



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO**

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA TEORÍA
DE SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

LICENCIADA GUADALUPE AMOR URIBE ARPERO

CON NÚMERO DE CUENTA: 99347404

Director de Tesis:

DR. JAIME FERNANDO CÁRDENAS GRACIA
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ciudad Universitaria, Cd. Mx. Octubre 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ÍNDICE

Introducción.....	4
1. LA CIENCIA JURÍDICA Y LA TEORÍA DEL DERECHO	7
1.1. Teorías sistémicas clásicas	12
1.1.1. El derecho natural moderno.....	13
1.1.1.1. Hugo Grocio.....	14
1.1.1.2. Samuel Pufendorf.....	16
1.1.1.3. Gottfried Wilhelm Leibniz.....	21
1.1.2. El positivismo jurídico.....	31
1.1.2.1. John Austin.....	31
1.1.2.2. Hans Kelsen.....	45
1.1.2.2.1. El método de la ciencia jurídica.....	45
1.1.2.2.2. Conceptos jurídicos fundamentales de la teoría pura del derecho.	48
1.1.2.2.3. La diferenciación sistémica del derecho y su estructura.....	56
1.1.2.3. Herbert Lionel Adolphus Hart.....	66
1.1.2.3.1. La filosofía del lenguaje y el pensamiento sociológico moderno en la teoría del derecho de Hart.....	67
1.1.2.3.2. El sistema positivo de Hart.....	74
1.1.2.4. Ronald Dworkin.....	84
2. INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.....	97
2.1. Antecedentes de la Teoría de Sistemas.....	99
2.1.1. Ferdinand Saussure.....	100
2.1.2. Emile Durkheim.....	104

2.1.3. Claude Lévi-Strauss.....	110
2.1.4. Bronislaw Malinowski.....	113
2.1.5. A.R. Radcliffe –Brown.....	117
2.1.6. Talcott Parsons.....	120
2.2. La teoría de sistemas Niklas Luhmann.....	128
3. UNA NUEVA VISIÓN DEL DERECHO.....	146
3.1. La comunicación y el sistema social.....	148
3.2. El Entorno de los sistemas sociales y su diferenciación.....	154
3.3. El Derecho en la teoría de sistemas.....	158
3.4. La función del derecho al interior de la sociedad.....	167
3.5. Criterio de pertenencia y disposición jurídica en la teoría de sistemas (Codificación y Programas).....	171
3.6. La función sistémica de la justicia en la teoría de sistemas.....	173
3.7. Los actores jurídicos.....	175
4. LA MECÁNICA DEL DERECHO EN EL SISTEMA SOCIAL.....	178
4.1. Sobre la mecánica de los derechos fundamentales en la teoría de sistemas.....	188
4.2. La dinámica sistémica del derecho, (adaptación de los sistemas funcionales).....	209
4.3. La función sistémica de la argumentación jurídica.....	213
5. Conclusiones	218
6. Bibliografía.....	223

INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias que trajo la segunda guerra mundial fue el cambio estructural en la organización geopolítica del mundo, así como de la ciencia jurídica; poco a poco las posturas positivistas se han ido transformado y una tendencia hacia la interdisciplinariedad de las ciencias sociales ha ido en aumento; caso concreto es la teoría de sistemas de Luhmann.

Luhmann crea una teoría compleja, la cual se allega de diversos recursos metodológicos y conceptuales provenientes de disciplinas pertenecientes a diferentes campos del conocimiento, tales como la biología, la mecánica, lingüística, las matemáticas entre otras, esto con el fin de realizar un análisis más extenso y profundo del fenómeno denominado sociedad.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar cómo operan los derechos fundamentales en todos y cada uno de los ámbitos de la sociedad; estos últimos tienen la particular capacidad de influenciar la estructura y el contenido argumentativo de las decisiones judiciales que versan sobre dichos derechos.

Es preciso mencionar que la ciencia jurídica tradicional carece de las herramientas conceptuales para analizar la forma en la cual los derechos fundamentales determinan, moldean y transforman a la sociedad, de ahí que la teoría de sistemas de Luhmann, es idónea para cumplir con dicho objetivo, por su alta complejidad

Por lo antes expuesto, en el capítulo primero, a través de la implementación de un análisis teórico descriptivo se analizaron los modelos de derecho que construyeron las teorías con un enfoque nomo-céntrico; por esta razón se hizo referencia a autores tanto positivistas como naturalistas. Es necesario manifestar que Ronald Dworkin no está dentro de ese esquema porque, es uno de los primeros intentos de transformar la forma en la cual se percibe el derecho; al concebirlo como una integridad.

Ante la problemática planteada, en el capítulo segundo se hace un análisis teórico descriptivo de los antecedentes del funcional estructuralismo de Luhmann; es por esta razón que se abordan a los precursores de ambas corrientes, Ferdinand Saussure y Emile Durkheim; para después abordar las teorías de Claude Levi-Strauss, Bronislaw Malinowski, A.R. Radcliffe –Brown y Talcott Parsons.

Posteriormente se realiza un análisis teórico- conceptual en la última parte del capítulo en comento, así como del capítulo tercero de la teoría de sistemas de Luhmann y su particular concepción del derecho como un sistema funcional.

Al adoptar un enfoque funcional, Luhmann concibe a la sociedad en razón de su función, como un sistema de comunicaciones, siendo esta última su operación basal; esto es contrario a la sociología tradicional que la concebía como un conglomerado humano.

La observación orientada en razón de la operación hace posible la diferenciación entre sistema/entorno; en este orden de ideas, la identidad sistémica descansa en la diferencia producto de clausura operacional de los sistemas.

La diferenciación interna de la sociedad producto de su propia evolución llega a un punto en el cual se constituyen sistemas comunicacionales diferenciados en razón de su función; en el caso del derecho; éste se dedica a la resolución de problemas a través del mantenimiento de expectativas, estas últimas son programas que sirven como fundamento de las decisiones jurídicas.

El derecho como un sistema de comunicaciones espaciales, coloca al poder judicial en el centro gravitacional del sistema jurídico, también es el órgano encargado de su evolución. Es preciso mencionar que la coacción no es la nota definitoria del derecho; sino el símbolo de validez que acompaña a sus comunicaciones.

Para Luhmann las normas son programas los cuales establecen expectativas; sin embargo los derechos fundamentales no son programas del sistema, son acoplamientos estructurales, los cuales “interconectan”, al derecho con la política, la economía, la educación, la religión, y demás sistemas funcionales; por esta razón la función de los derechos fundamentales trasciende de lo jurídico a lo social.

Aunque las normas y las decisiones judiciales que versan sobre los mismos son programas.

A partir de las herramientas proporcionadas por la teoría de sistemas, así como la implementación del enfoque diacrónico y sincrónico, se analizó, a partir de tres casos prácticos, la forma en la cual los derechos fundamentales operaban de forma transversal en la sociedad, lo cual determina el comportamiento de los tribunales y en la forma en la que estos deciden los casos.

Asimismo, la sociedad tiene la capacidad de maximizar o restringir los derechos fundamentales de facto, contraviniendo lo establecido por la política y el derecho, esto lo podemos observar en los micro racismos estructurales o la discriminación de género.

Por último es preciso mencionar que la eficacia de los derechos fundamentales es esencial para el proceso de diferenciación de la sociedad, lo cual es un presupuesto necesario para la evolución social; de ahí que el objeto del presente trabajo de investigación sea demostrar como los derechos operan en lo social dentro del marco de la teoría de los sistemas

CAPÍTULO I

LA CIENCIA JURÍDICA Y LA TEORÍA DEL DERECHO

-Debería, creo, habituarse, si tenía intención de ver el mundo superior. Y al principio, lo que vería más fácilmente serían las sombras; luego, las imágenes de los hombres y de los otros objetos reflejados en las aguas; luego, los objetos en sí; luego, elevando sus miradas hacia la luz de los astros y de la luna, contemplaría durante la noche las constelaciones y el firmamento con más facilidad que no lo haría durante el día con el sol y su claridad.

-¿Pues cómo no?

-Finalmente, yo pienso, [sería] el sol, no en las aguas ni en las otras imágenes reflejadas sobre cualquier otro punto, sino el sol en su propio sitio, al que podría mirar y contemplar cual es.

-Necesariamente -afirmó.

-Después de eso, ya deduciría acerca de él que es él mismo quien produce las estaciones y los años, quien rige todo en el mundo visible y quien es de alguna manera la causa de todas esas cosas que él y sus compañeros veían en la caverna.

Platón¹

El ser humano se encuentra inmerso en un entorno “natural”, el cual a lo largo de los siglos ha ido modificando en razón del crecimiento demográfico y el aumento de sus necesidades; dicha transformación ha sido posible, en su mayoría, gracias a la ciencia.

El pensamiento científico ha sido una constante en la historia humana, sin embargo es hasta el siglo XIX, cuando logra la emancipación total del pensamiento religioso que adquiere una mayor fuerza, al grado de imponer su paradigma metodológico a las diferentes áreas del conocimiento.

¹ PLATÓN, *La República*, p. 141, <http://www.kimera.com/RECURSOS/PLATON/la%20republica.pdf>

Por lo general se define a la ciencia como el “conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por lo consiguiente falible.”² Asimismo el Dr. Jaime Cárdenas Gracia, propone una definición ciencia más extensa:

De lo dicho anteriormente queda claro que es difícil definir lo que es ciencia. Como aproximación inicial podemos decir que la ciencia ocupa del conocimiento de hechos, de diversos géneros de fenómenos y paradigmas, que lo hace con pretensión de observar, verificar y falsar los conocimientos sobre hechos o fenómenos, signos y símbolos, bajo distintos métodos, de manera racional y sin dogmatismo inamovibles, abierta a nuevos conocimientos y con pretensión de neutralidad.³

De acuerdo con el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán; el concepto ciencia, es operador oracional, presenta el problema de una ambigüedad proceso-producto; debido a que “... puede designar una actividad, un proceso, i) el estudio, investigación, análisis o descripción de algo. Asimismo, ciencia puede designar un producto, ii) un conjunto de enunciados que versan sobre algo.”⁴

De acuerdo con el autor en comento, la aplicación del operador oracional ciencia a un objeto particular, depende del método⁵, así como del reconocimiento de la comunidad científica; esta última determina si el objeto en cuestión es relevante; así de las similitudes entre las ciencias.

La relevancia antes mencionada, obedece a las similitudes que guardan los diversos campos de investigación; o si fungen como auxiliares para el desarrollo de otras ciencias; Los dos supuestos antes mencionados obedecen a la clasificación tradicional de las ciencias en fácticas y formales.

² BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, 10 ma. ed., México, Grupo editorial Patria, 2010, p. 9

³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Nostra Ediciones, 2009, p.40

⁴ Cfr., TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, p.103

⁵ “Las semejanza, mayor o menor, con los métodos de las ciencias paradigmáticas y en última instancia, con ellas mismas, será el criterio decisivo para determinar el campo científico, así como el de la adquisición de nuevos dominios de la ciencia. La incorporación de la química al campo de la ciencia se debió además de la “importancia” de su objeto, a la semejanza de los métodos de los químicos con los de los físicos; la adquisición de la bioquímica se debió, además de la importancia de los objetos, a la posibilidad de abordar los métodos semejantes a los de los químicos. Dicha extensión empieza a ser dudosa en los campos que exceden una clara semejanza. La duda aparece en casos como es de la sociología, psicología, etcétera. Esto se debe al hecho de que los de tales disciplinas no siempre satisfacen los criterios de similitud que los asemejan a los métodos de las ciencias pragmáticas.” *Ibidem.*, p. 108

Las ciencias formales, como la lógica formal y las matemáticas, construyen y problematizan sus propios objetos de estudio; con el fin de encontrar nuevas estructuras, relaciones y formulas; Su relevancia científica radica en que son esenciales para las ciencias fácticas; estas últimas realizan cálculos de sucesos, así como, expresan los resultados de sus investigaciones a través de proposiciones lógicas y fórmulas matemáticas; ejemplo: la trigonometría es esencial para la física; así como la lógica lo es para el derecho.

Por lo que se refiere a las ciencias fácticas o empíricas, estas se ocupan de hechos acaecidos en la realidad, los cuales, una vez observados, son reconstruidos en forma de abstracciones, esto permite un mejor manejo de los datos, así como la reproducción virtual de dichos acontecimientos, esto con el fin de eliminar cualquier vestigio de subjetividad del observador; posteriormente, de ser el caso, se establecen leyes susceptibles de verificación.

La verificabilidad del conocimiento científico radica en las limitantes propias del observador, por esta razón, en la medida en la que la ciencia avanza y se confeccionan herramientas de observación más precisas, las antiguas teorías son mejoradas o suplantadas por otras nuevas.

Además del criterio de relevancia, se encuentra el del método de investigación, este debe de ser conforme al paradigma establecido por la comunidad científica; al respecto, Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, menciona que dicho criterio no es del todo contundente, porque el método científico no es aplicado de manera precisa por todas las ciencias paradigmáticas, de ahí que en cierto sentido sea “arbitraria” la aplicación de dicho método.

Ahora bien, las ciencias fácticas o pragmáticas se caracterizan por ser metódicas; es decir, que se sirven de diferentes métodos y procedimientos para plantear sus hipótesis, así como comprobar las mismas.

A pesar de que no se aplica cabalmente, el método científico, es un referente importante para el desarrollo de dicha actividad; “Esta brújula es el método

científico, que no produce automáticamente el saber, pero que nos evita perdernos en el caos aparente de los fenómenos, aunque solo sea porque no indica cómo no sucumbir al embrujo de nuestros prejuicios predilectos.”⁶ Tradicionalmente se concibe al método científico como “el proceso sistemático y razonado que el investigador de la ciencia sigue para la obtención de la verdad científica...”⁷ conformado por las fases observación, el planteamiento de la hipótesis, la experimentación, la modificación y posterior comprobación de la hipótesis.

El método científico adquiere relevancia para la ciencia jurídica mediados del siglo XIX principios del XX; gracias al triunfo de positivismo, el cual fue producto de las grandes revoluciones científicas, así como de los violentos movimientos sociales que definieron al siglo XIX. El positivismo es la corriente del pensamiento que se caracteriza por:

...la romantización de la ciencia, su exaltación como única guía de la vida particular y asociada del hombre, esto es, como único conocimiento, única moral y única religión posibles. Como romanticismo de la ciencia. El P. acompaña y estimula el nacimiento y afirmación de la organización técnico- industrial de la sociedad moderna y expresa la exaltación que ha acompañado a la industrialización desde su nacimiento...⁸

De acuerdo con los postulados positivistas⁹, el método científico es el arquetipo metódico, que debe ser adoptado por todas las áreas del conocimiento, por esta razón los juristas del siglo XIX, adoptaron un enfoque científico¹⁰; Sin embargo, al

⁶ BUNGE, Mario, *op. cit.*, nota 2, p. 44

⁷ PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *La metodología de la investigación científica del derecho*, Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, nº 205-206, TOMO: XLVI, enero- abril 1996, p. 72.

⁸ ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 4ta. ed., trad. de Alfredo N. Galleti, et. al., Distrito Federal, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 838

⁹ “ 1) La ciencia es el único conocimiento posible y el método de la ciencia es el único válido; por lo tanto, recurrir a causas o principios no accesibles al método de la ciencia no originará conocimientos y la metafísica que precisamente recurra a tal método carecerá de todo valor. 2) El método de la ciencia es puramente descriptivo, en el sentido de que describe los hechos y muestra las relaciones constantes entre los hechos que se expresan mediante leyes y permiten la previsión de los hechos mismos (Comte) o en el sentido de nuestra génesis evolutiva de los hechos más complejos partiendo de los más simples (Spencer) . 3) El método de la ciencia, en cuanto es el único válido, se extiende a todos los campos de la indagación y de la actividad humana y la vida humana en conjunto, ya sea particular o asociada, debe de ser guiada por dicho método.” *Idem.*

¹⁰ En términos generales “...el positivismo en sentido estricto, según el cual debe renunciarse a buscar las causas últimas de los fenómenos y tender únicamente a descubrir las leyes que expresan las relaciones constantes e invariables de los fenómenos.” HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ra.

no poder aplicar propiamente el método científico al objeto de estudio, tuvieron que cercenarlo y después reconstruirlo de forma sistémica; de ahí surge la concepción del derecho como sistema de normas.

Ahora bien, la reducción del enfoque obedece a los requisitos que establece la observación científica¹¹, ésta solo puede ser implementada en fenómenos susceptible de medición. El problema del derecho como objeto de estudio científico, es su multidimensionalidad¹²; De ahí que, solo algunos de sus aspectos son observables científicamente, así como, susceptibles de medición.

Por lo antes expuesto, la ciencia jurídica de corte positivista, sólo se enfoca en los procesos de creación y aplicación de normas positivas; concibiendo al derecho como un sistema compuesto por normas positivas dotadas de validez.

A grandes rasgos, la función de la ciencia jurídica es describir los procesos sistémicos del derecho; asimismo, teorizar sobre los problemas propios de la práctica jurídica, así como proponer soluciones, las cuales pueden ser adoptadas por los operadores jurídicos o no; al respecto el Dr. Jaime Cárdenas comenta:

Su método consiste en un análisis de punto de vista interno o normativo desde el que opera: los enunciados dogmáticos se emiten desde la perspectiva de aceptante – del jurista u operador jurídico- , esto es, de alguien que considera a las normas como guía de conducta y criterio de justificación y crítica. En cuanto a su función, la dogmática suministra criterios para la aplicación de las normas vigentes y para la estabilización y cambio del sistema jurídico.¹³

ed., Pamplona, Eunsa, 1996, 314; produjo que ciencia jurídica del siglo XIX desvinculará al derecho de todo tipo de metafísica o aspecto valorativo.

¹¹ A modo de paréntesis es necesario mencionar que la observación científica no es del todo objetiva; Al respecto Arturo Rosenblueth opina lo siguiente: “no creo que se posible para un hombre de ciencia, hacer observaciones puras; sus intereses y su experiencia le obligan a teorizar, le obliga a agregar un concomitante científico activo a la mera percepción de los fenómenos” ROSENBLUETH, Mario, *El método científico*, 21va. reimpresión, México, La Prensa Médica Mexicana, S.A. de C.V., 2008, p. 23

¹² “De hecho lo que ocurre es que el derecho, como objeto material puede ser estudiado desde perspectivas distintas y cada una de estas perspectivas constituye una teoría parcial del mismo (...) De una manera muy general se podría afirmar que las diversas escuelas han construido un conjunto de teorías cuyo objeto es el derecho, pero los problemas y los métodos que utilizan son distintos porque seleccionan diversos objetos formales.” CALSAMIGLIA, Albert, *La ciencia Jurídica*, en Ernesto Garzón Valdés (edit.), *Derecho y Justicia*, Trotta, España, 2000, p. 18

¹³ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, nota 3, p. 58

La ciencia jurídica en general se aboca al ámbito práctico del derecho; respondiendo a la cuestión ¿Cómo opera el derecho?; sin embargo, antes de entrar al funcionamiento del derecho, el objetivo de la presente investigación es adoptar otro enfoque para responder a la cuestión ¿Qué es el derecho?, esta última corresponde al nivel teórico del conocimiento jurídico.

La teoría del derecho aborda los conceptos jurídicos fundamentales; la definición de estos último, obedece al enfoque metodológico que aplique el jurista; En el presente trabajo de investigación se ceñirá solo a las concepciones sistémicas del derecho; como el positivismo, el iusnaturalismo y la teoría de sistemas.

Asimismo, el presente conceptos derecho, norma, validez, eficacia, principalmente, por otro lado, se prestará atención a la cuestión de ¿Por qué la sociedad asume que el derecho es obligatorio? Es preciso mencionar que en las concepciones del derecho como un sistema normativo se abordaran los temas de pertenencia, identidad y estructura.

1.1. Teorías sistémicas clásicas

Las teorías sistémicas clásicas o funcionalistas definen tradicionalmente al derecho como “un conjunto de normas que regulan la conducta humana”¹⁴; dentro de esta categoría se encuentran, de acuerdo con el Dr. J.M. Pérez Bermejo, el iusnaturalismo racional¹⁵ y el positivismo jurídico.¹⁶

Aun cuando ambas teorías son distintas, ambas conciben al derecho como un sistema constituido por normas; por esta razón, el Dr. Juan Manuel Pérez Bermejo, concluye que entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo racional “media una relación que casi puede ser calificada isomórfica, porque ambos están vertebrados

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 6ta. ed., Madrid, Trotta, 2011, p.13

¹⁵ Para Manuel Atienza, la primera se caracteriza por sostener las siguientes dos tesis: “1) además y por encima, de derecho positivo (ley humana) existe un derecho natural, esto es, un conjunto de normas y de principios válidos para todos los tiempos y lugares; 2) el derecho (derecho positivo) solo es tal si concuerda (al menos, en sus principios fundamentales) con el derecho natura, esto es, si es justo.” ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 113

¹⁶ Por lo que se refiere al positivismo jurídico, este se caracteriza por: “1) Derecho es únicamente derecho positivo, entiendo por tal los ordenamientos vigentes en cuanto fenómenos sociales que varían históricamente; 2) la calificación de algo como derecho es independiente de su justicia o injusticia.” *Idem*.

conforme a una estructura muy homogénea y presentan una fisionomía muy similar.”¹⁷ De acuerdo con el autor tanto el positivismo como el iusnaturalismo racional comparten las siguientes tres características fundamentales:

- a) El derecho es un sistema constituido por normas jurídicas organizadas de manera jerárquica; ahora bien, las relaciones entre los elementos que constituyen el sistema, se rigen por los principios de la lógica deductiva.
- b) El derecho es un sistema axiomático, es decir, una estructura lógica-sistémica sustentada en un grupo de axiomas, los cuales son el fundamento de todas y cada una de las deducciones lógicas del sistema.
- c) El derecho es un sistema cerrado.

De lo anterior el autor concluye que durante el siglo XVII, XVIII y gran parte del siglo XX, ha habido un solo modelo, al cual, él autor en comento denomina como funcionalista.

1.1.1. El derecho natural moderno

Durante el siglo XV y XVI el poder eclesiástico se vio desgastado por las guerras religiosas y las críticas del protestantismo, esto propicio la consolidación de los estados monárquicos, la evolución del conocimiento científico y posteriormente, hasta el siglo XVII, la secularización del conocimiento jurídico.¹⁸

La escuela del derecho natural corresponde a una sociedad estratificada, la cual funda la legalidad del poder monárquico en “una norma fundamental, o derecho natural, que existe tras el derecho civil de toda nación y que es obligatoria por su justicia intrínseca para todos los pueblos, y tanto para los gobernantes como para

¹⁷ PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Coherencia y Sistema Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 33

¹⁸ La secularización, no implica la negación del ser de Dios; sino la autonomía de la ciencia jurídica frente a la teología; “Al respecto no hay que confundir los planos; una cosa es la autonomía científica y otra cosa es la explicación última de la realidad: los juristas defendieron la autonomía científica de la ciencia jurídica, pero no negaron la explicación última de la teología.” HERVADA, Javier, *op. cit.*, nota 10, p. 252

los súbditos.”¹⁹ La norma fundamental aludida se caracteriza por ser racional y no divina; contrario a la escolástica clásica.

La escuela del derecho natural racional concibe al derecho como un sistema dicotómico constituido por normas derivadas en teoremas lógicos, los cuales son deducidos por medio de la razón humana, esta última, es el fundamento de validez del derecho. Al respecto comenta el Dr. Javier Hervada, “...la razón por la cual, la escuela del derecho natural moderno, se afianzó y expandió, radica en que el derecho natural sustituyo- como antes apuntamos- a la teología como base de la conformación de la sociedad, para colocar en su puesto las leyes naturales.”²⁰

Ahora bien, la escuela del derecho natural retoma el concepto de justicia de la escolástica; la cual justifica la estratificación social, que posteriormente, propicio las grandes revoluciones sociales del siglo XVIII, así como el surgimiento del positivismo.

1.1.1.1. Hugo Grocio

El colapso del mundo medieval provocó una serie de guerras; producto de la intolerancia religiosa; por esta razón, Hugo Grocio, buscó el fundamento jurídico de la paz en el derecho natural producto racionalidad común a todos los seres humanos y no en los preceptos eclesiásticos.

... esta pregunta es cómo establecer un estado de paz (...) diversas leyes aplicadas por los países europeos del siglo XVII no pudieron de ninguna forma cumplimentar dicha garantía. El derecho romano común y canónico, así como las leyes aplicables en los territorios alemanes, perdieron su autoridad porque, a raíz de su antigüedad se encontraban llenas de obscuridades. (...) Estas circunstancias inspiraron a Grocio a buscar una fuente del derecho que pudiera prevalecer sobre el antagonismo ideológico de la época. La autoridad de tal fuente del derecho lo suficientemente fuerte para aplacar las verdades concurrentes. Por lo tanto, las naciones y sus líderes políticos también tuvieron que ser incitados para reemplazar la guerra religiosa así como, cualquier disputa, sin embargo, no se puede arreglar sin la existencia de un estado de derecho que sea aceptable para las partes en conflicto. La fuente de la cual Grocio ha tomado tal estado de derecho es la naturaleza humana.²¹

¹⁹ SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, 4ta. reimpresión, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de cultura económica, 2002, p.328

²⁰ HERVADA, Javier, *op.cit.*, nota 10, p. 249

²¹ “...this question is how establish a state of peace (...) the various laws which were enforce in the European countries of the 17th century could in no way fulfil this guarantee. Common Roman and Canon law, as well as

Por lo antes citado, Hugo Grocio, en su obra máxima “El derecho de la guerra y de la paz”; establece que la racionalidad humana es el origen de la sociabilidad del ser humano, así como del derecho natural; En palabras del autor “porque la madre del derecho natural, es la misma naturaleza humana, la cual, aunque de nada necesitamos, nos inclinaría a desear la sociedad mutua.”²²

La ley natural en el pensamiento de Hugo Grocio no se encuentra relacionada con la divinidad, sino con la racionalidad inherente a la persona humana; lo cual trae como consecuencia su concepción dicotómica del derecho; el cual se encuentra constituido por el derecho positivo y el derecho natural, a este último, lo define como “un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza.”²³

De acuerdo con el pasaje citado, la capacidad racional de todos los seres humanos les permite determinar si una acción emprendida, ya sea por un pueblo o individuo es correcta o incorrecta, en razón del derecho natural que los constriñe; De ahí que, el “fundamento de validez” del derecho positivo es el derecho natural, mientras que el del derecho natural es la propia racionalidad humana

Para Hugo Grocio el derecho es un sistema normativo estratificado, en donde el derecho natural ocupa el escaño superior; posteriormente se encuentra el “derecho positivo”; este último se divide en: derecho de gentes y derecho civil; el primero rige las relaciones entre naciones mientras que el segundo entre individuos.

the statute law enforced in German territories, has lost their authority because, in consequence of their age, they were full of obscurities. (...) These circumstances inspired Grotius to look out for a source of law could overrule the ideological antagonism of the time. The authority of such a source of law had to be strong enough to appease the contest of truths. Therefore, nations and their political leaders had also to be incited to replace religious warfare and any of disputes, however, cannot be arrange without the existence of a rule of law which is acceptable to the contesting parties. The source from which Grotius has taken such rule of law is human nature.” SCHIEDERMAIR, Harmut, *The influence of Grotius thought on the ius natural school*, Recueil des cours, collected courses of the Hague academy of international law, Países Bajos, Vol. IV, Tomo 182, 1983, pp. 406-407

²² GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, REUS, 1925, p. 15

²³ GROCIO, Hugo en HERVADA, Javier, *op. cit.*, nota 10, p. 268

Por último, el racionalismo de Hugo Grocio, es el antecedente de la escuela moderna del derecho natural, la cual se consolidó a mediados del siglo XVII, esta tuvo como objetivo primordial el sistematizar el derecho a partir de una serie de principios fundamentales.

1.1.1.2. Samuel Pufendorf

Samuel Pufendorf es un jurista alemán del siglo XVII, una de sus más grandes aportaciones a la ciencia jurídica fue la instauración del racionalismo en el estudio del derecho; Al respecto, Hervada comenta que “La tarea fundamental que Pufendorf se impuso consistió en la configuración de una ciencia propia del derecho natural, distinta de otras ciencias, y, a la vez, en la construcción de un sistema completo de sus principios, normas y conclusiones.”²⁴

En su obra “*De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*”, Pufendorf, parte de la capacidad racional del ser humano, para explicar el origen del sistema normativo, sus estructuras y principios. La teoría de la imputación del autor alemán, se funda en que, todo ser humano, dotado plenamente de sus capacidades físicas y mentales, posee dos facultades fundamentales: la conciencia y la voluntad.²⁵

Para Pufendorf, la conciencia o intelecto: es “...la facultad de comprender y juzgar las cosas”²⁶, esta le permite al ser humano conocer y comprender el mundo físico que lo circunda, así como entender aquellos preceptos generales del honor y la vida pacífica. De acuerdo con el autor existen distintos tipos de conciencia, estos son: la conciencia correcta (producto de la adecuada educación), conciencia probable (resultante de la sociabilidad humana) y la conciencia dudable. Asimismo, los errores de la conciencia, son evitables, o inevitables; estos últimos son producto de la ignorancia.

²⁴ *Ibidem*, p. 282

²⁵ A modo de comentario, para que una conducta delictiva sea imputada a un sujeto; este debe de conocer los efectos de la acción, así como desearlos.

²⁶ “...the faculty of comprehending and judging things...” VON PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, Vol. II, trad. de Frank Gardner Moore, Nueva York, Oxford University Press, 1927, p. 3 (la traducción es mía)

La segunda facultad que posee el ser humano es la voluntad, entendida como “el impulso interno que incita al ser humano a actuar por sí mismo y a escoger aquello que específicamente lo atrae y a rechazar aquello que no parece acomodarle.”²⁷ Es decir, la voluntad se mueve en razón de sus deseos egoístas, buscando el bien propio y evitando, en la medida de lo posible, cualquier tipo de mal; de ahí que toda conducta volitiva se motiva en la impresión que los objetos causan en el sujeto y no en la bondad o maldad intrínseca de los mismos. El grado de impacto o impresión de los objetos obedece a los apetitos del propio sujeto, producto de su particular composición axiomática.

Los objetos que se encuentran en el mundo no son en su mayoría buenos o malos, porque, de acuerdo con el autor, estos atributos se encuentran entremezclados y responden también a un ámbito circunstancial, de ahí que la virtud o perversión de un acto producto del ejercicio de la voluntad humana no radica en la naturaleza del objeto, sino en la conformidad del acto con la ley natural, la cual conoce todo ser humano dotado de razón, mediante el ejercicio de la conciencia.

Por lo antes expuesto, en la teoría de la imputación de Pufendorf, solo los sujetos consientes del resultado de una acción (virtuosa o perversa) que tenga el poder de realizarla o evitarla, se le puede imputar una conducta, así como sus consecuencias normativas; De ahí que, solo son eximentes responsabilidad: la falta de oportunidad para que el sujeto evite el daño²⁸, la falta de capacidad de ejercicio, el caso fortuito, la violencia y la fuerza mayor. En el caso de la ignorancia o el error, de acuerdo con

²⁷ “By means of this, as from some inward impulse, a man bestirs himself to action, and chooses what especially attracts him, rejects what does not seem to him suitable.” *Ibidem*, p. 5

²⁸ De acuerdo con Puffendorf, la falta de oportunidad de actuar sin cometer una falta, no es imputable al sujeto, toda vez que la circunstancia no le da un margen de decisión. La oportunidad de acuerdo con el autor alemán se constituye de cuatro elementos: “(1) that the object of the act be at hand, (2) that there be a convenient place, where we cannot be hindered by others, or suffer some harm, (3) that there be a favorable time, when we do not have more necessary business to transact,—a time which is favorable for others also who concur in the act, (4) finally that we have the natural powers for the act.” *Ibidem*, p. 10 { (1) que el objeto del acto este a la mano, (2) que haya un lugar conveniente en el cual no podamos ser limitados por los demás o sufrir algún daño, (3) que haya un tiempo favorable, el cual no tengamos más negocios o transacciones de los necesarios, - u tiempo favorable también para los que concurren en el acto, (4) finalmente que tengamos el poder natural para realizar el acto.} La traducción es mía

el autor, estas no son eximentes de responsabilidad, porque el sujeto en todo momento estuvo en la posibilidad de realizar o no la conducta.

Para Pufendorf el derecho es la solución al problema de la voluntad humana, porque solo a través de normas es posible limitarla; de no ser así, los seres humanos obedecerían solamente a sus deseos egoístas en detrimento de los demás, provocando caos y violencia.

La norma es “el decreto mediante el cual un superior obliga a un sujeto a conformar sus actos a su propia prescripción”²⁹; Asimismo, la obligatoriedad del derecho radica en la capacidad del superior de crear normas, así como de infligir un daño, físico o patrimonial, al sujeto al cual están dirigidas. En palabras del autor, “la obligación es propiamente introducida en la mente de un hombre por un superior, este es una persona que no solo tiene el poder de causarle un daño a las personas que se oponen a sus designios, también fundamente su dominio en que la libertad de nuestra voluntad está limitada a su discreción.”³⁰

Para Pufendorf la norma perfecta está constituida por dos partes; “una parte define lo que debe hacerse, o no se debe hacer; la otra indicando que castigo le aguarda a aquel que descuida lo que se le ha ordenado y hace lo prohibido”³¹³²; Por lo que

²⁹ “...that is, a decree by which a superior obliges a subject to conform his acts to his own prescription” VON PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, Traducido por Frank Gardner Moore, Vol. II, Nueva York, Oxford University Press, 1927, p. 12 (la traducción es mía)

³⁰ “Obligation is properly introduced into the mind of a man by a superior, that is, a person who has not only the power to bring some harm at once upon those who resist, but also just grounds for his claim that the freedom of our will should be limited at his discretion.” *Ibidem*, p. 13 (la traducción es mía)

³¹ “...one defining what is to be done, or not done; the other indicating what punishment is in store for him who neglects what enjoined and does what is forbidden.” *Ibidem*, p. 14

³² De la escuela del derecho natural moderno, surge el positivismo jurídico, de ahí que las ideas centrales como, a) que la norma proscriba ciertas conductas y establezca una sanción en caso de su actualización; así como, b) la relación entre soberano y súbdito, la cual se fundamenta en el miedo, son constantemente reestructuradas en razón de la época y el autor, por ejemplo, John Austin establece que la ley en un sentido amplio es un mandato general emitido por un superior político que establece un deber y que el incumplimiento de este acarrea la ejecución de una sanción; dichos mandatos respaldados por amenazas son emitidos por un soberano al cual no se encuentra en hábito de obediencia; *Cfr.*, AUSTIN, John, “The province of jurisprudence determined”, 2da ed., Burt Franklin, New York, 1970, pp. 1, 172; Asimismo, Kelsen establece que la; “la norma que prescribe una determinada conducta y otra que enlaza al incumplimiento de la primera a una sanción, la primera no constituye una norma independiente, sino que está esencialmente ligada a la segunda; ella solo determina negativamente la condición a la que la segunda enlaza la sanción.” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16va. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Distrito Federal, Porrúa, 2009, p.67; La secularización del

hace a la eficacia de la norma, ésta radica en la efectividad de las autoridades; toda vez que la obediencia radica en el temor al daño físico o patrimonial inminente

La aplicación de las normas, dentro de esquema racionalista de Pufendorf, no es mecánica, sino conforme con el principio de equidad, esta es la forma en la cual el juzgador puede corregir, mediante una interpretación racional, las imperfecciones producto de la generalidad de la norma, y constituir una excepción a esta;³³ de no ser así, se podría caer en absurdos, contrarios a la naturaleza racional del ser humano.

Ahora bien, para Pufendorf, el derecho se encuentra constituido por dos sistemas normativos que rigen la voluntad humana, estos son: la ley natural, establecida por Dios y la ley positiva, legislada por los hombres.³⁴

La ley natural es una norma no legislada, aprehensible a través de la racionalidad humana, la cual se caracteriza por ser obligatoria para todo ser dotado de raciocinio y su finalidad es mantener la sociabilidad humana, al respecto el autor alemán comenta que "...la ley natural fundamental es esta: todo hombre debe apreciar y mantener la sociabilidad, que en él está."³⁵ Por otra parte, la ley positiva, en concordancia con la natura, tiene como objetivo primordial el salvaguardar y proscribir todo acto que vulnere la sociabilidad humana.

Ahora bien, la ley natural establece tres tipos de deberes: a) con Dios, b) consigo mismo, y c) con los demás hombres; dichas obligaciones corresponden a las tres esferas relacionales de los individuos, con la divinidad, consigo mismo y con los demás.

pensamiento jurídico que llevo a cabo la escuela moderna del derecho natural posibilitó el surgimiento del positivismo jurídico.

³³ Cfr. VON PUFENDORF, Samuel, *op.cit.*, nota 26, p. 15

³⁴ Cfr., *Ibidem*, p. 16

³⁵ "...fundamental natural law is this: that every man must cherish and maintain sociability, so far as in him lies." *Ibidem*, p. 19

De acuerdo con Pufendorf la primera clase de deberes consisten en la obligación de todo ser humano de venerar y obedecer a Dios; estos se fundan en cuatro verdades absolutas:

- Dios existe
- Dios fundo el universo
- Dios gobierna sobre este mundo y la raza humana
- Dios es perfecto

Por lo que se refiere a los deberes respecto de uno mismo, parten de que el ser humano es propiedad de Dios; así como de una concepción bipartita de la substancia humana; la cual se encuentra constituida por un elemento incorpóreo donde reside la conciencia denominado alma, y a su vez esta última, interacciona con el mundo circundante a través del cuerpo; por esta razón es deber de todo ser humano el conservar su integridad física; de acuerdo con Pufendorf, en razón del deber antes mencionado, esta proscrito el suicidio y permitida la defensa propia.

Ahora bien; los deberes de los seres humanos con sus semejantes se sustentan en la sociabilidad humana, así como la igualdad entre individuos.

De la sociabilidad humana se derivan los deberes de respetar las esferas física y patrimonial de los demás, de ahí devienen las normas proscriben las lesiones, el homicidio, el robo, el fraude, entre otros actos que lesionen el cuerpo o el patrimonio de los gobernados.

Respecto de la igualdad natural entre los hombres, Pufendorf esta proviene de que todo ser humano comparte la misma naturaleza, por esta razón, nadie debe de sentirse superior a otros, toda vez que la vida social solo es posible mediante el reconocimiento de dicha igualdad y la obligación que constriñe a todo ser humano a cumplir con los deberes establecidos por la ley natural.

La ley natural es deducida por medio de la razón, la cual es producto de la sociabilidad humana, es decir, la racionalidad es un atributo del ser humano en sociedad; porque de acuerdo con el autor alemán, los hombres solos están en un estado de imbecilias.

Es preciso hacer mención que Pufendorf hace alusión a la persona de Dios, en distintos apartados, esto en razón de su formación protestante; no niega la libre determinación de las personas, de ahí que el centro de su teoría sea la voluntad humana, así como los mecanismo mediante los cuales es regulada.

En conclusión, para Pufendorf, el derecho es un sistema bipartito cerrado, producto de la sociabilidad humana; que está constituido por normas de derecho natural, las cuales funcionan como referente universales; y por normas de derecho positivo; Asimismo, a obligatoriedad del derecho radica en la fuerza coercitiva del gobernante; de ahí que sea un medio de opresión.

1.1.1.3. Gottfried Wilhelm Leibniz

La teoría del derecho de Leibniz, a pesar de sus particularidades, pertenece a la corriente jurídica de la escuela del derecho natural; cabe mencionar que, el autor en comento, fue uno de los grandes pensadores del siglo XVII y XVIII, toda vez que incursiono en el campo de la filosofía, la metafísica, la epistemología, la lógica, las matemáticas y en el derecho; es importante mencionar que era abogado de profesión y que jugó un papel político importante durante su tiempo.

La teoría del derecho de Leibniz, se sustenta su concepción integral de la justicia; la cual obedece a la inseparabilidad del derecho y la religión;³⁶ contraviniendo la postura de Hugo Grocio³⁷ y Thomas Hobbes, respecto de la secularización del derecho natural.

³⁶ Al respecto el Dr. Ramón Martínez Tapia comenta que “indisolubilidad del derecho natural, la moral y la teología en la unidad de la idea de justicia como virtud universal concretada en su conocida definición de la justicia como caridad del sabio.” MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Leibniz y la ciencia jurídica*, Anales de Derecho, Número 14, 1996, <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81741/78851>, fecha de la última consulta 03 de mayo de 2015

³⁷ “H. Grocio afirma que, aunque no existiera ningún Dios, existiría lo justo porque interesa para la conservación de la sociedad, pero yo no puedo estar de acuerdo con esto, puesto que en todas las partes habría algo justo, aunque no existiera Dios. Así pues, si no se puede esperar recompensa alguna más allá de la muerte, es una tontería obtener la salvación de la patria con la propia muerte, porque sucede entonces que la causa de la utilidad ajena radica en el daño propio. Esto es una necesidad, si lo haces conociéndolo, y lo es sobre todo si el perjuicio es grande. Así pues, el daño está entre las cosas más importantes, porque, si tras esta vida no hay vida alguna, existe sólo la muerte. Es una necesidad soportar el mayor daño por causa de la

En su libro, "Elementos del derecho natural" Leibniz desarrolla una teoría integral de la justicia, es importante mencionar, que dicho concepto lo va construyendo por etapas, las cuales obedecen a las diferentes concepciones e interrelaciones con la moral y la prudencia³⁸

Leibniz inicia con su estudio de la justicia, definiéndola como "una disposición que no daña a nadie sin necesidad..."³⁹ sin embargo, para el autor alemán esta definición, es un tanto restringida; por lo cual la complementa con aquella concepción de la justicia como el "actuar del hombre justo"; De esta manera, no se ciñe solamente a evitar el daño injustificado, sino a actuar a favor del otro, siempre y cuando no constituya un daño, desgracia o desaparición de un beneficio propio; la única excepción a estas limitantes es la amistad según el autor.

El primer concepto de justicia se relaciona con la prudencia, en razón que es justo dañar a alguien, siempre y cuando esté justificado; por esta razón Leibniz, también define a la justicia como "la prudencia para ayudar o dañar a los demás."⁴⁰ Lo anterior obedece a que el actuar prudente es el justo medio entre el amor y el odio.

En cuanto a la impartición de justicia, esta presenta dos aspectos, uno positivo y otro negativo; el primero, consiste en cubrir una necesidad, evitar un daño, o redimir la desgracia; mientras que el segundo, vulnera en su esfera patrimonial o personal al otro de manera justificada.

De acuerdo con Leibniz, Los miembros de un pueblo determinado deben actuar de manera justa para poder garantizar su seguridad, así como la convivencia pacífica y armónica entre los miembros. De acuerdo con el autor alemán, la obligación de actuar justamente, solo presenta una limitante, no se le puede exigir a ninguna

utilidad ajena; sin embargo, nada que sea justo es una necesidad. No importa que quienes son tenidos por sabios, que quienes son alabados públicamente, que quienes consideras que ya han sido recompensados, hayan consagrado su vida a la patria, porque hubiera interesado al estado que, aunque no haya Dios, los hombres sean creyentes, es decir, que sean necios por causa del bien del Estado. De esta misma manera, aunque no existiera Dios, interesaría, sin embargo, al Estado que se creyera en su existencia." LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Los elementos del derecho natural*, trad. de Tomás Guillén Vera, Madrid, Tecnos S.A., 1991, p. 4

³⁸ Cfr., PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *op. cit.*, nota 17, p. 40

³⁹ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Los elementos del derecho natural*, *op. cit.*, nota 37, p. 10

⁴⁰ *Ibidem*, p. 12

persona, realizar un acto en beneficio de otro, si esto implica un menoscabo a la esfera patrimonial o personal de este.

La única excepción a la limitante del actuar justo, es la utilidad; es decir, solo se le puede imponer a otro un mal en beneficio de los demás, cuando se alcanza un bien mayor; caso concreto es el Estado, este ofrece a sus ciudadanos, seguridad, paz y armonía, a cambio de su obediencia; dicha utilidad, constriñe a los ciudadanos a soportar un daño para garantizar un bien mayor.⁴¹

Ahora bien, de acuerdo con Leibniz, la utilidad del estado sobrepasa, la simple seguridad que ofrecen las ciudades; de acuerdo con el autor en comento, estas últimas, son solo uniones organizadas de personas completamente libres con la finalidad de brindarse seguridad; Por otro lado “El Estado es la ciudad que, más allá de la organización propia de la seguridad, posee la forma de la autarquía, es decir, de ofrecer felicidad.”⁴² La utilidad de este último trasciende la simple seguridad de sus miembros al proveer bienes trascendentales como la felicidad.

En términos de utilidad, la seguridad no es suficiente para garantizar la total sumisión voluntaria de los ciudadanos.⁴³; asimismo, la desaparición de esta, no implica la desaparición de la ciudad de manera inmediata, aun cuando predomine el caos y la inseguridad, si la ciudad considera que esta no ha desaparecido, sigue existiendo por un tiempo indefinido; esto lo podemos constatar en los estados africanos.

⁴¹ “Si debe de cesar mi provecho o debe soportarse un daño a causa de tu utilidad, se me ha de garantizar una seguridad acerca de su bondad justa. Por tanto, puede ser exigido por mí un dolor, si es claro que ha de ser rechazado un dolor mayor o que se me ha de ofrecer la felicidad. Tanto la obediencia de los ciudadanos como la piedad se apoyan en este fundamento. Así pues, puesto que, tal y como he dicho, el que pueda garantizar mi seguridad puede justamente obligarme; por ello en la ciudad, hasta donde puedo tener segura mi vida, tiendo a prescindir de algunas protecciones de la salud por orden de la ciudad. Además por orden de quien puede comprometerse con mi felicidad tiendo a abandonar todo lo demás: ayudas e instrumentos de felicidad. .” *Ibidem*, p. 34

⁴² *Ibidem*, p. 38

⁴³ La voluntad para Leibniz, es diferente a la voluntad general de Rousseau, esta es la que unifica la fuerza y reside en el gobierno; al respecto el autor manifiesta, “Pero esto no ocurre cuando no hay señal alguna de la voluntad; cuando no hay certeza alguna de la seguridad a menos que haya una voluntad decidida a asegurarla, y como ésta no puede existir en la multitud, es necesario para la perfección de la ciudad que exista una cierta voluntad segura y que además se considere como la voluntad de la ciudad.” *Ibidem*, p. 40

La preponderancia del Estado, sobre la ciudad, no radica en seguridad, sino en la felicidad, esta última es suficiente para garantizar la sumisión casi absoluta de la voluntad del pueblo al orden estatal. La eficacia del Estado se mide en razón de la felicidad; cuando esta se ve amenazada o no es propiamente garantizada se puede presentar un cambio de gobierno violento, como sucedió en la revolución francesa.

Ahora bien, la felicidad⁴⁴ en el pensamiento de Leibniz; es una forma de vida, la cual trasciende lo anímico; es decir, los individuos se encuentran inmersos en la atmosfera que produce dicha virtud, de ahí su capacidad para reconocerla y exigirla cuando el Estado no es capaz de proveerla.

Por lo antes expuesto, Leibniz concluye que la felicidad es una virtud colectiva proveída por el Estado; el cual tiene la capacidad de hacer sentir a los ciudadanos que son felices con lo que él les provee. Ahora bien, la justicia definida en razón de la felicidad es “un conato permanente de dirección hacia la felicidad común si violar la felicidad propia”⁴⁵

Al concebir al derecho como inescindible de la moral y la teología; Leibniz funda su definición de justicia, en la existencia y el amor de Dios, por lo que es la virtud que “modera el amor y el odio del hombre para con el hombre. Así pues, no debemos de amar a alguien de forma que dañemos a otro; es preciso que no se haya odiado a uno más que a otro.”⁴⁶ En este contexto, la justicia modera el amor y el odio a través del principio del “no dañar a nadie.”⁴⁷

En el pensamiento de Leibniz, la justicia es un concepto polifacético, el cual incide en su ciencia del derecho; ésta última de acuerdo con el autor, se ubica dentro de las ciencias no empíricas, porque el objeto de estudio solo es aprehensible a través de la razón de ahí que demostración de sus principios sea a través de la definición; al respecto Leibniz comenta;

⁴⁴ La felicidad es “en general, un estado de satisfacción debido a la propia situación en el mundo.” ABBAGNANO, Nicola, *op. cit.*, nota 8, p. 476

⁴⁵ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Los elementos del derecho natural*, *op. cit.*, nota 37, p.57

⁴⁶ *Ibidem*, p. 59

⁴⁷ *Idem*.

“Por lo tanto, no es de sorprenderse que los principios de estas ciencias sean verdades eternas, pues todos ellos son condicionales, y ni siquiera necesitan que algo exista, sino que ese siga de algo a supuesta existencia: no se deriva de los sentidos, sino de una imagen clara y distinta, que Platón denomina Idea, y que cuando se expresa con palabras es lo mismo que la definición; pero lo que puede entenderse claramente no siempre es verdadero. Aunque sí es posible; y además lo verdadero siempre se plantea en términos de posibilidad, y este es el único problema. Pero todo aquello que es un problema de la necesidad es un problema acerca de la posibilidad, dado que, si se afirma de algo que es necesario, se está negando la posibilidad de su contrario. Por lo tanto, las conexiones y las consecuencias necesarias de las cosas ya han sido precisamente demostradas, porque se deduce de una intuición clara y distinta, dado que la definición se expresa con palabras, a través de una serie continuada de definiciones conexionadas entre sí, es decir, por medio de la demostración. Por tanto, como la teoría del derecho es una ciencia, y la causa de la ciencia es la demostración, y como el principio de demostración es la definición...”⁴⁸

En el pensamiento de Leibniz, la lógica formal aristotélica es fundamento del método de la ciencia jurídica; el cual parte del análisis de los usos comunes de los conceptos: la justicia, lo justo y el derecho. El método en comento consta de cuatro fases:

1. La primera fase consiste determinar los principales usos de los conceptos de justicia, lo justo y derecho; los cuales son presentados en forma de proposiciones.
2. En la segunda fase se plantea una hipótesis
3. En la tercera fase se realiza un proceso comparativo entre proposiciones en base a la hipótesis planteada.
4. En la cuarta se propone una definición del concepto

De acuerdo con el autor alemán, es necesario hacer una revisión constante de las definiciones de los conceptos de justicia, lo justo y derecho; esto en razón del carácter mutable del lenguaje.

Leibniz aplica el método antes descrito al concepto de derecho, el cual es un bien producto de la necesidad de autoconservación, Es preciso mencionar que el autor en comento parte de la definición de derecho para analizar lo justo y la justicia.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 71

De acuerdo con la cita anterior, las personas se somete al orden normativo, para obtener una satisfacción personal, solo la propia utilidad obliga al ser humano a conducirse con justicia. De lo anterior se desprenden dos proposiciones:

- Todo lo que es necesario es justo
- Todo deber es útil

Las proposiciones anteriores parten del concepto de justicia, la cual se funda en el bienestar particular, porque de acuerdo con el autor alemán, ningún acto altruista puede ser considerado como justo si atenta contra el bienestar propio; así como todo acto egoísta que afecte el bienestar de otro sin justificación válida alguna se le considerara como injusto. Es necesario precisar que el Estado, así como la obediencia del derecho se funda en la felicidad y en el bien común, en razón de la utilidad particular.

Del razonamiento anterior, se desprende la utilidad que los individuos centran en el bienestar de los otros; es decir, la felicidad y la vida pacífica de los miembros de la comunidad garantiza la propia; por esta razón todo acto de injusticia y contrario al derecho constituye una afectación a la totalidad del ente social y no solo a la víctima; Al respecto Leibniz formula las siguientes cuatro proposiciones:

- Es injusto querer dañar a otro a no ser que sea a causa de su propio bien.
- Es injusto querer ser causa de la ruina de otro sin necesidad alguna.
- Es injusto desear el daño de otro por causa del propio lucro
- Es injusto no querer soportar un daño común

Dichas proposiciones se vinculan a la justicia definida en razón de la prudencia; para el autor esta definición tiene un alcance corto; por esta razón se ve en la necesidad de ampliar su espectro, a través del amor en sentido religioso; por lo cual la justicia deja de ser solamente una virtud que equilibra fuerzas, para convertirse en “el hábito de amar a los demás (o sea, el hábito de desear el bien ajeno por sí mismo, el hábito de deleitarse con el bien ajeno) hasta el límite que lo

permita la prudencia (es decir hasta el límite en que no se convierta en una causa de un dolor mayor.)⁴⁹

A modo de comentario, en el pensamiento Leibniz, la justicia definida en razón del amor y la prudencia se vincular a la figura de Dios en su calidad de gobernante:

“Se está de acuerdo en que todo lo que Dios quiere es bueno y justo. Pero se plantea la cuestión de si ello es bueno y justo porque Dios lo quiere o más bien Dios lo quiere porque es bueno y justo; es decir, si la justicia y la bondad son arbitrarias, o si consisten en las verdades necesarias y eternas de la naturaleza de las cosas...”⁵⁰

El análisis de la justicia en sentido práctico de Leibniz parte de dos casos paradigmáticos, en uno la voluntad se erige sobre la razón, como consecuencia se instituye un estado de impunidad en donde la justicia se encuentra determinada por la fuerza fáctica y monetaria.

En el segundo caso la razón rige a la voluntad; esto permite a los seres humanos acceder a las normas de derecho natural; las cuales son principios eternos e inamovibles que rigen el actuar humano, así como verdades eternas que propician sociabilidad y el actuar justo de los gobernados.

Ahora bien, en este contexto la justicia adquiere el carácter de caridad del sabio cuando es definida en razón de la sabiduría⁵¹, entendida como virtud propia del entendimiento que permite distinguir el mayor bien, y la bondad⁵², entendida como la inclinación, propia de la voluntad al bien de los demás.

De lo anterior se desprende la obligación de procurar el bien de los demás, en tanto no nos represente un mal; Es importante enfatizar que dicha obligación parte de dos principios fundamentales: el primero es el de “no hacerle daño a nadie” (ius strictum) y el de equidad, “dar a cada quien lo que le corresponde” (suum cuique tribuere); ambos constituyen la norma “quod tibi non vis fieri aut quod tibi vis fieri,

⁴⁹ *Ibidem*, p.81

⁵⁰ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Escritos de filosofía jurídica y política*, edit. Jaime de Salas Ortueta, trad. de José Ma. Atencia Paéz, Madrid, Editora Nacional, 1984, p. 81

⁵¹ Entendida como “la ciencia de la felicidad...” *Ibidem*, p. 106

⁵² Entendida como “el hábito de amar a todos...” *Ibidem*, p. 106

neque aliis aut negato (lo que no quieres que se te haga a ti, o lo que quieres que se te haga, no lo hagas o no lo dejes de hacerlo a los demás)⁵³

Siguiendo con el razonamiento anterior, la obligación de procurar el bien de los demás, en tanto no nos represente un mal, obedece a la justicia vinculada a la sabiduría, esta última propicia el actuar racional que evita hacer el mal y buscar el bien de los demás en la medida de lo posible; por esta razón el actuar justo es la práctica de la justicia en razón de la sabiduría.

Ahora bien de acuerdo con antes expuesto la justicia se puede clasificar en razón del principio que la rige en:

1. Justicia universal: se fundamenta en el principio del honesto vivir, este consiste en el hábito de vivir de manera virtuosa en dominio de las pasiones mundanas.
2. Justicia particular: es la práctica individual de la justicia universal en el ámbito social.

La justicia particular se divide en: a) la justicia distributiva, regida por el principio de *neminem laedere* (no hacer daño a nadie) se encuentra en el derecho privado, y b) la justicia distributiva, fundada en el principio *sum cuique tribuere* (darle a cada quien lo que le corresponde), en el derecho público.⁵⁴

La pieza central de la teoría de Leibniz es la justicia; porque a partir de ella se explica la sociedad, el derecho y el Estado; este último, propicia el mutuo cuidado entre sus miembros a través de la justicia conmutativa; esto con el fin de quedar únicamente obligado a procurar a la comunidad como un todo; Por lo que hace a la justicia distributiva, esta funda el derecho público, el cual obliga a distribuir las cargas así como los beneficios en razón de su desigualdad; En otras palabras, de acuerdo con el autor:

“El reparto debe hacerse del modo que exija mayor bien general; los males comunes deben de recaer sobre sus autores y, a la inversa, los que han hecho las cosas bien deben de

⁵³ *Ibidem*, p. 93

⁵⁴ *Cfr.*, *ibidem*, p. 112

recibir el fruto de sus acciones. Así se hará el reparto de bienes y males, en proporción a las virtudes y méritos, vicios y culpas. Esta proporción que llaman igualdad geométrica se da cuando en la propia desigualdad se mantiene cierta equidad, de forma que a individuos desiguales se les distribuyan las cosas de un modo desigual, de manera que se conserve en las cosas distribuidas la misma proporción que de hecho existe entre las personas.”⁵⁵

Leibniz estructura tres niveles de derecho en razón de los tipos de justicia: el de propiedad se funda en la justicia conmutativa, por otro lado el de la sociedad corresponde a la justicia distributiva; mientras que el derecho interno o de piedad se basa en la justicia universal.

Para Leibniz, la ciencia del derecho, es una ciencia no empírica, constituida por conceptos, dentro de los que destacan jurisprudencia, derecho, justicia, obligación, libertad, así como hombre bueno, a partir de estos últimos, el autor en comento, construye sus teoremas y corolarios⁵⁶.

A partir del análisis del concepto de justicia y derecho, Leibniz crea un sistema lógico con el fin de establecer las directrices del correcto razonamiento jurídico. Es decir, “pretende establecer las relaciones formales entre permisos, obligaciones, y prohibiciones, estableciendo un paralelismo con la lógica modal alética. En esta interpretación, las calificaciones deónticas de obligación, prohibición y permisión no serían sino un equivalente de la necesidad, la imposibilidad y la posibilidad aléticas.”⁵⁷

La lógica modal alética, creada por Aristóteles, centra su atención en la modalidad, entendida como “las diferencias en la predicación, es decir, los diferentes modos en los que un predicado se relaciona con un sujeto en un enunciado.”⁵⁸ A partir de las modalidades aléticas: necesidad, posibilidad, imposibilidad y contingencia, así como

⁵⁵ *Ibidem*, p. 114

⁵⁶ De la definición de Justicia Leibniz “extrae cuatro predicados éticos: justo, equitativo, injusto e indebido. Estos cuatro predicados hallan correspondencia en el plano del derecho, donde la definición de justicia ejercía de regla suprema: así los cuatro predicados jurídicos son los de obligado, lícito, indebido e ilícito. Finalmente, estos predicados hallan su correspondencia en el plano de la lógica; para el razonamiento jurídico, Leibniz se sirve aquí de los predicados de la lógica modal.” PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *op. cit.*, nota 17, p. 46

⁵⁷ PEÑA, Lorenzo y TXETXU, Ausín, *Leibniz y el pragmatismo jurídico-político*, Thémata, nº 29 (2002), p. 24, <http://digital.csic.es/handle/10261/10815>. Fecha de consulta 14 de junio de 2015, 1:15 am

⁵⁸ ABBAGNANO, Nicola, *op. cit.*, nota 8, p. 726

de la definición de hombre bueno, Leibniz conforma los modos del derecho; justo, injusto, obligado y omisible.

La primera serie de teoremas⁵⁹ es la resultante de la combinación de los Modos del derecho entre sí, posteriormente, estos son combinados con los Modos lógicos, para después construir la última serie de teoremas a partir de los elementos de la definición de hombre bueno, este último “es aquel que ama a todos.”⁶⁰

Leibniz al combinar los modos del derecho y lógicos, en razón del actuar del hombre bueno⁶¹, crea la siguiente tabla axiomática⁶²:

Justo, lícito		posible	
Injusto, ilícito	Es todo	imposible	Que sea hecho
Equitativo, obligatorio	Aquello que es	necesario	Por un hombre
Indiferente		Contingente	bueno

Ahora bien, el sistema jurídico de Leibniz se encuentra constituido por los principios de derecho natural⁶³, deducidos de la definición de justicia y sus teoremas, así como de las leyes promulgadas por la autoridad política, estas últimas son “enunciado de lo que se debe hacer u omitir, dotado de capacidad para obligar”. La particularidad del pensamiento jurídico de Leibniz radica en la conjunción de derecho, moral y religión; esta última se hace presente en los diversos postulados de su teoría.

Una de las críticas la teoría jurídica de Leibniz consiste en su carácter integral, toda vez que no separa a la moral y la religión del derecho; sin embargo esto no quita,

⁵⁹ Es importante mencionar, que los enunciados lógicos de esta primera serie son universales, de ahí que utilice los cuantificadores “todo” y “nada”

⁶⁰ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Los elementos del derecho natural*, op. cit., nota 37, p.114

⁶¹ “Todo hombre bueno es amante. Está deseoso del deleite del alma, es armonioso, amante de la diversidad, de la proporción. Está en un constante esfuerzo por transformar algo o por cambiar a mejor, es decir, para mejorar. Todo esto es verdadero en un hombre bueno, porque todo aquel que ama, si tuviéramos los Elementos de las demostraciones acerca del amor, su aplicación solo sería necesaria respecto del hombre bueno.” *Ibidem*, p.11

⁶² *Ibidem*, p.113

⁶³ Es importante señalar que los principios de derecho natural son aquellos deducidos de la definición de justicia.

que su teoría jurídica, no solo es un gran aporte a la ciencia del derecho, sino también a la lógica deóntica.

