

**“EI SISTEMA DE DERECHO JUDICIAL  
Una lectura sociológica”**

**Estudiante:**

**Ernesto Fabián Mieles González**

**Código 695050**

**Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en  
Derecho**

**Director:**

**Óscar Mejía Quintana**

**Universidad Nacional de Colombia**

**Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales**

**Octubre de 2009**

# TABLA DE CONTENIDO

## INTRODUCCIÓN, HIPÓTESIS DE TRABAJO Y PLAN DE EXPOSICIÓN

### CAPÍTULO I. LA SOCIEDAD COMO SISTEMA

#### 1. Conceptos básicos

- 1.1. *Sistema, entorno, composición, estructura*
- 1.2. *Relación y diferencia*
- 1.3. *Complejidad*
- 1.4. *Comunicación*
- 1.5. *Función*
- 1.6. *Autorreferencia*
- 1.7. *Autopoiesis*
- 1.8. *Observación*

#### 2. Sistemas sociales: principales características

- 2.1. *En el origen: la doble contingencia*
- 2.2. *Sistema*
- 2.3. *El entorno del sistema*
- 2.4. *Sistemas autorreferentes y autopoieticos*
- 2.5. *La clausura operativa de los sistemas autorreferenciales autopoieticos: el código y el programa*
- 2.6. *¿Integración de los sistemas o interpenetración?*
- 2.7. *La diferenciación interna del sistema*
- 2.8. *Evolución: criterio fundamental del modelo explicativo contemporáneo de los sistemas*
- 2.9. *¿Dónde está el derecho? Sistemas sociales, sociedad, sistemas parciales*

#### 3. Análisis funcional sistémico de la sociedad y los sistemas parciales: presupuestos, problemas, ejemplos, perspectivas

- 3.1. *Puntos de partida*
- 3.2. *Sistema y función: cambio de paradigma*
- 3.3. *Un ejemplo de análisis funcional sistémico: política, poder, democracia*
- 3.4. *La ciencia de la sociedad*

### CAPÍTULO II. EL DERECHO COMO SISTEMA SOCIAL

#### 1. El derecho concebido como sistema social

- 1.1. *Descripción general*
- 1.2. *La evolución del derecho: hacia el programa condicional y la institucionalización*

#### 2. ¿Un nuevo paradigma?

#### 3. La complejidad: concepto capital del análisis sistémico del derecho

- 3.1. *Rasgos característicos de la complejidad en los subsistemas sociales*
- 3.2. *Estrategias y mecanismos de reducción de complejidad*

#### 4. Estrategias y mecanismos de reducción de complejidad en el derecho

- 4.1. *Teoría del derecho y sociología del derecho*

- 4.2. *Dogmática jurídica*
- 4.3. *Código binario y programa de decisión*
- 4.4. *La norma jurídica: programa de decisión*
- 4.5. *Racionalidad sistémica en la decisión judicial*

## **5. Derecho como hiperciclo y juridificación**

## **6. Constitución, Estado social de derecho y reducción de complejidad en el derecho moderno**

# **CAPÍTULO III. EL SISTEMA DE DERECHO JUDICIAL: ENTRE EL ORDEN Y EL DESORDEN**

## **1. Antecedentes europeo –continentales de una discusión sobre reglas, principios y precedentes**

## **2. Primera aproximación crítica a una técnica jurisprudencial compleja**

## **3. Dimensión funcional de los precedentes. Problematizaciones de una expresión característica del sistema de derecho judicial**

- 3.1. *La jerarquía organizacional y la vinculatoriedad de los precedentes*
- 3.2. *El derecho judicial*
- 3.3. *La argumentación sobre precedentes*
- 3.4. *El sistema de fuentes*
- 3.5. *La programación condicional*

## **4. Manipulación de precedentes, seguridad jurídica y riesgo en sentido sociológico**

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCIÓN, HIPÓTESIS DE TRABAJO Y PLAN DE EXPOSICIÓN

Con el desarrollo de la dimensión funcional del sistema jurídico a raíz de la aparición del Estado Social y Democrático de Derecho, los estudios funcionales del sistema legal han proliferado hasta superar las diversas variantes de análisis estructural del derecho, esto es, aquellos exámenes centrados en los elementos que integran el ordenamiento jurídico, las relaciones entre esos elementos y, obviamente, los aspectos más significativos del orden normativo resultante<sup>1</sup>. Así, el interés académico ya no está puesto principalmente en la dimensión normativa (estructura de la norma, clasificación de las normas, exigencias de validez, etc.) sino en la dimensión funcional del derecho.

En América Latina este desplazamiento ha implicado la recepción de varias corrientes de pensamiento jurídico inscritas en tradiciones divergentes propias de los países centrales: el enfoque del uso alternativo del derecho proveniente de Italia y España (Rojas 1986); la perspectiva del derecho como sistema social autorreferente de Luhmann y Teubner (Morales 2000); los avances críticos norteamericanos representados por el movimiento *Law & Society* (García Villegas 2001), los *Critical Legal Studies* (Courtis 2001) y la *Feminist Jurisprudence* (Jaramillo 2000); a los que se suma la aproximación neoconservadora de *Law & Economics* (Torres Corredor 1999; Núñez Trujillo 2000), y las teorías reconstructivas de Ronald Dworkin (Arango 1999), Robert Alexy (Villar Borda 1995) y Jürgen Habermas (Hoyos 1995; Mejía Quintana 1998).

El positivismo jurídico de Niklas Luhmann es parte esencial de esa corriente funcionalista del pensamiento jurídico contemporáneo. Según este autor, el derecho no es simplemente un conjunto de normas. En esta perspectiva, el derecho debe ser concebido como un sistema de operaciones jurídicas autorreferencial y autopoietico (Luhmann 1994). Así, este enfoque

---

<sup>1</sup> Norberto Bobbio inicia el prólogo a su *Teoría General del Derecho* mostrando su interés por los nuevos desarrollos de la teoría del derecho en virtud de la creciente publicación de trabajos que estudian la faz funcional del derecho. Bobbio, uno de los más brillantes estructuralistas, reconoce que desde la aparición de la *Rechtssoziologie* de Niklas Luhmann, el funcionalismo ha planteado retos muy interesantes a la teoría jurídica (Bobbio 1994). En dicho prólogo, Bobbio dice que al lado de los clásicos análisis estructurales del derecho, entre ellos *Law and Justice* de Alf Ross (1958), la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen (1960) y *The Concept of Law* de H.L.A. Hart (1961), los cuales establecían que la definición del derecho no puede ser dada sino partiendo de la conceptualización adecuada del ordenamiento jurídico, en los años sesenta del siglo XX fue surgiendo un nuevo método de análisis del derecho: el funcional. El mismo Bobbio fue un pionero de esta corriente, cuando en 1960 se publicó su estudio "The promotion of action in the modern State" en el que disertaba acerca de la tendencia del derecho moderno a imponer sanciones positivas –premios y castigos–. La compilación de artículos de Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Di Comunità, se publicó en 1977, es decir, cinco años después de la *Rechtssoziologie* de Luhmann.

positivista privilegia como objeto de conocimiento las relaciones y las relaciones de relaciones, y se propone a sí mismo como una alternativa a la clásica dualidad teoría del derecho – sociología jurídica.

La propuesta luhmanniana rechaza así la tradicional concepción de la sociología jurídica en la que ésta queda circunscrita al estudio de las relaciones entre el derecho y la realidad social que aquél intenta regular. Aunque reconoce la necesidad de estudiar las condiciones del surgimiento, expansión y estabilidad de los sistemas jurídicos, así como la función de éstos y sus componentes, Luhmann se resiste a aceptar que la sociología del derecho contemporánea quede atrapada por la exigencia de ciertos sectores académicos respecto de la elaboración de un esquema de análisis externo de los sistemas jurídicos. Esa resistencia se articula gracias a una refutación simultánea de arraigadas tradiciones sociológicas, como la fundada por Parsons, que ven al sistema jurídico insertado en el sistema social sociedad, pero limitado a cumplir con las funciones que le son asignadas para el mantenimiento o integración de este sistema más general (Cotterrell 1991, 84-85; Luhmann 2002, 181-221)<sup>2</sup>.

Sin embargo, no todos los aportes de la tradición sociológica son desechados por Luhmann. Éstos son problematizados y puestos en una situación conceptual diversa en la que pueden resultar más útiles para el análisis del derecho en sociedades complejas. Haciendo uso de un modelo teórico de gran alcance y deliberadamente interdisciplinario, Luhmann pretende examinar los rasgos que identifican el subsistema social derecho, aplicando para ello las herramientas concebidas por el autor en el contexto de su teoría general de la sociedad (Luhmann 1998d).

En el presente trabajo examino un aspecto característico de los sistemas jurídicos contemporáneos, la fuerza gravitacional de los precedentes judiciales, con fundamento en los aportes de la perspectiva sociojurídica de Luhmann. Soy consciente de los riesgos que tal ejercicio conlleva en un país en el que no ha tenido lugar todavía el surgimiento del *Leviatán* (PNUD 2003)<sup>3</sup>, y también de las dificultades que comporta realizar una aproximación al

---

<sup>2</sup> En la construcción teórica parsoniana al subsistema jurídico se le atribuye la función de integración social o de control social. Según Parsons ello garantiza tanto la orientación de los comportamientos humanos como la resolución de conflictos intersubjetivos.

<sup>3</sup> Sobre la aplicación de teorías sistémicas para el análisis de realidades propias de países periféricos ha reflexionado Marcelo Neves. Para el estudio sociojurídico del derecho de estos países, este autor propone hablar de alopoiesis en lugar de autopoiesis. Véase Neves (2001).

problema de las fuentes del derecho desde una apuesta teórica de extrema dificultad<sup>4</sup> y vastedad destinada, como el propio Luhmann advierte, a servir de descripción de un sistema jurídico complejo incrustado en una sociedad altamente compleja<sup>5</sup>.

No obstante, la empresa teórica que propongo resulta acorde con los debates que en la academia local se han suscitado con respecto de los aportes de Luhmann y sus discípulos en teoría del derecho, especialmente en lo relacionado con el papel de la dogmática jurídica y con la necesidad de proceder a una reelaboración del concepto de legitimidad en el sistema jurídico<sup>6</sup>.

Así pues, la investigación propuesta avanza sobre un aspecto específico de la realidad jurídica abordándolo desde una teoría abstracta<sup>7</sup>. Con lo cual se inscribe en la línea de análisis establecida en trabajos adelantados por algunos discípulos de Luhmann en campos de estudio que remiten a la investigación empírica, como las relaciones jurídicas propias de la economía de mercado en las sociedades postmodernas (Teubner 2005).

Ahora bien, podría decirse que la escogencia de un paradigma del derecho como referente exclusivo del análisis es arbitraria, ya que deja de lado otros paradigmas igualmente relevantes en la discusión contemporánea<sup>8</sup>. Considero que, en efecto, la elección es un poco arbitraria,

---

<sup>4</sup> Sobre la dificultad de la teoría de sistemas autorreferenciales y autopoieticos de Niklas Luhmann, véase Izuzquiza (1990, 49–50). Según Izuzquiza, la dificultad de dicha teoría proviene en parte de las limitaciones del lenguaje ordinario que impiden a Luhmann expresar sus ideas en un “ritmo multidimensional” y lo obligan a emplear neologismos y a forzar el uso corriente de los términos. A esto se suma el proverbial empeño puesto por el sociólogo alemán en el enfoque científicista, con lo cual son sacrificadas las regularmente vinculadas con el buen estilo al escribir.

<sup>5</sup> Izuzquiza destaca que las reflexiones de Luhmann siempre tienen como referencia a la sociedad industrializada de Occidente. Esta sociedad es fácilmente asimilable a la noción que Luhmann tiene de sociedad funcionalmente diferenciada, la cual aparece con la modernidad en Europa en los siglos XVII y XVIII. Por ello, los métodos del análisis sistémico de la sociedad son considerados como más potentes frente a los métodos de teorías sociales desarrolladas para describir y estudiar formas sociales menos evolucionadas (Izuzquiza 1990, 73 –77). En este sentido, cabe preguntarse desde un primer momento si la propuesta sistémica de Luhmann es pertinente para analizar las formas sociales fragmentadas y disgregadas en las que nos desenvolvemos en América Latina.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Mejía Quintana (2001). Una interesante y sugestiva aproximación a la fabricación del discurso sobre las drogas por el sistema jurídico y la dogmática jurídico –penal puede verse en Valencia Villamizar (2001), quien se basa, sobre todo, en las propuestas del discípulo de Luhmann, Gunther Teubner, acerca del derecho como hiperciclo. Con ello complementa un estudio inspirado en el pensamiento rizomático de Foucault, Deleuze y Guattari, y también en la teoría del caos.

<sup>7</sup> Una vía de ingreso a la teoría de Luhmann es el compilatorio de André –Jean Arnaud y Pierre Guibentiff (1993). Una revisión crítica del conjunto de la obra de Luhmann puede verse en Alex Viskovatoff (1999).

<sup>8</sup> En el contexto de la sociología teórica contemporánea, tanto la obra de Anthony Giddens como la de Pierre Bourdieu son muy influyentes. La teoría de sistemas de Luhmann se diferencia de la teoría de la estructuración de Giddens y del estructuralismo genético de Bourdieu, por el énfasis puesto en la

pero al mismo tiempo sostengo que este tipo de estudios resulta de suma utilidad en el propósito de incorporar al debate jurídico instrumentos conceptuales de gran alcance. En efecto, la discusión sobre el precedente judicial suele girar en torno a las condiciones de aplicabilidad y la metodología más adecuada para el análisis de esta clase de estructura normativa (López Sterup 2001).

En esta introducción buscaré determinar las aristas del debate acerca de la sedimentación de la técnica del precedente judicial en Colombia. Ello con el fin de sentar las bases para una posterior investigación fundada en los aportes de la teoría del derecho, la sociología del derecho y la teoría de sistemas autorreferentes. Es pues el prólogo de un análisis más amplio y riguroso sobre conceptos y dinámicas vinculadas a la aparición del Estado Constitucional y la consecuente necesidad de pensar el derecho en sus diversas dimensiones.

Desde el giro formalista de Stammler<sup>9</sup>, es un lugar común aceptar y sostener que las fuentes del derecho son una serie de conductas y procedimientos institucionales, o reconocidos institucionalmente, que dan origen a las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico (Guibourg 1996, 177). También es usual reconocer que en las zonas en donde han imperado las formas del derecho continental, el hecho de la codificación ha implicado generalmente una supremacía exclusiva de la ley sobre las demás fuentes formales del derecho, mientras que en las zonas en donde han influido las formas del derecho anglosajón el sistema jurídico se entiende surgido de una dispendiosa construcción judicial, es decir, de la dinámica del proceso judicial, razón por la cual el más importante modo de producción del derecho lo constituyen los precedentes esto es, aquellos casos decididos que sirven de directrices de decisión para nuevos casos similares (Martínez Roldán y Fernández Suárez 1994, 160).

Con base en dicha distinción geográfica e historiográfica, los teóricos del derecho influenciados por las propiedades del derecho continental se han ocupado principalmente, desde la perspectiva del observador, por elaborar tesis consistentes en torno a si la decisión judicial es

---

centralidad del sistema y el desplazamiento y marginalización del sujeto individual cognoscente, que antes era considerado indiscutiblemente el eje de la acción social. Para Giddens, como para Bourdieu, las estructuras de poder posibilitan la acción y la reflexión de unos sujetos sociales que no pueden ser en todo caso diluidos. De cualquier modo, las propuestas de Luhmann, Giddens y Bourdieu constituyen alternativas igualmente interesantes a las tradiciones fenomenológica –Berger y Luckmann, entre otros– y estructuralista –Braudel y Parsons, entre otros–, cuya síntesis intentó realizar Habermas con alguna fortuna. Sobre este debate, véase Giddens (1994; 1998) y Bourdieu (1998). Véase también Luhmann (1996 y 1998a).

<sup>9</sup> Giro dado respecto de la tradición “espiritual” inaugurada por Savigny en su *Sistema de derecho romano actual*.

un acto cognoscitivo, irracional o argumentativo. Asimismo, han puesto su interés en determinar si, coherentemente con lo anteriormente expresado, la directriz creada en una decisión judicial integra el sistema jurídico en calidad de norma cuando ella misma consiste en el resultado de la interpretación y aplicación de normas (Guibourg 1996, 184). Para lo cual parten de considerar que por norma se debe entender estipulativamente un conjunto de signos lingüísticos prescriptivos diseñados por una persona o grupo de personas dotadas de autoridad y competencia (Guibourg 1996, 180).

En nuestro contexto han interesado más las distinciones conceptuales. Así, la *jurisprudencia* es entendida como el conjunto de sentencias judiciales derivadas de la interpretación estrictamente normativa de textos legales, en tanto que la técnica del *precedente*, cuya génesis se encuentra en el derecho anglosajón, se configura al tiempo como un modelo de creación judicial de normas jurídicas y como un límite a dicha creación<sup>10</sup>.

Estimo pertinente entonces reconstruir la relevancia real de la utilización del precedente para la autoconstitución del sistema jurídico. Por ello, tomaré en cuenta el extrañamiento sufrido por nuestro sistema jurídico ante la introducción de una técnica de producción del derecho casi inexistente en nuestra tradición jurídica antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Adoptaré una definición simple de precedente judicial. Lo entenderé como la *ratio decidendi* que puede inferirse de una sentencia individual que obliga a los demás jueces y al órgano que la formula a fallar en el futuro casos similares con arreglo precisamente a esa doctrina. Dejaré de lado, por lo pronto, las variadas circunstancias que se presentan en la práctica judicial, donde son centrales las disputas acerca de cuál precedente debe seguirse para la resolución de un caso concreto o cuál es la teoría elaborada en el precedente que, *a priori*, debe ser aplicado en el caso a resolver (Guibourg 1996, 184).

Con fundamento en esta premisa describiré brevemente el proceso de sedimentación de la técnica de precedentes en Colombia, a fin de proveer las bases para un estudio de las múltiples transformaciones que en el sistema jurídico causa su implementación, el cual abarcará posteriormente un componente abstracto y otro más concreto.

El proceso de introducción de la técnica del precedente judicial en Colombia es más bien reciente. Antes de la expedición de la Constitución de 1991 el producto de la actividad judicial

---

<sup>10</sup> La persistente utilización de la técnica de precedentes no equivale entonces a una complacencia generalizada con la idea de creación discrecional judicial del derecho.



de las cortes superiores era asumido como *jurisprudencia*, es decir, como criterio auxiliar de interpretación jurídica<sup>11</sup>. Con posterioridad a ese acto legal el producto de la actividad del tribunal constitucional es entendido como criterio obligatorio de decisión para los demás jueces y para el propio tribunal. De suerte que la visión positivista –formalista que asigna un valor escaso o nulo a los fallos judiciales ha sido en la práctica sustituida por una concepción del derecho, por una conceptualización jurídica, que defiende el derecho de los jueces y, en consecuencia, la creación judicial del derecho.

