

¹³¹ La Sociologie du droit en Allemagne. En *Droit et Société*. Nos. 11, 12. Paris, 1989. p. 110.

¹³² Cfr. Dalla struttura alla funzione. Ob. cit. p. 111.

¹³³ Ver: JES BJARUP, Aarhus. Niklas Luhmann's paradigm and his theory of law. En *Rechtstheorie*. 23 Band, Hef 3. Berlin, 1992. p. 329.

Kaufmann también realiza un análisis de la obra de Luhmann y critica sobre todo su funcionalismo, cuando para él, lo que en importa en la teoría del segundo no es que el derecho sea justo¹³⁴ sino que funcione.¹³⁵ Juan A. García, también destaca esta situación en materia penal donde ya lo importante con el funcionalismo es entonces "el mantenimiento del todo social."¹³⁶ A este respecto la crítica versa sobre el desplazamiento de lo individual por lo social, por ello Jakobs¹³⁷ agrega, que el individuo no inserto en la sociedad no es distinto a un animal, por eso el derecho penal esta orientado a garantizar la constitución de la sociedad, la cual a su vez, es posibilidad del individuo. A esto, también se le remarca una crítica al funcionalismo que en aras de mantener el sistema, en este caso la sociedad, someta al individuo sin traba y sin límite.¹³⁸ A Jakobs, entonces utilizando el marco conceptual de Luhmann y a Roxin, "...se les puede identificar bajo un mismo rubro genérico: sistema funcional de derecho penal."¹³⁹ Sin embargo, a Jakobs, se le suele situar en un funcionalismo más radical por lo anteriormente comentado, mientras que al segundo, en un funcionalismo teleológico racional ligado a los fines del derecho penal.

Es importante también resaltar nuevamente que Luhmann utiliza las equivalencias funcionales lo que, lo aleja del funcionalismo clásico norteamericano

¹³⁴ Para un estudio comparativo entre la teoría de Luhmann y aquella de Jakobs, donde se destaca de manera breve pero muy precisa el problema del funcionalismo y las críticas hechas por las teorías de la justicia, ver: MARQUEZ PIÑERO, Rafael. *El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann*. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XLIX, Número 226-226. UNAM. México, mayo-agosto, 1999.

¹³⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*. Traducción de Luis Villar B. y Ana Ma. Montoya. Universidad Externado de Colombia. Bogota, 1999. p. 81.

¹³⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal*. En *Doxa*. No. 23. Alicante, 2000. p. 234.

¹³⁷ Para Enrique Peñaranda, Jakobs es el paradigma de lo que hoy se llama funcionalismo en el derecho penal. *Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*. En *Doxa*. No. 23. Alicante, 2000. p. 294.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 236

¹³⁹ OJEDA, Cuauhtémoc; GUERRERO, Luis. *La culpabilidad: algunas consideraciones postfinalistas*. En *Investigaciones Jurídicas*. Vol. VII. No. 65. México, julio-diciembre, 1998. p. 33. Ver también: DAZA GÓMEZ, Carlos. *El funcionalismo, hoy*. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XLIX. Nos. 227-228. México, septiembre-diciembre, 1999. p. 96.

y a decir de Torres Nafarrate, no habría que ubicarlo determinadamente dentro del funcionalismo.¹⁴⁰

5.5.2 Diferencias con la postura tradicional de sistema jurídico

Sin duda también dentro del derecho, la propuesta luhmanniana conlleva severas críticas y diversos problemas probablemente fundados en la concepción hermética y pura del derecho que señaló Kelsen varios lustros atrás, de tal manera que señalaremos algunas cuestiones referentes a él y a su postura sobre la sociología que nos permitan entender lo aquí planteado.

Kelsen con su *Teoría pura del derecho* pretendía estudiar lo jurídico bajo una perspectiva general y pura. Es general, ya que puede abordar cualquier ordenamiento¹⁴¹ y es pura¹⁴² porque se centra únicamente en su objeto¹⁴³ y porque pretende alejarse de cualquier consideración naturalista, sociológica, moralista o extrajurídica.¹⁴⁴ De este modo el derecho se estudia conforme a lo dispuesto por el propio derecho y apoyado sin duda en la lógica general. Para la postura kelseniana, la ciencia jurídica, estudia entonces el derecho positivo, estudia el deber ser, la realidad jurídica y no el ser y la realidad natural.¹⁴⁵

¹⁴⁰ "Luhmann propone sustituir el funcionalismo estructural de raíces ontológicas por uno consistente en equivalencias funcionales. El equifuncionalismo es el concepto para designar un método que para resolver problemas, desarrolla una especial sensibilidad ante distintas soluciones equivalentes. Cfr. Nota al pie en: LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Ob. cit. p. 33

¹⁴¹ Pretende una teoría universalista. Ver. KELSEN, Hans. *El método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Editorial Revista de derecho privado. Madrid, 1933. Pp. 45, 46.

¹⁴² "Tal es lo que constituye su principio metódico fundamental." KELSEN, Hans. *El método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho*. Ob. cit. p. 9.

¹⁴³ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Traducción de Roberto J. Vernego. 5ª edición. UNAM. México, 1986. p. 15.

¹⁴⁴ Destaca particularmente la psicología, biología, ética y teología. Ver. KELSEN, Hans. *El método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho*. Ob. cit. Pp. 8 y ss.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría pura del derecho?*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Editorial Fontamara. México, 1991. Pp. 7 y ss. Bobbio identifica claramente las relaciones entre el jurista, el sociólogo y la norma. Para él, el jurista parte de la regla para llegar al comportamiento mientras que el sociólogo parte del comportamiento para llegar a la regla. El fin del sociólogo es

*"Creo que prácticamente no encontraré oposición si considero ahora a la sociología, como ciencia natural de la sociedad humana, empeñada en hallar las leyes naturales de la convivencia social, que se esfuerza en explicar el hecho social tal como acontece efectivamente en la realidad; si llamo a esta sociología causal explicativa."*¹⁴⁶

Kelsen establece un postulado que le da la pureza a su teoría y es la distinción entre ciencias jurídicas normativas y ciencias causales.¹⁴⁷ Es decir, evita el sincretismo entre ambas¹⁴⁸, pues para él, el derecho estudia la relación entre cómo se conducen los hombres de acuerdo a las leyes y no de cómo se conducen en realidad y lo que esto implica¹⁴⁹. Y es aquí precisamente, donde se da una clara distinción entre los estudios realizados por la sociología y aquellos propios del derecho, separando inclusive la labor de un jurista de aquella sociológica, donde ni uno, ni otro, pueden invadir esferas de trabajo.¹⁵⁰ El derecho para Kelsen, no puede realizar una función como lo pretende la sociología jurídica, con su pretensión de establecer leyes causales sobre el real comportamiento de los miembros de la sociedad.¹⁵¹

El segundo postulado se refiere a la separación entre la ciencia del derecho y la política, es decir, pugna por la objetividad del sujeto que conoce del derecho en su conocimiento, estructura, definición e interpretación.¹⁵²

describir como son las cosas mientras que aquel del jurista es describir como deben ser. Cfr. BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Ob. cit. Pp. 58, 59.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. En CORREAS, Óscar. (Compilador) *El otro Kelsen*. UNAM. México, 1989.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Ob. cit. Pp. 89, 90.

¹⁴⁸ A este respecto, Kelsen: *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*. Ob. cit. p. 15.