1.1.2. El positivismo jurídico

Se le denomina positivismo a la corriente que “absolutiza el derecho positivo, en el sentido de convertirlo en el único derecho digno de tal nombre y, por tanto, en el objetivo exclusivo de una teoría del derecho”⁶⁴ La corriente en comento, se remonta al siglo XIX, con el pensamiento de Jeremy Bentham y John Austin; sin embargo, es hasta el siglo XX con Hans Kelsen que alcanza su época de mayor esplendor. El positivismo jurídico se sustenta en tres tesis fundamentales:

- El derecho es un producto de la sociedad la cual en ejercicio de su voluntad crea leyes positivas o normas consuetudinarias.
- A través de la institucionalización de la fuerza el derecho establece los casos en que ésta última es ejercitada.
- La separación del derecho y la moral⁶⁵

Estas tres tesis están presentes en los escritos de los positivistas del siglo XIX; así como en los del siglo XX. En el presente apartado se hará una breve reseña de tres teorías positivistas; con la finalidad de abordar lo tendiente, al derecho como objeto de la ciencia jurídica; su estructura y los conceptos fundamentales como validez, norma, sanción y eficacia, así como el tema de la obediencia del derecho.

1.1.2.1. John Austin

El jurista británico John Austin expone, la mayor parte de su teoría analítica del derecho, en su libro, “The province of jurisprudence determined”, el cual, no solo es una compilación de sus lecciones de jurisprudencia; también es un intento por determinar el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

⁶⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, op. cit., nota 14, p. 315

⁶⁵ Cfr., *Ibidem*, pp. 319- 320

En objeto de estudio de la ciencia jurídica son las leyes, estas, en sentido amplio, son un tipo especial de mandato, el cual se diferencia de las demás exteriorizaciones de deseo, por estar respaldado por una amenaza de daño palpable por parte de su emisor, el cual se encuentra en una posición de superioridad respecto del receptor.

La obligatoriedad del mandato se sustenta en la capacidad del emisor de hacer cumplir sus deseos por vía de la fuerza; Asimismo, los mandatos imponen una obligación al receptor, la cual se encuentra respaldada por una sanción; por lo antes expuesto; el autor inglés, afirma que "...Dondequiera que se establezca un deber, se ha dado a conocer un mandato; y donde quiera que se dé a conocer un mandato, se impone un deber"⁶⁶

Para Austin, la eficacia de un mandato radica en el grado de certeza de la sanción⁶⁷, es decir, reside en la probabilidad de sufrir un daño por causa de la desobediencia.

Dentro de la noción general de mandato; se suscriben exteriorizaciones de deseo que no tienen el carácter de leyes en sentido estricto; por esta razón; el autor británico, clasifica los mandatos en razón de su extensión y de su emisor; para efecto de diferenciar las leyes propiamente dichas de otros tipos de mandato y acepciones del término.

En cuanto su extensión los mandatos se clasifican en: a) leyes o reglas en sentido amplio, y b) mandatos ocasionales o particulares; los primeros se caracterizan por ordenar o prohibir cierta clase de actos de manera general, mientras que los segundos prohíben un acto individualizado en modo, tiempo y lugar. Para ilustrar dicha diferencia el autor pone el siguiente ejemplo:

⁶⁶"...wherever a duty lies, a command has been signified; and wherever a command is signified, a duty is imposed" AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Londres, John Murray, Albermarle Street, 1832, p.7, <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudencedetermined1832.pdf> (La traducción es mía)

⁶⁷ John Lock y Bentham, consideran que la recompensa es un tipo sanción; Sin embargo, Austin sostiene que el concepto sanción solo es aplicable al mal acaecido por el incumplimiento del mandato, por lo que se refiere a la recompensa, ésta deviene de un derecho conferido por ley y no de una obligación impuesta a través de un mandato.

“Se concluye con un ejemplo el cual ilustra mejor la distinción, así como muestra de manera notoria la importancia de la distinción, los mandatos judiciales comúnmente son ocasionales o particulares, aunque los mandatos, de los cuales se calcula su cumplimiento, son comúnmente leyes o reglas”⁶⁸

Asimismo los mandatos pueden ser verbales, escritos o tácitos, y se caracterizan por ser emitidos y acatados por seres racionales; es preciso enfatizar, que para el autor británico solo Dios y los seres humanos entran en esta categoría.

Ahora bien, las leyes en sentido amplio se clasifican en cuanto sujeto que las emite en: a) las dictadas por Dios respecto de los seres humanos y b) las establecidas por los hombres para regular la conducta de sus semejantes.

Las leyes establecidas por Dios, a diferencia de las dictadas por los hombres, establecen deberes religiosos, la transgresión de estos últimos, se le denomina pecado; al cual corresponde una sanción religiosa. Estas leyes, de acuerdo con Austin son de dos clases; i) reveladas y ii) no reveladas.⁶⁹ Es importante mencionar que las leyes de Dios no reveladas, solo son aprehensibles a través del principio de utilidad; en palabras del autor “La benevolencia de Dios, con el principio de utilidad general, es nuestro único índice o guía de su ley no revelada.”⁷⁰

A modo de paréntesis, es preciso abordar lo tocante al principio de utilidad en el pensamiento de John Austin, el cual funge, en un primer momento, como una herramienta para inferir los preceptos divinos:

“Dios designa la felicidad para todas sus criaturas sensibles. Algunas acciones humanas promueven ese propósito benevolente, o sus tendencias son benéficas o útiles. Otras acciones humanas son contrarias a dicho propósito, o sus tendencias son maliciosas o

⁶⁸“ To conclude with an example which best illustrates the distinction, and which shows the importance of the distinction most conspicuously, judicial commands are commonly occasional or particular, although the commands, which they are calculated to enforce, are commonly laws or rules” *Ibidem*, p.15, (la traducción es mía)

⁶⁹“...not unfrequently denoted by the following names or phrases: “the law of nature”, “natural law;” “the law manifested to man by the light of nature or reason;” “the law, precepts or dictates of natural religion”...” *Ibidem*, p.32, (...no pocas veces se le denomina por los siguientes nombres o frases: "la ley de la naturaleza", "ley natural", "la ley manifestada al hombre por la luz de la naturaleza o la razón", "la ley, preceptos o dictados de la religión natural"...) La traducción es mía

⁷⁰“...the benevolence of God, with the principle of general utility, is our only index or guide to his unrevealed law.” *Ibidem* , p.35

perniciosas. Las primeras son promotoras del propósito, por lo tanto son ordenadas por Dios. Las segundas, como se oponen al propósito, Dios las prohíbe. Él nos ha dado la facultad de observar, de recordar, de razonar: y al aplicar de manera adecuada dichas facultades podemos recopilar las tendencias de nuestras acciones. Al conocer las tendencias de nuestras acciones así como su propósito benevolente, podemos conocer sus órdenes tácitas.”⁷¹

La teoría de la utilidad de Austin, parte de la bondad infinita e imparcial estatuida por Dios para el goce de su creación, sin embargo, el acceso a dicho privilegio se encuentra restringido por el propio actuar humano; de ahí la importancia de la observación de las conductas en razón del grado de felicidad que producen a los demás; de esta manera se puede inferir racionalmente, que toda acción capaz de propiciar el bien y la felicidad de los demás, así como la propia, es avalada por Dios.

En relación con lo antes expuesto, principio de utilidad es criterio mediante el cual se observan las tendencias conductuales, así como, se calculan sus consecuencias; en razón del aumento o detrimento de la felicidad y el bienestar de la población. Este principio, de acuerdo con Austin, es la base para la construcción de preceptos jurídicos y morales, así como un parámetro de corrección de los mismos.

Aclarado lo anterior, mediante la tercera clasificación, el autor inglés busca diferenciar las leyes positivas de las demás acepciones del término; de ahí la clasificación de leyes en sentido propio e impropio.⁷²

Las leyes en un sentido propio son: a) las leyes de Dios, las cuales abordamos anteriormente, b) las leyes positivas, estas son los mandatos emitidos por un superior político, y por último c) las leyes establecidas por un particular en ejercicio

⁷¹“God designs the happiness of all his sentient creatures. Some human actions forward that benevolent purpose, or their tendencies are beneficent or useful. Other human actions are adverse to that purpose, or their tendencies are mischievous or pernicious. The former, as promoting his purpose, God has enjoined. The latter, as opposed to his purpose, God has forbidden. He has given us the faculty of observing; of remembering; of reasoning: and by duly applying those faculties, we may collect tendencies of our actions. Knowing the tendencies of our actions, and knowing his benevolent purpose, we know his tacit commands.” *Ibidem*, pp. 37 y 36

⁷² Dentro de las leyes en sentido impropio se encuentran aquellos usos errados del termino ley; caso concreto las analogías o en metáforas o el uso en sentido figurativo, estas últimos de acuerdo con el autor son aquellas que guardan una leve analogía con las leyes en un sentido propio.

de un derecho; Mientras que las leyes en un sentido impropio son aquellas que guardan una analogía fuerte con la ley positiva,⁷³ estas se dividen en moral positiva y usos impropios del vocablo ley.

Austin denomina como moral positiva a las “leyes” que adolecen de alguna de las propiedades de las leyes positivas; como haber sido dictadas por algún órgano o individuo que no tiene la calidad de soberano o por carecer del elemento imperativo.⁷⁴

Las reglas morales imperativas, aunque en cierto sentido son normas propiamente dichas; se diferencia de las leyes positivas por haber sido emitido por no haber sido dictadas por un superior en su carácter de soberano, estas son:

- Las reglas morales establecidas por los hombres en un estado de naturaleza.
- Las reglas establecidas por lo soberanos pero no en su calidad de superior político
- Las reglas establecidas por los súbditos en su calidad de personas privadas, pero que no son en el ejercicio de un derecho.

Ahora bien, dentro de moral positive se encuentran aquellas impuesta por la opinión general⁷⁵, dentro de esta clase de normas están las reglas del honor, las reglas de la moda y el derecho internacional.

El derecho internacional es una opinión general, porque es un conjunto de reglas emitidas por un cuerpo indeterminado⁷⁶ las cuales no se encuentran aparejadas

⁷³“...the laws which are closely analogous to laws proper, but are merely opinions or sentiments held or felt by men in regard of human conduct.” *Ibidem* p.129 (Las leyes que son análogas a las leyes en sentido propio, pero solo son simples opiniones o sentimientos arraigados o experimentados por los hombres respecto de la conducta humana...) La traducción es mía.

⁷⁴ Es importante hacer hincapié en que una de las tesis centrales del positivismo es la coercitividad de las leyes; por esta razón para Austin, las reglas que no se encuentran respaldadas por una sanción, no imponen ninguna obligación a su receptor.

⁷⁵“...is an opinion or sentiment, regarding conduct of a kind, which is held or felt by an indeterminate body: that is to say, an indeterminate portion of a certain or uncertain aggregate.” *Ibidem*, p.162 (.. es una opinión o sentimiento, con relación a un tipo de conducta, que un cuerpo indeterminado sostiene o tiene, es decir, una porción indeterminada de un conglomerado cierto o incierto.) La traducción es mía.

⁷⁶“Generally speaking, therefore, an indeterminate body is an indeterminate portion of a body determinate of certain. But a body or class of persons may also indeterminate, because it consists of persons of a vague generic characters.” *Ibidem*, p.155 (En términos generales, por eso, un cuerpo indeterminado es una porción indeterminada de un cierto cuerpo determinado. Pero un cuerpo o una clase de personas también pueden

por una sanción propiamente dicha, toda vez que, no existe una institución facultada para sancionar a los transgresores de dichas opiniones, por esta razón el autor inglés considera a las “sanciones internacionales” como análogas a las previstas por las leyes positivas.

Por otro lado, la eficacia de los acuerdos entre naciones se funda en la buena voluntad y conveniencia de las partes; por esta razón las opiniones generales establecidas por los sujetos de derecho internacional no son mandatos, solo son expresiones de deseo o sentimiento, toda vez que los sujetos no se encuentran vinculados por una obligación;

Es preciso mencionar que “The province of jurisprudence determined” data de 1832, antes de las dos guerras mundiales, y la creación de la Organización de Naciones Unidas; Por esta razón Austin no concibe la existencia de un órgano internacional dotado de las facultades de la ONU capaz de imponer ciertas sanciones internacionales, como embargos comerciales, así como intervenciones militares de los cuerpos de paz, entre otros,⁷⁷ que en cierta medida obligara a las naciones a cumplir las normas internacionales.

El derecho internacional, de acuerdo con Austin, se encuentra constituido por las opiniones de los gobiernos nacionales respecto de cómo deben de ser las relaciones entre las mismas; En palabras del autor: “...consiste en opiniones o sentimientos comunes entre las naciones en general. Por lo tanto, no son leyes

ser grupos indeterminados, porque está formado por personas de vagos caracteres genéricos.) La traducción es mía.

⁷⁷ Por ejemplo el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en términos del artículos 41 y 42 del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas tiene la facultad de hacer uso de las siguientes medidas para restablecer la paz: “Artículo 41: El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Artículo 42: Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.” La Carta de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-vii/index.html>

propriadamente dichas. Pero un gobierno supremo, sin duda, puede ordenar a otro que se abstenga de una tipo de conducta que la ley de las naciones condena...”⁷⁸

Ahora bien, existen dentro de las leyes impropriadamente dichas, aquellas que solo son metafóricas, es decir, que no guardan una fuerte analogía respecto de las leyes propriadamente dichas, porque solo son una mera descripción de hechos, caso concreto, las leyes de las ciencias duras; por ejemplo la primera ley de Newton, la cual establece que “Todo cuerpo persevera en su estado de reposo o movimiento uniforme y rectilíneo a no ser que sea obligado a cambiar su estado por fuerzas impresas sobre él”⁷⁹

En la teoría del derecho de Austin, el sistema jurídico se encuentra constituido por leyes positivas, estas son, en cuanto a su origen “Toda ley positiva (toda ley en el sentido estricto de la palabra) es establecida, directa o indirectamente, por un individuo o cuerpo soberano, a un miembro o miembros una sociedad política independiente en la cual el emisor es supremo.”⁸⁰

La primer característica de las leyes positivas es que son emitidas por un soberano de manera directa o indirecta a través de los legisladores derivados; en esta última categoría, no entran los Tribunales, porque estos solo son aplicadores de leyes positivas expresas o tacitas como la costumbre⁸¹.

⁷⁸ “...consists of opinions or sentiments current amongst nations generally. It therefore is not law properly so called. But one supreme government may doubtless command another to forbear from a kind of conduct which the law of nations condemns...” *Ibidem*, p. 148

⁷⁹ “Every body perseveres in its state of rest, or of uniform motion in a right line, unless it is compelled to change that state by forces impressed thereon.” NEWTON, Issac, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, Trad. Andrew Motte, Nueva York, Daniel Adee, 1846, p. 83, <https://archive.org/details/newtonspmathema00newtrich/page/n87>

⁸⁰ “Every positive law (or every law simply and strictly so called) is set, directly or circuitously, by a sovereign individual or a body, to a member or members of the independent political society wherein its author is supreme.” AUSTIN, John, *op. cit.*, nota 66, p.378

⁸¹ La costumbre, de acuerdo con Austin, solo es reconocida por los jueces, los cuales son simples aplicadores de normas, toda vez que esta puede ser establecida expresa o tácitamente por el legislador soberano; en palabras del autor: “But, considered as moral rules turned into positive laws, customary laws are established by the state: established by the state directly, when the customs are promulgated in its statutes; established by the state circuitously, when the customs are adopted by its tribunals...Now when customs are turned into legal rules by decisions of subjects judges, the legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislature. The state, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, “...that they shall serve as a law to the governed” ...the positive law styled customary (and all positive law made judicially) is established by the state

Las leyes positivas en cuanto a su estructura son definidas de manera formal por Austin; en donde mandato es el género próximo y la sanción constituye la diferencia específica.

“Toda ley o regla (tomado el significado que se le puede dar al término correctamente) es un mandato. O, mejor dicho, las leyes o reglas, propiamente dichas, son una especie de mandato (...) Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo, no por forma mediante la cual se exterioriza el deseo, sino por el poder, así como el propósito de la parte mandante de infligir un mal o dolor en caso de que el deseo sea ignorado.”⁸²

Ahora bien, toda teoría del sistema jurídico, debe plantear los criterios de existencia e identidad, así como la descripción estructural del sistema jurídico. Los criterios antes mencionados se observan en el pensamiento de Austin, en los conceptos de soberano, soberanía, superioridad y sociedad política independiente.

El criterio de identidad así como el de existencia radica en la figura del soberano; el cual es una entidad específica constituida por un solo individuo o por un cuerpo colegiado; lo argüido se puede observar en el siguiente pasaje.

Toda, simple y estrictamente denominada ley positiva es establecida por un soberano o cuerpo soberano, para los miembros de una sociedad política independiente, en la cual esa persona o cuerpo es soberano o supremo.⁸³

directly or circuitously, and, therefore, is imperative.” *Ibidem*, p. 29, (Pero, consideradas como reglas morales transformadas en leyes positivas, las leyes consuetudinarias son establecidas por el estado; emitidas por el estado de forma directa, cuando la costumbre es promulgada en un estatuto; establecida por el estado de forma indirecta cuando la costumbre es aplicada por los tribunales (...) Ahora bien, cuando la costumbre se vuelve una regla positiva a través de una decisión judicial, las reglas de derecho que surgen de la costumbre son mandatos tácitos de la legislatura soberana. El estado, que es capaz de abolir, permite a sus ministros ejercerlos, por lo tanto, hace patente su deseo, y por lo tanto su consentimiento voluntario, “para que sirvan como una ley para los gobernados”... las leyes positivas consuetudinarias (y toda ley positiva creada judicialmente) son establecidas por el estado de forma directa o indirecta y por lo tanto imperativa.) La traducción es mía.

⁸²“Every law or rule (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or rather, laws or rules, properly so call, are a species of commands (...) A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire is disregarded.” AUSTIN, John, *Ibidem*, pp. 5-6

⁸³“Every positive law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or sovereign body of persons, to a members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme” *Ibidem*, p. 199

Una norma pertenece al sistema jurídico, si fue emitida por un soberano; el cual se encuentra en una posición de superioridad⁸⁴ respecto de los gobernados; esto implica que:

- Los integrantes de una sociedad dada se encuentran en un hábito de obediencia respecto del soberano.
- El soberano, sea uno o un cuerpo, no se encuentra en hábito de obediencia respecto a nadie.

El concepto de soberanía y soberano se encuentran íntimamente ligados al de sociedad política independiente⁸⁵, esta se encuentra constituida por personas, las cuales tienen la calidad de súbditos, los cuales se encuentran habituados a obedecer a un soberano o cuerpo soberano determinado⁸⁶, este último, se caracteriza por no estar en hábito de obediencia respecto de nadie, de ahí que sea necesario que entre ambos grupos exista una relación de supra-subordinación o de soberanía y sujeción.

De acuerdo con lo anterior; la obediencia del derecho así como su eficacia radica en el hábito de obediencia rendida por los súbditos o gobernados que constituyen una sociedad política independiente.

La independencia de una sociedad política, de acuerdo con Austin radica, de manera irónica, en el hábito de obediencia de los súbditos respecto del soberano

⁸⁴“...the power of affecting others with evil or pain, and of forcing them, through fear of that evil, to fashion their conduct to one’s wishes.” *Ibidem*, p.36, (el poder de afectar a otros con algún daño o dolor, para forzarlos, a través del miedo a sufrir un mal, a adaptar su conducta a los deseos de uno.) La traducción es mía.

⁸⁵ “By “an independent political society” or “an independent and sovereign nation,” we mean a political society consisting of a sovereign and subjects, as oppose to a political society which is merely subordinate.” *Ibidem*, p.201

(Por "una sociedad política independiente" o "una nación independiente y soberana", nos referimos a una sociedad política constituida por un soberano y sus súbditos, contrario a una sociedad política que está meramente subordinada.) La traducción es mía. Austin no incluye en su definición de sociedad política independiente el concepto de territorio, porque, el autor británico era consciente de que dentro una demarcación territorial puede haber más de una sociedad política independiente, así como grupos beligerantes o grupos humanos en estado de naturaleza.

⁸⁶ El soberano puede ser unitario o colectivo, dependiendo de la forma de gobierno, será la forma en la cual se encontraran distribuidos los poderes soberanos, ejecutivo, legislativo y judicial, dichos poderes no son ejercidos de manera directa por los detentadores del poder, sino por sus subordinados

(positivo) y el hecho de que este último no se encuentre en hábito de obediencia (negativo).⁸⁷

El carácter político de una sociedad radica en la obediencia habitual de los súbditos, la cual debe de ser rendida por la mayoría, respecto de un solo soberano o grupo soberano, si lo anterior no se cumple, entonces estamos ante una sociedad en estado natural⁸⁸ o anarquía, y en el último de los casos ante la existencia de otra sociedad política, este último supuesto, solo es posible si se logra comprobar que la otra parte del grupo humano asentado en un territorio se encuentra en hábito de obediencia respecto de un soberano diverso.

De lo antes argüido se infiere que un sistema jurídico solo puede existir en un Estado donde está asentada una sociedad política independiente, la cual se encuentra en hábito de obediencia respecto de un soberano que no se encuentra en hábito de obediencia respecto de nadie. Asimismo; una norma pertenece a un sistema jurídico, si esta es emitida por el soberano en ejercicio de sus facultades soberanas.

El soberano, como anteriormente se mencionó, no se encuentra en hábito de obediencia respecto de nadie, su poder no se encuentra limitado, porque de ser así dejaría de tener dicha calidad, sin embargo, de acuerdo con Austin, los soberanos suelen observar ciertos principios, los cuales en su conjunto conforman la ley constitucional, esta se define como:

“...la moral positiva, o el conjunto de moral positiva y ley positiva, que fija la constitución o estructura de un gobierno supremo dado. Me refiero a la moralidad positiva, o el compuesto de moralidad positiva y ley positiva, que determina el cargo de la persona, o los cargos respectivos de las personas, sobre quienes residirá la soberanía: y suponiendo que el gobierno en cuestionar una aristocracia o gobierno de un número, que determina más sobre

⁸⁷ RAZ, Joseph. El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico, trad. de Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ediciones Coyoacán, 2011, pp. 27 y 28

⁸⁸ “A natural society, a society in a state of nature or a society independent but natural, is composed of persons who are connected by mutual intercourse, but are not members, sovereign or subjects, of any society political. None of the persons who compose it lives in the positive state which is styled a state of subjection: or all the persons who compose it live in the negative state which is styled a state of independence.” AUSTIN, John, *op. cit.*, nota 66, p.207 (Una sociedad natural, una sociedad en un estado de naturaleza o una sociedad independiente pero natural, está compuesta por personas que están conectadas por relaciones mutuas, pero que no son miembros, soberanos o súbditos, de ninguna sociedad política. Ninguna de las personas que lo componen vive en un estado positivo el cual es un estado de sujeción: o todas las personas que lo componen viven en el estado negativo que es un estado de independencia.) La traducción es mía.

el modo en que los poderes soberanos serán compartidos por los miembros constituyentes del número o cuerpo soberano”⁸⁹

De acuerdo con el autor inglés la inconstitucionalidad de los actos del soberano radica en la violación de las disposiciones constitucionales, estas últimas son los principios y máximas correspondientes a la moral positiva observadas de manera habitual. Sin embargo la inobservancia por parte del soberano no constituye un acto ilegal⁹⁰, porque la constitución no es una disposición jurídica.

Al carecer de carácter jurídico, las disposiciones constitucionales no son vinculantes al no tener aparejada a su incumplimiento una sanción; Por lo tanto su eficacia reposa en la voluntad de soberano en observarlas.

Al no estar constreñido por ninguna obligación jurídica o moral respecto de su pueblo, el soberano de Austin podría ser considerado como un tirano⁹¹; sin embargo, son los derechos y las libertades políticas otorgadas a los súbditos a su arbitrio y discrecionalidad las que diferencian a los gobiernos liberales de los despóticos.

⁸⁹ “...the positive morality, or the compound of positive morality and positive law, which fixes the constitution or structure of the given supreme government. I mean the positive morality, or the compound of positive morality and positive law, which determines the character of the person, or the respective characters of the persons, in whom, for the time begin, the sovereignty shall reside: and supposing the government in question an aristocracy or government of a number, which determines more over the mode wherein the sovereign powers shall be shared by the constituent members of the sovereign number or body...” *Ibidem*, p.274

⁹⁰ “In case the imagined statute were also generally pernicious, and in cause it offended more over the generality or bulk of the nation, in might be styled irreligious and immoral as well as unconstitutional. But to call it illegal were absurd.” *Ibidem*, p. 276, (En el caso de que el estatuto imaginario fuera perniciosos de forma generalizada, y en caso de que este ofendiera a la mayoría o a una gran parte de la nación; podría considerarse como sacrílego e inmoral, así como inconstitucional. Pero el llamarlo ilegal sería absurdo.) La traducción es mía.

⁹¹La soberanía en el pensamiento Austin de acuerdo con Joseph Raz, posee los siguientes atributos o características:

“(1) No subordinada, esto es (a) el poder legislativo soberano no puede ser conferido por una disposición jurídica y (b) este poder legislativo no puede ser revocado jurídicamente.

(2) Ilimitada, esto es (a) el poder legislativo soberano es jurídicamente ilimitado, es el poder para legislar cualquier disposición jurídica cualquiera que ésta sea y (b) el soberano no puede ser sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo.

(3) Única: para todo sistema jurídico hay (a) uno y (b) sólo un poder legislativo no subordinado e ilimitado.

(4) Unitaria: ese poder legislativo se encuentra en las manos de una persona.” RAZ, Joseph, *op. cit.*, nota 87, p. 28

Ahora bien las prerrogativas otorgadas por los soberanos deben estar encaminadas al bien común y conformes a lo establecido por Dios; de no ser así, el gobierno dejaría de ser libre para constituir una tiranía.

Anteriormente se mencionó que los gobiernos libres otorgan derechos⁹² a través de leyes positivas, este tipo de leyes se caracteriza por no imponer un deber al destinatario del derecho, sino a aquel que debe de respetarlo, por esta razón, a pesar de su peculiar estructura, son mandatos.⁹³

A modo de ilustración; la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el primer párrafo del artículo 1, confiere a toda persona los derechos humanos reconocidos en la constitución y los tratados internacionales firmados y ratificados por este país; posteriormente en el párrafo tercero del mismo precepto, establece el deber que las autoridades del Estados tienen, de promover, respetar, proteger y garantizar dichos derechos, y en caso de incumplimiento de dicha obligación, el funcionario podrá ser procesado administrativa y hasta penalmente.

Por lo que se refiere a la obediencia habitual de los súbditos, tiene su origen en distintas fuentes, por un lado se encuentran el principio de utilidad, la costumbre, los perjuicios⁹⁴, así como las preferencias de los súbditos.

En lo tocante a la permanencia o continuidad de todo gobierno, esta radica en la habitual obediencia de los súbditos, la cual puede seguir siendo rendida por la conveniencia o por la fuerza que ejerce el soberano sobre los súbditos. En el primer caso, el pueblo puede estar o no conforme con la administración del gobierno, sin embargo lo tolera, porque dicho estado es preferible a una revolución; mientras que

⁹² "To Every legal right, there are tree several parties: namely, a party bearing the right; a party burthened with the relative duty; and a sovereign government setting the law through which the right and the duty are respectively conferred and imposed." AUSTIN, John, *op. cit.*, nota 66, pp. 304 y 35 (Para cada derecho legal, hay tres partes: a saber, una parte que tiene el derecho; otra constreñida a cumplir con el deber relativo; y un gobierno soberano que establece la ley a través de la cual el derecho y el deber se confieren e imponen respectivamente.)

⁹³ Es importante resaltar, que para Austin, los mandatos imponen un deber respaldado por una sanción de manera directa, en el caso de las leyes que establecen un derecho, el deber no es para el destinatario del derecho, sino para quien debe observarlo, de ahí que el deber y la sanción no se encuentren directamente relacionados con el derecho.

⁹⁴ Para Austin la palabra perjuicio significa o se entiende como "opinions and sentiments which have no foundation whatever in the principle of general utility" *Ibidem*, p. 320

en el segundo caso el soberano ha acumulado el suficiente poder para sojuzgar al pueblo, violando todas sus obligaciones religiosas y morales respecto de sus gobernados.

Los gobiernos de acuerdo con Austin, a partir de las categorías de jure y facto, se clasifican en:

Clasificación	Descripción
Gobierno de jure y de facto	Es conforme a derecho, legítimos y justos y reciben de manera obediencia habitual de sus súbditos
Gobiernos de jure pero no de facto	Aunque es legal, legítimo y justo, no recibe obediencia habitual de sus gobernados
Gobiernos de facto pero no de jure	Es un gobierno obedecido, sin embargo este no es legal, legítimo y justo; caso concreto, aquellos producto de un golpe de estado

La crítica que realiza Hart a la teoría de Austin se divide en cuatro rubros principales; en cuanto al origen, al contenido, el ámbito de aplicación y la permanencia o continuidad del sistema jurídico.

En cuanto al contenido, de acuerdo con Hart, el problema del modelo de sistema jurídico propuesto por Austin, en que se encuentra solamente integrado por órdenes respaldadas por amenazas; dejando de lado aquellas que otorgan potestades (reglas secundarias), las cuales son esenciales para la creación de derechos y obligaciones.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, los legisladores, de acuerdo con Hart, no ordenan a los gobernados, mediante el establecimiento de reglas; estos ejercen una potestad que les fue conferida mediante una regla secundaria; en palabras del autor en comentario.

El legislador no es necesariamente como el que da órdenes a otro, que está por definición fuera del alcance de lo que hace. A semejanza del que promete, ejercita potestades conferida por reglas, y muy a menudo puede, mientras que el prominente debe, caer dentro de su ámbito.⁹⁵

⁹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 3ra. ed. 2da reimpresión, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 55

En el pensamiento de Austin, el proceso legislativo es el medio por el cual, la voluntad del legislador se materializa en disposiciones jurídicas; la problemática radica en la costumbre, porque el poder judicial solo aplica la voluntad soberana; por lo tanto, es incapaz de reconocer su carácter jurídico; esto en un sistema constituido solo por órdenes respaldadas por amenazas; Asimismo es insostenible; el reconocimiento tácito de la costumbre por parte del soberano, al respecto Hart comenta:

La objeción principal al uso de la idea de las expresiones tácitas de la voluntad del soberano para explicar el status jurídico de la costumbre es que, en cualquier estado moderno, rara vez es posible atribuir al “soberano” tal conocimiento, consideración y decisión de no interferir, sea que identifiquemos al soberano con la legislatura suprema o con el electorado. Es verdad por supuesto, que en la mayoría de los sistemas jurídicos la costumbre es una fuente de derecho subordinada a ley. Esto significa que la legislatura podría privarla de su status jurídico; pero el de que no lo haga puede no ser un signo de los deseos del legislador. Es muy raro que la atención de una legislatura o, más raro aún, de un electorado, repare en las reglas consuetudinarias aplicadas por los tribunales.⁹⁶

Ahora bien, la principal crítica de Hart a la teoría de Austin radica en el concepto de soberano y el hábito de obediencia de los súbditos; en relación con la continuidad y eficacia del derecho.

Le eficacia del derecho radica en el hábito⁹⁷ individual de obediencia de cada uno de los individuos, que constituyen la comunidad política independiente, respecto del soberano; El problema es el siguiente, el soberano es un individuo particular al cual los súbditos están habituados a obedecer; en caso de fallecimiento el hábito se extingue; porque no es transmisible al sucesor, por lo tanto el derecho pierde completamente su eficacia, para evitar esto, es necesario introducir reglas secundarias que regulen la sucesión del soberano, así como le otorguen facultades.

De acuerdo con Austin la existencia del sistema jurídico se encuentra ligada a la del soberano; por lo tanto, si el sucesor no las reconoce de manera expresa o “tácita” las leyes dejan de existir. El reconocimiento tácito es la aplicación de las

⁹⁶ *Ibidem*, p. 60

⁹⁷ “1. m. Modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas.” Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=Jvcxrlo> (fecha de consulta 25 de enero de 2019 a las 21:48)

disposiciones jurídicas previas al actual soberano por los particulares, por lo tanto una ley perteneciente a una legislatura pasada, vuelve a existir en la actualidad, si el soberano de manera directa o tácita la reconoce; Para Hart este es un argumento insostenible, el cual demuestra que un sistema compuesto solo por órdenes respaldadas por amenazas es insostenible.

Por último; Austin sustenta la obediencia y eficacia del derecho en el hábito de obediencia a un soberano específico; Para Hart este argumento es insostenible porque un hábito se genera con el tiempo; por lo tanto el sucesor, al no ser habitualmente obedecido por una sociedad política independiente, carece de la calidad de soberano; de ahí que el sistema jurídico sea inexistente.

Aun cuando es ampliamente criticado; Austin fue un innovador al crear una de las primeras teorías analíticas del derecho; la cual fue un modelo a seguir por varios positivistas.

1.1.2.2. Hans Kelsen

Hans Kelsen, es un jurista austriaco, así como el máximo exponente del positivismo jurídico durante la segunda mitad del siglo XX; su obra principal se intitula la “Teoría pura del derecho” aunque tiene una serie de trabajos previos en los cuales va perfilando algunos de los principales conceptos de su teoría.

1.1.2.2.1. El método de la ciencia jurídica

De acuerdo con el autor austriaco, la construcción de la ciencia jurídica parte del carácter difuso de las zonas limítrofes de los métodos aplicables a un objeto

particular; dichos métodos son determinantes para cada una de las ciencias, porque estos determinan la forma en la cual va ser abordado el objeto de estudio.⁹⁸

A partir de un análisis de caso Kelsen, identifica tres ángulos desde los cuales es posible observar un fenómeno, como la voluntad, uno psicológico, sociológico y jurídico; estos se diferencian en cuanto al método, así como la dimensión a la cual se enfocan; ser o deber ser.

Para Kelsen la diferencia entre el deber ser y el ser, es de carácter lógico-formal; es decir, uno tiene lugar en la realidad, mientras que el otro se ubica en una idealidad, por lo tanto, el deber ser, no puede ser objeto de estudio de la psicología y la sociología; en razón del método; En palabras del autor:

La oposición entre ser y deber ser es decisiva para la distinción de principios de todas las ciencias de las que ya me he valido en lo que precede transitoriamente, sobre la oposición entre ser y deber ser se basa la división entre disciplinas explicativas y normativas, entre ciencias causales y normativas. Puesto que mientras unas disciplinas se dirigen a lo dado efectivamente, al universo del ser, a la realidad, las otras lo hacen al universo del deber ser, a la idealidad. Mientras que las primeras, las ciencias causales explicativas, tienen como tarea mostrar el comportamiento real de las cosas en su relación causal necesaria por naturaleza, es decir, desean dar una explicación de acontecer real, el fin de las últimas, las así llamadas ciencias normativas o disciplinas normativas, es el acontecer –no lo que realmente acontece sino lo que debe acontecer; construyen reglas que prescriben un comportamiento, que exigen en su no-ser, es decir, que fijan un deber ser. Mientras que las disciplinas explicativas o ciencias causales están empeñadas en lograr leyes de la naturaleza, según las cuales los procedimientos de la vida real acaecen y deben acontecer por la ley natural sin excepción, constituyen meta y objeto de las disciplinas normativas, que de ninguna manera desean explicar ningún hecho real, meramente las normas, según las cuales debe acontecer algo (hipotéticamente) pero que de ninguna manera debe de acontecer (necesariamente), es más, que quizás efectivamente no acontezca.⁹⁹

⁹⁸ “Tanto sé que me encuentro lejos de sobrevalorar la problemática del método en general, como estoy seguro de que ella reviste –en una determinada dirección – la mayor importancia. Me estoy refiriendo a las zonas linderas de aquellas disciplinas que se encuentran en contacto en relación con su sujeto, pero que están separadas en razón de las diferencias en sus modos de abordarlos. En esta región casi no se podrá prescindir de la brújula confiable que constituye un método científico, sin correr el riesgo de abandonar por descuido el ámbito de la propia disciplina e incursionar en el de otra; es decir, tratar de contestar una pregunta con los instrumentos habituales de la ciencia cuyo sostén se ha perdido...” KELSEN, Hans, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, en Oscar Correas (compilador), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 284

⁹⁹ KELSEN, Hans, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, en Oscar Correas (compilador), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 289

Dentro de las disciplinas normativas se encuentra la jurisprudencia (ciencia del derecho); la cual tiene por objeto de estudio, a grandes rasgos, el derecho positivo¹⁰⁰, esto en razón del método jurídico; el autor alemán, no hace una descripción de este; sin embargo, se infiere de diversos fragmentos de su obra.

El método jurídico determina su objeto de estudio; al establecer límites y estructuras de forma arbitraria; en razón de sus propios conceptos. Asimismo, el método en comento obedece a un principio de “pureza”.

De acuerdo con Ulises Schmill la pureza metódica presenta un sentido negativo y otro positivo; el primero obedece a la autonomía de la ciencia jurídica; la cual a partir de sus propias categorías y conceptos describe la estructura del derecho.¹⁰¹

Por lo que se refiere al sentido positivo, este es un tanto difuso en la obra del autor austriaco; de acuerdo con el Dr. Ulises Schmill, es preciso entender la diferenciación que realiza Kant entre juicios de percepción y experiencia; los primeros consisten en manifestaciones de las sensaciones y estados de ánimo de un sujeto particular; por otro lado, los juicios de la experiencia son “el resultado de una transformación que sobreviene en la unidad contingente de las percepciones cuando estas pasan a estar enlazadas por las categorías en una “conciencia general”, y no meramente en una conciencia empírica. Ello no conlleva a la anulación de los nexos lógico-formales y asociativos, sino más bien una complementación indispensable, a través de la cual, es decir: gracias a las funciones lógico trascendentales, la unidad subjetiva de representaciones adquiere objetividad.”¹⁰²

¹⁰⁰ “Si en especial la jurisprudencia es agrupada junto a las disciplinas normativas, deberá comentarse al respecto, además, que la jurisprudencia, a la que no le compete de ninguna manera explicar cualquier hecho real en forma causal, puede extraer el contenido de las normas o del deber, al cual se dirige su atención, no como lo hacen los teóricos del derecho natural, a partir de la naturaleza de la cosa o de la razón innata, sino sólo exclusivamente a partir de leyes positivas.” KELSEN, Hans, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, en Oscar Correas (compilador), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 290

¹⁰¹ “La primera es la más conocida. Consiste en excluir de toda consideración jurisprudencial, es decir: descriptiva y explicativa de un derecho positivo, todo elemento sociológico y valorativo.” SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises y VERNENGO, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 11

¹⁰² DOTTI, Jorge Eugenio, *La distinción kantiana entre juicios de percepción y de experiencia*, *Revista de Filosofía y Teoría Política*, Argentina, 1986, no 26-27, p. 239-242

En relación con lo anterior podemos concluir que el sistema lógico de Kant se sustenta en las categorías puras las cuales organizan los juicios de la experiencia a los cuales se conectan los juicios de la percepción. De acuerdo con Ulises Schmill, éste es el referente de la pureza en un sentido positivo:

Con mayor precisión podría decirse que la teoría general del derecho o la Teoría Pura del Derecho proporciona a la teoría dogmática o positiva del derecho, los conceptos con arreglo a los cuales esta última disciplina puede llevar a cabo su labor descriptiva y sistematizadora de los contenidos de las normas de un orden jurídico específico o determinado.

Así estos conceptos se convierten en categorías gnoseológicas trascendentales, en tanto señalan como los juicios empíricos sobre los derechos positivos particulares pueden enlazarse sistemáticamente. Estos enunciados empíricos sobre un derecho en particular vendrían a constituir los juicios de percepción jurídicos que preceden a los juicios de la experiencia jurídicos, que serían aquellos en los cuales se ha conseguido, mediante los conceptos jurídicos fundamentales, la conceptualización unitaria de todo orden jurídico.¹⁰³

Por lo tanto, Kelsen a través de su Teoría Pura del Derecho, proporciona las categorías fundamentales, para la constitución de la ciencia jurídica en sentido positivo.

1.1.2.2.2. Conceptos jurídicos fundamentales de la teoría pura del derecho.

De acuerdo con Kelsen, la ciencia jurídica está constituida por enunciados jurídicos, los cuales describen al derecho, este último, es un conjunto de normas jurídicas positivas.¹⁰⁴ Es preciso mencionar, que el autor austriaco, ubica a dicha disciplina dentro de las ciencias normativas.

Con el fin de abordar los conceptos basales de la ciencia jurídica; Kelsen diferencia de todos los acontecimientos acaecidos en la realidad aquellos con significación jurídica; dicha cualidad les es otorgada por las normas que constituyen el derecho.

Ahora bien, la significación jurídica de un acontecimiento radica en el sentido; el cual puede ser subjetivo u objetivo; el primero le es atribuido al emisor y el segundo

¹⁰³ SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises y VERNENGO, Roberto J., *op. cit.*, nota 101, p. 28

¹⁰⁴ "En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho y cómo sea; pero no, en cambio a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho." KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, nota 32, p. 15

es provisto por la norma jurídica. De acuerdo con Kelsen la juridicidad de un acto radica en que este previsto en una norma jurídica, la cual es un esquema de explicación¹⁰⁵

Ambos sentidos son independientes entre sí; por esta razón pueden o no coincidir, verbigracia, los integrantes desean regular una conducta a través de una norma jurídica; al encontrarse dicha facultad prevista en una ley constitucional, el acto legislativo adquiere significación jurídica. Ahora bien, la existencia y permanencia del sistema jurídico, así como su observancia por parte de los gobernados, no radica en la figura individual del juzgador, si no en el deber objetivo impuesto por la norma¹⁰⁶

Lo anterior se encuentra relacionado con el concepto validez, entendida como “la existencia específica de una norma”; Ahora bien, de acuerdo con el autor austriaco, solo las normas positivas creadas a través del proceso legislativo, contemplado en la constitución, poseen validez, así como son obligatorias para los gobernados.¹⁰⁷

Las normas son obligatorias para los gobernados mientras sean válidas, de acuerdo con el autor en comento, dicha validez se encuentra condicionada por la eficacia, entendida como la fuerza y aplicación de una norma en el mundo factico. Al igual que Austin, Kelsen no establece cuanto tiempo ha de pasar sin ser aplicada u obedecida una norma antes de ser declarada como ineficaz.

Las normas jurídicas, por regla general hacen alusión a conductas humanas; de manera especial, hacen referencia a otros objetos, siempre y cuando estos estén relacionados de manera directa o indirecta con una conducta. De acuerdo con Kelsen, además de la conducta, prohibida, permitida u obligada prevista en la

¹⁰⁵ “El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él en su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación” *Ibidem*, p. 17

¹⁰⁶ Kelsen da solución a la continuidad del sistema jurídico al separar al cargo y a la norma del ente físico preexistero; cabe mencionar que dicho problema fue planteado en la teoría de Austin.

¹⁰⁷ “La norma puede valer aun cuando el acto de voluntad cuyo sentido constituye, haya dejado de existir. Más: ella adquiere validez justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye ha cesado de existir.” *Ibidem*, p. 24

norma, también los ámbitos de validez de esta última forman parte de sus contenidos.¹⁰⁸

Los ámbitos de validez espacio-temporal determinan la circunscripción, así como la vigencia de la norma; es decir, establecen el lugar y el tiempo en el cual esta es aplicable.

El ámbito espacial determina la demarcación geográfica donde es aplicable la norma; esta puede ser nacional, internacional, regional o local, dependiendo del tipo de disposición jurídica, por ejemplo: En el Estado de Michigan, el sujeto X priva de la vida a un policía, una semana después es arrestado en la ciudad Dallas, de acuerdo con la legislación del estado de Texas, el homicidio de un policía se castiga con la pena de muerte, en términos de la sección 12.31, en relación con la sección 19.03 y 19.02 (b) (1)¹⁰⁹ del Código Penal del Estado de Texas; sin embargo el derecho aplicable en razón del territorio es el de Michigan, en donde la pena de muerte se encuentra proscrita desde 1846.

El ámbito temporal de validez hace alusión al espacio de tiempo, definido o indefinido, en el cual, una norma es obligatoria para los gobernados, así como aplicable por los órganos de gobierno; de ahí se desprende que una norma no es aplicable a actos previos a su entrada en vigencia, ni posterior a su pérdida de validez. La irretroactividad de la ley es un principio general del derecho, el cual puede presentar excepciones dependiendo del sistema jurídico estatal en particular;

¹⁰⁸Cfr. *Ibidem*, p. 26

¹⁰⁹ "Sec. 19.03. CAPITAL MURDER. (a) A person commits an offense if the person commits murder as defined under Section 19.02(b) (1) and:(1) the person murders a peace officer or fireman who is acting in the lawful discharge of an official duty and who the person knows is a peace officer or fireman..." Texas Penal Code, <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.19.htm#19.03>

Sec. 12.31. CAPITAL FELONY. (a) An individual adjudged guilty of a capital felony in a case in which the state seeks the death penalty shall be punished by imprisonment in the Texas Department of Criminal Justice for life without parole or by death..." Texas Penal Code, <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.12.htm>

(Sec. 19.03. ASESINATO CALIFICADO. (a) Una persona comete una falta, si la persona comete un asesinato en los términos de la Sección 19.02 (b) (1) y: (1) la persona que asesina a un oficial de policía o a un bombero que actúa en el desempeño legal de su deber oficial y la persona sabe que es un oficial de la paz o bombero; ... Sec. 12.31. DELITOS CALIFICADOS. (a) Una persona declarada culpable de un delito calificado, en caso de que el estado solicitó la pena de muerte, será castigada con pena de prisión, por el Departamento de Justicia Criminal de Texas, por toda su vida sin libertad condicional o muerte...) La traducción es mía

por ejemplo, en la legislación mexicana en el artículo 14 constitucional¹¹⁰, siempre y cuando sea en beneficio¹¹¹ de los gobernados, lo anterior conforme a la basta jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La conducta prevista por la norma, de acuerdo con Kelsen, debe de ser escindida en su aspecto personal y objetivo; del primero se deriva el ámbito personal de validez, este determina los sujetos a los cuales está dirigida la norma; cabe mencionar que puede ser ilimitado o limitado; por ejemplo, en el caso del párrafo primero del artículo 1° constitucional, el ámbito personal de validez es ilimitado, mientras que en el artículo 1° de la Ley del impuesto sobre la renta es limitado a ciertos sujetos¹¹²

De acuerdo con Kelsen el ámbito material de validez determina cuales conductas de acuerdo con la constitución son regulables por los diferentes órdenes de gobierno¹¹³; por ejemplo; en el sistema jurídico mexicano el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las facultades y

¹¹⁰ “Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> (fecha de consulta 7 de septiembre de 2015 a las 18:00 horas)

¹¹¹ En el caso de Juicios de Núremberg; uno de los argumentos de la defensa nazis fue que el estatuto de Núremberg se promulgo con posterioridad a la comisión de los supuestos delitos de lesa humanidad.

¹¹² “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 110, fecha de consulta 7 de septiembre de 2015 18:45 hr)

“Artículo 1. Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

I. Las residentes en México, respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

II. Los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente.

III. Los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo, dichos ingresos no sean atribuibles a éste.” Ley del Impuesto sobre la Renta <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf>, fecha de consulta 7 de septiembre de 2015 19:00

¹¹³ “El concepto de dominio objetivo de validez encuentra empleo, por ejemplo, cuando un orden jurídico total – como en el caso de un Estado Federal- Se articula en varios órdenes jurídicos parciales, cuyos dominios de validez se encuentran recíprocamente delimitados en relación con los objetos que ellos regulan” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, nota 32, p. 28

materias exclusivas del Congreso Federal; en contraposición del artículo 124 del mismo ordenamiento, el cual a la letra dice “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”¹¹⁴

El derecho, de acuerdo con Kelsen, regula la conducta humana de manera positiva cuando de manera expresa exige o prohíbe una acción determinada; por otro lado; si no contempla una conducta en las normas que lo constituyen, ésta está permitida en sentido negativo.

Ahora bien, los sistemas sociales regulan las relaciones mediatas o inmediatas entre los seres humanos, al exigir un determinado comportamiento de los integrantes del grupo social, dichos sistemas son el derecho y la moral.

Los sistemas sociales, se fundan en el principio de retribución, el cual vinculan a la obediencia o desobediencia del comportamiento exigido con una sanción en sentido amplio. Es importante mencionar, que a diferencia de Austin, Kelsen engloba dentro de este concepto a la recompensa y a la pena, esta última entendida como “...la privación de ciertos bienes como la vida, la libertad, el honor, los valores económicos”¹¹⁵

De acuerdo la con Kelsen, la conducta obligada es aquella prevista en una norma, por otro lado, una sanción se convierte en una conducta debida, cuando se actualiza la hipótesis normativa o se contraviene dicha obligación; verbigracia, la fracción IV del artículo 31 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación tributaria¹¹⁶; en caso de incumplimiento, de acuerdo con las leyes secundarias, la autoridad competente iniciará un procedimiento administrativo

¹¹⁴ “Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 110, fecha de consulta 25 de junio de 2017

¹¹⁵ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, nota 32, p. 39

¹¹⁶ “Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos: (...) IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 110, (fecha de consulta 25 de junio 2017)

de ejecución e impondrá una sanción; esta última es la conducta debida. En el caso de la conducta prevista en la norma, tenemos el artículo 206 Bis de Código Penal Federal, este contempla el delito de lenocinio; a su vez el artículo 206,¹¹⁷ del mismo ordenamiento, contempla la sanción debida en caso de la comisión de dicho delito.

Los sistemas sociales, se diferencian por el tipo de sanción vinculada a la actualización de la hipótesis normativa o el incumplimiento de una obligación. Kelsen clasifica las sanciones en: a) trascendentes¹¹⁸ y b) sanciones socialmente immanentes; las primeras corresponden a los sistemas primitivos y religiosos; las segundas caracterizan a los sistemas sociales:

Pueden consistir en la mera aprobación o desaprobación, exteriorizadas de cualquier manera, de los restantes miembros de la comunidad, o en acciones específicas que el orden determina más de cerca, cumplidas por ciertos individuos, determinados por el sistema social, a través de una situación regulada por el orden. Cabe hablar de sanciones socialmente organizadas.¹¹⁹

El sistema social denominado como derecho es un orden normativo; es decir, “un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez: y el fundamento de validez de un orden normativo es (...) una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden.”¹²⁰

¹¹⁷ Artículo. 206.- El lenocinio se sancionará con prisión de dos a nueve años y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 206 BIS.- Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II.- Al que induzca o solicite a una persona para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y

III.- Al que regentee, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.” CÓDIGO PENAL FEDERAL, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_051118.pdf (fecha de consulta 28 de enero de 2019)

¹¹⁸ “Estas sanciones son trascendentes, no solo en el sentido de que provienen de una instancia sobrehumana, e inclusive, suprasocial, sino también en el sentido de que se producen fuera de la sociedad; mas, fuera de este mundo inferior y en una esfera trascendente.” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p. 42

¹¹⁹ *Ibidem*, p.43

¹²⁰ *Ibidem*, p. 44

Las normas jurídicas, de acuerdo con Kelsen, solo regulan las conductas de los seres humanos respecto o en relación con sus semejantes, estas conductas deben ser acciones positivas u omisiones, las cuales pueden ser mediatas o inmediatas, directas o indirectas.

El derecho se diferencia de otros sistemas sociales por su carácter coactivo; es decir; el acto contrario al orden normativo, considerado como socialmente deleznable, tiene como consecuencia una sanción consistente en la privación de un bien jurídico, ésta es ejecutada por un tercero en contra de voluntad del transgresor. Las sanciones son actos antijurídicos autorizados por el orden social a través de una norma.

Una de las características de los órdenes jurídicos modernos es la monopolización del uso de la fuerza¹²¹; el cual es prohibido a los gobernados y por excepción permitido a las autoridades en el uso de sus facultades sancionadoras; en palabras del autor:

Paulatinamente se va estableciendo el principio de que todo recurso a la fuerza física está prohibido, cuando no ha sido autorizado, como limitación de ese principio, como una reacción atribuible a la comunidad frente a una situación de hecho considerada socialmente perjudicial. Entonces el orden jurídico determina de manera exhaustiva las condiciones bajo las cuales ciertos individuos deben de ejercer la coacción física; puesto que el individuo facultado por el orden jurídico para el ejercicio de la coacción, puede ser considerado órgano del orden jurídico, o lo que equivale a lo mismo de la comunidad constituida mediante el orden jurídico, puede atribuirse la ejecución del acto de fuerza por ese individuo a la comunidad constituida por el orden jurídico.¹²²

Conforme el orden normativo se va haciendo eficaz, al grado de garantizar, en un inicio la mínima seguridad colectiva, la cual, de acuerdo con el autor austriaco, aumenta en la medida en que el orden centraliza el uso de la fuerza, así como limita la autodefensa; a través de la creación de normas e instituciones impartidoras de justicia.

¹²¹ “En vez de que cada presunto titular de facultades jurídicas decida acerca de la existencia de las mismas y pretenda hacerlas valer por medio de la fuerza, el Estado se sustituye a él y, en ejercicio de su soberanía, aplica el derecho al caso incierto o controvertido” GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, reimpresión de la 51va. ed., México, Porrúa, 2000, p. 228

¹²² KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p.50

Los gobernados, aun aquellos insertos en un régimen autoritarios, poseen un mínimo de libertad, lo anterior en razón de la imposibilidad de regular todas y cada una de las conductas humanas, así como los pensamientos y sentimientos; Como anteriormente se mencionó, hay dos formas en las cuales orden normativo regula la conducta humana, en sentido positivo, ligando una sanción a las conductas socialmente desagradables, y negativo cuando "...la conducta que no está jurídicamente prohibida, se encuentra, en ese sentido negativo, permitida."¹²³

Con el fin de delinear el concepto de coacción, como nota definatoria del derecho, Kelsen hace una crítica indirecta a Austin; al diferenciar las sanciones como consecuencia de una amenaza y las estatuidas por un orden normativo.

El sentido de una amenaza radica en que será infligido un mal bajo determinadas condiciones, el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, deben infligirse ciertos males: que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos deban ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Éste no es sólo el sentido subjetivo de los actos mediante los cuales se instaura el derecho, sino también su sentido. Justamente al entenderse así su sentido objetivo, son reconocidos como actos instauradores de derecho, productores de norma o ejecutores de normas¹²⁴

El acto mediante el cual una autoridad ejecuta una sanción, se encuentra respaldado por una norma que la establece como debida cuando se actualiza una hipótesis normativa; por ejemplo: un ladrón amenaza a una mujer con matarla si no le da su bolsa; esta es una orden respaldada por una amenaza, la cual, la mujer identifica como un delito; sin embargo, si se presenta un funcionario del Servicio de Administración Tributaria con un requerimiento de pago de las obligaciones fiscales de ejercicios pasados, so pena de embargo, la mujer interpreta el requerimiento como debido y la sanción como legal en caso de no pagar.

Los actos coactivos, como uso de la fuerza institucionalizada encaminada a privar de un derecho al transgresor de la norma, son interpretados por los gobernados como debidos y no como delitos; la privación de la libertad de un delincuente es considerada por el grueso de la población como debida, puesto que la reconocen como obligatoria el orden jurídico eficaz.

¹²³*Ibidem*, p. 55

¹²⁴*Ibidem*, p. 57

1.1.2.2.3. La diferenciación sistémica del derecho y su estructura.

De acuerdo con Kelsen, el carácter coactivo del derecho, visto como un orden normativo, deviene de la norma fundante, la cual establece en su contenido “la coacción entre los hombres debe de ser ejercitada en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica.”¹²⁵ Es decir, la norma hipotética fundamental autoriza el uso de la fuerza, así como faculta al legislador originario, para regular el uso de la fuerza en la primera constitución.

No todas las normas que constituyen el orden normativo se encuentran enlazadas de manera directa con una sanción, este tipo de disposiciones jurídicas que otorgan derechos, facultades, delimitan el ámbito de validez o son pauta de interpretación de otras normas, así como aquellas que establece definiciones u ordenan ciertas conductas sin enlazar su incumplimiento a una sanción a este tipo de normas, de acuerdo con el autor en comento, son no independientes.¹²⁶

La independencia de una norma con Kelsen radica en que contenga o prevea un acto coactivo, es decir, la norma que establece una obligación como la de presentar las declaraciones fiscales ante la autoridad tributaria, es una norma no independiente, pero la que establece que en el caso de no cumplir con dicha obligación fiscal se le impondrá una multa al contribuyente es una norma independiente.

Ahora bien, la ciencia jurídica o del derecho tiene por objeto de estudio el sistema normativo antes descrito, así como las conductas humanas previstas y las relaciones que surgen en razón de normas jurídicas. La ciencia del derecho se

¹²⁵ *Ibidem*, p. 63

¹²⁶ En ésta categoría de normas no independientes se encuentran principalmente las constitucionales, es tas de acuerdo con el autor en comento, “...regulan los procedimientos legislativos, no prevén sanciones para el caso de no ser observadas. Un análisis más detenido muestra, empero, que se trata de normas no independientes que solo determinan una de las condiciones bajo las cuales han de dictarse y cumplirse los actos coactivos por otras normas. Se trata de normas que facultan al órgano legislativo a producir normas, sin obligarlo a ello y, por lo tanto, no aparecen como sanciones necesarias.” *Ibidem*, p. 64

encuentra constituida por enunciados descriptivos, mientras que su objeto de estudio por enunciados prescriptivos.

La ciencia del derecho, de acuerdo con Kelsen, se encuentra constituida por dos teorías, cada una de estas, aborda un aspecto del derecho. El derecho como una estructura sistémica dotada de validez, es objeto de la teoría estática del derecho, mientras que los procesos de creación y aplicación de normas jurídicas válidas corresponde a la teoría dinámica.

De acuerdo con Kelsen, la ciencia produce su propio objeto de estudio, esto en razón de su capacidad constitutiva, es decir, la ciencia delimita un fragmento de la realidad circundante convirtiéndolo en un “sistema unitario y consistente”¹²⁷ En la teoría de los sistemas, el sistema conocido como ciencia observa y marca una diferencia (sistema/entorno).

La ciencia jurídica se encuentra constituida por enunciados jurídicos, estos son “proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina.”¹²⁸ De acuerdo con lo antes citado, los enunciados jurídicos¹²⁹ describen los procesos de creación y aplicación de las normas jurídicas.

Las normas jurídicas son mandatos que se constituyen en sistemas jurídicos, estos son el objeto de estudio de la ciencia jurídica, la cual describe su objeto, a través de proposiciones normativas; a las cuales se les puede aplicar de manera directa, las operaciones lógicas; de lo antes expuesto se desprende el carácter formal de la ciencia jurídica, es importante destacar que la veracidad de los enunciados jurídicos radica en la validez de las normas jurídicas.

¹²⁷ *Ibidem*, p.85

¹²⁸ *Ibidem*, p. 84

¹²⁹ “Las proposiciones normativas, en cambio, contienen información sobre el status normativo de ciertas acciones, enuncian que una acción es obligatoria o prohibida o permitida, y son verdaderas si, y solo si, la acción en cuestión tiene la propiedad de ser obligatoria, prohibida o permitida.” MENDOCA, Daniel, *Las claves del derecho*, 1ra. reimpresión, Barcelona, Gedisa Editorial, 2008, p.30

La autonomía de la ciencia jurídica radica en la diferenciación del derecho/naturaleza a partir de los principios de imputación y el de causalidad, estos fungen como enlaces entre acontecimientos, el primero lo hace través de una ley jurídica y segundo por medio de una ley natural (entendida en sentido científico y no de la postura filosófica). Los enlaces antes mencionados son descritos en proposiciones, las cuales rezan de la siguiente manera:

- Ciencias naturales: Si es A entonces B
- Ciencias sociales: Si es A debe¹³⁰ ser B

En el caso de los enunciados que constituyen las ciencias naturales estos describe una relación fatal, es decir, si se presenta el hecho A, inevitablemente acontecerá B; Ejemplo; si se calienta el agua a nivel del mar, bullirá a los 100°C; a diferencia de los enunciados jurídicos, los cuales describen una relación probable “si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en realidad”.

Al vínculo, que une al antecedente con la consecuencia, en los enunciados normativos, se le denomina, imputación, este principio no solo es la base de la ciencia normativa, también es un criterio de diferenciación, el cual escinde al mundo normativo del natural.