Así, a pesar de que la Corte Constitucional ha limitado en ocasiones el potencial obligatorio de sus fallos y, por consiguiente, ha permitido cierta pervivencia de la noción tradicional del sistema de fuentes (como en la Sentencia C-083 de 1995), se registra una clara tendencia general a fundamentar en múltiples decisiones la idea regulativa de que los fallos dictados en la jurisdicción constitucional contienen doctrinas obligatorias (López Medina 1998, 2000a, 2000b).

En la etapa posterior a la expedición de la constitución de 1991 la Constitución ha sido comprendida por su máximo intérprete como norma y no como simple directriz. En efecto, el tribunal constitucional, garante de la integridad de la Carta Política, ha establecido que la interpretación de la constitución está restringida al sentido fijado por ella en los fallos que dicta dentro de su competencia. Los jueces ordinarios, entonces, no cuentan con la capacidad de interpretar autónomamente el texto constitucional y, en ese sentido, deben sujetarse a lo dispuesto por un órgano jurisdiccional que se erige como la instancia de la integración del derecho.

---

<sup>11</sup> Esta circunstancia merece ser detallada. A finales del siglo XIX existían normas que establecían que la jurisprudencia de la Corte Suprema era obligatoria (art. 10 de la ley 153 de 1887) y que las decisiones disconformes con la *doctrina legal probable* -tres decisiones en firme- contenida en ella podían ser recurridas en casación. Sin embargo, una ley de la última década de ese siglo –Ley 169 de 1896– eliminó tal obligatoriedad, manteniendo no obstante la existencia de la doctrina legal probable como criterio de integración del derecho. Con todo, aún en nuestro ordenamiento jurídico pervive la norma que trata del citado fenómeno pero los operadores jurídicos la han invisibilizando, quizá en concordancia con la posición positivista de Nicasio Anzola vertida en sus *Lecciones elementales de derecho civil colombiano* (Bogotá: Librería Colombiana, 1918), quien consideraba que atenta contra la separación de poderes. Véase al respecto Torres (1999). Estas afirmaciones, no obstante, deben ser matizadas, dado que en la práctica, por la cooptación, tales decisiones contaban con fuerza concreta. En el curso del presente trabajo haré énfasis en que la fuerza vinculante de los precedentes depende del grado en que la comunicación de las decisiones es canalizada subordinadamente al interior de la organización judicial. Para seguir con el ejemplo, una interesante investigación empírica consistirá en examinar qué tan vinculantes resultaban las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en la época en que era el máximo tribunal de justicia en Colombia, teniendo en cuenta que en esos momentos la cooptación era uno de los elementos principales del ejercicio de la jurisdicción.

Aunque la sedimentación de la técnica del precedente responde a una lógica zigzagueante<sup>12</sup>, es claro que la Corte Constitucional ha afirmado la obligatoriedad de sus fallos con base en una lectura que otorga significación a la confluencia entre el valor normativo –léase vinculante– de las normas constitucionales y la competencia constitucional que le ha sido atribuida como intérprete cualificado de la Constitución. Al mismo tiempo, la Corte ha establecido, mediante el recurso argumentativo al principio de igualdad, la idea de que la jurisprudencia de otros tribunales también tiene un valor normativo, directamente emanado del texto constitucional, consistente en que las decisiones que contengan criterios de decisión universalizables deben ser usadas análogamente por el mismo tribunal que las expidió y por sus inferiores jerárquicos salvo que, mediando una argumentación que supere tests relativamente fuertes, sea necesario asumir el costo de variar el criterio de decisión<sup>13</sup>.

Adicionalmente, en la trascendental Sentencia SU-047 de 1999 la Corte Constitucional basó su decisión en la tradicional distinción entre *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dictum*<sup>14</sup>. El tribunal enfatizó que pueden ser denominadas *obiter dictum* las fundamentaciones adicionales de un fallo, en tanto que el carácter de *ratio decidendi* se reserva para el núcleo del precedente judicial. La *ratio decidendi* consiste, según la Corte, en “la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”. Esa precisión fue empleada estratégicamente por el tribunal para concluir que las consideraciones contenidas en los fallos que aparentemente debían ser aplicados para resolver el problema jurídico planteado a la Corte –relativo a la inviolabilidad de los votos de los congresistas– sólo constituían *obiter dictum*.

En la argumentación de la Corte, son los jueces obligados a aplicar el precedente y no el juez original los que determinan el alcance del fallo que aparece *prima facie* como precedente, pudiendo así extraer la *ratio decidendi*. Esta concepción, según López Medina (2000a), implica reconocer explícitamente que los jueces pueden recurrir a teorías morales y políticas para resolver controversias. Así, de acuerdo con este autor, este giro implica, en síntesis, la

---

<sup>12</sup> Sentencias T-414 de 1992, C-083 de 1995, T-123 de 1995, T-260 de 1995 y C-037 de 1996. Puede verse un análisis dogmático de esta última sentencia en Chinchilla (1996).

<sup>13</sup> La Corte ha expuesto que cuando los jueces se apartan de los principios contenidos en casos similares resueltos por la Corte con anterioridad vulneran directamente el derecho a la igualdad. Véase, entre otras, las sentencias T-123 de 1995, T-260 de 1995, SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-009 de 2000 y T-068 de 2000.

<sup>14</sup> Esta distinción proviene de la decantación de la técnica del precedente en el ámbito dominado por las formas del derecho anglosajón, donde a la *ratio decidendi* se le llama el *holding* del caso, aunque, como lo anota López Medina (2000a), en derecho constitucional la técnica es usada consistentemente en países de tradición románico –germánica, como Alemania.

inserción de argumentos de consecuencialidad en el análisis que la Corte efectúa sobre el valor de los precedentes.

La evolución de la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con la fuerza vinculante de los precedentes judiciales es en esencia la misma que han tenido las jurisdicciones constitucionales en el mundo, incluso aquellas que se insertan en contextos de tradición romano-germánica. En el continente europeo los académicos han incrementado las referencias a la doctrina del *stare decisis* cuando tratan los problemas relativos a la interpretación jurídica y la independencia judicial. Por ejemplo, el español Ferreres Comella (1997) considera ineludible hacer referencia al estadounidense Ronald Dworkin cuando se trata de analizar las constituciones que se basan en principios. La experiencia de la Constitución americana, estructurada a partir de principios altamente abstractos, muestra que la discreción judicial está reducida por la exigencia de respeto a las decisiones precedentes que recae sobre los jueces en situaciones concretas:

Así, Dworkin sostiene que el juez, cuando elabora concepciones concretas que tratan de dar la mejor respuesta a la pregunta que encierra el concepto constitucional abstracto (“libertad”, “igualdad”, etc...), debe tener en cuenta, aparte de la estructura de la Constitución como un todo, los precedentes sentados en casos constitucionales anteriores [...] La concepción dworkiniana del derecho como integridad exige al juez la elaboración de teorías que sean atractivas desde un punto de vista moral y que, al mismo tiempo, se ajusten a lo que ya se ha decidido en el pasado y se ha institucionalizado en forma de precedentes. Estas dos dimensiones (la justicia intrínseca y la adecuación institucional) pueden entrar en conflicto, por lo que el juez debe tratar de optimizar la satisfacción de ambas, en una especie de equilibrio reflexivo, como diría Rawls. (Ferreres Comella 1997, 102).

La disciplina que supone la doctrina del *stare decisis* para los jueces americanos no es de ningún modo exclusiva de la justicia de los Estados Unidos, toda vez que en el continente europeo se ha avanzado en una dirección similar, al menos en lo que a la argumentación de los jueces constitucionales refiere. En Europa continental es notable la reducción de los márgenes de interpretación de la constitución mediante la implementación de una técnica que incide en la separación del derecho de la política, toda vez que pretendidamente busca sostener la percepción de que el razonamiento del tribunal constitucional es esencialmente jurídico. Lo cual es incluso paradójico, pues en los Estados Unidos, “la doctrina del precedente opera con menor rigidez en el área del Derecho Constitucional que en los otros ámbitos del Derecho”<sup>15</sup>, sobre

---

<sup>15</sup> El sistema angloamericano o de *common law*, articulado por las decisiones de los tribunales o *case – law*, tiene unas características formalistas y sistemáticas de las que ha sido dotado por el llamado *case – method*, el cual, ante la falta de los parámetros en los que en cambio es prolífico el derecho continental,

todo por la permanente necesidad de que los errores y los anacronismos doctrinarios sean corregidos o superados sin acudir a problemáticos procesos de reforma al propio texto constitucional (Ferrerres Comella 1997, 105)<sup>16</sup>.

Ahora bien, el propósito del presente estudio no es ofrecer un análisis de los aspectos sociales, históricos, geográficos, culturales y dogmático-constitucionales relacionados con el trasplante de la técnica de precedentes a los países de tradición romano-germánica. El interés está dado más bien por la necesidad de abordar cuestiones complejas relativas a la técnica de precedentes desde la perspectiva en la que se entrecruzan la teoría del derecho y la sociología jurídica, en una observación de segundo nivel respecto de la que pueden ofrecer el derecho comparado o la dogmática constitucional.

Para ello me baso en una sofisticada teoría del derecho que hunde sus raíces en la sociología. La teoría sociológica del derecho de Niklas Luhmann se ofrece entonces como un valioso instrumento para afrontar diversos interrogantes que surgen en torno a la técnica de precedentes. Así, por ejemplo, la siguiente cuestión: ¿cómo es posible que el tribunal constitucional otorgue valor al precedente, determinando que los jueces deben fijar siempre los alcances de sus argumentos, decidiendo si constituyen *ratio decidendi* u *obiter dictum*, dado que deben fundar su decisión en un principio general o regla universal, y al mismo tiempo asuma ese tribunal que serán los jueces que deban resolver los futuros casos, y no el juez original, quienes podrán distinguir adecuadamente la *ratio decidendi* de los *obiter dictum*?

En este trabajo buscaré resolver el siguiente *problema teórico*: ¿Dentro del esquema de reducción de complejidad en y a través del sistema jurídico y como parte de la estrategia de reproducción autopoiética del mismo, qué papel cumple el precedente judicial? Abordaré este problema con fundamento en la siguiente *hipótesis de trabajo*: A pesar de las potencialidades del precedente judicial, los problemas asociados a la interpretación de precedentes (mediante las técnicas de *distinguishing* y *overruling*) hacen que la técnica de precedentes, en tanto técnica de reducción de complejidad, se vea en cierta medida frustrada por la introducción de factores de riesgo y contingencia presentes en la adjudicación.

---

ha forjado toda una serie de categorías lógico –formales que tienen en cuenta los casos más importantes o *precedentes*, a los que se les asigna un valor normativo debido a la regla de acatamiento del precedente o principio del *stare decisis*. Contra este formalismo se levantó el movimiento del *Realismo Jurídico* en los primeros años del siglo XX. Para una ilustración, muy esquemática y sencilla, de las características del derecho anglosajón, véase Radbruch (1958) y Rodríguez Paniagua (1988).

<sup>16</sup> Es necesario precisar que tanto en el sistema norteamericano como en el británico la materia penal no se rige por el *common law* sino por el derecho legislado (*statutory law*). Véase Hendler (1996).

En la exposición realizaré una crítica a las tradicionales distinciones entre precedente y jurisprudencia y entre sistemas neo –romanistas y sistemas de *common law*. Un análisis comparativo me permitirá extraer las siguientes *conclusiones* sobre el sistema de precedentes: (i) reduce complejidad; (ii) regulariza expectativas; (iii) canaliza la autopoiesis del derecho, (a) al ofrecer descripciones actualizadas de los límites y potencialidades del sistema jurídico, (b) al evitar la configuración de expectativas que no puedan ser satisfechas, (c) al reducir las expectativas de los agentes institucionales, (d) al permitir una adecuada selección de información, (e) al erigirse como un indicador de los modos en que los conflictos son resueltos y estabilizados por el derecho, (f) al favorecer la evolución del sistema legal por estabilización y, también, al involucrar un *modus* argumentativo que genera ciertos caos que obligan al sistema a buscar soluciones normativas a problemas antes no planteados, y (g) al aislar el sistema legal del sistema político; finalmente, (iv) ejemplifica la tensión entre seguridad e innovación, la cual domina la actividad y el horizonte de los sistemas sociales.

Para el abordaje de tal campo de investigación formularé una serie de hipótesis complementarias: (i) la fuerza de los precedentes depende, sobre todo, de las características de la jerarquía jurisdiccional en la que son producidos; (ii) la racionalización del derecho es también posible a través del desarrollo del derecho judicial; esta racionalización es, no obstante, una racionalización limitada, tautológica, recursiva y flexible, como bien lo han descrito los teóricos Ost y van de Kerchove; (iii) la argumentación sobre precedentes está, como cualquier otra argumentación, estructurada por razones que operan como ficciones necesarias desde el punto de vista interno; para el observador sociológico la redundancia que se logra con la técnica de precedentes es indispensable para la consistencia sistémica; (iv) resulta intrascendente, para una sociología teóricamente fundada, la atribución a los precedentes de la calidad de fuentes del derecho, por lo menos en el sentido que a la expresión le ha atribuido la ciencia jurídica tradicional; (v) los precedentes son programas condicionales; (vi) la técnica de precedentes, pese a estar orientada a la consecución de redundancia, reintroduce en el derecho factores de contingencia muy fuertes, por lo que se hace indispensable la elaboración de una subteoría que dé cuenta de los riesgos de tal técnica en términos sistémicos.

Ese tipo de paradojas legales –una institución jurídica diseñada para generar seguridad jurídica y reducir complejidad es al mismo tiempo factor de inseguridad jurídica y fuente de mayor complejidad– pueden ser vistas mejor a la luz de una teoría preparada para la observación de

paradojas. Por esta misma razón, la dogmática constitucional tradicional, no es referente plausible para emprender una labor teórica como la que aquí se propone.

Este trabajo hace parte, entonces, de un proceso más amplio de autodescripción del sistema jurídico. A pesar de que el punto de partida no es una teoría reflexiva o una semántica específica, la descripción de la técnica de precedentes proporciona las bases para entender mejor en qué sentido se da la reproducción autopoiética del sistema jurídico. Además, este trabajo aporta una versión simplificada, pero comprensiva, del objeto, por lo que colabora en el proceso de reducción de complejidad.

De manera pues que la reflexión teórica propuesta abre espacios de discusión distintos a los ya configurados por importantes académicos que han señalado la importancia creciente del proceso de implementación de la técnica de precedentes en nuestro sistema legal<sup>17</sup>. Asimismo, representa un punto de partida alternativo al adoptado por agencias internacionales, como el Banco Mundial (Burgos 2000), que históricamente han buscado el trasplante de la técnica de precedentes a América Latina, puesto que ven en ésta un factor y un indicador del grado de evolución que alcanza un sistema jurídico, toda vez que expresa, en su perspectiva de análisis, seguridad jurídica y se constituye como elemento decisivo para el desarrollo económico mediante el uso del derecho (Santos 1999).

El *plan de exposición* es el siguiente: En el capítulo I busco introducir al lector al estudio de los conceptos básicos que articulan la teoría sociológica del derecho de Niklas Luhmann. En este capítulo hago una presentación muy esquemática de los planteamientos generales de dicha teoría y presento algunos ejemplos que juzgo pertinentes. Me baso esencialmente en literatura secundaria. El lector con previo entrenamiento conceptual en la obra de Luhmann y sus fundamentos podrá prescindir de la lectura de este capítulo.

En el capítulo II intento reconstruir la percepción de Luhmann sobre la evolución del derecho con especial énfasis en las nociones de racionalización y sistematización. Allí expongo los conceptos fundamentales de la teoría sociológica del derecho elaborada por Luhmann. Igualmente proporciono elementos de juicio para comprender el papel que deben jugar la teoría, la sociología y la dogmática jurídicas y los distintos mecanismos de reducción de

---

<sup>17</sup> En favor de una vinculación fuerte de los precedentes de la Corte Constitucional en Colombia están Kalmanovitz (1999; 2000) y Amaya (2000). Estos autores tratan el tema con base en los aportes de la escuela del neoinstitucionalismo económico, cuyo máximo exponente es Douglas North, Premio Nobel de Economía.

complejidad en el derecho. Esta aproximación me permitirá entrar en profundidad en la temática de esta investigación, esto es, la técnica del precedente judicial y las paradojas asociadas a su implementación.

En el tercer y último capítulo analizo el hipotético tratamiento luhmanniano de diversos problemas asociados a la implementación de un régimen de precedentes en un ordenamiento jurídico neo –romanista, donde el tribunal constitucional se constituye en el máximo tribunal de justicia.

En un último apartado presentaré las conclusiones generales de la investigación y buscaré determinar las perspectivas a futuro de la teoría sociológica del derecho sociológicamente fundada en el ámbito de los estudios sobre el sistema de derecho judicial.

## **CAPÍTULO I LA SOCIEDAD COMO SISTEMA**

La obra de Niklas Luhmann suscita perplejidades en los lectores de teoría jurídica habituados a los enfoques analíticos. Según el sociólogo alemán, ello se debe en mayor medida a que los aportes fundamentales para la elaboración de su teoría sociológica del derecho “tienen su origen en las matemáticas, biología o neuropsiquiatría, y no tienen en consideración cuestiones referidas a hechos psíquicos o sociales, ya que aún no ha habido lugar en esta discusión para los sistemas que conducen sus operaciones con la ayuda del medio del ‘significado’” (Luhmann 1994, 29).

La teoría del derecho de Luhmann es, en muchos sentidos, la aplicación al ámbito de lo jurídico de su más ambiciosa teoría de la sociedad. Esta teoría general es concebida como una teoría de carácter trascendental. Su elevado grado de abstracción, generalidad y dinamismo son sólo posibles mediante la integración de aportes provenientes de las más variadas disciplinas, que son reconducidos en la perspectiva de obtener comparaciones entre relaciones y conexiones del más diverso tipo. Esta teoría de la sociedad es, según la síntesis de Mejía Quintana, “una teoría de la diferenciación social en estratos y en subsistemas funcionales y una teoría de la evolución social” (2001, 94). De ella se derivan, por la vía de la diferenciación, teorías parciales sobre los subsistemas sociales que conforman el gran sistema social sociedad (Izuzquiza 1990, 42-43). Uno de esos subsistemas es el derecho.

La teoría general de la sociedad elaborada por Luhmann retoma los aportes de la teoría de sistemas y de la teoría de sistemas autopoieticos. La teoría de sistemas surge de las aportaciones de Ludwig von Bertalanffy hacia la década de 1940 y la teoría de sistemas autopoieticos se origina con ocasión de los descubrimientos de los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela en la década de 1970. Según Luhmann, estas teorías pueden servir para analizar experiencias y procesos que tengan lugar en dominios diversos, como el derecho. Aunque Luhmann admite que dicha teoría aún no existe como un todo completo, advierte que los hallazgos permiten describir el derecho como un sistema social o, lo que es lo mismo, como un subsistema o un sistema parcial de la sociedad. La nueva teoría jurídica tendría entonces por objeto el estudio del derecho concebido como un sistema social autorreferente y autopoietico, esto es, como un sistema social diferenciado.