¹⁴⁹ Para Kelsen, la sociología estudia la relación causa-efecto, los motivos del legislador para dictar una ley y los efectos de esta, la influencia de los hechos económicos, religiosos en el juez, etc. Ver: KELSEN, Hans. *El método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho*. Ob. cit. p. 15.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría pura del derecho?* Ob. cit. Pp. 19, 20.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Maynéz. 4ª reimpresión de la primera edición. UNAM. México, 1988. Pp. 196-203.

¹⁵² KELSEN, Hans. *¿Qué es la Teoría pura del derecho?* Ob. cit. Pp. 31, 32.

En esta embestida de Kelsen a la sociología, él no pierde ocasión y crítica la concepción weberiana de sociología, misma que no toma en cuenta los actos ilícitos cometidos por la ignorancia de la ley y, eso es algo que para el primero, el segundo no toma en cuenta. Otra crítica es referida a que la sociología necesita de la ciencia jurídica para poder distinguir un acto jurídico de uno que no lo es. A esto, se agrega, que para Kelsen no pueden existir dos objetos de derecho, uno dogmático y uno sociológico.

También, habría que partir que tradicionalmente la teoría general de las normas es quien se encarga del estudio de los sistemas jurídicos¹⁵³, en cambio, en la teoría de Luhmann, el derecho como sistema no está solamente bajo la mirada de la teoría del derecho sino también de los demás subsistemas, en este caso la sociología como subsistema del sistema de la ciencia. También hay que tener en cuenta, los problemas de los sistemas jurídicos, pues mientras para Bobbio¹⁵⁴, el conjunto de normas constituye un ordenamiento jurídico y para Raz un sistema es un conjunto de disposiciones jurídicas interconectadas entre sí, para Luhmann, el sistema jurídico está constituido por comunicaciones. Por tal razón, si no se parte de la misma concepción de sistema, comparar al derecho como sistema pero de un lado como conjunto de normas y por el otro de comunicaciones, resulta sin embargo, difícil y probablemente poco concluyente, sin embargo, precisamente aquí señalaremos algunas diferencias entre la forma de abordar estos problemas del sistema jurídico en diversos autores con el tratamiento luhmanniano.

Comenzaremos, por decir que se tratarán tres temas relativos a los sistemas jurídicos y que son la unidad, identidad y estructura que son parte de los

¹⁵³ RAZ, Joseph. *El Concepto de sistema jurídico*. Traducción de Rolando Tamayo y S. UNAM. México, 1986. p. 65.

¹⁵⁴ *Teoría general del derecho*. Editorial Temis. Bogotá, 1999. p. 141.

problemas¹⁵⁵ señalados igualmente tanto por Raz¹⁵⁶ como por Tamayo¹⁵⁷ y que también determina Bobbio.¹⁵⁸

El primero de ellos, la unidad del sistema, fue abordado en su oportunidad por el mismo Kelsen. Para el jurista alemán, aquello que mantiene unidas a una pluralidad de normas, es una cuestión de la lógica. De acuerdo a él, para responder ante tal cuestionamiento es necesario utilizar la idea de una norma fundamental, que al mismo tiempo representa y da validez a las normas pertenecientes a tal ordenamiento. *"Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden."*¹⁵⁹ De este modo, se deduce la ya conocida construcción escalonada de un sistema jurídico¹⁶⁰. Esta norma fundamental responde a la necesidad de buscar una norma originaria de la cual se emane la competencia jurídica del primer legislador. Pero esta norma no ha de ser positiva porque entonces se cuestionaría el origen de esa norma y así sucesivamente hasta el infinito¹⁶¹; Por esa razón la norma fundamental ha de ser presupuesta como existente, es decir tiene el carácter de un fundamento hipotético.¹⁶² Ante esta

¹⁵⁵ Estos problemas relativos al estudio de los sistemas jurídicos son: a) existencia; b) identidad; c) estructura y; d) contenido.

¹⁵⁶ Ob. cit. p. 252.

¹⁵⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **Elementos para una Teoría General del Derecho**. Editorial Themis. México, 1992. p. 224.

¹⁵⁸ El maestro italiano señala cuatro problemas o características del ordenamiento jurídico, de los cuales aquí se discutirán los dos primeros: 1) el problema de la unidad del sistema y jerarquía del sistema; 2) la coherencia; 3) lagunas del derecho y; 4) la existencia de diferentes ordenamientos. Cfr. **Teoría general del derecho**. Ob. cit. p. 152.

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Ob. cit. p. 131. Más adelante agrega, *"La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico."* Ibidem. p. 146.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **¿Qué es la Teoría pura del derecho?**. Ob. cit. Pp. 19-22. También: KELSEN, Hans. **El método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho**. Ob. cit. Pp. 47-56.

¹⁶¹ *"La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es...un regressus ad infinitum sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez."* KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Ob. cit. p. 131.

¹⁶² CARACCILO, Ricardo. **La noción de sistema en la Teoría del derecho**. 2ª edición. Distribuciones Fontamara. México, 1999. Pp. 37-38. También: KELSEN, Hans. **El método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho**. Ob. cit. p. 50.

propuesta kelseniana, podemos contrastar aquella hartiana de no buscar un legislador originario ni una norma básica o fundamental que explique el sistema jurídico, sino el proceso de utilización de las normas por quienes tienen que aplicarlas. A su vez el maestro italiano traslada el problema de la unidad del ordenamiento jurídico a las fuentes de creación de la norma y, en última instancia al poder originario y a la norma fundamental, norma que faculta al poder originario para la creación en un inicio de la Constitución y de las primeras disposiciones, sean leyes, reglamentos, etcétera.

El segundo problema, de identidad y que Bobbio además identifica de la misma manera, es el de determinar si una norma es jurídica o, en otras palabras, si una norma pertenece a un sistema jurídico, lo cual implicaría obedecerla y en su defecto ser sancionado. Para él, la cuestión de pertenencia y existencia de la norma se resuelve mediante la validez, lo cual remite de nueva cuenta a la norma fundamental. *“...podemos concluir que una norma es válida cuando se puede relacionar, no importando si a través de uno o más grados, con la norma fundamental.”*¹⁶³ Kelsen también considera que la existencia de una norma depende de la validez, pues ésta se adquiere si la norma tiene relación con aquella fundamental. En Luhmann en contraste, la identidad del sistema jurídico radica en que el sistema de derecho mantenga su función, por eso cuando pierde la identidad pierde la función y viceversa lo que significa una disolución del sistema en el entorno.

Si en este caso, Bobbio señala a la norma fundamental, como la responsable de la unidad del ordenamiento jurídico, es necesario preguntar por ella, sin embargo, él acentúa diciendo que cuestionar más sobre la norma fundamental es un problema estéril, pues la norma fundamental no tiene fundamento ya que supondría la existencia de otra norma y sólo trasladaría el problema a otra norma superior a la fundamental, por la cual también se preguntaría por su fundamento y así sucesivamente. De esta manera, Bobbio

¹⁶³ Bobbio. *Teoría general del derecho*. Ob. cit. P. 170.

agrega que quien quiera respuesta al fundamento de la norma fundamental debe buscar la respuesta fuera del sistema jurídico. Así, de nueva cuenta traslada el problema de la unidad del sistema al poder del primer constituyente, y señala tres posibles respuestas. La primera es que el poder viene de Dios, la segunda que el poder deriva de la ley natural (de la razón) y la última, que el poder deriva de la convención originaria.