La interpretación normativa de la realidad, no se hace en base a fatalidades, sino a normas socialmente establecidas, las cuales, como antes se mencionó, “...no son, como ya se señaló, enunciados relativos ni a hechos futuros, ni a hechos pasados. Por lo común se refieren ciertamente a comportamientos humanos futuros pero nada declaran respecto de ellos, sino que los prescriben, los autorizan o los permiten.”¹³¹

¹³⁰ “Con el verbo “deber” se expresa usualmente el pensamiento de estar algo ordenado, pero no estar algo autorizado o permitido. El verbo “deber” en derecho- esto es, el término copulativo que, en el enunciado jurídico, enlaza condición con consecuencia – abarca los tres significados: el estar ordenada, el ser facultativa y el estar (positivamente) permitida la consecuencia, vale decir: con el término “deber” se designan las tres funciones normativas que expresa el enunciado jurídico” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p. 91

¹³¹ *Ibidem*, p. 102

Como antes se mencionó, tanto las normas jurídicas, como las leyes naturales se expresan a través de enunciados condicionales, los cuales se diferencian entre sí por el significado de la copula. El principio de causalidad establece una relación inevitable, así como continua, entre la condición y su consecuencia, por otro lado, el principio de imputación, solo establece que la consecuencia de la actualización de la hipótesis normativa es debida y finita.

Por otro lado, principio de causalidad, hace referencia al retorno infinito a las primeras causas y las continuas reproducciones futuras, propio de las ciencias naturales; mientras que la ciencia jurídica interrumpe la continuidad, a través del principio de imputación; esto quiere decir que una vez imputada la sanción al sujeto no se sigue nada más, así mismo la hipótesis normativa causa de la consecuencia normativa, tiene su origen último en la norma fundamental, de esta manera Kelsen resuelve el problema del retorno y continuidad infinita.

El derecho es abordado desde dos enfoques diferentes por la ciencia jurídica; uno estático y otro dinámico; el primero concibe al objeto de estudio como una estructura escalonada constituida por normas válidas; el segundo como un ente en movimiento, el cual se reproduce a través de los actos de aplicación de las normas jurídicas que lo integran.

Para poder explicar la estructura y el funcionamiento del sistema jurídico, es necesario ahondar en la principal característica del derecho como sistema social; su carácter coercitivo.

El crecimiento demográfico, no solo trae como consecuencia la estratificación social, sino la diversificación funcional del trabajo, lo cual impacta de manera directa a los sistemas sociales, en el caso particular del derecho, los gobiernos de las sociedades industriales del siglo veinte detentan el monopolio de la coacción, es decir, que a los miembros de la sociedad se les prohíbe el uso directo de la fuerza, este último está reservado a los órganos administrativos del estado.

De acuerdo con Kelsen, se entiende por sanción a los “actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico.”¹³²; Las sanciones, ejecutadas por órganos administrativos del estado en contra de la voluntad del infractor; son de dos tipos penales y civiles; las primeras inciden en los bienes jurídicos del gobernado con el fin de castigar, mientras que el otro tipo busca el resarcimiento del daño.

De acuerdo con el autor en comento, la ilicitud de un acto radica en la vinculación de su comisión con una sanción a través de una norma jurídica, independientemente de la naturaleza de dicho acto; por esta razón encontramos tipos penales, absurdos o arbitrarios, como el delito vagancia y mal vivencia¹³³. Toda vez que la ilicitud o litud de los actos no atiende a su virtud o perversidad, sino a la decisión arbitraria del grupo político en el poder, es justificable todo tipo de vejación a la dignidad humana en nombre del derecho.

Para Kelsen, el derecho es un sistema, constituidos por normas validas; la existencia de estas se encuentra determinada por su relación, mediata o inmediata, con una norma fundante básica,¹³⁴ presupuesta¹³⁵, la cual es la fuente de validez del orden normativo.

Ibidem, p. 123

¹³³ “VAGANCIA Y MALVIVENCIA, EXISTENCIA DEL DELITO DE. Para tener por acreditado el delito de vagancia y malvivencia, es suficiente que los malos antecedentes del acusado queden comprobados por datos de los archivos judiciales o de las oficinas públicas de investigación, y queda a cargo del propio acusado la prueba de que al ser aprehendido se dedicaba a un trabajo honesto.” Tesis aislada, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI, Segunda Parte-2, Julio-Diciembre de 1990, p. 619, registro: 225332, https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8f8fd&Apendice=10000000000000&Expresion=delito%2520de%2520vagancia&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=102&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=225332&Hit=10&IDs=185619,185618,185617,185616,185615,196507,204954,215752,222323,225332,249338,235096,236305,233469,236987,259347,259397,259409,801945,260388&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema= (fecha de consulta 29 de junio de 2017)

¹³⁴ “Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p.202

¹³⁵ Para evitar el retorno infinito o en su defecto a principios metafísicos ajenos al propio orden normativo, Kelsen, concibe una norma, presupuesta que establece el acto constituyente.

Ahora bien, los sistemas normativos, de acuerdo con Kelsen se pueden ser estáticos, dinámicos o mixtos, esto atendiendo su tipo de fundamento de validez; en el primer caso estamos ante una norma que establece los contenidos generales de los cuales se pueden inferir, a través del método deductivo, las normas particulares, en palabras del autor, “todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular.”¹³⁶

Por lo que se refiere a los sistemas normativos puramente dinámicos, su fundamento de validez no establece contenidos morales o ideológicos de ninguna índole, sino los mecanismos de producción de normas, asimismo faculta a una autoridad para implementarlos. De acuerdo con Kelsen; ambos principios¹³⁷, se pueden presentar en un mismo sistema; sin embargo el autor en comentario le da preponderancia al principio dinámico.

Los sistemas jurídicos son preponderantemente dinámicos, por esta razón la validez de sus normas radica, en que hayan sido producidas conforme a los procedimientos previstos en la norma fundamental o derivados y ejecutados por las autoridades facultadas por el ordenamiento. La benignidad o maleficencia del contenido de dichas normas no les resta validez, así como ejecutoriedad, por esta razón las normas de los regímenes dictatoriales son derecho¹³⁸; un ejemplo claro es el delito de disolución social vigente en los años 60¹³⁹

¹³⁶ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p.203

¹³⁷ “...cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a la autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante la cual se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales –como lo particular de la universal – pueden deducirse más normas mediante una operación lógica.” *Ibidem*, p.205

¹³⁸ Por ello y sólo por ello pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho” *Ibidem*, p.205

¹³⁹“DISOLUCION SOCIAL, DELITOS DE. Los delitos de disolución social están comprendidos entre aquéllos que afectan la seguridad interior de la nación, en la inteligencia de que la interpretación auténtica pone de manifiesto que dichas conductas sólo serán constitutivas de disolución social cuando encuadren exactamente en uno cualquiera de los diversos contenidos en los párrafos primero, cuarto y quinto del artículo 145 del Código Penal y lesionen los bienes jurídicos tutelados como lo son, el orden y la paz pública o la soberanía nacional; la vida institucional del país, el funcionamiento de nuestras instituciones, servicios públicos o privados que pueden ser afectados como integrantes de la economía de la nación mediante actos de sabotaje.

La norma fundamental es una norma pensada, que no es decretada por ninguna autoridad suprema; la cual funge como sentido objetivo del acto constituyente

Lo que presupone no se produce arbitrariamente, en el sentido de que se tenga una opción entre normas fundantes básicas distintas, cuando se interpreta el sentido subjetivo de un acto constituyente, y los actos cumplidos conforme a esa constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas validas objetivamente. Solo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada, es decir, sólo cuando se presupone que uno debe de comportarse conforme con esa constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes y los actos realizado conforme a la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas validas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas¹⁴⁰

En el caso de sistemas consuetudinarios, la costumbre es reconocida en el contenido de la norma fundamental.¹⁴¹

Ahora bien, la norma fundante básica, como último eslabón del orden jurídico, da validez a la constitución más antigua vigente o la instaurada posteriormente a una revolución; este último acontecimiento, no solo destruye el orden normativo anterior, también prevé una nueva norma fundamental presupuesta¹⁴² que dará validez a la nueva constitución.

La validez se reproduce mediante los actos de aplicación, que a su vez son también actos de creación del derecho; verbigracia; después de la revolución de 1910; el

“Tesis aislada, Primera sala, Época: Sexta Época, Informe 1961, registro: 813055, página: 31 https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfd8f8fcd&Apendice=1000000000000&Expresion=disoluci%25C3%25B3n%2520social&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=92&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=4&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=813055&Hit=92&IDs=355108,355360,332971,358305,809207,335428,359879,361124,361559,364559,280849,813055&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema= (fecha de consulta 29 de junio de 2017)

¹⁴⁰KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p.209

¹⁴¹ “Si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse —es decir, que órganos y conforme a que procedimiento- sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres son interpretados como hechos productores de normas —en última instancia-el individuo o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas” *Ibidem*, p.206

¹⁴² “...una norma que es presupuesta cuando el sentido subjetivo del hecho constituyente y el sentido subjetivo de los hechos productores de normas cumplidos conforme a la constitución, son interpretados como su sentido objetivo” *Ibidem*, p. 208

orden jurídico edificado sobre la constitución de 1857 dejó de existir; en términos de la teoría pura del derecho, el constituyente de 1917 en razón de la autoridad conferida por la norma fundamental presupuesta, creó una nueva constitución política como fundamento del orden normativo actual; dicho instrumento jurídico establece la división de poderes:

- a) legislativo: dividido en dos cámaras, diputados y senadores, este es el encargado, de manera originaria, de crear las normas generales.
- b) Judicial: se encarga de individualizar las normas generales cuando se actualiza la hipótesis normativa; en otras palabras. los jueces, dentro de su ámbito de atribuciones, crean normas individuales ejecutadas por la autoridad administrativa competente.
- c) Ejecutivo: se encarga de materializar las normas generales en políticas públicas y actos de gobierno; dentro del proceso jurídico; este es el encargado de ejecutar las sanciones, lo cual pone fin al proceso de creación del derecho.

El proceso mediante el cual se comprueba la validez de una norma, es decir, que esta haya sido producida conforme a los procedimientos establecidos por el orden normativo, de acuerdo con Kelsen, es un silogismo:

..la premisa mayor es una norma considerada objetivamente válida,..., según la cual debe uno comportarse obedeciendo las órdenes de una determinada persona, es decir, comportarse conforme al sentido subjetivo de esos actos imperativos. La premisa menor afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera; la conclusión afirma la validez de la norma: uno debe de comportarse de esa determinada manera”¹⁴³

El sistema jurídico en su conjunto guarda una coherencia lógica; las reglas de esta disciplina, solo le son aplicables de manera indirecta por medio de las proposiciones normativas; a diferencia de estas últimas normas jurídicas, no son verdaderas o falsas; sino validas o invalidas; este atributo, como antes se mencionó, deviene de su relación inmediata o mediata con la norma fundamental.

¹⁴³*ibidem*, p.210

Los sistemas jurídicos, con el fin de conservar su coherencia lógica, resuelven los conflictos entre normas a través de la interpretación; la cual se realiza aplicando los principios de supra-subordinación y el de *lex posterior derogat priori*. Sin embargo, cuando ambas normas contradictorias, se encuentran en un mismo nivel y no fuera aplicable el principio de ley posterior deroga la anterior; será el criterio aplicado de manera constante por los tribunales, el que prevalecerá, es decir, la norma efectivamente ejecutada por las autoridades será la válida; aquí encontramos a la eficacia como condición de valides.

El orden jurídico eficaz se encuentra constituido por normas jurídicas organizadas de manera escalonada, siguiendo el flujo de los actos de aplicación/creación del derecho; en donde la norma que regula la producción de otras normas, es superior a las creadas.

En los sistemas positivos actuales, la constitución material es el ordenamiento positivo de mayor jerarquía, el cual establece los mecanismos de producción de normas, así como, en algunos casos, determina los contenidos o temas sobre los que han de versar las normas subordinadas (carácter programático).

La constitución, se diferencia de las demás leyes, por su jerarquía, estructura y contenido particular, así como el proceso legislativo extraordinario para su reforma. Su existencia es fundamental para la permanencia del orden normativo, porque su sustitución o derogación implica la desaparición del sistema jurídico, así como la adopción de una nueva norma fundamental.

El segundo nivel normativo, en la teoría pura del derecho, son las leyes generales, las cuales son producto de un proceso legislativo o mediante la costumbre, lo anterior en razón de lo estipulado por el ordenamiento positivo nodal del sistema jurídico.

La costumbre¹⁴⁴ como medio de producción de normas requiere del reconocimiento constitucional, así como un tribunal facultado para aplicarle; al respecto Kelsen

¹⁴⁴ “...se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo

establece que “la función del órgano aplicador de derecho de establecer la existencia de la norma aplicable y, por ende, su producción conforme a la constitución, es en ambos casos la misma. Y en ambos casos existe ya una norma jurídica general producida antes del acto de aplicación del derecho.”¹⁴⁵

Por otro lado tenemos las ordenanzas reglamentarias, las cuales son consideradas leyes en un sentido material y no formal, por ser producto de un acto administrativo y no de un proceso legislativo.

Ahora bien, en un tercer plano de la estructura del sistema jurídico, se encuentran las normas individuales producto de los actos judiciales y administrativos, para poder entender a fondo el proceso de individualización o aplicación de normas, es necesario diferenciar, el derecho sustantivo y formal.

El derecho formal se encuentra constituido por las disposiciones procesales que establecen el proceso de individualización de normas generales; el cual a grandes rasgos consiste en el razonamiento silogístico realizado por la autoridad administrativa o judicial, siguiendo las directrices establecidas por la legislación procesal aplicable.

En este mismo orden de ideas, la autoridad administrativa o judicial, para determinar que el hecho X se ajusta a la hipótesis normativa A y por lo tanto al individuo P, le corresponde la sanción S., debe tomar en cuenta que las normas procesales, de acuerdo con Kelsen tienen “una función doble: 1) determinar esos órganos y los procedimientos aplicables, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales o administrativos”¹⁴⁶.

Por otro lado el derecho materia o sustantivo son los supuestos normativos a individualizar; en otras palabras “se entienden las normas generales que determinan el contenido de los actos judiciales y administrativos...”¹⁴⁷

suficientemente largo; que de ese modo, con la costumbre de los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse...” *Ibidem*, p.236

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 238

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 240

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 241

El proceso de aplicación/creación del derecho requiere el binomio derecho formal/sustantivo, para poder explicar cómo el sistema jurídico regula su propia reproducción; así como a la función judicial¹⁴⁸ y el acto administrativo de ejecución de la sanción.

Los tribunales son los facultados para realizar la función judicial, la cual consiste en declarar la existencia de un hecho (en el plano jurídico), determinar la hipótesis normativa contenida en la ley general actualizada, y la sanción correspondiente; esta norma individualizada contiene la sanción a ejecutar, la cual es el último acto de aplicación del derecho, es decir, el fin de la cadena de producción del derecho.

Un último problema a abordar es el de la discrecionalidad judicial, aunque Kelsen no aborda este tema a fondo, no puede negar su existencia, porque la función judicial, no consiste en la individualización mecánica y precisa de la norma general; también existe un cierto grado de discrecionalidad; al respecto el autor en comento establece que. “Pero inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad.”¹⁴⁹

1.1.2.3. Herbert Lionel Adolphus Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart es el mayor representante de la teoría analítica del derecho, la cual, algunos autores consideran, surge de la influencia de filósofos del lenguaje Ludwig Wittgenstein y Peter Winch; figuras influyentes en Oxford, durante la formación universitaria de Hart.¹⁵⁰

¹⁴⁸ “Desde un punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de esta a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido.” *Ibidem*, p. 246

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.253

¹⁵⁰ *Cfr.*, RODRIGUÉZ PANIAGUA, José María, *La filosofía Lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L.A. Hart*, Anuario de filosofía del derecho (Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de

A modo de nota biográfica; Hart realizó sus estudios universitarios en Oxford, en donde posteriormente impartiría clases, así como publicaría su obra representativa “El concepto de derecho”, la cual, aunque se comprende dentro de la corriente positivista, de acuerdo con Gregorio Robles Morchón, también posee rasgos de ius naturalismo y sociología descriptiva.¹⁵¹

1.1.2.3.1. La filosofía del lenguaje y el pensamiento sociológico moderno en la teoría del derecho de Hart

Durante su estadía en Oxford; de acuerdo con Nicola Lacey, Hart se vio influenciado por el sociólogo Peter Winch, este último se destaca por implementar algunos de los principios de la filosofía lingüística de Ludwig Wittgenstein a la sociología moderna. En el presente apartado, se abordaran algunos de los puntos fundamentales del libro “The idea of a social science and it relation to philosophy”¹⁵² de Peter Winch. De acuerdo con Philip Pettit ; son tres las tesis principales del libro mencionado:

1. La tesis de las reglas: comprender las acciones humanas requiere observar las reglas o propiedades en concordancia con la forma en la cual se producen, no solo detectar regularidades en su producción.
2. La tesis de la practicidad: entender la acción humana no significa solo captar las ideas intelectuales que la penetran, sino, más profundamente, estudiar la orientación práctica de los actores.
3. La tesis de participación: comprender la acción humana, implica participar en la sociedad de los agentes, al menos hipotéticamente, no solo tomar distancia y examinar lo que están haciendo.¹⁵³

Filosofía Jurídica y Política), nº 7 (1990), pp. 479-480, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142162>

¹⁵¹“Habría por tanto, que reformular su autopercepción y decir que “El Concepto de Derecho” es un libro tanto de jurisprudencia analítica (o teoría general del derecho), como de sociología descriptiva, así como también de derecho natural mínimo. De esta manera consume Hart lo que podemos llamar mixtificación tridimensionalista, ya que en su obra aparecen tres elementos mezclados en una especie de concepción “cóctel” del derecho: la norma o regla (que será objeto básico de la jurisprudencia analítica), el hecho social (centro de interés de la sociología descriptiva) y el valor mínimo que todo derecho encarna por el mero hecho de existir como sistema de reglas regulador de la conducta humana...”ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Hart: Algunos puntos críticos.*, DOXA (Universidad de Alicante), España, II, nº 21 (1998), 371-402, p. 372

¹⁵² De acuerdo con Nicola Lacey; el punto de vista interno de Hart tiene su origen en las ideas de Peter Winch expuestas en el libro “The idea of a social science and it relation to philosophy”

¹⁵³ “1. The rules thesis: understanding human actions involves seeing the rules or proprieties in accordance with which it is produced, not only detecting regularities in its production. 2. The practicality thesis: understanding human action does not mean just grasping the intellectual ideas that permeate it but, more deeply, cottoning on the practical orientation of the actors. 3. The participations thesis, understanding human

Para efecto de desarrollar las tesis antes mencionadas, es necesario partir de la postura crítica adoptada por Winch, respecto de la metodología científica adoptada por las “ciencias” sociales.

De acuerdo con Peter Winch, uno de los problemas de las ciencias sociales, radica en la implementación de manera forzada del método científico al estudio de los fenómenos sociales, estos últimos por su peculiar naturaleza, no pueden ser, de manera propia y puntual, objeto de estudio del método científico; Al respecto, el autor en comento, sugiere como alternativa, un retorno a los paradigmas filosóficos. Para Winch, la filosofía es la encargada de elucidar los conceptos, de ahí su relación con el lenguaje y por lo tanto con los fenómenos sociales:

Nuestra idea de aquello que pertenece al campo de la realidad nos es dada por el lenguaje que usamos. Los conceptos que poseemos arreglan la forma en la cual experimentamos el mundo circundante. Tal vez valga la pena recordarnos la obviedad de que cuando hablamos del mundo estamos hablando de lo que en realidad queremos decir con la expresión "mundo"; no hay forma de salir de los conceptos en términos de lo que pensamos del mundo, (...) El mundo es para nosotros aquello que se presenta a través de esos conceptos. Eso no quiere decir que nuestros conceptos no cambien; pero cuando lo hacen, eso significa que nuestro concepto del mundo también ha cambiado.¹⁵⁴

Las disciplinas filosóficas periféricas como la filosofía de la ciencia, del arte o de la religión, tienen la función hacer el mundo inteligible; de ahí su relación con la metafísica y la epistemología, esta última rama de la filosofía es de gran importancia para Peter Winch; porque elucidada el vínculo entre el lenguaje y el fenómeno social.

action involves participating in the society of the agents, at least in imagination, not just standing back and surveying that which they are doing” PETTIT, Philip, *Winch's double-edged idea of social science*, *History of the human science*, Londres, Vol. 13 N° 1, 2000, pp. 63-77.

¹⁵⁴ “Our idea of what belongs to the realm of the reality is given for us in the language that we use. The concepts we have settle for us the form of the experience we have of the world. It may be worth reminding ourselves of the truism that when we speak of the world we are speaking of what we in fact mean by the expression “the world”; there is no way getting outside the concepts in terms of which we think of the world, (...)The world is for us what is presented through those concepts. That is not to say that our concepts may not change; but when they do, that means that our concept of the world has change too.” WINCH, Peter, *The idea of a social science and its relation to philosophy*, 2da. ed., Gran Bretaña, Routledge, 1990, p.15, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.460.6731&rep=rep1&type=pdf> (La traducción es mía)

Las dimensiones del mundo, así como la capacidad de comunicarlo se encuentran determinadas por el lenguaje; por lo tanto, la forma en la cual, los seres humanos hacemos aprehensible el mundo a través de la abstracción en conceptos es esencial para la comprensión de la sociedad y las comunicaciones. Winch explica el funcionamiento del conocimiento humano a través del concepto “Monte Everest”; sin embargo, por cuestiones de materia se usará el de “niño soldado”

El concepto “niño soldado” puede traer a la mente de una persona la imagen de un menor de edad sosteniendo un fusil¹⁵⁵, esta es una definición ostensiva; ahora bien, su comprensión requiere un conocimiento previo del significado de las palabras “niño” y “soldado”, así como, un cierto dominio de las reglas gramaticales del idioma español. En varios casos, el significado de un concepto depende del contexto:

- El contingente se acerca (pelotón militar)
- La vida es contingente (incertidumbre)

Los conceptos son entes históricos, por lo tanto, su significado se diversifica en razón de la evolución de la sociedad; este aspecto es resaltado por Hart¹⁵⁶, siguiendo a Winch, cuando hace énfasis en las distintas acepciones del concepto de derecho.

Sin embargo, estas expresiones aparentemente paradójicas no fueron formuladas por visionarios o por filósofos interesados profesionalmente en poner en duda los veredictos más elementales del sentido común. Ellas son el producto de una prolongada reflexión sobre el derecho, llevada a cabo por hombres que han sido primordialmente juristas, dedicados profesionalmente a la enseñanza o a la práctica de aquél, y en algunos casos, a su aplicación como jueces. Además, lo que ellos dijeron sobre el derecho realmente incrementó, en su tiempo y lugar, nuestra comprensión del mismo.¹⁵⁷

Ahora bien, el significado de una palabra, también radica, en la implementación de las reglas del pensamiento, ortográficas y gramaticales; esto nos lleva a la primera

¹⁵⁵ Esta puede ser una imagen vista en un periódico o en la televisión o una vivencia.

¹⁵⁶ “Uno de los puntos principales de la doctrina de Wittgenstein y que Hart tiene en cuenta, es el de que las palabras o términos lingüísticos, no solo no tiene un significado independiente de la frase o proposición en que se usan, sino que además ese significado y sentido de la frase depende de las diversas modalidades en que se emplean.” RODRIGUÉZ PANIAGUA, José María, *op. cit.*, nota 150, p. 481,

¹⁵⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, nota 95, p. 2

tesis de Winch¹⁵⁸, que inspiró la concepción del derecho como un sistema de reglas de Hart. “Se sigue directamente de esta línea de pensamiento que si deseamos entender la forma en la cual representa las cosas, en particular lo que dicen sobre las cosas, entonces necesitamos saber cuáles son las reglas o propiedades que rigen sus pensamientos y palabras.”¹⁵⁹

La determinación de la regla aplicada constituye un problema para el observador; toda vez que, el resultado puede ser el esperado, pero la regla aplicada sea diferente, lo cual nos lleva a errores o malentendidos, estos últimos son comunes en las interacciones humanas.

De acuerdo con Winch, las interacciones humanas pertenecientes al fenómeno social, se caracterizan por estar dotadas de significado; de ahí que dicha cualidad no se circunscribe solamente a la comunicación sino a la acción significativa (meaningful behaviour);

La explicación de Wittgenstein de que es seguir una regla es, por obvias razones, la da principalmente con la finalidad de dilucidar la naturaleza del lenguaje. Ahora se tiene que mostrar cómo este enfoque puede arrojar luz sobre otras formas de interacción humana además del habla. Las formas de actividad en cuestión son, naturalmente, aquellas a las que les son aplicables categorías análogas: aquellas, es decir, de las cuales podemos decir con sensatez que tienen un significado, un carácter simbólico.¹⁶⁰

Winch, en base al pensamiento de Max Webber, determina que el sentido de una acción radica en las razones o motivos en los cuales se funda; aunque existen acciones carentes de sentido, estas son el reflejo inmediato no razonado a un estímulo particular.

¹⁵⁸ “So the question: What is it for a word to have a meaning? Leads on to the question: What is it for someone to follow the rule?” WINCH, Peter, *op. cit.*, nota 154, p.28, (Así que la cuestión: ¿Qué es para una palabra el tener significado? Nos lleva a la cuestión; ¿Qué es para alguien seguir una regla?) La traducción es mía

¹⁵⁹ “It follows directly from this line of thought that if we are to understand how a person represents things, in particular what they say about things, then we need to know what are the rules or properties that govern their thoughts and words” PETTIT, Philip, *op. cit.*, nota 153, pp. 63-77

¹⁶⁰ “Wittgenstein’s account of what it is to follow a rule is, for obvious reasons, given principally with an eye to elucidating the nature of the language. I have now to show how this treatment may shed light on other forms of human interaction besides speech. The forms of activity in question are, naturally, those to which analogous categories are applicable: those, that is, of which we can sensibly say that they have a meaning, a symbolic character” WINCH, Peter, *op. cit.*, nota 154, p.45

La tesis de la utilidad, parte de las acciones socialmente significativas como resultado de la aplicación de reglas, las cuales constriñen a los sujetos comportarse de una forma específica:

La acción con sentido es simbólica; va conjuntamente con otras acciones en el sentido de que compromete al agente a comportarse de una manera en lugar de otra en el futuro. Esta noción de "estar comprometido" es más apropiada cuando se está ante acciones que tienen un significado social inmediato (...) La noción de estar comprometido por lo que hago ahora para hacer otra cosa en el futuro es idéntica en forma a la conexión entre una definición y el subsecuente uso de la palabra definida, (...) De ello se sigue que solo puedo comprometerme en el futuro por lo que hago ahora si mi actual acto es la aplicación de una regla.¹⁶¹

En base a lo anterior Hart establece que las reglas son razones para la acción.¹⁶² Es decir, las conductas contenidas en las reglas son consideradas como "debidas" u "obligatorias" para el gobernado; así mismo, éstas también fungen como razón para aplicar una sanción en caso de inobservancia. Ahondando en este tema, Dr. Verónica Rodríguez Blanco:

Hart adopta la idea de Winch y Wittgenstein de que las reglas, al igual que las reglas del lenguaje, están ancladas en las prácticas y consecuentemente tiene la visión de que las reglas jurídicas dan razones para las acción y eso porque la naturaleza de las reglas está determinada por el hecho de que las acatamos en nuestras prácticas, por analogía, la naturaleza de las reglas jurídicas y sus razones de la función están determinadas por el hecho de que las seguimos en nuestras prácticas.¹⁶³

¹⁶¹"Action with a sense is symbolic; it goes together with certain other actions in the sense that it commits the agent to the behaving in one way rather than another in the future. This notion of "being committed" is most obviously appropriate where we are dealing with actions which have an immediate social significance (...) the notion of being committed by what I do now to doing something else in the future is identical in form with the connection between a definition and the subsequent use of the word defined, (...) It follows that I can only be committed in the future by what I do now if my present act is the application of a rule." WINCH, Peter, *op. cit.*, nota 154, p. 50 (La traducción es mía)

¹⁶² "...cuando existen tales reglas, no sólo se hace de hecho esa crítica, sino que las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptadas generalmente como una buena razón para formularla. (...) El aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego, (...) los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: los consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego." HART, *op. cit.*, nota 95, pp. 70-71

¹⁶³"Hart adopts Winch's and Wittgenstein's idea that rules, like rules of language, are anchored in practices and consequently he conceives the view that legal rules provide reasons for actions and that because the nature of rules is determined by the fact that we follow them in our practices, by analogy, the nature of legal rules and its reasons giving function is determinate by the fact that we follow the in our practices." RODRÍGUEZ-BLANCO, Verónica, *Peter Winch and H.L.A. Hart: Two concepts of the internal point of view*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 20, nº N° 2 (2007), p. 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179918, la traducción es mía

A modo de comentario, la diferencia entre hábitos y reglas planteada por Winch, se basa en la reflexión hecha por el sujeto al aplicar regla, mientras que la ejecución de un hábito no requiere propiamente un razonamiento.

El gran aporte del punto de vista interno y externo de las reglas de Hart se funda en la tesis de la participación Winch:

La diferencia es precisamente análoga a la que existe entre poder formular una ley estadística sobre las posibles incidencias de palabras en un idioma y ser capaz de comprender lo que ha dicho alguien que habla la lengua. Lo último nunca puede reducirse a lo primero; un hombre que entiende el chino no es un hombre que tiene un firme conocimiento de las probabilidades estadísticas de las incidencias de varias palabras en el idioma chino. De hecho, podría tener eso sin saber que estaba tratando con una lengua en absoluto; y de todos modos, el conocimiento de que estaba tratando con una lengua no es algo que en sí mismo pueda formularse estadísticamente. "Entender", en una situación como esta, es captar el punto o significado de lo que se está haciendo o diciendo.¹⁶⁴

La tesis de la participación de Winch parte del problema de aplicar el método científico a los fenómenos sociales, estos últimos no pueden ser medidos en cuanto a su volumen y regularidad; solo pueden ser comprendidos; esto implica que el observador no puede ser ajeno al fenómeno social sino debe participar en él; por ejemplo: El significado y trascendencia cultural de los tatuajes maoríes solo puede ser comprendido en su totalidad por sus miembros practicantes.

La discriminación antes mencionada también se presenta en otros grupos culturales en donde el lenguaje especializado funge como una barrera; por ejemplo un físico teórico abre como tema de discusión, los avances de la teoría de cuerdas, en este caso solo podrán participar plenamente en la plática aquellos versados en el tema. Entonces desde un tema de conversación hasta una práctica social la comprensión del acontecimiento radicara en la pertenencia del participante en cuestión.

¹⁶⁴"The difference is precisely analogous to that between being able to formulate statistical law about the likely occurrences of words in a language and being able to understand what was being said by someone who spoke the language. The latter can never be reduced to the former; a man who understand Chinese is not a man who has firm grasp of the statistical probabilities for the occurrence of various words in the Chinese language. Indeed, he could have that without knowing that he was dealing with a language at all; and anyway, the knowledge that he was dealing with a language is not itself something that could be formulate statistically. "Understanding", in situation like this, is grasping the point or meaning of what it being done or said." WINCH, Peter, *op. cit.*, nota 154, p.115,

Tampoco servirá decir que el mero cambio en el significado de una palabra no necesariamente evita que las personas tengan la relación que desean tener entre sí; eso sería pasar por alto el hecho de que nuestro idioma y nuestras relaciones sociales son solo dos caras diferentes de la misma moneda. Dar cuenta del significado de una palabra es describir cómo se usa; y describir cómo se usa es describir la relación social en la que entra.¹⁶⁵

El punto de vista interno, implementado por Hart como herramienta para el estudio del derecho, le permite al participante reconocer las reglas internas y externas, así como comprender como éstas funcionan e interactúan. De acuerdo con la Dr. Verónica Rodríguez-Blanco; el punto de vista interno de Winch es participativo mientras que el planteado por Hart, en base al anterior, es de carácter práctico.

El punto de vista interno del participante nos remonta a las razones subjetivas que llevaron a la acción; aquí se entra al campo de la psicología; Por otro lado; el punto de vista interno de carácter práctico nos remite a la regla como razón suficiente de la acción.

Este es el territorio de la razón práctica, y la jurisprudencia debe entenderse como la disciplina que tiene como objetivo comprender y explicar las razones prácticas en la ley así como el papel de las normas legales como proveedoras de razones.¹⁶⁶

Por último, partir de los usos del concepto derecho por parte de los operadores jurídicos, Hart, identifica cinco características fundamentales de los sistemas jurídicos¹⁶⁷ así como, la porosidad de los términos jurídicos.

¹⁶⁵"It will not do, either, to say that the mere change in the meaning of a word need not prevent people from having the relation to each other they want to have; for this is to overlook the fact that our language and our social relations are just two different sides of the same coin. To give an account of the meaning of a word is to describe how it is used; and to describe how it is used is to describe the social intercourse into which enters." *Ibidem*, p.123,

¹⁶⁶"This is the territory of practical reason, and jurisprudence should be understood as the discipline that aims at understanding and explaining practical reasons in law and the role of legal rules as providing reasons." RODRÍGUEZ -BLANCO, Verónica, *op. cit.*, nota 163, p.16

¹⁶⁷ a) Las reglas (prohibitivas o que contienen obligaciones) se encuentran vinculadas a una sanción en caso de desobediencia, b) Las reglas establecen el resarcimiento del daño, c) Las reglas establecen los requisitos y procesos a seguir para contraer obligaciones o ejercer derechos, d) Las reglas establecen las facultades y los procesos a seguir por los tribunales en la impartición de justicia, e) Las reglas establecen el proceso legislativo. *Cfr.*, HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, nota 95, p. 3-4:

Por lo antes expuesto, Hart reconoce la imposibilidad de aplicar la regla aristotélica de género próximo y diferencia específica ¹⁶⁸ de la definición, al objeto de estudio de la ciencia jurídica; en razón del carácter abierto del concepto derecho; En otras palabras, éste concepto por su extensión abarca diversos objetos similares, pero no idénticos.¹⁶⁹ Sin embargo, Hart no sigue por esta línea, al contrario retoma el positivismo para dar respuesta a la mayor parte de las problemáticas planteadas lo cual se abordara posteriormente a fondo.

1.1.2.3.2. El sistema positivo de Hart.

Para el autor inglés, los juristas de su tiempo, se enfrentaban a tres problemáticas cuestiones en la construcción de las bases de una ciencia jurídica; el problema de la definición e identificación de la esencia del derecho, así como el de la constitución, funcionamiento y aplicación del sistema jurídico¹⁷⁰

Con el fin esclarecer el concepto derecho, así como la concepción de sistema jurídico, Hart hace una crítica a la base conceptual de los modelos teóricos que conciben al derecho como solo órdenes coercitivas; dentro de esta categoría incluye a la teoría de Austin y la de Hans Kelsen.

La crítica a las teorías que conciben al derecho como órdenes coercitivas, toma como referente principal la teoría del derecho de John Austin, asimismo se divide en cuatro ejes fundamentales, los primeros tres versan sobre el modelo normativo: a) Contenido de las normas, b) Origen de las normas y c) Ámbito de aplicación de

¹⁶⁸“Es esta exigencia la que en el caso del derecho hace que esa forma de definición sea inútil, porque aquí no hay ninguna categoría general familiar, bien comprendida que incluya al derecho como miembro.” *Ibidem*, p. 18

¹⁶⁹ “A menudo el uso ordinario, o aun el uso técnico, de una palabra, es plenamente “abierto”, en el sentido de que no prohíbe la extensión del término a casos en los que los que sólo están presentes algunas de las características normalmente concomitantes. Esto, tal como ya lo hemos observado, es aplicable al derecho internacional y a ciertas formas de derecho primitivo, de modo que es siempre posible discutir con plausibilidad en favor y en contra de dicha extensión” *Ibidem*, p.19

¹⁷⁰ *Cfr.*, ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *op. cit.*, nota 151, pp. 7-16.

las normas; mientras que el cuarto se enfoca en la figura del soberano: d) Continuidad y permanencia del derecho.

De acuerdo con Hart, en cuanto al contenido de las normas, a diferencia de lo planteado por Austin, estas no solo establecen obligaciones; también, otorgan potestades, así como, crean, derogan o reforman otras normas. Dichas disposiciones jurídicas son normas en toda la extensión de la palabra, y no simples fragmentos como Kelsen manifiesta; Por lo tanto, el modelo del derecho como ordenes coercitivas, no es funcional.

La crítica en torno del origen de las normas versa sobre la errónea concepción de la costumbres argüida por las teorías que conciben al derecho como órdenes coercitivas; caso concreto, para John Austin, así como Kelsen, la costumbre solo adquiere carácter jurídico cuando es reconocida por los tribunales; al respecto Hart arguye que la costumbre puede tener fuerza de ley, antes de ser reconocida por el tribunal, esto dependiendo del sistema jurídico al cual se esté haciendo alusión.¹⁷¹

Por último, las teorías que conciben al derecho como órdenes coercitivas; suponen la existencia de una autoridad soberana la cual emite mandatos generales a los súbditos, así como no se encuentra vinculada por sus mismas disposiciones; De acuerdo con el autor en comento, dicha postura es errónea, porque aun cuando las autoridades en el ejercicio de sus funciones poseen fuero¹⁷², como personas físicas concretas, les son aplicables las normas vigentes. Por esta razón, en cuanto a este ámbito de aplicación de la norma, el modelo de derecho como órdenes coercitivas está incompleto.

A partir de las tres críticas del modelo de sistema jurídico constituido a partir de órdenes coercitivas, antes abordadas de manera somera, Hart llega a la conclusión, de que dicho modelo es insostenible porque:

¹⁷¹ Cfr., HART, Herbert Lionel Adolphus, *op. cit.*, nota 95, p.58

¹⁷² “Esta imagen vertical, o “de arriba hacia abajo”, del derecho, tan atractiva en su simplicidad, sólo puede ser reconciliada con la realidad mediante el recurso de distinguir la persona del legislador en su carácter o capacidad oficial, de la persona del legislador en su carácter o capacidad particular. Actuando en el primer carácter dicta normas que imponen obligaciones a otras personas, inclusive a sí mismo en su “carácter privado” *Ibidem*, p. 54

- Existe una variedad de normas que no establecen obligaciones o supuestos normativos a los cuales se enlazada una sanción.
- Las normas no solo obligan, también pueden facultar u otorgar potestades.
- Algunas normas que pueden ser de origen consuetudinario “y no deben su status jurídico a ningún acto consiente de creación de derecho.”¹⁷³

Antes de ahondar en las tres deficiencias de las teorías que conciben al derecho como un conjunto de ordenes coercitivas; es necesario abordarlo tocante a la desvinculación del concepto derecho la noción de hábito y soberano de Austin.

La figura del soberano es una de las piedras angulares de la teoría del derecho de Austin, y la cual es análoga a la del legislador en Kelsen; el concepto en comento, cómo en apartados anteriores se mencionó, se sustenta sobre su carácter ilimitado y su relación simbiótica con el súbdito, el cual debe de estar hábito de obediencia; Ahora bien, la crítica de Hart, está enfocada, en un primer momento, al hábito de obediencia como un concepto inadecuado para explicar el carácter continuo de la autoridad y la persistencia de las normas; y en segundo lugar, el soberano ilimitable.

La Real Academia Española define como hábito al “... modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas.” La obediencia a las instituciones y normas jurídicas, no puede ser explicada a partir de hábitos, debido a su complejidad; por esta razón Hart, se ve en la necesidad de diferenciar las reglas sociales de los hábitos.¹⁷⁴

Hart explica las diferencias de los hábitos de las reglas, a través del problema de la sucesión al fallecimiento del soberano habitualmente obedecido; de acuerdo con el autor en comento, un hábito se forma en la conciencia colectiva con el tiempo, por

¹⁷³ *Ibidem*, p. 61

¹⁷⁴ De acuerdo con Hart, los hábitos se caracterizan por ser conductas arraigadas en cada uno de los individuos, que en su mayoría son inconscientes; estas se realizan de manera espontánea, libre y sin esfuerzo alguno; Ahora bien, el hábito de obediencia al cual hace referencia Austin, implica que existe “una relación personal entre cada súbdito y Rex: cada uno hace regularmente lo que Rex le ordena a él, entre otros, que haga. Si decimos que la población tiene tal hábito, esto, como la afirmación de que la gente concurre habitualmente a la taberna los sábados a la noche; sólo significará que los hábitos de la mayoría son convergentes: cada uno obedece habitualmente a Rex, del mismo modo en que cada uno habitualmente concurre a la taberna el sábado a la noche.” *Ibidem*, p.66

lo tanto, el sucesor no es obedecido habitualmente al tomar el cargo; de ahí la insostenibilidad continuidad del derecho a partir de la figura del soberano, la solución dada por el autor radica en otro tipo de reglas:

...es característico que un sistema jurídico, aun una monarquía absoluta, asegure la continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho mediante reglas que sirven de puente en la transición de un legislador a otro: ellas regulan la sucesión por adelantado, designando o especificando en términos generales los requisitos o condiciones para ser legislador y el modo de determinar quién lo es.¹⁷⁵

De lo antes expuesto se concluye que la continuidad del derecho no se puede explicar en razón de hábitos de obediencia, porque, estos no son heredables, no pueden conferirle al nuevo sucesor la facultad de legislar, así como no garantizan la obediencia de los súbditos.

Una de las diferencias entre hábitos y reglas, consiste en que la transgresión de estas últimas es objeto de crítica, asimismo, dicha conducta reprobable, es la razón misma de su existencia, por lo antes mencionado, el rasgo distintivo de las reglas, del cual adolecen los hábitos, es el aspecto interno.

La adopción de la diferencia, aspecto interno/externo, obedece a un enfoque sociológico fundado en la filosofía del lenguaje, el cual se a bordo anteriormente.

Ahora bien, de acuerdo con Hart, los hábitos son espontáneos, es decir, no son razonados; por otro lado las reglas son reconocidas por los gobernados como pautas de conducta obligatorias para el grupo social, así como poseen un aspecto interno.

El aspecto interno de la reglas, implica que los gobernados presentan una actitud crítica reflexiva en relación con estas; es decir; Las reglas son interiorizadas por lo gobernados, estos no solo las conocen y reconocen su funcionalidad, también adoptan una actitud crítica frente a la conducta desviada; al respecto el autor manifiesta lo siguiente:

Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conductas comunes, y que ellas se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.67

en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión características en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “el debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.¹⁷⁶

A partir de las deficiencias del sistema normativo de Austin, como la vinculación de la validez de las normas a la existencia del soberano; Hart determina que la permanencia del derecho se encuentra garantizada por un conjunto de normas, las cuales regulan la sucesión del soberano¹⁷⁷, al establecer procesos y criterios a observar; Asimismo, dichas disposiciones de carácter jurídico, son reconocidas y observadas por los gobernados; por ésta razón no se necesario generar un nuevo hábito de obediencia.

En lo tocante al poder ilimitado del soberano de Austin; Hart establece que dicha característica no constituye una regla general en las sociedades modernas, las cuales en su mayoría, tienen controles de la potestad legislativa en sus instrumentos constitucionales.

Cuando un grupo social en donde existe un legislador, el cual emite disposiciones jurídicas de carácter general observadas por un grupo social determinado, estamos ante la presencia de un sistemas jurídico.

A partir de lo anterior Hart, vislumbra un nuevo paradigma en el cual concibe dos clases de reglas, primarias y secundarias, las cuales en palabras del autor;

Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimientos o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.¹⁷⁸

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.72

¹⁷⁷ “Aun cuando concedamos que una persona, Tal como Rex, cuyas órdenes generales son habitualmente obedecidas, puede ser denominado legislador y sus órdenes llamadas derecho, los hábitos de obediencia a cada uno de los miembros de una sucesión de tales legisladores no basta para dar razón del derecho (right) de un sucesor a suceder, ni de la consiguiente continuidad de la potestad legislativa. Primero, porque los hábitos no son “normativos”; ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie, En segundo lugar, porque los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, a diferencia de las reglas aceptadas, referirse por igual a una clase de o línea de legisladores sucesivos futuros y al legislador actual, o hacer que la obediencia a aquéllos sea probable. Así, el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador no fundamenta el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido.” *Ibidem*, p.75

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 101

Las reglas primarias, en el caso de la teoría de Kelsen, se encuentran ligadas a una sanción, lo cual garantiza su observancia; Para Hart, la importancia que se le da a la presión social organizada, desdibuja la verdadera estructura del sistema jurídico. Los autores de dichas teorías adoptan un punto de vista externo solamente, sin tomar en cuenta el aspecto interno de las normas.

Los enunciados formulados por un observador a partir de un punto de vista externo¹⁷⁹, solo describen regularidades conductuales, las cuales consisten en aquellas conductas, consideradas como desagradables, a las que les corresponde una respuesta hostil por parte del grupo social, a través de la autoridad. Dentro de este esquema los tribunales son simples aplicadores de normas, y el resultado que le corresponde a la desviación, de acuerdo con los autores, es predecible.

De acuerdo con Hart, la función judicial no consiste en una aplicación mecánica de las normas y la composición del sistema jurídico va más allá de las reglas que establecen obligaciones. Para poder crear un nuevo paradigma es necesario partir del punto de vista interno; de la forma en la cual los miembros de una sociedad aceptan e interiorizan las reglas.

De acuerdo con Hart el derecho visto como un sistema integrado por reglas se compone por reglas primarias y reglas secundarias; la importancia de este último grupo de reglas y sus tipos, se explica, a partir de los problemas que presenta el “sistema normativo” de las sociedades primitivas o ágrafas; que son: falta de certeza, su carácter estático y la difusa presión social; cabe mencionar que a cada problema sistémico es solucionado mediante un tipo particular de regla secundaria; estos son, las reglas de reconocimiento, de cambio y adjudicación.

La regla de reconocimiento establece los criterios para identificar a las reglas primarias pertenecientes al sistema jurídico; toda vez que, en esta regla reside el

¹⁷⁹ “Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar el mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta y referirse así, desde afuera, a la manera en que ellos ven las reglas desde el punto de vista interno (...) Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las reprobaciones.” *Ibidem*, p. 111

germen sistémico del derecho, visto como un conjunto de reglas de carácter jurídico; dicha regla secundaria se caracteriza por no ser expresa, "...sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros."¹⁸⁰

En los estados moderno, la regla de reconocimiento prevén diferentes fuentes de derecho, así como, algunos criterios de solución de conflictos normativos, de ahí que la complejidad de la regla de reconocimiento radica es proporcional a la del sistema jurídico al cual se esté haciendo referencia.

La identificación de reglas a través de la regla de reconocimiento es propio del punto de vista interno; toda vez que implica la aceptación de la misma por parte del grupo social; de acuerdo con el autor en comento, esto se observa en la forma de expresión de los gobernados y sus autoridades, las cuales, no hacen referencia alguna a la regla de reconocimiento, solo establecen que la regla primaria a aplicar es derecho.

La validez de una regla, de acuerdo con Hart depende de que esta cumpla con los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento. Ahora bien, contrario a lo que estableció Kelsen, la validez de una regla, no se encuentra fatalmente vinculada a su eficacia. Sin embargo, es preciso abordar ambos conceptos en el pensamiento de Hart, el cual los concibe a partir del punto de vista externo e interno; lo cual les da una connotación diferente.

El enunciado interno que establece que una regla es válida, presupone la eficacia del sistema jurídico; En palabras del autor, "...una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en el contexto de la eficacia general."¹⁸¹

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 127

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 130

La regla de reconocimiento, dentro de la multiplicidad de sus criterios, establece uno como supremo¹⁸², este último, determina la pertenencia de una regla al sistema jurídico y su preponderancia respecto de otras normas identificadas mediante otros criterios; en otras palabras, aquellas identificadas mediante dicho criterio, no solo tienen el carácter de disposiciones jurídicas sino que, se anteponen a aquellas disposiciones, identificadas mediante criterios distintos al supremo, con las cuales entran en conflicto.

Asimismo, las reglas de reconocimiento tienen un carácter último; sin embargo, a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, esta es una regla de hecho; Ahora bien, la existencia de la regla secundaria en comento, se expresa a través de un enunciado externo, toda vez que, los gobernados y las autoridades, la tienen por sentada.¹⁸³

La regla de reconocimiento¹⁸⁴ a diferencia de las demás reglas que constituyen el sistema normativo, se caracteriza, por su carencia de validez, esto, no implica que sea inválida, simplemente esta solo es aceptada por las autoridades, y sus criterios de identificación son aplicados, esto en razón de que dicha regla es la fuente de validez del sistema. Es importante, mencionar la existencia de la regla de reconocimiento solo se formula a través de un enunciado externo.

No es posible comprender la existencia y funcionamiento de la regla de reconocimiento, si se concibe al sistema jurídico como un conjunto de reglas primarias y secundarias desligadas de sus usuarios; porque es la aceptación de dicha regla por parte de los gobernados, así como, la aplicación de los criterios de

¹⁸² "...es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo." *Ibidem*, p. 132

¹⁸³ "Si se pusiera en duda la verdad de esta presunción, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones." *Ibidem*, p. 135

¹⁸⁴ "La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho." *Ibidem*, p.137

identificación que esta establece, lo que comprueba su existencia y la del sistema jurídico en su totalidad; Por esta razón el derecho es un fenómeno social complejo.¹⁸⁵

Ahora bien, de acuerdo con Hart, la existencia de un sistema, depende de dos condiciones; la primera consiste en que los gobernados obedezcan las reglas primarias; y la segunda en que los funcionarios acepten y apliquen las reglas secundarias.¹⁸⁶

De acuerdo con Hart, las reglas que rigen el comportamiento de una sociedad, son transmitidas al grupo mediante dos recursos; la legislación y el precedente; las primeras, son la forma común de regular la conducta de los gobernados en los estados modernos, mientras que el precedente es un tanto impopular.

Para explicar, dicha diferencia, va servir como ante sale para explicar la textura abierta del derecho. En párrafos anteriores de hizo mención de que la teoría objeto de este análisis, se diferenciaba de las anteriores por su carácter analítico.

La legislación se caracteriza por la creación de normas, las cuales prevén una conducta general, la cual es aplicable a la mayoría de los casos de manera automática, sin embargo, dicha generalidad, tiene sus limitantes, esta es la zona de penumbra a la que el autor en comento llama textura abierta. Cuando un caso no es encasillable en el paradigma establecido en la norma; nos encontramos ante un caso difícil, el cual debe ser resuelto por el juzgador de manera discrecional.

El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente definidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas.¹⁸⁷

¹⁸⁵ “Pero precisamente porque un sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias, esta prueba no es todo lo que se necesita para describir las relaciones con el derecho implicadas en la existencia de un sistema jurídico. Ella debe ser complementada por una descripción de la relación relevante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios. Aquí lo crucial es que haya una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema.” *Ibidem*, p.143

¹⁸⁶ “ la afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios y la otra a la aceptación de las reglas secundarias como pautas y criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios.” *Ibidem*, p. 145

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.159

Las reglas expresadas de forma escrita¹⁸⁸ busca disminuir la incertidumbre; es decir, dar un centro inamovible que reduce la función interpretativa del aparato jurisdiccional a un mínimo; sin embargo, es imposible eliminarla, porque, los tipos descritos en la norma son generales, con el fin de abarcar el mayor número de conductas similares, dejando fuera aquellos casos poco claros. Es preciso mencionar que diversas teorías del derecho, como el positivismo jurídico de Kelsen, dan un carácter preponderante a la legislación, negando la existencia de esa textura abierta, con el fin de eliminar la discrecionalidad judicial.

La regla escrita, es instaurada con un propósito, cuando se presenta una conducta, la cual no cuadra en el tipo de manera obvia, se presenta también una colisión de propósitos, el ejemplo del parque que da el autor inglés es muy ilustrativo, se prohíben vehículos en el parque, la carriola es un vehículo, por lo tanto esta no debe transitar por el parque, el conflicto de propósito radica en, si la carriola como vehículo, perturba la paz del parque o no; en caso de que no sea un peligro, será una excepción a la regla general.

La generalidad de las reglas, permite que las autoridades encargadas de aplicarlas, tengan un margen de movilidad en la resolución del caso; a través de la implementación de estándares, estos últimos, se encuentran constituidos por una máxima y una mínima, en donde los casos comunes caen en la media. Sin embargo, existen casos difíciles que no se pueden ubicar fácilmente dentro del estándar; es aquí donde el juez, está facultado para aplicar “juicios comunes sobre lo que es razonable”¹⁸⁹; es decir, que realizan funciones materialmente legislativas.¹⁹⁰

¹⁸⁸ “...los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta (...), el lenguaje usado en ese contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (...); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección...” *Ibidem*, p.160

¹⁸⁹ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 164

¹⁹⁰ “...la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de la conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por lo funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias entre los intereses en conflicto cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello,

1.1.2.4. Ronald Dworkin

Ronald Dworkin es uno de los teóricos del derecho, de mayor envergadura, del siglo XX, no solo por su crítica al positivismo, sino por su revolucionaria concepción del derecho como integridad. Dentro de su amplia obra, se destacan, “El Imperio de la justicia”, “Los derechos en serio” y “Justicia para erizos”.

El objetivo del positivismo jurídico era alcanzar la “pureza”¹⁹¹ metódica, a través de aislar al objeto de estudio, de la ética y la política; reduciendo al fenómeno jurídico a una aplicación mecánica de un sistema de normas en sentido estricto. Esta visión reduccionista impide a los juristas apreciar en su totalidad al derecho; contrario a los positivistas Dworkin, lo concibe de forma integral como un fenómeno social complejo:

Por supuesto que el derecho es un fenómeno social. Pero su complejidad, su función y su consecuencia, todo depende de una característica especial de su estructura. La práctica legal, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa. Cada actor en la práctica que aquello que esta permite o requiere depende de la verdad de ciertas propuestas que tienen sentido sólo dentro de la práctica y por ella; la práctica consiste en gran parte en desplegar y argumentar sobre las propuestas.¹⁹²

Dworkin adopta la perspectiva del juzgador, (punto de vista interno), para explicar el funcionamiento de la práctica judicial, por esta razón, toma como referente cuatro casos judiciales¹⁹³, con el fin de explicar de forma didáctica, la forma en la cual los

la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación y guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que a diferencia de las aplicaciones de estándar variables, no exigen de aquellos una nueva valoración de caso a caso.” *Ibidem*, p. 168-169

¹⁹¹“En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y a teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la Teoría pura del derecho emprende la tarea de delimitar el conocimiento de derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.” KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., nota 32, p.15

¹⁹²DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2da. ed., Barcelona, Gedisa, 2012, p. 23

¹⁹³ Los casos: Elmer, Snail darter, McLoughlin y Brown

jueces estructuran sus razonamientos a partir de principios y estatutos, así como los obstáculos que enfrentan.

De acuerdo con el autor norteamericano, las prácticas sociales pueden ser interpretadas, sin embargo, de entre todos los tipos de interpretación, es la creativa la que mejor acomoda a la práctica jurídica;¹⁹⁴ porque esta no se enfoca en la intención del autor de la práctica, sino en la forma en la cual la presenta el intérprete; este último, la presentará de la mejor manera posible. Dworkin, al deslindar la interpretación de la práctica social de la intención del autor; hace una crítica al positivismo. Te convence de convertirte poeta

El proceso interpretativo de la práctica legal se divide en tres etapas:

- Etapa: preinterpretativa: aquí se identifican los elementos basales de la práctica social a interpretar.
- Etapa interpretativa: en esta se justifican los elementos fundamentales de la práctica con el fin de justificar la necesidad de la misma.
- Etapa posinterpretativa o reformadora: el intérprete a partir de su justificación debe de reformar la práctica existente; sin crear una nueva.¹⁹⁵

Ahora bien, el derecho es un concepto interpretativo, de ahí que el desacuerdo entre distintas teorías radica en la forma en la cual estas lo conciben¹⁹⁶, y no en las

¹⁹⁴ *Cfr.*, “La forma de interpretación que estudiamos, la interpretación de la práctica social, es como la interpretación artística en el siguiente sentido: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, en lugar de lo que las personas dicen, como en la interpretación de la conversación o los sucesos no creados por las personas, como en la interpretación científica. Sacaré provecho de dicha similitud entre la interpretación artística y la interpretación de la práctica social: denominaré a ambas formas como formas de interpretación “creativa” para distinguirlas de la interpretación científica y de la conversación.” DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, nota 192, p. 47,

¹⁹⁵ *Cfr.*, “En primer lugar, debe haber una etapa preinterpretativa donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica (...) Segundo, debe haber una etapa interpretativa donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. La justificación no necesita adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente, pero si lo suficiente para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva. (16) Por último, debe haber una práctica posinterpretativa o reformadora donde ajusta su sentido sobre que necesita “en realidad” la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa.” *Ibidem*, p. 58

¹⁹⁶ “Las teorías generales de derecho, al igual que las teorías legales de la cortesía y de justicia, deben ser abstractas porque su objetivo es interpretar el objetivo principal y la estructura de la práctica legal, y no una

características basales del mismo. En otras palabras, el desacuerdo es interpretativo y no conceptual, en palabras del autor:

Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el “sentido” (al propósito justificador, el objetivo o principio) de la práctica legal como un todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, por lo menos en detalle, de las de otros jueces.¹⁹⁷

Los desacuerdos interpretativos, no solo se dan en el ámbito académico, sino a nivel jurisdiccional, porque cada juez posee su propia teoría interpretativa de la práctica legal; la cual plasma al momento de emitir sus resoluciones. Es importante que los enfrentamientos que se dan entre teorías rivales, como las conservadoras y progresistas a nivel jurisdiccional propician la permanencia y evolución constante de la práctica legal.

Para Dworkin la práctica legal, contrario al pensamiento positivista, tiene por objetivo el regular y restringir el ejercicio de la fuerza del gobierno, a través de la justificación de la coerción, la cual se funda en decisiones políticas del pasado; acuerdo con el autor norteamericano, los debates teóricos del derecho respecto de la forma en la cual dichas decisiones políticas del pasado justifican la coerción actual; así como el papel que juega la moral en dicho proceso.

Las tres concepciones del derecho de Dworkin, son el convencionalismo, pragmatismo y el derecho como integridad; de acuerdo con el autor en comento, dicha clasificación se basa en la respuesta que estas concepciones dan a las siguientes cuestiones relacionadas con la justificación de la coerción:

Las concepciones de derecho mejoran la interpretación inicial, indiscutible, que según mi sugerencia, proporciona nuestro concepto de derecho. Cada concepción provee las respuestas relacionadas a las tres preguntas que plantea dicho concepto. Primero, ¿se justifica la supuesta relación entre derecho y coerción? ¿Tiene sentido exigir que se utilice la fuerza pública sólo en las formas que estén de acuerdo con los derechos y responsabilidades que “proviene” de decisiones políticas del pasado? Segundo, ¿si dicho sentido existe, cuál es? Tercero, ¿Qué interpretación de la palabra “proviene” (qué noción de consistencia con decisiones anteriores) es la mejor? La respuesta que da una concepción a esta tercera pregunta determina los derechos y responsabilidades legales concretos que reconoce.¹⁹⁸

parte en particular o uno de sus departamentos. Son interpretaciones constructivas debido a su grado de abstracción: tratan de mostrar la práctica legal en su mejor aspecto, para lograr el equilibrio entre la práctica legal tal como ellos la encuentran y la mejor justificación de dicha práctica.” *Ibidem*, p.74

¹⁹⁷ *Ibidem*, p.72

¹⁹⁸ *Ibidem*, p.76

El convencionalismo; de acuerdo con el autor, responde a las cuestiones antes planteadas, de la siguiente manera, si existe una relación entre derecho y la coerción, toda vez que el uso de la fuerza se justifica a través de la aplicación “predecible” de convenciones políticas del pasado, como la legislación y el precedente.

De acuerdo con Dworkin, el convencionalismo se funda en dos características fundamentales; Primero, el respeto y cumplimiento cabal de las convenciones políticas del pasado; y segundo, en el supuesto en el que no exista una ley o precedente aplicable al caso; el juez se encuentra facultado para resolver el asunto de manera discrecional.

Asimismo el autor en comento identifica dos tipos de convencionalismo; uno estricto y el otro moderado; estos difieren en la aplicación y alcance de la discrecionalidad de un juez al momento de resolver casos difíciles. En el caso del convencionalismo estricto exige una justificación para el ejercicio de la discrecionalidad; mientras que el convencionalismo moderado, solo requiere argumentar que existe una manera correcta de interpretar los ordenamientos existentes.¹⁹⁹ El convencionalismo moderado, de acuerdo con el autor es una forma primitiva de derecho como integridad.