Antes de entrar en profundidad en la teorización del derecho como sistema social, presentaré por separado los conceptos básicos que estructuran la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, siguiendo de cerca la caracterización que de los mismos ha hecho en un extenso y documentado trabajo el filósofo español Ignacio Izuzquiza. También me baso en la recepción del Catedrático de la Universidad Nacional de Colombia, Oscar Mejía Quintana, y en el Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann elaborado por un grupo de investigadores italianos a mediados de la década de 1990.

Aunque lo siguiente parece constituir un glosario, es en buena medida una narración que surge de las preocupaciones temáticas vinculadas con el objetivo central del trabajo. Por ello también me baso, aunque en menor medida, en el artículo introductorio al conjunto de la obra de Luhmann escrito por Juan Antonio García Amado a fines de la década de 1980.

Pretendo ofrecer al lector un panorama general de los conceptos y categorías básicos que utiliza Luhmann en su teoría de la sociedad y que generalmente son aplicables al ámbito de lo jurídico. Dicho de otra manera, en este capítulo busco sugerir una línea de asunción y comprensión de los aportes de Luhmann a la teoría del derecho –que son realizados desde la sociología sistémica–, y un cuadro comparativo con otras versiones sobre la constitución del derecho como un sistema.

## **1. Conceptos básicos**

Una presentación directa de la aproximación al derecho de Niklas Luhmann resulta casi que incomprensible para quien no ha abordado previamente las propuestas sociológicas de este autor. Por ello presento a continuación, de forma un tanto esquemática, algunos de los conceptos primarios que hacen posible la teoría de sistemas autorreferentes y autopoieticos de Luhmann y que son muy útiles cuando se trata de analizar un sistema social en particular.

### *1.1. Sistema, entorno, composición, estructura*

La teoría de Niklas Luhmann se erige gracias, y frente a, la teoría clásica de sistemas. Esta teoría, basada en los aportes del biólogo canadiense Ludwig von Bertalanffy se estructuró como una teoría profundamente multidisciplinaria, cuyos aportes son reconducidos por Luhmann en orden a obtener una descripción precisa y completa de la sociedad contemporánea. Algunos de los conceptos elaborados en el contexto de la teoría clásica de

sistemas merecen ser destacados cuando se pretende abordar el universo conceptual de la obra de Luhmann.

De acuerdo con Izuzquiza son dos los conceptos básicos de toda teoría de sistemas: sistema y entorno del sistema. En la explicación de este autor:

Se entiende por *sistema* un conjunto de elementos interrelacionados entre sí, cuya unidad le viene dada por los rasgos de esa interacción y cuyas propiedades de los elementos del conjunto. El *entorno* de un sistema es el conjunto de elementos que tienen influencia sobre los elementos del sistema o son influidos por él, aunque no pertenecen al mismo sistema. Así mismo, es importante distinguir en un sistema su estructura y su composición. La *composición* de un sistema es el conjunto finito de elementos que lo forman. La *estructura* de un sistema expresa el conjunto de relaciones existentes entre los elementos que lo componen. (Izuzquiza 1990, 145) [Resaltado original].

Luhmann considera que la ambiciosa propuesta de Parsons es limitada por el excesivo énfasis que el sociólogo norteamericano pone en el concepto de acción social recargado sobre la noción tradicional de sujeto, el cual adquiere en ella contornos antropológicos. Así, en contraste, Luhmann concibe a la sociedad como sistema, utilizando para ello los conceptos básicos de la teoría clásica de sistemas, que son subordinados al concepto de función y coligados con los conceptos de contingencia y complejidad. Baste indicar aquí que en la tradición sistémica inaugurada por Luhmann, la posibilidad misma, el exceso de probabilidades, la improbabilidad, obtiene estatuto científico dentro de una teoría que se propone a sí misma orientar a la sociedad en la búsqueda de esquemas de selección entre alternativas disímiles, toda vez se configura como un plano de relaciones entre elementos o, más exactamente, como un esquema de comunicaciones.

A continuación presento los conceptos básicos elaborados o reelaborados por Luhmann que permiten comprender su particular comprensión de la sociedad y de los subsistemas sociales, y que, como en cualquier otra teoría de sistemas, son abstractos, móviles e intercambiables. Dichos conceptos, en el contexto del presente trabajo, deben entenderse referidos a los sistemas sociales, salvo que se haga referencia a algún otro, como por ejemplo los sistemas psíquicos que es como Luhmann denomina a los hombres para sustraer su teoría de la órbita antropológica en la que según él ha caído la sociología.

## 1.2. Relación y diferencia

Todo sistema, y el sistema social es un ejemplo paradigmático de ello, se constituye como un conjunto de relaciones entre elementos. En efecto, el sistema se compone de una serie de

elementos que exigen relacionarse entre ellos. A su vez, se da una exigencia de relación entre los elementos del sistema y los elementos del entorno del sistema. De acuerdo con Luhmann, un sistema es tal en cuanto son mantenidas de modo estable redes de relaciones entre los elementos que lo componen y entre éstos y los elementos del ambiente (Izuzquiza 1990, 86-88).

Es en ese sentido en el que Luhmann sostiene que la obtención de una armazón estructural que limite la proliferación indiscriminada de relaciones entre elementos heterogéneos es uno de los máximos logros de un sistema, pues la limitación de las combinaciones hace posible que los enlaces que efectivamente se produzcan estén orientados al mantenimiento del sistema y de los límites de éste con su entorno. Así, el establecimiento de una estructura que tenga por función limitar las combinaciones posibles entre elementos permite fijar los puntos nodales de reducción de complejidad (García Amado 1997, 126-128).

De otro lado, el sistema se constituye en la obra de Luhmann en un esquema de tratamiento de diferencias. Ello por cuanto las relaciones entre los elementos que componen al sistema, y entre éstos y los elementos del entorno, o entre el sistema mismo y su entorno, se dan en un plano de asimetría. En este sentido, la evolución misma de los sistemas depende de los distintos modos de tratamiento de la diferencia (Izuzquiza 1990, 88-91), aunque las asimetrías adquieren formas históricamente variables. Precisamente por ello, es necesario insistir en que la primera diferencia o asimetrización de importancia es la que se da entre el sistema y el entorno. Esta diferencia, como se verá, es la que potencializa las operaciones del sistema.

En un nivel más sofisticado de análisis, entender la autorreferencia y la autopoiesis implica comprender la forma en la que los elementos de un sistema se relacionan y el plano en el que esto sucede. La teoría de los sistemas autorreferenciales y autopoieticos observa que la circularidad de los sistemas es operativa cuando la referencia de las operaciones a sí mismas se lleva a cabo en un plano de asimetría. Esto es lo que permite explicar que las referencias de las operaciones a otros elementos equivalgan, también, a referencias a sí mismas. En otras palabras, la autorreferencia de un elemento u operación, para no ser tautológica ( $A = A$ ), tiene que ser igualmente una referencia a otro elemento u operación: la asimetría permite esa doble referencia. Aunque la tautología no desaparece, sí impulsa al sistema a evolucionar (García Amado 1997, 126-128).

### *1.3. Complejidad*

Un concepto directamente ligado a las relaciones y las asimetrías entre relaciones es el de complejidad. En efecto, la complejidad aparece en el contexto de las relaciones entre un sistema y su entorno. Así, complejidad equivale a un exceso de posibilidades que se hacen accesibles al sistema tanto por las particularidades de la evolución de éste como por las peculiaridades del entorno que le sirve de correlato negativo en tal evolución (Mejía Quintana 2001, 93). La complejidad es vista en casi todas las aproximaciones sistémicas como una sobrecarga de probabilidades que irritan al sistema, por lo cual éste necesita generar toda una estructura y unos mecanismos específicos para su control, es decir, para la selección adecuada de alternativas.

En efecto, como explica García Amado, los dos conceptos que explican el surgimiento, la estabilidad y la destrucción de los sistemas sociales son: complejidad y doble contingencia. Respecto al primero de ellos explica:

Por complejidad se entiende el conjunto de todos los sucesos (*Ereignisse, Events*) posibles. Se designa así, por tanto, el campo ilimitado de los 'mundos posibles'. Así tomada, la complejidad alude, por un lado, a un mundo de posibilidades que no es un mundo real, por cuanto la igualdad radical de lo posible, en tanto que posible no se rompe hasta que alguna forma de prelación permite la decantación de uno de esos mundos posibles como mundo real; y, por otro, ese campo ilimitado de posibilidades que se denomina complejidad, se concibe conceptualmente como caos y aún no como cosmos (García Amado 1997, 104-105).

Ahora bien, esa conceptualización pone el énfasis en el momento de quiebre en el que se configura un sistema social, pero para las siguientes fases de evolución del mismo la reconstrucción teórica del concepto necesariamente deberá dar cuenta de cuestiones nuevas. Así, la complejidad se entiende también como la imposibilidad de relación entre todos los elementos que componen el sistema en un momento dado. Esto explica el surgimiento de mecanismos de selección que facilitan el establecimiento de relaciones entre los elementos del sistema. Mecanismos que, cabe subrayarlo, también orientan la selección de mensajes provenientes de un entorno cuya complejidad es siempre superior a la del sistema en la medida en que el sistema en cualquier caso se muestra incapaz de describirlo en su totalidad. Además, la complejidad interna del sistema es siempre una complejidad organizada, puesto que la selección que se hace de las múltiples posibilidades parte de la relacionabilidad de los elementos del sistema. Por otra parte:

El número de relaciones posibles en abstracto entre los elementos de un sistema aumenta exponencialmente con respecto al aumento del número de los elementos mismos (dos elementos forman cuatro relaciones, tres elementos nueve, etcétera). En consecuencia, cuando en un sistema los elementos se vuelven muy numerosos, el número de relaciones alcanza tal tamaño que ya no son controlables inmediatamente por el sistema mismo. Eso conlleva que no todo el

sistema puede actualizarse y ponerse en relación simultáneamente: todas las operaciones del sistema remiten a un ámbito de posibilidades ulteriores (Baraldi 1996a, 43).

De todas formas, la complejidad remite a la obligación de selección para el sistema, lo cual introduce en el mismo rasgos contingentes, lo que a su vez supone la introducción de riesgo, en tanto que es posible que los mecanismos que genera el sistema para hacer frente a la complejidad terminen fuera de control, debido a la exagerada diferenciación interna que un manejo completo de la misma supone (Mejía Quintana 2001, 122).

#### *1.4. Comunicación*

Otro de los conceptos vinculados con las relaciones y las asimetrías entre los objetos de las relaciones es el de comunicación. La comunicación es el proceso mediante el cual los sistemas sociales escogen una alternativa entre las diversas existentes y acerca de las cuales ha sido informado. La comunicación, así presentada, no es más que una selección. Pero la comunicación abre campo a nuevas relaciones y nuevas conexiones entre elementos, aún si se la concibe sólo como el modo contingente en que una información es seleccionada.

Las comunicaciones, como lo explica García Amado (1997, 109-114), son los componentes o elementos mínimos del sistema social sociedad, y lo son en tanto que eventos dotados de sentido. Esta afirmación se hace posible en la reflexión de Luhmann en la medida en que la sociedad aparece configurada, para el sistema ciencia, sólo por comunicaciones y de todas las comunicaciones, esto es, como un sistema cerrado que constituye sus propios elementos. Estas comunicaciones, dice Luhmann, suponen, por sí mismas, reducción de complejidad y superación de la situación inicial de doble contingencia<sup>18</sup>.

Ahora bien, la comunicación es, sobre todo, un proceso selectivo que tiene lugar debido a la integración simultánea de tres selecciones: (i) una selección de información; (ii) la notificación del contenido informativo a otro; y, (iii) la aceptación o rechazo de la información de la que se

---

<sup>18</sup> García Amado expone que la conceptualización que hace Luhmann de la comunicación permite observar mejor la constitución de los límites del sistema social por el propio sistema, pues a través de la comunicación el sistema social establece sus límites, de tal modo que, afirma, "donde no se opera mediante comunicación no existe sistema social" (1997, 111). García Amado reconoce, no obstante, que decir que el sistema social sólo se compone de comunicaciones no supone sostener que la sociedad no suponga otro tipo de elementos; lo único que se sostiene, indica el profesor español, es que sólo las comunicaciones diferencian a la sociedad de su entorno. De todas formas, continúa, "si todas las comunicaciones son parte del sistema, no cabe comunicar con aquello que, por no contener comunicaciones, está fuera del sistema, [y citando a Luhmann] 'Un sistema social sólo puede comunicar; un sistema vivo sólo puede vivir'" (1997, 112).

es notificado. En otras palabras, la comunicación se compone de la emisión, la información y la comprensión que implica la atribución de responsabilidad por la emisión. Estas fases, que pueden ser descritas como separadas por un observador, son sin embargo, en su eventualidad, simultáneas.

En efecto, además de la información y el mensaje, Luhmann destaca como componentes de toda comunicación sustraída de la visión antropológica<sup>19</sup> a la expectativa y la comprensión<sup>20</sup>. La expectativa es de éxito de la comunicación y depende de la selección del contenido informativo y de la notificación del mismo. La comprensión no es más que el hecho mismo de la aceptación o el rechazo del mensaje. Como indica Mejía Quintana, la comunicación tiene lugar si se comprende el mensaje mediante una selección apropiada, por lo cual se introduce cierta contingencia en el contexto comunicativo, esto es, se induce la posibilidad de rechazo del mensaje. Así, como el rechazo comunicado representa en realidad un conflicto potencial en los sistemas se han formado mecanismos diferentes al lenguaje para que la selección sea artificial y se superen los inconvenientes que generan las nudas respuestas negativas o positivas (Mejía Quintana 2001, 94-95).

La comunicación no puede ser limitada por la visión tradicionalmente antropológica a la que se la ha asociado. En la nueva teoría de sistemas es concebida como un proceso sistémico por medio del cual el sistema realiza una observación sobre sí mismo y observa a los demás participantes. Es la comunicación la operación específica o característica de los sistemas sociales, lo que equivale a decir, en términos sistémicos, que no existe comunicación fuera de los sistemas sociales. No hay comunicación entre los sistemas sociales y su entorno: toda comunicación es una comunicación interna del sistema social. Esto es lo que permite explicar la afirmación de Luhmann en el sentido de que la sociedad no está compuesta por hombres, pues en la medida en que los sistemas sociales están constituidos exclusivamente por comunicaciones los sistemas psíquicos hacen parte del entorno.

Sin embargo, la comunicación y, por tanto, los sistemas sociales, son altamente improbables, dado que puede que la información no sea comprendida, puede que la información no sea recepcionada por el agente destinado a atribuir la responsabilidad por la emisión, lo cual acaece en un ambiente de complejidad acrecentada por las distancias geográficas, o bien

---

<sup>19</sup> Esto significa que, de acuerdo con Luhmann, la comunicación supera los límites de una conciencia individual (García Amado 1997, 112 –113).

<sup>20</sup> Véase Izuzquiza (1990, 206–213).

puede que la información no sea aceptada. De esta manera, la estabilidad de la sociedad misma es altamente improbable (Baraldi 1996b, 48).

Finalmente, otro aspecto interesante del concepto de comunicación en Luhmann es que, en cuanto tal, no es más que un *event*, por lo cual desaparece en cuanto aparece, su entidad es puramente temporal. De ello se desprende un sugestivo análisis de la formación de un sistema dado y la búsqueda permanente de estabilidad de éste: los *events* no están disociados, sino que el sistema establece un orden de relación al vincular nuevos *events* a los que desaparecen: ese proceso continuo de ligar unas comunicaciones a otras constituye lo que Luhmann denomina la duración del sistema<sup>21</sup>.

### 1.5. Función

Una pregunta esencial es la relativa a la función que tienen los sistemas en un contexto de complejidad, de exceso de relaciones y probabilidades, y de improbabilidad de comunicación entre los sujetos. Luhmann establece un orden de prioridad en el que el particular método de análisis funcional que utiliza, esto es, el denominado por él mismo funcionalismo –estructural, tiene prelación sobre la teoría de sistemas, la teoría de la comunicación y la teoría de la evolución, esto es, las tres superteorías que configuran la teoría de la sociedad (Izuzquiza 1990, 97). Este método es erigido por Luhmann como reacción contra el método funcionalista de Parsons, quien, en sentir de Luhmann, privilegió la estructura sobre la función, eliminando así las potencialidades de ésta. En cambio, Luhmann considera necesario privilegiar la función sobre la estructura, de tal manera que el estructuralismo –funcional de Parsons debe ceder el lugar al funcionalismo –estructural, donde el concepto de función es ubicado en el amplio espectro de la contingencia y la complejidad. Así, Luhmann es contrario a todo análisis funcional basado en el causalismo, con el argumento de que la función permite comparar entre *alternativas equivalentes y logros probables* (Luhmann 1973). Como recuerda Izuzquiza, la función no sólo es beneficiosa en cuanto a la selección de posibilidades, sino que ella misma es un esquema de posibilidad que tiene un valor propio, que constituye una síntesis de posibilidades en sí misma considerada, razón por la cual hasta las disfunciones pueden ser valorables desde un punto de vista lógico de igual manera a como son valoradas las funciones (Izuzquiza 1990, 100-101).

---

<sup>21</sup> Niklas Luhmann. "Closure and Openness: On Reality on the World of Law". En Gunther Teubner (ed.). (1988). *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*. Berlín/Nueva York: De Gruyter. Citado por García Amado (1997, 131 –132).

La importancia del concepto de función es tal en Luhmann que el concepto mismo de sistema está subordinado al de función. Así, los sistemas son definidos por la función que cumplen y la diferenciación funcional es un término que sirve para designar también la diferenciación entre sistemas. Además, la función no está sujeta al mantenimiento del sistema; más bien, “un sistema existe en tanto cumple una función” (Izuzquiza 1990, 102). De este modo, la función de los sistemas sociales está relacionada con la evolución.

### 1.6. Autorreferencia

La autorreferencia es otro de los conceptos asociados a las nociones de relación, complejidad, función del sistema e improbabilidad de comunicación. La autorreferencia es, ante todo, una forma de relación. Según Luhmann, la relación autorreferente es la relación más extrema, pues se constituye como relación asimétrica de un objeto o elemento consigo mismo. Los sistemas autorreferentes, pues, se refieren a sí mismos en cada una de sus operaciones.