También Bobbio señala la dificultad de determinar la forma de considerar un sistema como tal y, es sólo si entre la totalidad de las normas existe cierto orden, es decir, si en las relaciones entre ellas existe coherencia. Por su parte, a la existencia de un sistema jurídico, Kelsen hace referencia a la eficacia. A su vez, Raz reconoce que el tema lo aborda de manera crítica¹⁶⁴ y Bobbio también concuerda con la eficacia como característica de existencia de un sistema.¹⁶⁵

Después de preguntarse por la unidad e identidad del sistema es también necesario cuestionarse sobre la estructura del sistema jurídico, que es el tercer problema del sistema jurídico. Así, para Kelsen esa estructura existe sólo de manera jerárquicamente de manera horizontal de arriba hacia abajo. *"...la estructura del orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior..."*¹⁶⁶ De esta manera, después de la norma fundante se encuentra la Constitución, leyes, etcétera.¹⁶⁷ Para Raz, en cambio, la estructura de un sistema puede ser de dos maneras genética y operativa.¹⁶⁸

En contraste con la consideración de la estructura del sistema de los anteriores juristas, para Luhmann, en los sistemas sociales, las estructuras le

¹⁶⁴ Cuestiona la eficacia como existencia de un sistema y agrega la prueba de exclusión. Raz, Joseph. **El concepto de sistema jurídico**. Ob. cit. Pp. 243-252.

¹⁶⁵ Bobbio. Ob. cit. Pp. 174, 175.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho**. Ob. p. 215.

¹⁶⁷ Ver KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. Ob. Pp. 146 y ss.

¹⁶⁸ Ob. cit. Pp. 220 y ss.

sirven al sistema para la reducción de complejidad, preselecciones que permiten operar al sistema. Por ello se habla de la estructura de la estructura, la cual se compone de elementos que son las expectativas (condensaciones de sentido), a diferencia del elemento constitutivo del sistema que es la comunicación. Estas expectativas a su vez, se erigen en tres diferentes dimensiones que permiten en el derecho la generalización de expectativas de conducta y cuya función consiste precisamente en eliminar la complejidad mediante el reforzamiento de la selección, por eso se dice que las estructuras son preselecciones o guías de comportamiento. Esta generalización sirve para inmunizar tales expectativas en contra de otras posibilidades y el proceso se conforma en tres partes.

La primera dimensión, la temporal, le permite a la expectativa responder a la frustración permaneciendo en el tiempo aún cuando haya sido decepcionada, es decir a la expectativa se le confiere validez en el tiempo y la mantiene aún cuando exista frustración. En la dimensión social, se permite mantener la expectativa mediante un proceso que supone el consenso de terceros y que es la institucionalización. Y mediante la dimensión material se aborda la expectativa generalizada temporal y socialmente para establecer la expectativa concreta y materialmente, es decir, su tema o contenido, lo que le da al sistema seguridad en contra de la incoherencia y contradicciones.

4.5.3 La Dogmática

Para comenzar y establecer desde un inicio una separación de la sociología con la dogmática, hay que decir que ésta última, se dedica a trabajar únicamente con material específico de un sistema jurídico vigente, lo ordena y lo interpreta. No pretende buscar la verdad, por ello su distanciamiento con la sociología, auspiciado en gran parte por el aporte kelseniano. Su objeto de estudio son las normas jurídicas válidas. Cabe entonces mencionar algunas de

las funciones de la dogmática, a este respecto, podemos señalar¹⁶⁹, una función explicativa de las normas positivas y una función legislativa que completa las lagunas del sistema, aunque prácticamente no sólo se reduce esta función a lo legislativo sino a la toma de decisiones jurídicas y a la interpretación.

En este sentido, la postura de Luhmann enfrenta también algunas problemáticas en cuanto a su relación con la dogmática jurídica. Sobre todo si se considera a la postura luhmanniana únicamente como sociológica sin indagar más allá de la novedad planteada por el autor. Sin embargo, esta postura se entiende si la dogmática se enfrenta a una sociología, que como plantea Carbonnier está destinada a entenderse como la crítica de la dogmática, y señalarle la ineficacia de la ley.

"...deberemos ver cada vez más en el futuro, a la Sociología jurídica cumplir esta función de crítica y de puesta al desnudo, que no es una función de bufón sarcástico al lado del rey, sino una función estrictamente científica."¹⁷⁰

El maestro español Rafael Márquez Piñero¹⁷¹, hace una precisión que permite identificar claramente la separación entre la sociología y la dogmática.

"Aunque tanto la sociología jurídica como la dogmática jurídica tienen por objeto el derecho...su observación y estudio serán realizados desde diferentes puntos de vista. La dogmática jurídica contemplará el derecho como una entidad armónica, coherente y monolítica, mientras que la sociología lo verá como un fenómeno jurídico, pero que presenta, no obstante, todas las características de un fenómeno social."

¹⁶⁹ SANTIAGO NINO, Carlos. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. UNAM. México, 1989. Pp. 77-80.

¹⁷⁰ CARBONNIER, Jean. Ob. cit. p. 216.

¹⁷¹ **Sociología Jurídica**. Ob. cit. p. 45.

Ante esta obvia separación, es claro que Luhmann opta por una situación de no pretender una sociología jurídica superior o destinada a criticar "científicamente" al derecho, ya sea a la teoría o a la dogmática.

Otra diferencia entre sociología y dogmática es que esta última se ocupa de la validez formal del derecho, estudia el derecho desde una perspectiva interna a diferencia del estudio sobre el derecho desde una perspectiva externa.

5.6 Observación personal

Es sabido que la teoría del maestro teutón recibe tantas críticas desde diversos puntos de vista como autores que lo aborden. Es también cierto que muchas de las críticas residen en su rompimiento con el pensamiento europeo y la sociología tradicional. Pero esas posturas encontradas tienen en común en señalar que la teoría luhmanniana es difícil, oscura, ininteligible y violenta. "...es una propuesta violenta porque pone en crisis de manera radical los postulados más básicos con que pensamos lo social y obliga a repensarlos."¹⁷² Esta misma postura por el lenguaje utilizado por Luhmann¹⁷³ la encontramos en otros pensadores como Mario G. Lozano y Bobbio, que lo califican como oscuro y de difícil comprensión; éste último añadiendo falta de ejemplos en la explicación de su teoría. El maestro Torres Nafarrate, principal estudioso de la teoría luhmanniana en México, menciona:¹⁷⁴

¹⁷² GRANJA CASTRO, Josefina. *El pensar sistémico*. En Revista *Metapolítica*. México, Vol. 5, Num. 20. Octubre-diciembre 2001. p. 91.

¹⁷³ Rüdiger Lautmann nos puede ofrecer una explicación de la complicación de los textos sociológicos. "La objeción frecuente que sostiene que los textos sociológicos son innecesariamente complicados, se basa en una falsa suposición: como la sociología trata muchos problemas sobre los que también el lego suele reflexionar, las teorías sociológicas tienen que ser formuladas en un lenguaje popular. En realidad, la mayoría de los procesos sociales son tan complicados que sólo pueden ser comprendidos mediante un idioma refinado." *Sociología y Jurisprudencia*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Tercera edición. Distribuciones Fontamara. México, 1997. p. 49.

¹⁷⁴ Apéndice en: LUHMANN, Niklas. *¿Puede la sociedad moderna evitar los peligros ecológicos?* En *Argumentos*. No. 24. México, septiembre, 1996. p. 16.

"La obra de Luhmann, sin una indicación previa de ciertas claves de lectura, puede resultar un criptograma. Como a Hegel, a Luhmann se le ha echado en cara un defecto en la construcción de su teoría: exceso de sistematicidad, lo cual hace que su pensamiento esté catalogado de alta severidad conceptual. Ningún término de la teoría luhmanniana puede ser entendido sin hacer relación al lugar que guarda dentro del diseño arquitectónico."