Ahora bien, en una teoría de la adjudicación (aplicación del derecho) de corte convencionalista, el juez, ante un caso difícil, homologa al legislador, cuando crea una nueva convención política, la cual debe armonizar con el sistema en su totalidad, a esta limitante de la discrecionalidad y la función legislativa, Dworkin

¹⁹⁹ “El convencionalismo estricto debe de reclamar una deficiencia en la ley que requiere el ejercicio de una discreción judicial extralegal para hacer una nueva ley, cada vez que un estatuto se vago, ambiguo o cause problemas y no exista otra convención acerca de cómo debe ser interpretado. O bien cuando las dimensiones de una cadena de precedentes son inciertas y los abogados disienten sobre su fuerza. Sin embargo, un convencionalista moderado no necesita admitir ninguna deficiencia en dichos casos. Puede argumentar que existe una forma correcta, nada polémica, de interpretar las convenciones abstractas de legislación y el recedente de forma tal que pueden decidir cualquier caso que pueda presentarse (...) Luego sostiene estas propuestas para la extensión implícita de las convenciones legales, es decir, sostiene que son ley en su concepción y de esa forma niega cualquier deficiencia que pueda tener” *Ibidem*, p. 98

denomina como coherencia de estrategia; sin embargo el juez a diferencia del legislador ignora la coherencia de principio.

La coherencia de principio es una cuestión diferente. Requiere de varias normas que gobiernan el uso estatal de la coerción en contra sus ciudadanos sea coherente en el sentido de que expresen una visión simple y comprensiva de la justicia. Un juez cuyo objetivo sea la coherencia en principio se preocuparía al igual que los jueces de nuestros ejemplos, acerca de los principios que deben entenderse como que justifican estatutos y precedentes anteriores.²⁰⁰

El convencionalismo ofrece expectativas protegidas, es decir, un centro normativo “determinado”, que brinda certeza, no solo a las partes de un litigio, también a los ciudadanos, sin embargo esto no es suficiente; porque existen casos difíciles que van más allá de la imaginación del legislador, los cuales debe de resolver el juzgador, pero no al arbitrio de sus concepciones o buen juicio; sino a la luz de los principios; al no reconocer la existencia de estos últimos, el convencionalismo es derrotado.

El carácter escéptico del pragmatismo jurídico, responde de manera negativa a las dos primeras interrogantes planteadas por Dworkin; porque en palabras del autor “Halla la justificación necesaria para la coerción en la justicia, la eficiencia o cualquier otra virtud contemporánea de la decisión coercitiva misma...”²⁰¹ alentando a los jueces a decidir conforme sus concepciones propias.

El problema que encuentra Dworkin a la teoría en comento, radica en su concepción de los derechos de los ciudadanos; Un juez pragmático, pretende que los ciudadanos tienen derechos, pero sus fallos han de estar encaminados al mejoramiento de la comunidad, aun si esto implica mancillar los derechos individuales de los gobernados; porque, en palabras del autor;

Sostienen, sobre una base pragmática, que a veces los jueces deben de actuar como si las personas las personas tuvieran derechos legales, porque al actuar de este modo sirven mejor a la sociedad a largo plazo. El argumento para esta estrategia de “como si” es bastante claro: la civilización es imposible a menos que todos acepten que las decisiones de una persona o grupo bien definido establecen normas públicas que si es necesario serán puestas en vigor a través del poder de la policía (...) De modo que después de todo, el pragmatismo debe de ser una interpretación aceptable de nuestra práctica legal, si resulta que nuestros

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 103

²⁰¹ *Ibidem*, p. 115

jueces declaran que las personas tienen derechos legales sólo, o principalmente, cuando un juez pragmático cohibido pretende que sí los tiene. El pragmatismo podría ser mucho menos radical en la práctica de lo que parece ser en la teoría.²⁰²

Aunque la deficiencia en comentario se puede pasar por alto debido a la realidad de la práctica judicial; la corriente en comentario, también cae en el vicio de la discrecionalidad al momento de enfrentarse a los casos difíciles; por lo tanto de acuerdo con Dworkin, esta teoría no proporciona una correcta interpretación de la práctica judicial.

La concepción del derecho como integridad de Dworkin, es una interpretación más apropiada, porque, en vez de aislar al objeto y diseccionarlo en sus partes, lo ve como un ente funcional e interconectado con su entorno; del cual adopta, para su constitución y mejoramiento, elementos de naturaleza diversa, provenientes de la política y la ética, de esta manera el autor en comentario amplía el panorama sobre lo que es el derecho.

Ahora bien, la política como práctica, comparte con la política utópica una serie de principios, los cuales a su vez son adoptados por la práctica judicial, a estos Dworkin los denomina como virtudes de equidad, justicia, debido proceso legal e integridad.

En el ámbito político; la equidad incide en la constitución del gobierno, porque rige los procesos de distribución del poder político, por otro lado la justicia, es el eje rector de las decisiones institucionales; mientras que el debido proceso, consiste en el establecimiento de las instancias, así como los procedimientos idóneos para juzgar a los ciudadanos acusados de violentar los procesos políticos. Por lo que respecta a la integridad, esta le da unidad y sentido al sistema de principios; en palabras del autor:

La integridad se convierte en ideal político cuando requerimos lo mismo del estado o comunidad considerada como agente moral, cuando insistimos en que el Estado actúe en base de principios coherentes y únicos, aun cuando sus ciudadanos están divididos sobre cuales son en realidad los principios de justicia y equidad correctos (...) Si aceptamos la integridad como una virtud política bien definida además de la justicia y la equidad, tenemos un argumento general, no –estratégico para reconocer ese tipo de derechos. La integridad de la concepción de equidad en una comunidad requiere que los principios políticos necesarios para justificar la supuesta autoridad de la legislatura sean efectivos al decidir el significado de un estatuto que haya sancionado. La integridad de la concepción de justicia

²⁰² *Ibidem*, p. 117

de una comunidad requiere que los principios morales necesarios para justificar la sustancia de las decisiones de la legislatura sean reconocidos en el resto de la ley...²⁰³

Dworkin reconoce dos principios que devienen de la integridad, estos son la integridad de la legislatura y la integridad de la adjudicación²⁰⁴, este último principio incide de manera directa en la función judicial.

Para dar sentido a la integridad política, Dworkin constituye una ficción una personificación denominada comunidad, la cual reconoce los principios que constituyen la moralidad política; es necesario aclarar que esta entidad no es la totalidad de los ciudadanos que constituyen un Estado.

La tutela que ejerce el Estado sobre la comunidad política es legítima si “si su estructura y prácticas constitucionales son tales que los ciudadanos tienen la obligación de obedecer las decisiones políticas que implican la imposición de deberes sobre ellos.”²⁰⁵ La naturaleza de las obligaciones, a las cuales Dworkin hace alusión, no proviene de un pacto social, el consentimiento tácito, el deber de justicia o el juego limpio; sino de la propia dinámica de la práctica social.²⁰⁶

De acuerdo con Dworkin, los deberes y responsabilidades que imponen las obligaciones asociativas, solo pueden ser posibles si se presentan ciertas condiciones; tales como la reciprocidad, la cual es “una cuestión de aceptar un tipo de responsabilidad que necesita las ideas de integridad y de interpretación para del otro para ser explicada.”²⁰⁷ Esto quiere que las concepciones de los sujetos sobre los conceptos asociativos están sujetas a la crítica y a la interpretación por los

²⁰³ *Ibidem*, p. 125

²⁰⁴ “Tenemos dos principios de integridad política: un principio legislativo, que pide que los legisladores traten de que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral, y un principio adjudicativo, que instruye que se considere el derecho lo más coherente posible desde esa perspectiva” *Ibidem*, p.132

²⁰⁵ *Ibidem*, p.142

²⁰⁶ “La historia de la práctica social define a los grupos comunales a los cuales pertenecemos y las obligaciones que les corresponden. Define que es una familia, un vecindario, o un colega profesional y qué es lo que un miembro de estos grupos o poseedor de estos títulos les debe a los demás. Pero la práctica social no define grupos y obligaciones por mandato de ritual, ni a través de la extensión explícita de las convenciones, sino en una forma más compleja introducida por la actitud interpretativa. Los conceptos que utilizamos para describir a estos grupos y para apoyar o rechazar estas obligaciones son conceptos interpretativos.” *Ibidem*, p.145

²⁰⁷ *Ibidem*, p.147

receptores; dichas concepciones deben empatar en cierto grado con las propias para que surja la responsabilidad recíproca entre miembros.

Lo antes expuesto no es suficiente, para el autor en comento, para sustentar el concepto de obligaciones asociativas; es necesario también que los miembros sustenten las siguientes actitudes respecto de las obligaciones antes mencionadas:

1. Las obligaciones asociativas características o propias del grupo; el cual las considera especiales.
2. Las responsabilidades que surgen de las obligaciones asociativas son personales.
3. Los miembros consideran que las responsabilidades que imponen las obligaciones asociativas provienen de una más amplia, la cual es dictada por la fraternidad.
4. Las prácticas sociales deben procurar por igual a sus miembros.

Ahora bien; el hecho de que un grupo humano determinado cumpla con lo antes descrito no hace a sus prácticas esencialmente justas.

Anteriormente se establecieron los conceptos esenciales, así como los requisitos necesarios de la comunidad en general, esto con el fin de abordar el tema de la asociación política; Dworkin identifica tres modelos, el de facto, el de reglamento y el de principio; este último es esencial para poder explicar el derecho como integridad.

La comunidad de principio amplía el horizonte del sistema jurídico al reconocer los principios como entes normativos, además de las decisiones políticas del pasado, este tipo de comunidad, es dinámica, debido a su carácter interpretativo; al ser constantemente crítica, replantea los principios que la rigen, así como su visión de las virtudes políticas. Los integrantes de la comunidad reconocen las responsabilidades provenientes de las obligaciones asociativas de carácter político y aceptan integridad en todos sus sentidos y alcances.

La integridad como eje de la comunidad política se extiende a todos los ámbitos sociales; en el caso del principio legislativo, es entendida como coherencia, mientras que en la adjudicación, implica continuidad; al respecto Dworkin establece

El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por el mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad. Nuestra tercera concepción del derecho, nuestra tercera perspectiva acerca de qué derechos y deberes surgen de las decisiones políticas del pasado, se forma al volver a exponer esta instrucción como una tesis sobre los fundamentos del derecho. Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad.²⁰⁸

Para Dworkin, la coherencia que la integridad demanda de la práctica judicial respecto de la justificación de la coerción, no solo se realiza en base a las decisiones políticas del pasado, sino conforme a los principios que justifican estas últimas. La coherencia vertical, en la práctica judicial, consiste en la reinterpretación del material jurídico legislado y los precedentes a la luz de los principios, los cuales fungen como un hilo conductor que vincula y brinda coherencia al cumulo de precedentes

El proceso interpretativo para la elaboración de una decisión judicial debe ser como el de una “novela en cadena”²⁰⁹; es decir, los jueces son los autores; la novela a interpretar, la cual se constituye por las decisiones políticas pasadas; el resultado dicha interpretación es la adición de un nuevo capítulo, el cual es la decisión judicial a un caso difícil.

Ahora bien, este proceso, no es arbitrario, como la discrecionalidad judicial; es la construcción²¹⁰ de la solución a través de la interpretación del material normativo; la cual debe pasar por ciertos filtros de calidad, por decirlo de alguna manera,

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 164

²⁰⁹ “En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo, que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esa tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad.” *Ibidem*, p.167

²¹⁰ “Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden los casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad.” *Ibidem*, p. 183- 184

denominados por el autor como dimensión de importancia y dimensión de interpretación.

Para que una interpretación cumpla con la dimensión de concordancia debe de explicar los aspectos estructurales del texto a interpretar, de no ser así, el intérprete no solo rompería la cadena, también estaría creando una práctica diferente, lo cual infringiría el principio de coherencia; por otro lado, para satisfacer la dimensión de justificación el autor debe elegir la mejor interpretación posible.

El Juez Hércules, es un ser dotado de una inteligencia inconmensurable y tiempo ilimitado para emitir sus fallos, así mismo, es un modelo, una herramienta que utiliza Dworkin para explicar la interpretación legal, esta última, tiene como objetivo, presentar el objeto a interpretar de la mejor manera posible, lo cual no es una tarea intelectual sencilla, de acuerdo con el autor.

Ante un caso difícil, Hércules debe identificar, en un primer momento, las posibles interpretaciones aplicables al caso, después elimina aquellas que no se adaptan a las decisiones judiciales del pasado (porque romperían con la cadena)²¹¹. Un aspecto interesante del proceso interpretativo de Dworkin, es que, en vez de contraerse a lo específico, se expande hasta abarcar la práctica judicial en su conjunto; En palabras del autor, “El derecho como integridad requiere entonces que el juez verifique su interpretación de cualquier parte de la gran red de estructuras y decisiones políticas de la comunidad preguntándose si ésta podría formar parte de una teoría coherente que justificase toda esa red.”²¹²

Si las interpretaciones a elegir pasan los requisitos de la dimensión de concordancia antes expuestos; Hércules estará ante un caso difícil, entonces procederá a evaluar cuál de las restantes es la mejor interpretación en razón de los principios de moralidad política; En esta clase de casos el juez debe de tener una perspectiva abierta.

²¹¹ “El derecho como integridad requiere que los jueces asuman hasta donde sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas.” *Ibidem*, p.176

²¹² *Ibidem*, p. 177

Ningún juez mortal puede o debería de articular su teoría de trabajo instintiva o hacer esa teoría tan concreta y detallada que no fuera necesario pensar nada más en ningún caso. Debe considerar provisorio cualquier principio general o método práctico que haya seguido en el pasado y estar preparado para abandonarlo en favor de un análisis más sofisticado cuando la ocasión lo requiera. Estos serán los momentos de especial dificultad para cualquier juez, pedir nuevos juicios políticos que pueden ser difíciles de laborar. Sería absurdo suponer que siempre tendrá a la mano las convicciones de moralidad política necesarias para tales ocasiones. Los casos muy difíciles lo obligarán a desarrollar su concepción del derecho junto con la moralidad política en una forma que se apoyen mutuamente²¹³

La adjudicación se divide en tres departamentos bien definidos, casos de derecho consuetudinario, de estatutos y de dimensiones constitucionales.

Las resoluciones de los juzgadores que no interpretan de manera directa el estatuto, sino que acuden a un principio o a una costumbre jurídica determinada; para dar solución a una circunstancia atípica, son los casos de derecho consuetudinario; los cuales versan sobre un principio o práctica particular, conforman un bloque, que obedecen a una corriente académica determinada.

En los casos difíciles, existe un conflicto entre derechos abstractos, ante esta circunstancia el juzgador, no solo debe cumplir con la dimensión de concordancia, también adoptar una justificación de su interpretación, la cual debe obedecer las virtudes políticas de justicia y equidad. Es decir, que existen diferentes corrientes que ofrecen enfoques interpretativos diversos, la labor del juzgador es analizarlos y determinar, cual es la mejor interpretación en razón de la práctica social actual.

Ahora bien; la intención del legislador (teoría del significado del orador)²¹⁴, es uno de los vicios del positivismo jurídico al momento de interpretar un estatuto; Dworkin, abandona este enfoque y adopta el de la integridad; este presenta al estatuto (producto de un acontecimiento histórico) de la mejor manera; de esta manera, no solo busca nuestro juzgador, que la decisión a tomar sea una interpretación concordante con el sistema, sino una justificación del bagaje histórico que precede

²¹³ *Ibidem*, p. 183

²¹⁴ De acuerdo con el autor; “Desde el principio es consciente de una dificultad en dicha teoría, es bastante difícil descubrir las intenciones de amigos, colegas, adversarios y amantes. ¿Cómo espera descubrir las intenciones de personas extrañas en el pasado, que pueden estar muertas en el presente? ¿Cómo puede estar seguro de que había alguna intención útil que descubrir?” *Ibidem*, p. 226

al estatuto, así como su lugar actual, como proyección de las virtudes políticas. Al respecto el autor norteamericano establece que:

Para Hércules, la integridad y la equidad restringirán la justicia y sabiduría en distintas formas. La integridad le exige que construya, para cada estatuto que le pide que ponga en vigor, una justificación que se adapte y fluya a través del estatuto y de ser posible, sea coherente con otra legislación en vigor. Esto significa que debe de preguntarse qué combinación de principios y políticas con que asignaciones de relativa importancia cuando éstos compiten, llegan a proporcionar el mejor caso para aquello que las palabras simples del estatuto requieren. Como ahora Hércules está justificando un estatuto en lugar de un conjunto de precedentes del derecho consuetudinario, (...), debe considerar justificaciones de política, así como también de principio, y en algunos casos podría llegar a ser problemático qué forma de justificación sería la más apropiada.²¹⁵

El lugar de un estatuto así como su relevancia y significado evoluciona al compás de los movimientos históricos; Hércules, al interpretar un estatuto, debe verlo en su actualidad, por esta razón los debates y declaraciones de los funcionarios públicos entendidas como actos del Estado, así como los debates públicos²¹⁶ son indicios a valorar por el juzgador a la hora de emitir su fallo, el cual debe ser la mejor interpretación del estatuto.²¹⁷

De acuerdo con Dworkin, para Hércules la constitución²¹⁸ es un estatuto fundamental, este atributo obliga al juzgador interpretar la a partir de la moralidad política de la comunidad y la realidad histórica; y es aquí donde la dimensión de concordancia se ve disminuida y el juzgador debe darle un mayor peso a la dimensión sustantiva. Para explicar el proceder de Hércules; el autor

²¹⁵ *Ibidem*, p.239

²¹⁶ EL debate por la historia legislativa será nuevamente sensible al tiempo pero de una manera distinta. Ese debate es lo opuesto al debate por la equidad: ignora las convicciones particulares; se basa en declaraciones públicas formales que califica como declaraciones de la misma comunidad. Estas declaraciones no son sin embargo, parte del estatuto: son informes de propósito y convicción públicos y son por lo tanto vulnerables a una nueva evaluación." *Ibidem*, p.247

²¹⁷ "De modo que Hércules prestará cada vez menos atención a la historia legislativa original, y aquí, una vez más, su método contrasta con la teoría del significado del orador, que sólo se ocupa de las declaraciones contemporáneas a la sanción del estatuto. Hércules interpreta la historia en movimiento porque la historia que debe hacer y de la mejor manera posible es toda la historia a través de su decisión y más allá de ella." *Ibidem*, p. 247

²¹⁸ "La Constitución tiene una gran diferencia con los estatutos ordinarios. La constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento. Y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política" *Ibidem*, p. 266

norteamericano hace un análisis del caso Brown, el cual versa sobre a segregación racial en el ámbito educativo.

El juzgador, no solo debe resolver una cuestión de principios (derechos abstractos) al momento de interpretar la constitución, también se enfrenta a una cuestión de recurso, es decir, que debe además decidir cual, es el mecanismo idóneo para garantizar el derecho abstracto declarado.

CAPÍTULO II

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Al amparo del principio liberal y de la norma jurídica podían actuar y vivir las minorías. Democracia y ley, convivencia legal, eran sinónimos. Hoy asistimos al triunfo de la hiperdemocracia en que la masa actúa directamente sin ley, por medio de materiales presiones, imponiendo sus aspiraciones y sus gustos.²¹⁹

José Ortega y Gasset

El fin de la segunda guerra mundial, no sólo trajo consigo la caída de los grandes imperios coloniales, sino el surgimiento de nuevas naciones, así como la consolidación de dos superpotencias totalmente antagónicas, las cuales estaban destinadas a enfrentarse por el dominio ideológico y económico del mundo²²⁰. La guerra fría es producto de dicha colisión; por otro lado, no se sabe si este enfrentamiento silencioso comenzó en Yalta o en el bloqueo de Berlín de 1948; Al respecto algunos consideran que la razón de ser del conflicto fue esencialmente ideológico, sin embargo, otros como Kennan la concibió como algo inevitable, toda vez que “la única potencia rival de Rusia, a saber, los Estados Unidos, habría tenido que contener la presión rusa con una resistencia inflexible aunque Rusia no hubiese sido comunista.”²²¹, por lo tanto, la confrontación era inminente aun sin la mediación de sus respectivas ideologías.

La guerra fría, en los Estados Unidos de Norte América se caracterizó por la paranoia colectiva infundida por las elites en el poder, como una estrategia política

²¹⁹ ORTEGA Y GASSET, José, *La Rebelión de las masas*, 41va. ed., Madrid, Austral Ciencias y Humanidades, 2006, p.86

²²⁰ La contienda entre Estados Unidos de Norte América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas nunca fue del todo abierta, toda vez que a través de sus agencias de inteligencia, cada una de las potencias apoyaban las guerras civiles en los países tercermundistas con el fin de hacerse no solo de un aliado, sino para ampliar su zona de influencia económica e ideológica.

²²¹ HOBBSAWM, Eric, *Historia del Siglo XX*, 10ma ed. 2da reimpression, trad. de Juan Faci. Buenos Aires, Crítica, 2010, p. 237

para hacer presión en el Congreso esto con la finalidad de que se no solo autorizara el rearme y se liberaran los recursos económicos necesarios para implementar el “Plan Marshall”²²². Asimismo el montaje de la amenaza comunista justifico la creación del Consejo de Seguridad Nacional y la Agencia de Inteligencia Central de los Estados Unidos de Américas; al respecto Hobsbawm considera que:

La singularidad de la guerra fría estribaba en que, objetivamente hablando, no había ningún un peligro inminente de guerrera mundial. Más aún: pese a la retórica apocalíptica de ambos bandos, sobre todo del lado norteamericano, los gobiernos de ambas superpotencias aceptaron el reparto global de fuerzas establecido al final de la segunda guerra mundial, lo que suponía un equilibrio de poderes muy desigual pero indiscutido.²²³

Durante esta etapa, Alemania, como gran perdedora de la guerra fue sujeta a múltiples sanciones de carácter internacional, de las cuales, destaca la fragmentación de su territorio en cuatro zonas administrativas; sin embargo, en el devenir de los meses, Francia, Inglaterra y Estados Unidos unificaron sus zonas para hacer frente a la expansión soviética; es así como en 1947 se conformó la Bizonia y de esta manera surgió la República Federal Alemana y la República Democrática Alemana.

Al final de la guerra, los aliados no solo desmantelaron la industria alemana, al punto de dejar al país en un estado de miseria y con una deuda casi impagable; además, por su ubicación geopolítica se convirtió en una de las zonas de tensión entre los bloques, lo cual agravó su crisis económica y política, claro ejemplo es la edificación del muro de Berlín en agosto de 1961.

El régimen nazi, la segunda guerra mundial y la guerra fría, principalmente, fueron acontecimientos que definieron la vida y el carácter de Luhmann, asimismo, se encuentran presentes en su teoría.

²²² La recuperación económica de Europa solo podía ser posible, de acuerdo con Kennan, si se levantaba la economía alemana, por ésta razón el plan de recuperación económica de Europa requería incluir a Alemania, Ahora bien , éste plan no era un gesto de altruismo desinteresado de los americanos, porque la estabilidad económica europea implicaba estabilidad económica mundial, tal como lo afirmo el Secretario de estado Marshall en una conferencia en Harvart “Es lógico ... que los estados Unidos haga lo posible para ayudar en la recuperación de la salud económica en el mundo, porque sin esta no hay estabilidad política, ni es posible asegurar la paz.” La traducción es mía, *Cfr.*, SMITH, Joseph, *The Cold War, 1945-1991*, 2da. ed., Reino Unido, Blackwell , 1997, p.16

²²³ HOBBSAWM, Eric, *op. cit.*, nota 221, p. 230

Antes de terminar la guerra se veía con esperanza que en cuanto se suprimiera el aparato coercitivo de los nacional socialistas todo volvería por sí mismo al orden (...) después de 1945 quedé decepcionado. Pero ¿es esto en realidad importante? En todo caso mi experiencia con el régimen nazi no fue una vivencia que sugiera desde la moral, sino más bien la constatación de la arbitrariedad del poder, de las tácticas evasivas del pequeño ser humano. En esto puede ver usted que no tengo ninguna necesidad de desarrollar mi pensamiento a partir de una unidad, a no ser que yo supiera exactamente qué diferencia es necesaria para formular dicha unidad.

Luhmann cursa la carrera de derecho en la Universidad Friburgo durante el periodo de la reconstrucción de la República Federal Alemana. Al respecto comenta que sus estudios jurídicos fueron fundamentales para la consolidación de su pensamiento²²⁴, esto se comprueba en los diversos trabajos que el autor realizó en materia jurídica.

Ahora bien, la teoría de sistemas no es un acontecimiento aislado, ésta es producto de una serie de transformaciones, a raíz del colapso de la modernidad, a continuación se hará un breve bosquejos de dichas transformaciones.

2.1. Antecedentes de la Teoría de Sistemas

La vertiginosa transformación de las estructuras de poder a nivel mundial, que trajo consigo la guerra fría, no solo propicio el desarrollo tecnológico y armamentista, también el incremento y la diversificación de la pobreza a nivel mundial, en nombre del progreso, así como el surgimiento de nuevas dictaduras alrededor del mundo, las cuales fueron solapadas y auspiciadas por las superpotencias. Durante éste periodo de tensión mundial se fortaleció la postura estructuralista, que se había venido gestando desde el siglo pasado, misma que se erigió en contra del existencialismo, el historicismo, el subjetivismo, el humanismo y el empirismo; En otras palabras:

Los estructuralistas, en pocas palabras, han querido invertir la dirección de la marcha del saber sobre el hombre: han intentado despojar al sujeto...y sus proclamadas capacidades de libertad, autodeterminación, autotrascendencia y creatividad, completamente a favor de "estructuras" profundas e inconscientes que todo lo alcanzan y determinan, es decir

²²⁴ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, 3ra. reimpresión, México, Universidad Iberoamericana, 2009, p. 22

estructuras destructoras en relación con el yo. Esto con el fin de hacer científicas las “ciencias humanas”.²²⁵

El estructuralismo no es propiamente una corriente, sino una postura que abarca de manera transversal la mayor parte de las áreas del conocimiento. De acuerdo con esta postura, existen estructuras soterradas que determinan el actuar humano y social, razón por la cual, la libertad es solo una ilusión humanista.

Ahora bien, la postura en comento, atendiendo al grado de radicalidad, se identifican dos vertientes del estructuralismo, una moderada y otra radical.

2.1.1. Ferdinand Saussure

Los antecedentes del estructuralismo radical se remontan a los trabajos de lingüística de Ferdinand Saussure, estos aportaron un nuevo enfoque metodológico en el estudio de la lengua, cabe mencionar que su influencia trascendió al campo de la sociología y al de la antropología.

Saussure considera que, la capacidad del hombre de hacerse entender a través del lenguaje ha sido uno de los factores preponderante para el surgimiento de la cultura; En su “Curso de lingüística General”²²⁶, aborda el tema de la comunicación a partir de la descripción del circuito del habla, este último se encuentra constituido por tres fenómenos²²⁷ de naturaleza diferente:

- Psíquico: consistente en la identificación del concepto con la imagen acústica y/o viceversa.

²²⁵ REALE, Giovanni y ANTÍSERI, Darío, *Historia de la Filosofía*, Vol. VII, 2da. ed., trad. de Jorge Gómez, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2010, p. 139

²²⁶ Posterior a su muerte sus alumnos Charles Bally y Albert Sechehaye, con la colaboración de Albert Riedlinger, reunieron sus manuscritos, así como los apuntes de varios de sus alumnos que habían tomado en los tres cursos de lingüística general impartidos en la Universidad de Ginebra durante los periodos de 1906-1907, 1908-1909 y 1910-1911. *Cfr.*, DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de Lingüística General*, trad. de Mauro Armiño. Madrid, Ediciones Akal, S.A., 2000, pp.15-17

²²⁷ *Ibidem*, pp. 38-39

- Fisiológico: consistente en la articulación del sonido correspondiente a la imagen acústica a través de la boca y a la percepción de los sonidos a través del oído.
- Físico: consistente en las ondas sonoras que se propagan y se perciben a raíz de la acción fisiológica.

A partir de esta división, Saussure identifica que el lenguaje se encuentra constituido por dos sistemas interdependientes de naturaleza diversa, el habla y la lengua. De acuerdo el autor, el habla es “un acto individual de voluntad y de inteligencia”²²⁸, esta ejercita ciertos aspectos de la lengua para transmitir un mensaje. La lengua se constituye, se conserva y evoluciona a partir del ejercicio del habla, por esta razón, cuando una masa hablante deja de ejercitarla esta adquiere el carácter de muerta.

La lengua no solo es un conjunto de signos lingüísticos, sino la parte “social del lenguaje, exterior al individuo, que por sí solo no puede ni crearla ni modificarla; solo existe en virtud de una especie de contrato establecido entre los miembros de la comunidad.” Para Saussure la lengua es objeto de naturaleza concreta, porque sus componentes, no solo son abstracciones psíquicas, también son producto de las convenciones sociales que tiene su asiento en los cerebros de los miembros de la masa hablante; Ahora bien, los signos pueden ser expresados de manera verbal y escrita, lo cual hace posible la comunicación y por lo tanto la integración social.

La diferencia entre lengua y habla es una de las principales aportaciones de Saussure al estructuralismo, porque a partir de ésta se puede identificar la diferencia entre estructura y manifestación concreta.

Los seres humanos transmiten mensajes a través de tres tipos de señales²²⁹, índices, iconos y signos, dentro de esta última categoría se encuentran los signos lingüísticos, estos, a diferencia de otras señales, “no guardan otra relación con los

²²⁸ *Ibidem*, p. 40

²²⁹ “Una señal es un objeto material (A) cuya percepción nos informa acerca de otro objeto (x), sea material o conceptual” TUSÓN, Jesús, *Lingüística*, 4ta. ed., Barcelona, Barcanova, 1991, p. 9

objetos designados que la que proviene de un pacto implícito y convencional”²³⁰; Ahora bien, a la agrupación de signos lingüísticos se le denomina lengua.

De acuerdo con lo antes expuesto, la lengua es un sistema de signos lingüísticos²³¹, en donde la unidad por sí misma no puede ser entendida en su totalidad y alcance, si no es a partir de su relación con el todo, es decir:

las unidades lingüísticas o, más específicamente, los signos tiene valor prevalente en la medida en que están en relación orgánica con otros signos del mismo sistema; cada sistema a su vez, es explicable y comprensible solo si está referido a otros <systemas>; Todos los signos, así como todos los sistemas tienen valor en la medida en que constituyen una totalidad que sin violar la autonomía de los signo o sistemas singulares, a través de una autorregulación interna proporciona un sentido al todo y a las partes al mismo tiempo.²³²

De acuerdo con Saussure, los signos que constituyen, la lengua adquieren identidad en razón de la oposición y relación con los demás elementos sistémicos, es decir, que el significado y el alcance del signo dependen de su posición y relación con otros signos, a esto, en el ámbito lingüístico, se le denomina sentido. A partir de lo antes expuesto se concluye que el contexto determina el significado del signo; ejemplo, la palabra “contingente” puede significar, posibilidad o un grupo de soldados.

El signo lingüístico, es el resultado de la relación arbitraria existente entre el significante o concepto y el significado o imagen acústica; de acuerdo con Saussure, la inmutabilidad de la lengua deviene la arbitrariedad del signo lingüístico, este último, a través de los mecanismos de sociabilización, es impuesto a la masa hablante, la cual, es incapaz de modificarlo a voluntad.

Desde la postura de Saussure, la lengua puede ser catalogada como un sistema abierto, el cual, aunque se ve afectado, en cierta medida, por su entorno circundante, no pierde su identidad; de ahí que la inmutabilidad sea la resistencia

²³⁰ *Ibidem*, p. 21

²³¹ Un sistema está constituido por un conjunto de elementos relacionados entre sí. Dentro del sistema, un elemento tiene sentido por estar bien delimitado (diferenciado) con respecto de los otros elementos del propio sistema.” *Ibidem*, p. 13

²³² PUGLISI, Gianni, *¿Que es verdaderamente el estructuralismo?*, trad. Dolores Fonseca, Madrid, Doncel, 1972, p. 19

a los cambios estructurales, que en un momento dado amenazan con afectar el núcleo esencia o estructura basal de la lengua; por esta razón, el término inmutable, en el pensamiento de Saussure, no debe entenderse como estabilidad absoluta.

Al ser un sistema abierto, la lengua evoluciona conforme se va transformando su entorno social. Saussure denomina a este atributo mutabilidad. Es preciso enfatizar que toda transformación del sistema se da a partir de los cambios fonéticos o de sentido producto de su ejercicio (habla); es decir, que al interior del signo ha habido “un desplazamiento de la relación entre el significado y el significante.”²³³

Los sujetos que constituyen a la masa hablante no controlan a voluntad los cambios fonéticos o de sentido al interior de la lengua, sin embargo, estos últimos, son producto de los acontecimientos sociales que afectan a la masa hablante durante el paso del tiempo. En palabras del autor: “la lengua no es libre, porque el tiempo permitirá a las fuerzas sociales que se ejercen sobre ella desarrollar sus efectos, y se llega al principio de continuidad, que anula la libertad. Pero la continuidad implica necesariamente la alteración, el desplazamiento más o menos considerable de las relaciones.”²³⁴

A partir del carácter inmutable/mutable de la lengua, Saussure identificó la necesidad de dos tipos de lingüística, una tendiente a estudiar la lengua en movimiento (diacrónica) y otra en sus estructuras (sincrónica), ambos tipos de lingüística aunque se relacionan de manera asimétrica, no son del todo ajenos, toda vez que “puede darse un estudio sincrónico que prescindiera de los momentos diacrónicos, pero el estudio diacrónico se propone siempre como fin el análisis sincrónico, estructural y sistemático.”²³⁵

La lingüística diacrónica estudia cómo se van dando los cambios fonéticos y de sentido que afectan en lo particular a algún elemento lingüístico, es decir, que aborda la evolución de los elementos particulares en el devenir del tiempo, por ejemplo: en inglés antiguo *fōt* (pie) pasó a ser en inglés moderno *foot*. Por otro lado,

²³³ DE SAUSSURE, Ferdinand, *op. cit.*, nota 226, p. 113

²³⁴ *Ibidem*, p. 117

²³⁵ PUGLISI, Gianni, *op. cit.*, nota 232, p. 20

la lingüística sincrónica se ubica en una época determinada con la finalidad de descubrir las estructuras que rigen su funcionamiento.

2.1.2. Emile Durkheim

Los principios y el método lingüístico de Saussure trascendieron el campo de la lingüística para instaurarse en otros ámbitos de las humanidades, como la antropología, en donde Levi-Strauss, se erigió como el mayor exponente de la corriente estructuralista, aunque es preciso señalar que, este último, también se vio influenciado por Durkheim, precursor tanto del funcionalismo como de la vertiente moderada del estructuralismo, la cual postula que las “estructuras sociales se imponen y ejercen su poder sobre la capacidad de acción.”²³⁶

Hacer de la sociología una ciencia, dentro de los parámetros de positivismo, fue uno de los objetivos de la teoría de Durkheim²³⁷; en su libro, las reglas del método sociológico, no sólo sienta las bases metodológicas de la investigación sociológica, también identifica al hecho social como el objeto de estudio de la sociología.

Los seres humanos interiorizan²³⁸ una serie de normas, las cuales regulan su actuar diario, éstas van desde el idioma, hasta los medios cambiarios y formas de vestir. Durkheim considera que todos los aspectos de la vida social se encuentran regulados por los hechos sociales, a estos los define como “toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior, o bien: Que es general en el conjunto de una sociedad, conservando una existencia propia,

²³⁶ BAERT, Patrick, *La Teoría Social en el Siglo XX*, trad. de Jesús Cuellar Menezo, Madrid, Alianza, 2001, p. 21

²³⁷ Aunque es uno de los representantes del positivismo, su teoría sirvió como base para el funcionalismo y para estructuralismo moderado, asimismo influyo en ramas como la antropología.

²³⁸ “Cuando se miran los hechos tales como son y como siempre han sido, salta a los ojos que toda educación consiste en un esfuerzo continuo para imponer a los niños maneras de ver, de sentir y de obrar, a las cuales no habrían llegado espontáneamente. Desde los primeros momentos de su vida les obligamos a comer, a beber, a dormir en horas regulares, a la limpieza, al sosiego, a la obediencia; más tarde les hacemos fuerza para que tengan en cuenta a los demás, para que respeten los usos, conveniencias; los coaccionamos para que trabajen, etc. Si con el tiempo dejan de sentir ésta coacción, es que poco a poco origina hábitos y tendencias internas que la hacen inútil, pero que solo la remplaza porque deriva de ella” DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, 6ta. ed., trad. de Antonio Ferrer y Robert, Madrid, Ediciones Akal, S.A., 2001, p. 38

independiente de sus manifestaciones individuales.”²³⁹ Ahora bien, de acuerdo con ésta definición los hechos sociales son prácticas colectivas que se caracterizan por ser sociales, exteriores, generales y obligatorias.

El carácter social de los hechos objeto de estudio de la sociología radica en que son actos generales²⁴⁰, los cuales son reproducidos de manera reiterada por el grupo social, conformando de esta manera patrones colectivos, mismos que pueden ser representados de manera estadística. Los hechos sociales son exteriores, porque además de trascender la esfera individual de los sujetos, norman a estos últimos; En otras palabras, están “bien lejos de ser un producto de nuestra voluntad, la determinan desde fuera: son como moldes que contornean nuestras acciones. Muchas veces es tal esta necesidad, que no podemos escapar sus efectos.”²⁴¹

La obligatoriedad de los hechos sociales no devine de un consenso, sino de la imposición y la coerción²⁴² que estos ejercen sobre los individuos, tanto en su forma de pensar, de sentir y de actuar. De lo anterior se desprende que la obligatoriedad de los hechos sociales descansa en la coacción ejercitada por la sociedad, la cual puede ir desde el castigo corporal de carácter jurídico, hasta la reprobación o exclusión del grupo social; caso concreto, el dinero, visto como un hecho social, regula la forma en la cual los integrantes de las sociedades neoliberales adquieren bienes y servicios, de ahí que otro tipo de forma de intercambio es reprobada por el grueso de la sociedad, por ejemplo el trueque, el cual no se practica común en las grandes ciudades pero si en ciertas zonas rurales en las cuales no hay flujo de efectivo.

²³⁹ *Ibidem*, p. 44

²⁴⁰ De acuerdo con Durkheim la generalidad del hecho deviene de su carácter colectivo, es decir, “un fenómeno solo puede ser colectivo a condición de ser común a todos los miembros de la sociedad o, por lo menos, a la mayoría de ellos, y, por consiguiente, si es general. Sin duda, pero si es general, se debe a que es colectivo...” *Ibidem*, p. 40

²⁴¹ *Ibidem*, p. 56

²⁴² “La conciencia pública impide todo acto que la ofenda, por la vigilancia que ejerce sobre la conducta de los ciudadanos y las penas especiales de que dispone. En otros casos la coacción es menos violenta, pero existe. Si yo no me someto a las convenciones del mundo, si al vestirme no tengo en cuenta las costumbres seguidas en mi país y en mi clase, la risa que provocho, el aislamiento en el que se me tiene, producen, aunque de manera más atenuada, los mismos efectos que una pena propiamente tal.” *Ibidem*, p. 36

Lo largo de su existencia, los seres humanos, pasan por diversos procesos de socialización que lo van moldeando conforme a los estándares establecidos por los hechos sociales, esto con la finalidad de mantener la cohesión social a través de la reproducción constante de los mismos, la cual se da a través de la educación, al respecto Durkheim comenta que, “esta presión de todos los momentos que sufre el niño es la presión misma de medio social que tiende a moldearlo a su imagen y del cual los padres y los maestros no son más que los representantes y los intermediarios.”²⁴³ Ahora bien, su reproducción constata los hace tenaces al paso del tiempo y resistentes cualquier embate ideológico exterior, caso concreto el apartheid.

Desde antes del siglo XVI la sociedad británica ostento una postura racista respecto otros pueblos, éste hecho social perduró y se fortaleció a lo largo de la carrera colonial. A pesar de que la Gran Bretaña fue testigo de las atrocidades cometidas por el pueblo alemán durante la segunda guerra mundial, sus colonias conservaron los mismos patrones racistas de carácter colonial. El fortalecimiento del racismo en Sudáfrica durante los años 40 propicio la promulgación de leyes contrarias a la dignidad de las personas, por ejemplo la Ley de Prohibición de Matrimonios Mixtos N° 55 de 1949, éstas medidas implementadas por el gobierno Sudafricano fueron avaladas y respaldadas por la sociedad blanca, porque no eran contrarias a sus estatutos “morales”.

En caso antes expuesto, es posible identificar la tenacidad de los hechos sociales, toda vez que una postura moral (hecho social inmaterial) pudo provocar la constitución de todo un aparato político y jurídico (hecho social material) en caminado a la opresión de la población de color en Sudáfrica, se requirió de varios movimientos sociales para mitigar el racismo.

De acuerdo con Durkheim, el carácter científico del objeto de estudio de la sociología radica en su exterioridad, generalidad e independencia, toda vez que es una manifestación en el mundo material de una práctica colectiva obligatoria para

²⁴³ *Ibidem*, p. 39

el grueso de la sociedad, la cual se encuentra desvinculada de la voluntad de los sujetos individuales que la practican. En palabras del autor:

Es preciso considerar los fenómenos sociales en sí mismos, desligados de los sujetos conscientes que se los representan: es preciso estudiarlos objetivamente como cosas exteriores (...) En efecto, se reconoce principalmente una cosa, por el hecho de no poderse modificar por un acto de voluntad. No es que sea refractaria a toda modificación, pero para producirse un cambio no basta sólo el quererlo, sino que es preciso un esfuerzo más o menos laborioso, a causa de la resistencia que nos opone, y que, de otra parte, no puede vencerse en todos los casos²⁴⁴.

Algunos aspectos del hecho social los podemos apreciar en el concepto de estructura; Además, Durkheim hace que los estructuralistas centren su atención en las estructuras soterradas que definen y alienan a los individuos que integran la sociedad.

Pasando a otro tema, continuación se abordará el tema de la diferenciación social del trabajo, no porque se encuentre relacionado propiamente con los estructuralistas, sino porque Luhmann reconoce que es el primer sociólogo en introducir el principio de diferenciación a partir del trabajo.²⁴⁵ Para Durkheim la importancia de la diferenciación social a partir del trabajo radica en que, “No solo serviría para elevar el nivel de lujo de las sociedades, quizás deseable, pero superfluo; Esta sería una condición de su existencia. A través de ésta, o al menos particularmente a través de ésta, se aseguraría su cohesión; Sería los rasgos esenciales de su constitución.”²⁴⁶

Los seres humanos tienen dos tipos de conciencia, una individual y otra colectiva, ésta última está formada por “...la totalidad de las creencias y los sentimientos que los ciudadanos comunes de una misma sociedad tienen en común forman un sistema determinado que tiene vida propia.”²⁴⁷ Ahora bien, la solidaridad social²⁴⁸

²⁴⁴ *Ibidem*, pp. 55-56

²⁴⁵ *Cfr.*, IZUZQUIZA, Ignacio, *La sociedad sin hombres*, Barcelona, Antropos, 1990, p. 51

²⁴⁶ “It would serve not only to raise societies to luxury, desirable perhaps, but superfluous; it would be a condition of their existence. Through it, or at least particularly through it, their cohesion would be assured; it would be the essential traits of their constitution.” DURKHEIM, Emile, *The Division of Labor in Society*, trad. de George Simpson, Nueva York, The Free Press of Glencoe- Collier Macmillan, 1964, p. 63 (la traducción es mía)

²⁴⁷ “...the totality of the beliefs and sentiments common to average citizens of the same society forms a determinate system which has its own life.” *Ibidem*, p. 79 (la traducción es mía)

²⁴⁸ “The two representations become solidary because, being indistinct, totally or in part, they confound each other, and become no more than one, and they are solidary only in the measure which they confound

en general es un hecho social producto de la conciencia colectiva, la cual se manifiesta en las costumbres y en el derecho, éste último entendido como un sistema de normas jurídicas. Dependiendo del nivel de participación que tenga la conciencia colectiva en los individuos integrantes del ente social, la solidaridad puede ser mecánica u orgánica.

Una de las manifestaciones de la solidaridad mecánica es el derecho represivo, este se encarga de tipificar aquellos actos nocivos para la sociedad, asimismo, en las sociedades modernas en donde la venganza se encuentra institucionalizada, sanciona a los perpetradores de dichos actos criminales²⁴⁹ a través de los órganos jurisdiccionales. Para Durkheim, la venganza no es un acto irracional, el cual busca la satisfacción personal, sino un medio de defensa contra los actos que hieren los sentimientos sociales.

En una parte considerable de las sociedades actuales se encuentra institucionalizada la acción social dirigidas a castigar los crimines, sin embargo esto no sustituye la acción social directa, solo la mitiga en razón de su efectividad es decir; Si el sistema penal cumple con su fundición social, los episodios de acción social directa disminuyen y viceversa. Ahora bien, Durkheim considera que:

En cuanto al carácter social de esta reacción, proviene de la naturaleza social de los sentimientos ofendidos. Debido a que se encuentran en todas las conciencias, la infracción cometida suscita en aquellos que tienen evidencia de ello o que experimentan de su existencia la misma indignación. Todos se ven atacados; En consecuencia, todos se oponen al ataque. No solo la reacción es general, sino colectiva, que no es lo mismo. No se produce de forma aislada en cada uno, sino que con una totalidad y una unidad, sin embargo variable, según el caso..²⁵⁰

themselves." *Ibidem*, p. 62 (Las dos representaciones se vuelven solidarias porque, al ser indistintas, total o parcialmente, se confunden entre ellas y no se convierten en más de una, y son solidarias solo en la medida en que se confunden entre sí.) La traducción es mía

²⁴⁹"We began by establishing inductively that crime consisted essentially in an act contrary to strong and defined states of the common conscience. We have just seen that all the qualities of punishment ultimately derive from this nature of crime. That is because the rules that it sanctions express the most essential social likenesses." *Ibidem*, p. 105 (Comenzamos estableciendo inductivamente que el crimen consistía esencialmente en un acto contrario a los fuertes y definidos estados de la conciencia común. Acabamos de ver que todas las cualidades del castigo se derivan en última instancia de la naturaleza del crimen. Esto se debe a que las reglas que sancionan expresan las semejanzas sociales más esenciales.) La traducción es mía.

²⁵⁰"As for the social character of this reaction, it comes from the social nature of the offended sentiments. Because they are found in all the consciences, the infraction committed arouses in those who have evidence of it or who learn of its existence the same indignation. Everybody is attacked; consequently, everybody opposes the attacked. Not only is the reaction general, but it is collective, which is not the same thing. It is no

Un ejemplo claro, fue la violación tumultuaria que ocasiono la muerte de una joven estudiante de 23 años en la ciudad de nueva Deli, éste hecho no solo provocó descontento social al interior de la India y a nivel internacional, también propició diversas acciones a nivel legislativo y jurisdiccional por parte del gobierno hindú ante el aumento de casos de violaciones.²⁵¹ Ahora bien, la postura defensiva frente a la agresión une al grupo social, como un desastre natural o una guerra, engrosan y compactan los lazos solidarios, siendo la unidad un medio de defensa social.

Anteriormente se mencionó que la especialización de las funciones al interior del grupo social produce un cambio en el grado de influencia que ejerce conciencia común sobre el grupo social; es decir, a medida que las sociedades primitivas se van diferenciando a partir de la división del trabajo la conciencia colectiva se vuelve más difusa, propiciando un aumento en la conciencia individual; En palabras del autor

Sin embargo, esto no quiere decir, que la conciencia común esté amenazada con la desaparición total. Solo que, cada vez más, se convierte en una general e indeterminada forma de pensamiento y sentimiento, que deja un lugar abierto para una creciente multitud de diferencias individuales.²⁵²

Conforme la conciencia individual se va generalizando el derecho pasa de un estado netamente punitivo a uno mixto, en el cual el derecho privado, así como el administrativo toman preponderancia, este es uno de los rasgos característicos de las sociedades modernas según él autor.

Por lo tanto la división del trabajo, trae como consecuencia la diferenciación funcional dela sociedad, así como de la conciencia social y por último del derecho.

Aunque Saussure fue una gran influencia en el pensamiento de Levi-Strauss, no hay que perder de vista que Durkheim fue maestro de su gran mentor Marcel

produced isolatedly in each one, but with a totality and a unity, nevertheless variable, according to the case" *Ibidem*, p. 103 (La traducción es mía)

²⁵¹ Cfr., "Multitudinarias protestas en India por la violación de una joven de 23 años", Harmeet Shah Singh, Mallika Kapur y Laura Smith-Spark, CNN, 22 de diciembre 2012, <http://cnnespanol.cnn.com/2012/12/22/multitudinarias-protestas-en-india-por-caso-de-joven-violada/>, fecha de consulta 22 de mayo de 2014.

²⁵²"This is not to say, however, that the common conscience is threatened with total disappearance. Only, it more and more come to consist of a very general and very indeterminate ways of thinking and feeling, which leave an open place for a growing multitude of individual differences." *Ibidem*, p. 172 (La traducción es mía)

Mauss, junto con el cual instituyó las bases de la antropología social²⁵³. A continuación, se abordarán de manera somera algunos aspectos generales del pensamiento de Levi-Strauss.

2.1.3. Claude Lévi-Strauss

Uno de los logros de Levi-Strauss, el mayor exponente del estructuralismo, fue aplicar los principios del análisis lingüístico a la antropología. Los hechos sociales perceptibles por los observadores son solamente manifestaciones de las estructuras soterradas que rigen el comportamiento y constitución de los diversos tipos de sociedades.

Al igual que la lingüística estructural se esfuerza en establecer que existen universales a nivel profundo que yacen bajo la diversidad de las lenguas humanas, así también la antropología social estructuralista intenta descubrir universales a nivel profundo tras la diversidad de las culturas humanas²⁵⁴

La antropología estructural estudia aquellas estructuras soterradas compartidas por todos los pueblos y que alienan la conducta humana.

Ahora bien, uno de los problemas metodológicos de esta disciplina es el objeto de estudio, el cual es inobservable; por esta razón, el método científico es inaplicable. Ante la problemática antes mencionada, Levi Strauss opta por aplicar un método distinto al científico, siendo el método lingüístico el principal referente para la creación del análisis estructural, este permite al investigador develar las estructuras²⁵⁵.

²⁵³ Marcel Mauss, colaborador y sobrino de Durkheim, no solo enfocó el trabajo de este último al campo de la antropología, sino que subsana ciertas deficiencias que presentaba. *Cfr.*, LEVI-STRAUSS, Claude, *Antropología estructural*, 16va. reimpresión, trad. J. Almela, Distrito Federal, Siglo XXI, 2013, pp. 10-14

²⁵⁴ CULLER, Jonathan, ECO, Humberto, et. al., *Introducción al estructuralismo*, trad. Paloma Varela, Madrid, Alianza Editorial, 1973, p 65

²⁵⁵ La estructura "...es el contenido mismo, aprehendido en una organización lógica concebida como propiedad de lo real." LEVI-STRAUSS, Claude, *Antropología estructural*, *op. cit.*, nota 253, p. 113

El análisis estructural de Levi-Strauss se divide en tres etapas: “la observación de lo real, la construcción de los modelos²⁵⁶ y el análisis de su estructura.”²⁵⁷ En otras palabras, a partir de los datos empíricos recabados, cómo las relaciones sociales, se elaboran modelos “perfectamente determinados que están más allá o por encima de las diferentes combinaciones y que constituyen realidades mentales”²⁵⁸; dichos modelos nos permiten vislumbrar las estructuras.

De acuerdo con lo anterior, el trabajo de campo es fundamental para la antropología, éste consiste en el estudio de las sociedades o pueblos ágrafos,²⁵⁹ los cuales son un reducto del pasado, un lugar donde el tiempo primigenio se congeló, esto permite al antropólogo y al etnólogo trasladarse a una época enterrada por el progreso, pero presente en el subconsciente colectivo, de ahí que, la determinación de los pueblos no obedece a un acto de voluntad de carácter colectivo, sino a las estructuras gravadas en el espíritu humano²⁶⁰.

Para Levi-Strauss, los acontecimientos culturales conforman un sistema estructurado por tres subsistemas: economía, parentesco y lenguaje, los cuales se encuentran regulados por las relaciones de intercambio. El autor observa que así como, en el lenguaje los sujetos intercambian mensajes, en el ámbito del parentesco se intercambian mujeres, dicho intercambio parte de la prohibición del incesto; ésta regla se caracteriza por su doble naturaleza: social/natural; En palabras del autor:

Esta regla, que por serlo es social, es al mismo tiempo presocial en dos sentidos: en primer lugar por su universalidad, luego por el tipo de relaciones a las que impone su norma (...) la reglamentación de las relaciones entre los sexos constituye un desborde de la cultura en el

²⁵⁶ En el pensamiento de Levi-Strauss los modelos mentales “son una especie de realidades sui generis independientemente de la existencia efectiva de sociedades que las realicen, aun cuando sólo en tales sociedades los modelos resultan evidentes” PUGLISI, Gianni, *op. cit.*, nota 232, p. 105

²⁵⁷ MILLET, Louis, et, al., *El estructuralismo como método*, 2da. ed., Barcelona, Editorial LAIA, 1975, p. 42

²⁵⁸ PUGLISI, Gianni, *op. cit.*, nota 232, p. 102

²⁵⁹ Levi-Strauss considera que el pensamiento de los pueblos ágrafos, como él los llama, no es inferior al moderno, solo distinto, de ahí que no se debería utilizar el calificativo primitivo en sentido peyorativo. *Cfr.*, LEVI-STRAUSS, Claude, *Mito y significado*, trad. de Héctor Arruabarrena. Madrid, Alianza, 2002, pp. 37-43

²⁶⁰ “La única respuesta que sugiere este libro es que los mitos significan el espíritu que los elabora en medio del mundo del que forma parte él mismo. Así pueden simultáneamente ser engendrados los mitos mismos por el espíritu que los causa, y por los mitos una imagen del mundo inscrita ya en la arquitectura del espíritu” LEVI-STRAUSS, Claude, *Mitológicas, lo crudo y lo cocido*, trad. de Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 334

seno de la naturaleza, por su parte la vida sexual es, en el seno de la naturaleza, un indicio de la vida social.²⁶¹

Levi-Strauss en su búsqueda de las estructuras fundantes del vida social, no solo descubre una de las principales reglas universales, la prohibición del incesto, también llega a la conclusión de que la materia mítica es la clave para debelar aquellos códigos ancestrales que unen a todos pueblos, esto a través del análisis estructural. Los mitos se caracterizan por ser infinitos, no tienen un principio conocido y un final cierto; por ésta razón “el punto de partida del análisis debe inevitablemente elegirse al azar, puesto que los principios organizadores de la materia mítica están en ella y solo se revelan progresivamente. También es inevitable que el punto de llegada se imponga por su cuenta y de improviso...”²⁶²

Ahora bien, Los mitos, no son una clase de relatos fantásticos de los pueblos primitivos, sino narraciones simbólicas, las cuales solo pueden ser interpretadas a partir de la misma materia mítica; El símbolo, de acuerdo con Mardones, “se presenta como algo vago, umbroso, oculto o de perfil difuso.”²⁶³ Los seres humanos a lo largo de la historia han visto en lo simbólico un recurso fundamental para la constitución y cohesión de lo social, porque los símbolos le dan identidad y sentido al grupo.

Los mitos, vistos como narraciones simbólicas²⁶⁴, de acuerdo con J. Campbell, cumplen con las siguientes funciones sociológicas: a) da sentido al mundo circundante, b) legitima el comportamiento humano, así como sus costumbres e instituciones, c) da certidumbre al ser humano frente a lo desconocido, y d) es la verbalización del mundo.²⁶⁵

El mito no solo es la verbalización de lo desconocido, sino “la forma de hacer que el hombre le pierda el miedo a la realidad y se sienta más solidario con el mundo es

²⁶¹ LEVI-STRAUSS, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, 2da. reimpresión, trad. De Marie Therèse Cevasco. Barcelona, PAIDOS, 1988, p 45

²⁶² LEVI-STRAUSS, Claude, *Mitológicas, lo crudo y lo cocido*, op. cit., nota 260, p. 13

²⁶³ MARDONES, José M., *El retorno del mito, La racionalidad mito-simbólica*, Madrid, Editorial Síntesis, 2000, p. 29

²⁶⁴ La materia mitológica constituye un lenguaje de segundo orden, el cual requiere de un código de tercer orden para ser interpretado, dicho código se encuentra en la misma materia mitológica.

²⁶⁵ Cfr., MARDONES, José M., op. cit., nota 263, pp. 48-50

verbalizando este mismo mundo. El mundo deviene significativo: se hace decible, accesible y aprehensible.”²⁶⁶ De acuerdo con lo antes expuesto, el mito es lenguaje mediante el cual, el mundo es verbalizado, lo indecible se vuelve decible a través de una figura oscura, ésta última solo puede ser interpretada a partir de otros mitos. Levi-Strauss establece que la estructura de los mitos “permite ver en él una matriz de significaciones dispuestas en líneas y en columnas, pero en donde, se lea como se lea, cada plano remite siempre a otro. Del mismo modo cada matriz de significaciones remite a otra y cada mito a otros mitos.”²⁶⁷ Por lo tanto, independientemente de la época, el lugar y el pueblo, los mitos se encuentran estructuralmente entrelazados.

Por último, el mito es una expresión del inconsciente colectivo, en la cual se depositan las experiencias sociales significativas; estas se encuentran ocultas bajo la forma de los símbolos que constituyen al mito. Al respecto Levi-Strauss en “lo crudo y lo cocido” establece lo siguiente “...no pretendemos mostrar cómo piensan los hombres en los mitos, sino cómo los mitos se piensan en los hombres, sin que ellos lo noten.”²⁶⁸ De ahí que la materia mítica y las estructuras que esconde pertenezcan al ámbito del inconsciente colectivo.

2.1.4. Bronislaw Malinowski

A la par del estructuralismo, se desarrolló una postura antagónica dentro del campo de la antropología contemporánea. El funcionalismo antropológico tuvo cierta influencia en el pensamiento de Talcott Parsons y Niklas Luhmann.

Bronislaw Malinowski²⁶⁹ revolucionó el campo de la antropología al sistematizar el trabajo de campo a través del método funcional; por ésta razón es considerado como el fundador de la corriente funcionalista, la cual, también tuvo cierto grado de

²⁶⁶ MARDONES, José M., *op. cit.*, nota 263, p. 50

²⁶⁷ LEVI-STRAUSS, Claude, *Mitológicas, lo crudo y lo cocido*, *op. cit.*, nota 260, p. 334

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 21

²⁶⁹ *Cfr.*, MALINOWSKI, Bronislaw, *Una teoría científica de la cultura*, trad. de A. R. Cortaza, Barcelona, Editora y Distribuidora Hispano Americana S.A. (EDHASA), 1981, p. 24

influencia en el campo de la sociología. Es preciso puntualizar que en su obra se puede percibir cierta la influencia del pensamiento de Émile Durkheim.

Antes del funcionalismo, los antropólogos solamente trabajaban con los datos y los utensilios recolectados por los colonizadores por esta razón los resultados de sus investigaciones distaban de la realidad. Ahora bien la importancia de los trabajos de Malinowski radica en la aplicación del método funcional al trabajo de campo de todo antropólogo; el cual, de acuerdo con dicho método, debe de observar al instrumento, costumbre, norma, rito, entre otros, dentro su contexto, lo anterior le permite determinar la función económica, así como la necesidad que debe de satisfacer al interior de la comunidad, por esta razón, nada puede ser interpretado fuera de su contexto cultural, en palabras del autor; “El punto de vista funcional nos permite determinar el contenido práctico del símbolo y probar que en la realidad cultural una palabra o cualquier otro acto simbólico cobra existencia solo a través del efecto que produce.”²⁷⁰

Ahora bien, para Bronislaw Malinowski, “el aspecto científico de todo trabajo antropológico reside en la teoría de la cultura, con referencia al método de observación de campo y al significado de la cultura como proceso y como resultado.”²⁷¹ Malinowski define a la cultura en un primer momento y de manera general como “el conjunto integral, constituido por los utensilios y bienes de los consumidores, por el cuerpo de normas que rigen diversos grupos sociales, por las ideas, las artesanías, creencias y costumbres.”²⁷² Posteriormente el mismo autor la definirá como “un compuesto integral de instituciones en parte autónomas y en parte coordinadas.”²⁷³

En el pensamiento de Malinowski, la cultura, vista como un todo sistémico, se encuentra constituida por diversos subsistemas simbólicos encausados a la satisfacción y generación de necesidades, este engloba todos los aspectos de la existencia ser humano, desarraigándolo completamente de la naturaleza.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 30

²⁷¹ *Ibidem*, p. 11

²⁷² *Ibidem*, p. 42

²⁷³ *Ibidem*, p. 46

De acuerdo con lo antes expuesto, el ser humano, como colectividad, creó un sistema artificial para satisfacer las necesidades primarias o esenciales, sin embargo, este último, a su vez genera necesidades contingentes, que imponen al ser humano un determinismo de carácter secundario, constituido por dos tipos de imperativos: a) instrumentales, los cuales son producto de la actividad económica, política, jurídica y pedagógica, y b) integrativos: estos devienen del conocimiento, religión y magia. A partir de los imperativos antes mencionados, Malinowski plantea dos axiomas:

...primero, que toda cultura debe satisfacer el sistema biológico de necesidades (...) El segundo axioma de la ciencia de la cultura es que toda manifestación que implique el uso de utensilios materiales y la realización de actos simbólicos, presupone, al mismo tiempo, que se ha dado importancia a un rasgo de la anatomía humana y que hay una referencia directa o indirecta, a la satisfacción de una necesidad corporal.²⁷⁴

La teoría de las necesidades Malinowski define a la función como “...la satisfacción de necesidades por medio de una actividad en la cual los seres humanos cooperan, usan utensilios y consumen mercancías.”²⁷⁵

De acuerdo con lo antes expuesto, todo elemento o estructura perteneciente al sistema “cultura” sólo puede ser explicada o entendida en razón de la función que desempeña, la cual corresponde al tipo de organización del grupo social.