El concepto de autorreferencia no coincide con el de tautología. No se trata de una operación que se indica directamente a sí misma (por ejemplo  $A = A$ ), sino de una operación que indica algo (el *auto* de la referencia) al cual pertenece. Esta indicación puede operarse con base en una diferencia que permita distinguir a partir de otra cosa aquello que se autorrefiere. La tautología sería una forma de autorreferencia no informativa y fatal para las operaciones del sistema (Corsi 1996a, 35).

Ahora bien, un sistema es autorreferente no sólo porque produce sus propias estructuras sino también porque produce sus propios elementos. Así, en el caso del sistema social la autorreferencia sólo tiene lugar si éste gran procesador de información se refiere a otros sistemas y a su entorno y en éste acto de referencia se refiere a sí mismo. Pero es la comunicación la que constituye en realidad al sistema social, puesto que sus elementos son comunicaciones; los sistemas sociales son, en esta perspectiva, sistemas comunicativos.

En un plano más general, Izuzquiza esquematiza los rasgos esenciales de la autorreferencia o el dominio del sí mismo (Izuzquiza 1990, 107-109). Para comenzar, la autorreferencia es la unidad para sí de un elemento, sistema o proceso: “Una unidad reforzada, que es para sí misma, con lo que la unidad queda doblemente señalada: no es solamente unidad, sino unidad que es, ella misma, entendida como tal unidad. Se trata, pues, de un doble movimiento: un objeto autorreferente es él mismo, pero, al mismo tiempo, es para sí mismo, tal unidad” (Izuzquiza 1990, 107). Además, el sujeto autorreferente se indica a sí mismo y en ese acto de auto –indicación se diferencia de los demás sujetos, sean éstos igualmente autorreferentes o no. Por eso se dice que el sujeto autorreferente, el sujeto que se auto –diferencia, es unidad de



las diferencias. De tal manera que la autorreferencia es asimétrica, pues está constituida de manera paradójica de unidad y de diferencia, en tanto que el sujeto autorreferente es tal porque es una unidad frente a sí mismo y diferente en relación con los otros sujetos.

Por otra parte, Luhmann distingue entre autorreferencia basal, reflexividad y reflexión dependiendo de lo que se autorrefiere. Así, si lo que se refiere a sí mismo es un elemento del sistema que no puede descomponerse en otros elementos (un pensamiento, por ejemplo), entonces se trata de *autorreferencia basal*, pues los elementos existen sólo si entran en relación con otros elementos a partir de una diferencia fundamental. Si lo que se refiere a sí mismo es un proceso (aprender a aprender, por ejemplo), sin consideración del objeto que se procesa, entonces se tiene *reflexividad*. Si lo que se refiere a sí mismo es el sistema, al diferenciarse y referirse al entorno, se da la *reflexión* (Corsi 1996a, 36).

### 1.7. Autopoiesis

En cierto momento de la evolución de los sistemas sociales aparece una forma de relación sofisticada, la autopoiesis, que es connatural a la formación y mutación de los seres vivos. La autopoiesis es una forma de autorreferencia más elevada. En cierta medida, revela todas sus potencialidades y también las presupone. Simplificando en extremo, autopoiesis, en términos biológicos, y más exactamente celulares, significa autoproducción. Los organismos celulares se producen a sí mismos para mantener su unidad y su totalidad, con independencia de si algunos de sus componentes llegan a disiparse. Por tanto, un organismo autopoietico, es una organización cerrada de diversos procesos de producción de los elementos y del límite del organismo que permite identificar a éste como tal. Estos sistemas poseen una clausura operativa que hace que la producción de elementos nuevos esté basada en operaciones antecedentes y, al mismo tiempo, constituya el fundamento de la autonomía del sistema frente a un entorno del que tiene que distinguirse. Esto significa que la unidad del sistema es lograda coetáneamente a la diferenciación de éste con el entorno gracias a la autorreproducción de elementos.

Luhmann, en la perspectiva de la teoría de sistemas, considera a la autopoiesis una operación del sistema, en virtud del cual éste produce en un sólo momento sus elementos y su

estructura<sup>22</sup>. En ese sentido, el sistema, para mantener su unidad, no requiere importar elementos del entorno, no necesita operaciones *input*, pues su autorreproducción es circular<sup>23</sup>.

De este modo, con el concepto de autopoiesis se elimina el concepto de causa o, por lo menos, se le restringe al ámbito del sistema mismo, por lo cual no es más que causalidad autorreferente. De esta manera, el sistema no lleva a cabo actividades teleológicas. Como plantea Izuzquiza (1990, 112), para el sistema no hay fin alguno.

De otro lado, es claro que para esta visión sistémica o bien un sistema es autopoietico o bien no lo es. La autopoiesis se configura entonces como una operación fundamental que impele a los sistemas a una clausura en la que tiene lugar su autorreproducción. Esta operación fundamental es la comunicación en el caso del sistema social.

Finalmente, todo sistema autopoietico, para ser tal, precisa de la observación de los demás sujetos o sistemas y, también, de su propia observación autorreferente. Un sistema autopoietico requiere de diversos niveles de autoobservación y autodescripción para ser un sistema autopoietico. Debe poder describirse a sí mismo e identificarse como un sistema autopoietico para que la clausura tenga lugar y para que la acción y selección sistémica resulten eficaces o, lo que es lo mismo, para potenciar las estrategias de reducción de complejidad desde sí mismo (Izuzquiza 1990, 113). Es la autoobservación la que permite al sistema mantener sus límites al ser éste capaz de observarlos (Mejía Quintana 2001, 117).

---

<sup>22</sup> Como bien subraya García Amado (1997, 133-134) en *Soziale Systeme* Luhmann afirmó que la reproducción autopoietica de un sistema de ningún modo implica la reproducción de lo mismo una y otra vez. Por el contrario, la reproducción autopoietica es la producción de nuevos elementos que, cabe recordar, son comunicaciones.

<sup>23</sup> En *Rechtssysteme und Rechtsdogmatik* Luhmann elaboró un completo análisis sobre las características que debe tener la dogmática jurídica en una sociedad funcionalmente diferenciada. En este estudio, Luhmann se opuso a las teorías orgánicas e institucionales –Santi Romano, Carl Schmitt–, pues en su criterio una teoría sociológica ofrece más respuestas y enfoca mucho mejor los problemas. Esta teoría sociológica en sus inicios estaba fuertemente vinculada con las teorías de la acción y de los juegos, esto es, teorías agenciales de la sociedad. Por ello las definiciones funcionales dominan la primera época de producción teórica luhmanniana –el derecho tiene por función generar y estabilizar expectativas–. Esta teoría sociológica fue la que le permitió concebir al derecho como una especie de caja de transmisión en la cual ingresa una información que es procesada a fin de producir un resultado. Este modelo, por supuesto, está inscrito todavía en el nivel de la acción, de lo comportamental. Contra esta clase de modelos de *input /output* se manifiesta expresamente Luhmann al adoptar plenamente la teoría de sistemas autorreferenciales autopoieticos. Desde luego, lo que quiero sugerir aquí es, simplemente, que *Sistema jurídico y dogmática jurídica* debe ser releído desde el paradigma autopoietico y desde la teoría general de sistemas. Véase Luhmann (1983).

Estas características de la autopoiesis y su génesis conceptual, son descritas por Esposito de la siguiente manera:

El concepto de autopoiesis fue formulado por el biólogo chileno Humberto Maturana al intentar dar una definición a la organización de los sistemas vivos. Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que los constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa.

La teoría de los sistemas sociales adopta el concepto de autopoiesis y amplía su importancia. Mientras en el ámbito biológico se aplica exclusivamente a los sistemas vivos, según Luhmann se individualiza un sistema autopoietico en todos los casos en los que se está en la posibilidad de individualizar un modo específico de operación, que se realiza al y sólo al interior. De esta manera se individualizan dos niveles ulteriores de constitución de los sistemas autopoieticos, caracterizados cada uno de ellos por operaciones específicas: sistemas sociales y sistemas psíquicos. Las operaciones de un sistema social son las comunicaciones, que se reproducen con base en otras comunicaciones reproduciendo de esta manera la unidad del sistema, mientras no se presentan comunicaciones fuera de un sistema social. Las operaciones de un sistema psíquico son los pensamientos y no se dan pensamientos más allá del interior de una conciencia (Esposito 1996a, 31-32).

Esta forma de ver la autopoiesis hace énfasis en el concepto de clausura operativa del sistema. Este concepto sirve para subrayar que ningún sistema puede operar más allá de sus propios límites. Esposito aclara cómo sucede esto en la realidad:

La unidad de un sistema social está constituida exclusivamente por la conexión recursiva de las comunicaciones, y no por el ejemplo de los procesos psíquicos de las conciencias que participan en ellas o incluso hasta de los organismos: sólo la sociedad puede comunicar. También las operaciones de un sistema psíquico, los pensamientos, se reproducen incesantemente con base en otros pensamientos, y no reflejan directamente ni los procesos orgánicos, ni los comunicativos: sólo una conciencia puede pensar [...] Cada sistema tiene naturalmente su entorno y permanece dependiente de la compatibilidad de él mismo: si no se presentara la participación de las conciencias, por ejemplo, un sistema social no podría reproducirse. En el ámbito de la constitución de sus elementos, sin embargo, el sistema opera exclusivamente en condiciones de *Autocontacto* (Esposito 1996a, 32).

La eliminación de la posibilidad de contacto implica que la clausura o, lo que es lo mismo, la exclusión de las probabilidades de importación de elementos u operaciones del exterior del sistema, adquiere un matiz radical, por lo cual todas las irritaciones provenientes del entorno para ser tenidas en cuenta por el sistema han de ser comunicables y comunicadas, esto es, no pueden ser tomadas como datos simples.

### 1.8. Observación

Dadas la clausura del sistema y su apertura controlada con base en tal cierre, un concepto de particular relevancia para la teoría de sistemas autorreferenciales y autopoieticos es el de

observación. El concepto de observación adquiere tal magnitud en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann que en su criterio un sistema sólo es un sistema en cuanto es un sistema para un observador. La observación, entonces, se conforma como una operación no psicológica, de carácter sistémico, que se ordena gracias a dos componentes simultáneos: la distinción y la indicación o descripción, que no pueden ser ni fundidas ni escindidas (Mejía Quintana 2001, 122). La observación es una operación por cuanto sirve a la reproducción de los elementos. Su función consiste en orientar. Permite así identificar las operaciones de reproducción que al carecer de finalidad generan cambios ciegamente. Esta operación del sistema puede ser caracterizada de la siguiente manera:

Observar supone emplear o manipular una diferencia e indicar uno de los lados o miembros de esa diferencia como base para el análisis posterior de los que se desea observar.... Es lo que ocurre cuando se observa lo existente a partir de la diferencia entre sistema y entorno (en el caso de la teoría de sistemas), o de la diferencia entre gobierno y oposición (en el caso del subsistema social de la política), o de la diferencia entre pagar y no pagar (en el caso del subsistema social de la economía), o de la diferencia entre justo e injusto (en el caso del subsistema social del derecho).... en el caso del derecho no se tiene en cuenta tratar lo que sea justo, si no se advierte la unidad de la diferencia entre lo justo y lo injusto, entre lo ajustado a derecho y lo que no lo es (Izuzquiza 1990, 115-116).

Además, la observación es, en la teoría de la sociedad de Luhmann, una operación autopoietica, pues se configura a sí misma a través de sus propios mecanismos y elementos. Así, urge a todo sistema autopoietico incrementar y perfeccionar progresivamente sus esquemas de observación, pues para mantenerse como tal requiere de la operación fundamental de observación.

Luhmann distingue cuatro niveles básicos de observación. En primer término, la observación en general, cuya fisonomía ha sido ya descrita en párrafos precedentes. En segundo término, la autoobservación (*Selbstbeobachtung*) o la observación del sujeto sobre sí mismo en el momento en que observa otro objeto. La sociedad, por ejemplo, se constituye a sí misma observando otros sistemas, pues queda obligada a observarse y describirse para diferenciarse, para configurarse como unidad en un panorama de diferencias. Por eso dice Luhmann que los sistemas efectúan una autodescripción (*Selbstbeschreibung*), que los vuelve reflexivos en tanto que lo que observan es parte del sistema que describen. En tercer término, la observación de otras observaciones. Este nivel, como es obvio, tiene en cuenta la existencia de otros observadores distintos a quien observa. Y, en último término, no basta con que se observen observaciones. Es necesario observar sistemas que observan. Ahora el sistema observa otros

sistemas que observan y lo observan, a fin de observar lo que estos observa y lo que no observan<sup>24</sup>.

La observación de segundo orden surge de la necesidad de proveer observación a una operación de observación que no puede observarse a sí misma. La autoobservación, por otra parte, se muestra limitada, pues sólo ofrece una percepción de las selecciones realizadas al interior del sistema, por lo cual es necesaria una observación externa que indique qué es lo que el sistema no puede ver.

## **2. Sistemas sociales: principales características**

En el presente apartado son presentadas, descritas y analizadas las características más relevantes de los sistemas sociales con el propósito de determinar los elementos de referencia del estudio de los subsistemas parciales de la sociedad.

### *2.1. En el origen: la doble contingencia*

La teoría de sistemas propuesta por Luhmann busca resolver el interrogante acerca de las condiciones de posibilidad de los sistemas sociales. La respuesta está dada por un redimensionamiento del denominado problema de la doble contingencia.

García Amado ha explicado con suficiencia la importancia del concepto de doble contingencia para la explicación luhmanniana del surgimiento y la evolución de los sistemas sociales. Según este autor, la doble contingencia es una reproducción a nivel microsociológico de los problemas de complejidad. De acuerdo con él hay una situación originaria en la que dos sujetos entran en contacto en ausencia de sociedad. Como la complejidad no ha sido todavía reducida en esta instancia, todo es posible, de tal modo que uno de los individuos (que por comodidad teórica es llamado Ego) no puede formarse expectativas respecto a los probables cursos de actuación del otro (quien es llamado a su vez Alter): “En tanto no ha aparecido ningún principio de orden no existe pauta de previsibilidad del comportamiento propio ni ajeno, nada es previsible donde todo es posible; no hay expectativas; no hay comunicación. Sólo el desorden se sigue del desorden no roto” (García Amado 1997, 106).

---

<sup>24</sup> Esta es la llamada observación de segundo orden. Este tipo de observación, aunque es llevada a cabo por todos los sistemas, sean estos psíquicos o sociales, adquiere una singular relevancia cuando las operaciones se hacen en el trabajo científico. A ella está ligada, por ejemplo, el concepto de racionalidad.

Pero la primera reducción de complejidad, que inaugura la sociedad, es producida desde dentro de la relación interpersonal originaria y no desde fuera, como podría pensarse ante el panorama de imposibilidad que se ha descrito arriba. Esa reducción consiste simplemente en la ejecución de un acto cualquiera por uno de los individuos. Explica García Amado:

Luhmann echa mano de la lógica de Spencer Brown para describir ese paso inicial de constitución de lo social. La situación de partida equivale al *unmarked space*, a un espacio carente de límites definidos ni señalizaciones, en el que la orientación no es posible. El acto, cualquiera que sea, de un individuo equivale a una primera referencia en ese espacio, a una distinción que pone fin a la indeterminación de lo indiferenciado. Con ello, ese individuo ha realizado una primera selección: ha elegido una de sus posibilidades de actuación. En tal selección se contiene implícita una primera oferta a la otra parte: la de atenerse o no a la misma selección, a la misma pauta. Se ha producido una primera estructuración del horizonte de lo posible, que lo hace por primera vez accesible en clave binaria: aceptar o no aceptar la selección. Pero cualquiera que sea la respuesta, ésta operará a su vez como selección con la que la otra parte podrá enlazar idéntica clave. Algo habrá surgido indefectiblemente: comunicación, *order from noise* (García Amado 1997, 106-107).

Así, el problema de la doble contingencia, que da lugar en Luhmann a la formulación de un teorema, surge primero cuando entran en interacción sistemas psíquicos. En su intento de explicar mejor la doble contingencia, Luhmann rechaza la percepción de Parsons, para quien las dificultades asociadas a la indeterminabilidad de una acción provocada por la dependencia de Alter respecto de la actuación de Ego, y viceversa, quedaba resuelta por la existencia de un sistema simbólico compartido que promovía la confianza entre esos sujetos y los proveía de defensas contra la contingencia. Para Luhmann, la doble contingencia aparece cuando dos sistemas psíquicos se observan mutuamente y las observaciones del otro son integradas, por lo que Alter y Ego, esto es, los participantes en la observación, se constituyen recíprocamente. Luhmann considera que los sujetos actúan según expectativas que los orientan, de tal modo que las expectativas de Alter dependen de las observaciones que éste haga de las expectativas de Ego, quien a su vez tendrá expectativas dependientes de la observación que realice de las expectativas de Alter. Así, de la red de expectativas dependen las selecciones que Alter y Ego hagan entre alternativas y las conexiones que se establezcan entre éste par de sistemas. De esta manera, como la acción de Ego está orientada por la expectativa de que Alter acepte o rechace su acción, o viceversa, el orden social parece articularse en el borde de la inestabilidad, la posibilidad y la improbabilidad, parece, en suma, formarse a partir del desorden.

Por ello, indica Luhmann, es una exigencia para los sistemas sociales la creación de estructuras que le permitan inaugurar ámbitos de selección entre posibilidades caracterizados

por la artificialidad. Así, las dificultades relacionadas con la dualidad confianza –desconfianza que aparece vinculada al problema de la doble contingencia es regulada con la fundación de estructuras e instituciones, lo cual explica, por ejemplo, el surgimiento del derecho de contratos en atención a la regularización de las expectativas de quienes participan en un intercambio económico (Izuzquiza 1990, 244-253).

Lo crucial de la reformulación luhmanniana del problema de la doble contingencia es la valoración positiva de ésta. Se considera que el esfuerzo por la superación de la inestabilidad inicial impulsa la evolución del sistema social. En efecto, la incertidumbre de un sujeto se ve reforzada, en una interacción, por la inseguridad sobre el curso de actuación de otro sujeto, la cual depende a su vez del curso de actuación del primero. Es precisamente esa doble inseguridad la que conduce a la actuación de los dos sujetos, permitiéndole a ésta tener lugar (Mejía Quintana 2001, 106).

Además, como anota García Amado (1997, 108), la reflexión que hace Luhmann sobre el problema de la doble contingencia muestra hasta qué punto la sociología se ha preguntado adecuadamente por una de las características centrales de cualquier estructura social, esto es, la existencia de expectativas compartidas.