A esto se le puede agregar, la dificultad que representa tener acceso a las obras del alemán y a diferenciar claramente entre aquellas que hacen alusión a un primer Luhmann de un segundo que trabaja ya con el concepto de autopoiesis. Pero este tipo de reproches no logran desmoronar su teoría que sin embargo, puede encontrar su punto débil cuando se le cuestiona desde el mismo punto de vista teórico. De esta manera, instalados en el derecho podemos detectar que la unidad del sistema jurídico es algo que ocupa en mucho el pensamiento del alemán en cuanto a lo jurídico se refiere (más que los problemas relativos a los sistemas jurídicos en término de Raz o de Tamayo) y que debido a su pensar recursivo y circular, lo aleja de una postura tradicional que si bien piramidal y escalonada lograba explicar de alguna manera la unidad del sistema jurídico basada en la pertenencia, en la relación existente de las normas con aquella original, la fundamental; Así, existiendo alguna relación entre ellas, se explicaba la unidad del sistema. Por ello, la unidad en Luhmann, se explica como un proceso con características determinadas que mantiene al sistema y que con la ausencia de una de ellas, ésta se pierde. Es decir, para él, la unidad del sistema así como la autonomía, la autopoiesis, etc., se tiene o no se tiene, como lo ejemplifica él, una mujer está o no está embarazada, por lo que no puede estar embarazada a medias, lo que sin duda lo caracteriza como un pensador alejado de las medias tintas y que como se mencionó ya, lo hace merecedor de grandes censuras.

Pero esto no significa que la unidad del sistema deba ser entendida exclusivamente de manera horizontal, así, la manera circular de interrelacionar más que las normas, a las expectativas de conducta se convierte en Luhmann en dos situaciones al mismo tiempo, por un lado, tales expectativas son las

estructuras del mismo sistema y, por el otro, en una de las maneras en que se explica la unidad de lo jurídico. De esta manera, las expectativas imposibilitadas de interrelacionarse con todas entre sí al mismo, característica sin duda de la complejidad y constituidas de sentido al mismo tiempo, se relacionan de inicio y primordialmente mediante una propia selección respecto al ámbito material y temporal en que fueron creadas. De este modo, la unidad descansa en todas y en ninguna parte al mismo tiempo, pues vista como un todo, no puede ser atribuida a la positividad del derecho o a la autopoiesis o autorreferencia sino que son todas esas características las constitutivas de la unidad del sistema jurídico.

Pero aún así podía reprochársele una explicación posible sobre los niveles entre las diferentes disposiciones jurídicas, a lo que sin duda su respuesta es que tales jerarquías son puestas por la propia observación del derecho en la que necesita describirse así mismo, por lo que son válidas desde un punto de vista explicativo, cosa que no parece ser más que un catalizador para la aparición de nuevas censuras.

Conclusiones

El encuentro y relación que pueda surgir entre la sociología jurídica y el derecho en base a la teoría de Luhmann, no ha de ser entendido como una superioridad de una sobre la otra como lo sostendrían los sociólogos, ni una intromisión a su campo como lo suponen los juristas de herencia kelseniana, sino como una complementariedad, que en base a la posición del observador en cuestión, permite lograr observaciones diferentes; en ambas se ve más pero al mismo tiempo se ve menos. Estas observaciones internas y externas no representan en sí una novedad en el ámbito jurídico ni en el sociológico, ni en cuanto a la colocación del observador, sino que el cambio e innovación, se da en cuanto a la relevancia teórica que ambas representan y que le da un toque distintivo a esta sociología luhmanniana de las demás puramente empíricas y que además puntualiza por la equivalencia en importancia que tiene el derecho y sociología, pues, vistos como sistemas funcionales se rechaza por ende un mayor realce de uno sobre otro. Esto, obviamente no sugiere ni por error, el pensar en la existencia de un sincretismo, ya que se estaría contradiciendo la teoría luhmanniana de que el derecho debe evitar la disolución y en algunos casos la total rectoría del sistema por el entorno como argumenta Neves. El sistema jurídico cerrado como lo es, no está abierto normativamente, no está dispuesto a que otros sistemas funcionales le arrebaten su autonomía, misma que también Kelsen defendió en su más grande obra, y tampoco su autorreferencia. En contraparte, el derecho está necesitado de información y está dispuesto a aprender, pero sabe que voltear al entorno representa un gran riesgo para él y el sistema social. Así pues, esta relación entre derecho y sociología jurídica, debiera ser entendida como una irritación de la sociología al derecho a través de la dogmática y la teoría del derecho, es decir, de un vínculo existente entre ambas y que es impensable como mandato. De esta manera se eliminan las sospechas de pretender atribuirle a la sociología jurídica una supuesta dirección sobre la ciencia jurídica, pues ni siquiera como se ha demostrado, es objetivo de la primera. Así,

ese vínculo se estrecha ya no de forma asimétrica sino de manera simétrica partiendo de la teoría, que es donde ambas finalmente se encuentran. De esta manera, la teoría que es uno de los puntos de encuentro entre derecho y sociología es el principal aporte luhmanniano a la sociología, a la cual encuentra en un diagnóstico inicial, sobrevalorada por sí misma en relación a su aspecto empírico y además rechazada y poco reconocida en el ámbito teórico y jurídico. Esta teoría creada por Luhmann, no sólo vuelve a situar a la misma sociología jurídica, sino que la coloca en franca relación con el derecho, mediante una construcción basada en la teoría de sistemas, para lo cual, el alemán se sirve de conceptos y avances científicos de diversas ramas del conocimiento humano. Mediante ello, logra cimentar su pensamiento, pero también, lo hace ganar innumerables críticas que resaltan la dificultad, obscuridad y poca aplicabilidad de su teoría al rechazar de inicio a la sociología empírica. Cabe ser puntual y decir que sería poco razonable el decir que Luhmann rechazaba totalmente la investigación empírica ya que gracias a ella, se crean conceptos que luego él posteriormente retoma y utiliza y que pertenecen a otras ciencias y disciplinas que utilizan este tipo de investigación, además, que él lo hacía únicamente con relación a la sociología a la que cuestionaba el buscar dársele un carácter determinista y monocausalista con respecto de los hechos humanos y a la que se le quería tratar como se hacía con la física o alguna otra ciencia exacta. Él sólo quería mostrar un equilibrio teórico, el cual de acuerdo a su pensar, estaba abandonado y desbordado por la ambición de determinar exactamente el por qué y las causas del obrar humano.

Sobre el contacto que resulta de la sociología jurídica con el derecho, éste surge a partir de las observaciones de la sociología al derecho a partir de cómo se ve él mismo como sistema, así, la sociología evita reproches del jurista que argumenta que la sociología ve al derecho desconociendo lo que el derecho piensa de sí mismo. De este modo, la sociología puede observar tautologías y paradojas del sistema que el derecho no ve, pero que sabe existen y que gracias a las irritaciones del entorno, de la sociología en concreto, puede obtener

información de ellas y de esta manera, autoirritarse para modificar, cambiar o corregir diversas situaciones, pero siempre a partir y únicamente de sí mismo.

La otra forma de contacto entre derecho y sociología sucede con la dogmática, y de la forma de argumentar evocándose no sólo al pasado sino también al futuro, ni sólo de conceptos sino también de intereses, que en este caso son los sociales, esto da al sistema, no sólo la cerrazón conceptual característica y necesaria de la dogmática que es caracterizada por él, como la redundancia, también le da al mismo tiempo información al sistema en la forma de variedad, que le presenta al sistema algunos inconvenientes a los que se tiene que enfrentar y que obviamente se producen por la misma sociedad y que en pocas palabras y como ya se mencionó son la información que necesita el sistema jurídico para continuar con reproducción, cambio y operación.