El método funcional permite el estudio de los hechos culturales en cuanto su función al interior del sistema, por ésta razón dicho método no solo se circunscribe a los hechos culturales acaecidos en pueblos ágrafos, también comprende los de las metrópolis urbanas; toda vez que un ritual de fertilidad y la especulación bancaria tienen la función de satisfacer una necesidad biológica, psicológica o social al interior del grupo humano.

Es preciso señalar que Malinowski parte del supuesto de que los grupos humanos se organizan forzosamente para poder satisfacer sus necesidades, de ahí que la cultura sea un medio necesario para cumplir con dicho fin. El autor considera que la

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 181

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 45

organización "...implica un esquema o estructura muy definidos, cuyos principales factores son universales en tanto que son aplicables a todos los grupos organizados, los cuales a su turno, en su forma típica, son también universales en toda la extensión del género humano."²⁷⁶ A estos principios comunes les denomina instituciones.

Las instituciones son tipos de organización que norman a los grupos humanos, principalmente en el ámbito reproductivo²⁷⁷, sin embargo, conforme aumenta la población, se diversifican las necesidades y las funciones, las instituciones no solo se vuelven más complejas, produciendo nuevos niveles institucionales.

Por último, el método funcional, le proporciona al antropólogo directrices específicas para analizar de forma holística e integral al sistema cultural, al respecto Audrey I. Richard, comentando la obra de Malinowski señala que

la explicación de los hechos antropológicos no se encuentra sólo en el papel de cada uno de ellos desempeña en el sistema integral de la cultura, sino también en la manera en que están relacionados los unos con los otros dentro del sistema, así como en la forma en que el sistema está relacionado con su entorno físico.²⁷⁸

Algunos autores como Talcott Parsons consideran que Malinowski tuvo la posibilidad de desarrollar una teoría de los sistemas sociales,:

Hemos visto así que en dos ocasiones Malinowski dejó pasar la oportunidad de tomar un camino que le habría conducido directamente a una teoría de los sistemas sociales. La primera vez, al no seguir aquella clasificación de sentido común de las instituciones como elementos de la estructura social y la segunda, cuando, al exponer la idea de que la cultura es un ambiente de la conducta, no subraya la importancia de los fenómenos de interacción social, sino que los deja inmersos en el concepto biológico general de entorno.²⁷⁹

A pesar de eso, Talcott Parsons reconoce que en lo referente a su clasificación de imperativos culturales y sus respectivas respuestas, no solo coincide con algunos estudios sociológicos, sino que también, podrían haber sido el punto de partida para

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 45

²⁷⁷ Ejemplos de este tipo de normatividad encontramos la prohibición del incesto y la exogamia.

²⁷⁸ FIRTH, Raymond, et. al., *Hombre y Cultura, La obra de Bronislaw Malinowski*, 2da.ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1981, p. 23

²⁷⁹ FIRTH, Raymond, et. al., *op. cit.*, nota 278, p. 73

un análisis de los sistemas sociales.²⁸⁰No se puede negar que la obra de Malinowski trascendió el ámbito de la antropología al de la sociología.

2.1.5. A.R. Radcliffe –Brown

Párrafos anteriores, se mencionó que el funcionalismo tiene sus antecedentes en el pensamiento de Durkheim, su influencia no es sólo palpable en el pensamiento de Malinowski, sino que es remarcable en la antropología social²⁸¹ de A.R. Radcliffe – Brown, este introduce al campo antropológico un enfoque sociológico.

Con el fin de atribuirle el carácter de ciencia autónoma a la antropología social, Radcliffe- Brown, en un primer momento trata de diferenciarla de los estudios de la cultura, de la etnología y la psicología, en ésta última hace un especial énfasis, toda vez que puede haber un margen de confusión en cuanto al enfoque utilizado respecto del comportamiento humano toda vez que la psicología solo se enfoca en el comportamiento individual de los sujetos, y antropología social estudia todo el proceso en su conjunto; En palabras del autor.

Así pues, podemos enunciar la distinción entre psicología y antropología social algo toscamente diciendo que la primera trata del comportamiento individual en su relación con el individuo; mientras que la segunda trata del comportamiento de los grupos o de las comunidades individuales, formadas por individuos, en su relación con el grupo. Es absolutamente cierto que el comportamiento colectivo abarca las acciones de los individuos.²⁸²

De acuerdo con el autor, la antropología social vista como una disciplina inductiva, utiliza específicamente el método funcional desde una perspectiva inductiva, con el fin de elaborar leyes fundamentales aplicables a diversos ámbitos de la vida social, ya sea la religión, el ritual, la institución, las creencias, las costumbres, entre otros, a partir de hechos reales y observaciones autenticadas de los mismos.

²⁸⁰ Cfr., *Ibidem*, p. 77-78

²⁸¹ El autor define a la antropología social como “la investigación de la naturaleza de la sociedad humana mediante la comparación sistemática de sociedades de tipos diferentes, con atención especial a las formas más simples- de la sociedad de los pueblos primitivos, salvajes o pre-alfabetos” RADCLIFFE-BROWN, A.R., *El método de la antropología social*, trad. de Carlos Manzano, Barcelona, Anagrama, 1958, p. 149

²⁸² *Ibidem*, p. 38

Radcliffe-Brown, al igual que Malinowski, parte del supuesto de que la cultura es un sistema estructurado constituido por elementos que desempeñan funciones específicas en razón de ciertas leyes fisiológicas o funcionales del sistema. Ahora bien, “el objetivo del método funcional es descubrir dichas leyes generales y, gracias a ello, explicar cualquier elemento de una cultura por referencia a las leyes descubiertas.”²⁸³

A partir de la introducción de dos conceptos fundamentales del método lingüístico de Ferdinand Saussure, diacrónico/sincrónico, Radcliffe-Brown explica, desde un punto de vista sincrónico, el término de estructura social, ésta consistente en “la distribución de las personas unas en relación con las otras”²⁸⁴ al interior del ente social. Ejemplo: de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas.²⁸⁵

De acuerdo con el artículo constitucional la población mexicana, en un primer momento, se encuentra constituida por indígenas y no indígenas; de acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2010 practicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (INEGI), en los Estados Unidos Mexicanos “viven 6 695 228 personas de 5 años y más que hablan una lengua indígena, este número significa el 6.8% del total de la población en estas edades”²⁸⁶, asimismo, los estados con mayor población indígena son: Veracruz, Oaxaca, Chiapas, Yucatán y Puebla; mientras que Coahuila, Zacatecas, Aguas Calientes y Colima poseen una población indígena menor²⁸⁷. Por lo que se refiere a las comunidades indígenas, su

²⁸³ *Ibidem*, p. 61

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 183

²⁸⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 110 (fecha de consulta: 18 de enero de 2014 a las 10:05)

²⁸⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Principales resultados del censo de población y vivienda 2010, http://www.inegi.gob.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/principales_resultadosl.pdf, fecha de consulta: 5 de mayo de 2014 a las 19:00 horas.

²⁸⁷ *Cfr.*, *Ibidem*

organización social varía entre etnias, algunos como los tzotziles, no solo se constituyen en familias sino también linajes.

Ahora bien, los diferentes tipos de relaciones al interior del grupo social dependen de la forma en la cual se distribuyen sus miembros; para Radcliffe –Brown las relaciones producto de la distribución social son “diádicas, de persona a persona”²⁸⁸, por ejemplo: esclavo- amo, ciervo- señor, padre- hijo, herma-hermano, etc.

Por otro lado el término organización social se refiere a “la distribución de las actividades de dos o más personas que se amoldan para componer una actividad combinada”²⁸⁹ dentro de la cual cada miembro realiza una función específica; esto lo podemos observar en cualquier órgano de gobierno, por ejemplo: un juzgado consta de un Juez, secretarios de acuerdos, actuarios , secretarias, notificadores, personal de archivo, entre otros; ahora bien, cada una de estas personas realiza una función específica que en su conjunto cumplen con la finalidad del organismo, la cual en éste caso es la de impartir justicia.

Los diversos tipos de relaciones que constituyen el entramado de la estructura social norman el actuar de los miembros a través de la imposición de reglas o normas de conducta, las cuales pueden ser de diversos tipos y grados. A éste tipo de prescripciones, Radcliffe-Brown las denomina instituciones, lo cual no dista de la definición de Malinowski.

Por último, para Radcliffe-Brown, desde un punto de vista diacrónico, la continuidad de la estructura social radica en la conservación de los roles y las relaciones institucionalizadas que alienan a los miembros de la sociedad; éste tipo de continuidad es de carácter dinámico, porque “es un proceso en que la materia de que se compone el organismo está cambiando continuamente, mientras que la forma sigue siendo la misma (...) la materia la componen los seres humanos, y la forma la conexión de éstos mediante relaciones institucionales.”²⁹⁰

²⁸⁸ RADCLIFFE-BROWN, A.R., *op. cit.*, nota 282, p. 184

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 184

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 191

Aunque, Radcliffe- Brown le otorga a las acciones sociales un lugar preponderante respecto de las instituciones, estas últimas son un elemento fundamental en la conservación y evolución de la estructura social, de ahí que “son las instituciones las que se encargan de hacer continua esa pervivencia de la estructura. Las instituciones premian o sancionan las conductas apropiadas o indeseables de las unidades o grupos sociales. Por lo tanto, las relaciones sociales son la vida misma del todo social.”²⁹¹

2.1.6. Talcott Parsons

A pesar de que el pensamiento funcionalista de Malinowski y Radcliffe Brown revolucionó el campo de la antropología, este no pudo explicar el origen del orden social; al respecto Luhmann manifiesta que “de allí no se podía derivar una teoría que resolviera con satisfacción cómo era posible el orden social, ni tampoco se podía con ella llegar a distinguir con nitidez un sistema social de fenómenos meramente psíquicos o biológicos.”²⁹²

Ante dichas deficiencias que presentaba el funcionalismo como marco teórico y metodológico aplicado al campo de la sociología, Talcott Parsons se vio en la necesidad de diseñar una teoría capaz diferenciar al sistema social respecto de otros sistemas, así como de explicar su funcionamiento.

Para Parsons el sistema social, solo puede ser entendido dentro del marco referencial de la acción²⁹³, esta última consiste en solo aquellos actos humanos que

²⁹¹CUEVAS LADERO, Elisa Guadalupe, *Orígenes del estructural funcionalismo: Spencer, Malinowski y Radcliffe Brown*, 2da ed., Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 58

²⁹²Cfr., LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, op. cit.*, nota 224, 2009, p. 32

²⁹³ Para Talcott Parsons la acción “es un proceso en el sistema actor-situación que tiene significación motivacional para el actor individual o, en el caso de una colectividad, para sus componente individuales.” PARSONS, Talcott, *El sistema social*, <http://investigacion.politicas.unam.mx/teoriasociologicaparatodos/pdf/Enfoque/Parsons%20-%20El%20sistema%20social.pdf> (Fecha de consulta 4 de febrero a las 16:45 horas)

se encuentran orientados a una situación, la cual se encuentra constituida por todos aquellos objetos de orientación, estos últimos se clasifican en:

- Sociales: el actor que toma como punto de referencia a él mismo (ego), a otro actor (alter) o a la comunidad.
- Físicos: son objetos inmateriales mediante los cuales el actor realiza la acción; en otras palabras son los medios o condiciones necesarias para la realización de la acción.
- Culturales: son los elementos simbólicos considerados por el actor como objetos de la situación.

Ahora bien, la acción se encuentra comprendida dentro de un sistema acción-situación, el cual alberga un significado motivacional, porque la orientación del sujeto se encuentra encaminada a la obtención de una gratificación o el evitar una sanción. Los elementos de la acción se encuentran organizados en razón de un sistema de expectativas, de ahí que la solución dada por el actor a una situación determinada no sea dentro de un esquema estímulo respuesta, sino algo más complejo.

La expectativa se estructura a partir de las necesidades del actor, las posibilidades de gratificación o la evasión de una sanción, así como, los diversos cursos de acción que puede emprender el ego, esto cuando nos encontramos ante objetos de carácter físico y cultural, porque en el caso de los objetos sociales se añade el elemento consistente en la posible reacción del alter.

Los objetos simbólicos son importantes para la estructuración de las expectativas, toda vez que no solo adquieren significado para el ego, sino que son esenciales para el proceso comunicativo y relacional en el cual el sujeto se desenvuelve, por ésta razón son fundamentales para la existencia del sistema social, este último de acuerdo con Parsons es:

...una pluralidad de actores individuales que interactúan entre sí en una situación que tienen, al menos, un aspecto físico o de medio ambiente, actores motivados por una tendencia a

obtener un óptimo de gratificación y cuyas relaciones con sus situaciones (...) están medidas y definidas por un sistema de símbolos culturalmente estructurados y compartidos.²⁹⁴

La existencia del sistema social está ligada a los sistemas de la personalidad y la cultura, asimismo estos se encuentran comprendidos dentro del sistema general de la acción de forma diferenciada, de ahí que ninguno se encuentre comprendido o subordinado a otro elemento, es decir, “cada uno de estos tres sistemas tiene que ser considerado como un foco independiente de la organización de los elementos del sistema de la acción, en el sentido de que ninguno de ellos es teóricamente reducible a los términos de ninguno de los otros dos, ni a una combinación de ellos.”²⁹⁵

La acción del individuo presenta dos aspectos primarios, por un lado se encuentra la gratificación, ésta consiste en aquello que el sujeto busca obtener de su relación con el mundo de los objetos, por otro lado, la orientación es la forma en la cual se estructura dicha relación. Ahora bien, la orientación se ubica dentro del binomio actor-situación en el ámbito de sujeto, el cual para tomar un curso de acción deber realizar de manera conjunta y ordenada tres operaciones o tipos de orientaciones, estas son:

- Catética: la significación de la relación entre la cosa (gratificación) y el sujeto.
- Cognitiva: es la definición de los aspectos relevantes o significativos de la situación en relación con los intereses del actor.
- Evaluativa: es la operación consistente en la elección de las alternativas reales y viables para la satisfacción de la necesidad de gratificación.

La expectativa se estructura a partir de los objetos que constituyen la situación y las orientaciones motivacionales del sujeto, éste último a su vez presenta una dimensión temporal, la cual fluctúa entre la orientación del desarrollo futuro y las experiencias pasadas. Ahora bien, frente a la posibilidad futura el actor puede adoptar dos posiciones, una pasiva (anticipación) y otra activa (meta), esta última, de acuerdo con el autor, es elemento fundamental de la acción.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 7

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 8

Dentro del esquema de la acción diseñado por Parsons, las orientaciones motivacionales del sujeto inciden en los elementos del sistema general de la acción; en el caso de la personalidad estas son producto de las necesidades naturales y la interacción social; de ahí que cada individuo tiene una gama particular de motivaciones, sin embargo existen a nivel social ciertas uniformidades objeto de estudio de la sociología, que en la presente investigación no se han de abordar.

Anteriormente se hizo énfasis en que los elementos del sistema general de acción no pueden existir aislado de los demás, en el caso del sistema social este no podrá surgir, propiamente, sin la constitución de los sistemas simbólicos, asimismo estos requieren de la interacción social para subsistir; de acuerdo con el autor:

Un sistema simbólico de significados es un elemento de orden impuesto, por así decirlo, en una situación real. Incluso la comunicación más elemental no es sin algún grado de conformidad con las convenciones del sistema simbólico. Dicho de otro modo: la mutualidad de las expectativas está orientada por el orden compartido de significados simbólicos.²⁹⁶

Ahora bien, dentro de los elementos del sistema simbólico tenemos los valores, los cuales imponen como criterios de selección que evalúan la validez de las alternativas para la obtención de una gratificación o desviación de una sanción, estos pueden ser de carácter universal o cultural. Los modos de orientación de valor son:

- Cognitivo: son los criterios mediante los cuales se determina si enjuiciamientos cognitivos son válidos,
- preciativos: se refiere a los criterios que determinan si es correcta o apropiada la elección del objeto y la actitud hacia el objeto.
- Moral: más que evaluativo es una síntesis de los modos anteriores “constituyen los criterios es base a los cuales son evaluadas las mismas evaluaciones más particulares.”²⁹⁷

Los modos de orientación motivacional y los modos de orientación de valor son independientes, además de no ser excluyentes entre sí estos nos muestran tanto

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 11

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 12

los intereses como las soluciones a partir de un sistema de valores que los sujetos pueden en un momento tomar. Esta postura de acuerdo con el autor vincula la teoría de la personalidad y la cultura.

Para el autor, la cultura se caracteriza por ser transmitida, aprendida y compartida, de ahí que sea, por un lado producto de la interacción humana y por otro determinante para la existencia del sistema social, por esta razón no puede ser considerada como un reducto de éste.

Parsons unifica las supuestas posturas antagónicas de la psicología, la sociología y la teoría de la cultura, en un esquema diferenciado, en el cual las motivaciones, los componentes culturales y la comunicación e interacción social se combinan en un sistema general de la acción; porque la acción humana de los individuos en sociedad se compone de todos los elementos antes mencionados.

A partir del marco de referencia de la acción, Parsons concibe al sistema social como “un sistema de procesos de interacción entre actores, la estructura de las relaciones entre los actores, en cuanto implicados en el proceso interactivo, es esencialmente la estructura del sistema social.”²⁹⁸ Ahora bien, las unidades básicas del sistema social por orden de importancia son los actos sociales, el estatus-rol, los actores y la colectividad.

Los actos sociales son todos aquellos orientados a los actores vistos como objetos; mientras que el estatus-rol, hace alusión a la forma en la cual los individuos se relacionan interactivamente entre sí, ésta participación posee dos aspectos fundamentales, el primero es el estatus, el cual hace alusión a la posición del individuo en el sistema social; el segundo es el rol, este consiste en los procesos que realiza el individuo en sus relaciones sociales.

El actor como unidad del sistema social es la conjunción de estatus y roles, diferenciado del sistema de la personalidad, mientras que la colectividad puede fungir como objeto o sujeto de la orientación del actor social.

²⁹⁸ PARSONS, Talcott, *El sistema social*, Madrid, Alianza editorial, 1999, p. 36

Al exterior, el sistema social guarda una relación equilibrada con los demás elementos del sistema general de la acción, éste último solo puede existir y funcionar de manera adecuada si sus elementos le proveen de ciertas condiciones necesarias o prerequisites. Ahora bien, el sistema general debe de presentar dos aspectos fundamentales para funcionar de manera adecuada: a) Los sistemas no pueden estar estructurados de manera antagónica o incompatible con las funciones que desempeñan los otros sistemas; b) Los sistemas deben cooperar unos con otros.

El adecuado funcionamiento del sistema social depende de que el sistema cultural establezca las pautas culturales necesarias para la instauración del orden, mientras que, el sistema de la personalidad satisfaga las necesidades de una mayoría considerable de la población.

El tema de las necesidades mínimas fue tratado por los funcionalistas, sin embargo, Parsons le da un giro al considerarlas como un prerequisites para el correcto funcionamiento del sistema de la personalidad, así como esenciales en la formación del sistema social, porque a medida que estas necesidades son satisfechas los individuos se encuentran en la capacidad de relacionarse.

Ahora bien, con el fin de que el sistema social se conserve y desarrolle, es necesaria la presencia de dos prerequisites motivacionales, uno positivo y el otro negativo, este último consiste en el control mínimo necesario para mantener el orden ante las conductas lesivas, de no ser así el sistema social podría presentar problemas en su funcionamiento, a estos últimos el autor los denomina como problema motivacional de orden.

Las conductas desviadas, originadas en el sistema de la personalidad, interfieren en la realización de los roles al interior del sistema social, ahora bien esta clase de interferencia es como un cáncer que se propaga en el sistema amenazando con desintegrarlo. En un sistema relacional todos y cada uno de sus integrantes no solo se encuentran relacionados, también requiere de los demás miembros para realizar sus respectivos roles sociales.

Cuando las motivaciones del sujeto pueden dirigirse al cumplimiento de las expectativas de otros sujetos o del rol social que desempeña en el sistema, crean un vínculo entre el sistema motivacional de la personalidad y el sistema social, al cual Parsons denomina conformidad-alineación.

Conforme el autor va desarrollando su teoría, reconoce un cuarto elemento del sistema general de la acción, al cual denomina sistema conductual o de conducta orgánica, el cual constituye la parte biológica que hace posible la formación la personalidad humana, así como el aspecto relacional necesario para el surgimiento de la cultura. Parsons identifica dos aspectos biológicos esenciales para la conformación del sistema social, la plasticidad, entendida como la capacidad de aprendizaje del ser humano, y la sensibilidad, “este término significa la accesibilidad del individuo humano a la influencia de las actitudes de otros en el proceso de interacción social y la dependencia resultante de recibir reacciones relativamente particulares y específicas”²⁹⁹

La sensibilidad y la plasticidad hacen posible el aprendizaje, así como la interiorización de las pautas de orientación del valor en el sujeto necesarias para la articulación armónica de los sistemas.

Ahora bien, los prerequisites culturales son el lenguaje, el conocimiento empírico mínimo para dar respuesta a las problemáticas, orientaciones del valor y ciertos aspectos del simbolismo expresivo. Aunque la cultura es necesaria para la integración de los sistemas de la personalidad y la sociedad, también es un punto de tensión entre estos sistemas, porque las orientaciones de valor o las creencias no pueden ser cambiadas por medio de las motivaciones; caso concreto las violaciones tumultuarias, el abandono y discriminación que sufren las viudas en la India.

De acuerdo con Parsons todos los sistemas deben cumplir con cuatro imperativos funcionales: a) adaptación, b) obtención de fines, c) integración y d) mantenimiento.

²⁹⁹ *Ibidem*, p.42-43

La versatilidad del sistema AGIL radica en que puede ser aplicado a nivel macro y micro.

El esquema AGIL parte de los cuatro componentes de la acción, externo/interno e instrumental/consumatorio. Todos sistemas al interior deben de mantener sus estructuras, así como regular los diversos tipos de relaciones producto de la interacción de sus elementos y las demás funciones imperativas; mientras que al exterior debe adaptarse a su entorno para poder alcanzar sus metas. Por instrumental se “entiende todo aquello que tenga que ser concebido como medio que conduzca al actuar; por consumatorio, no debe entenderse sólo el fin que se ha propuesto la acción, sino la satisfacción adquirida y el perfeccionamiento del estado del sistema.”³⁰⁰ De ahí que a adaptación sirva como medio para obtener fines sistémicos, mientras que el mantenimiento de las estructuras sea un presupuesto para la integración del sistema.

A partir del esquema AGIL, Parsons divide a la sociedad en cuatro sistemas funcionales, la economía, instituciones culturales, política y sistema comunitario. Las cuales se organizan de la siguiente manera de acuerdo con el esquema general³⁰¹:

	Instrumental	Consumatorio
Exterior	A Adaptación (<i>Adaptation</i>) <u>Economía</u>	G Obtención de fines (Goal- attainment) <u>Política</u>
Interior	L Mantenimiento de estructuras internas (<i>Lattent pattern –maintenance</i>) <u>Instituciones culturales</u>	I Integración (<i>Integration</i>) <u>Sistema comunitario</u>

De acuerdo con este esquema la economía es un sistema capaz de planifica a corto mediano y largo plazo en razón de las eventualidad que se presentan en el entorno; caso concreto, todo acontecimiento relevante natural o artificial afecta a la bolsa.

³⁰⁰LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, op. cit., nota 224, p. 40

³⁰¹ *Ibidem*, p. 48

La política no solo se encarga de la satisfacción de las necesidades, sino de la toma de decisiones que vinculan a la comunidad. Por otro lado al interior encontramos a las instituciones culturales o sistema fiduciario el cual cumple con la función de transmitir las normas y valores, es importante destacar que este sistema no se encuentra compuesto por los sistemas simbólicos, o las pautas de valor o los símbolos generalizados, propios de la cultura, sino por las instituciones que los transmiten, las cuales se encargan de la socialización del sujeto. Por último, el sistema comunitario es el encargado de regular el funcionamiento de los otros elementos.

Por último, la teoría de Talcott Parsons encuentra un fuerte crítico en Niklas Luhmann, el cual no solo considera que esta aborde de manera adecuada temas fundamentales como el “control cibernético, medios de comunicación simbólicos e interpenetración”³⁰², sino que también que:

A la teoría de Parsons no se le puede aplicar un tratamiento de fracaso. Lo que sucedió fue que la disposición técnica la teoría lo obligó a tomar un callejón sin salida con respecto a convertirse en teoría de sistemas. La teoría deja abierta las cuestiones de la auto implicación cognitiva, ya que no dice mucho sobre el grado de congruencia entre la conceptualidad analítica y la formación real de los sistemas.³⁰³

2.2. La Teoría de Sistemas Niklas Luhmann

La influencia Francisco Varela y Humberto Maturana, le dio a Niklas Luhmann un enfoque mecanicista, este le permito desarrollar una teoría omnicomprensiva³⁰⁴, la cual replantea los conceptos básicos del funcionalismo-estructuralismo, tales como

³⁰² *Ibidem*, p. 52

³⁰³ *Ibidem*, p. 53

³⁰⁴ “Luhmann desarrolla una teoría de sistemas, una teoría de la comunicación, una teoría e a diferenciación social, una teoría e a evolución, una teoría de la autodescripción y concluye con una teoría de la sociedad” RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío y TORRES NAFARRATE, Javier, *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Distrito Federal, Herder y La Universidad Iberoamericana, 2008, p. 21

sistema, función y estructura. El funcionalismo de Luhmann, a diferencia de la postura clásica, establece una relación entre el sistema y la función que realiza.³⁰⁵

Ahora bien, la función, sustituye al concepto de sustancia, para situarse como el principio de diferenciación del sistema, es decir, la identidad y la diferencia del sistema frente a su entorno circundante deviene de la función que realiza. En palabras de Ignacio Izuzquiza, “la sustancia queda transformada en función, y por tanto, en ámbitos de comparación; la identidad queda transformada en diferencias, en alternativas, en posibilidades (...) el método funcional sustituye la identidad por la diferencia y permite tratar lo diferente como equivalente.”³⁰⁶

El método funcional, en la teoría de sistemas de Luhmann, permite la diferenciación de los sistemas a partir de su función, de ahí que la sociedad en el pensamiento del autor “no tiene como elementos propios a los individuos, las relaciones entre individuos o los roles, sino las comunicaciones,”³⁰⁷ además, “las personas (vistas) como unidades psíquico orgánicas pertenecen al entorno de los sistemas sociales...”³⁰⁸, de ésta manera rompe con la sociología clásica.

Tradicionalmente se define como sistema al “conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí (...) conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”³⁰⁹, sin embargo, para Luhmann un sistema “es la diferencia que resulta de la diferencia entre sistema y entorno”³¹⁰, la presente definición se caracteriza por ser una paradoja.³¹¹

³⁰⁵ Para Luhmann “la función es un instrumento de comparación de logros equivalentes y de distintas alternativas igualmente posibles” IZUZQUIZA, Ignacio, *op. cit.*, nota 245, p.101

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 104

³⁰⁷ CORSI, Giancarlo, et. al., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, 1ra reimpresión, trad. de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 210

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, trad. de García Blanco José María, Valladolid, España, Trotta, 1998. p.91, lo que se encuentra entre paréntesis es mío

³⁰⁹ Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=sistema>

³¹⁰ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, *op. cit.*, nota 224, p. 78

³¹¹ En este sentido, se puede citar la siguiente, Giancarlo Corsi, comentando a Luhmann, establece que “Las paradojas surgen cuando el observado, que en cuanto tal señala algunas distinciones, hace surgir la cuestión de la unidad de la distinción que está utilizando (...) Toda distinción es inherentemente una paradójica,

Para poder explicar de manera adecuada la definición antes mencionada, es necesario remitirse al concepto forma:

La forma es forma de una distinción, por lo tanto de una separación, de una diferencia. Se opera una distinción trazando una marca que separa dos partes, que vuelve imposible el paso de una parte a otra sin atravesar la marca. La forma es, pues, una línea de frontera que marca una diferencia y obliga a clarificar qué parte se indica cuando se dice que se en una parte y donde se debe comenzar si se quiere proceder a nuevas operaciones. Cuando se efectúa una distinción, se indica una parte de la forma; sin embargo con ella se da al mismo tiempo la otra parte.³¹²

En el momento de indicar un lado de la forma se está realizando una distinción; por ejemplo: cuando atribuimos un término a un objeto lo distinguimos de los demás. En otras palabras, el sistema es la cara de la forma indicada y el entorno³¹³ todo lo demás, pero ambos son parte de una sola forma.

Los sistemas se vuelven complejos a través de la reproducción autopoietica de la diferencia al interior, es decir, constituye sistemas dentro de sí mismo, los cuales se caracterizan por encontrarse orientados a un entorno interno determinado. En otras palabras “el sistema global adquiere la función de entorno interno para los sistemas parciales, el cual sin embargo, es específico para cada uno de ellos. La diferencia sistema/entorno se verá duplicada: el sistema global se multiplica en una pluralidad de diferencias sistema/entorno.³¹⁴”

La diferenciación de los sistemas se realiza a partir de su operación específica, es decir, la distinción de la forma se lleva a cabo a partir de la operación particular a distinguir, de ahí que “un sistema se diferencia del propio entorno, al trazar límites,³¹⁵ los cuales son producto de un proceso que se realiza a partir de la observación de la recursividad de una operación; Luhmann distingue tres operaciones basales:

precisamente porque los dos lados que la constituyen siempre están presentes contemporáneamente.”
CORSI, Giancarlo, *op. cit.*, nota 307, p. 168

³¹² LUHMANN, Niklas y DE GEORGI, Raffaele, *Teoría de la Sociedad*, México, Universidad de Guadalajara-Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Colección Laberinto de Cristal, 1993, p. 35

³¹³ Luhmann define al entorno como: “correlato negativo del sistema. No es una unidad capaz de realizar operaciones, no puede percibir al sistema, no lo puede manejar, ni puede influir sobre él,” en LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales*, México, Alianza editorial- Universidad Iberoamericana, 1984, p. 192

³¹⁴ *Ibidem*, p. 40

³¹⁵ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 75

- Comunicación: Sociedad
- Reproducción celular: Organismo
- Pensamientos: Sistemas psíquicos

Operación se define como “la actividad caracterizada por una cierta finalidad y propia de un determinado ser”³¹⁶, sin embargo, para Luhmann es la actividad propia de un sistema, consistente en la reproducción continua de los elementos del mismo. Las operaciones solo pueden realizarse única y exclusivamente al interior del sistema, por lo cual se encuentra operativamente clausurado; es decir, “para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos.”³¹⁷

Ahora bien, la clausura operativa trae como consecuencia, la auto-organización; entendida como la producción de estructuras al interior de sistema, es decir, “sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente mediante operaciones de ella misma,”³¹⁸. Por otro lado la autopoiesis consiste en la capacidad del sistema de producirse así mismo, y también a sus estructuras.

Para Luhmann, la clausura operativa, así como la autopoiesis, solo son posibles en sistemas autorreferenciales. El término autorreferencia como una herramienta esencial para la construcción de su teoría, en palabras del autor:

La teoría de sistemas autorreferenciales sostiene que la diferenciación de los sistemas solo puede llevarse a cabo mediante autorreferencia; es decir, los sistemas sólo pueden referirse a sí mismos en la constitución de sus elementos y operaciones elementales (lo mismo en el caso de los elementos del sistema, de sus operaciones, de su unidad). Para hacer posible esto, los sistemas tienen que producir y utilizar la descripción de sí mismos; por lo menos, tienen que ser capaces de utilizar al interior del sistema, la diferencia entre sistema y entorno como orientación y principio del procesamiento de información.³¹⁹

De acuerdo con la definición antes citada, el “objeto autorreferente es él mismo, pero al mismo tiempo, es para sí mismo...”³²⁰, lo cual es una paradoja; Luhmann,

³¹⁶ ABBAGNANO, Nicolas, *op. cit.*, nota 8, p. 781

³¹⁷ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, coordinador de traducción Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2002, p. 99

³¹⁸ LUHMANN, Niklas y DE GEORGI, Raffaele, *op. cit.*, nota 312, p. 49

³¹⁹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales*, *op. cit.*, nota 313, p.32

³²⁰ IZUZQUIZA, Ignacio, *op. cit.*, nota 245, p. 107

establece que los sistemas deben de aprender a desparadojizarse³²¹, a través de la introducción de una asimetría o diferencia (unidad/diferencia); en donde el objeto es una unidad “reforzada” que produce una diferencia respecto a lo demás.

La clausura del sistema no lo hace un ente efímero y simple, por el contrario, la asimetría producto del binomio unidad/diferencia hace su complejidad determinable a través de la identificación de la operación basal o propia del sistema³²²; esto al exterior propicia la clausura operativa, mientras que al interior aumenta el contenido informativo, propiciado la autopoiesis, así como la instauración de procesos, la constitución de límites internos y la construcción de estructuras.

Aunque los sistemas se encuentren clausurados operacionalmente, pueden relacionarse de manera controlada con el entorno, a través de los acoplamientos estructurales, sin embargo, es necesario puntualizar que esto no implica una interdependencia o relación directa con el mundo, porque de ser así el sistema se destruiría, es decir:

El concepto 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 en el sentido de la determinación de sus estados internos.³²³

Para clarificar como opera el acoplamiento estructural pondremos un ejemplo: la luz se encuentra en el entorno, ésta se descompone a través de los filtros ópticos de la córnea, la pupila y el cristalino, posteriormente en la retina se genera el impulso nervioso que produce la imagen en el cerebro. En el presente ejemplo el ojo es un

³²¹ “La autorreferencia, tiene en la forma de la paradoja, una complejidad no determinable. Los sistemas que operan autorreferencialmente sólo pueden volverse complejos si logran resolver el problema de la paradojización, es decir desparadojizarse.” LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales*, *op. cit.*, nota 313, p. 55

³²² “Se presenta la autorreferencia cuando la operación de observación se está incluida en lo que se indica, es decir, cuando la observación indica algo a lo que pertenece. Un sistema social, por ejemplo, puede producir solo comunicación y es capaz de considerar la realidad solo comunicando; la autorreferencia está implícita en toda comunicación en forma de emisión (...) Del mismo modo solo una conciencia puede pensar y la realidad adquiere importancia sólo como objeto de referencia de los pensamientos.” CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, 2006, p. 44

³²³ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, *Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, *op. cit.*, nota 224, p. 129

acoplamiento estructural que irrita al sistema para generar información, con el fin de crear nuevas estructuras.

Los acoplamientos estructurales son selectivos porque solo se relacionan con un ámbito específico del entorno o un sistema en el entorno, éste último suceso lo podemos observar en el lenguaje, éste es un acoplamiento estructural que vincula al sistema psíquico con la comunicación. Las irritaciones, producto de los acoplamientos estructurales, posibilitan el ingreso de la información, ésta es un acontecimiento sorpresivo, el cual influye en las estructuras provocando una transformación.

Ahora bien, el proceso sistémico de asimilación de información influye directamente en las estructuras, éstas son expectativas de selección, las cuales delimitan las posibles relaciones entre operaciones del sistema, por ejemplo, el sujeto A todos los días saluda al Sujeto B diciendo “*hola ¿cómo estás?*” este último siempre le contesta “bien y tu”, (esta es la estructura), pero un lunes el Sujeto A llega saludando como todos los días al sujeto B, el cual responde “no muy bien” (información), ante la perturbación, el sujeto A ha de elegir una de las posibles respuestas que se le presentan en el horizonte de posibilidades para la acción, de ahí que, cuando el sujeto B le responde “no muy bien” el sujeto A responderá “ha pasado algo”, de esta manera se actualizan las expectativas de selección de la estructura.

De acuerdo con el ejemplo antes mencionado, la información presupone una selección, la cual consiste en una diferenciación, porque al elegir una acción se excluyen las demás posibilidades; es importante resaltar que solamente al interior del sistema existe la información, porque es producto de una irritación causada por el acoplamiento estructural.

Ahora bien, la complejidad es una característica propia de los sistemas autorreferenciales, la cual deviene de la necesidad de coaccionar las selecciones de los elementos que conforman los sistemas; Luhmann considera que “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 cada otro, en todo momento”³²⁴. La complejidad de un sistema no solo comprende las relaciones entre elementos, sino los diversos procesos sistémicos al interior.

Desde el punto de vista formal el concepto complejidad se define, entonces, mediante los términos de elemento y relación. El problema de la complejidad queda, así, caracterizado como aumento cuantitativo de los elementos: al aumentar el número de elementos que deban permanecer unidos en el sistema, aumenta en proporción geométrica el número de las posibles relaciones, y esto conduce, entonces, a que el sistema se vea obligado a seleccionar la manera en la que debe relacionar los elementos.³²⁵

La complejidad por si sola es inaccesible para el sistema, solo a través del sentido ésta es develada y estructurada, por esta razón el “sentido es una representación de la complejidad. (...) es simplemente una nueva y poderosa forma de afrontar la complejidad con la condición inevitable de que estamos empujados a llevar acabo, permanentemente una selección.”³²⁶

El sentido vuelve la paradoja de la complejidad en autorreferencia, lo cual permite la diferenciación al interior, esto posibilita la coacción de la selección, así como la instauración de procesos. “El sentido es el médium...que permite la creación selectiva de todas las formas sociales y psíquicas. El sentido tiene una forma específica³²⁷, cuyos dos lados son realidad y posibilidad, o también actualidad y potencialidad...”³²⁸ proporcionándole actualidad y dinamismo al sistema.

Ante un acontecimiento, el sentido abre un horizonte de posibilidades de las cuales solo una será actualizada, este movimiento entre lo actual y lo virtual, posibilita el manejo de la complejidad y reproducción de las estructuras. Es importante destacar que todo acontecimiento o selección constituye información³²⁹, por otro lado las

³²⁴LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales*, *op. cit.*, nota 313, p. 47

³²⁵LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, *Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, *op. cit.*, nota 224, p. 185

³²⁶ *Ibidem*, pp. 244-245

³²⁷ En este sentido, Luhmann comenta que “el sentido no ordena, en una especie de seriación regional, las posibilidades, sino que éstas existen colocadas dentro de una distinción que hace toda forma concreta de actualidad y potencialidad. De tal manera que el sentido se podría definir como el medio en el que opera la distinción entre actualidad y potencialidad.” *Ibidem*, p. 241

³²⁸ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p.199

³²⁹ “Denominamos información a un acontecimiento que selecciona estados del sistemas. Esto es posible sólo mediante estructuras que limitan y preseleccionan las posibilidades. La información presupone estructura,

posibilidades descartadas, no son eliminadas, toda vez que pueden ser introducidas de nuevo en otro horizonte de sentido. En palabras del autor:

Tener sentido significa que una de las siguientes posibilidades puede y debe ser escogida como actualidad de sucesión tan pronto como lo respectivamente actual palidece, se adelgaza y pierde actualidad debido a su propia inestabilidad. La diferencia entre actualidad y posibilidad permite, por lo tanto, un manejo temporalmente desplazado y, con ello el procesamiento de la respectiva actualidad a lo largo de las manifestaciones de las posibilidades. Sentido, por consiguiente, es la unidad de actualización y virtualización, de reactualización y revirtualización, como un proceso que se impulsa a sí mismo.³³⁰

El sentido tiene sentido y éste solo se refiere al propio sentido, esta paradoja se vuelve autorreferente por medio de las dimensiones de sentido las cuales son:

- Dimensión objetiva: esta se compone de la diferencia esto/otro, lo cual “permite identificar todo aquello que pueda ser objeto de intención significativa (en el caso de los sistemas psíquicos) o tema de comunicación significativa.”³³¹ Esto permite la identificación de los temas de comunicación “abriendo” el entorno al sistema.
- Dimensión temporal: el tiempo para Luhmann es “la interpretación de la realidad en relación con la diferencia entre pasado y futuro. Aquí el horizonte del pasado (y también del futuro) no representa el principio (o el final) del tiempo. El concepto horizonte excluye precisamente la idea de principio o de final.”³³² Para el autor el presente es el tránsito de lo posible a lo irreversible.
- Dimensión social: el sistema social no se encuentra constituido por personas³³³ sino por comunicaciones; de ahí que esta dimensión se constituya por los “horizontes de posibilidad del interlocutor de la comunicación Ego y Alter. El

pero no es en sí misma ninguna estructura. Los acontecimientos son elementos que se fijan puntualmente en el tiempo (...) acontecen una sola vez y sólo en el lapso mínimo necesario para su aparición. Este suceder temporal los identifica, y, por lo tanto, son irrepitible, Precisamente por esto sirven como elementos de unidad de los procesos (...) Una información cuyo sentido se repite ya no es información; conserva su sentido en la repetición, pero pierde el valor de información.” LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales, op. cit.*, nota 313, pp. 86-87

³³⁰ *Ibidem*, p. 85

³³¹ IZUZQUIZA, Ignacio, *op. cit.*, nota 245, p.261

³³² LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales, op. cit.*, nota 313, p. 97

³³³ “En consecuencia, lo social es sentido no porque tenga en la mira la relación que hace interdependientes a los seres humanos, sino porque cada sistema es portador de la reduplicación particular de la observación ego/alter” LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, op. cit.*, nota 224, p. 249

sentido no se elabora en este caso relativamente con objetos o temas, sino que se condensa en la diversidad de perspectivas de las cuales son portadores Ego y Alter. La dimensión social se basa en la no identidad del interlocutor de una comunicación, y considera esta no identidad como un doble horizonte de referencias.”³³⁴

El sentido no solo vuelve asimétrica la complejidad sistema a través del binomio actualidad/posibilidad, también vuelve accesible el mundo³³⁵, el cual es visto como “horizonte último de todo sentido.”³³⁶

Otro concepto esencial de la teoría de sistemas de Luhmann es la observación, ésta “es un modo específico de operación, que utiliza una distinción (...) para indicar un lado o el otro de la distinción misma: se da una observación cada vez que un sistema opera con base en distinciones, y puede obtener y transformar informaciones.”³³⁷

Ahora bien la observación consiste en la distinción e indicación de un lado de la forma ubicando el rededor en el punto ciego del observador; es necesario indicar que éste último no es un sujeto sino un sistema que se observa asimismo y a otros; es decir, oscila entre la heteroobservación y la autoobservación.

Los observadores observan operaciones, en cuanto se constituyen a través de encadenamientos en sistemas diferenciados; a este tipo de observación se le denomina de primer orden, porque se enfoca en un solo lado de la forma, mientras que la observación del observador o de segundo orden, permite captar la diferenciación entre sistema/entorno, es decir:

Uno se decide por la observación de una persona o de un partido político, por la economía mundial o del sistema legal francés. Uno debe de orientarse en el mundo si pretende dirigir la vista a alguna parte; y para ello basta una observación de primer orden. Así será en muchos casos. Sólo habrá una observación de segundo orden cuando se comprenda el sistema hacia el cual se dirigen las propias observaciones como sistema que observa; es decir: como sistema que se distingue a sí mismo de su entorno, que con ello produce valores

³³⁴ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 85

³³⁵ “Desde el punto de vista de un sistema, el mundo es una unidad de la diferencia entre sistema y entorno. Más en general, el mundo es la unidad de cualquier distinción trazada por un observador y precisamente es en cuanto unidad nunca puede ser observado: es el punto ciego de todo observador.” *Ibidem*, p. 156

³³⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales, op. cit.*, nota 313, p.88

³³⁷ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 160

propios y que utilizan distinciones propias para observar algo en sí mismo o algo en su entorno.³³⁸

La observación de segundo orden consiste en observar como el observador observa, con el fin de identificar los dos lados de la distinción; esto permite la percepción del punto ciego de la distinción; lo cual posibilita la obtención de información, así como la reproducción autopoiética del sistema.

Para poder clarificar lo tendiente al punto ciego haremos la siguiente analogía: el ojo solamente tiene un rango de movilidad de 180°, todo aquello que no se encuentre dentro de dicho perímetro es imperceptible, pero el sujeto presupone su existencia, cuando un segundo observador entra en el juego, éste puede percibir la totalidad de la periferia (los 365°) sin embargo, no puede percibir su propio punto ciego, al respecto Luhmann comenta; “la sociedad moderna está sustentada en una permanente observación de la observación, como expresión de la circulación del punto ciego, y esto no es sino la expresión del establecimiento de la recursividad autopoiética de la observación de segundo orden.”³³⁹

La observación se centra en las operaciones recursivas, éstas a diferencia de las normales se encadenan entre sí formando sistemas, por lo tanto trascienden temporalmente, en el caso de una operación normal esta acaece en el tiempo y su duración es limitada.

De acuerdo con Luhmann, la movilidad de los sistemas provistos de sentido que tienen la capacidad de observar a los sistemas en el entorno, presentan el problema de la doble contingencia.³⁴⁰ Luhmann utiliza los términos alter y ego para describir las posibilidades indefinidas que surge del encuentro entre dos sistemas que

³³⁸ LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, 3ra. ed., Coordinador de Traducción, Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 285

³³⁹ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, *op. cit.*, nota 224, p.171

³⁴⁰ “Contingente, es una acepción lógica, significa exclusión de necesidad e imposibilidad. El concepto contingente indica un dato respecto a las alternativas posibles: indica que lo que es actual indica que lo que es actual (y por lo tanto posible) y posible de otras maneras (y por lo tanto no necesario). La contingencia indica entonces la posibilidad de que un dato sea diferente de lo que es.” CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 90

observan; de ahí que ego y alter³⁴¹ no hacen alusión a sujetos concretos sino a horizontes e posibilidades, en palabras del autor:

Para que la doble contingencia se actualice no se requiere sólo de la simple facticidad del encuentro; el problema motivador de la doble contingencia (y con ello de la constitución de los sistemas sociales), surge solo cuando estos sistemas se experimentan y se tratan de forma específica: a saber, como posibilidades indefinidamente abiertas y en el fondo a salvo de la indeterminación del sentido. De ahí la terminología social ego y alter, o alter ego. Los términos ego y alter deben dejar abierta la alternativa entre sistemas psíquicos o sociales así como la alternativa de si estos sistemas están de acuerdo o no con un procesamiento determinado de sentido.³⁴²

El termino doble contingencia, de acuerdo con Luhmann, parte del esquema de dos cajas negras, las cuales entablan una relación, estas solo pueden observar el producto de los procesos que acontecen al interior de cada una; lo cual produce cierta contingencia respecto de la respuesta o acción que puedan emprender; por ejemplo: mediante una demanda el sujeto A (litigante) solicita al sujeto B (juzgador) que declare la nulidad lisa y llana de un acto administrativo, en este supuesto el sujeto A no tiene la plena certeza de que el sujeto B resuelva a su favor, esto le provoca un estado de incertidumbre, por otro lado el sujeto B no puede prever la reacción del sujeto A respecto de su resolución, ambas partes se encuentran expectantes a la reacción del otro.

La doble contingencia pura parte de la paradoja “yo hago lo que tú quieres si tú haces lo que yo quiero”³⁴³, para volver autorreferencia esta circularidad Luhmann introduce el factor tiempo, este vuelve asimétrica la paradoja a través de la secuencia de sucesos, es decir que a cada situación sucede una reacción que puede ser de aceptación o de rechazo. Al respecto el autor establece que el problema de la paradoja de la doble contingencia no se resuelve “mediante la suposición de una dimensión social de valores, sino simplemente por el hecho de

³⁴¹La “doble contingencia no significa doble ves contingencia simple, sino una calidad de contingencia específicamente social, significa que la constitución del mundo social se presenta a través de un horizonte doble de perspectivas, que son perspectivas de Ego y Alter” *Ibidem*, p. 91

³⁴²LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales, op. cit.*, nota 313, p.122

³⁴³*Ibidem*, p.132

que se hecha andar el factor tiempo. La comunicación desata una secuencia que pone al otro en situación de aceptación o rechazo.”³⁴⁴

A partir del problema de la doble contingencia, el sistema social se allega de información, ésta le permite ordenar y explorar nuevas formas de selección y crear estructuras novedosas que le ayudan a reducir su complejidad. Ahora bien los sistemas provistos de sentido se encuentran siempre en el plano de la selección, es decir constantemente deben elegir una alternativa del horizonte de posibilidades, la doble contingencia posibilita esta inestabilidad la cual obliga al sistema realizar una selección, pero no solo eso, también ordena las selecciones propiciando la creación de estructuras.

El termino estructura convencionalmente se le define como la distribución de las partes de una cosa, por otro lado, para Lévi Strauss, ésta “a pesar de implicar la idea de sistema, y por lo tanto de una cohesión de partes, no es el sistema manifiesto sic et simpliciter, sino más, precisamente, el orden interno del sistema y el grupo de transformaciones posibles que lo caracterizan.”³⁴⁵ El concepto de estructura de Luhmann difiere de la concepción estructuralista porque de basa en una concepción dinámica y autorreferencial del sistema, es decir, parte del supuesto de que los sistemas se encuentran constituidos por la reproducción y enlazamiento de operaciones en un tiempo presente; de ahí que estructura es “expectativa sobre la capacidad de enlace de las operaciones.”³⁴⁶

Para Luhmann la estructura no es un ente duradero inmutable que trasciende el tiempo y el espacio, sino “la representación global de la permanente activación de la recursividad de las orientaciones en el sistema. La realidad de las estructuras es algo totalmente fluido que sólo en el momento sirve para unir y enlazar la siguiente operación, en la medida que provee de orientaciones de direccionalidad.”³⁴⁷ Las

³⁴⁴ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, op. cit.*, nota 224, p.329

³⁴⁵ ABBAGNANO, Nicolas, *op. cit.*, nota 8, pp.422-423

³⁴⁶ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, op. cit.*, nota 224, p.113

³⁴⁷ *Ibidem*, p.338

estructuras como las operaciones tienen una existencia efímera, sin embargo su disponibilidad hace que trasciendan.

Hasta ahora se han expuesto los conceptos básicos de la teoría de sistemas de Luhmann, para poder abordar lo tendiente al sistema social y posteriormente al derecho como sistema funcionalmente diferenciado. Es importante recordar que los sistemas se constituyen a partir de una operación recursiva y exclusiva, es decir, ésta no se reproduce en ningún otro sistema; a partir de lo anterior se plantea la siguiente pregunta ¿Cuál es la operación propia del sistema social?, Luhmann responde la siguiente cuestión de esta manera: “un sistema social surge cuando la comunicación desarrolla más comunicación, a partir de la misma comunicación”³⁴⁸

Para no caer en el error de concebir a la teoría de Luhmann como detractora del ser humano como parte de la sociedad, es necesario enfatizar lo siguiente: Los sistemas psíquicos, no participan en la producción de las operaciones de la sociedad, sin embargo se encuentran acoplados estructuralmente a la misma, de lo anterior se concluye que la comunicación “es una operación social porque presupone el concurso de un gran número de sistemas de conciencia, pero precisamente por eso, como unidad, no puede ser imputada a ninguna conciencia sola.”³⁴⁹

Para clarificar lo anterior se dará el siguiente ejemplo: el sujeto A observa humo a la distancia e infiere que hay un incendio, a través del lenguaje le comunica al sujeto B sobre el incendio. Ahora bien, el humo percibido por los ojos del sujeto no forma parte del mismo, sin embargo es captado por un acoplamiento estructural llamado ojo, el cual permite la impresión de la imagen en la conciencia (operación del sistema psíquico), ésta a su vez se encuentra acoplada al sistema social por medio del lenguaje.

La comunicación es “la síntesis de tres selecciones: 1) emisión o acto de comunicar (Mitteilung); 2) información; 3) acto de entender (Verstehen) la diferencia entre

³⁴⁸ *Ibidem*, p.87

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 302

emisión e información.”³⁵⁰ Las tres selecciones son partes esenciales, integrales e inseparables de la comunicación, por lo tanto carencia de alguna impide la producción de la operación social, de ahí que se le considere una operación improbable, ésta problemática se abordará posteriormente.

Para Luhmann la finalidad de la comunicación es la bifurcación de la realidad en un sí o no, asimismo permite la continua reproducción de la misma bajo la orientación de la autoridad, entendida como la capacidad de dar razones para la decisión (selección de la información a comunicar); a partir de lo antes expuesto se puede imaginar a la comunicación como proceso continuo de ramificación y no como una continuidad lineal, porque no siempre es consistente de un sí, otra afirmación, sino que puede ser un no.

Toda comunicación anticipa su aceptación o su rechazo, el cual en cierta medida se puede llegar a controlar en un encuentro directo (conversación cara a cara) por ejemplo: una pareja discute, uno de los dos intenta terminar la comunicación al retirarse del lugar, pero el otro lo detiene y mediante un gesto conciliador propicia la continuidad de la comunicación.

En cuanto al espacio, se podría suponer en un primer momento que el control de la aceptación de una comunicación se vería diezmado por la distancia (comunicación impersonal) sin embargo, los medios de comunicación, como la escritura, dan solución a éste problema, porque el texto se convierte en un medio de control de la aceptación, al respecto Luhmann da el siguiente ejemplo:

La carta, por ejemplo, posibilita el que la relación amorosa pueda mantenerse en secreto, lo cual produce un efecto seductor. En los momentos libres de la interacción doméstica, así como en la interacción de los amantes, es posible adelantar o retardar el placer de la relación amorosa. La carta, por así decir, es el objeto simbólico que garantiza la duración en un asunto que, según la teoría y la experiencia, no puede durar (el estar enamorado).³⁵¹

Aun cuando el lenguaje es un medio que posibilita en un rango restringido la aceptación de la comunicación; este es insuficiente ante el cumulo de posibilidades lingüísticas existentes, de ahí la necesidad de medios especializados que aumenten

³⁵⁰ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 59

³⁵¹ LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, *op. cit.*, nota 224, p. 318- 319

de manera significativa la aceptación de la comunicación (transformar un no en un sí); a estos se les denominan” medios de comunicación simbólicamente generalizados”, los cuales se definen como:

...estructuras particulares que aseguran probabilidades de éxito a la comunicación, porque transforman en probable el hecho improbable de una selección de Alter sea aceptada por Ego. Tales medios son el poder (o poder/derecho), la verdad científica, el dinero (o propiedad/dinero), el amor, el arte, los valores.³⁵²

Un medio de comunicación simbólicamente generalizado presupone la existencia de: a) el lenguaje, b) La escritura y c) un código esquematizado de manera binaria el cual expresa la preferencia de la sociedad por un valor, por ejemplo: la legalidad. Los medios se caracterizan por condicionar la selección convirtiendo la improbabilidad en probabilidad, esto a partir de influenciar la motivación de Ego para aceptar o no la propuesta de selección del Alter³⁵³, por ejemplo: “Ego acepta la orden de Alter de pagar una multa porque Alter detenta el poder; acepta la afirmación de Alter de que la tierra gira alrededor del sol porque es una verdad científica; acepta una petición extravagante por parte de Alter porque ama Alter.”³⁵⁴ En conclusión, los medios de comunicación son los encargados de atenuar esta improbabilidad; por ejemplo el lenguaje disminuye las posibilidades de incompreensión de la información.

Ahora bien, conforme se vuelven más complejas las relaciones entre los sujetos que constituyen los grupos humanos, la sociedad (comunicación) evoluciona. Éste acontecimiento es fundamental para entender el papel del derecho al interior de la sociedad, toda vez que este subsistema es producto de una sociedad funcionalmente diferenciada.

De acuerdo con la teoría de sistemas de Luhmann, las formas de diferenciación al interior de la sociedad son producto de la combinación de los paradigmas sistema/entorno e igual/desigual, así mismo corresponden a cada una de las etapas

³⁵² CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 143

³⁵³ El Alter y el Ego no son sujetos sino observadores que se comportan de manera contingente.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 144

evolutivas de la civilización humana, dichas diferenciación segmentaria, centro/periferia, por estratificación y funcional

En diferenciación segmentaria los subsistemas constitutivos se encuentran en una relación de igualdad toda vez que las sociedades primitivas son producto de las relaciones familiares. Conforme aumenta la población, las relaciones humanas se vuelven más complejas al interior de la sociedad, ésta última da un paso evolutivo al pasar de una forma segmentaria de diferenciación a una estratificación, la cual consistente en la diferencia de los subsistemas basada en el binomio igual/desigual, por ejemplo: en las civitas romanas existía una marcada diferenciación entre los ciudadanos romanos (estrato superior) y los plebeyos (estrato inferior); Ahora bien es preciso aclarar que la desigualdad radica en las posibilidades de comunicación y no en los roles de los individuos.

La sociedad pasa de una diferenciación estratificada a una de función por la diversidad de roles sociales y medios de comunicación. En un paradigma funcional los subsistemas se reducen a una función específica ganando de esta manera cierta autonomía, lo cual les permite dirigir sus operaciones a las siguientes referencias sistémicas.

- El sistema de la sociedad: el subsistema se dirige a los sistemas de la sociedad en cuanto a su función cuando alcanza un alto grado de especificación.
- Subsistemas en el entorno interno: “la orientación hacia la prestación puede ser caracterizada por el hecho de que el input y el output de cada sector social tiene que ajustarse a las perspectivas sistema/entorno de otros subsistemas.”³⁵⁵ Es importante resaltar que en los sistemas diferenciados por función los subsistemas en el entorno están orientados a un entorno común de ahí la posibilidad de relacionarse de manera intersistémicas al interior del sistema global.

³⁵⁵ LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad: De la unidad a la Diferencia*, op. cit., nota 308, p. 81

- El mismo (autoreflexión): los subsistemas funcionales resuelven la problemática de la continuidad o discontinuidad a partir del retorno a la concepción de su identidad (reconstrucción de la historia pasada)

La diferenciación funcional solo es posible si los subsistemas de función son autónomos operacionalmente en un entorno común, así como exitoso en el direccionamiento de sus operaciones a las referencias sistémicas antes mencionadas.

El binomio igual/desigual en un sistema funcional opera de la siguiente manera; los subsistemas entre sí se encuentra en una relación de desigualdad, al ser diversas sus funciones, sin embargo, existe igualdad en los entornos de los diferentes subsistemas, de ahí que, “Una sociedad funcionalmente diferenciada, como resultado de esto, se convertirá, o pretenderá ser, una sociedad de iguales, en la medida en que es el conjunto agregado de entornos para sus subsistemas funcionales.”³⁵⁶

A modo de conclusión, los sistemas autorreferenciales se constituyen a partir de una operación recursiva, en el caso del sistema social es la comunicación; éste último no solo se caracteriza por encontrarse dotado de sentido, el cual le permite descomponer la realidad en dimensiones, sino que lo provee de un horizonte de posibilidades de acción, por otro lado los sistemas sociales se enfrentan al problema de la doble contingencia este genera incertidumbre, la cual el sistema a través de la coerción de la selección convierte en estructura, atenuando la incertidumbre. Ahora bien. El sistema social produce sistemas funcionales para disminuir su complejidad; uno de estos sistemas es el derecho el cual es altamente especializado y acoplado a un entorno interno (común), así como a los sistemas circundantes

Es importante tener presente que la construcción denominada “ser humano” es el resultado del acoplamiento estructural de varios sistemas autopoieticos; de acuerdo con Jean Clam existen tres tipos de “autopoiesis basales, vida, conciencia y

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 80

comunicación”³⁵⁷, estas corresponden a los sistemas psíquicos y sociales, así como a los organismos.

No está por demás mencionar que los organismos se caracterizan por la autopoiesis celular; su nivel de complejidad es producto de su evolución. Los organismos complejos, como el homo sapiens, desarrollan acoplamientos estructurales los cuales les permiten percibir su entorno; de esta manera se constituyen como la ventana al mundo del sistema psíquico o conciencia y por lo tanto con la sociedad.

³⁵⁷ CLAM, Jean, “¿Qué es un sistema psíquico?”, en TORRES NAFARRATE, Javier y RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío, ed., *La sociedad como pasión*, México, Universidad Iberoamericana, 2011, p. 339

CAPÍTULO III

Una nueva visión del Derecho

Por allí jamás pasó una embarcación cuyos marineros pudieran gloriarse de haber escapado indemnes; pues Escila les arrebató con sus cabezas sendos hombres de la nave de azulada proa.