## 2.2. Sistema

Con base en los conceptos antecedentes es posible ahora reconstruir el pensamiento de Luhmann sobre el sistema en cuanto tal. Luhmann admite a la teoría clásica de sistemas que éstos sean entendidos como conjuntos de elementos que se relacionan entre sí. Admite también la distinción que dicha teoría hace entre composición y estructura. Pero agrega que un sistema es autorreferente porque crea su estructura y los elementos que la componen. Además, el sistema se orienta por sus funciones. Izuzquiza (1990, 153-157) esquematiza las propiedades y rasgos del sistema, así:

En primer lugar, (i) todo sistema es un mediador de complejidad. Es decir, todo sistema está destinado a reducir complejidad, aunque él mismo termine siendo más complejo que el estado de cosas inicial que cuya complejidad pretende dominar. Además, (ii) el sistema se orienta a establecer campos de elección entre alternativas, por lo cual los límites del sistema son los límites del espectro en el que el sistema puede llevar a cabo una selección y procesarla. De igual manera, (iii) todo sistema está destinado a cumplir una función específica, de tal modo

que es el cumplimiento de esa función lo que lo identifica como sistema. Por lo mismo, (iv) la estructura del sistema es dinámica y no rígida, pues sirve para mantener una apertura controlada del sistema respecto a diversas posibilidades entre las que hay que elegir. Este dinamismo es lo que permite al sistema ser un procesador eficiente de expectativas, en tanto que su composición comunicativa se basa en la improbabilidad y la posibilidad. En este sentido, (v) el sistema no puede existir sin un entorno. Esto significa que es la existencia del entorno lo que permite definir por diferenciación la definición de un conjunto de elementos como sistema. Por ello, (vi) el sistema se mantiene en virtud de la presencia de dos tipos de diferencias: a) las diferencias que se dan entre los elementos que componen el sistema y que permiten las relaciones asimétricas entre ellas con el fin de evitar la tautología y dinamizar el cumplimiento de la función del sistema; y b) las diferencias entre los elementos del sistema y los elementos del entorno, caracterizadas por el contexto de complejidad en el que tienen lugar. Finalmente, (vii) el sistema tiende hacia una estabilidad superficial, pues el exceso de posibilidades que genera la asimetría entre los elementos que componen el sistema y entre éstos y los elementos del entorno, sugiere la constitución de estructuras que hagan invariable el tratamiento de expectativas. De todos modos, la estabilidad nunca hace rígido al sistema, debido a que éste siempre permanece abierto y expuesto a la novedad.

Ahora bien, la pregunta por la construcción de los límites de los sistemas sociales por los propios sistemas sociales es respondida por Luhmann gracias a la nueva conceptualización que hace del *sentido* (*Sinn*). Según Luhmann, dado que los sistemas sociales necesitan delimitarse para mantenerse (*boundary maintenance*), deben contar con esquemas de selección de información que les faciliten determinar en cada momento de su evolución cuáles pueden ser considerados elementos del sistema y cuáles elementos del entorno, en un proceso en el que el criterio de selección es el sentido.

Un ejemplo ayuda a entender lo anterior. El sistema jurídico cuenta con un esquema formal de delimitación de lo que cuenta como jurídico. Pero ese sentido delimitador del sistema jurídico, dice García Amado, no consiste en un número reducido de axiomas o principios de los que se derive, de manera ontológica, la juridicidad de un heterogéneo grupo de elementos, en este caso normas jurídicas. Por ello, según Luhmann, la juridicidad o la antijuricidad no son anteriores a la configuración del esquema formal de sentido con el que cuenta el sistema jurídico. Este esquema de pertenencia, cuya estructura es necesariamente binaria, irradia todos los procesos de selección de elementos y probabilidades desde el interior del sistema jurídico.



La función del sentido es la estructuración de un campo abarcable de posibilidades bajo ese esquema bipolar. Y esto es tanto como decir que sirve a la reducción de complejidad y a un subsiguiente aumento de la misma, pero traducida al esquema peculiar del sistema así constituido y, por tanto, manejable (ejemplo: sólo puede ser derecho aquello que caiga bajo los límites del sentido que en cada caso configuren que pertenece al sistema jurídico. Con ello se ha reducido complejidad, pues un enorme campo de posibilidades (complejidad) queda en cada momento al margen del derecho, la moral, la ciencia, las relaciones íntimas...; pero, al mismo tiempo, un número de posibilidades mucho mayor pueden ser sometidas al examen de su legalidad bajo el código binario legal /ilegal que rige el funcionamiento del sistema jurídico (García Amado 1997, 123-124).

### *2.3. El entorno del sistema*

Como el sistema adquiere una nueva dimensión teórica, Luhmann exige una nueva concepción del entorno del sistema. Esto es, exige que al entorno no se lo vea simplemente como el conjunto de elementos que influyen o son afectados por el sistema. Entre los rasgos esenciales del concepto de entorno en la teoría de sistemas de Luhmann, Izuzquiza (1990, 158-160) destaca los siguientes:

En primer lugar, (i) el entorno es, en cualquier caso, relativo al sistema, pues sus componentes mantienen relaciones con los componentes del sistema, viéndose afectados por éstos. Además, (ii) el entorno, es en cualquier caso, mucho más complejo que el sistema. Por ello, debe existir un nivel elevado y sumamente complejo de coordinación entre el sistema y el entorno, pues el exceso de relaciones y posibilidades de éste puede afectar negativamente al primero. En esa perspectiva, (iii) el entorno aparece al sistema, en sí mismo considerado, como un rango de posibilidades sobre las que el sistema habrá de efectuar una selección. De otro lado, (iv) la presencia del entorno lleva a la diferenciación interna del sistema dado que éste busca dominar la complejidad que caracteriza a aquél. Por ello, (v) la presencia del entorno hace impensable la existencia de sistemas abiertos y cerrados como realidades separadas: todo sistema es abierto y cerrado a un mismo tiempo, en tanto que la complejidad del entorno sólo es asumible y procesable en cuanto el sistema se muestra abierto, a pesar de su clausura, a la complejidad del entorno. Así, (vi) el entorno, en palabras de Izuzquiza, es un horizonte de procesamiento de información para el sistema, pues aparece como un conjunto de posibilidades sobre las que el sistema realizará selecciones con el fin de dotar de sentido a su función. Finalmente, (vii) Izuzquiza resalta que el entorno de un sistema no equivale a los sistemas que se encuentran en el exterior del mismo, pues cada sistema tiene su propio entorno, aunque ello no significa que en el entorno de un sistema determinado no estén contenidos otros sistemas.

En todo caso, se debe tener en cuenta que la constitución de un sistema como autopoietico o sistema autorreferente cerrado incide en que su entorno sea visto por tal sistema como parte integrante de él, de tal modo que cualquier contacto de dicho sistema con el citado entorno es apenas aun autocontacto, es decir un contacto del sistema con un subsistema (Mejía Quintana 2001, 125).

#### *2.4. Sistemas autorreferentes y autopoieticos*

Las aproximaciones precedentes sobre el sistema y el entorno del sistema permiten un acercamiento más ilustrado sobre el carácter autorreferente y autopoietico de los sistemas sociales. En efecto, Luhmann intenta superar las condiciones de investigación impuestas por la teoría de la organización que se limitaba a plantear que los sistemas se autoorganizan creando su propia estructura. Por ello, pasa a indicar que los sistemas son autorreferentes y autopoieticos, esto es, son autopoieticos en cuanto son autorreferentes, pues su autorreferencia los constituye y no un observador externo. Es el mismo sistema el que se diferencia del entorno manipulando asimetrías.

Los sistemas autorreferentes y autopoieticos se constituyen a sí mismos. Es el mismo sistema el que, mediante su clausura, se acopla en tanto que unidad a su entorno diferenciándose al mismo tiempo de él. Los sistemas así concebidos son cerrados y abiertos, pues su estabilidad y su dinamismo dependen de las condiciones para la apertura que están contenidas en su clausura, que es la que lo hace unidad diferente del entorno.

García Amado ejemplifica este punto (1997, 136-139): "La juridicidad de un acto sólo puede establecerse dentro del sistema jurídico sobre la base de actos jurídicos anteriores, de los elementos previos de ese sistema: una vez sentada esa juridicidad, ese acto será un nuevo elemento del sistema, condicionante de la juridicidad de los actos siguientes que se le sometan". Ahora bien, como la autorreferencialidad total es imposible: "Cada sistema sólo puede existir y reproducirse en un medio: ¿cómo podría existir el sistema jurídico si no hubiera actos exteriores a él que someter al juicio de juridicidad / antijuridicidad? Consiguientemente, 'clausura autopoietica no significa aislamiento'". Y si esto describe bien el proceso y las implicaciones de la calificación de un delito, la precisión conceptual de Luhmann también explica las relaciones de un subsistema con otro y los entrelazamientos de sus distintas funciones: "la regulación jurídica de las elecciones políticas presupone un sistema político en el que aquellas tienen lugar y acomodo funcional".

Surge entonces el concepto de resonancia (*Resonanz*). Como los sistemas sociales son cerrados y abiertos al mismo tiempo, la selección de las comunicaciones presentes en el medio es efectuada con base en los parámetros que posee el sistema en su interior: la comunicación es valorada como información por el sistema social sólo si satisface las condiciones de aceptabilidad impuestas por el sistema. Esto, a su vez, explica por qué los sistemas sociales cuentan con un esquema binario de selección de información que opera afirmativa o negativamente para reducir la complejidad de las comunicaciones indiferenciadas. Es en este punto en el que se comprende mejor por qué, según Luhmann, el sistema jurídico es normativamente cerrado y cognitivamente abierto. Es cerrado en cuanto trata las comunicaciones para atribuirles el carácter de legales o ilegales y también para constituir los criterios de atribución de tal carácter. Es abierto en tanto que absorbe información del exterior.

#### *2.5. La clausura operativa de los sistemas autorreferenciales autopoieticos: el código y el programa*

La pregunta que surge en el nuevo contexto teórico es obvia: ¿cómo puede operar un sistema autorreferente y autopoietico? Según Luhmann, todo sistema debe poseer un código con el cual procesar la información y orientar así las selecciones adecuadas. El establecimiento de un código es condición de la comunicación y guía del sistema en el cumplimiento de su función. Según Izuzquiza, el código no es más que un esquema por medio del cual se organizan y administran diferencias que permite al sistema elegir una alternativa. Este autor recalca que el código siempre ha de ser binario, puesto que en torno a una diferencia básica se estructurarán las demás diferencias sin necesidad de recurrir a terceras opciones. Se pretende con el código binario hacer de los casos de selección maniobras sencillas. Se busca que toda la información que posea el sistema en un sistema determinado sea utilizada conforme a una dualidad que, por ejemplo, en el derecho es legal / ilegal, o ajustado a derecho / no ajustado a derecho, excluyendo un tercer factor en las consideraciones del subsistema del derecho, como la moralidad o la eficiencia.

Los esquemas binarios son, entonces, esquemas de distinciones, que operan como reglas que permiten tratar toda entidad con su correspondiente entidad negativa. Esposito ejemplifica lo anterior indicando que el enunciado “Hoy llueve” puede entenderse como la negación del enunciado “Hoy no llueve”.

Así, el código binario impide la tautología en la formulación del sistema al tiempo que desvanece cualquier posible paradoja. Con el código, que tiene pretensiones universales no ontológicas, se totaliza una diferencia fundamental que es instrumentalizada para la dinámica del sistema, cuya función se relaciona con uno de los dos lados del código binario (Mejía Quintana 2001, 123). Pero la función del código es más sencilla. Con el código se logra reducir el amplio espectro de posibilidades originales que aparecen dispersas, debido al tratamiento con base en dos únicas opciones excluyentes.

El código, que es de la mayor relevancia para un sistema que pretenda ser autopoiético, hace surgir un esquema de tratamiento simétrico de diferencias. La binariedad implica que los valores entre los que hay que distinguir sean tratados de forma igual, de tal manera que la reversión de la decisión sea menos traumática que la que sería el resultado de un esquema más rígido. El código, en suma, no proporciona pautas para la acción y mucho menos inspira preferencias.

En efecto, es preciso distinguir el *código* del *programa*. El programa, a diferencia del código, orienta al sistema en un sentido global. El programa es el conjunto de condiciones de actuación del sistema, es el conjunto de condiciones estipuladas para que el sistema efectúe una selección. Es el programa el que orienta la utilización del código y no a la inversa. Es la intervención del programa el que actualiza al código como directiva para la acción (Esposito 1996b, 31-32). Finalmente, el código es más abstracto que el programa porque su despliegue activa los mecanismos e instituciones del sistema en orden a asumir los elementos o irritaciones del sistema.

Pero, en un plano más general, cabe subrayar que la existencia de los códigos y los programas obedece a la necesidad de evitar la paradoja, la mera circularidad de un sistema dado. Así, el esquematismo binario indica cómo repartir los valores que posee el sistema en situaciones concretas, mientras que los programas condicionales resuelven el problema de la aplicación de tales valores con base en parámetros internos al sistema en cuestión, pues para evitar que se afirme sin más que algo es legal porque es ilegal, o que algo es verdadero porque es falso, se recurre a un condicionante externo que indica que en presencia de un estado de cosas específico se activará en determinado sentido el esquematismo binario. Al establecimiento de tal tipo de programas se le denomina programación (*Programmierung*) del sistema, la cual es una actividad interna al sistema.

## 2.6. ¿Integración de los sistemas o interpenetración?

El cierre o clausura de los sistemas autorreferentes y autopoieticos, garantizado por la aplicación del código guiado por los distintos programas, condiciona la forma en la que éstos asumen la información proveniente del entorno y administran sus mecanismos de selección. La clausura impide un contacto directo, desnudo, entre el sistema y su entorno que, como ya se ha indicado, puede contener otros sistemas. Por lo tanto, la única forma de interacción entre sistemas la constituye la llamada interpenetración, consistente en el proceso mediante el cual un sistema, configurándose como entorno de otro sistema, coloca a disposición de éste su propia complejidad a fin de que éste pueda elaborar un campo de elección de información y efectuar una selección. Por tanto, toda interpenetración se realiza con fundamento en el esquema binario conformidad –rechazo (Izuzquiza 1990, 150-152). Este problema es particularmente relevante en el estudio de los sistemas, puesto que es el carácter cerrado de un sistema lo que implica que éste no pueda penetrar en el ambiente excediendo sus límites y la condicionalidad de su apertura.

De esta manera, el concepto de interpenetración es construido lógicamente por Luhmann al advertir que en su teoría los sistemas, psíquicos o sociales, no pueden operar fuera de sus límites, los cuales, como hemos indicado, corresponden a los límites de selección, lo que deja planteado el problema relativo a los modos de acceso de un sistema a su entorno.

## 2.7. La diferenciación interna del sistema

De otra parte, los procesos de diferenciación inciden no sólo en la separación entre sistema y entorno (*Umweltdifferenzierung*), la cual ha sido ampliamente tratada al revisar los conceptos de sistema, entorno, sistema autorreferente y autopoietico, código, programa e interpenetración, sino, también, en la segmentación del sistema a su interior (*Systemdifferenzierung*) (Luhmann 1998a).

La aparición de subsistemas es el producto de procesos de diferenciación progresivos que tienen lugar debido a las necesidades sistémicas de reducción de la complejidad circundante. Para el sistema es indispensable desplegar estrategias que le permitan un mejor manejo de la complejidad mediante un mejoramiento de sus formas y mecanismos de selección. Así, la formación de los subsistemas obedece a la urgencia de crear esquemas de manejo del exceso de posibilidades más restringidas o específicas que los que posee el sistema, pues éste se ve incapacitado para procesar las expectativas y elegir entre probabilidades de modo eficiente.

Con la diferenciación el sistema alcanza un nivel óptimo de observación que incide positivamente en la reducción de complejidad. En efecto, un sistema dotado de una amplia gama de puntos de vista puede seleccionar mejor entre alternativas indiferenciadas.

En este sentido, Luhmann aclara que la diferenciación del sistema se despliega en tres modalidades distintas (Izuzquiza 1990, 170-174). La diferenciación sistémica, la diferenciación funcional y la diferenciación dinámica. La primera consiste sencillamente en la formación de subsistemas dentro de un sistema. La segunda comprende la diferenciación que se da entre los sistemas en razón de la función que le es asignada a cada uno; esto explica el porqué de la separación en la sociedad moderna de la economía, el derecho, la religión, la educación, etc. La tercera indica la creación de límites internos de acción para el sistema.

Por ello, Luhmann distingue tres tipos de relaciones subsistémicas: En primer lugar, la relación del subsistema con el sistema del que proviene por diferenciación que está dominada por la función que le ha sido adscrita. En segundo lugar, la relación que se da entre el subsistema y los restantes subsistemas. Por último, la relación que se da entre los elementos que componen el subsistema, la cual es, obviamente, una relación reflexiva (Izuzquiza 1990, 169).

Ahora bien, la diferenciación interna del sistema equivale a un reflejo de la distinción entre entorno y sistema al interior de éste último. Así, todos los sistemas parciales (*Teilsysteme*) tienen un entorno propio y ese entorno puede estar constituido por los demás subsistemas. Pero, en otro sentido, el sistema global es también entorno para los subsistemas. Así, un observador no puede sostener válidamente que el sistema es simplemente un todo subdividido o descompuesto en partes equivalentes y comparables (Baraldi 1996c, 57).

Ahora bien, Luhmann ha planteado que los sistemas sociales surgen en dos personas de interrelacionan. En la medida en que aumenta el número de personas y la complejidad de las relaciones que entre ellas se establecen aumenta el número de sistemas sociales con estructuras artificiales de autocatálisis y procesamiento de información ante el bloqueo que produce el enfrentamiento indiferenciado del individuo al cúmulo de mensajes e irritaciones que provienen del ambiente. Así, en verdad, no cualquier interacción da origen a un sistema social, puesto que para que un subsistema social surja tal interacción tiene que delimitarse:

Al respecto, el factor fundamental en la constitución de un (sub)sistema social radica en su función, y ésta no es otra que la de acotar un ámbito determinado de la complejidad operante en la sociedad, con vistas a su reducción. Ya no será necesario que todos se ocupen de todo para todo. Cada (sub)sistema permite un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de

complejidad [...] Sólo así podrá evolucionar la sociedad; sólo así podrá hacerse más compleja. Estos subsistemas no dejan de ser partes del sistema social global, puesto que se constituyen sobre la base de los elementos constitutivos de aquél: comunicaciones [...] estos sistemas sociales pueden comunicar no sólo sobre su medio, sino también con su medio (García Amado 1997, 116-117).

Finalmente, explica García Amado (1997, 118-119), si la función explica el contexto y el horizonte que fija el surgimiento de un sistema social específico, son el código binario y la programación los que identifican tal sistema, ya que suponen su autorreferencia y la dirección de su contacto operativo, respectivamente.

### *2.8. Evolución: criterio fundamental del modelo explicativo contemporáneo de los sistemas.*

La evolución, para Luhmann, no es un asunto de causa y efecto. Es, más bien, una cuestión de organización y selección de alternativas diferentes; es, en síntesis, un concepto asociado a la opción por una de las posibilidades expuestas a elección, vinculado a la pura probabilidad e improbabilidad de que algo ocurra o de que sea de otro modo a como es en un momento dado.