De esta manera y ante esta teoría, surgen críticas a Luhmann, que no logran hacer que se entienda o interprete a ésta como se le ha querido hacer ver de fatalista o prescriptiva, al contrario, como se demostró, él sólo señala cómo ve al derecho y a la sociología y, sobre todo, se destaca su posición de volver a reunir dos subsistemas que como lo muestra la historia se han mantenido separados. La sociología y derecho se encuentran de nuevo sin la intención de imponerse uno al otro sino de acoplarse y complementarse, lo que le permite a uno tener una visión del exterior y a ella de obtener un mejor conocimiento de su objeto de estudio, lo que confirma las hipótesis inicialmente planteadas.

El que Luhmann permita gracias a su teoría reunir las, no significa un sincretismo, sino particularmente considero resulta hasta esperanzador que esto se lleve a cabo teóricamente sin sobreponerlas ni sobrevalorarlas. Pero esto de acuerdo a él, se logra considerando al derecho y a la sociología como sistemas, lo que parece significar que estos subsistemas parecen funcionar sin atender a la presencia de los individuos, parecen funcionar solos, autónomamente y sin injerencia del entorno, algo que como se demostró, no se debe malinterpretar y

que tampoco pueden dejarse de lado e ignorarse, por lo que es entonces cuando la sociología irrita al derecho y se relaciona con él mediante los acoplamientos estructurales que de esta manera le hacen ver a lo jurídico la ceguera que posee y que es propia de su misma posición que le impide ver la realidad social.

Es de este modo, que la propuesta de Luhmann de un acercamiento entre el sistema de derecho con la sociología, propone no eliminar la autonomía del sistema, no propone una desformalización del derecho en términos weberianos, ni un acercamiento a la realidad social a través de la moral y el derecho natural, ni tampoco recurre al realismo y a la frase contundente de Erlich que la dogmática sin la sociología está vacía, o a la postura radical de los *critical legal studies*. Tan sólo permite la complementariedad de dos subsistemas mediante su teoría de sistemas y la irritación, por lo que se niega que para él y en contrapartida para numerosos juristas, se considere a la sociología jurídica como súbdita del derecho o como una disciplina descalificada en términos totalmente kelsenianos. Para él, es importante destacar desde un inicio la idea de la propia utilidad de la sociología del derecho para sí misma sin intentar buscar el aval del derecho ni caer en la normatividad, pues el derecho se crea sólo en el derecho y no fuera de él, ni busca una posición de pretensión de poseer un mejor conocimiento que aquel jurídico, sino de observar al derecho tal cual es visto por el propio derecho y con ello hacer sus propias descripciones.

Habría que enfatizar también que la diferencia de Luhmann con otras posiciones sobre la sociología jurídica como el movimiento de derecho libre o las perspectivas escandinavas o norteamericanas u otras pertenecientes al realismo, es que la postura del de Bielefeld, siempre se mantiene instalada en el positivismo, pero se da cuenta de las reacciones contra éste y de las insuficiencias de los realistas en cuanto a la consideración, ubicación, función y método de la sociología del derecho. Por ello resulta más beneficioso su aporte, que considerando siempre el positivismo se da a la tarea de construir una teoría que si bien es sociológica, mantiene una estrecha relación entre derecho y sociología

considerando a ambas como sistemas que son funcionales y tomando en cuenta su formación jurídica adquirida en Alemania y complementándola por aquella sociológica obtenida en los Estados Unidos, pero que al mismo tiempo, respeta y resalta la positividad y validez del derecho por la cual luchó siempre Kelsen.

Esta postura del alemán, que parece mediar en la relación entre sociología y derecho, no pretende usar el modelo sistémico de cerrado/abierto, ya que este modelo insertado en el derecho provoca situaciones extremas. Por un lado se piensa en un sistema cerrado absolutamente al exterior como la teoría pura del derecho kelseniana y por otro lado, un derecho abierto al ambiente que se deja influenciar y que conlleva necesariamente diversas fuentes del derecho, como lo señala claramente Neves. En contraposición, y al parecer esto se convierte en una de las características de su teoría, Luhmann entiende un sistema jurídico que es abierto y cerrado al mismo tiempo, precisamente esto, marcado tanto en su operatividad y por ello normatividad desarrollada únicamente por el sistema y por una apertura al conocimiento que le es dada por las irritaciones del exterior producidas algunas por la sociología del derecho y que son procesadas internamente por la teoría y dogmática jurídicas.

La postura de Luhmann si bien utiliza algunos elementos de la teoría general de sistemas, como la distinción que desde un inicio hace de los sistemas en abiertos y cerrados, no debe circunscribirse ni entenderse totalmente a la luz de ésta, pues las diferencias son notorias desde el comienzo de su teoría al enfatizar que un sistema para él es cerrado pero abierto al mismo tiempo, para después considerar como una característica primordial de los sistemas, el que sean diferenciados, primero con el entorno para luego evolucionar y diferenciarse internamente y constituirse como lo es el derecho en un sistema diferenciado funcional. De este modo y puntualizando nuevamente en su teoría de la diferenciación, nos hace ver que partiendo de diversas disciplinas, la unidad no es necesariamente el punto de partida obligado ni en la sociología ni en el derecho, sino que la diferencia existente entre ambas hace que cada sistema conserve su

propia identidad con una interrelación que es propia de dos sistemas distintos y diferentes.

Otros aportes de la teoría de Luhmann están presentes y algunos insertos en la forma de ver al derecho por estudiosos como Teubner, Marcelo Neves, Karl Heins Ladeur, Danilo Zolo, Rottleuhtner, Arnaud entre otros. Además, deja un gran legado en el aparato conceptual, y la unión de la diferencia entre el derecho y la sociología y entre el derecho y las demás ciencias, algo que se había considerado hasta antes de él como algo impensable. Pero precisamente el acercamiento del derecho con la biología o con la física y química a través de conceptos, hace que se desvirtúe el trabajo del alemán, sobre todo cuando éste, no los utiliza de la misma manera en como fueron creados y los adapta para la explicación de su teoría, que como explica él, son necesarios, pues el ámbito teórico despreciado casi siempre en la sociología, carece de un aparato conceptual capaz de explicar y describir a la sociedad tal como él la ve.

En otro aspecto, se puede ver en la teoría luhmanniana su interés por un análisis funcional del derecho, que lo concibe circularmente, de manera no jerárquica en forma de pirámide y donde las normas son vistas como expectativas generales de conducta en un futuro incierto, que tienen relación entre sí y que por ello se distancia y separa, del propio análisis y descripción que realizó Kelsen pero de manera estructural y jerárquica, donde se pone énfasis en cómo la norma está unida al sistema y se llega entonces a ver la estructura de un sistema que descansa en una norma fundamental. Y precisamente por esas diferencias, es que se entiende el distanciamiento entre sociología jurídica y derecho.

Se entiende, por todo esto, una teoría luhmanniana difícil en todos los aspectos, que para algunos será contradictoria y se mantendrá así, si es que no se logra comprender que su teoría como la vida se basan no en la contradicción sino en la paradoja y tautología, mismas, que también presentes en el derecho, se combaten dentro y siempre dentro del sistema con la ayuda de la sociología.