El otro escollo es más bajo y lo verás, Odiseo, cerca del primero; pues hallase a tiro de flecha. Hay allí un cabrahigo grande y frondoso, y a su sombra, la divina Caribdis sorbe las turbias aguas. Tres veces al día las echa fuera y otras tantas vuelve a sorberla por modo horrible. No te encuentres allí cuando las sorbe, pues ni Poseidón, que sacude la tierra, podría librarte de la perdición. Debes por el contrario, acércate mucho al escollo de Escila y hacer que tu nave pase rápidamente; pues mejor es que eches de menos a seis compañeros, que a todos juntos.

Homero, Odisea³⁵⁸

Los teóricos del derecho fueron planteando diversas interpretaciones del fenómeno jurídico, conforme fue avanzando su proceso de diferenciación, sin embargo; fue con la corriente positivista aplicada al estudio del derecho, como anteriormente se mencionó, que se abandonó el enfoque holístico, no científico del derecho, para reducir a este último a un conjunto de normas de carácter positivo. El objetivo del presente capítulo es presentar una visión del derecho la cual abandona a la norma como concepto nodal de la teoría.

Niklas Luhmann, como anteriormente se hizo mención, es un jurista alemán, el cual incursiona en el ámbito de la sociología. La concepción del fenómeno jurídico del autor en comento, parte de un enfoque sistémico funcional; por lo cual define al derecho como "...un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad

³⁵⁸ HOMERO, La odisea, 1ra. Reimpresión, México Secretaría de Educación Pública, 1988, pp. 222-223

moderna...³⁵⁹; Por esta razón el problema de las teorías del derecho moderno es el siguiente:

“Las “teorías del derecho” que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de ahí se extraigan consecuencias que consoliden expectativas.”³⁶⁰

Las teorías del derecho tienen por objeto responder a la cuestión ¿Qué es el derecho?; Sin embargo, dentro de un enfoque sistémico, la cuestión a plantearse en primera instancia, es ¿Cuáles son los límites del derecho?; Luhmann identifica dos modos de dar respuesta a dicha interrogante; uno analítico y otro concreto.

En el modo analítico, el observador parte de su propia concepción de objetividad para delimitar al objeto; por otro lado, el modo concreto parte del propio objeto, es decir, del derecho es el único capaz de delimitarse a sí mismo, en palabras del autor; “...el derecho mismo determina cuáles son los límites del derecho. El derecho mismo determina, por lo tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no.”³⁶¹

¿Cuál es la función del derecho? Es la segunda cuestión a la que debe de dar respuesta teoría jurídica; Las teorías positivistas en su mayoría lo conciben como un mecanismo de represión de masas; otras corrientes jurídicas, lo ven como el medio idóneo para hacer frente al poder estatal, mientras que la teoría de sistemas ve como comunicación.

El derecho en el marco de la teoría de Luhmann, es un sistema funcional de la sociedad, esta última se encuentra constituida por comunicaciones autopoiéticas las cuales se organizan de forma compleja. Por esta razón, se abordará a

³⁵⁹ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 71

³⁶⁰ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, 2° ed. Traducido por et. al. Javier Torres Nafarrete, México, Herder y Universidad Iberoamericana, 2005, p. 63

³⁶¹ *Ibidem*, p. 68

continuación, lo tocante al entorno interno del derecho, antes de entrar en su constitución y funcionamiento.

3.1. La comunicación y el sistema social

Luhmann parte de la improbabilidad del orden social; formulando la siguiente pregunta ¿Cómo es posible el orden social?; la respuesta a dicha cuestión reside en la solución del problema de la doble contingencia; este concepto tan peculiar, es una de las piedras angulares de la teoría de sistemas, y esencial para explicar la comunicación como la operación basal de la sociedad.

La doble contingencia “indica el hecho de que tanto ego como alter observan las selecciones del otro como contingentes.”³⁶² Es decir, ego y alter, vistos como horizontes de posibilidades de selección, y no como sujetos concretos; adoptan una postura expectante entre sí, porque ambos se presentan, como dos cajas negras indescifrables e impredecibles en su actuar³⁶³; En palabras del autor:

Como ya hemos señalado en el capítulo anterior, hay que hablar del ego y del alter desde la perspectiva de su potencial abierto de determinación del sentido que le es dado en forma de horizonte a quien lo vive en el mismo o en los demás. Virtualmente el problema de la doble contingencia siempre se presenta en cuanto un sistema psíquico experimenta un sentido. La doble contingencia acompaña a toda vivencia, sin foco preciso hasta encontrarse con otra persona o con un sistema social al que se adscribe libre elección.³⁶⁴

El problema de la doble contingencia es experimentado por sistemas capaces de observar, así como, de producir y/o procesar el sentido; estos son los sistemas psíquicos y sociales; los cuales, como antes se mencionó, se encuentran acoplados estructuralmente, por esta razón la etiqueta de alter o ego la puede ocupar un sistema psíquico o social de manera indistinta.

³⁶² CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 90

³⁶³ Para Luhmann “contingente es aquello que no es ni necesario ni imposible; es decir, aquello que puede ser como es (fue, será), pero que también puede ser de otro modo.” LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales, Lineamientos para una teoría general*, 2da. ed., trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Barcelona, Anthropos, Universidad Iberoamericana, Centro editorial Javerino, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 115

³⁶⁴ *Idem*, p. 115

En lo tocante al proceso comunicativo, el problema de la doble contingencia, se hace presente cuando los sistemas psíquicos o sociales se experimentan; ambas partes basan sus expectativas del otro en un conocimiento mínimo, lo cual causa cierta reticencia por la imposibilidad de prever de forma certera la reacción del otro y viceversa³⁶⁵; de ahí la importancia de la confianza en la constitución de los sistemas sociales.

El problema de la incertidumbre, causada por la doble contingencia, es solucionado por los sistemas complejos, a través de la construcción de suposiciones; estas son producto de las observaciones y experiencias; al interior del sistema las suposiciones son las encargadas de generar cierto grado de certidumbre. Sin embargo aun cuando los sistemas crean estructuras y estabilizan expectativas, es imposible que eliminen la incertidumbre. Para efecto de ilustrar lo expuesto se pondrá como ejemplo el “BREXIT”;

A partir suposición “fundada” de que la votación en el referéndum de fecha 23 de junio de 2016, sería a favor de la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea, el entonces Primer Ministro David Cameron británico, no instruyo a las autoridades administrativas para elaborar un plan de contingencia en caso de que la votación no resultara de acuerdo a lo esperado; dicha negligencia causo una crisis política al interior del Reino Unido en los subsecuentes días al referéndum.

El carácter contingente de las suposiciones, radica en la incapacidad los sistemas para controlar su entorno, así como las acciones y reacciones de los sistemas a los cuales se encuentran acoplados, toda vez que, solo pueden controlar sus propias acciones. Al respecto de Luhmann establece:

El sistema social es un sistema precisamente porque no existe ninguna certeza básica de su estado, ni pronósticos acerca de su comportamiento basados en ello. Sólo se controlan las incertidumbres que resultan de ello con respecto de la propia conducta de los

³⁶⁵ “Parte de la subestructura que se da por supuesta en el teorema de la doble contingencia, es la de los sistemas altamente complejos que utilizan el sentido y que entre ellos no son transparentes ni calculables. Estos sistemas pueden ser psíquicos o sociales. Por lo pronto, tenemos que prescindir de su diferencia, debido a lo cual hablamos de black boxes (cajas negras); la situación básica de la doble contingencia es, entonces, sencilla: dos cajas negras, a causa de quién sabe qué casualidades entablan relación la una con la otra; cada una determina su propia conducta por medio de operaciones autorreferenciales complejas dentro de sus propios límites.” *Ibidem*, p. 118

participantes. Las posibilidades de asegurarse de su propia conducta en tal situación, están limitadas (estructuradas) por la formación del sistema. Sólo así se genera la reproducción autopoietica, la acción por la acción. La absorción de la incertidumbre se da mediante la estabilización de las expectativas, no a través de la estabilización de la misma conducta, lo cual presupone, ciertamente, que la conducta no se escoge sin ser orientada por las expectativas.³⁶⁶

El sistema social, emerge de la experimentación entre sistemas psíquicos, a partir de la disyuntiva de la aceptación o el rechazo de la comunicación; la cual se presenta como una paradoja, ésta disuelve al introducir una asimetría, es decir, cuando una de las partes inicia el proceso comunicativo.

Anteriormente se mencionó que los sistemas construyen cierta transparencia basada en la observación; la acción de uno, no solo aporta cierta información, también es la premisa de la acción del otro; es en este intercambio donde se abren las dimensiones de sentido, ese mundo de posibilidades coaccionadas por las estructura misma de la comunicación.

Hasta ahora se ha expuesto el tema de la doble contingencia en relación con el proceso comunicativo simple; sin embargo, esto se problematiza, cuando se aumenta de manera exponencial los sistemas psíquicos involucrados; surgiendo la siguiente interrogante; ¿Cómo es posible el orden social?, el cual es doblemente improbable.

De acuerdo con Luhmann, improbabilidad del sistema social parte de la siguiente paradoja “yo hago lo que tú quieres si tú haces lo que yo quiero”³⁶⁷, al ésta ser desdoblada; surge el proceso comunicativo, el cual por su propia naturaleza es inestable y efímero, porque su existencia se encuentra ligada a la durabilidad de la conversación; Ahora bien, el sistema social entendido como “conjunto de comunicaciones” se reproduce constantemente, segundo a segundo, gracias a los millones de sistemas psíquicos que interactúan simultáneamente.

La incertidumbre, producto de la doble contingencia tiene un papel fundamental en la composición de los sistemas sociales porque posibilita la creación de estructuras; En palabras del autor;

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 119

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 124

El problema de la doble contingencia posee, por lo tanto, las características de un factor autocatalizador: posibilita sin que se gaste a sí misma, la construcción de estructuras sobre un nuevo nivel de orden en el que se regula cada perspectiva desde las perspectivas mismas. Esto a pesar de que el problema de la doble contingencia es él mismo parte integrante del sistema que es generado- de ahí que se puede hablar de auto catalizador. Debido a que la experimentación de la contingencia está nutrida con temas, con información, con sentido, que permite que se inicie la construcción de los sistemas y, a su vez, sólo es posible porque esto sucede”³⁶⁸

La doble contingencia es ese catalizador que posibilita la constitución del sistema social al ubicar a los sistemas psíquicos en el entorno; es importante puntualizar que ambos sistemas se encuentran acoplados entre sí, esta concepción propicia la construcción de dos estrategias sistémicas fundamentales, la confianza y desconfianza.

La confianza es una estrategia, fundada en premisas inciertas, de largo alcance, la cual propicia un mayor número de posibilidades de acción; mientras que la desconfianza, a pesar de tener un menor alcance, propicia la evaluación de riesgo³⁶⁹; La posibilidad del orden social se concretiza a través de la constitución de sistemas funcionales, que aumentan la confianza como el derecho.

Como anteriormente se mencionó; el sistema social surge, cuando los sistemas psíquicos se experimentan en una situación de doble contingencia; De acuerdo con la teoría de sistemas, los sistemas autorreferenciales, se construyen a partir de la reproducción de una sola operación; por ésta razón está operacionalmente clausurado.³⁷⁰ Ahora, bien, en el pensamiento de Luhmann, la comunicación es la operación basal del sistema social; la cual define como:

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 127

³⁶⁹ “...hablamos de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría ocurrir un daño. (...)Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable. Y también con relación a este punto son posibles diferentes perspectivas de observación, cada una con diferentes opiniones acerca de si a de tomarse una decisión con la plena aceptación del riesgo. (...) En otras palabras, el concepto se refiere a un acuerdo de contingencia de alto nivel” LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, *op. cit.*, nota 338, p.62

³⁷⁰ “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 ese sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación más libre se podría decir: el sistema debe de presuponerse a sí mismo para poner en marcha mediante operaciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otras palabras: el sistema produce operaciones propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo

...una acción selectiva. El sentido no permite más que la selección. La comunicación toma algo del actual horizonte referencial constituido por ella misma y, deja aparte lo otro. La comunicación es el procesamiento de la selección. Sin embargo, no selecciona cómo se toma una y otra cosa de un depósito. Esta idea nos llevaría de nuevo a la teoría de las sustancias y a la metafísica de la transmisión. La selección actualizada en la comunicación constituye su propio horizonte, aquello que selecciona ya como selección, es decir como información. Lo que comunica no sólo es seleccionado, sin que ya es selección y, por eso mismo, es comunicado. Por ello la comunicación no se debe de entender como el proceso selectivo de dos, sino de tres selecciones.³⁷¹

Luhmann, concibe a la comunicación como una operación constituida por tres selecciones; información, acto de comunicar y acto de entender; la cual presupone la existencia de una codificación; esta parte de una duplicación para delimitar la entidad de un objeto a partir del binomio ser/no ser; por ejemplo en el caso del derecho el código sería legal / ilegal.

El proceso comunicativo, se funda sobre la premisa de la existencia de sistemas psíquicos; que producen el sentido (horizontes de posibilidad de selección); dichos sistemas se encuentran acoplados al sistema social; este procesa el sentido; de ahí que los sujetos alter ego, no sean entes determinados sino horizontes posibilidad; los cuales entran en una dinámica, denominada comunicación, este proceso, parte de la observación (operación que introduce una diferencia), toda vez que ego debe diferenciar el acto de comunicar (habla, señas, gestos, etc...) de la información³⁷² a comunicar; a su vez alter, realiza la misma operación con el fin de entender.

Las tres selecciones³⁷³ antes descritas son: acto de comunicar o emisión, información y acto de entender; este proceso se concluye cuando alter comprende; es decir; la información comunicada es traducida en pensamientos, propiciando la producción de sentido por parte del sistema psíquico, el sentido es coaccionado al

que pertenece al sistema y qué al entorno." LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., nota 360 op. cit., nota, pp. 99 y 100

³⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, Lineamientos para una teoría general*, op. cit., nota 363, p. 142

³⁷² Los sistemas se allegan de información a través de sus acoplamientos estructurales; por ejemplo los estímulos visuales percibidos por medio de los ojos, se convierten en pensamientos, estos a su vez se convierten en información a tematizar, la cual es comunicada.

³⁷³ "La comunicación es, entonces, un suceso completamente autónomo, autorreferencialmente cerrado, del procesamiento de selecciones que nunca pierden su carácter de selecciones; un suceso del cambio constante de la forma de materiales con sentido, de la transformación de libertad en libertad bajo condiciones cambiantes, sin perder de vista que siempre y cuando el entorno está ordenado de modo suficientemente complejo y no arbitrariamente, aparecen poco a poco experiencias de pruebas que se reintegran al proceso. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, Lineamientos para una teoría general*, op. cit., nota 363, p. 149

momento de ser procesado en el sistema social, dicha limitación es impuesta por la estructura misma de la información; Posteriormente alter, en base a lo anterior, decidirá si decide continuar con la comunicación o no.

A modo de comentario, Luhmann establece que los sistemas sociales complejos (sistemas macro-sociales), los cuales han trascendido la comunicación interpersonal limitada, a través de los medios de comunicación y las redes sociales, posibilitando la comunicación global; Por su alta complejidad, producen medios de comunicación simbólicamente generalizados, con el fin de aumentar las posibilidades de que la comunicación sea aceptada; ejemplo de estos medios son el poder, el dinero, etc.

Los sistemas sociales, con el fin de superar la improbabilidad de la comunicación como procesamiento de información; a lo largo de su evolución han desarrollado estrategias para superar tres improbabilidades:

1. La improbabilidad de que ego pueda entender las pretensiones de alter;
2. La improbabilidad de la accesibilidad de los destinatarios
3. La improbabilidad de éxito de la comunicación

Los sistemas diseñan cierto tipo de estrategias para superar las improbabilidades y convertirlas en posibilidades; a las que Luhmann denomina como medios.

Denominaremos medios a los logros evolutivos que arrancan en estos puntos de ruptura de comunicación y sirven funcionalmente para transformar lo improbable en probable. En correspondencia a las tres clases de improbabilidad de comunicación, hay que diferenciar tres diferentes medios que se posibilitan, limitan y cargan con problemas sucesivos mutuamente.³⁷⁴

Mediante la técnica del lenguaje se supera la improbabilidad de entendimiento, para el autor en comento, el uso de signos, así como las reglas que los rigen, aumentan las posibilidades de entendimiento, porque todo acontecimiento externo puede ser descrito por medio de signos; aunque no se descarta el mal entendido y el doble sentido.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 158

Por lo que se refiere a la improbabilidad de accesibilidad; la información espacialmente trasciende y permanece indefinidamente a través de los medios de difusión; como lo son, la escritura, los medios de comunicación masiva, el internet, entre otros; En el caso de la improbabilidad de éxito de la comunicación, los medios de comunicación simbólicamente generalizados; coaccionan la aceptación de la comunicación; al respecto Luhmann establece lo siguiente.

Denominaremos simbólicamente generalizados a aquellos medios que utilizan generalizaciones para simbolizar la relación entre selección y motivación, es decir para representarla como unidad (...) De manera muy diferente, y para constelaciones de interacción muy diversas, se trata de todos los casos de condicionar la selección de la comunicación de tal manera que actúen al mismo tiempo como medios motivadores, es decir, que puedan asegurar de manera suficiente el cumplimiento de la propuesta de selección.³⁷⁵

Ahora bien, un sistema social lo suficientemente complejo para superar las improbabilidades antes descrita; a través de la auto observación, puede reproducir al interior la diferencia sistema entorno; de esta manera se constituye como entorno interno de sus sistemas funcionales.

3.2. El Entorno de los sistemas sociales y su diferenciación

Los sistemas aumentan su complejidad a través de la autoobservación; la cual consiste en la reproducción de la diferencia sistema/entorno al interior; En la medida que los sistemas se vuelven complejos, también su entorno; de ahí que su relación sea simétrica.

El entorno es la base del sistema; es decir “que existen condiciones previas del proceso de diferenciación de los sistemas sociales que no pueden a su vez ser diferenciadas (entre ellas las personas como portadoras de conciencia)”³⁷⁶ La multiplicidad de fenómenos que acaecen en el entorno son simultáneos a los sistemas sociales, y los afectan de diversas maneras, provocando una reacción ante la sorpresa.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 159

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 174

Anteriormente, se mencionó que los sistemas sociales se encuentran acoplados a los sistemas en su entorno, esto les posibilita la adquirir información; la cual propicia la creación de estructuras, así como el enriquecimiento de temas. De ahí que el entorno sea vital para la subsistencia del sistema.

En cuanto a su complejidad, los sistemas son inferiores a su entorno circundante; por esta razón, existen acciones no estructuradas del entorno que inciden en el sistema, a las cuales se les denomina causalidades. Los sistemas no tienen la capacidad de estructurar todas las acciones, es decir, “ningún sistema puede evitar las causalidades, y que ningún sistema tiene la suficiente complejidad para reaccionar sistemáticamente a todo lo que venga.”³⁷⁷

La limitada capacidad de acción de los sistemas, los obliga a utilizar el azar como un mecanismo de disminución de complejidad; la cual le permite tratar aquellas acciones del entorno de manera adecuada en otro momento.

El sistema, al no poder prever todos y cada uno de los acontecimientos su entorno coacciona la selección; y/o genera contingencia; de ahí que, Luhmann, concibe al gradiente de complejidad como “contingencia de las relaciones con el entorno.”³⁷⁸ En base a lo anterior los sistemas pueden ver a su entorno como un recurso (dependencia) y/o información (inseguridad); sea subsecuente o simultánea.

El surgimiento del gradiente de complejidad; no solo parte a nivel operativo; es decir, del coaccionar la selección, también de volver el tiempo asimétrico; lo cual consiste en ubicar el tiempo cronológico en el entorno; mientras que el sistema maneja su propio tiempo; concebido como una dimensión de sentido que parte de tres diferencias pasado/presente/futuro; la cual tiene la capacidad de ser irreversible/reversible. El importante mencionar; el tiempo parte de la inmediatez de las operaciones que constituyen el sistema, las cuales se reproducen instante a instante de manera consecutiva debido a su carácter efímero. A modo de

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 177

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 178

comentario, no es lo mismo el tiempo como tema o tematizado en la comunicación, que el tiempo como dimensión de sentido o el tiempo en el entorno.

Ahora bien, anteriormente, se mencionó que los sistemas globales, por denominarlos de alguna manera, se dirigen a su entorno, mientras que los subsistemas a su entorno interno. Los procesos de diferenciación al interior parten de la reproducción de la diferenciación a partir de un proceso de reproducción autopoiética.

Para comprender la conexión entre reproducción y diferenciación se debe de entender por reproducción no una repetición idéntica o casi idéntica de lo mismo (...), sino una reconstitución de acontecimientos enlazables. Así reproducción siempre implica reproducción de posibilidades de reproducción. Pero para los sistemas sociales esto implica la reconstitución de la doble contingencia. Por un lado, la reproducción se sitúa bajo la condición de la capacidad de enlace y debe adaptarse a la situación; por otro lado, puede ofrecer posibilidades de formar dentro del sistema un nuevo sistema con su propia diferencia sistema/entorno...³⁷⁹

Es importante mencionar que los subsistemas solo pueden reproducir el tipo de operación propia del sistema global; de ahí que un sistema social solo puede diferenciarse al interior, y valga la redundancia, en un sistema social. Los subsistemas o sistemas parciales, no solo propician el aumento de complejidad del sistema global, y la disminución de la propia, esto en razón de que varios de los requisitos previos, los asume el sistema global.

La diferenciación social en sistemas funcionales parte de los problemas propios del sistema; en palabras del autor “La diferenciación sistémica es, de hecho, una técnica estructural para resolver los problemas temporales (...) de los sistemas complejos situados en entornos complejos”³⁸⁰

Los sistemas reproducen la diferencia sistema/entorno al interior, constituyendo sistemas funcionales dirigidos a sus propios entornos internos; lo cual tiene como finalidad el aumentar la selectividad; es decir, al constituirse nuevos subsistemas se abren nuevos horizontes de posibilidades de selección; lo cual disminuye el nivel de contingencia, aumentando el número de expectativas.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 182

³⁸⁰ LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad*, op. cit., nota 308, p. 72

La sociedad, vista como un sistema global, se vuelve más compleja a medida que la humanidad va evolucionando; por esta razón, en términos de la teoría de sistemas, la sociedad ha pasado por tres tipos de diferenciación fundamentales; cada una constituye la base para su sucesor; estas son segmentación, estratificación y diferenciación funcional.

Segmentación: la diferenciación al interior del sistema produce subsistemas iguales; de ahí que de acuerdo con Luhmann, el principio de desigualdad no tiene función alguna dentro del sistema.³⁸¹

Estratificación: esta surge de la introducción de la asimetría igual/desigual; la cual permite la constitución de subsistemas constituidos por comunicaciones iguales, dejando fuera a las que les son diversas o desiguales; este tipo de diferenciación permite la segmentación de la sociedad en clases, las cuales constituyen sus propios entornos internos a los cuales están alineadas.

Ahora bien; “La estratificación, por supuesto, requiere de una distribución desigual de las posibilidades de comunicación (...) La estratificación fue en principio un resultado de aumento de en tamaño y complejidad de la sociedad. Bajo condiciones de expansión que excluyen la interacción personal o cara a cara entre todos los miembros de la sociedad, la comunicación precisó de intensificadores de la selectividad.”³⁸²

La diferenciación funcional: El sistema constituye un segundo nivel de formación subsistemas, constituidos por un tipo específico de comunicaciones, además de realizar funciones particulares al interior del sistema global. Los sistemas funcionales se caracterizan por poseer sus propios entornos internos; estos últimos colindan con los demás sistemas funcionales que se encuentran en el entorno. De acuerdo con Luhmann, los sistemas funcionales surgen del establecimiento de roles

³⁸¹Cfr., “La segmentación diferencia la sociedad en subsistemas iguales. La igualdad se refiere aquí a los principios de formación de sistémica autoselectiva. En las sociedades arcaicas estos principios son el “origen étnico” o la “residencia”, o una combinación de ambos. La desigualdad resulta de una disparidad fortuita de condiciones del entorno. La desigualdad, en este estadio, no tiene una función sistémica. No obstante, es decisiva para la diferenciación evolutiva de las sociedades.” *Ibidem*, p. 76

³⁸²*Idem*, p. 76

complementarios, direccionados hacia una función específica; al respecto el autor en comento menciona:

En estos casos y en otros, la diferenciación comienza bastante pronto como un diferenciación de roles. Gana impulso cuando al menos dos roles distintos organizan sus expectativas complementariamente entorno a una función específica – por ejemplo, clérigos y laicos, los políticos y su público, educadores y pupilos -. Esto requiere la emergencia de roles especiales para la recepción de servicios, que asumen la condiciones de “roles límites”, en el sentido de que han de transformar relevancias no políticas en relevancias políticas (lo público), relevancias no económicas en relevancias económicas (clientes), relevancias no religiosas en relevancias religiosas (laicos), etc. Solo si esta condición se realiza a gran escala se convertirán en las comunicaciones funcionalmente especializadas en es subsistemas que orientan sus operaciones hacia un específico entorno común dentro de la sociedad.”³⁸³

De acuerdo con Luhmann, los sistemas funcionales son desiguales entre sí; sin embargo sus entornos internos a los cuales están alineados son tratados con igualdad; Por esta razón las operaciones de los sistemas funcionales se encuentran encaminadas a tres diferentes referencias; hacia el sistema de la sociedad, hacia otros subsistemas o hacia el mismo, es decir, en cuanto a su presente como función del sistema, el futuro relacional y expectante en razón de su entorno circundante y pasado en él se funda su identidad.

En cuanto a la evolución de los sistemas sociales, como antes se puso de manifiesto, las sociedades primero se segmentan, después se estratifican y por último se diferencian de manera funcional.

3.3. El Derecho en la teoría de sistemas

El sistema global dentro de su basta estructura posee una serie de sistemas funcionales los cuales se encuentran operativamente clausurados; dicha clausura proviene de la reproducción constante de su operación basal, de lo anterior surge la siguiente cuestión ¿Qué tipo de comunicación se reproduce de manera autopoiética en el sistema jurídico?

³⁸³ *Ibidem*, p. 79

De acuerdo con Luhmann, las operaciones que constituyen el derecho se encuentran orientadas por un Código (legal/ilegal y derecho/no derecho); es preciso señalar lo siguiente; este último concepto, dentro de la teoría de sistemas, se define como:

Con Código se entiende una regla de duplicación que permite relacionar toda entidad que caiga en su campo de aplicación como una entidad correspondiente (...) Los esquemas binarios son tipos específicos de distinciones (...) caracterizadas por un rígido binarismo con la exclusión de terceros valores. Tal binarismo se expresa en lógica en el principio del tercero excluido: una comunicación científica es verdadera o no verdadera, y no existen otras posibilidades; un organismo está vivo o no vivo, y no puede estar un poco vivo. Una característica de la binariedad es por lo tanto una drástica reducción que restringe la gama infinita de las posibilidades a dos únicas opciones relacionadas por una negación.³⁸⁴

El derecho³⁸⁵ es un sistema constituido a partir de estructuras, así como de la producción continua de operaciones, el cual se determina constantemente así mismo; por ésta razón es el único capaz de identificar sus propias operaciones.

Los sistemas complejos altamente diferenciados como el derecho, no solo son autorreferenciales, también tienen la facultad, por decirlo de alguna manera, de describirse a sí mismo; dichas descripciones difieren de las realizadas por las corrientes de la teoría del derecho, las cuales, son analíticas y distan, en gran medida, de una descripción sistémica omnicomprendiva, ésta última, de acuerdo con la teoría de sistemas concibe al derecho como un entramado de comunicaciones.

El derecho se encuentra inmerso dentro de la sociedad, esta última constituye su entorno interno, sin embargo, el derecho se acopla al entorno de la sociedad, enriqueciendo de forma indirecta al sistema global que lo comprende; en palabras del autor:

El sistema jurídico, para insistir en este punto decisivo, es un subsistema del sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, sólo el entorno del sistema jurídico. Ella es en

³⁸⁴ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, pp. 51-52

³⁸⁵ "Solo el derecho puede decir lo que es derecho. En ello la producción de estructuras es un asunto circular ya que las operaciones para poder referirse de manera recursivamente a otras operaciones necesita construir estructuras. No solo la producción de operaciones mediante operaciones, sino también, y sobre todo, la condensación y la confirmación de estructuras mediante operaciones que se orientan a tales estructuras, es la realización de la autopoiesis." LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, *op. cit.*, nota 360 p. 106

parte más, - en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos- en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes.³⁸⁶

A diferencia de otros subsistemas, el derecho, se presenta en la sociedad con cierta transparencia, como diría el autor, esto permite que la sociedad lo tematice de manera cotidiana, sin que se disuelva en el entorno, por esta razón, podemos diferenciar de manera clara las comunicaciones jurídicas de las demás, como aquellas que tienen lugar en el aula o en los medios de comunicación masiva, en los periódicos o en las cafeterías de cualquier lugar.

El derecho; como todo sistema autorreferencial, parte del desdoblamiento de la tautología, "Derecho es Derecho"; a partir de introducir una asimetría a esta identidad, se desencadenará la diferenciación del mismo y su unidad a través de la propia diferencia; este tema se abordará más adelante con mayor ahondamiento.

Los subsistemas no son entidades aisladas totalmente de su entorno o de influencia limitada, de acuerdo con Luhmann; los subsistemas funcionales, en especial el derecho, son verdaderas máquinas históricas; porque tienen la capacidad de cambiar mediante su reproducción autopoiética al sistema social.

Ahora bien, ¿Cómo es que se da la clausura operativa del sistema jurídico? El sistema jurídico en sus inicios se encontraba vinculado a sistemas como la religión o la familia (recordemos los rituales); no fue, sino hasta que se dio la estratificación social que el derecho empieza a tomar independencia cuando; este proceso se da de la siguiente manera; al estratificarse la sociedad, el derecho le otorga a ciertas estructuras dominantes el carácter de jurídicas, o relevantes para el sistema; posteriormente se seculariza y los tribunales toman autonomía, hasta que, finalmente adquiere su independencia cuando logra especificar su función, así como establecer su propio código binario.

³⁸⁶ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad, op. cit.*, nota 360, p. 112

Una vez que el derecho, adquiere clausura operativa, es capaz de estructurarse a sí mismo; esto en razón de la transformación de las estructuras sociales³⁸⁷; ya sea aboliendo los derechos de a nobleza para reconocer la misma calidad procesal a todos los individuos o viceversa.

Como anteriormente se hizo mención, la diferenciación y clausura operativa del derecho depende de dos factores importantes; el primero es la especificación de la función y el segundo es el establecimiento de un código binario. Es preciso señalar que la función del derecho, desde el punto de vista de la teoría de sistemas, dista de lo argüido por las distintas teorías analíticas.

De acuerdo con la teoría de sistemas, “El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna (...) cuya función es mantener estables las expectativas (...) aun en caso de que resulten vanas.”³⁸⁸ Este sistema en particular, determina cuales operaciones le son propias, en base a un código binario derecho/no derecho o conforme al derecho/ no conforme a derecho.

Si un jurista quiere reconocer si una comunicación pertenece o no al sistema jurídico, debe comprobar si dicha comunicación se ordena dentro de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho. Solo estos dos logros, función y código, tomados conjuntamente, producen el efecto de que las operaciones específicamente se puedan distinguir y reproducir a partir de ellas mismas, con márgenes de error marginales.³⁸⁹

Por esta razón, la concepción del derecho de Luhmann trasciende a la idea de una norma fundamental o de reconocimiento; al ser la propia dinámica reproductiva del sistema jurídico la que determine que es y no es derecho³⁹⁰; esta concepción abre

³⁸⁷ “Con el cambio de las estructuras sociales cambian también las formas en las que el orden jurídico, desde sí mismo, toma en consideración dichos cambios. Estas formas reducen a tal grado la creciente complejidad de los isomorfismos y las correspondencias punto por punto de las semánticas, que la referencia se volverá sumamente abstracta y ya no será reconocible su fin regulativo. Aunque la forma de resolución permanece: el sistema jurídico se diferenciará para estar, por sí mismo, a la altura de las estructuras de la sociedad, con todos los problemas que acarrea la reconstrucción completa de las dependencias sociales mediante disposiciones internas del sistema jurídica” LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, *op. cit.*, nota 360, p. 115

³⁸⁸ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 71

³⁸⁹ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, *op. cit.*, nota 360, p. 116

³⁹⁰ “La especificación de la función delimita aquello que entra en consideración como operación de sistema. La función se refiere a las operaciones del sistema y se le reconoce por el hecho de que las por el hecho que las operaciones se orientan por las normas. La codificación binaria se refiere se refiere a una observación de

el panorama de lo jurídico de manera exponencial; invalidando la concepción positivista de que el sistema jurídico solo se encuentra constituido por disposiciones jurídicas creadas por los órganos preestablecidos por la norma fundamental o que hayan cumplido con los requisitos establecidos por la regla de reconocimiento.

Las comunicaciones jurídicas conforme se reproducen y enlazan, no solo integran el sistema jurídico, también lo transforman, por ejemplo, hasta no hace algunas pocas décadas, la sociedad toma conciencia de las problemáticas ambientales, producto del uso desmedido de los hidrocarburos y gases tóxicos, lo cual produce la tematización del mismo al interior de la sociedad, posteriormente, dicho tema toma fuerza hasta el punto de incidir en los sistemas jurídicos.

Las comunicaciones jurídicas ocurren en la cotidianidad, es decir dentro de la sociedad, así como dentro del derecho, lo cual produce inseguridad (porque los resultados dentro de un proceso jurídico son, en cierta manera impredecibles), sin embargo esta incertidumbre es atenuada gracias a los diversos mecanismos del sistema, como la imparcialidad de los jueces.

Es importante concebir a las comunicaciones como entes dinámicos que entran y salen de los sistemas funcionales sin un patrón determinado, a través de diversos medios³⁹¹; por ejemplo; El 91% de las violaciones, abuso sexual, estupro, entre otros delitos de carácter sexual no son denunciados³⁹²; es decir, que las comunicaciones que tematizan esos acontecimientos no entran al ámbito del sistema jurídico porque no son denunciados.

Los sistemas dotados de sentido, así como sus subsistemas funcionales carecen de un centro inamovible; de ahí que Luhmann contrario a lo manifestado por Kelsen;

las operaciones del sistema y se le reconoce por la circunstancia de que asigna valores: conforme a derecho /no conforme a derecho." LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad, op. cit.*, nota 360, p. 116

³⁹¹ "Las personas, los sistemas de interacción, las organizaciones hacen posible introducir comunicaciones en el sistema jurídico y luego retirarlas. Ante esto el sistema jurídico es indiferente. (...) El sistema no es ningún sistema atractivo. Simplemente declara: si se ha de hacer valer el derecho, es decir, si se ha de disponer sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, entonces se tendrá que hacer según mis condiciones. Únicamente en este sentido preciso es que el sistema está clausurado operativamente y determinado en sus estructuras." *Ibidem*, p. 128

³⁹² <http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/en-mexico-91-de-los-delitos-sexuales-no-se-denuncian.html>

establece que el “centro” del derecho se encuentra en la propia reproducción comunicativa; en palabras del autor:

Distinto a lo que exigen los lógicos y distinto a lo que opina Kelsen, la unidad del sistema jurídico no es premisa operativa del sistema. La unidad del derecho no puede ser ni como principio ni como norma. Ninguna sentencia debe mencionar, y mucho menos comprobar, la unidad del sistema. Ninguna ley nombra la unidad como parte constitutiva de las regulaciones jurídicas. La unidad se reproduce en cualquier operación como resultado.³⁹³

La identidad de los sistemas, radica en la diferencia sistema/entorno, la cual parte de clausura operativa del sistema, es decir, los impulsos provenientes del exterior (hechos físicos, químicos etc.), son transformados, a través de los acoplamientos estructurales, en operaciones del sistema; por ejemplo, el privar de la vida a una persona, no toma sentido en lo social hasta que es comunicado, asimismo, toma relevancia jurídica, cuando dicha comunicación entra en el derecho.

De acuerdo con Luhmann; el estudio del derecho parte de dos cuestiones fundamentales: a) ¿Cómo opera?, y b) ¿Cómo observa sus propias operaciones y consecuencias?; estas preguntas nos remiten a los conceptos de autorreferencia³⁹⁴ y heterorreferencia. Dicha distinción solo puede, ser posible a través de una observación de segundo orden, la cual identifica el sistema y el entorno.

De acuerdo con Luhmann, funcionalmente el derecho al distinguir la autorreferencia de la heterorreferencia es considerado como normativamente clausurado (recordemos que la función del derecho es estabilizar expectativas) y cognitivamente abierto.³⁹⁵ A continuación observaremos como el derecho obtiene su clausura normativa frente a otros sistemas normativos.

³⁹³ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., nota 360, p. 129

³⁹⁴ “El concepto de autorreferencia indica el hecho de que existen sistemas que se refieren a sí mismos mediante cada una de sus operaciones (...). Se trata de sistemas (orgánicos, psíquicos y sociales) que puedan observar la realidad mediante el autocontacto. (...) Se presenta la autorreferencia cuando la operación de observación está incluida en lo que se indica, es decir, cuando la observación indica algo a lo que pertenece. Un sistema social, por ejemplo puede producir sólo comunicación y es capaz de considerar la realidad la realidad solo comunicando; la autorreferencia está implícita en toda comunicación en forma de emisión...”
CORSI, Giancarlo, et. al., op. cit., nota 307, p. 43

³⁹⁵ Cfr., LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., nota 360, p.133

Siguiendo el mismo orden de ideas; el derecho, a partir del siglo XVIII y XIX; busca la total independencia de la moral; porque ésta última se basa en un consenso, altamente improbable; esta situación le es indiferente al ámbito jurídico; por ejemplo; la controversia del aborto; hasta ahora no se ha llegado a un verdadero consenso moral, si es o no bueno; sin embargo en algunos países es jurídicamente avalado aunque, un grueso de la sociedad lo abola. Por lo tanto, las comunicaciones morales no son una influencia determinante para el sistema jurídico, aunque existen casos en los cuales ambos sistemas compaginan.

En una observación de primer orden, el sistema aguarda que se actualice o se mantengan las expectativas (normas); esto con apoyo social; sin embargo; en un nivel de observación de segundo orden, es posible apreciar como el sistema, a partir de la irritación externa, es capaz de modificar o cambiar las expectativas; a este proceso reflexivo, Luhmann lo denomina apertura cognoscitiva; Es importante aclarar que éste tipo de apertura no rompe la clausura normativa del sistema, la cual se encuentra cimentada en la autopoiesis del derecho;

Ahora bien, la clausura normativa y la apertura cognitiva son procesos que se combinan; de acuerdo con el autor en comentario

La forma típica en la que se combinan clausura operativa con apertura cognitiva, es aquella del programa condicional. Este programa condicional exige que las reglas normativas de decisión (que se justifican solo al interior del derecho) se formulen de tal manera que sea posible una deducción a partir de los hechos – los que determinan cognitiva si está presente la realidad a, entonces la decisión x es conforme a derecho ; si no, no. La prescripción de las realidades que procesen este efecto disipador, se lleva a efecto a través de la formulación de normas.

La clausura normativa, la apertura cognitiva y el programa normativo se dan al interior del sistema; el entorno donde acaecen las comunicaciones y los hechos facticos, es fuente de información, en el sentido de observación y no de intercambio.

Solo a partir de la diferenciación del sistema de la sociedad y el entorno circundante a esta última, es posible la diferencia hecho/norma; la cual tiene una relevancia fundamental dentro del sistemas, porque de acuerdo con Luhmann, las normas no se derivan de manera directa de los hechos y viceversa; Sin embargo, cuando un hecho como la costumbre, toma relevancia para el derecho, este la introduce en los

propios términos del sistema, por ejemplo una sentencia en la que se reconozca su carácter vinculatorio. En palabras del autor.

El que el derecho tenga que legitimar dentro del derecho lo que consulta fuera del derecho, es una muestra más de que las cogniciones heterorreferenciales son aspectos de las operaciones internas del sistema jurídico. Las indagaciones sociológicas acerca de la utilización del conocimiento dentro del derecho van todavía más lejos. Estas indagaciones permiten reconocer que el conocimiento de los expertos abandona su carácter esencial cuando es utilizado en los procesos de decisión política-administrativos y que por eso pueden conducir resultados que han sido decididos bajo presión de tiempo y necesidad de simplificación. En el sistema jurídico esto significa que el conocimiento que se declara en calidad de conocimiento fáctico se puede transformar en decisiones de derecho mediante normas jurídicas. Dicho de otra manera: el conocimiento debe adecuarse a la forma prevista por el derecho, de tal suerte que apoye la pretensión jurídica de que las decisiones, si existen reglas, se sigan de los hechos.³⁹⁶

La carencia de un centro gravitacional, por así decirlo, permite que las decisiones jurídicas oscilen entre lo normativo y cognitivo; es decir, pueden versar sobre la actualización de un supuesto normativo o la interpretación del alcance o aplicabilidad de una norma. Ahora bien, los programas, son aquellos que regular el vaivén de lo normativo/cognitivo de las decisiones jurídicas; por ejemplo; las decisiones jurídicas respecto de asuntos penales, versan, de manera somera, sobre la actualización o no de un supuesto normativo; contrario a las decisiones de carácter constitucional, que abordan por lo regular, cuestiones como la interpretación, alcance o ámbito de aplicabilidad de una norma (en sentido lato).

Los programas no solo engloban las normas jurídicas, también los criterios de los organismo que imparten justicia; ejemplo, el darle la guardia y custodia de los menores a la madre hasta que esta sea declarada no apta. Esta concepción del derecho, engloba, por decirlo de alguna manera, todos los ámbitos normativos, desde la legislación hasta los perjuicios de los tribunales, pasando por los usos y costumbres judiciales, por esta razón el panorama de lo jurídico se amplía.

Las operaciones constitutivas del sistema jurídico se encuentran enlazadas por un símbolo, denominado validez, la cual “es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al

³⁹⁶ *Ibidem*, p.147

contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema.”³⁹⁷

La validez hace referencia a la forma validez/ no validez, en el entendido de que la primera se encuentra al interior del sistema y la segunda designa a todo lo demás; por esta razón contrario a lo establecido por los positivistas, la validez de un ordenamiento o acto, no se encuentra en una norma, sino en una forma, la cual es atribuida a las operaciones del sistema a través de diversos procedimientos; por ejemplo el legislativo.

Otro aspecto importante de la concepción de la validez de Luhmann, es la inclusión de la no validez, como la otra parte de la forma, porque de esta manera es posible vislumbrar como una decisión o programa puede pasar de valido a invalido o viceversa, mediante los procesos internos del sistema; de ahí que la no validez tenga sentido reflexivo (no comunicativo u operacional) al interior del derecho.

La validez del sistema, de acuerdo con Luhmann, no reside en ninguna norma presupuesta o de reconocimiento, sino en la propia reproducción del sistema; en palabras del autor

Por ello, la única prueba de validez se encuentra en la continua modificación del estado de validez del sistema, en el permanente enlazamiento de operación con operación; esto es en la autopoiesis del sistema. Como producto colateral de este autoaseguramiento permanente del sistema surge aquello que el observador describe como complejidad. Para esto no hay ninguna razón última, sino sólo la limitación y el modo de producción.³⁹⁸

Aunado a la validez se encuentra el principio de igualdad el cual, dentro de la teoría de sistemas, es una forma constituida por dos lados igual/desigual, ésta designa el tratamiento de los casos por regla (igual) o excepción (desigual); de acuerdo con Luhmann esta última instancia requiere fundamentación.

Este esquema es expresión de la evolución del proceso de diferenciación y esto en última instancia, significa: generación de más igualdades y más desiguales. Con este esquema los casos nuevos que se subsumen bajo una regla que posibilita convertirlos en una respectiva

³⁹⁷ *Ibidem*, p.159

³⁹⁸ *Ibidem*, p.166

de casos iguales. El esquema igual/desigual se reproduce dentro de sí mismo: sirve como principio de bifurcación del sistema. Bifurcación significa siempre construcción de un orden histórico irreversible; después la auto evaluación de este procedimiento se expresa con el concepto de justicia.³⁹⁹

3.4. La función del derecho al interior de la sociedad

La teoría del derecho actual, de manera somera, considera que la función del derecho es controlar el actuar de los miembros de la sociedad a través del uso de la fuerza y la intimidación; Sin embargo Luhmann, tiene un acercamiento diferente, porque, parte en una primera instancia de que el problema al cual da solución el derecho es de carácter temporal producto del establecimiento de las normas:

La problemática social aumenta bruscamente cuando para asegurar estos enlaces temporales hay que introducir determinadas expectativas que ni siquiera corresponden a la realidad y que incluso producen algunos desengaños. Quien ya reconoce las expectativas de antemano debe resolver conflictos sin saber quien participará en ellos y cómo lo hará. La fijación del tiempo prejuzga la toma de partido en la sociedad. La libertad del comportamiento se reduce con anticipación, si no de facto, si en el plano de la expectativa. Quienes por razones personales, (ya sean circunstanciales u objetivas) quisieran actuar en contra de las expectativas, se verían perjudicados de antemano.⁴⁰⁰

A través de un entramado de normas se genera confianza al interior del sistema, porque hace menos contingente el futuro al generar ciertas expectativas; lo cual propicia un mayor consenso en la dimensión social. Es decir, el derecho es un sistema que estabiliza expectativas a través de sus operaciones.

En la medida en que las expectativas⁴⁰¹ (normas)⁴⁰² son acatadas o actualizadas generan confianza al interior de la sociedad; ahora bien, una de las ventajas de la

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 170

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p.186

⁴⁰¹ "Las expectativas se forman mediante selección de un abanico limitado de posibilidades respecto a las cuales puede orientarse un sistema (se espera que el asfalto este seco o mojado, pero que no se hunda al paso el automóvil) CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 106

⁴⁰² "En el concepto funcional de norma, entendida como expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos (contrafácticamente), no hay una toma de decisión previa en torno a las motivaciones por las que alguien cumple (o no) con las normas. Al contrario: a es precisamente a lo que hay que renunciar si la norma ha de cumplir su función." LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad, op. cit.*, nota 360, p.191

concepción sistémica del derecho, es que ambas partes del código adquieren relevancia, en el caso de las desviaciones, estas son tratadas por el derecho de tal manera que no se vea mermada la confianza; la cual depende de la eficacia.

De acuerdo con Luhmann las expectativas establecidas en la norma se estabilizan a través del aseguramiento frente a los hechos⁴⁰³; es decir, aquello que prevé sea posible; además de resistente a los desengaños. Esta peculiaridad de las normas les permite encontrarse desvinculada de la realidad fáctica, por eso encontramos regímenes que legislaron en materia de derechos humanos, aunque en la cotidianidad permitían la segregación racial o las desapariciones forzadas.

Ahora bien, como resultado de la diferenciación del derecho, surgen dos sistemas de organización del derecho, legislativo y judicial; estos se encargan de organizar las decisiones jurídicas de afirmación o de cambio.

Los sistemas reflexivos como el derecho tienen la capacidad e describirse a sí mismo, en el caso del derecho este, se describe, a sí mismo, de manera jerárquica, en lo tocante a sus órganos (subsistemas de organización) y las normas, aunque en realidad solo estemos ante la reproducción constante de decisiones jurídicas.

El derecho establece el proceso para llegar a una decisión jurídica, esto es parte de la propia reflexividad del sistema, Al respecto el autor establece:

Para este ámbito de decisiones del sistema jurídico, se han desarrollado formas bien establecidas de reflexividad. Estas formas utilizan el formato de la doble modalidad – estandarización de la estandarización-, pero reducen el uso de esta posibilidad en las aplicaciones requeridas por el sistema. El caso más conocido es la estandarización de las reglas de procedimiento que, una vez acatadas, conducen a que la decisión que se ha producido tenga, a su vez, fuerza normativa. El caso límite es la simple norma de competencia que sirve de encarnación al principio de soberanía jurídica.⁴⁰⁴

Los subsistemas de organización del derecho, en conjunción con la estandarización de los procesos de decisión, de acuerdo con el autor en comentario, no solo crea, expectativas normativas al interior del sistema; también al exterior; tal es el caso de las creadas por los individuos entorno del derecho, a estas Luhmann les denomina

⁴⁰³ Cfr., *Ibidem*, p. 192

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 203

expectativa de la expectativa, las cuales aunque versan sobre el sistema jurídico no forman parte del mismo.

Las expectativas de las expectativas son ejemplo del coste social que tiene la diferenciación del derecho, con excepción del golpe de estado o la revolución, las expectativas normativas generadas por la sociedad no tienen incidencia sobre el sistema jurídico de manera directa; por ejemplo, las gran mayoría de las marchas que tienen lugar en la ciudad de México no impactan al derecho o al sistema político.

Las expectativas normativas, provocan seguridad al interior del sistema social, así como influyen de manera “indirecta” en el comportamiento, debido a la confianza que generan; esto nos lleva a la posición del sistema jurídico frente a la sociedad; de acuerdo con Luhmann; son dos las principales prestaciones que exige la sociedad del derecho; el encauzar el comportamiento y la solución de conflictos.

Contraria a una visión positivista del en donde la obediencia del derecho reside en la coerción; la teoría de sistemas encuentra la normalidad del derecho en el correcto funcionamiento de los sistemas funcionales acoplados al sistema jurídico; Es decir, la observancia del derecho, depende de la adecuada cooperación y coordinación de los otros sistemas funcionales, como la política, la economía y la educación, entre otros; para efecto de que estos también haga cumplir las expectativas normativas.

Por otro lado, la prestación, consistente en la solución de conflicto, solo es aplicable a los casos previstos en las pretensiones normativas; porque el derecho no es la solución a todos y cada uno de los problemas de la vida cotidiana; al respecto Luhmann, hace alusión a los casos de violencia familiar o los casos de arbitraje, así como otros medios extrajurídicos de solución de problemáticas. Sin embargo solo el derecho propicia ese ambiente de confianza al interior de la sociedad.

Ahora bien, el derecho es un sistema autorreferente, el cual tiene la capacidad de observarse y describirse a sí mismo; en el caso particular del sistema jurídico este se describe como un conjunto de normas generadas y aplicadas por órganos

facultados para dicha función para Luhmann, solo sea un sistema que reproduce decisiones jurídicas.

El derecho, reproduce contantemente resoluciones jurídicas a través de los subsistemas de organización, estos son: el legislativo, ejecutivo y judicial, respectivamente; Asimismo el derecho, al ser un sistema reflexivo es capaz de estandarizar los procesos de producción de decisiones jurídicas a través de reglas procesales y competenciales, las cuales fungen como límites. La obediencia a las normas y su aplicación coercitiva en el caso específico radica en que la decisión sea producto de un proceso específico realizado por los subsistemas de organización.

Las expectativas de la sociedad son filtradas por el derecho para efecto de que las decisiones no se vean viciadas por la opinión social; Por esta razón la opinión pública sobre el funcionamiento del sistema jurídico, no afecta su funcionamiento; pero los problemas al interior del sistema político, educativo o económico lo impactan seriamente.

Como antes se mencionó, el derecho tiene como función principal el estabilizar expectativas y a su vez, otorga dos prestaciones al sistema social; la primera consiste en encauzar el comportamiento: cuando las expectativas del derecho son estables, los gobernados observan las disposiciones jurídicas porque generan un ambiente de seguridad, además de tener la capacidad para asegurar el comportamiento deseado. La segunda prestación es la de solución de conflictos; aunque esta posee diversos accesos, no todos los problemas que acaecen en la sociedad, como antes se mencionó, so resueltos por el sistema jurídico.

Es importante observar que Luhmann abre el horizonte del derecho mostrándolo como un sistema interactivo, el cual en cierta medida requiere del apoyo de otros sistemas funcionales para asegurar el comportamiento deseado o viceversa, asimismo este es necesario para que sistemas como la economía y la propia sociedad vista como un todo, siga funcionando.

3.5. Criterio de pertenencia y disposición jurídica en la teoría de sistemas (Codificación y Programas)

De acuerdo con Luhmann, la tautología “derecho es derecho” se desdobra por medio de la inclusión de una negación; como resultado se tiene la paradoja derecho no es derecho; esta última se divide, así como se agrega una negación, quedando el antagonismo “el derecho de uno no es el derecho de otro”; lo cual propicia la introducción de condicionamientos que permiten al derecho alcanzar un nivel de programación denominado como auto estructuración.

La clausura operática derecho/no derecho, por si sola es inoperante, debido a que el valor negativo de la forma queda en el entorno; ante esta situación Luhmann; introduce la forma dentro de la forma; es decir; que al interior del derecho se introduce la diferencia conforme a derecho / no conforme a derecho o derecho de uno/ no derecho de otro; de esta manera el valor negativo⁴⁰⁵ queda incluido en el sistema, esto implica, que el no derecho adquiere sentido dentro del sistema para efecto de ser tratado en términos de derecho. En palabras del autor:

Para la función de la codificación, la re-entry de un solo lado no es suficiente: eso significaría, en el sentido operativo, que el límite de la forma no podría cruzarse que prácticamente no se podría sino soñar acerca del no-derecho, en el derecho. Todo cruce del límite se perdería en el espacio infinito de la otredad y no regresaría jamás. Sólo si la posibilidad de la re-entry queda a disposición de ambos lados de la forma, la autorreferencia puede convertirse en simetría que luego, en el sistema, puede ser re-asimetrizada a través de condicionamiento.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ Gracias al código binario existe un valor positivo que llamamos derecho, y un valor negativo que llamamos no derecho. El valor positivo se aplica cuando un asunto coincide con las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando un asunto infringe las normas del sistema. Aquello que acabamos de llamar “asunto”, es construido por el propio sistema. El sistema no reconoce ninguna instancia externa que pudiera dictarle lo que es un “asunto”, si bien este término puede designar situaciones tanto internas al sistema como externas a él.” *Ibidem*, p.236

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p.233

La clausura operativa a través del código, implica que las operaciones propias del derecho sean recursivas y se reproduzcan de manera autopoiética; por esta razón en la teoría de sistemas de Luhmann, no hay lugar para las teorías teleológicas del derecho. De acuerdo con el autor en comento el sistema jurídico no se mueve en razón de fines, sino en la renovación continua, a través de la reproducción y enlazamiento constante de las operaciones. La estabilidad del sistema, radica en la clausura que otorga el código binario derecho/no derecho, de ingresarse otro valor se rompería con la estabilidad del sistema lo cual propiciaría su destrucción.

El código derecho/no derecho se aplica en razón de programas; es decir, la productividad del sistema proviene de la introducción de la diferencia código/programa; la cual posibilita la aplicación de las normas al caso concreto; de esta manera el sistema determina si A se ubica dentro del lado del derecho o del no derecho.

De la codificación resulta sin embargo sólo una necesidad complementaria, una necesidad – tal vez en el sentido de Derrida- de “suplementos”, una necesidad de instrucciones suficientemente claras. Dado que los valores derecho y no derecho no son propiamente criterios para la determinación del derecho (o del no derecho), deben existir otros puntos de vista que indiquen cómo los valores del código derecho/no derecho se asignan o bien correctamente, o bien erróneamente. Esta semántica adicional la vamos a llamar (...) programas.⁴⁰⁷

Los programas del derecho adoptan la estructura condicional “si esto/ entonces esto”; es preciso aclarar que cualquier contenido programático u orientado por fines contenido en la legislación se debe de expresar en forma condicional. Los programas también fungen como estabilizadores de las discrepancias entre derecho y sociedad; dada su capacidad adaptativa.

La estructura condicional de los programas hace alusión, por lo general a sucesos pasados⁴⁰⁸; por eso el derecho acciona a posteriori; aun en el caso de las desapariciones forzadas, se entiende por consumado, a pesar de la ficción de

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p.248

⁴⁰⁸ “Por la forma abierta del programa condicional tan solo se excluye que hechos futuros, aun no determinados en el momento, en el momento de la decisión, sean determinantes para ejecutar la decisión entre derecho y no derecho.” *Ibidem*, p.257

continuidad del delito hasta el hallazgo de la osamenta o de la persona. Asimismo, el derecho, sin dejar la estructura condicional, puede adoptar una postura preventiva; a partir de la proyección de la consumación de hechos futuros posible, de esta manera surgen nuevos tipos de leyes, así como los mismos contratos.

De acuerdo con Luhmann, la forma condicional de los programas obedece a la función propia del derecho, en palabras del autor:

La fijación a la forma del programa condicional se relaciona con la función del derecho, es decir, con la estabilización de las expectativas contrafácticas. Precisamente para el caso en que no se cumplan, las expectativas se plasman en forma de normas. Esta substitución de seguridad (de las expectativas) por inseguridad (del cumplimiento) requiere de compensaciones estructurales. No se puede hacer también depender del futuro el hecho de que las expectativas, que desde ahora hay que determinar, deban justificarse en el futuro. Se quiere saber ahora, o mejor dicho, se quiere determinar la seguridad en el momento de la decisión, y es solo se puede garantizar en la forma de un programa condicional.⁴⁰⁹

El derecho a través de los procesos provoca una incertidumbre al interior, en razón del sentido del fallo; la dilación de tiempo, incita a los observadores del proceso a participar; De acuerdo con Luhmann, la dilación del proceso obedece a las normas adjetivas, estas establecen la forma en la cual se ha de desenvolver el proceso, hasta la sentencia. Las normas procesales también tienen la función de mantener la incertidumbre hasta que se tengan los elementos necesarios para tomar una decisión.⁴¹⁰

3.6. La función sistémica de la justicia en la teoría de sistemas

La justicia en el pensamiento de Luhmann no es un valor o un principio meta-jurídico a interpretar; sino una fórmula de contingencia. Es decir de una autoobservación y auto descripción del sistema a nivel programático⁴¹¹, de ahí su cualidad normativa;

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 258-259

⁴¹⁰ *Cfr.*, *Ibidem*, p. 269

⁴¹¹ "No obstante, el sistema jurídico no tiene por qué desistir de la idea de justicia. Lo que se tiene que reconsiderar es tan solo la ubicación teórica de esta idea. Se trata, y por ello esta introducción tan puntualizada sobre el tema, de una representación de la unidad del sistema. Mientras que en el caso de la validez se entiende ésta como un símbolo que circula en el sistema y que enlaza operaciones al mantener en

por esta razón, la justicia es susceptible a los desengaños, esto se traduce en la existencia de sistemas jurídicos injustos⁴¹².

Debido a que la justicia se limita a un nivel programático; no se puede calificar de justo o injusto al código o a la autopoiesis operacional del sistema. Luhmann, define a la justicia como una “fórmula de contingencia del sistema jurídico”⁴¹³, esta parte de la forma “indeterminabilidad/determinabilidad”⁴¹⁴ la cual designa la posibilidad de que un asunto u acontecimiento puede ser de otra manera (véase información y sentido); esto potencializa la capacidad adaptativa de los sistemas.

Las diferentes concepciones de justicia, que hacen posible la crítica y transformación del sistema, se encuentran ligadas al tipo de diferenciación sistémica; por ejemplo, la justicia distributiva aristotélica solo fue posible en un sistema estratificado. Una de las funciones de la justicia es orientar la complejidad interna del sistema; todas y cada una de las reconstrucciones de la realidad del entorno, así como las estructuras y programas que de ahí derivan deben de ser conforme a la fórmula de contingencia denominada justicia.

En razón de las decisiones, la justicia le da consistencia a las mismas; porque la aplicación de la misma parte de una observación de segundo orden, mediante la cual se puede aplicar, dependiendo del caso, cualquiera de los extremos de la forma igual/desigual, es decir, se decidirá en razón de un criterio o precedente o por las características del caso se decidirá de manera desigual.

el recuerdo los resultados de las operaciones para una reutilización recurrente, en el caso de la justicia se trata de una autoobservación y autodescripción del sistema.” *Ibidem*, p.278

⁴¹² Los sistemas jurídicos al interior se conciben justos; aunque otros los vean de diversa forma.

⁴¹³ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad, op. cit.*, nota 360, p. 280

⁴¹⁴ “con la dimensión de indeterminabilidad/determinabilidad no nos referimos a hechos consumados (captados y designados), sino tan solo a la posibilidad de manejarlos de otra manera. Por ello usamos el concepto de fórmula de contingencia. Un sistema que procesa sus operaciones internas mediante información, siempre tiene a la vista también otras posibilidades. En el caso del sistema jurídico, ésta orientación por contingencia se refuerza en la medida en que el sistema se encuentra ya inmerso en una mayor positivización del derecho. Porque con ello se da por concebido que todas las normas jurídicas y todas las decisiones, todas las causas y argumentos podrían tomar, también, otra forma –sin negar que lo que sucede, sucede tal como sucede.” *Ibidem*, p. 282

3.7. Los actores jurídicos

El sistema jurídico, se diferencia al interior en subsistemas y estructuras, de los cuales el poder legislativo y judicial son los que ocupan la escena principal; a lo largo de la evolución del derecho, la diferenciación de dichos sistemas ha sido el tópico de la literatura jurídica.

El legislativo, tiene la función de crear programas, estos últimos han de ser aplicados por el judicial, sin embargo este proceso no es mecánicamente simple; para poder aplicar un programa, el juzgador debe hacer una observación de segundo orden, para reconstruir la perspectiva del mundo del legislador y aplicar el programa, a esta operación en el ámbito jurídico se le denomina interpretación.