La teoría de la evolución aporta a la teoría de los sistemas autorreferenciales y autopoieticos una interesante perspectiva para observar cómo múltiples operaciones varían las estructuras de un sistema. En este contexto, resulta importante tener en cuenta lo relativo a los mecanismos evolutivos, que Luhmann divide en mecanismos de variación, de selección y estabilización y que operan de modo circular y no causal (Izuzquiza 1990, 191-194). Los primeros introducen varias posibilidades al sistema para potenciar la inestabilidad y, con ella, la apertura a la novedad. Los segundos inducen la estabilidad, pues la selección entre posibilidades reduce la complejidad inicial. Finalmente, los terceros apuntan al equilibrio del sistema y casi siempre corresponden a mecanismos de diferenciación del sistema.

De esta manera, la evolución social debe ser entendida como el aumento de complejidad del sistema social debido a su diferenciación progresiva forzada por sus relaciones contingentes con el entorno.

### *2.9. ¿Dónde está el derecho? Sistemas sociales, sociedad, sistemas parciales*

Para Luhmann la sociedad no es más que un tipo de sistema social. “La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquél que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones produce comunicaciones nuevas y distintas [...] queda excluido que el individuo pueda formar ‘parte de la sociedad’. No hay comunicación

entre individuo y sociedad, ya que la comunicación es siempre una operación interna del sistema de la sociedad” (Luhmann 1998b, 59; 62). Los sistemas sociales son autorreferentes y autopoieticos, constituyendo por tanto su diferencia con el entorno a partir de sus propias operaciones. Los elementos que conforman dichos sistemas son comunicaciones y no individuos<sup>25</sup>. Pero los sistemas sociales, surgidos por *autocatálisis* de los problemas de la doble contingencia son, como es obvio, varios, esto es, no pueden ser reducidos a uno sólo. Los sistemas sociales, orientados hacia la producción y mantenimiento del sentido, y operativos en el plano de la comunicación, aparecen en cierto momento de la evolución y comparten el espacio y el tiempo con las máquinas, los organismos vivos y los sistemas psíquicos o conciencias que operan a través del pensamiento y que la tradición sociológica identifica con los individuos humanos o sujetos antropológicos. Los sistemas sociales se distinguen de esos otros sistemas y se distinguen entre ellos sin que haya un orden de prelación que imponga una jerarquía funcional.

En efecto, tanto las interacciones (nivel más básico) como las organizaciones (nivel intermedio) comparten el espacio y el tiempo con las sociedades, que no son más que un tipo específico de sistema social. Sin embargo, la aparición de sistemas parciales sólo es posible en la sociedad que se diferencia internamente para afrontar la creciente complejidad del entorno y la suya propia. Es así como surgen la economía, la educación, la religión, el arte, la política y el derecho, entre otros.

---

<sup>25</sup> Luhmann considera necesario olvidar al sujeto individual como el centro de referencia de los análisis sociales. Según este autor, la sociedad no se compone de hombres, sino de comunicaciones. Aunque para que exista la sociedad es necesaria la existencia de individuos, biológica y psicológicamente estructurados, esto no supone que todo lo relativo al individuo sea social, dado que una enfermedad física o mental, hasta no ser informada y el mensaje efectivamente aceptado, esto es, comunicada, hace parte de la realidad orgánica o psicológica. Pero la negación del sujeto pensante cartesiano como centro de la sociedad, es el resultado de una particular observación del proceso evolutivo por el cual la sociedad moderna llegó a ser una sociedad funcionalmente diferenciada. En efecto, Luhmann sostiene que cuando la sociedad estaba segmentada o estratificada la identidad del sujeto pasaba por su pertenencia al sistema social sociedad, de tal modo que la identidad del sujeto individual coincidía con su identidad social. Sin embargo, en una sociedad altamente desarrollada las relaciones ya no se dan entre sujetos, sino entre sistemas, lo cual implica, entre otras cosas, que un mismo sujeto pueda ser sujeto del sistema económico, del sistema político, del sistema religioso y del sistema jurídico al mismo tiempo. Otra consecuencia, muy importante, es que el mencionado sujeto, en realidad, hace parte de cada uno de esos sistemas, por lo que la comunicación entre sujeto y sistema se da por interpenetración. Es decir, como los sujetos individuales son sujetos psíquicos, y sus elementos son conciencia (*Bewusstsein*), poseen una circularidad propia, de tal modo que la relación que se da entre tales sujetos y los sistemas sociales, ambos parte del medio para los demás, es una relación mediada por las necesidades de reducción de complejidad. Sobre todo ello, véase Luhmann (1998d).



Pero, más allá, cabe resaltar que para Luhmann la sociedad no tiene centro. Dado que los límites del sistema social son establecidos por él mismo a través del sentido, de la atribución selectiva de carácter comunicativo a algunos *events* y la exclusión de tal carácter a otros, al interior de la sociedad es posible ver cómo se reproduce esta misma situación: así, entre los distintos sistemas sociales los límites también son de sentido, por lo que los demás sistemas son para un sistema su medio, en el cual aparecen indiferenciados, esto es, no figuran como sistemas, sino como espectros de complejidad que tiene que ser reducida. Esto, aún cuando, como se ha explicado ya, los sistemas produzcan resonancias en los demás y éstos en aquellos en un proceso sin fin, agenciando la evolución.

### **3. El análisis funcional sistémico de la sociedad y los sistemas parciales: presupuestos, problemas, ejemplos, perspectivas**

La reconstrucción que hasta aquí he hecho de los ejes temáticos y los conceptos en torno a los cuales se articula la teoría de los sistemas autorreferenciales de Luhmann puede parecer en exceso abstracta para el lector no entrenado. Por ello, en el presente ítem me propongo explicitar los presupuestos teóricos de tal teoría, ofrecer algunos ejemplos de análisis funcional sistémico y mostrar, en la medida de lo posible, sus perspectivas.

#### *3.1. Puntos de partida*

Büllesbasch (1992) ha señalado algunos de los presupuestos de los que parte Luhmann en la primera etapa de su producción. Explica este autor que la teoría de sistemas de Luhmann se desprende de la teoría de la acción gracias a una redefinición de la tarea de la teoría sociológica que toma elementos y conceptos de diversas disciplinas y enfoques: (i) la teoría general de sistemas; (ii) la teoría cibernética; (iii) el modelo *input – output* del sistema político; y, (iv) la teoría de sistemas funcional –estructural. Para Luhmann, algunos presupuestos que la teoría de la acción consideraba indispensables a fin de explicar adecuadamente a la sociedad en su conjunto debían ser desechados: en primer lugar, la referencia al actor concreto (persona individual) cuyo horizonte de actuación lo constituyen finalidades específicas. Según Luhmann, tanto la teoría de la acción como teorías asociadas a ésta, como la teoría del grupo de referencia o la teoría de los roles, por ejemplo, adolecían de una conceptualización de la sociedad global. Frente a ello pregunta Luhmann: ¿Dónde están las interacciones?

El enfoque sistémico viene a ofrecer un concepto de sociedad global. Sus antecedentes se pueden encontrar en la teoría biológica del organismo y la teoría de la máquina procesadora de

información. La primera, por ejemplo, concebía al organismo como un sistema adaptativo que reacciona ante los cambios del medio con arreglo a un sentido a fin de mantener invariables sus propias estructuras (homoestática) mediante el despliegue de sus propias expectativas y prestaciones.

Entre las disciplinas o enfoques inspiradoras de la primera etapa de la producción luhmanniana figura la Teoría General de Sistemas. Esta teoría, que se funda en la teoría de la automatización de Ashby y la epistemología de von Bertalanffy, concibe al sistema como sistema abierto que intercambia información, materia o energía con el ambiente: los *input* generan la variación de los componentes del sistema antes de que sean producidos los *output*, aunque la estructura e cuanto cual no varía en tal proceso. Por su parte, la teoría cibernética concibe al sistema como un sistema dinámico autorregulativo y autoorganizativo. Deutsch, por ejemplo, aplicó esta concepción de sistema en la ciencia política concentrándose en las funciones del Gobierno. Según Deutsch, el sistema político logra autocontrol cuando (a) persigue fines sin variar su base operativa interna, (b) aprende, y (c) selecciona datos que le permiten producir informaciones secundarias en los procesos que tienen lugar en su interior. De acuerdo con Deutsch, entonces, el auto control se consigue mediante procesos de *feedback*, o de retroalimentación. La teoría cibernética en general, y la teoría política de Deutsch en particular, presuponen un sistema casi autónomo, en el cual las anomalías o el disenso no ofrecen un valor explicativo y cuyo estudio confunde el plano analítico con el real. El modelo cibernético fue traído a la ciencia jurídica entre otros por Luhmann. La actividad jurídica se veía como poseedora de una función y como una respuesta ante los estímulos del medio al sistema jurídico. La realidad social proporciona un *input* o perturbación que es captada por el sistema jurídico, el cual debe emitir una regulación o *output* que incida en el medio social nuevamente sin alterar su propia estabilidad. Desde un punto de vista similar, el modelo *input – output* en la ciencia política, especialmente en su formulación por David Easton concibe al sistema político como un subsistema parcial de la sociedad, que constituye su *environment*, su medio.

Mención aparte merece la teoría de sistemas estructural – funcional de Parsons de la que la teoría funcional –estructural de Luhmann es una crítica. Parsons sostiene que la estructura antecede en orden lógico a la función de los sistemas. En su pretensión de elaborar una teoría general de la sociedad, inspirándose en los trabajos de Durkheim, Weber, los etnólogos – Radcliffe –Brown y Malinowski, y la biología de Spencer, Parsons parte siempre de categorías, variables y enunciados, cuya relación es trazada, o forzada, mediante hipótesis explicativas con clausura lógica y validez general. Así, según Parsons, ninguna acción es pensable si no se

piensa al mismo tiempo en el actor, la finalidad, situación, la orientación a la situación, etc. Además, con base en estas distinciones es legítimo distinguir tres tipos de sistema empíricos: (i) el personal: constituido ante todo por motivos y orientaciones valorativas, (ii) el social: formado a partir de la interacción de varios actores, y, finalmente, (iii) el cultural: formado por valores y símbolos vinculantes compartidos consciente o inconscientemente por los actores. La estructura de los sistemas sociales estaría constituida por normas o reglas erigidas de un consenso presupuesto o real. Ello explica que la adaptación de los individuos a los sistemas sociales se produzca por integración, esto es, a través de la socialización o del control social.

Parsons, no obstante, se detiene en lo que sería un sistema social simple: en la interacción de dos individuos ya estarían presentes roles, la idea de colectividad y valores estructurales. El paso de un sistema social a sistemas sociales complejos estaría marcado por la diferenciación estructural y funcional y por la institucionalización de valores generales vinculantes. En un sistema de acción complejo se daría una interdependencia entre comportamientos, normas y valores. En su *Theory of Society* distingue las funciones de los sistemas sociales: (a) de adaptación, (b) de logro de los fines (*Goal – Attainment*), (c) de integración, y (d) de mantenimiento de patrones (*Pattern Maintenance*, antes *Latency –L*), obtenido un modelo o esquema funcional de relaciones: AGIL. También distingue (a'a) un subsistema adaptativo, la economía, (b'b) un subsistema ligado a los fines, la política, (c'c) un subsistema de latencias, la cultura, y (d'd) un subsistema integrativo, el derecho.

Luhmann sostiene, contra Parsons, que los sistemas son interrelaciones de sentido entre acciones sociales. Los sistemas se forman por la diferencia exterior / interior. Así, el punto de referencia no es otro que el mundo (*Welt*). El sistema se orienta al mundo intentando reducir la complejidad de éste. Esto lo logra mediante selección de información.

Como lo subraya García Amado, las diferencias que traza el propio Luhmann con la obra de Parsons comienzan con el cuestionamiento al concepto de acción en esta última. El ejercicio de Parsons, dice Luhmann, consistente en descomponer la acción social en elementos conceptuales mínimos no es relevante para explicar la forma en la que se estructura una sociedad compleja. En efecto, la acción no es el origen sino la consecuencia de lo social, pues los sistemas sociales no son sistemas de acciones sino sistemas de comunicaciones.

En segundo lugar, Luhmann critica a Parsons por considerar que lo que explica lo social en el plano más general es un conjunto complejo de valoraciones compartidas por los sujetos,

caracterizadas, sobre todo, por su incuestionabilidad. Para Luhmann, en cambio, todo consenso es producido por el sistema, es decir, es el resultado de las operaciones del sistema. Además, Luhmann ataca la concepción de sujeto individual que constituye el horizonte de conocimiento de la teoría de la acción social de Parsons, pues, dentro de una teoría de sistemas sociológicamente fundada, lo relativo al individuo sólo cobra importancia si el sistema se la imputa, si hace una selección cuyo resultado es la producción de realidad social relevante. Por otro lado, Luhmann discute a Parsons que los sistemas generen sentido; de acuerdo con Luhmann, el sentido es anterior a la acción. Y, finalmente, la propuesta de Luhmann prescinde de la conceptualización inicial de Parsons sobre los *medios de comunicación simbólicamente generalizados*, dado que para Luhmann tales medios no son consecuencia de la diferenciación funcional sino que son los catalizadores de la diferenciación.

El cuestionamiento de Luhmann a Parsons se comprende mejor si se ofrece un ejemplo extraído de la sociología del derecho luhmanniana: En cierto momento, con el paso de las sociedades arcaicas a las sociedades diferenciadas funcionalmente, se modifica la forma del derecho y los procedimientos para la elaboración y adopción de decisiones colectivamente vinculantes cambian: las autoridades ahora no tienen responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones, sino que actualizan el contenido de un programa decisorio. La reducción a algoritmo, que genera una especie de automatismo decisorio, constituye uno de los aspectos de lo que Luhmann denomina positivización del derecho. El efecto reductivo de complejidad, es decir, de absorción de alternativas equivalentemente admisibles mediante programación, contrasta con la orientación hacia fines o por consecuencias del legislador quien opera con programas teleológicos. De esta manera, la legitimidad deriva del procedimiento en tanto que resultado del sistema (*Legitimation durch Verfahren*).

### 3.2. Sistema y función: cambio de paradigma

Es sabido que el concepto de sistema, proveniente de la astronomía, fue incorporado a las reflexiones matemáticas y filosóficas en el siglo XVII. Desde ese entonces, tal concepto ha sido objeto de enjundiosos estudios. Desde la antigüedad y luego en la Edad moderna, el pensamiento sistémico –que existía antes de que se empleara el concepto– analizaba la realidad con base en la categoría de lo general; por ejemplo, la sociedad estaba compuesta por hombres, en una relación del todo a las partes.

Sería Ludwig von Bertalanffy quien, relacionando las teorías orgánicas, la termodinámica y la evolución, daría un salto profundo hacia delante. Von Bertalanffy y los integrantes de su escuela reemplazaron la distinción entre el todo y las partes por la distinción entre sistema y entorno. La reacción de estos autores, vinculados con la Teoría General de Sistemas, provocó además otra distinción, la diferencia entre sistemas abiertos y sistemas cerrados, la cual permitió elaborar toda una subteoría de la diferenciación sistémica, que entendía que la diferenciación del sistema da lugar a sistemas parciales, para los cuales el sistema es el entorno.

Sin embargo, una nueva teoría, la teoría de los sistemas autorreferenciales, provocaría una nueva ruptura paradigmática en la década de 1970. Esta teoría es la que incorpora plenamente Luhmann a la teoría sociológica en *Soziale Systeme*. Precisamente, en el Capítulo I de esta obra, Luhmann enumera los positivos aportes de esta perspectiva de análisis sistémico para la comprensión de la sociedad, la diferenciación social, los sistemas parciales, y las diversas relaciones sistémicas, tales como las relaciones sistema / entorno, sistema social sociedad /sistemas sociales parciales, sistemas sociales parciales /sistemas sociales parciales, etc...

En la introducción de *Sistemas sociales*, Luhmann atribuye a la teoría de los sistemas autorreferenciales el desplazamiento del centro de atención de las estructuras a las operaciones. Por ello, esta teoría fue la primera en señalar adecuadamente que la diferenciación de los sistemas sólo es posible en tanto que producto de la autorreferencia de los sistemas, en tanto que emergida de la clausura autorreferencial de los sistemas. Esta teoría, además, permite pensar nuevos conceptos, como autodescripción y autoobservación, y reafirmar la diferencia fundamental que existente entre sistema y entorno. Esta teoría, que recibe aportes de la termodinámica, la biología, la neurofisiología, la teoría citológica, la teoría de la información, la computación y la cibernética, ha supuesto el abandono definitivo de la teoría causal. La causalidad es restringida a una simple organización autorreferente (Luhmann 1998d).

De acuerdo con Luhmann, la teoría de sistemas autorreferenciales ha proporcionado una base que hace posible la elaboración de una completa teoría de la sociedad. En su criterio, con base en los nuevos avances la teoría sociológica es posible iniciar la construcción de una teoría sociológica universal. Una teoría que abandone el empirismo y ciertas controversias (*i.e.* estructura / proceso) a fin de lograr, mediante la abstracción, una descripción detallada lo

suficientemente compleja de la sociedad moderna<sup>26</sup>. Varios son los puntos que tal teoría reconoce como fundantes:

Para empezar, (i) cualquier análisis sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno; tal diferencia obliga a (ii) sustituir la diferencia entre el todo y las partes por una teoría de la diferenciación de sistemas; tal diferencia, además, implica (iii) una renuncia al estudio de la totalidad de las causas sociales; lo cual lleva a (iv) distinguir entre elemento y relación. Mientras que la descomposición del sistema en sistemas parciales da lugar a una teoría de la diferenciación de los sistemas, la descomposición del sistema en elementos y relaciones lleva a la configuración de una teoría de la complejidad de los sistemas; precisamente, en cuanto a la relación entre elementos, (v) emerge el concepto central de análisis sistémico del condicionamiento de las relaciones entre elementos. Todo lo anterior hace imprescindible tener en cuenta (vi) el problema de la complejidad y el tema de la reducción de complejidad –del entorno–; en este contexto de la complejidad (vii) se muestra en toda su dimensión la función de los límites de los sistemas; pero en este mismo contexto (viii) aparecen relevantes conceptos como adaptación y selección. A lo cual se suma otro tema de igual importancia, (ix) la autorreferencia, que se la encuentra también como autoorganización y autopoiesis (autorreferencia basal), que incluye conceptos relevantes, como el de paradoja. Este es el nivel en el que el concepto de autoobservación se hace indispensable. En efecto, (x) las relaciones autorreferenciales se basan en la transmisión de informaciones. Así mismo, (xi) la autorreferencia establece el principio de constitución múltiple de las unidades procesables en forma autorreferencial se aprecia la reproducción autopoietica de los elementos del sistema. Y finalmente, (xii) en el nivel de los procesos sistémicos se aprecia la reproducción autopoietica de los elementos del sistema.