Finalmente, se sugiere, que antes de emprender el pensamiento de Luhmann se aborde necesariamente el estudio de la teoría general de sistemas de Ludwig Von Bertalanffy no sólo como un referente histórico sino como la génesis de la actual y moderna teoría de sistemas, y que esto permite distinguir una de la otra, ya que el pensamiento de Luhmann rompe con el de Bertalanffy en cuanto que el primero agrega nuevos conceptos a la teoría, mismos que le ayudan a dar una explicación a los sistemas, sobre todo a los sociales que son los que reciben de él mayor atención.

Se sugiere un trabajo de investigación que aborde el sentido dentro del sistema jurídico como una característica muy importante del sistema, que le da continuidad y funcionalidad al mismo y, que como la falta de éste, vuelve al derecho ineficaz, ineficiente y sea una de las causas de disolución del sistema en el ambiente. Se propone además, reconsiderar la idea y se plantea la necesidad de conocer y profundizar más dentro la teoría jurídica, el pensamiento y obra de Niklas Luhmann, ya que a pesar que su postura es muy controversial, también es cierto que ofrece respuestas a la problemática social, no sólo en la sociología jurídica, teoría del derecho, derecho penal o la filosofía del derecho concretamente, sino a todo el ámbito jurídico, ya que la importancia de Luhmann radica en su teoría, es decir, podemos estar de acuerdo o no con él, pero no podemos dejar de tomarlo en cuenta en la búsqueda de explicaciones de nuestro propio sistema jurídico.

Bibliografía

- ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Sistemas Jurídicos: Elementos para un análisis sociológico**. Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1996.
- ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques**. Bruylant. Bruxelles, 1998.
- BERTALANFFY, Ludwig. **Teoría General de los Sistemas**. Duodécima reimpresión de la 1ª edición. Fondo de Cultura Económica. México, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione**. Edizioni di Comunita. Milano, 1977.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Editorial Temis. Bogotá, 1999.
- CAMOU Antonio; CASTRO, José. (Coordinadores). **La Sociedad compleja**. Triana editores. México, 1997.
- CARACCILO, Ricardo. **La Noción de sistema en la Teoría del derecho**. 2ª edición. Distribuciones Fontamara. México, 1999.
- CARBONNIER, Jean. **Sociología Jurídica**. Traducción de Luis diez-Picazo. Editorial Tecnos. Madrid, 1977.
- CORREAS, Óscar. (Compilador) **El otro Kelsen**. UNAM. México, 1989.
- CORSI, ESPOSITO, BARALDI. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Editorial Anthropos/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1995.
- CUSA, Nicolás de. **De la docta ignorancia**. Traducción de Demetrio Nañez. Editorial Lautaro. Buenos Aires, 1948.
- DURKHEIM, Emilio. **Las Reglas del método sociológico**. Traducción de Antonio Ferrer. 6ª edición. Premia editora. México, 1989.
- EIGEN, Manfred; SCHUSTER, Peter. **The Hypercycle**. Springer-Verlag. Berlin, 1979.
- FARIÑAS DULCE, Ma. José. **La Sociología del derecho de Max Weber**. UNAM. México, 1989.
- FLORES, CÁRDENAS, MURO, DOVALA. (Coordinadores). **Teorías sociológicas contemporáneas**. Universidad Autónoma Metropolitana. México, 1996.
- FOERSTER, Heins, Von. **Las Semillas de la cibernética**. Traducción de Marcelo Pakman. Editorial Gedisa. Barcelona, 1991.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1997.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Positivism jurídico, Realismo sociológico y lusnaturalismo**. 4 edición. Distribuciones Fontamara. México, 2002.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. **El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1993.
- GIORGI, Raffaele de. **Ciencia del derecho y legitimación**. Universidad Iberoamericana, México, 1998.

- GIORGI, Raffaele de. **Scienza del Diritto e Legittimazione. Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann.** Pensa Multimedia. Lecce, 1998.
- GRAWITZ, Madeleine. **Métodos y técnicas de las ciencias sociales.** Tomo I. Traducción de Enrique Muñoz Latorre. Editorial Hispano Europea. Barcelona, 1975.
- HABERMAS, Jürgen. **La Reconstrucción del materialismo histórico.** Traducción de Jaime Muñiz y Ramón Cotarelo. Editorial Taurus, Madrid, 1985.
- HABERMAS, Jürgen. **El Discurso filosófico de la modernidad.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Taurus, Argentina, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias sociales.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez.** Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 2ª edición. Editorial Trotta. Madrid, 2000.
- IZUQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres.** Editorial Anthropos. Barcelona, 1990.
- **International Encyclopedia of Systems and Cybernetics.** Charles François editor. Germany, 1997.
- JOHANSEN BERTOGLIO, Oscar. **Introducción a la Teoría General de Sistemas.** Novena reimpresión de la 1ª edición. Editorial Limusa. México, 1994.
- KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfred. **El pensamiento jurídico contemporáneo.** Edición española a cargo de Gregorio Robles. Editorial Debate. Madrid, 1992.
- KELSEN, Hans. **El Método y los principios fundamentales de la teoría pura del derecho.** Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Editorial Revista de derecho privado. Madrid, 1933.
- KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** Traducción de Roberto J. Vernego. 5ª edición. UNAM. México, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado.** Traducción de Eduardo García Maynéz. Cuarta reimpresión de la 1ª edición. UNAM. México, 1988.
- KELSEN, Hans. **¿Qué es la Teoría pura del derecho?.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Editorial Fontamara. México, 1991.
- KRAWIETZ, Werner. **El Concepto sociológico del derecho y otros ensayos.** Traducción de Ernesto Garzón Valdez. 3ª edición. Distribuciones Fontamara. México, 2001.
- LAUTMANN, Rüdiger. **Sociología y Jurisprudencia.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Tercera edición. Distribuciones Fontamara. México, 1997.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Sistema nuevo de la naturaleza.** Traducción de Enrique pareja. 2ª edición. Editorial Aguilar. Buenos Aires, 1969.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Monadología.** Traducción de Manuel Fuentes Benot. 5ª edición. Editorial Aguilar. Buenos Aires, 1972.
- LILIENTELD, Robert. **Teoría de Sistemas.** Traducción de Eduardo Cosacov. Cuarta reimpresión de la 1ª edición. Editorial Trillas. México, 2000.

- LUHMANN, Niklas. **Ilustración sociológica y otros ensayos**. Versión castellana de H. A. Murena. Editorial SUR. Buenos Aires, 1973.
- LUHMANN Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Traduzione e introduzione di Alberto Febbrajo. Il Mulino. Bologna, 1978.
- LUHMANN, Niklas. **Stato di diritto e sistema sociale**. Guida editori. Napoli, 1978.
- LUHMANN, Niklas. **The Differentiation of Society**. Columbia Univesity Press. New York, 1982.
- LUHMANN, Niklas. **Struttura della società e semántica**. Traduzione di Maria Sinatra. Laterza. Roma, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Fin y racionalidad en los sistemas**. Traducción de Jaime Nicolás Muñiz. Editora Nacional. Madrid, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Traducción de Ignacio Otto Pardo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **El Amor como pasión. La codificación de la intimidad**. Traducción de Joaquín Adsuar Ortega. Ediciones Península. Barcelona, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. Routledge and Kegan Paul. Boston, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **Ecological Communication**. Polity Press. Cambridge, 1989.
- LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. Columbia University Press. New York, 1990.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad y Pedagogía**. Traducción de Carlos Fortea. Editorial Paidós. Barcelona, 1992.
- LUHMANN, Niklas; SCHORR, Karl Eberhard. **El sistema educativo**. Traducción de Olivia Reinshagen y Luis Felipe Segura. Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 1993.
- LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Traduzioni de Raffaele de Giorgi e Michele Silbernagl. Il Mulino. Bologna, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. A cura di Alberto Febbrajo. Giuffrè editore. Milano, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Poder**. Traducción de Luz Mónica Talbot. Editorial Ántropos/Universidad Iberoamericana. España, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Traducción de Amada Flores. Editorial Abthropos/Universidad Iberoamericana. Barcelona, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **La Ciencia de la sociedad**. Traducción de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Universidad Iberoamericana/ITESO/Anthropos. México, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**. Traducción de Carlos Fortea Gil. Editorial Piados. Barcelona, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. Traducción de Darío Rodríguez Mancilla. Universidad Iberoamericana/Anthropos. Barcelona, 1997.