El poder judicial tiene la función principal de emitir decisiones judiciales, las cuales se insertan como presente en la diferencia entre pasado/futuro, produciendo una, expansión temporal; Es decir; se tienen los hechos reconstruidos por el sistema como un pasado inamovible; el momento en el cual se ha de tomar la decisión como un presente abierto a posibilidades, todavía cambiabile, y un futuro totalmente contingente; Al respecto Luhmann comenta:

...la decisión no se encuentra determinada por el pasado (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es solo posible en el presente. Por otro lado, la decisión tiene consecuencias para los presentes en el futuro. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso le da la voltereta a la relación de determinación: no se deja determinar por el pasado pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones (...) Tal vez esto- más que ninguna otra cosa – es lo que hace surgir la ilusión de que la decisión, en el sistema derecho, puede quedar determinada por el pasado, entendido como procedimiento⁴¹⁵

Los tribunales se encuentran regidos por la prohibición de denegación de justicia, independientemente de los medios alternativos de solución de controversias, los tribunales están obligados a decidir sobre cualquier asunto que se encuentre en su rango de competencia, aun aquellos casos difíciles en los cuales deba decidir de manera discrecional (aquí entran as reglas de la argumentación jurídica), a través

⁴¹⁵ *Ibidem*, p.371

de fundar y dar razones que lleguen a enlazar (validez) la decisión actual a las precedentes; Es preciso mencionar, los principios, que ahora están en boga, dentro de la teoría de sistemas, son un producto colateral de la prohibición de denegación de justicia, cuando se aborde la argumentación jurídica se retomará el tema.

Siguiendo con la idea anterior, Luhmann, concibe a las decisiones como un corte o interrupción, en la continuidad temporal, este acontecimiento inicia con la reconstrucción hechos, en lo que se denomina el caso.

La obligación de decidir, ubica a los tribunales en el centro del sistema jurídico; estos son los encargados de cubrir y manejar la paradoja “derecho es derecho”; por esta razón la función magisterial o judicial se ubica al centro del sistema como un subsistema (sistema de organización); el cual determina las reglas y las facultades a las cuales se encuentran subordinados lo impartidores de justicia. Al respecto Luhmann menciona

Por lo consiguiente, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede usar la particularidad de los sistemas de organización: decir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son válidas para cualquier persona...⁴¹⁶

Ahora bien, conforme el sistema social se va diferenciando de un estructura segmentaria a una diferenciación funcional, la organización del derecho pasa de estratificada a periférica; De acuerdo con Luhmann los legisladores, así como los entes privados que celebran contratos u actos mercantiles dentro del marco jurídico, entre otros, se encuentran en la periferia de la organización; la cual se cimienta en la diferencia obligación de decidir/ no obligación de decidir. Ahora bien, la periferia, en la teoría de sistemas, sirve como zona de contacto con el entorno; es una fuente de irritaciones las cuales pueden o no formalizarse jurídicamente.

Tanto centro como periferia forman parte de una sola forma; Asimismo este tipo de organización permite a diferenciación al interior del centro o la periferia; en el caso

⁴¹⁶ *Ibidem*, p.383

del primero, la estructuración jerárquica y por materia de los juzgados; esto es esencial, ya que solo bajo este esquema se puede explicar la autonomía de los juzgados.

Las decisiones como anteriormente se mencionó son un corte en la continuidad; porque reconstruyen el pasado y mantienen indeterminado el presente (incertidumbre) hasta el momento de su emisión; sin embargo es importante mencionar que en lo referente al futuro contingente, estas pueden proyectarlo, creando los criterios de decisión o precedentes; es decir, determinando la forma en la cual han de decidir los casos futuros.

De hecho, los tribunales se ven obligados a proyectar en el futuro. Esto ocurre en el esbozo de las reglas de decisión a las que el tribunal se atenderá en casos futuros similares. Estas reglas de decisión pueden ser reglas de interpretación de las leyes o, como sobre todo en el Common Law, reglas que adquieren directamente haciendo abstracción del caso. Se trata siempre de inventar delimitaciones que deben ser obligatorias en el futuro. Esto quiere decir: el sistema se clausura temporalmente al construir presente (que de por sí desaparece con la decisión) como pasado de un futuro presente.⁴¹⁷

⁴¹⁷*Ibidem*, p. 388

CAPÍTULO IV

LA MECÁNICA DEL DERECHO EN EL SISTEMA SOCIAL

¿Parecía este César ambicioso? Cuando los pobres han sufrido, César ha llorado: la ambición debe estar constituida de cosas más severas: Aun así, Bruto dice que era ambicioso; Y Bruto es un hombre honorable. Todos ustedes vieron que en el Lupercar, tres veces le presenté una corona real, que tres veces rechazó, ¿esto era ambición? Aun así, Bruto dijo que era ambicioso; Y, claro, él es un hombre honorable. No hablo para refutar lo que Bruto argumentó, pero aquí estoy para decir lo que sé. Todos lo amaron una vez, no sin una causa: ¿Qué causa los cohibe entonces, para lamentar su muerte? ¡Oh juicio! Tú has huido a la bestia brutal, y los hombres han perdido su razón ..⁴¹⁸

William Shakespeare (Julius Caesar)

De acuerdo con Ignacio Izuzquiza, para Luhmann “Los seres humanos no son parte de la sociedad, sino sistemas independientes, que sólo pueden mantener su independencia si se consideran entorno – y nunca una parte- de la sociedad”. Esta condición, no le resta importancia a los sistemas psíquicos, al contrario les da un lugar preponderante, porque la sociedad solo es posible, si y solo si, previamente existen sistemas cuya operación basal sean los pensamientos⁴¹⁹.

⁴¹⁸“Did this Caesar seem ambitious? When that the poor have cried Caesar hath wept: Ambition should be made of sterner stuff: Yet Brutus says he was ambitious; And Brutus is an honourable man. You all did see that on the Lupercar I thrice presented him a kingly crown, which he did thrice refuse, was this ambition? Yet Brutus said he was ambitious; And, sure, he is an honourable man. I speak not to disprove what Brutus spoke, But here I am to speak what I do know. You all did love him once, not without a cause: What cause withholds you then, to mourn for him? O judgment! Thou art fled to brutish beast, And men have lost their reason....” SHAKESPEARE, William, *The Tragedy of Julius Caesar*, p. 44, <http://klivingston.tripod.com/caesar/jcbeside.pdf>

⁴¹⁹ “...la comunicación sólo se lleva a efecto cuando la conciencia está presente y presta atención. Se suele argumentar en contra que en contra que, muchas veces, la comunicación tiene que hacer llamadas de atención a la conciencia: ¡cuidado!, ¡pon atención! Esto, sin embargo, es claramente un estado de excepción que no puede hacerse extensión a todo el proceso comunicativo. La comunicación no tiene que estar permanentemente llamando la atención de la conciencia; la presupone. Justamente los casos excepcionales de perturbación ponen de manifiesto que la comunicación puede penetrar en el otro sistema, pero no puede

Ahora bien, el mundo se vuelve accesible para la sociedad través de su acoplamiento estructural con el sistema psíquico, este último tiene la capacidad de percibir los acontecimientos externos; Es importante puntualizar lo siguiente; la descripción y valoración de un hecho varía de conciencia a conciencia, por ésta razón, al interior de la sociedad se presentan diversas interpretaciones de un mismo acontecimiento, las cuales en diversas ocasiones son contradictorias entre sí; caso concreto; En abril del año 1994 tuvo lugar el genocidio en Ruanda; durante las primeras semanas; debido a la escases de material fotográfico y videográfico, los diferentes organismos internacionales, así como los medios masivos de comunicación pasaron por alto la terrible situación en la cual se encontraba ese pequeño país africano:

La mayoría de las nuevas organizaciones internacionales inicialmente malinterpretaron la naturaleza de los homicidios en Ruanda, presentaron como el resultado de una trifulca entre clanes, en lugar de un genocidio. Gran parte de la cobertura internacional se centró en la lucha por evacuar a los expatriados del país. A mediados de abril, cuando los asesinatos se intensificaron, el volumen de nuevos informes en disminuyeron. La mayoría de los periodistas se habían marchado junto con otros extranjeros.

(...)

... ¿El mundo habría reaccionado de manera diferente si diariamente se confrontara con imágenes de personas asesinadas en lugar de imágenes estáticas e incorpóreas de cadáveres desfigurados? Una cobertura más informada y completa del genocidio de Ruanda, particularmente en aquellos primeros días, pudo haber mitigado o incluso parado los asesinatos por la protesta internacional. Los medios de comunicación podrían haber marcado la diferencia. Pero en Ruanda, los únicos medios de comunicación que hicieron la diferencia fueron los medios de comunicación racista, como RTLM, que resultó ser un instrumento para avivar las llamas e implicar a decenas de miles de personas comunes en el genocidio.⁴²⁰

irrumper en su operación" LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, op. cit., nota 224, p. 279*

⁴²⁰"Most international new organizations initially misunderstood the nature of the killing in Rwanda, portraying it as a result of tribal warfare, rather than genocide. Much of international coverage focused on the scramble to evacuate expatriates from the country. In mid-April, when the killings intensified, the volume of new reports actually declined. Most journalist had left along with other foreigners.

(...)

...Would the world have reacted differently if confronted daily by images of people being slaughtered rather than the static, disembodied pictures of disfigured corpses? More informed and comprehensive coverage of the Rwanda genocide particularly in those early days, might well mitigate or even halt the killing by sparking an international outcry. The news media could have made the difference. But within Rwanda, the only news media making a difference were hate media, such as RTLM, which proved instrumental in fanning the flames and implicating tens of thousands of ordinary people in the genocide" THOMPSON, Allan (edit.), *the media and the Rwanda genocide*, Pluto Press, Londres, 2007, p. 2-3.

Siguiendo con nuestro ejemplo; cuando se dan los hechos violentos en Ruanda, la comunicación circulante de carácter preponderante en la sociedad mundial determina que dichos acontecimientos son productos de una guerra civil, posteriormente conforme se fueron filtrando las imágenes y testimonios de los periodistas de campo, la perspectiva de la sociedad mundial cambió y concluyó que se trataba de un genocidio, esto provocó la movilización de la comunidad internacional.

La percepción y la posterior comunicación determinan la existencia de un acontecimiento para la sociedad, en otras palabras, si alguien no captó un hecho a través de los sentidos y después no lo comunicó, el hecho en cuestión nunca pasó; por eso el acoplamiento entre comunicación y conciencia es fundamental.

Ahora bien un acoplamiento estructural no es un vínculo en sentido estricto, de ser así, implicaría un enlazamiento del mismo tipo de operación; lo cual no es posible, porque el unir de manera directa un pensamiento con una comunicación implica destruir ambos sistemas en el proceso; Los acoplamientos estructurales mantienen los límites entre sistemas, traduciendo, por decirlo de una manera; los diferentes tipos de operaciones, a través de irritaciones⁴²¹.

De acuerdo con Luhmann, todo acontecimiento tematizado en el sistema social, pasa por dos filtros, el primero es la conciencia, este sistema determina si un acontecimiento debe ser comunicado; posteriormente debe cumplir con las tres selecciones de la comunicación: acto de comunicar/información/acto de entender, tema que fue abordado en capítulos anteriores.

⁴²¹ “La conciencia provee a la comunicación de irritación. Los acoplamientos estructurales no producen operaciones, sino solo irritaciones (sorpresas decepciones, perturbaciones) en el sistema. Estas irritaciones, en razón del entramado de operación del sistema, pueden servir para que el sistema mismo reproduzca las siguientes operaciones. Un sistema registra y aferra el entorno bajo la forma de irritación. La irritación es, entonces, con otras palabras, una forma que sólo se produce en el interior del sistema, pero que no se lleva a efecto en el entorno. Sólo cuando el sistema procesa sus propias irritaciones, entonces está en situación de buscar razones bajo la forma de causas en el entorno.” LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, op. cit.,* nota 224, p. 285

El acoplamiento estructural más importante entre conciencia y comunicación es el lenguaje, éste es una de las mayores conquistas evolutivas del ser humano, de acuerdo con Luhmann, “El lenguaje tiene la virtud de ofrecer la posibilidad de que pueda ser empleado como conciencia y como comunicación y mantener separadas las operaciones respectivas.”⁴²² Asimismo, el acoplamiento estructural en comento, contrario a los lingüistas modernos, no es un sistema, porque no posee un modo de operación propio, sin embargo se funda en la unidad de la diferencia:

Si se observa la distinción significante/significado desde la figura del re-entry de Spencer Brown (la entrada de lo distinguido en lo que distingue) tendríamos que el lenguaje puede operar desprendido del mundo exterior. De esta manera la semiótica (la teoría del signo y la teoría del lenguaje) podría consistir en entender el sistema del lenguaje (a la manera de Saussure), desde la indiferencia con respecto a los cambios que se efectúan en el entorno y sólo como una producción y reproducción de diferencias. El lenguaje entendido como la producción de diferencias es compatible con cualquier tipo de mundo externo y solo reacciona a los cambios extrínsecos en términos de sus propios signos almacenados.⁴²³

En los párrafos anteriores se ha expuesto, la forma en la cual los sistemas psíquicos se acoplan a la sociedad, a través del lenguaje principalmente; sin embargo esto no es suficiente para explicar ¿cómo la conciencia participa de forma virtual en los sistemas funcionales de la sociedad?; es en este momento donde el concepto persona toma relevancia, no solo para dar solución a la cuestión planteada, sino también para explicar la función de los principios y los derechos fundamentales en el sistema derecho, así como su relación con el sistema político.

Tradicionalmente el concepto persona en el ámbito jurídico alude a “los hombres, en cuanto sujetos de derecho”⁴²⁴, dicha definición en la actualidad abarca a todos los seres humanos⁴²⁵, sin embargo, no garantiza la participación de todos y cada uno de los individuos en los sistemas funcionales. Sin embargo para Luhmann:

Las personas son identificaciones que no se refieren a un modo operativo propio, lo que significa que no son sistemas. De acuerdo con un viejo modismo, podemos decir que con la

⁴²² *Ibidem*, p. 288

⁴²³ *Ibidem*, p.297

⁴²⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, nota 121, p.275

⁴²⁵ “Jurídicamente el término persona alude al conjunto de derechos y obligaciones que el derecho concede al ser humano o a una determinada colectividad de individuos. La persona física es el haz de derechos y obligaciones que se imputa a un ser humano en lo individual o también se puede decir que con ese término se designa a todos aquellos seres humanos que pertenecen al ámbito personal de validez de un sistema jurídico.” CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, nota 3, p.202

personalidad de lo que se trata es de la regulación de la interacción social,..., pero en cualquier caso no el ser humano como un todo por completo individualizado, tanto corporal como espiritualmente.

(...)

En ese caso, por “persona” no ha de entenderse un objeto especial, ni tampoco una clase de objetos o una propiedad de objetos (...), sino un tipo específico de distinción que guía el observar como forma con dos caras. Así, pues, una persona no es simplemente otro objeto como un ser humano o un individuo, sino otra forma, con la que se observan objetos como individuos humanos.⁴²⁶

Los sistemas psíquicos experimentan lo social, cuando son conscientes de que son personas (por esta razón alguien con autismo no participa en la sociedad, sin embargo es un tema discutido dentro de la misma); ésta presentación de la conciencia en la sociedad, es a quien se le atribuyen roles, derechos y obligaciones, no a la entidad física propiamente dicha⁴²⁷, por esta razón la forma persona/no persona posibilita el acoplamiento estructural entre conciencia y sociedad.

De acuerdo con Luhmann; la persona tiene la capacidad de participar en los diversos subsistemas sociales, así como realizar diferentes roles sin destruirse en el proceso; dicha tenacidad y maleabilidad solo es posible para el autor en comento:

...Si en todos los roles puede presentarse siendo uno y el mismo. Para eso necesita un sistema propio de generalización, una personalidad individua que – en la configuración personal de diversos roles- haga plausible como contexto-significativo- de –vida la combinación singular de roles.

Visto al revés, los órdenes sociales diferenciados requieren de una multiplicidad de personalidades diversas, para las múltiples y disgregadas funciones que deben de cumplir. Se atrofiarían sobre la base de estructuras uniformes de personalidad – como la de los órdenes sociales simples – porque les faltaría diversidad requerida de dotes, actitudes y motivaciones. Por eso debe de legitimar la diversidad de personalidades y hacerla consciente como derecho a la individualidad.⁴²⁸

⁴²⁶ LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad, op. cit.*, nota 308, pp. 236-237

⁴²⁷ “El concepto “persona” designa en este contexto, y en el sentido de una antigua tradición, una unidad referida a la comunicación: por lo tanto, algo que existe tan solo en la comunicación y para la comunicación. Para el trato comunicativo con personas es necesario que estas tengan un nombre y eventualmente una imagen que pueda ser reconocida, pero no es necesario que se descifren los procesos orgánicos y psíquicos que transcurren “en” la persona. No es posible ni es en serio – y ni siquiera tiene sentido – que la complejidad operativa de los sistemas que están en el entorno se copien en el sistema de comunicación. Sólo sobre este presupuesto de indiferencia operativa es posible la comunicación con personas y sobre las personas, y únicamente sobre este presupuesto es posible que las personas ocupen cargos políticos o que se les confiera reputación política.” LUHMANN, Niklas, *La política como sistema*, México, Universidad Iberoamericana, 2009, p. 382

⁴²⁸ LUHMANN, Niklas, *Los Derechos Fundamentales como Institución*, trad. de Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2010, pp. 132-133

De acuerdo con Luhmann el individualismo personal se sustenta sobre la diversidad en la individualidad de la persona, la cual se erige como principio de selección; por ejemplo: hombre, socialista, maestro, dueño de un perro el cual se viste de mezclilla.

Ahora bien, pasando al ámbito del derecho, el acceso de la persona, entendida como virtualidad que participa en la sociedad, en los distintos sistemas funcionales radica en su capacidad de goce y ejercicio de los derechos fundamentales; para entender el funcionamiento de estos últimos al interior de la sociedad es necesario abordar su relación con el sistema político y el Estado.

La política es un sistema funcional, el cual se encarga de la producción de decisiones colectivamente vinculantes, a través de un medio simbólicamente generalizado denominado poder (uso de la violencia), asimismo, el sistema en comento opera bajo el código primario superior/inferior y posteriormente bajo el código secundario gobierno/oposición.

Los sistemas se desparadojizan (observación de segundo orden) a través de la introducción de asimetrías denominadas códigos, estos operan de la siguiente manera en el sistema político: la forma superior/inferior⁴²⁹ permite la observación de la comunicación política desde dos ángulos diferentes, por un lado, está la forma en la cual el superior toma la decisión de emitir una orden, en el otro lado de la forma, desde la perspectiva del súbdito, se observan las posibles consecuencias en caso de obedecer; gracias al tipo de observación que provee el código, las jerarquías adquieren sentido en la sociedad.

De la aplicación del código al interior del sistema político surge el cargo público; el cual propicia la estabilización del poder; esto trae como consecuencia un aumento de confianza y la disminución de la disidencia, debido a su carácter de entidades encargadas de dar solución a problemáticas sociales. Al respecto Luhmann comenta:

⁴²⁹ Es de recordar que los dos lados de una forma no son antagónicos, sino, positivo/reflexivo; este último lado es la crítica que el otro lado tiene siempre presente.

Los cargos son equivalencias funcionales del poder, son la forma pacífica del ejercicio del poder y sustituyen a la lucha o a la simple demostración de la fuerza. (...) Los cargos públicos convencerán porque se vuelven necesidades objetivas y porque resuelvan problemas. El surgimiento de este poder administrativo se puede ver históricamente con claridad en el ocaso de las sociedades tribales muy conflictivas, sobre todo allí donde surge la necesidad de protección y de que se establezca paz ⁴³⁰

De acuerdo con Luhmann los cargos públicos, en la modernidad, se encuentran escindidos de las personas que los ocupan; asimismo se caracterizan por estar dotados de poder (poder del puesto), lo cual los habilita en la toma de decisiones; Es de mencionar que los programas y contenidos de los puestos son variables; esto les da cierta versatilidad. Sin embargo la cuestión sobre la ubicación del cargo público.

En 1532 Nicolás Maquiavelo en las primeras líneas de “El Príncipe” establece que “Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados”⁴³¹. El Estado es definido tradicionalmente como “...una forma de agrupación social.”⁴³², o como “... un orden jurídico centralizado.”⁴³³ El cual se encuentra constituido por territorio, pueblo, soberanía y orden jurídico.

Ahora bien, Luhmann concibe un sistema político de la sociedad mundial; éste se diferencia en diversos tipos de organizaciones; como los Estados⁴³⁴, estos últimos son “...un sistema de decisiones organizadas, diferenciado al interior del sistema político: se trata de una organización delimitada a través de confines territoriales”⁴³⁵

La historia comprueba que los Estados no son organizaciones estáticas, al contrario son entidades sensibles a los cambios acaecidos en el entorno; por ejemplo: La

⁴³⁰ LUHMANN, Niklas, *La política como sistema*, op. cit., nota 427, p. 166

⁴³¹ MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, 2da. reimpresión, Madrid, Alianza editorial, 2000, p. 37

⁴³² CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2da. ed., trad. José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México y Facultad de Derecho, 1998, p. 22

⁴³³ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 5ta. Reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 224

⁴³⁴ “Por lo general en la conversación ordinaria cuando se habla sobre el Estado se hace sin ninguna consideración teórica. El simple contexto de la comunicación es el que clarifica de cuál Estado se habla: los Estados, como las personas, tienen por suerte nombres. Enseguida viene el problema de su ubicación territorial: hay encontrar el Estado en el mapa y en la realidad. Y cuando se erige un nuevo Estado (...), dotarlo de un nombre es comunicativamente el acto más decisivo.” LUHMANN, Niklas, *La política como sistema*, op. cit., nota 427, p. 226

⁴³⁵ CORSI, Giancarlo, et. al., op. cit., nota 307, p. 177

disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas obedece principalmente a problemas en los sistemas: político (corrupción del partido y la burocracia gubernamental) y económico (involución económica de los años 70's y la reestructuración económica denominada perestroika de mediados de la década de los 80's)⁴³⁶ estatales, sin embargo, fueron los problemas en el sistema económico mundial los cuales agravaron la problemática interna.

El problema para el "socialismo realmente existente" europeo estriba en que- a diferencia de la Unión Soviética entreguerras, que estaba virtualmente fuera de la economía mundial y era, por lo tanto, inmune a la Gran Depresión- el socialismo estaba ahora cada vez más involucrado en ella y por tanto, no era inmune a las crisis de los años setenta. Es una ironía de la historia que las economías de "socialismo real" europeas y de la Unión Soviéticas, así como las partes del tercer mundo, fuesen las verdaderas víctimas de la crisis que siguió a la edad de oro de la economía capitalista mundial, mientras que las economías desarrolladas de mercado, aunque debilitadas, pudieron capear las dificultades sin mayores problemas, al menos hasta principios de los años noventa. (...) El "socialismo real", en cambio, no sólo tenía que enfrentarse a sus propios y cada vez más insolubles problemas como sistema, sino también a los de una economía mundial cambiante y conflictiva en la que estaba cada vez más integrado...⁴³⁷

El Estado es una organización del sistema político, la cual tiene la función de solucionar problemas, los cuales varían en razón del momento histórico en el cual se situó, es importante mencionar que la ingobernabilidad e impunidad se presentan cuando la organización en comento no; así mismo detenta el monopolio de la fuerza institucionalizada o legítima.⁴³⁸

De acuerdo con la teoría de sistemas, el poder (político) es el médium el cual hace posible que ego decida ejecutar una orden de alter⁴³⁹; la reproducción de dicho medio de comunicación simbólicamente generalizado es posible si y solo si existe una organización estatal capaz de generar la confianza suficiente para que los

⁴³⁶ "Es más, en vez de convertirse en uno de los gigantes del comercio mundial, la Unión Soviética parecía estar en regresión a escala internacional. En 1960 sus principales exportaciones habían sido maquinaria, equipamientos, medios de transportes y metales o manufacturas metálicas, pero en 1985 dependía básicamente de sus exportaciones de energía (53 por 100), esto es de petróleo y gas. Paralelamente, casi el 60 por 100 de sus importaciones consistían en maquinaria, metales y artículos de consumo industriales..." HOBBSAWN, Eric, *op. cit.*, nota 221, p.468

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 470

⁴³⁸ El fundamento de la legitimidad de la fuerza estatal ha ido cambiando conforme a evolucionado la organización estatal; por ejemplo la legalidad del uso de la fuerza en razón de la divinidad del soberano puesto por Dios para gobernar a los hombres.

⁴³⁹ *Cfr.*, CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p.172

individuos observen (obedezcan) sus decisiones, así como concentre el monopolio de la sanción legítima.

A modo de comentario, El Estado se presenta a sí mismo como una persona en la sociedad; ahora bien, las decisiones tomadas en ejercicio de los roles burocráticos, toman relevancia para el sistema jurídico, de muchas maneras, principalmente cuando generan problemas; caso concreto, la responsabilidad objetiva del estado en la violación de derechos humanos, ésta se configura cuando una persona en el ejercicio de un rol burocrático realiza dicha violación, la cual le es imputada al Estado como persona.

Un ejemplo de lo antes expuesto es el Caso Blake Vs. Guatemala, en la sentencia de fecha 24 de enero de 1998; uno de los puntos fundamentales fue la responsabilidad de la República de Guatemala en la desaparición forzada de Nicolás Blake por parte de las patrullas de autodefensa civil; al respecto, la defensa del Estado manifestó que dichos grupos no forman parte del gobierno, por lo tanto, no es responsable de la desaparición forzada del norte americano, sin embargo la Corte interamericana de Derechos Humanos manifiesta al respecto:

76. Con fundamento en las pruebas examinadas y teniendo en cuenta los alegatos de las partes, la Corte considera probado que, en la época de los hechos relevantes del presente caso, las patrullas civiles tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (supra párr. 52. p).

(...)

78. En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados.⁴⁴⁰

De acuerdo con el fragmento de la sentencia, la Corte determina que los actos delictivos realizados por las patrullas de autodefensa civil son imputables al Estado por las razones mencionadas. La calidad de persona que el Estado detenta, lo hace

⁴⁴⁰ Serie C No. 36, Caso Blake Vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf, p.28

sujeto de imputación, lo cual hace aún más compleja la relación entre sistemas funcionales.

En el caso de la problemática de los Estados absolutistas, para Luhmann, versaba sobre el mantenimiento del orden y la seguridad al interior y la paz al exterior; posteriormente en el siglo XIII, ante el problema del poder ilimitado del soberano, surgen los Estados constitucionales; en donde la Constitución es el medio por el cual, se realiza la división de funciones estatales, así como le son otorgados a los individuos ciertos derechos fundamentales; los cuales deberá garantizar el Estado, tales como la libertad, la igualdad, seguridad jurídica entre otros.

En el tránsito del Estado constitucional al de bienestar se constituyen los partidos políticos, de acuerdo Luhmann, estos captan nuevos problemas (variedad); mientras que el Estado, trabaja con los existentes (redundancia). Las diversas problemáticas abordadas por las organizaciones políticas en comento son irresolubles⁴⁴¹, resultando en la producción de redundancia, así como un aumento en el aparato burocrático.

Ahora bien, el Estado de bienestar, busca “la inclusión de todos los individuos en el sistema político”, lo cual es complejo debido a que el sistema jurídico y económico por sus dinámicas particulares, limitan o posibilitan, en cierto grado, el acceso de las personas al sistema político; caso concreto, la represión del voto de las personas de color en los estados el sur; a través del establecimiento de una serie de requisitos para poder votar; como una identificación adicional con fotografía difícil de obtener, que sepas leer y escribir entre otros; al respecto comenta Jelani Cobb columnista de “The New Yorker”

La evidencia más transparente de que la relajación de las reglas no mejora el cumplimiento es el hecho de que, en 2016, hay casi novecientos o menos casillas de votación en los estados que anteriormente estaban cubiertos por la Ley de Derechos de Votación, de las

⁴⁴¹ “La paradoja constitutiva aparece en él bajo un nuevo rostro: los problemas que se propone resolver son problemas irresolubles porque reproducen todo el problema de la diferenciación funcional en el sistema político. Sucede sin embargo que el sistema político es tan sólo un sistema parcial en el conjunto de toda la diferenciación por funciones de la sociedad. No obstante, con esta redefinición de los problemas, distinguiendo entre problemas solubles y entre problemas irresolubles, el Estado de Bienestar asegura su propia autopoiesis: se garantiza así su propio quehacer.” LUHMANN, Niklas, *La política como sistema, op. cit.*, nota 427, p. 247

que había para la elección de 2012. Además, las organizaciones de defensa de los derechos de los afroamericanos tienen que seguir defendiendo ante los nuevos esfuerzos para reprimir el voto. El viernes, un juez federal de Carolina del Norte rechazó un intento de que cerca de cuatro mil individuos, muchos de ellos afroamericanos, fueran eliminados de las listas de votantes de los condados de Beaufort, Moore y Cumberland. La medida se produjo en respuesta a una demanda presentada por la N.A.A.C.P. En julio, los jueces federales acabaron con una ley de identificación de votantes de Carolina del Norte la cual afectaba a los votantes negros con "precisión quirúrgica". El domingo, el N.A.A.C.P. El Fondo de Defensa Legal tuiteó un recordatorio de que la Ley de Derechos de Votación "prohíbe cualquier intento de" intimidar, amenazar o coaccionar "a los posibles votantes."⁴⁴²

La Constitución es el acoplamiento estructural entre la Política y el Derecho; este ordenamiento no solo limita el acceso al sistema político; mediante estándares como edad mínima para acceder a un cargo de elección popular, derechos políticos exclusivos de los ciudadanos, entre otros; Pero también otorga derechos fundamentales; los cuales no son inherentes a la persona humana, sino producto de la diferenciación funcional de la sociedad.

4.1. Sobre la mecánica de los derechos fundamentales en la teoría de sistemas.

Los Estados constitucionales de acuerdo con Zagrebelsky se caracteriza por el cambio de posicionamiento de la ley dentro del sistema normativo, en palabras del autor, "La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución." Las teorías del Estado Constitucional, se enfocan principalmente en el posicionamiento de los derechos fundamentales, la corrección de la decisión judicial y la independencia judicial; sin ahondar en el tema del acceso a dichos derechos.

Dentro del marco de la teoría de sistemas se puede concebir a los Estados constitucionales como organizaciones complejas, porque poseen un elevado nivel de diferenciación; lo cual posibilita la autonomía de sus subsistemas; esto lo

⁴⁴² COBB, Jelani. «Suppression of the Black Vote Is No Relic.» *the new yorker*, 8 de Noviembre de 2016: 1, <https://www.newyorker.com/news/news-desk/suppression-of-the-black-vote-is-no-relic>

podemos observar en el grado de independencia del poder judicial, así como, en el grado de acceso de las personas a los sistemas funcionales, así como la eficiencia con la que las instituciones políticas, jurídica y económicas garantizan dicho acceso.

Teóricamente, derechos fundamentales son atribuidos a los sujetos a través de normas de derecho fundamental; las cuales de acuerdo con Robert Alexy:

...las normas de derecho fundamental son todas aquellas a favor de las cuales es posible aducir a una fundamentación iusfundamental correcta. Por regla general, basta hacer alusión al texto de la Constitución para construir una fundamentación iusfundamental correcta concerniente a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas...Esto muestra con claridad que la generalización de la definición que está en función de la fundamentación iusfundamental correcta, en modo alguno hace desaparecer la diferencia que existe entre las normas de derecho fundamental directamente estatuidas y aquellas que están indirectamente. La fundamentación iusfundamental correcta variará según se trate de una norma de derecho fundamental estatuida directa o indirectamente.⁴⁴³

Ahora bien, las teorías de los derechos fundamentales se enfocan en el sistema normativo en sentido amplio; sin embargo, este enfoque no trascienden al ámbito la eficacia y su relación con la confianza en la organización estatal. La importancia del enfoque sistémico de la teoría de Luhmann; radica en que, aporta un marco conceptual amplio y complejo, mediante el cual, se puede dar respuesta al problema de la obediencia del derecho, la trascendencia de este último a los demás sistemas en la sociedad, así como el papel que desempeñan los derechos fundamentales en el orden social; este consiste de acuerdo con el autor en comentario, en lo siguiente:

Los derechos fundamentales sirven al orden social industrial –burocrático, como una de las instituciones (entre otras muchas funcionalmente equivalentes) que ayudan a consolidar la índole de la comunicación con el fin de mantenerla completamente abierta a la diferenciación. La Garantía de libertad no es otra cosa que garantía de posibilidades de comunicación- no con ese propósito declarado, pero sí con la posibilidad latente de asegurar una cierta disponibilidad y con ello la índole de motivación de las comunicaciones (...) Los derechos fundamentales se relacionan con este momento de desarrollo civilizatorio de la sociedad- por eso son algo realmente distinto de los “derechos humanos” eternos – y lo confirman en la medida en que intentan contrarrestar las tendencias involutivas contenidas en el. Impiden que todas las comunicaciones se encaminen a los fines particulares de la burocracia estatal, haciendo así posible que dichos fines se racionalicen en dirección de una prestación funcional específica – lo cual presupone siempre otras prestaciones, otros

⁴⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. reimpresión de la 2da. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 55

sistemas de consecución de intereses, otras fuentes de poder y de prestigio social en el orden de la sociedad.⁴⁴⁴

La eficacia de los derechos fundamentales es directamente proporcional al crecimiento de la organización; es decir, con el fin de garantizar dichos derechos, es necesario acrecentar el aparato burocrático estatal, cualitativa y cuantitativamente; Asimismo, a la par, surgen distintas organizaciones no estatales encargadas de velar por el cumplimiento de dichos fines, a través de su intervención activa o crítica de los órganos del Estado.

Ahora bien, Gert Verschraegen, dentro del marco de la teoría de sistema, reconoce que los “human rights ensure that the individuals have access to different function systems. By equipping individuals with rights and claim to participation in politics, economy, law, education,...”⁴⁴⁵ Lo anterior solo puede ser posible en un sistema altamente diferenciado⁴⁴⁶, con una organización compleja, la cual hace frente a los distintos problemas que restringen el ejercicio de los derechos fundamentales.

Para comprender el funcionamiento de los derechos fundamentales como “garantía o pase” de acceso a los sistemas funcionales, es necesario abordar la naturaleza y el modus operandi de los agentes que restringen dicha función; por esta razón, en los subsecuentes párrafos se analizará la problemática racial, a cual, para los efectos de éste trabajo de investigación es un conflicto, este último se define como,

...un sistema social tipo parásito que se aprovecha de las contradicciones de la comunicación y que tiende a implicar los recursos del sistema al interior del cual se ha desarrollado...El conflicto se produce mediante la contradicción y se basa en las posibilidades que ella permite, las posibilidades del no. La doble contingencia (...) toma aquí la forma de doble negación: yo no hago lo que quieres si tú no haces lo que yo quiero...⁴⁴⁷

Durante el proceso de estratificación de la sociedad surge el conflicto racial⁴⁴⁸; el código binario de este subsistema es nosotros/no nosotros, el cual permite la

⁴⁴⁴ LUHMANN, Niklas, *Los Derechos Fundamentales como Institución*, *op. cit.*, nota 428, p. 99

⁴⁴⁵ KING, Michael, et. al., *Luhmann on Law and Politics*, Estados Unidos de América, Hart Publishing, 2006, p.108

⁴⁴⁶ Es preciso mencionar que la simplificación de la diferenciación del sistema político y el encogimiento de la organización estatal, así como la ausencia de grupos críticos, son características de regímenes autoritarios, los cuales limitan los derechos fundamentales.

⁴⁴⁷ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p.64

⁴⁴⁸ El concepto raza es un constructo social que se remonta a los orígenes de la civilización; sin embargo algunos conflictos raciales actuales se pueden rastrear hasta la época colonial.

observación de la comunicación racial desde dos ángulos diferentes dominador/ no dominador.

A grandes rasgos, el “nosotros” desde la perspectiva del dominador, así como del no dominador, consiste en establecer los límites y estructuración de la comunicación racial; es decir, de aquellas exclusivas de un grupo de personas a las cuales, se les atribuye una etnicidad determinada, ejemplo: blancos americanos, alemanes, hutus, etc. En el caso del lado de la forma “no nosotros” desde de la perspectiva del dominador consiste en la comunicación racista en sentido estricto, la cual busca negar o restringir el acceso a un grupo de personas a determinados sistemas funcionales a través de la denegación de derechos fundamentales; mientras que desde la perspectiva del no dominador, implica la búsqueda de acceso a los sistemas funcionales a través del reconocimiento de derechos fundamentales.

En la presente investigación se trabajara con un solo lado de la forma del conflicto para poder identificar la comunicación racista, sus alcances y así como su forma de operar como sistema parasitario en la organización estatal. Es necesario precisar que solo existe conflicto racial si y solo si existe una contraposición de dos o más atributos raciales (etnia) bajo el código nosotros/no nosotros; aun cuando los roles de dominador/dominado no estén bien definidos.

Ahora bien, es importante puntualizar que la magnitud del conflicto racial en un Estado se determina en razón del alcance de su tematización en el ámbito público, el número de acoplamientos estructurales entre los sistemas funcionales y el sistema parasitario, así como el grado de influencia a nivel organizacional; a estos estratos o niveles se les denominará niveles de propagación del conflicto racial.

Los conflictos raciales se identifican por su nivel de propagación, esta no se encuentra vinculado al grado de violencia racial; por esta razón a continuación se analizaran bajo los parámetros antes mencionado el genocidio ruandés, el naciismo y el racismo estructural norte americano.

El genocidio ruandés es producto de la introducción de una diferenciación racial artificial por parte de los gobiernos coloniales; de acuerdo con el capítulo histórico

de la sentencia en el caso Jean-Paul Akayesu, en 1897, Ruanda era una monarquía, la cual se sometió a la soberanía alemana y posteriormente a la belga en 1917, en ese entonces las denominaciones tutsi o hutu correspondían a status sociales o de gobierno y no propiamente a una etnia en específico⁴⁴⁹

Los gobiernos coloniales, colocaron a los tutsis como clase dominante en razón de sus características fisiológicas y económicas, posteriormente para 1930, los belgas, durante el ejercicio del Mandato de la Liga de las Naciones, dividieron a la población de manera “arbitraria” en tres grupos étnicos (los tutsis, los hutus y los twa), a través de la obligación de cargar una identificación racial.⁴⁵⁰

De acuerdo con los párrafos anteriores, durante el proceso de estratificación de la sociedad ruandesa, la intervención de los estados coloniales, propició un cambio en la composición del sistema político, al introducir una restricción en el acceso al cargo público basado en una etnicidad artificial; la cual propició el conflicto racial.

El proceso de diferenciación del sistema político que dio origen al Estado ruandés, surge alrededor de 1940 cuando los tutsis en puestos de influencia empiezan una

⁴⁴⁹ “81. Rwanda then, admittedly, had some eighteen clans defined primarily along lines of kinship. The terms Hutu and Tutsi were already in use but referred to individuals rather than to groups. In those days, the distinction between the Hutu and Tutsi was based on lineage rather than ethnicity. Indeed, the demarcation line was blurred: one could move from one status to another, as one became rich or poor, or even through marriage.” Case No. ICTR-96-4-T, THE PROSECUTOR VERSUS JEAN-PAUL AKAYESU, The International Criminal Tribunal for Rwanda, p.27 <http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (Rwanda entonces, es cierto, tenía unos dieciocho clanes definidos principalmente por las líneas de parentesco. Los términos hutu y tutsi estaban en uso pero hacían alusión a individuos en lugar de a grupos humanos. En aquellos días, la distinción entre hutu y tutsi se basaba en el linaje y no en la etnicidad. De hecho, la línea definitoria era borrosa: uno podía pasar de un estado a otro, en la medida en que uno se volvía rico o pobre, o incluso a través del matrimonio) La traducción es mía

⁴⁵⁰ “83. In the early 1930s, Belgian authorities introduced a permanent distinction by dividing the population into three groups which they called ethnic groups, with the Hutu representing about 84% of the population, while the Tutsi (about 15%) and Twa (about 1%) accounted for the rest. In line with this division, it became mandatory for every Rwandan to carry an identity card mentioning his or her ethnicity. The Chamber notes that the reference to ethnic background on identity cards was maintained, even after Rwanda's independence and was, at last, abolished only after the tragic events the country experienced in 1994.” *Ibidem*, p.27 (83. A principios de la década de 1930, las autoridades belgas introdujeron una distinción permanente al dividir a la población en tres grupos a los que llamaron grupos étnicos, donde los hutu representaban alrededor del 84% de la población, mientras que los tutsi (alrededor del 15%) y Twa (alrededor de 1 %) representaron el resto. En concordancia con esta división, se convirtió en obligatorio para todos los ruandeses llevar una tarjeta de identidad que mencionara su origen étnico. El tribunal nota que la referencia a los antecedentes étnicos en las tarjetas de identidad se mantuvo, incluso después de la independencia de Ruanda y, por fin, se abolió solo después de los trágicos eventos que el país experimentó en 1994.) La traducción es mía

campaña de emancipación del poder colonial; esto ocasionó que el gobierno belga así como la iglesia volteara a ver a los hutus como aliados, lo cual acrecentó el conflicto racial.

Posteriormente, por presiones del Consejo de Administración Fiduciaria de la Organización de Naciones Unidas, Bélgica se vio obligado a iniciar un proceso de independencia de la colonia Ruanda-Urundi, a través de la organización de elecciones democráticas; para 1959 el sistema político ruandés comenzó su proceso de consolidación, con la composición de los partidos políticos.

En el momento histórico descrito en el párrafo anterior se observa cómo el conflicto racial se propaga al sistema político, a través de la composición de partidos políticos fundados sobre bases raciales. Al respecto Tribunal Penal Internacional para Ruanda considera lo siguiente:

88. Alrededor de 1957, se formaron los primeros partidos políticos y, como era de esperar, tenían una base étnica y no ideológica. Hubo cuatro partidos políticos, denominados, Mouvement démocratique républicain, Parmehutu ("MDR Parmehutu"), que se definió claramente como el movimiento basal de los hutu; la Union Nationale Rwandaise ("UNAR"), el partido monárquico tutsi; y, entre los dos extremos, los otros dos, Aprosoma, predominantemente hutu, y Rassemblement démocratique rwandais ("RADER"), que reunió a moderados de la élite tutsi y hutu.⁴⁵¹

En 1961 se declara la independencia de Ruanda, después de que el candidato por el MDR ganara las elecciones, este hecho causó un éxodo masivo de tutsi incluyendo a los miembros de la monarquía. En los años subsecuentes, el gobierno hutu, llevó a cabo una serie de políticas públicas tendientes a favorecer a los hutus discriminando otros grupos raciales; mientras tanto, los tutsi privilegiados (el 1% que detentaba ciertos medios de producción) al interior de país se organizaron políticamente, constituyendo su propio partido político el "Frente Patriótico

⁴⁵¹ "88. Around 1957, the first political parties were formed and, as could be expected, they were ethnically rather than ideologically based. There were four political parties, namely the Mouvement démocratique républicain, Parmehutu ("MDR Parmehutu"), which clearly defined itself as the Hutu grassroots movement; the Union Nationale Rwandaise ("UNAR"), the party of Tutsi monarchists; and, between the two extremes, the two others, Aprosoma, predominantly Hutu, and the Rassemblement démocratique rwandais ("RADER"), which brought together moderates from the Tutsi and Hutu elite"

Ibidem, p.29 (La traducción es mía)

Ruandés”; y al exterior formaron un frente militar que posteriormente se conocería como la “Armada Patriótica Ruandesa”

El 1 de octubre de 1990 la “Armada Patriótica Ruandesa” se hace presente en el territorio ruandés, lo cual trajo consigo, que los partidos moderados de la oposición se aliaran con el RPF, posteriormente después de intensas negociaciones y el cese al fuego en Julio de 1992 se firmaron los Acuerdos de Arusha, en los meses subsecuentes los protocolos correspondientes; la implementación de estos instrumentos jurídicos tenía por objeto la estabilización del territorio ruandés de forma pacífica con ayuda de los cascos azules de la ONU.

Es preciso hacer un breve paréntesis en nuestro análisis, para clarificar lo siguiente, los sistemas estatales se encuentran acoplados en distintas formas y niveles con el sistema político mundial, por esta razón las agencias de inteligencia son fundamentales para la implementación de planes y programas de carácter internacional. En el caso que nos atañe, diversas agencias de inteligencia, (sistemas políticos altamente selectivos) retuvieron información concerniente a la adquisición de armas y el posible exterminio de civiles, aunado a la falta diligencia de los órganos internacionales, lo cual tuvo como consecuencia la implementación de una misión por parte de los cuerpos de paz (UNAMIR⁴⁵²) in capaz de salvar miles de vidas humanas.

En este punto histórico el conflicto racial estaba escalando a ritmos acelerados trascendiendo a los sistemas funcionales. Es necesario mencionar que el nivel más alto, al cual puede aspirar un conflicto racial es a su normalización en todos y cada uno de los ámbitos organizacionales; en el caso de Ruanda, el conflicto se propagó ampliamente a nivel político y de la sociedad⁴⁵³, asimismo, tiene cierta presencia en

⁴⁵² United Nations Assistance Mission for Rwanda.

⁴⁵³ Los medios de masas jugaron un papel fundamental en la propagación del conflicto racial, debido a que estos son agentes de irritación del sistema social de amplio espectro. Es decir “En el cumplimiento de su función, los medios de masas producen permanentemente estimulaciones a la sociedad. (...) Dice Luhmann que todo lo que sabemos acerca de la sociedad y el mundo no llega a través de los medios de comunicación para las masas. Esto quiere decir que los distintos sistemas funcionales –(...) deben llamar la atención del sistema de los medios de masa si quieren que sus comunicaciones tengan algún efecto sobre la sociedad” RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío y TORRES NAFARRATE, Javier, *op. cit.*, nota 304, p.168

algunos ámbitos del sistema económico, sin embargo, no se pudo propagar a nivel jurídico, gracias a la mínima presión internacional.

Ahora bien, el primer eje del genocidio ruandés descansa en la propagación del conflicto racial a nivel político, a través de los partidos políticos con ideologías raciales extremistas, para la década de los 90's, se constituyó en la zona de Kinyarwanda el partido CDR, (Coalition for the Defence of the Republic) ; el cual lanzó una campaña mediática de odio hacia los tutsis, por otro lado se coordinó con miembros de la milicia para crear depósitos clandestinos de armamento suministrado por países africanos y europeos, asimismo armó y entrenó escuadrones de la muerte denominados *interahamwe* y los *impuzamugambi* (ala joven del CDR) para que llegado el momento fueran capaces de llevar a cabo las matanzas con la anuencia y colaboración de los ciudadanos.⁴⁵⁴

El segundo eje del genocidio consistió en el reforzamiento del conflicto racial en el entorno interno por parte del sistema político, a través de los medios de comunicación masivos, estos son: el periódico denominado Kangura y la estación

⁴⁵⁴ "During the year 1994, and in particular, the period 6 april to 17 july 1994, Barayagwiza continued to exercise effective leadership over the CDR Party and its members. The killing of Tutsi was promoted by the CDR, as evidence by the chanting of "inbatsembatsembe" or "let's exterminate them" by Barayagwiza and by CDR members in his presence at mass rallies. (...) The CDR had a young wing, called the Impuzamugambi, which became the CDR militia. The CDR members and the Impuzamugambi were supervised by Barayagwiza and acted under his control in carrying out the acts of killing and other acts of violence. Roadblocks were created and manned by Impuzamugambi, for the purpose of identifying and killing the Tutsis civilians. Barayagwiza gave orders to the Impuzamugambi at roadblocks that Tutsi should not be allowed to pass and that they should kill them unless they had CDR or MRND cards. Barayagwiza supplied weapons to the Impuzamugambi which were used for purposes of killing Tutsi. The Impuzamugambi, together with the Interahamwe, kill large number of Tutsi civilians in the Gisenyi Prefecture." Case No ICTR-99-52-T, THE PROSECUTOR VERSUS FERDINAND NAHIMANA, JEAN-BOSCO BARAYAGWIZA, HASSAN NGEZE, *op. cit.*, nota 449, pp. 121-122, (Durante el año 1994, y en particular, el período del 6 de abril al 17 de julio de 1994, Barayagwiza continuó ejerciendo un liderazgo eficaz sobre el Partido CDR y sus miembros. Las masacres de Tutsi fueron promovidas por el CDR, como evidencia se encuentra el coro "inbatsembatsembe" o "vamos a exterminarlos" exclamado por Barayagwiza así como por los miembros del CDR durante sus concentraciones masivas. (...) El CDR tenía un ala joven, denominada Impuzamugambi, la cual se convirtió en la milicia del CDR. Los miembros de la CDR y los Impuzamugambi estaban bajo la supervisión de Barayagwiza y actuaron bajo su control cuando llevaron a cabo las masacres y otros actos de violencia. Los bloqueos viales fueron creados y controlados por Impuzamugambi, con el propósito de identificar y matar a civiles del grupo étnico tutsi. Barayagwiza ordenó a los Impuzamugambi en las barricadas que los tutsi no pudieran pasar y que debían matarlos a menos que tuvieran tarjetas de CDR o MRND. Barayagwiza suministró armas a los Impuzamugambi las cuales utilizaron para matar a los tutsi. Los Impuzamugambi, junto con los Interahamwe, masacraron a un gran número de civiles tutsis en la Prefectura de Gisenyi.) La traducción es mía

de radio denominada RTML (Radio Télévision Libre des Mille Collines). Como antes observamos la comunicación es la conjunción de tres operaciones: acto de comunicar, información y acto de entender; el diámetro de propagación de la comunicación racista, radica en el medio de comunicación masiva, por el cual se realiza el acto de comunicar, mientras que el nivel de incidencia estriba en la simplicidad y la profundidad de la información (manejo de símbolos), por último, su eficacia depende de la aceptación del mensaje de odio racial.

Es importante mencionar que los medios de comunicación de masas, son sistemas autónomos, los cuales se caracterizan por amplificar el alcance de las comunicaciones, así como, ampliar su duración en el tiempo; es decir;

...son media (...) que vuelven probable el hecho improbable de que la comunicación alcance a sus destinatarios. Es improbable que la comunicación alcance a las personas que no estén físicamente presentes, por tanto que logre difusión más allá de los límites de la interacción (...) Para que esta difusión ocurra es necesario que exista una tecnología particular ofrecida por los medios de difusión. Tales media se han desarrollado evolutivamente teniendo como base el lenguaje.⁴⁵⁵

Ahora bien. el presente análisis se centrará en la comunicación racista transmitida por la Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTML); en el párrafo anterior se mencionó la simplicidad, así como la profundidad del mensaje racista, éste apela, por lo regular, al “miedo”. Durante los años siguientes a la independencia de Ruanda, se relacionó a los tutsis con los opresores (la monarquía tutsi), posteriormente en la década de los 90’s, la radio en comento, en un primer momento señaló como enemigo de la república a los integrantes del “Frente Patriótico Ruandés” (FPR), asimismo los denominó inyenzi (cucarachas), en los meses subsiguientes identificó a los tutsis que habitaban en el territorio ruandés como agentes del FPR; acto seguido todos y cada uno de los tutsis eran enemigos de los hutus⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 150

⁴⁵⁶ “RTLM broadcasts continued after 6 April to define the enemy as the Tutsi, at times explicitly. In a broadcast on 15 May 1994, for example, the RTLM Editor in Chief Gaspard Gahigi said: (...) The war we are waging, especially since its early day in 1990, was said to concern of the people who want to institute “democracy” ...We have said time and again that it was a lie ... these days, they trumpet, they say the Tutsi are being exterminate, they are being decimate by the Hutu, and other things. I would like to tell you, dear listeners of

El principal objetivo de la Radio *Télévision Libre des Mille Collines* (RTML) y el periódico *Kangura*, era despersonalizar a los Tutsis con el fin de desensibilizar a la población hutu, para que llegado el momento fueran participes en las matanzas indiscriminadas que tuvieron lugar en el territorio ruandés. En un punto de dicho proceso mediático se identificaron a las mujeres y a los jóvenes tutsis como espías de la FPR:

Han engañado a los niños tutsi, prometiéndoles algo inalcanzable. Anoche. Vi a un niño tutsi que había sido herido y arrojado a un agujero de 15 metros de profundidad. Se las arregla para salir del agujero, después fue terminado con un bate. Antes de morir fue interrogado. Respondió que el Inkotanyi había prometido pagar sus estudios hasta la universidad. Sin embargo, eso se puede hacer sin arriesgar la vida y sin devastar el país.⁴⁵⁷

El tercer eje del genocidio consistió en la inversión de los recursos económicos provenientes de las organizaciones internacionales para adquirir armas de forma “secreta”; Esto ocasionó el daño colateral consistente en el empobrecimiento extremo del grueso de la población, tanto Hutus como Tutsis.

Por otra parte, esta masacre tampoco constituyó un episodio del África profunda que escapa al control del mundo exterior. Las armas, desde machetes, hasta lanzacohetes, fueron suministradas por Francia, Sudáfrica, Egipto y China. Los Gobiernos de Francia y Egipto participaron activamente en las transacciones de armas con los extremistas ruandeses y el dinero para pagarlas procedía de los fondos de ayuda proporcionados por los organismos financieros internacionales. El año en que se planeó el genocidio, Ruanda un país del tamaño de Gales, se convirtió en el tercer importador de armas en África. Los directivos del Banco Mundial eran plenamente conscientes de la militarización de Ruanda, pero no comunicaron sus informaciones ni siquiera al Consejo de Seguridad de la ONU.⁴⁵⁸

RTLM, that the war we waging is actually between these two ethnic groups, the Hutu and the Tutsi.” Case No ICTR-99-52-T, THE PROSECUTOR VERSUS FERDINAND NAHIMANA, JEAN-BOSCO BARAYAGWIZA, HASSAN NGEZE, *op. cit.*, nota 449, p. 134 (Las transmisiones RTLM que siguieron después del 6 de abril identificaron a los Tutsi como los enemigos, en ocasiones explícitamente. En una transmisión el 15 de mayo de 1994, por ejemplo, el editor en jefe de RTLM, Gaspard Gahigi, dijo: (...) La guerra que estamos librando, especialmente desde su inicio en 1990, se refería a las personas que quieren instituir la "democracia" ... Hemos dicho una y otra vez que era mentira ... estos días, han sonado la trompeta, ellos dicen que los tutsi están siendo exterminados, que los hutu los están diezmado y otras cosas. Quisiera decirles, queridos oyentes de RTLM, que la guerra que estamos librando es en realidad entre estos dos grupos étnicos, los hutu y los tutsi.) La traducción es mía

⁴⁵⁷“They have deceived the Tutsi children, promising them unattainable thing. Last night. I saw a Tutsi child who had been wounded and thrown into a hole 15 meters deep. He manage to get out of the hole, after which he was finished with a club. Before he died he was interrogated. He answered that the Inkotanyi had promised to pay for his studies up to university. However, that may be done without risking his life and without devastating the country” *Ibidem*, pp. 141-142, (La traducción es mía)

⁴⁵⁸ MELVERN, Linda, *Un pueblo traicionado*, Traducido por Amaya Sagarminaga. España, Intermón Oxfam, 2007, pp. 28-29

Por último, el silencio internacional, constituye el cuarto eje del genocidio. Los Estados se encuentran acoplados al sistema político mundial, así como a sus organizaciones; en el caso de Ruanda, el fragmentado y escaso flujo de información llevo al Consejo de seguridad a enviar una misión militar bajo el supuesto del Capítulo VI “Arreglo pacífico de controversias” de la Carta de las Naciones Unidas, cuando la realidad de ese pequeño país africano requería una intervención en términos del Capítulo VII “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”.

Es importante mencionar que tanto el Fondo Monetario Internacional, la CIA y las agencias de inteligencia Belga, entre otras, poseían información que sustentaba la posible comisión de un genocidio, esto fue corroborado por agentes del estado ruandés⁴⁵⁹. La misión del UNAMIR, fue un fracaso debido a que los sistemas mundiales, económicos y políticos no dejaron fluir las comunicaciones; por esta razón, no se contó con el armamento, efectivos, fondos e inteligencia, para salvar miles de vidas. La comunidad internacional sabía que el genocidio iba a acaecer y no se esforzaron por prevenirlo.

Ahora bien, por regla general, el grado de propagación de un conflicto racial, radica en la presencia que tenga en los sistemas funcionales y sus organizaciones; sin embargo, ciertos factores aceleran dicho proceso; como falta de diferenciación del sistema estatal.

De acuerdo con Luhmann la falta de diferenciación de los sistemas funcionales al interior del sistema estatal, es una de las características de los regímenes autoritarios; por esta razón, sus organizaciones carecen de autonomía, constreñidas a obedecer los dictados del sistema político estatal; propiciando el

⁴⁵⁹ “Jean- Pierre tenía una historia extraordinaria que contar. Era un antiguo miembro de la guardia de seguridad del presidente, había trabajado como chofer y ahora era un importante entrenador de interahamwe. Le pagaba el partido en el poder MRNDD. Le dijo a Marchal que 1.700 interahamwe habían sido entrenados en los campos militares de Ruanda y que esos hombres estaban ahora diseminados en grupos de 40 por toda la ciudad. (...) hasta ahora Jean Pierre suponía que los interahamwe habían sido creados para proteger la ciudad Kigali del FPR, pero dijo que desde octubre, había recibido la orden de identificar a todos los tutsis de Kigali. Estaba seguro de que era para exterminarlos, pues los interahamwe estaban siendo entrenados para matar a 1.000 personas cada veinte minutos...” *Ibidem*, p.130

tráfico de información conflictiva; lo mencionado se puede observar perfectamente en el sistema estatal alemán de principios del siglo XX; el cual va constituir nuestro siguiente caso a analizar.

Por cuestiones prácticas, se tomará como punto de partida del conflicto racial el final de la primera guerra mundial con la firma del Tratado de Versalles⁴⁶⁰; la relevancia de este instrumento internacional, radica en las sanciones excesivas que fueron impuestas al Estado alemán por concepto de la reparación del daño. Es preciso resaltar que a la vuelta de los años, la crisis inducida por dicho tratado, labró el terreno para el nacimiento del nacional socialismo; porque en algunos casos, los sistemas estatales, con una economía en crisis, son susceptibles de presentar conflictos raciales.

Para el año de 1920, el dogma nazi sentó las bases del “Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán”, el cual constituyó el vehículo principal para que el conflicto racial se propagará de manera rápida a todos y cada uno de los sistemas funcionales no diferenciados del Estado Alemán.

Por cuestiones metodológicas, solo se abordará como base de la ideología nazismo, “Mi lucha” de Adolfo Hitler; en este libro no solo es un manifiesto ideológico, sino la base del programa de propagación del conflicto racial. Para cumplir con los propósitos de la presente investigación, se analizará de forma diacrónica y sincrónica, como la violación de derechos fundamentales es directamente proporcional al conflicto racial.

Por regla general, “la institucionalización de los conflictos raciales a nivel organizacional comienza en el sistema político”; la regla se actualiza en el caso

⁴⁶⁰ “A Alemania se le impuso una paz con muy duras condiciones, justificadas con el argumento de que era la única responsable de la guerra y de todas sus consecuencias (la cláusula de la “culpabilidad de la guerra”), con el fin de mantener a ese país en una situación de permanente debilidad. El procedimiento utilizado para conseguir ese objetivo no fue tanto el de las amputaciones territoriales (...) sino otras medidas. En efecto, se impidió a Alemania poseer una flota importante, se le prohibió contar con una fuerza aérea y se redujo su ejército de tierra a sólo 100.000 hombres; se le impusieron unas “reparaciones” (resarcimiento de los costos de guerra en que habían incurrido los vencedores) teóricamente infinitas; se ocupó militarmente una parte de la zona occidental del país; y se le privó de todas las colonias de ultramar.” HOBBSAWN, Eric, *op. cit.*, nota 221, p. 41

alemán, cuando el conflicto adquiere el carácter de línea ideológica del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán con la identificación del enemigo del pueblo alemán: el comunismo, este se enlazó posteriormente con los judíos.

Por el contrario, la identificación del judío con el comunismo, muy común en los discursos de extrema derecha europeos, situaba a los judíos alemanes, al menos en forma indirecta, en la mira de aquellos que temían una permanente conspiración bolchevique para desestabilizar al Estado burgués, cuya nueva cara visible, para potenciar aún más las contradicciones, era el régimen hitleriano.⁴⁶¹

La identificación de los comunistas como los enemigos del Estado, y su posterior exterminio en los campos de concentración, así como, establecer un solo partido político⁴⁶², fueron los primeros pasos para la consolidación del régimen nazi; De ésta manera comenzó el proceso de integración sistémica del sistema político⁴⁶³, la cual propicio el escalamiento y normalización del conflicto racial.