Estas incorporaciones teóricas son relevantes en la sociología si se emprenden con base en ellas análisis funcionales, esto es, comparaciones de lo diverso, comprensiones de lo existente como contingente. En cuanto método comparativo, el análisis funcional abre todo un espectro de posibilidades, muestra que existen más posibilidades que las pensadas hasta un momento dado, permite incluso el análisis de las relaciones causales –que son atribuciones del sistema–, constituye un principio de selección, y, por último, revela la complejidad del sistema, una complejidad que el sistema por sí mismo no puede percibir. Este análisis funcional, en fin,

---

<sup>26</sup> Véase Luhmann (1998c; 1998d, 37–76;), Almaraz (1997), Blanco (1997) y Zolo (1995).

posibilita la observación de las estructuras latentes y las funciones de los sistemas sociales (Ferrari 1989, 42-48).

### *3.3. Un ejemplo de análisis funcional sistémico: política, poder, democracia*

Luhmann entiende que la política (*Politik*), al igual que el derecho, conforma un sistema. El sistema político es un sistema parcial de la sociedad que se diferencia por su función de aportar a la sociedad una amplia capacidad para adoptar decisiones colectivas vinculantes. Pero ello es posible sólo a través de la mediación del poder, pues con él se motiva la aceptación de las decisiones vinculantes. En otros términos, sin poder no hay política.

Pero las relaciones entre el sistema político y el poder son complejas, dado que se diferencian mutuamente. El poder se estabiliza en el sistema político, y el sistema político requiere el poder. Curiosamente, es la concentración de las fuentes del poder lo que permite la evolución del sistema político, pero ello no significa que el sistema político en su conjunto derive dependiente de un único poder político central fundado, por ejemplo, en la religión.

El sistema político cuenta con su propio código: gobierno / oposición. La atribución del código depende de la posición respecto de los cargos e instituciones estatales: quienes detentan los cargos constituye el gobierno, los restantes son los gobernados. En teoría se puede pasar fácilmente de ser oposición a conformar el gobierno, pues el código es neutral al respecto. Cuando se carece de oposición se carece de democracia, de la diferenciación se pasa a la estratificación y lo político se identifica con una organización: el partido único.

Pero la realidad del sistema político no se reduce a lo descrito, es mucho más rica en matices. Por ejemplo, la legitimación de lo político y de las decisiones políticas se logra con la instauración de procedimientos y su respeto, por ejemplo, las elecciones políticas periódicas que llevan a la conformación de un gobierno que adopta las decisiones. De otro lado, como efecto del paso de la oposición al gobierno y de las necesidades de vinculatoriedad de las decisiones sistémicas, los programas políticos son variables, puesto que lo vinculante es siempre contingente.

Otra cuestión que ha ocupado a Luhmann es la relativa a la naturaleza del Estado. Partiendo de que en una sociedad altamente diferenciada el Estado no puede coincidir con el sistema político, Luhmann critica al Estado de bienestar o Estado expansivo, que pretende incluir a los sujetos individuales en todas sus dimensiones, bien sea a través de la apuesta pedagógica, de

la mera terapia, del uso de la fuerza regulada por el código del derecho, o incluso, de la intervención económica (Luhmann 1993). Según Luhmann, esto contradice la noción de Estado defendible desde una teoría de sistemas: el Estado es apenas una organización delimitada territorialmente que abarca un conglomerado determinado de decisiones vinculantes. El sistema político de la sociedad mundial, en cambio, incluye los estados territorialmente delimitados. La demarcación de Estados puede ser funcionalmente favorable, al permitir la ocupación en problemas locales específicos, o desfavorable al ligar la política a condiciones locales, de tipo étnico por ejemplo, que impliquen exigencias extravagantes para el sistema político global.

Pero allí no se agota el sistema político. Además del Estado existen organizaciones políticas. Mientras el Estado constituye el centro, las restantes organizaciones constituyen la periferia y en ellas la receptividad a las irritaciones ambientales es mucho mayor. En el centro funciona una jerarquía, mientras que en la periferia se da una horizontalidad, que permite, por ejemplo, la aparición de lo que Luhmann denomina segmentos, como lo son los partidos políticos que trabajan en torno a la distinción gobierno / oposición. Más allá, todavía, se puede establecer que el sistema político es la unidad de una distinción tridimensional: política, administración y público, lo que explica que si bien el Estado es el centro desde el punto de vista de la diferenciación en distintas organizaciones, no sea en últimas el vértice del sistema político, dado que las relaciones entre los políticos, la burocracia y el público se den en muchos niveles y sean interdependientes.

Más allá, incluso, es necesario establecer otras dimensiones de lo político. Por ejemplo, el examen del poder (*Macht*) que hace Luhmann no difiere en lo sustancial de otros más clásicos como el de Robert Dahl. En efecto, para Luhmann una relación de poder se da entre quien es superior en poder y quien es inferior en poder, de tal modo que se da el poder cuando uno de los sujetos acepta, con cierta base de libertad, las directivas o las órdenes del otro (Luhmann 1995). Además, dice Luhmann, el poder se realiza cuando la aceptación de la orden o la directiva se combinan con la posibilidad de sanción negativa o castigo.

Más interesante resulta la aproximación de Luhmann al poder que resalta su naturaleza simbólica y las relaciones entre el poder y sistemas propiamente dichos, como el derecho y la política. Para Luhmann el poder es un medio de comunicación simbólicamente generalizado<sup>27</sup>,

---

<sup>27</sup> Lo es en cuanto su función es transmitir complejidad reducida. Luhmann opina que su teoría del poder difiere de las anteriores en cuanto conceptualiza el poder sobre la base de una diferencia entre el código



que se reproduce sólo si hay obediencia, por lo que la coacción debe permanecer apenas como alternativa, siendo un hecho que si no se utiliza la fuerza para obtener la obediencia se cuenta con poder. Por otro lado, el código del poder contiene la distinción polar entre superiores e inferiores, pero como con base en dicha distinción no se evitan los conflictos, es necesaria una referencia al código legal / ilegal propio del derecho, el cual determina cuándo se cuenta con un poder legítimo y cuándo no. De la misma manera, si se trata de poder político se tiene que recurrir al código gobierno / oposición, propio del sistema político, para atribuir correctamente el valor positivo del código del poder, es decir, se tiene que recurrir a la distinción entre quienes detentan los cargos o gobierno y los que están sometidos a las decisiones de estos o gobernados. De cualquier modo, la reflexividad del poder se manifiesta, por ejemplo, en las elecciones políticas, que son poder que crean poder y delimitan el poder. A su vez, el poder es el que permite realizar la función de la política, pues la dota de autonomía aunque en un debate parlamentario, por ejemplo, no sea palpable el uso del poder.

Complementa el panorama del estudio de lo político y la política el artículo *Complejidad y democracia*, incluido en el volumen *Politische Planung* (1971), en el que Luhmann rechazó los viejos modelos de comprensión de la democracia por no dar cuenta de la estructura compleja de la sociedad contemporánea. Allí Luhmann sostiene que: (i) la sociedad no está constituida por hombres concretos y sus relaciones; (ii) las sociedades no son unidades regionales; y (iii) las sociedades no pueden ser observadas desde fuera. Más bien, afirma Luhmann, la sociedad constituye el horizonte de sentido y el entorno para cada uno de los sistemas sociales parciales, que son consecuencia de la diferenciación funcional de la sociedad. De esta manera, la democracia debe ser entendida como el mantenimiento de la complejidad del sistema político aún en condiciones de una sobrecarga de trabajo decisorio. Por eso democrático es aquel procedimiento que conduce a concepciones políticas plurales, oportunas e innovadoras. La democracia, en fin, contribuye al mantenimiento de la pluralidad.

### 3.4. La ciencia de la sociedad

En la teoría de sistemas autorreferenciales autopoieticos de Luhmann, la ciencia (*Wissenschaft*), al igual que la política, la religión o el derecho, aparece como un sistema funcionalmente diferenciado al interior de la sociedad. En tanto que sistema opera con base en

---

y el programa de comunicación: el poder es comunicación guiada por el código. En general, el poder se distingue de otros medios de comunicación en cuanto supone la existencia de dos personas que al comunicarse reducen complejidad a través de la acción. Véase, además, García Ruiz (1996).

un medio de comunicación: la verdad. Como afirma Corsi citando *Die Wissenschaft der Gesellschaft*: “en relación con la sociedad global, la ciencia desarrolla la función de construir y obtener conocimiento. La verdad científica no consiste en afirmaciones correspondientes a datos reales del entorno, sino que es un medio de comunicación generalizado simbólicamente. El código al que la verdad se refiere para producir comunicaciones es la distinción entre verdadero y no verdadero: estos dos valores califican como científica cualquier comunicación observable con base en ellos” (Corsi 1996b, 38).

La ciencia es un sistema dispuesto a aprender. Sus estructuras se forman por expectativas cognitivas. En ello contrasta con el derecho, que es un sistema que no está dispuesto a aprender, ya que sus estructuras se forman por expectativas normativas, que no varían en caso de defraudación. Así, el saber científico se modifica si no se responde adecuadamente a un problema o si surge algo hasta entonces desconocido, a diferencia de lo que ocurre en el derecho, donde la adaptabilidad es menor, como lo evidencia el hecho de que cuando se comete un delito no se cambia la norma que estipula que el comportamiento es desviado, sino que se imputa el carácter de desviado mediante la selección de información por medio del código y la atribución del valor negativo que con éste opera gracias a que se constata el acaecimiento de los hechos que constituyen las condiciones de aplicación del programa.

La ciencia, entonces, evoluciona porque siempre es necesario que se diga algo nuevo, que las nuevas comunicaciones no reproduzcan una circularidad indeseable. Pero, más allá, en el nivel operativo, Luhmann encuentra que el código no indica qué temas se tratan en el sistema científico, ni cómo tratarlos en caso de la identificación de alguno, por lo resulta inevitable que se recurra a programas, los cuales articulan teorías y métodos para atribuir con cierta corrección los valores incluidos en el código. Tanto el código como el programa vuelven observables los objetos para el sistema. El sistema, a su vez, condiciona las observaciones de objetos específicos (*Limitationalität*), a fin de determinar los elementos de una relación y seleccionar una distinción que se distinga de otras distinciones en un ejercicio contingente que excluye lo no observable y delimita lo observable en un mismo momento.

En un nivel todavía más abstracto, Luhmann reconstruye el constructivismo en términos de teoría de sistemas. La realidad se construye gracias al uso de distinciones. Como el sistema se controla a sí mismo autoobservándose, entonces es necesario un concepto que dé cuenta de tal operación: *re – entry*, esto es, la indicación de la distinción por sí misma. Según Corsi, el ejemplo más importante de esto lo ofrece la distinción entre sistema / entorno, dado que el

sistema que se observa a sí mismo es capaz de hacerlo sólo en la medida en que se distingue del entorno y para ello se afirma como sistema afirmando su distinción. Corsi sostiene que cuando el problema de la *re – entry* es introducido en la reflexión epistemológica de la ciencia se termina por confirmar lo básico de la posición constructivista, ahora enriquecida por la teoría que sostiene que el sistema científico es un sistema autorreferencia. Según ésta, la epistemología es el *re – entry* de la distinción verdadero – no verdadero en el sistema científico, al darse una operación por medio de la cual se avalúa la verdad de tal distinción. Definitivamente, con la adopción de este concepto derivado del cálculo lógico de George Spencer Brown, ya no es posible probar los resultados de las investigaciones científicas desde el punto de vista de las relaciones entre un sistema cognoscente y un sistema conocido. Ahora no es sólo cierto que la epistemología se autoobserva, se describe a sí misma, es también cierto que el sociólogo no puede pretender situarse fuera de lo observado sin que la observación del objeto que describe no implique algún tipo de descripción de su propia actividad (Corsi 1996b, 39-40).

Luhmann, se apropia claramente de la propuesta de Spencer Brown y establece que toda observación es la unidad de la diferencia entre indicación y distinción: cuando se observa algo, al mismo tiempo que se lo indica se lo diferencia. Sostiene en consecuencia que cuando se alcanza un nivel de complejidad adecuado, el cálculo más que indicar algo exterior al sistema vuelve a indicar la operación indicación / distinción, recursiva pero no tautológicamente.

Así como se formula el constructivismo con herramientas más potentes de análisis, el concepto de racionalidad también se ve afectado por el examen luhmanniano (Luhmann 1997a). Luhmann entiende por racionalidad una forma de autoobservación: la racionalidad se da cuando un sistema reflexiona sobre sí mismo y se orienta, consciente de la distinción entre sistema y entorno, hacia la unidad de tal distinción. Un sistema racional es, en este sentido, aquél que puede variar su posición sobre el entorno al describir adecuadamente la distinción sistema / entorno y las resonancias que causa en el sistema una modificación en el entorno. El sistema racional, así concebido, procede a realizar sucesivas selecciones y, por tanto, reducciones de complejidad para captar las consecuencias que trae para él una intervención determinada en el entorno. Cuando pierde tal capacidad, el sistema afronta serios problemas para seguir reproduciéndose autopoieticamente:

La sociedad actual, por ejemplo, presenta un déficit de racionalidad, en cuanto que no es capaz de prever de qué manera la transformación del entorno psíquico llevada a cabo por la difusión de la educación escolar, que influye sobre las motivaciones y comportamientos de enormes masas

de individuos, repercute sobre la sociedad en su conjunto. *La problemática ecológica es otro ejemplo particularmente evidente de este asunto* (Esposito 1996c, 134). [Resaltado original].

Por eso afirma Luhmann que ningún sistema tiene la posibilidad de monopolizar los criterios de verdad, pues se observan a sí mismos, a sus operaciones, a los demás sistemas, a las operaciones de éstos y al mundo (*Welt*) usando su propio código. En ese sentido, se entiende mucho mejor la especie de constructivismo que profesa Luhmann: la verdad es un criterio interno del sistema científico que le sirve para producir y seleccionar comunicaciones y fuera del sistema científico no hay verdad, sólo cosas bellas o feas, o actos legales o ilegales. De ahí que los sentidos de un objeto cualquiera sea *policontextuales*. Por ejemplo: la clonación será entendida y tratada de distinta manera por el sistema moral, por el sistema político y por el sistema jurídico. Así, existen multiplicidad de conocimientos posibles, tantos como sistemas existan y observaciones y observaciones de observaciones sean efectuales. La realidad es producto de las observaciones sistémicas.

Además, es claro que un sistema sólo puede ver lo que puede ver, que no puede ver lo que no puede ver y que no puede ver que no ve lo que no ve –una persona que observa por el espejo retrovisor de su automóvil cuando retrocede no puede verse a sí mismo retrocediendo–. Esto obedece a que el sistema no es capaz de observar su código con base en las operaciones del propio código. En cambio, un observador de segundo grado sí capta la incapacidad del sistema que observa y que no puede ver lo que no puede ver y no puede ver que no ve lo que no puede ver –otra persona puede ayudar al conductor a retroceder sin que éste dañe algún objeto, porque puede verlo y ver la acción de retroceso–, como se desprende de la formulación del punto ciego (*Blind spot*) por parte de Heinz von Foerster, uno de los mejores exponentes del constructivismo radical al lado de Maturana y Ernst von Glasersfeld<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Sobre este tema véase Pintos (1997) y Arnold –Cathalifaud (1997).

## CAPÍTULO II EL DERECHO COMO SISTEMA SOCIAL

En el primer capítulo he analizado en detalle los principales puntos de referencia que el lector de la obra luhmanniana debe tener en cuenta para realizar un abordaje de las cuestiones que han atraído la atención del sociólogo alemán en campos tan diversos como la religión, el arte, la política, la moral o el derecho. En este capítulo, me concentro en un sistema parcial de la sociedad, el derecho, a fin de evaluar en qué medida sus aportes son realmente originales y, por tanto, en qué medida proporcionan nuevas herramientas para el análisis de problemas prácticos de la vida social. Especialmente me concentraré en el problema de la complejidad en el derecho y los mecanismos de que dispone el sistema jurídico para enfrentarlo.

### 1. El derecho concebido como sistema social

En este capítulo la exposición estará dividida en dos partes: una primera dedicada a establecer los puntos de partida del programa de investigación sociológica teóricamente fundado que elabora Luhmann, y una segunda dirigida a verificar en qué grado este autor marca un hito de respecto de autores más tradicionales en la teoría jurídica. A continuación presento una descripción general de los postulados de la teoría sistémica del derecho con énfasis en el problema de la evolución del derecho.

#### 1.1. Descripción general

De acuerdo con Luhmann el derecho debe ser entendido como un *sistema autorreferente*, esto es, como un sistema que define sus límites respecto a su entorno de acuerdo a su propio código<sup>29</sup>. Esto significa que el sistema jurídico se diferencia de los demás sistemas sociales a través de la autocreación de su clausura, a través de la definición y delimitación autónoma de sus operaciones básicas. Así, el derecho se constituye como *sistema autopoietico* en tanto que como sistema cerrado selecciona autónomamente sus propias operaciones, y sus

---

<sup>29</sup> En cierto modo, esta concepción había sido ya anticipada por Kelsen en un trabajo de 1928 "Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht", y presentada en una versión más sofisticada en la *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen 1997). En un primer momento, Kelsen planteó la necesidad de repensar el derecho como un "sistema unitario que se transforma de acuerdo con leyes inmanentes y que funciona automáticamente" (Der soziologische...). Posteriormente sostuvo que el derecho "regula el procedimiento mediante el cual él mismo es producido" (Kelsen 1997). Véase sobre esta cuestión Martínez García (1992, 85).

componentes y relaciones son generados a partir de las relaciones entre sus propios componentes.

Por otra parte, según Luhmann, los sistemas autopoiéticos no son sólo sistemas auto – organizativos. No solamente producen y cambian eventualmente sus propias estructuras, sino que su autorreferencia se aplica también a la producción de otros componentes<sup>30</sup>.

Por consiguiente, el sistema jurídico produce y transforma sus elementos, y también los elementos de otros sistemas en el proceso de interpenetración. La validez no es una norma, pero sí una forma (Luhmann 2002, 160). Esto es posible en virtud de su autorreferencia, la cual lo dota de una clausura que regula y condiciona su apertura al ambiente. Pero esta circularidad sólo es posible en tanto que el sistema cuenta con una *codificación binaria* que regula la validez y dinamiza el cambio en el derecho (Mejía Quintana 2001, 129). Con dicha codificación se establece un parámetro diferencial que impide la tautología y libera al sistema jurídico de auténticas paradojas como sería tomar por jurídico lo antijurídico. Esta codificación, en síntesis, hace de la diferencia fundamental el elemento de referencia para la constitución del sistema. Esta depende de la diferencia entre sistema y entorno, la cual sólo es posible si la apertura es regulada desde dentro del sistema con base en su autorregulación. Así, todas las *expectativas legales* son juridificadas bajo el básico esquema legal / ilegal o jurídico / antijurídico, a partir del cual se definen las demás operaciones del sistema<sup>31</sup>.