- LUHMANN, Niklas; IZUZQUIZA, Ignacio. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Editorial Paidós. Barcelona, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Traducción de Fernando Vallespín. Alianza editorial. Madrid, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia**. Traducción de Josexto Beriain y José Ma. García B. editorial Trotta. España, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general**. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. 2ª edición. Anthropos/Universidad Iberoamericana/CEJA. Barcelona, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Triana editores/Universidad Iberoamericana. México, 1998.
- LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele de. **Teoría de la Sociedad**. Traducido por Miguel Romero y Carlos Villalobos. 2ª edición. Universidad Iberoamericana/Triana editores. México, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales (Artículos)**. Universidad Iberoamericana. México, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Teoría de los Sistemas Sociales II. (Artículos)**. Universidad de los Lagos/ITESO/Universidad Iberoamericana. Chile, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **La Realidad de los medios de masas**. Editorial Anthropos/Universidad Iberoamericana. Barcelona, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana/ITESO/UNAM. México, 2002.
- LUHMANN, Niklas. **I Diritti fondamentali come istituzione**. Traduzione di Stefano Magnolo. Edizioni Dedalo. Bari, 2002.
- LUHMANN, Niklas; TORRES NAFARRATE, Javier. **Introducción a la teoría de sistemas**. Universidad Iberoamericana/ITESO. México, 2002.
- MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma. Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann**. Giappichelli Editore. Torino, 2001.
- MARIAS, Julián. **Historia de la filosofía**. Séptima reimpresión de la 1ª edición. Alianza editorial. México, 1997.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Filosofía del derecho**. Editorial Trillas. México, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. **Sociología Jurídica**. Editorial trillas. México, 2001.
- MARTINES GARCÍA, Jesús Ignacio. **La imaginación jurídica**. Editorial Dickinson. Madrid, 1999.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El Árbol del conocimiento**. 3ª edición. Editorial debate. Barcelona, 1999.
- MINGERS, John. **Self-producing systems. Implications and applications of autopoiesis**. Plenum Press. New York. 1995.
- MORIN, Edgar. **Introducción al Pensamiento Complejo**. Traducción de Marcelo Pakman. Quinta reimpresión de la 1ª edición. Editorial Gedisa. Barcelona, 2001.

- NAVAS, Alejandro. **La Teoría sociológica de Niklas Luhmann**. EUNSA. España, 1990.
- NOUSS, Alexis. **La Modernidad**. Publicaciones Cruz. México, 1997.
- PARACELSO. **Las enfermedades invisibles**. Biblioteca esotérica. Barcelona, 1984.
- PARACELSO. **Obras completas**. Edicomunicación. Barcelona, 1989.
- PARSONS, Talcott. **El sistema social**. Traducción de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez. Alianza editorial. Madrid, 1982.
- RAMÍREZ, Santiago (Coordinador). **Perspectivas en las teorías de sistemas**. Siglo XXI editores. México, 1999.
- RAZ, Joseph. **El Concepto de sistema jurídico**. Traducción de Rolando Tamayo. UNAM. México, 1986.
- RECASENS SICHES, Luis. **Sociología**. Octava edición. México, 1965.
- REZA de la, Germán. **Teoría de sistemas. Reconstrucción de un paradigma**. Universidad Autónoma Metropolitana/Miguel Angel Porrúa editor. México, 2001.
- ROBERTS, David et al. **Reconstructing theory. Gadamer, Habermas, Luhmann**. Melbourne University Press. Melbourne, 1995.
- RODRÍGUEZ GARCIA, Fausto (Coordinador). **Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches**. Vol. II. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1987.
- SANTIAGO NINO, Carlos. **Consideraciones sobre la dogmática jurídica**. UNAM. México, 1989.
- SOBREVILLA, David (Compilador). **El Derecho, la política y la ética**. Siglo XXI editores/UNAM. México, 1991.
- SPIRE, Arnaud. **El pensamiento de Prigogine**. Traducción de Carlos Gardini. Editorial Andrés Bello. Chile, 2000.
- SUANCES, Manuel; VILLAR, Alicia. **El Irracionalismo**. Vols. 1 y 2. Editorial Síntesis. España, 2000.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. **Elementos para una Teoría General del Derecho**. Editorial Themis. México, 1992.
- TEUBNER, Günther. **Le Droit: un système autopoïétique**. Presses Universitaires de France. Paris, 1993.
- TEUBNER Günther; BORDIEU, Pierre. **La Fuerza del derecho**. Ediciones Uniandes/Instituto Pensar/Siglo del hombre editores. Bogotá, 2002.
- VERA CRUZ, Fray Alonso de la. **Libro de elenco sofisticos**. Versión de Mauricio Beuchot. UNAM. México, 1989.
- WATZLAWICK, Paul; et al. **La realidad inventada**. Traducción de Nélida M. de Machain, Ingeborg S. de Luque y Alfredo Báez. Quinta reimpresión de la 1ª edición. Editorial Gedisa. Barcelona, 2000.

Hemerografía

- ARNAUD, André-Jean. **Le droit: un ensemble peu convivial.** Droit et société. No. 11-12. Paris, 1989.
- ARNAUD, André-Jean. **Raising some problems on the closure of the legal system.** Rechtstheorie. Beiheft 11. Berlin, 1991.
- BERIAIN, Josexto. **Niklas Luhmann, In Memoriam.** En Estudios Políticos. Cuarta época, No.21. México, mayo-agosto, 1999.
- CANCINO, César. **Sistema y complejidad.** En Metapolítica. Vol. 5, Num. 20. Octubre-diciembre 2001.
- CLAM, Jean. **Une nouvelle sociologie de droit? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann.** Droit et Société. No. 33. Paris, 1996.
- DAZA GÓMEZ, Carlos. **El funcionalismo, hoy.** En Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XLIX. Nos. 227-228. México, septiembre-diciembre, 1999.
- DEFLEM, Mathieu. **The boundaries of abortion law: Systems theory from Parsons to Luhmann and Habermas.** En Social Forces. Vol. 73, No. 3. USA. March, 1998.
- FARIÑAS DULCE, María José. **Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho.** En DOXA. Nos. 15-16. España, 1994.
- FOERSTER, Heins. **Por una nueva epistemología.** En Metapolítica. Vol. 2, Num. 8. Octubre-diciembre. México 1998.
- GALINDO, Jorge. **La política como sistema.** En Metapolítica. Vol. 5. Num. 20. México, Octubre-diciembre. 2001.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann.** Droit et société. Paris. N° 11-12, 1989.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal.** En Doxa. No. 23. Alicante, 2000.
- GONZÁLEZ, Luis A. **Política y posmodernidad.** (Lyotard, Popper; Luhmann y Habermas). En Estudios Centroamericanos. Año LIII. Nums. 591, 592. El Salvador, 1998.
- GRANJA CASTRO, Josefina. **El pensar sistémico.** En Metapolítica. México, Vol. 5, Num. 20. Octubre-diciembre 2001.
- GRÜN, Ernesto. **El derecho posmoderno, un sistema lejos del equilibrio.** En DOXA. No. 21. España, 1998.
- HERRERA GÓMEZ, Manuel. **Representaciones de la sociedad: de la modernidad a la posmodernidad.** En Papers. No. 61. Barcelona, 2000.
- HOCEVAR, Mayda. **La teoría sistémica de Luhmann: errores y peligros.** En Anuario de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. Mérida, Venezuela. No. 17, 1992-1993.
- HOYOS ARANA, José Luis. **La herencia teórica de Luhmann.** En Estudios Políticos. México, D.F. 4ª época, No. 19. septiembre-diciembre, 1998.
- INNERARITY, Daniel. **La Ilustración Sociológica de Niklas Luhmann.** En Persona y Derecho. No. 17. Pamplona, 1987.