Conforme el conflicto racial iba en aumento, éste se propagaba en los diversos sistemas funcionales y estratos de la sociedad, de ahí que el discurso racial cambiaba en razón de la opinión pública y las irritaciones que tenían lugar en el entorno del sistema estatal.

A modo de comentario, el antisemitismo no es una ideología privativa de los nazis; sino era altamente aceptada en toda Europa, razón por la cual diversos estados ayudaron a los nazis a llevar acabo el genocidio.

⁴⁶¹KOGON, Eugen, *El Estado de la SS*, trad. de Enrique Gimbernat, España, Alba Editorial, s.l.u., 2005, p.39

⁴⁶² Al no haber oposición las determinaciones del partido único se convierten en las directrices de la política pública; En palabras de Luhmann: "Por esta razón el partido único entiende sus propuesta como programas de Estado, y requiere que su formulación se tome como la única opinión valedera. Esto lo puede hacer porque la organización está en condiciones de enterar en nombre de la organización. Al interior del partido esto quiere decir que todo conflicto y todo desacuerdos es correlatos de lo que se considera exacto en el partido" LUHMANN, Niklas, *La política como sistema*, *op. cit.*, nota 427, p. 292

⁴⁶³ Es el proceso de desdiferenciación de los sistemas político; anteriormente se mencionó que estos sistemas cuentan con las organizaciones denominadas partidos políticos; estas se encargan de absorber incertidumbre a través de la filtración de problemas en razón de sus líneas ideológicas, además, un sistema pluripartidista ofrece una multiplicidad de soluciones a una variedad de problemas del sistema estatal. Asimismo, en la medida en que exista una oposición organizada en partidos políticos estaremos ante un sistema democrático, de acuerdo con Luhmann "La falta de oposición significa falta de democracia, ya que determina estratificación política de la sociedad (dictadura): limita la diferenciación de la política, ya que el código político desaparece al desvanecer uno de los dos valore (la oposición). La codificación se sustituye por la referencia a la mera organización (el Estado, el partido único)" CORSI, Giancarlo, et. al., *op. cit.*, nota 307, p. 176; El problema en los sistemas dictatoriales de partido único es la inexistencia de la oposición, es débil y de carácter personal y se da al interior del propio partido.

Antes de la consolidación del nacional socialismo en el sistema estatal, Hitler formuló en su obra insignia los siguientes argumentos: a) la derrota militar en la primera guerra mundial con la cual llevó a la firma del tratado de Versalles, no es la causa de la crisis alemana, sino las prácticas mediáticas, económicas y políticas de los judíos, previas a la guerra; b) asimismo la mansilla de la sangre alemana contribuyó a tal derrota.

Con la llegada de Hitler al poder en el 30 de enero de 1933; inicia el proceso de integración sistémica del sistema político y de propagación del conflicto racial en los sistemas funcionales; por ésta razón, la política pública en materia de derechos políticos consistió en denegar dichos derechos a los “enemigos del estado”.

Los derechos políticos son la vía de acceso al sistema de toma de decisiones estatales⁴⁶⁴, por ésta razón la restricción o denegación de dichos derechos implica que sus intereses, así como problemáticas propias, formen parte del proceso de deliberación de la decisión política; para tales efectos el régimen Nazi promulgo dos leyes que restringen el acceso, directo o indirecto, a los judíos y comunistas al sistema político: la Ley de Ciudadanía del Reich y la Ley para la Restauración de un Funcionario Civil Profesional⁴⁶⁵.

Los criterios para adquirir los derechos políticos otorgados por el Estado alemán se encuentran previstos en la Ley de ciudadanía del Reich en su artículo II, el cual establece lo siguiente:

ARTÍCULO II:

- (1) Un ciudadano del Reich solo puede ser aquel que sea alemán o afín, y quien, demuestre a través de su comportamiento, que tiene el deseo así como, apto personalmente para servir lealmente al pueblo alemán y al Reich.
- (2) El derecho a la ciudadanía se obtiene mediante la expedición de los documentos de ciudadanía del Reich.

⁴⁶⁴ La participación en la toma de decisiones puede ser indirecta por medio del voto o directa a través de ejercer un cargo público;

⁴⁶⁵ “Hitler emitió, a través del Ministerio Interior, la Ley para la Restauración de un Funcionario Civil Profesional, bajo cuya égida inició una purga implacable dirigida a los dos millones de servidores públicos, federales, provinciales o municipales. El objetivo era identificar y expulsar a los que tuvieran origen judío – pero también a los comunistas- incluidos, los jueces y fiscales, los profesores universitarios, los maestros y hasta los becarios del sistema educativo.” KOGON, Eugen, *op. cit.*, nota 461, p.41

(3) Solo el ciudadano del Reich puede gozar de plenos derechos políticos conforme a disposiciones legales.⁴⁶⁶

De acuerdo con el artículo citado solo los alemanes o razas afines tienen la posibilidad de convertirse en ciudadanos, si y solo si, someten su voluntad a la de la nación alemana y al Reich; posteriormente el 14 noviembre de 1935 en el decreto complementario de la ley en comento, en el inciso I del artículo IV negó a los judíos de manera expresa el acceso a la ciudadanía, así como les prohibió ocupar cargos públicos.⁴⁶⁷

Se limitó el acceso a los sistema económico y jurídico en cierta medida cuando se les prohibió a los judíos a ejercer profesiones como la abogacía y la docencia, así como, adquirir en un principio propiedades rurales, expropiación de bienes en favor del Estado, para después reubicarlos en guetos y finalmente exterminarlos en los campos de concentración; es importante señalar que el factor determinante que coadyuvo alienación fue la restricción de los derechos de libertad de expresión información e intimidación del pueblo alemán.

Para cumplir con el fin de alienar a los judíos a través de restringir los tres derechos antes mencionados, el régimen del tercer Reich debía tener cierto control de la opinión pública, de ahí que el Ministerio del Reich para la Ilustración Pública y Propaganda, y la Gestapo jugaran un papel fundamental para cumplir con dichos fines.

La libertad de expresión se limitó en dos ámbitos; en los medios de comunicación de masas a través de la estrategia de coordinación y centralización del cine, la prensa, así como la radio; y en el ámbito personal de los ciudadanos alemanes con

⁴⁶⁶“ ARTICLE II:

(1) A citizen of the Reich may be only one who is of German or kindred blood, and who, through his behaviour, shows that he is both desirous and personally fit to serve loyally the German people and the Reich.

(2) The right to citizenship is obtained by the grant of Reich citizenship papers.

(3) Only the citizen of the Reich may enjoy full political rights in consonance with the provisions of the laws.”
https://www.swisseduc.ch/immersion/hist/ww2/antisemitism/docs/nuremberg_laws.pdf

⁴⁶⁷ “ARTICLE IV: (1) A Jew cannot be a citizen of the Reich. He cannot exercise the right to vote; he cannot occupy public office.”

https://www.swisseduc.ch/immersion/hist/ww2/antisemitism/docs/nuremberg_laws.pdf, (ARTÍCULO IV: (1) Un judío no puede ser ciudadano del Reich. No puede ejercer el derecho de voto; no puede ocupar cargos públicos) La traducción es mía

la “Ley contra los Ataques Traicioneros al Estado y al Partido y para la Protección de los Uniformes de Partido”; la cual castigaba con pena corporal toda expresión de crítica, insubordinación o insulto al régimen, estos delitos eran investigados directamente por la Gestapo, por muy pequeños que fueran *verbigracia*:

...un hombre de Wurzburg que había vuelto del frente en 1942, tuvo una riña con su esposa y le dijo que se marchara, tras lo cual ella se dirigió a la Gestapo con una acusación. La Gestapo llegó a la conclusión de que se buscaba venganza al atribuirle la siguiente afirmación traidora: ¡No pienso criar a ningún hijo para que reciba un tiro defendiendo al Tercer Reich!...⁴⁶⁸

A partir de lo citado se formula la siguiente pregunta, ¿Cómo se puede vigilar a todos, cuando tienes un personal limitado? En el caso del régimen nazi, limitando el derecho a la intimidad a través de los mismos ciudadanos, quienes motivados por el miedo, rencillas, envidia o el nacionalismo, denunciaban a sus connacionales, por esta razón nadie estaba seguro, porque “todos” fungían como agentes del Estado.

El sentimiento de desconfianza al interior de sistema social alemán, entorno de la Gestapo y el gobierno alemán, posibilitó un cambio en la dinámica comunicacional al interior de la sociedad⁴⁶⁹, coadyuvando en la alienación de los judíos y su posterior exterminio en los campos de concentración.

La aplicación de las leyes raciales no solo afectó las relaciones íntimas entre no judíos y judíos (violación al derecho a la intimidad); también aquellas relaciones personales de amistad o camaradería. La ambigüedad de las leyes raciales nazis permitió a la Gestapo el procesar a alguien, solo por el simple hecho de ser amigo de un judío o haberle ayudado en caso de necesidad.

Una hermana (nacida en 1878) del señalado obispo Ehrenfried se enteró en noviembre de 1940 de que una anciana judía, una antigua vecina de la localidad de Eichstätt, estaba enferma, y por ello fue a visitarla llevándole algunos huevos como regalo. Para la Gestapo, que había sido informada por personas desconocidas, éste era un asunto grave, y realizó una advertencia a la hermana del obispo.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ GELLATERY, Robert, *La Gestapo y la sociedad alemana*, trad. de Tomás Fernández Aúz, Barcelona, España, Paidós, 2004, pp. 206-207

⁴⁶⁹ “Durante los años de la guerra, el abanico de actividades que podían ser denunciadas se incrementó de forma espectacular. No cerrar las persianas por la noche, olvidarse de cambiar el dial de la radio, alejándose de las emisoras “enemigas” tras haber escuchado retransmisiones prohibidas, y el quebrantamiento de las numerosas disposiciones relacionadas con la comida, ropa y la vivienda, eran todas circunstancias que podían tener trágicas consecuencias si llegaban a saberse.” *Ibidem*, p. 214

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p.242

Por lo que se refiere al derecho a la información se encuentran garantizados en un Estado democrático gracias a la autonomía de los medios de comunicación de masas, sin embargo, en un régimen autoritario estos sistemas se encuentran supeditados al sistema político por el rol que desempeñan en la formación de opinión pública⁴⁷¹.

Con la estrategia de coordinar y centralizar los medios de comunicación de masas, la radio, el cine y la prensa⁴⁷², el régimen nazi, buscó impedir que cualquier tipo de discurso contrario al régimen llegara a las masas, asimismo, se controló el flujo informativo que llegaba al pueblo, de ahí la violación al derecho de acceso a la información.

Fue tal el control del gobierno alemán sobre la ciudadanía que mediante el Ministerio del Reich para la Ilustración Pública y Propaganda estuvo a cargo Joseph Goebbels, se emitió en fecha 1 de septiembre de 1939 un decreto en el cual se prohibía a todo residente alemán el escuchar una radio extranjera.⁴⁷³

Por supuesto, los nazis tenían competidores por el dominio de las ondas de radio en las emisoras extranjeras las cuales intentaron difundir su propia información y mensajes de propaganda a los ciudadanos alemanes. Por lo tanto, se desarrolló la categoría especial "criminales de radio", por lo cual, cualquier persona que escuchara transmisiones de radio extranjeras podía ser encarcelada en un campo de concentración.⁴⁷⁴

Es necesario reiterar que la restricción de la libertad de expresión, el derecho y el derecho a la información, a través de los organismos de la organización paramilitar denominada Schutzstaffel (SS): La agencia de inteligencia Sicherheitsdienst (SD) y la Geheime Staatspolizei (Gestapo); tenía como objetivo el monitorear y hasta cierto

⁴⁷¹ "En los círculos periodísticos se suele llamar a la prensa el "gran poder". En efecto, su significación es extraordinaria y jamás podrá ser suficientemente apreciada. La prensa es, pues, el factor que continúa obrando en el proceso educativo del adulto." HITLER, Adolf, *Mi lucha*, p. 147, <http://der-stuermer.org/spanish/Adolf%20Hitler-Mi%20Lucha.pdf>

⁴⁷² Los medios de comunicación tienen una cualidad importante que les permite sostener una comunicación en el tiempo y amplificar su diámetro de alcance.

⁴⁷³ Cfr. GELLATERY, Robert, *op. cit.*, nota 468, p. 196

⁴⁷⁴ "Of course, the Nazi had competitors for the airwaves in the foreign broadcasters who tried to disseminate their own information and propaganda messages to German citizen. Hence the special category "radio criminals" was developed, liable to summary incarceration in a concentration camp, for those who listened foreign radio broadcasts" JONES, Adams, *The scourge of genocide*, Nueva York, Routledge, 2013, p. 93 (la traducción es mía)

punto manipular la opinión pública⁴⁷⁵, con el fin de avanzar en el cambio de narrativa para justificar los actos realizados en la “solución final”; caso concreto, en el discurso de fecha 24 de mayo de 1944, Himmler justificó el homicidio de mujeres y niños bajo el argumento de la “prevención de la venganza futura”⁴⁷⁶

Por lo que se refiere al derecho a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de los menores, este fue cooptado a través de una política educativa de corte racial así como militarizada, basada en el principio de la raza y guerra inminente.

La formación nazi basada en la raza tenía por objetivo que los menores se identificaran como arios, dicha cualidad los ubicaba en una posición de superioridad respecto de las otras razas, asimismo formaban parte del proyecto de nación alemana, la cual debía estar preparada para derrotar a sus enemigos; entre los cuales se contaban especialmente a los judíos.⁴⁷⁷

En el argumento de la guerra inminente se fundó y justificó la educación semi-militarizada de los menores de 10 a 14 años, de esta forma se consolidó el conflicto racial a nivel generacional. Los padres fueron convencidos por las ideas radicales de Hitler y sus hijos fueron formados nazis:

La educación, por ejemplo, debe tender a que el tiempo libre de que dispone el educando sea empleado en un provechoso entrenamiento físico. A esa edad no tiene él derecho alguno a barloventear por las calles ni cines, sino que debe dedicarse, aparte de sus cotidianas labores, a fortalecer su joven organismo para que, cuando un día ingrese en la

⁴⁷⁵ “The Nazis were unusually sensitive to how their command were receive and implemented by the general population. A sophisticated monitoring system was established by the SD (the intelligence agency) to report on the popular mood; the “widespread popular criticism of the violence and the damage cause” during the Kristallnacht (Night of broken glass) cause the Nazis to pull back from sponsoring such public pogroms against the Jews, whose insolation and extermination now proceeded largely out of (German) sight and mind.” *Ibidem*, p. 95 (Los nazis eran inusualmente susceptibles a la forma en la cual sus mandatos eran recibidos e implementados por la población general. La SD (la agencia de inteligencia) estableció un sofisticado sistema de monitoreo para realizar reportes sobre el estado de ánimo popular; La “crítica popular generalizada sobre la violencia y el daño causado” durante la Kristallnacht (Noche de cristales rotos) hizo que los nazis se abstuvieran de patrocinar tales disturbios públicos contra los judíos, cuya insolación y exterminio procedió en gran medida fuera de la vista e interés (alemana).) La traducción es mía

⁴⁷⁶ Cfr. KOGON, Eugen, *op. cit.*, nota 461, p. 189

⁴⁷⁷ Un claro ejemplo del adoctrinamiento de menores en los principios de superioridad racial y la identificación del enemigo “natural” del ario; es el libro infantil “el hongo venenosos” el cual tenía como propósito enseñar a los menores a reconocer a los judíos a partir de sus características físicas, y conocer las razones por las cuales eran considerados enemigos del pueblo alemán. <http://shoa-interpelados.amia.org.ar/sitio/wp-content/uploads/2015/03/el-hongo-venenoso.pdf>

lucha por la existencia, la realidad de la vida no lo encuentre desprevenido. Encaminar y realizar, orientar y dirigir: ésa es la tarea de la educación para la juventud. Su papel no consiste exclusivamente en insuflar sabiduría. Es también su cometido anular la concepción errónea de que el ejercicio físico es cuestión personal de cada uno. ¡No existe la libertad de pecar a costa de la progeñe y, con ello, de la Raza!⁴⁷⁸

Ahora bien, los sistemas se presentan como resultados de interpretaciones, estas son producto de la autoobservación sistémica. En el especial caso de los conflictos raciales, estos se presentan como ideologías de raza, las cuales se vuelven positivas una vez que el conflicto ha invadido el derecho. Mi lucha, fue la base ideológica de las leyes raciales de Núremberg del 15 de septiembre de 1935⁴⁷⁹, estas fueron el medio por el cual se restringió el acceso de los judíos al sistema político, así como, el fundamento de los actos de segregación realizados por la Gestapo, en los demás sistemas funcionales y en la sociedad.

La alienación del pueblo judío se realizó de manera eficaz y “legal”⁴⁸⁰, en razón del principio de proteger el honor y la sangre alemana establecidos en las leyes de Núremberg, asimismo, la estrategia mediática, consistente en la propaganda racista y desinformación⁴⁸¹, así como las tácticas represivas de la Gestapo; cumplieron con el cometido de quitarles el carácter de persona a los judíos.

La organización militar encargada de los centros penitenciarios, así como los campos de concentración era la Schutzstaffel (SS), la cual estaba al mando de Heinrich Luitpold Himmler. Una vez concluido el proceso de extirpar a los judíos de la sociedad alemana despojándolos en el camino de todos y cada uno de sus

⁴⁷⁸ HITLER, Adolf, *op. cit.*, nota 471, p. 155

⁴⁷⁹ Las leyes raciales de Núremberg del 15 de septiembre de 1935, son: La Ley de ciudadanía del Reich (The Reich Citizenship Law) y la Ley de protección de la protección del honor y la sangre alemana (The Law for the Protection of German Blood and Honour)

⁴⁸⁰ Si partimos que el derecho es un sistema constituido por comunicaciones jurídicas, todos los actos administrativos, fundados en las leyes raciales de Núremberg, tendientes a la identificación, segregación y exterminio de los judíos fueron legales conforme al derecho alemán; Por esta razón el discurso de respeto de la soberanía y autodeterminación de los pueblos, fueron el estandarte de la política exterior del tercer Reich.

⁴⁸¹ “La mayor parte de las redadas y de los envíos de los judíos ocurrían a la vista del público. Aunque los ciudadanos corrientes desconociesen lo que pasaba, es claro que, en cualquier caso, era poco lo que podían hacer. No obstante, otros reaccionaban de forma opuesta y continuaban ofreciendo información y cooperación no solicitada a la Gestapo...” GELLATERY, Robert, *op. cit.*, nota 468, p. 243

derechos fundamentales, se comenzó con la tarea de aislarlos, explotarlos, para posteriormente exterminarlos.

Los judíos fueron ubicados en guetos para ser utilizados como mano de obra esclava, posteriormente, conforme fue necesario movilizar a la población alemana a los lugares ocupados, los judíos fueron reubicados en campos de concentración en donde se llevó acabo el exterminio. A modo de comentario, antes de las cámaras de gas, los mecanismos de ejecución consistían en ahorcar, fusilar u otro medio inhumano para privarlos de la vida.

El fundamento de la ideología racial nazi tiene uno de sus antecedentes en los estudios de eugenesia realizados en las primeras décadas del siglo XX, dentro de los que se destacan los estudios realizados por los futuros miembros del Instituto Kaiser Wilhelm de Antropología, Genealogía, and Eugenesia: Eugen Fisher⁴⁸², Herman Muckerman, Otmar Freiherr von Verschuer; este último logró llevar a nivel de política pública la esterilización forzosa; asimismo, se benefició de la experimentación con seres humanos, la cual se llevó acabo en los campos de concentración.

Como anteriormente mencionamos, en un sistema autoritario los sistemas funcionales no se encuentran diferenciados; de ahí que el sistema ciencia también se propago el conflicto racial; lo cual podemos observar en las políticas públicas en materia de salud diseñadas para mejorar la especie aria (eugenesia positiva) o en aquellas directivas encaminadas a la prohibición del mestizaje, la esterilización forzosa y la experimentación con seres humanos considerados inferiores; en este último caso, estamos ante uno de los efectos de la despersonalización del ser humano.

⁴⁸² Eugen Fisher realizo estudios antropológicos sobre mestizaje y pureza racial, tales como: “Los bastardos de Rehoboth y el problema de la bastardización en el hombre” CASTILLEJO CUÉLLAR, Alejandro, *Raza, alteridad y exclusión en Alemania durante la década de 1920*, revista de estudios sociales, Bogotá, N° 26, abril 2007, 126-137, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2345378.pdf>

La SS auspició una serie de experimentos con seres humanos⁴⁸³ por instituciones públicas o privadas en los campos de concentración de Dachau, Buchenwald, Sachsenhausen, Natzweiler, Ravensbruck y Auschwitz. Asimismo estos campos de concentración suministraban cadáveres para su tratamiento y experimentación para diversos institutos médicos:

El profesor Hirt había sugerido a Himmler a fines de 1942 la formación de una colección de cráneos y esqueletos de comisarios judeo-bolcheviques. El SS-WVHA dio inmediatamente instrucciones a Auschwitz para que se proporcionasen prisioneros con este objeto. Fueron seleccionadas ciento quince personas: setenta y nueve hombres judíos, treinta mujeres judías, dos polacos y dos personas procedentes de Asia interior, y se les envió al campo de concentración de Natzweiler donde fueron asesinados con sales cianhídricas, que el profesor Hirt puso a disposición del comandante del campo para este objeto; (...) y los cadáveres se enviaron al profesor Hirt para el Instituto Anatómico de la Universidad del Reich, donde fueron apilados con una solución de alcohol al 55 por 100.⁴⁸⁴

Ahora bien, es importante dejar claro lo siguiente, dentro del mundo de comunicaciones que tienen lugar en la sociedad, la comunicación racista es solo una fracción; sin embargo, ésta tiene peso; es decir, que su grado de aceptación elevado, permite su normalización, así como su penetración en otros sistemas de forma orgánica a través de expresiones, dichos o argumentos raciales infundados.

El objeto de los casos expuestos es demostrar como el grado de autonomía de los sistemas funcionales es directamente proporcional al real ejercicio de los derechos fundamentales; estos no son solo acoplamientos estructurales, también hacen posible la diferenciación funcional del sistema estatal.

Ahora bien, los derechos fundamentales y su alcance, a nivel jurídico son materia de la argumentación jurídica; es por eso que es preciso mencionar que la siguiente sección, no se van abordar estructuras argumentativas, más bien, como la estructura y el peso de la materia argumentativa dependen de la dinámica sistémica entre sistemas funcionales.

⁴⁸³ Algunos de los experimentos realizados son el de fiebre tifoidea, sulfamidas, malaria, esterilización, fiebre amarilla, viruela, tifus, difteria, venenos, gases asfixiantes

⁴⁸⁴ KOGON, Eugen, *op. cit.*, nota 461, 2005, pp. 252-253

4.2. La dinámica sistémica del derecho, (adaptación de los sistemas funcionales)

No es posible responder a las interrogantes: ¿cuál es la función social del derecho? y ¿cuál es la forma de operación del derecho en la sociedad? A partir de la concepción del derecho como un sistema normativo clausurado, del positivismo científico de Kelsen, porque no describen de manera adecuada la dinámica de del derecho. En la teoría pura del derecho establece lo siguiente:

El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ella pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho.⁴⁸⁵

La dinámica sistémica positivista describe producción de programas y decisiones de forma cíclica, esta limitante le impide observar la evolución del derecho a través del ejercicio de su función; aunque esto es posible desde la óptica de la teoría de sistemas.

La evolución biológica, de acuerdo con la Real Academia Española, es el “Proceso de transformación de las especies a través de cambios producidos en sucesivas generaciones.”⁴⁸⁶ Sin embargo, Luhmann, tomando la teoría de la evolución de Darwin, plantea que los sistemas sociales, así como sus sistemas funcionales, pueden evolucionar a través de la realización de cambios estructurales, siempre y cuando se mantengan la autopoiesis sistémica, así como se cumplan con las condiciones de variación/selección/estabilización.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ KELSEN, Hans, *op. cit.*, nota 32, p.205

⁴⁸⁶ Real Academia Española; <http://dle.rae.es/?id=H9vaSkr>

⁴⁸⁷ “1) La variación de un elemento autopoietico respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento vigentes. 2) La selección de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones. 3) La estabilización del sistema, en el sentido de mantenerlo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoietica de la forma (determinada estructuralmente) que ha experimentado mutación.” LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad, op. cit.*, nota 360, p. 305

Los sistemas funcionales son producto de la evolución de la sociedad, en el caso del derecho, su validez se remonta a las prácticas ritualistas, posteriormente ésta se traslada a los textos religiosos otorgándole clausura sistémica al derecho⁴⁸⁸; lo cual introdujo las diferencias texto/interpretación, texto/contexto y sentido literal/sentido implícito, esto posibilitó la evolución del sistema funcional denominado derecho.

Ahora bien, la diferenciación de los sistemas funcionales religión/política/derecho; dotó a las decisiones de éste último de autonomía. En otras palabras, se abandonaron las argumentaciones ad hoc y ad hominem producto de la influencia política y religiosa sobre las determinaciones jurídicas.

Las argumentaciones ad hoc y ad hominem⁴⁸⁹, fueron sustituidas por las normas identificables, los conceptos jurídicos y reglas de decisión; asimismo, se reintroduce el concepto justicia con un carácter jurídico; Lo antes mencionado, aunado a la autonomía de los tribunales encargados de manejar la paradoja sistémica (Derecho es Derecho), posibilita la clausura operativa del sistema derecho, así como su acoplamiento estructural con la política, la religión y la economía.

En el capítulo anterior se mencionó que la función del derecho es resolver problemas, a través de declarar cual es el derecho aplicable a la problemática planteada mediante la decisión judicial; por esta razón, los juzgados tiene la obligación de decidir, esto posibilita la evolución del derecho de forma fragmentaria a través de la decisión judicial.

Las decisiones judiciales determinadas por los tribunales operan bajo la pretensión de que existe estabilidad programática en el derecho. Debido a su capacidad adaptativa, la cual se refleja en la labor de los tribunales, el derecho está en constante transformación, debido a la producción continua de programas,

⁴⁸⁸ “Solo cuando la escritura está disponible en formas fáciles de percibir (fonética y alfabeto), entonces es que ya está creado el medio por el que los textos jurídicos pueden diferenciarse de otro tipo de textos. Únicamente entonces el derecho se vuelve autónomo en el sentido de que no sólo utiliza la escritura, sino que se apoya en una clase de textos que se deslindan de otros.” *Ibidem*, p. 315

⁴⁸⁹ Los argumentos ad hoc y ad hominem son aquellos sustentados en clientelismos político o religiosas

dicho proceso a nivel jurisdiccional, consiste en la construcción casos⁴⁹⁰ que serán resueltos por las autoridades jurisdiccionales a través de una decisión judicial, ésta última puede aplicar una regla previa al caso por subsunción o crear una nueva.

El alcance de la transformación del sistema a partir de la creación de una nueva regla mediante una resolución judicial puede ser de bajo o amplio espectro, esto en razón de la jerarquía que ocupa el tribunal, así como el impacto que tenga en el centro y la periferia del sistema; por ejemplo en la resolución correspondiente al expediente 912/2010, Rosendo Radilla Pacheco y varios, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, revolucionó la forma en la cual se construye la resolución judicial así como el lugar y la aplicación de los derechos fundamentales.

El caso anterior constituyó un problema para el sistema jurídico mexicano el cual llevo a cabo un cambio estructural, el cual fue estabilizado a través de una reforma constitucional, así como varias a nivel institucional. Al respecto Luhmann comenta

Puede quedar en pie la tesis de que el derecho evoluciona a partir de sí mismo y que el entorno social le aporta impulsos casuales que son los que provocan las variaciones y las selecciones eventualmente innovadoras, la respuesta del sistema al entorno se muestra a través de institutos jurídicos especiales: por ejemplo la sensibilidad registrada por el derecho penal, o de las formas del derecho civil que dan cause a las demandas ⁴⁹¹

En la teoría de sistemas de Luhmann, la obligación de no denegar justicia constriñe al juzgador a decidir cada caso de manera justa⁴⁹²; esto implica además de la necesidad de decidir, la libertad elegir los programas aplicables al caso siempre y cuando no transgredan la justicia. En otras palabras, el horizonte de decisión del juzgador se encuentra determinado por el derecho vigente y la justicia en sentido jurídico.

⁴⁹⁰ Los casos se construyen a partir de las irritaciones del entorno, las cuales se convierten en información que es procesada mediante las redundancias del sistema posibilitando su tratamiento en la decisión judicial. En términos procesales, los acontecimientos de relevancia jurídica ingresan al sistema derecho como información jurídica, debido a que son presentados en forma de demanda (comunicación jurídica), posteriormente los tribunales, en razón de las pruebas preparadas y presentadas conforme a los programas (leyes adjetivas); determinara que es derecho y que no.

⁴⁹¹ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, *op. cit.*, nota 360, p. 343

⁴⁹² Estamos ante la justicia en sentido jurídico y no ético; es decir, en trato igual a lo igual y desigual a lo desigual.

La observación de segundo orden implementada en el estudio de la decisión judicial, permite ubicar a ésta última en el ámbito temporal como el tercero excluido de la diferencia pasado/futuro, es decir, en el presente; por esta razón, Luhmann considera que el pasado no determina las decisiones judiciales, porque lo importante son los efectos de ésta en el futuro.

La obligación de no denegar justicia parte del presupuesto que el sistema judicial es competente para dar solución a los casos que se le plantean; de ahí surge la problemática de aquellos catalogados como difíciles, eso últimos se caracterizan por la “inexistencia” de un programa aplicable, de manera aparente, para fundamentar a decisión judicial.

La solución planteada por el sistema a la problemática descrita parte del supuesto de que toda decisión judicial es válida independientemente de su corrección, al respecto Luhmann comenta:

La discrepancia entre la necesidad de decidir y la posibilidad de llegar a decisiones convincentes se expresa, entre otros, en la institución de la fuerza del derecho. Esta fuerza se manifiesta en un momento preciso. Por más cuestionable que haya sido y siga siendo la decisión, la fuerza del derecho la exonera de un continuo cuestionamiento. Esto hace que la inclusión de consecuencias en la búsqueda y fundamentación de la decisión sea inofensiva y, a la vez, arriesgada –inofensiva porque en el momento de la decisión valida las consecuencias están todavía en un futuro desconocido; arriesgada, precisamente por eso. Las consecuencias que se llevan a cabo (o no) en contra de las expectativas, ya no pueden cambiar la decisión. Puede que ésta posteriormente se evidencie como especulación errónea, sin embargo es válida y, distinto a lo que pasa con las leyes, ya no se puede cambiar en la perspectiva de una nueva mezcla de consecuencias.⁴⁹³

Por lo tanto, aun cuando el juzgador puede fundar su decisión en principios de carácter laxo que permiten una amplia interpretación, siempre es dentro de los parámetros programáticos del derecho; es decir, la clausura del sistema derecho impide que la decisión judicial sea fundamentada en cuestiones meta jurídicas.

El juzgador al momento de integrar la fundamentación de la decisión judicial, no solo utiliza programas emitidos por los órganos legislativos, así como precedentes; también construyen argumentaciones, las cuales se observan por medio de una observación de segundo orden.

⁴⁹³ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad, op. cit.*, nota 360, p. 378

4.3. La función sistémica de la argumentación jurídica

En el análisis dinámico del derecho, las observaciones de primer, segundo y tercer orden, permiten el análisis del proceso de integración de la decisión judicial en la comunicación. Luhmann parte su análisis a partir de la afirmación de que en la argumentación no mueve el símbolo de validez, sino opera en el campo de la racionalidad.

En la decisión judicial se vierten una serie de argumentos e interpretaciones, estas últimas, dentro de una observación de primer orden, consisten en la actividad de fundamentar la decisión a partir de textos jurídicos⁴⁹⁴, de forma que se diga lo mismo pero de otra manera, lo cual lleva a la producción de más textos. En palabras del autor “en la actualidad la interpretación se entiende en primer lugar, como producción de nuevos textos con base a los viejos; como aplicación de los fundamentos del texto, a lo que posteriormente, el texto de salida servirá únicamente de referencia.”⁴⁹⁵

Para Luhmann, la interpretación bajo una observación de segundo orden alude al significado del texto, porque este último, de acuerdo con Luhmann, tiene el carácter de comunicación. En éste contexto la argumentación jurídica trasciende la simple interpretación, porque no solo analiza la racionalidad del texto y del actor, también entra en el campo del convencimiento y la imposición.

Anteriormente se mencionó que la comunicación es un proceso que se observa a sí mismo, por esta razón el análisis argumentativo se realiza desde una observación

⁴⁹⁴ Antes se mencionó que la producción de textos especializados posibilitó la clausura operativa del sistema derecho, así como su posterior autonomía; por ésta razón la importancia de los textos radica en el hecho de que “realizan el enlace de la argumentación con la validez de derecho, los textos tienen un significado excepcional para la argumentación jurídica –especialmente los textos legales en el sentido normal y también especializados. Los textos posibilitan la autoobservación simplificada. En el proceso normal de las decisiones, el sistema se observa a sí mismo no como sistema en un entorno, sino como una aglomeración de textos jurídicos que se remiten unos a otros.” *Ibidem*, p. 402

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 403

de segundo orden; lo cual permite observar la dualidad cualitativa razones/errores, si orientamos nuestra observación al lado de los errores encontraremos la diferenciación de argumentos erróneos y argumentos sin error; es en éste terreno donde la lógica adquiere importancia en el análisis argumentativo:

...en los argumentos erróneos se puede distinguir entre argumentos que van crasamente contra la lógica o en premisas fácticas que son insostenibles. Aquí (y sólo aquí) la lógica juega un papel de instrumento de vigilancia y control de los errores, ya que al describir la distinción razones/errores en calidad de dualidad cualitativa (irreductible), implícitamente contiene una afirmación acerca del rol de la lógica en la argumentación jurídica.⁴⁹⁶

Por esta razón el análisis argumentativo no se puede reducir a la observación de los argumentos a su construcción lógica, ni la racionalidad se puede reducir a su corrección. Para Luhmann gracias a su carácter comunicativo, así como el papel que desempeña en el derecho la argumentación jurídica es una herramienta que permite la evolución seccional del sistema jurídico debido a su acceso a la variedad de programas, decisiones y factores informativos que le brinda el caso.⁴⁹⁷

Dentro del otro lado de la diferencia errores/razones, estas últimas deben ser intrasistémica, es decir, que no pueden devenir del entorno, porque iría en contra de la clausura operativa del derecho; por esta razón en el proceso de ponderación de principios⁴⁹⁸ la decisión no se fundamenta en programas y razones extrajurídicas, de ahí la importancia del concepto redundancia.

La argumentación tiene la función de dar razones para la toma de decisiones; para tales efectos se sirve de la repetición entendida como la fragmentación del caso a sus principios basales para efecto de encontrar los programas y casos resueltos a fines que han de integrar la fundamentación de la decisión a tomar por el tribunal.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 406

⁴⁹⁷ "La argumentación jurídica se nutre de la diversidad de los casos y con ello logra una alta especificidad que no se deja disolver en principios generales como el de la justicia. Así la argumentación alcanza una alta sensibilidad hacia los problemas y desarrolla asimismo una alta capacidad de distinción, sin que se entienda a sí misma como "doctrina del método aplicable"(...) sino como hacer visible de modo operativo las diversidades." *Ibidem*, p. 409

⁴⁹⁸ Para Luhmann los principios son fórmulas de redundancias

En el análisis de caso el juzgador presupone los casos previos decididos en la misma “línea argumentativa” y sus particularidades; asimismo considera la aplicación de la decisión a tomar en casos futuros; lo anterior respetando la clausura operativa del derecho y la justicia

Ahora bien, la dinámica sistémica así como la estabilidad del sistema solo es posible siempre y cuando se encuentre equilibrada la variedad/redundancia; esta última es fundamental para la clausura del sistema así como el control y procesamiento de la información. Para Luhmann la redundancia puede ser definida como el “rechazo de la necesidad más información, no es ella misma ninguna información⁴⁹⁹. La redundancia posibilita tanto la indiferencia de las operaciones del sistema entre sí, como, y por sobre todo, la indiferencia con respecto al entorno.”⁵⁰⁰

La redundancia opera de la siguiente manera en el sistema jurídico, acaece una irritación (acontecimiento de relevante para el derecho), la cual penetra a nivel organizacional (comunicación jurídica); posteriormente la información producto de la irritación, pasa por un proceso de selección donde, se identifican aquellos fragmentos a ignorar por no constituir información, y los restantes se utilizan en la constitución de operaciones y por tanto crean nueva información.

Por lo referente a la variedad consiste en la cantidad de así como en la diversidad de operaciones que un sistema reconoce como propias. La problemática a la cual el sistema se enfrenta es que la variedad dificulta los enlaces de operaciones por las propias limitantes del sistema, por esta razón aumenta sus niveles de redundancia. Al respecto Luhmann menciona que

Variedad y redundancia son, con otras palabras, estados de cosas que pueden aumentar simultáneamente. La posibilidad de incremento se palpa (como ya ha sido dicho) a través de la formación de analogías – con lo que se llega a la generalización de reglas existentes, o a la creación de reglas para situaciones que se tiene como

⁴⁹⁹“La información es el valor de sorpresa de las noticias, dado un reducido (o ilimitado) número de otras posibilidades. La redundancia resulta (circulante) de que la información precedente s debe tener en cuenta en la operación de los sistemas autopoieticos.” *op. cit.*, nota 360, p. 416

⁵⁰⁰*Ibidem*, p. 416

novedosas (y por lo tanto todavía no incluidas). En el transcurso de la evolución ha tenido un éxito, de vez en cuando, dar con formas jurídicas que tiene un potencial más alto.

Si bien es cierto, la argumentación jurídica no mueve el símbolo de validez, si puede dar razones convincentes con el fin de establecer bajo qué circunstancias disposición jurídica es aplicable así como su alcance; de concretarse en una decisión judicial y por lo tanto en una regla válida.

Bajo la anterior premisa el proceso argumentativo convergen tanto la variedad/redundancia y dependiendo del grado de preponderancia de cada uno de los lados será el alcance de la disposición así como a los conceptos a implementar. El proceso se complica cuando las disposiciones jurídicas a aplicar al caso son derechos fundamentales por la especial naturaleza de estos.

Los derechos fundamentales no solo son disposiciones jurídicas también funcionan como acoplamientos estructurales con el sistema político; de ahí que cualquier argumentación hecha por un órgano judicial impactara en el grado de acceso a los sistemas funcionales de la sociedad.

El derecho se diversifica al interior gracias al flujo informativo proveniente de los casos que se le plantean producto de las irritaciones del entorno, sin embargo, cuando estos versan sobre el alcance y aplicación de derechos fundamentales el panorama cambia no solo para el sistema jurídico, sino también para los sistemas acoplados.

Anteriormente se expuso como el grado de efectividad de un derecho fundamental determina el acceso de la persona a un sistema funcional; al momento de que una problemática de esta naturaleza accede al sistema jurídico, trae consigo el contexto social de la misma. Es decir, que el juzgador al momento de determinar la aplicación y el alcance de ciertas disposiciones jurídicas al caso concreto, también tomará en cuenta el ambiente social, un claro ejemplo es el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); en cierto sentido el ambiente político de esa época posibilitó la toma de esa decisión.

Lo anterior es posible gracias a la forma en la cual el sistema jurídico se encuentra acoplado; Ahora bien, esto no compromete la clausura sistémica, porque aun cuando los acontecimientos que acaecen en el entorno pueden influenciar la decisión tomada por los tribunales, no forman parte de la decisión jurídica, esta última, solamente se fundamenta en las propias estructuras del derecho.

Ahora bien, las decisiones judiciales pueden presentar una precaria fundamentación o ser contrarias a los derechos fundamentales y la opinión pública, pero seguirán siendo derecho; en el entendido de que la paradoja fundacional de “derecho es derecho” reside en la actividad judicial, por lo tanto es derecho lo que los jueces deciden.

Por último es preciso mencionar, que de acuerdo con la teoría de sistema los sistemas que constituyen la sociedad tienen su dinámica propia; por esta razón, en un número de casos considerables pueden contraponerse; en el caso concreto de los derechos fundamentales, la eficacia de los mismos no solo depende de los sistemas funcionales, sino de la sociedad, porque independientemente de las decisiones políticas y judiciales, ésta, puede restringir o maximizar derechos fundamentales, contraviniendo lo establecido por los sistemas derecho y política; caso concreto el micro racismo estructural o la discriminación sistematizada y reiterada de las mujeres.

La restricción de los derechos fundamentales por parte de la sociedad solamente puede ser disuelta, cuando dicha estructura es tematizada de tal manera que impacte en el ámbito cultural; en este contexto una decisión judicial puede propiciar dicho debate e influenciar su dirección, por ejemplo, en el caso Akayesu, el tribunal Penal Internacional para Ruanda determinó que la violación puede ser englobada dentro del crimen de genocidio, lo cual cambia la perspectiva de los derechos de las mujeres en los conflictos armados durante el siglo XXI.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I

1. El método utilizado por ciencia determina la amplitud y profundidad de la observación; de ahí que el objeto de estudio que se presenta y analiza se encuentra determinado por la observación.
2. El parámetro de observación del positivismo y el naturalismo es similar, por esta razón presentan al derecho como un sistema de normas; por lo tanto, la observación realizada por el naturalismo y el positivismo es nomo-céntrica
3. La diferencia existente entre la observación nomo-céntrica del positivismo y naturalismo es de amplitud y profundidad.
4. El derecho como integridad desplaza el enfoque observacional de las normas a la práctica judicial lo cual permite adoptar otros métodos de análisis del derecho.
5. Las teorías positivistas no presentan de manera adecuada al objeto de estudio de la ciencia jurídica.
6. Ante la problemática respecto de la idoneidad del método positivista, el cual presenta un parámetro de observación, es necesario recurrir a los métodos de otras disciplinas.
7. Las teorías positivistas y naturalizas presentan, en sentido amplio, al derecho como un conjunto de normas.

CAPÍTULO II

8. La diferencia entre método diacrónico y método sincrónico son herramientas necesarias para poder estudiar la evolución y funcionamientos de la práctica jurídica. A partir del método sincrónico es posible observar cómo se estructuran los mecanismos en los cuales operan los ordenamientos jurídicos así como su

- estructura propia; mientras que el método diacrónico permite observar la evolución.
9. Los métodos utilizados por la antropología y la sociología amplían la óptica del derecho, sin embargo, no son suficientes para alejarnos de la concepción coercitiva del mismo. El derecho no es solo coerción; así como su obediencia no depende esencialmente de la misma
 10. La teoría de sistemas se caracteriza por su complejidad y bagaje de conceptos que permiten apreciar al derecho desde un enfoque más amplio. Sus niveles observacionales permiten apreciar el mismo objeto de diferentes maneras
 11. Los sistemas se clausuran en razón de su operación en la que se enfoca la observación; esto trae consigo la diferencia. La identidad de los sistemas radica en la diferencia
 12. El desdoblamiento de paradojas se constituye como un método eficaz para dilucidar cómo se comportan, se enlazan y se estructuran las comunicaciones.
 13. El funcional estructuralismo de Luhmann revoluciona las ciencias sociales al replantear los conceptos de sistema, estructura y función.
 14. Al replantear el concepto de sentido lo relaciona al horizonte de posibilidad; esto nos lleva a la importancia de la selección; lo cual se volverá relevante al abordar el proceso de deliberación que lleva a la resolución judicial
 15. El concepto de acoplamiento estructural permite explicar el binomio identidad/relación. Los sistemas acoplados mantienen su identidad frente a su entorno; sin embargo adquieren gracias a los acoplamientos estructurales la capacidad de allegarse de información externa por medio de las irritaciones provenientes del entorno

CAPÍTULO III

16. La concepción del derecho como un sistema funcionalmente clausurado de comunicaciones permite observar la forma en la cual opera la práctica jurídica en particular, en relación con su entorno interno y con los sistemas que ahí se encuentran.

17. El derecho es un sistema de comunicaciones orientadas por la diferencia derecho/no derecho
18. El derecho es un sistema funcional el cual se encuentra acoplado de diversas maneras; sea mediante la materia jurídica contractual con la economía o a través de los derechos fundamentales con la política.
19. El derecho como sistema funcional de la sociedad evoluciona a la par del sistema social; el cual lo provee de las irritaciones que hacen posible su evolución.
20. La teoría de sistema, por su propia y complicada estructura permite observar desde un punto de vista sincrónico; el derecho en razón al movimiento social de una época determinada, asimismo desde un enfoque diacrónico se puede ver la evolución del derecho en razón de la sociedad.
21. Como consecuencia de la clausura operativa del sistema y su apertura cognoscitiva; se generan programas; estos son conocidos como normas jurídicas.
22. La validez vista como un símbolo que enlaza comunicaciones que participan en el sistema derecho; no como la existencia específica de la norma, permite que los procedimientos judiciales al interior de los juzgados formen parte del sistema derecho.
23. Bajo la forma validez/no validez, es posible explicar cómo ciertos programas y comunicaciones ingresan al sistema o dejan de formar parte de él. La obligatoriedad del derecho descansa en la confianza que genera al interior del sistema jurídico.
24. La eficacia del sistema depende en cierta medida del buen funcionamiento de los sistemas de la sociedad se encuentra acoplados. La función del derecho es resolver problemas a través de estabilizar expectativas
25. La actividad judicial es el centro del sistema jurídico; mientras que la legislación, la costumbre y el derecho convencional son periféricos.

CAPÍTULO IV

26. Mediante la teoría de sistemas es posible abordar la discrecionalidad judicial como un factor de riesgo, porque su dirección, así como el contenido de una resolución judicial en la cual el juez ejerce su facultad discrecional depende del estado de la sociedad y sus sistemas funcionales.
27. Los derechos fundamentales son “*pases*” que permiten a la persona acceder a los sistemas funcionales
28. Al no visualizar a los derechos fundamentales como “normas” (programas), sino como acoplamientos estructurales es posible visualizar de forma holística su funcionamiento como mandatos de optimización así como la dimensión de peso
29. Como mandatos de optimización de los derechos fundamentales está ligado a su eficacia; no legal, sino sistémica-funcional.
30. La dimensión peso de los derechos fundamentales se encuentra ligada a la opinión pública y la eficacia material de los derechos fundamentales y humanos.
31. Mediante la teoría de sistemas podemos observar como las personas participan en los sistemas funcionales a través de los derechos. De esta manera los derechos fundamentales dejan de ser abstracciones jurídicas objeto de interpretación y se vuelven realidades mesurables
32. Desde la óptica de la teoría de los sistemas los derechos fundamentales no solo operan en el sistema jurídico, sino en el sistema político en forma de políticas públicas; así como en otros sistemas funcionales.
33. La argumentación jurídica que versa sobre el alcance de los derechos fundamentales se encuentra también ligada a los sistemas a los cuales se encuentra acoplado el derecho.
34. A través de la teoría de sistemas es posible observar como los conflictos sociales que versan sobre acceso de los derechos fundamentales no solo moldean a la sociedad sino transforman el derecho
35. La eficacia de los derechos fundamentales es directamente proporcional al grado de confianza en el derecho, esto se traduce en la obediencia de este último. La obediencia al derecho reside en la confianza y no en la coacción.

36. La fuente de la naturaleza dinámica así como su continua evolución del derecho reside en la obligación que tienen los tribunales de no denegar justicia; Por esta razón el derecho se asienta sobre la actividad judicial y no el legislativo.
37. Las organizaciones periféricas como el órgano legislativo; pueden o no producir programas; no así con el órgano judicial.
38. Son los casos difíciles los cuales dotan al sistema derecho de la información que produce cambios estructurales al interior del sistema.
39. La argumentación jurídica, no mueve el símbolo validez, pero estructura la fundamentación de las decisiones judiciales; es decir, da razones para la decisión judicial
40. Los diferentes niveles de observación permiten concebir a la argumentación jurídica como una función necesaria para la evolución sistémica.
41. La argumentación toma mayor importancia cuando versa sobre la amplitud y alcance de un derecho fundamental; porque las razones, que fundamentaran una decisión de esta naturaleza, trasciende a los demás sistemas funcionales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 4ta ed., trad. de Alfredo N. Galleti, et. al., Distrito Federal, Fondo de Cultura Económica, 2004.
2. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. reimpresión de la 2da. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
3. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2012.
4. AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, 2da. ed., Burt Franklin, New York, 1970.
5. AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Londres, John Murray, Albermarle Street, 1832.
6. BAERT, Patrick, *La Teoría Social en el Siglo XX*, trad. de Jesús Cuellar Menezo. Madrid, Alianza, 2001.
7. BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, 10 ma. ed., México, Grupo editorial Patria, 2010.
8. CALSAMIGLIA, Albert, *La ciencia Jurídica*, en Ernesto Garzón Valdés (edit.), *Derecho y Justicia*, Trotta, España, 2000.
9. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Nostra Ediciones, 2009.
10. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, 2da ed., trad. de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México y Facultad de Derecho, 1998.
11. CORSI, Giancarlo, et. al., *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, 1ra. reimpresión, trad. de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México, Universidad Iberoamericana, 2006.

12. CUEVAS LADERO, Elisa Guadalupe, *Orígenes del estructural funcionalismo: Spencer, Malinowski y Radcliffe Brown*, 2da ed., Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
13. CULLER, Jonathan, ECO, Humberto, et. al., *Introducción al estructuralismo*, trad. de Paloma Varela, Madrid, Alianza Editorial, 1973.
14. DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de Lingüística General*, trad. de Mauro Armiño, Madrid, Ediciones Akal, S.A., 2000.
15. DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, 6ta. ed., trad. de Antonio Ferrer y Robert, Madrid, Ediciones akal, S.A., 2001.
16. DURKHEIM, Emile, *The Division of Labor in Society*, trad. de George Simpson, Nueva York, The Free Press of Glencoe- Collier Macmillan , 1964.
17. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2da. ed., Barcelona, Gedisa, 2012.
18. FIRTH, Raymond, et. al., *Hombre y Cultura, La obra de Bronislaw Malinowski*, 2da. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1981.
19. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, reimpresión de la 51va. ed., México, Porrúa, 2000.
20. GELLATERY, Robert, *La Gestapo y la sociedad alemana*, trad. de Tomás Fernández Aúz, Barcelona, España, Paidós, 2004.
21. GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, REUS, 1925.
22. HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, 3ra. ed. de la 2da. reimpresión, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
23. HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 3ra. ed., Pamplona, Eunsa, 1996.
24. HITLER, Adolf, *Mi lucha*, <http://der-stuermer.org/spanish/Adolf%20Hitler-Mi%20Lucha.pdf>
25. HOBBSAWM, Eric, *Historia del Siglo XX*, 10ma. ed. de la 2da. reimpresión, trad. de Juan Faci, Buenos Aires, Crítica, 2010.

26. HOMERO, *La odisea*, 1ra. reimpression, México Secretaria de Educación Pública, 1988.
27. IZUZQUIZA, Ignacio, *La sociedad sin hombres*, Barcelona, Antropos, 1990.
28. JONES, Adams, *The scourge of genocide*, Nueva York, Routledge, 2013.
29. KELSEN, Hans, *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico*, en Oscar Correas (compilador), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
30. KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 5ta. reimpression, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
31. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 16va. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, Distrito Federal, Porrúa, 2009.
32. KING, Michael, et. al., *Luhmann on Law and Politics*, Estados Unidos de América, Hart Publishing, 2006
33. KOGON, Eugen, *El Estado de la SS*, trad. de Enrique Gimbernat, España, Alba Editorial, s.l.u., 2005.
34. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Escritos de filosofía jurídica y política*, Editado por Jaime de Salas Ortueta, trad. de José Ma. Atencia Paéz, Madrid, Editora Nacional, 1984.
35. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Los elementos del derecho natural*, trad. de Tomás Guillén Vera, Madrid, Tecnos S.A., 1991.
36. LEVI-STRAUSS, Claude, *Antropología estructural*, 16va. reimpression, Traducido por J. Almela. Distrito Federal, Siglo XXI, 2013.
37. LEVI-STRAUSS, Claude, *Las estructuras elementales del parentesco*, 2da. reimpression, trad. de Marie Therèse Cevasco. Barcelona, PAIDOS, 1988
38. LEVI-STRAUSS, Claude, *Mito y significado*, trad. de Héctor Arruabarrena. Madrid, Alianza, 2002.

39. LEVI-STRAUSS, Claude, *Mitológicas, lo crudo y lo cocido*, trad. de Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
40. LUHMANN, Niklas y DE GEORGI, Raffaele, *Teoría de la Sociedad*, Colección Laberinto de Cristal, México, Universidad de Guadalajara- Universidad Iberoamericana-Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.
41. LUHMANN, Niklas, *Complejidad y Modernidad: De la unidad a la Diferencia*, trad. de García Blanco José María, Valladolid, España, Trotta, 1998.
42. LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, 2da. ed., trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Herder y Universidad Iberoamericana, 2005.
43. LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, coordinador de traducción Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2002
44. LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas, Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, 3ra. reimpresión, México, Universidad Iberoamericana, 2009.
45. LUHMANN, Niklas, *La política como sistema*, México, Universidad Iberoamericana, 2009.
46. LUHMANN, Niklas, *Los Derechos Fundamentales como Institución*, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2010.
47. LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales*, México, Alianza editorial- Universidad Iberoamericana, 1984.
48. LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, 3ra. ed., coordinador de traducción, Javier Torres Nafarrate, México, Universidad Iberoamericana, 2006.
49. LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales, Lineamientos para una teoría general*, 2da. ed., trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, Barcelona, Anthropos, Universidad Iberoamericana, Centro editorial Javerino, Pontificia Universidad Javeriana , 1998.
50. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, Lineamientos para una teoría general*, 2da ed., Traducido por Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos,

Universidad Iberoamericana, Centro editorial Javerino, Pontificia Universidad Javeriana , 1998.

51. MALINOWSKI, Bronislaw, *Una teoría científica de la cultura*, trad. de A. R. Cortaza, Barcelona, Editora y Distribuidora Hispano Americana S.A. (EDHASA), 1981.
52. MAQUIAVELO, Nicolás, *El Príncipe*, 2da. reimpression, Madrid, Alianza editorial, 2000.
53. MARDONES, José M., *El retorno del mito, La racionalidad mito-simbólica*, Madrid, Editorial Síntesis, 2000.
54. MELVERN, Linda, *Un pueblo traicionado*, trad. de Amaya Sagarminaga. España, Intermón Oxfam, 2007.
55. MENDOCA, Daniel, *Las claves del derecho*, 1ra reimpression, Barcelona, Gedisa Editorial, 2008.
56. MILLET, Louis, et, al., *El estructuralismo como método*, 2da. ed., Barcelona, Editorial LAIA, 1975.
57. NEWTON, Issac, *The Mathematical Principles of Natural Philosophy*, trad. de Andrew Motte, Nueva York, Daniel Adee, 1846.
58. ORTEGA Y GASSET, José, *La Rebelión de las masas*, 41va. ed., Madrid, Austral Ciencias y Humanidades, 2006.
59. PARSONS, Talcott, *El sistema social*, Madrid, Alianza editorial, 1999.
60. PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Coherencia y Sistema Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
61. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, 6ta. ed., Madrid, Trotta, 2011.
62. PUGLISI, Gianni, *¿Que es verdaderamente el estructuralismo?*, trad. de Dolores Fonseca, Madrid, Doncel, 1972.
63. RADCLIFFE-BROWN, A.R., *El método de la antropología social*, trad. de Carlos Manzano, Barcelona, Anagrama, 1958.

64. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
65. REALE, Giovanni y ANTÍSERI, Darío, *Historia de la Filosofía*, 2da. ed., trad. de Jorge Gómez, Volumen VII, Bogotá, Universidad Pedagógica Nacional, 2010.
66. RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío y TORRES NAFARRATE, Javier, *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Distrito Federal, Herder y La Universidad Iberoamericana, 2008.
67. ROSENBLUETH, Mario, *El método científico*, 21va reimpresión, México, La Prensa Médica Mexicana, S.A. de C.V., 2008.
68. SABINE, George H., *Historia de la Teoría Política*, 4ta. reimpresión, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de cultura económica, 2002.
69. SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises y VERNENGO, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
70. SMITH, Joseph, *The Cold War, 1945-1991*, 2da. ed., Reino Unido, Blackwell, 1997.
71. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, Distrito Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
72. THOMPSON, Allan (edit.), *the media and the Rwanda genocide*, Pluto Press, Londres, 2007.
73. TORRES NAFARRATE, Javier y RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío, ed., *La sociedad como pasión*, México, Universidad Iberoamericana, 2011.
74. TUSÓN, Jesús, *Lingüística*, 4ta. ed. Barcelona, Barcanova, 1991.
75. VON PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, trad. de Frank Gardner Moore, Vol. II, Nueva York, Oxford University Press, 1927.

76. WINCH, Peter, *The idea of a social science and its relation to philosophy*, 2da. ed., Gran Bretaña, Routledge, 1990

ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. CASTILLEJO CUÉLLAR, Alejandro, Raza, alteridad y exclusión en Alemania durante la década de 1920, revista de estudios sociales, N° 26, abril 2007, 126-137, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2345378.pdf>
2. DOTTI, Jorge Eugenio, *La distinción kantiana entre juicios de percepción y de experiencia*, Revista de Filosofía y Teoría Política, Argentina, 1986, no 26-27, p. 239-242
3. MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Leibniz y la ciencia jurídica*, Anales de Derecho, Número 14, 1996, <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81741/78851>,
4. PEÑA, Lorenzo y TXETXU, Ausín, *Leibniz y el pragmatismo jurídico-político*, Thémata, nº 29 (2002), p. 24, <http://digital.csic.es/handle/10261/10815>
5. PETTIT, Philip, *Winch's double -edged idea of social science*, History of the human science, Londres, volumen 13 N° 1, 2000.
6. PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *La metodología de la investigación científica del derecho*, Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, nº 205-206, TOMO: XLVI, enero- abril 1996.
7. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Hart: Algunos puntos críticos.*, DOXA (Universidad de Alicante) II, nº 21 (1998): 371-402.
8. RODRÍGUEZ -BLANCO, Veronica, *Peter Winch and H.L.A. Hart: Two concepts of the internal point of view*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 20, nº N° 2 (2007),

9. RODRIGUÉZ PANIAGUA, José María, *La filosofía Lingüística y la teoría del derecho analítica: H.L.A. Hart*, Anuario de filosofía del derecho (Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política), nº 7 (1990), <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142162>.
10. SCHIEDERMAIR, Harmut, *The influence of Grotius thought on the ius natural school*, Recueil des cours, collected courses of the Hague academy of international law, Países Bajos, Vol. IV, Tomo 182, 1983

LEYES Y JURISPRUDENCIA

1. CARTA DE NACIONES UNIDAS
2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
3. TEXAS PENAL CODE
4. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA
5. CÓDIGO PENAL FEDERAL
6. VAGANCIA Y MALVIVENCIA, EXISTENCIA DEL DELITO DE., Tesis aislada, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI, Segunda Parte-2, Julio-Diciembre de 1990, p. 619, registro: 225332,
7. DISOLUCION SOCIAL, DELITOS DE., Tesis aislada, Primera sala, Época: Sexta Época, Informe 1961, registro: 813055,
8. SERIE C NO. 36, CASO BLAKE VS. GUATEMALA, Corte Interamericana de Derechos Humanos
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf
9. Case No. ICTR-96-4-T, THE PROSECUTOR VERSUS JEAN-PAUL AKAYESU, The International Criminal Tribunal for Rwanda,
<http://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>

PÁGINAS INTERNET

1. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *<http://dle.rae.es>*
2. MULTITUDINARIAS PROTESTAS EN INDIA POR LA VIOLACIÓN DE UNA JOVEN DE 23 AÑOS, Harmeet Shah Singh, Mallika Kapur y Laura Smith-Spark, CNN, *<http://cnnespanol.cnn.com/2012/12/22/multitudinarias-protestas-en-india-por-caso-de-joven-violada/>*
3. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, Principales resultados del censo de población y vivienda 2010, *http://www.inegi.gob.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/princi_result/cpv2010_principales_resultadosl.pdf*
4. PARSONS, Talcott, El sistema social, *<http://investigacion.politicas.unam.mx/teoriasociologicaparatodos/pdf/Enfoque/Parsons%20-%20El%20sistema%20social.pdf>*
5. EL FINANCIERO: *<http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/en-mexico-91-de-los-delitos-sexuales-no-se-denuncian.html>*
6. COBB, JELANI. «Suppression of the Black Vote Is No Relic.» the new yorker, *<https://www.newyorker.com/news/news-desk/suppression-of-the-black-vote-is-no-relic>*
7. THE NUREMBERG LAWS (1935), *https://www.swisseduc.ch/immersion/hist/ww2/antisemitism/docs/nuremberg_laws.pdf*
8. EL HONGO VENENOSO, *<http://shoa-interpelados.amia.org.ar/sitio/wp-content/uploads/2015/03/el-hongo-venenoso.pdf>*