- JES BJARUP, Aarhus. **Niklas Luhmann's paradigm and his theory of law.** Rechtstheorie. 23 Band, Hef 3. Berlin, 1992.
- LOZANO, G. Mario. **I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann.** Sociologia del diritto. Milano, Italia. Vol. XXVI. No.1, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **El Enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho.** En Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 25. Granada, 1985.
- LUHMANN, Niklas. **La teoría moderna del sistema como forma de análisis social complejo.** Traducción de Francisco Galván Díaz. En Sociológica. Año 1, No. 1. México, 1986.
- LUHMANN, Niklas. **Le Droit comme Systeme Social.** Droit et Société. No. 11-12. Paris, 1989.
- LUHMANN, Niklas. **La Observación Sociológica del Derecho.** Traducción de Héctor Fix-Fierro. En Crítica Jurídica. No. 12. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1993.
- LUHMANN, Niklas. **Inclusión-exclusión.** Traducción de Javier Torres Nafarrate. En Acta sociológica. No. 12. México, septiembre-diciembre, 1994.
- LUHMANN, Niklas. **Unidad y diferenciación en la sociedad moderna.** Traducción de Adriana Murguía Loes. En Acta sociológica. No. 12. México, septiembre-diciembre, 1994.
- LUHMANN, Niklas. **La constitution comme acquis évolutif.** En Droits. Revue Française de Théorie Juridique. No. 22. Paris, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Legal Argumentation: An Analysis of its Form.** The Modern Law Review. No. 3. Volume 58. London, May, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **La comunicación jurídica.** En Confluencias. Vol. 1, No. 1. México, septiembre, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **La constitution comme acquis évolutif (suite).** Droits. Revue Française de Théorie, de philosophie et de culture juridiques. No. 23. Paris, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **¿Puede la sociedad moderna evitar los peligros ecológicos?** Traducción de Javier Torres Nafarrate. En Argumentos. No. 24. México, septiembre, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **Problemas con el cierre operativo.** Traducción de Celso Sánchez Capdequi. En Anthropos. Nums. 173-174. Barcelona, julio-octubre, 1997.
- LUHMANN, Niklas. **¿Qué queda del futuro?.** Traducción de José Luis Hoyo Arana. En Estudios Políticos. Cuarta época, No.21. México, mayo-agosto, 1999.
- LUHMANN, Niklas. **La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit.** En Droit et société. No. 47. France, 2001.
- LUHMANN, Niklas. **Poder, política y derecho.** En Revista Metapolítica. México, Vol. 5 Num. 20. Octubre-diciembre 2001.
- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. **El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann.** En Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XLIX, Número 226-226. UNAM. México, mayo-agosto, 1999.

- MOLINA Y VEDIA, Silvia. **Individuo y sociedad: el desencuentro. A propósito de la concepción de sistema social de Niklas Luhmann.** En Acta sociológica. No. 12. México, septiembre-diciembre, 1994.
- MOLINA Y VEDIA, Silvia. **Identidad, tolerancia e intolerancia: un horizonte abierto a la investigación desde la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann.** En Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. Año XLIV, No. 176. México, mayo-agosto, 1999.
- NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina.** Traducción de Ana M. Urbina Caicedo. En El otro Derecho. Vol.6, No.1. Colombia, 1994.
- NEVES, Marcelo. **De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho.** Traducción de Victoria Roca. En Doxa. No. 19. España, 1996.
- NEVES, Marcelo. **Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit espropriateur au droit envahi.** En Droit et société. No. 47. France, 2001.
- OJEDA, Cuauhtémoc; GUERRERO, Luis. **La culpabilidad: algunas consideraciones postfinalistas.** En Investigaciones Jurídicas. Vol. VII. No. 65. México, julio-diciembre, 1998.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito.** En Doxa. No. 23. Alicante, 2000.
- PRIETO NAVARRO, Evaristo. **Teoría de Sistemas, Funciones del Derecho y Control Social.** En Doxa. No. 23. Alicante, 2000.
- RABAULT, Hugues. **La nature et la fonction de la théorie du droit dans la sociologie de Niklas Luhmann: vers une rénovation de l'épistémologie du droit?** Droits. No. 33. Paris, 2001.
- RAISER, Thomas. **Les relations entre la sociologie du droit et les sciences juridiques.** En Droit et Societe. No. 11-12. Paris, 1989.
- REZA, de la Germán. **Del arte combinatorio a la teoría general: apuntes para una historia del sistema.** En Argumentos. No. 24. México, septiembre, 1996.
- RODRIGUEZ MANCILLA, Darío. **La teoría de la sociedad.** En Metapolítica. Vol. 5. Num. 20. México, Octubre-diciembre. 2001.
- ROTTLEUTHNER, Hubert. **La Sociologie du droit en Allemagne.** En Droit et Société. Nos. 11, 12. Paris, 1989.
- SOLARES ALTAMIRANO, Blanca. **El desarrollo de la teoría de la sociedad de Jürgen Habermas.** En Acta sociológica. No. 12. México, septiembre-diciembre, 1994.
- TEUBNER, Günther; PATERSON, John. **Changing maps: empirical legal autopoiesis.** Social ad legal studies. Vol. 7. No. 4. London, december, 1998.
- TEUBNER, Günther. **Les multiples aliénations du droit: sur la plus-value sociale du douzième chameau.** Droit et société. No. 47. France, 2001.
- TORRES NAFARRATE, Javier. **La severidad de un pensamiento: Niklas Luhmann.** En Umbral XXI. No. 7. México, 1991.

- TORRES NAFARRATE, Javier. **Ejercicios de rutina para explicar la teoría de Luhmann.** En Estudios Políticos. Cuarta época, No.21. México, mayo-agosto, 1999.
- TREVES, RENATO. **A la búsqueda de una definición de la sociología del derecho.** En Crítica jurídica. Traducción de Ana Ma. Del Gesso C. No. 12 México, 1993.
- VARELA PETITO, Gonzalo. **Niklas Luhmann en México.** En Estudios sociológicos de el Colegio de México. Vol. X, Num. 30. México, septiembre-diciembre 1992.
- VERGARA, Luis. **Pasado y presente de la teoría de sistemas.** En Metapolítica. Vol. 5. Num. 20. México, Octubre-diciembre, 2001.
- ZOLO, Danilo. **La fortuna del pensamiento de Niklas Luhmann en Italia.** En Anales de la Cátedra Francisco Suárez. No. 30. Granada, 1990.