En esta puesta en escena teórica la diferenciación es el establecimiento de relaciones sistema –ambiente en los sistemas. Tal proceso tiene lugar mediante la clausura que el mismo sistema se proporciona como único modo de crear criterios de distinción de los hechos y operaciones jurídicos de los que no lo son, de los que hacen parte del ambiente, del entorno. El sistema se cierra normativamente, lo que quiere decir que la validez en el derecho depende de la constitución de circuitos autorreferenciales, pero también se abre cognitivamente para evitar la tautología vacía y poder captar la sociedad. La constitución del sistema jurídico como sistema cerrado y abierto a la vez es la que lo impele al cambio constante, a la modificación continua de sus programas.

---

<sup>30</sup> Niklas Luhmann. "The Autopoiesis of Social Systems". Citado por Izuzquiza (1990, 135).

<sup>31</sup> Según Luhmann, el código binario es relevante tanto para evitar la aparición de contradicciones –tomar lo justo o jurídico como injusto o antijurídico–, como para diferenciar los valores operacionales de los que no lo son, como la utilidad o la conveniencia política (Luhmann 1994, 30). Varias de las ideas que se expresan en este texto fueron esbozadas por Luhmann en la sección de conclusiones de la segunda edición de *A Sociological Theory of Law* (Luhmann 1985).

El derecho está dentro del sistema social y sirve a su autorreproducción, pero se distingue del entorno societario y extrasocietario<sup>32</sup> gracias a que los operadores jurídicos actúan de conformidad con parámetros normativos a los que otras normas y relaciones entre normas definen como jurídicos. Es la normatividad la que marca la autoproducción del sistema jurídico y las condiciones de conexión e interpenetración entre dicho sistema y los demás sistemas sociales. Por ello, no es posible la importación de normas del entorno hacia el sistema o la aplicación de las normas en el ambiente. De la misma manera, tampoco es posible que los operadores jurídicos trabajen con hechos provenientes del exterior, dado que la realidad fáctica existente en el entorno es retraducida en el sistema en términos comunicativos, es decir, es transformada en múltiples mensajes que serán aceptados o rechazados (Martínez García 1992, 90-91). Además, la apertura cognitiva del sistema, que se opone a su clausura normativa<sup>33</sup>, no implica que se establezca una comunicación entre el sistema jurídico y su entorno sino que, más bien, éste sistema mantiene comunicaciones autorreferentes sobre el entorno.

Ahora bien, como las operaciones son realizadas con base en los resultados de anteriores operaciones y son predicciones de las consecuencias de ulteriores operaciones, el derecho, como procesador de expectativas sociales, cuenta con operaciones propias para examinar y reducir positivamente los conflictos potenciales que se pueden derivar de su doble función de servir a la autorreproducción del sistema social y autorreproducirse a sí mismo. En ese sentido, todas las tensiones generadas por las tendencias opuestas, a la estaticidad, en un extremo, y a la dinamicidad sistémicas, en otro, deben ser resueltas a través de la utilización de las operaciones binarias con los que cuenta el sistema legal para definir lo jurídico.

---

<sup>32</sup> “El derecho no es la política y no es la economía, no es la religión y no es la educación, no produce obras de arte, no cura enfermedades, no difunde noticias, aunque no podría existir si todo esto no ocurriera también” (Luhmann 1994, 30).

<sup>33</sup> Luhmann considera al derecho como un sistema que no está dispuesto a aprender. Explica que ante la posibilidad de defraudación de una expectativa social dada se cuenta con dos opciones: la primera, aprender de la frustración de las expectativas llamada cognitivas, por lo que el sistema en el que se produce la defraudación aprende; la segunda, negarse a aprender. A este segundo tipo de expectativas las denomina normativas y en el derecho explican por qué, a pesar de la frecuente infracción de las normas que regulan, por ejemplo, el tránsito, siempre se pretende corregir la infracción y no cambiar la norma que la prohíbe. Por eso el derecho, según Luhmann, consiste en la estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento. Para García Amado, esta concepción pone el acento en que el recurso a la fuerza depende del respaldo normativo de las expectativas, superando con ello aquellas versiones sociológicas del derecho que hacen de la coacción el elemento definitorio más importante de sistema jurídico. Véase García Amado (1997). Para Giménez Alcover (1993), entre tanto, en Luhmann el elemento de la coercibilidad sigue siendo el más importante a la hora de caracterizar el derecho y diferenciarlo, por ejemplo, de la moral.

Así, queda claro que el positivismo jurídico de Niklas Luhmann hace parte de la corriente funcionalista del pensamiento jurídico. Para este nuevo positivismo, el derecho no es concebido simplemente como un conjunto de normas sino como un “sistema de operaciones jurídicas que utiliza la autorreferencia normativa para reproducirse a sí mismo y seleccionar información”<sup>34</sup>. Este enfoque positivista privilegia como objeto de conocimiento las relaciones y las relaciones de relaciones (Martínez García 1992, 86) y se propone a sí mismo como una alternativa en relación con la clásica dualidad teoría jurídica – sociología jurídica (Luhmann 1994, 29).

Resumiendo, para el positivismo jurídico luhmanniano el derecho no puede ser concebido simplemente como un sistema de normas. Por el contrario, según Luhmann, el derecho debe ser entendido como un esquema de operaciones jurídicas donde las prácticas regulan la operativización de *expectativas* conforme a pautas de selección. En ese sentido, el sistema jurídico está desprovisto de una *norma fundamental* que lo cerraría y le daría coherencia inaugurando una estructura piramidal. Es una matriz constituida por la utilización de la distinción contenida en el código la que dota de sentido al sistema, razón por la cual no cabría hablar en el derecho de esquemas jerárquicos o de criterios de validez o de principios, pues todo se resuelve en una circularidad autorreferencial sumamente flexible (Martínez García 1992, 87). En palabras de Luhmann:

Distinto a lo que exigen los lógicos y distinto a lo que opinaba Kelsen, *la unidad del sistema jurídica no es premisa operativa del sistema* [...] el derecho no requiere tampoco, para su ejecución operativa, de ninguna estructura jerárquica que tuviera la función de garantizar la unidad del derecho a través de una ley preeminente (la Constitución), o una instancia suprema. Tales representaciones tienen sentido como descripciones del sistema dentro del sistema, pero no depende de ellas el que se logre la comunicación en el sistema del derecho: es decir, que la comunicación sea comprendida y obedecida. La unidad del sistema no puede ser introducida en el sistema. (Luhmann 2002, 129).

Pero la selección no es actualizada únicamente por la aplicación del código binario. También es importante para la selección y procesamiento de comunicaciones el establecimiento de *programas decisorios*. Incluso, es dable afirmar que las normas en sí mismas son programas. De cualquier manera, los programas son mutables y se resisten a la rigidez. En ello difieren del código, de cuya invariabilidad depende la variabilidad del sistema. Para que las selecciones tengan sentido seguirán uno de los polos de la dualidad del código. Los programas condicionales o normas jurídicas operativizan el cierre y la apertura del sistema jurídico, pues

---

<sup>34</sup> Niklas Luhmann. “The Self –reproduction of Law and its Limits”. En Gunther Teubner (ed.). (1986). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlín/Nueva York: Walter de Gruyter. Citado por Martínez García (1992, 86).



su estructura causal hace que en la aplicación del derecho se realicen operaciones normativas y cognitivas a un tiempo (Martínez García 1992, 89). Los programas condicionales en el derecho, en resumen, regulan la producción de decisiones sistémicas dada la ocurrencia de una condición en el medio social, previamente establecida.

El derecho, como sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad, tiene como función estabilizar expectativas. En este sentido, Luhmann afirma que las normas señalan qué es lo que cabe esperar y, por tanto, distinguen lo aceptable de lo que no es aceptable, permitiendo un tratamiento adecuado de un futuro todavía incierto. Con las normas se logra restringir el ámbito de acción de individuos, reduciendo los riesgos por contingencia y complejidad vinculados con la formulación exponencialmente acrecentada de expectativas divergentes. Esto quiere decir, en términos más sencillos, que el derecho atribuye, de una vez y hacia el futuro, quién habrá de tener la razón procediendo a partir de una ciega discriminación, dado que las características de los interesados no pueden preverse con certeza en el presente de la producción de la norma<sup>35</sup>.

En efecto, el derecho procesa expectativas normativas tratando de mantenerlas incluso en caso de frustración. Esto significa que expectativas capaces de generar conflictos son mantenidas como expectativas aunque se sabe que una de ellas se verá frustrada: al derecho corresponde, entonces, determinar en abstracto quién verá frustrada su expectativa. De esta manera, los agentes tienen conocimiento de las condiciones en las que sus expectativas tendrán éxito y de las condiciones en las que sus expectativas serán reprimidas o contenidas.

Desde el punto de vista sociológico, entonces, la normatividad no es más que estabilidad contrafáctica. Para formularlo de otro modo: al proteger expectativas, el derecho nos libera de la exigencia de aprender de frustraciones y ajustarnos a ellas. Y de ese modo mantiene la posibilidad de resolver conflictos (y al mismo tiempo hace posible identificar y resistir conflictos),

---

<sup>35</sup> En la teoría de Luhmann las estructuras permiten la reducción de complejidad debido a que proporcionan una especie de orden para la asunción y el procesamiento de información, y la formulación de soluciones ante problemas. García Amado hace énfasis en que ese orden hace previsibles los cursos de actuación de los individuos y establece una base común para la orientación de las comunicaciones que pertenecen al sistema. Por eso, dice, Luhmann sostuvo que las estructuras sociales son, en gran medida, estructuras de expectativas. La estabilidad de un sistema social depende de la previsibilidad, y la coordinación de las acciones individuales depende de la intercambiabilidad de las expectativas de los agentes de la comunicación, por lo que a partir de cierto momento, aparte de las expectativas de conducta, se requieren expectativas de expectativas, las cuales son necesariamente compartidas por tales agentes. Así, en *Legitimation durch Verfahren* Luhmann explicó que la formación de estructuras a través de la generalización de expectativas por el derecho cuentan con validez temporal para largos períodos, objetiva para diversas situaciones y social para multiplicidad de sujetos. Véase García Amado (1997, 126–130).

ya que contiene una decisión preliminar (por menos clara que sea en el caso individual) acerca de quién tiene que aprender de la frustración y quién no (Luhmann 1994, 30)<sup>36</sup>.

Debido a que en la interacción los sujetos Alter y Ego (los participantes en una relación de doble contingencia) son capaces de elegir, las posibilidades de selección aumentan y, con ellas, la imprevisibilidad de sus cursos de acción. Como la formación de expectativas por parte de Alter respecto del curso de acción de Ego y viceversa es muy limitada, puesto que depende a su vez de la formación de las expectativas del otro basadas en la propia formación de expectativas, es necesario condicionar artificialmente la formación de expectativas y configurar entonces expectativas frente a la decepción o frustración de expectativas. Se pretende entonces prever como se reaccionará frente a una frustración. En este sentido, al derecho corresponde generalizar una estrategia de absorción adecuada de decepciones mediante el empleo de estructuras estables, lo cual implica que las normas, por ejemplo, regularmente no cambien y continúen vigentes aun si no son actualizadas en todo momento<sup>37</sup>.

Lo anterior explica, de cierto modo, la cualidad de condicionales que adquieren los programas en el derecho. Estos pueden ser normas o procedimientos. Las normas no son producidas con el objetivo de conseguir ciertos fines. Las normas, con su particular estructura "si... entonces", anticipan situaciones y condiciones de la entrada de informaciones relacionadas con tales situaciones. Corsi elucida este punto, así:

Los programas del sistema jurídico anticipan las condiciones que deben satisfacerse en el caso de que subyente una situación específica de controversia y en esta su apertura al futuro garantizan al derecho una cierta opacidad cognitiva: la programación de tipo condicional permite al sistema del derecho distinguir claramente entre autorreferencia (concesión de las condiciones formales de relevancia jurídica) y heterorreferencia (argumentaciones sustanciales en caso de intereses

---

<sup>36</sup> Una explicación más detallada, aunque no siempre esclarecedora, de lo que pretende exponer Luhmann cuando atribuye al derecho la función de generalizar congruentemente expectativas puede verse en Pilar Giménez Alcover (1993, 174–224). Giménez Alcover sigue con detenimiento el desarrollo de esta temática en la primera parte de la *Rechtssoziologie*, concentrándose por ejemplo en el concepto de expectativa normativa. Esta autora también se detiene en las tres dimensiones de sentido en las que se estabilizan las estructuras de expectativas: la temporal, la social y la material. En verdad, la distinción entre dimensiones es puramente analítica, puesto que la constitución de las normas jurídicas, por ejemplo, sirve para estabilizar estructuras de expectativas en el nivel temporal, en el nivel social y en el nivel material.

<sup>37</sup> Véase Baraldi (1996e, 55). Según García Amado, las expectativas que están en la base de los sistemas sociales "han de ser expectativas generalizadas. Significa esto que han de sustraerse a las peculiaridades no esenciales de cada situación y poseer un esquema de validez suficientemente claro y simple como para que no tenga que modificarse ante los pormenores de cualquier evento. Pensemos en un ejemplo bien simple: el sistema jurídico no podría existir como tal si la aplicación de sus programas no pudiera esperarse con carácter de generalidad, sino que se modificara a la vista de la belleza de los sujetos o los humores de las masas". García Amado (1997, 129–130).

ofendidos) y por lo tanto entre lo que es relevante jurídicamente y lo que no lo es (Corsi 1996d, 55)<sup>38</sup>.

Ahora bien, aunque la funcionalidad de las normas está ligada al logro del objetivo de anticipar y regularizar conflictos y, por tanto, frustraciones, lo cual excluye, en principio, su formulación como programas de fines muy vinculados a los casos específicos, es probable que se elaboren normas orientadas a situaciones concretas y con fines específicos dentro de un marco general de condicionalidad que no puede ser nunca reducido, pues lo contrario equivale al fin del sistema jurídico en cuanto tal.

Pero, ¿cómo opera en la realidad el derecho? Luhmann sugiere un modelo explicativo basado en el concepto de evolución. Corsi lo resume como sigue:

La variación evolutiva está constituida por la comunicación de expectativas normativas desatendidas: esto sucede cuando un comportamiento visto retrospectivamente demuestra ser una desilusión de expectativas. El caso individual vuelve evidente la norma que antes del caso no existía: *ex facto ius oritur*. Naturalmente esto acontece únicamente si aquél comportamiento se pone en discusión y genera un conflicto, ya que sólo si los conflictos se comunican puede lograrse diferenciar un observador que distingue entre quién está en lo legal y quién no. La selección de las variaciones opera a través de los procedimientos (*Verfahren*) que permiten llegar a la decisión de quién tiene razón jurídica y quién no, de manera que sea repetible y reutilizable, que no sea variable respecto a las diferentes situaciones que se presentan. Estos procedimientos (como por ejemplo los procesos) se diferencian para lograr una decisión y por lo tanto son episodios ligados a un fin que hacen evidente la selectividad de las decisiones. La variación entonces se hace cargo de cambiar el derecho, la selección por lo contrario se hace cargo de determinar qué posición corresponde al derecho. Los procedimientos no tienen la función de cambiar al derecho, pero sí la de hacerlo claro y evidente. *La estabilización al interior del sistema jurídico se realiza a partir de las experiencias de los casos individuales, comparando los casos antiguos con los nuevos con base en clasificaciones conceptuales, a reglas decisionales anteriormente utilizadas, etcétera. Sin embargo, es necesario ver si el nuevo caso es similar a otros o no; en caso positivo, el caso puede ser subsumido, por el contrario se necesita crear una nueva regla* (Corsi 1996d, 55). [Resaltado no original].

Ahora bien, la sociología tradicional considera que el derecho sirve a la sociedad y se dedica a observar las conexiones que se dan entre este subsistema y la sociedad global ya que presupone que el derecho de alguna manera está fuera de la sociedad para cuya estabilidad procura el control social. Para Luhmann, sostener que el sistema jurídico es un sistema funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad constituye respuesta adecuada a la pregunta por la función social del derecho. En su criterio, el derecho al proveerse su propia reproducción reproduce la sociedad de la que se ha diferenciado funcionalmente.

---

<sup>38</sup> Corsi se basa, para la redacción de su informe, no sólo en la *Rechtssoziologie* (1972), sino también en *Das Recht der Gesellschaft* (1993) y *¿Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* (1993), esto es, algunos de los últimos trabajos dedicados por Luhmann al estudio del derecho.

Esto significa no sólo que el sistema legal cumple una función para la sociedad -que 'sirve' a la sociedad-, sino también que el sistema legal participa en la construcción social de la realidad, de modo que en la ley, como en cualquier otro ámbito de la sociedad, el significado ordinario de las palabras (de nombres, números, denominaciones de objetos y acciones, etc.) puede, y debe, ser presupuesto. En el sistema legal, entonces, el Sr. Miller sigue siendo el Sr. Miller. Si el hecho de ser el Sr. Miller no constituye más que una pretensión, y este asunto debe ser examinado dentro del sistema legal, entonces un lenguaje generalmente comprensible es también indispensable para la resolución de la cuestión (Luhmann 1994, 30).

En otro nivel del mismo plano de análisis, es dable resaltar, además, que la función del derecho es utilizar un horizonte de conflicto para formar y reproducir expectativas de comportamiento “congruentemente generalizadas en lo temporal, material y social” (García Amado 1997, 168-169). El derecho, según Luhmann, al formar expectativas de expectativas les atribuye a éstas unas condiciones de permanencia a través del tiempo, de invariabilidad a pesar de la presencia de sujetos potencialmente distintos que pueden entrar en múltiples relaciones.

Algunas preguntas surgen: ¿Cómo ha llegado el derecho a tener las características arriba descritas con cierto detalle? ¿Qué ha facilitado la evolución del derecho? ¿Acaso la evolución del sistema jurídico ha dependido de la evolución de la sociedad, como suele pensarse? ¿Qué modificaciones introduce en la investigación sobre la evolución del derecho la incorporación del paradigma autopoiético al programa general de investigación sobre los sistemas sociales? El siguiente apartado está dedicado a aportar nociones y lineamientos que permitan comprender la difícil apropiación que hace Luhmann de la teoría de la evolución y su relevancia para el estudio del derecho.

### *1.2. La evolución del derecho: hacia el programa condicional y la institucionalización*

En la teoría de sistemas autorreferenciales y autopoiéticos, la diferenciación primaria de la sociedad corresponde a la formación de sistemas parciales y de un conglomerado de relaciones entre el sistema y el entorno (Luhmann 2002, 301-358). En la diferenciación de la sociedad (*gesellschaftliche Differenzierung*) se establece un orden para las relaciones entre los sistemas parciales que la integran. Este orden limita la complejidad que pueden alcanzar los subsistemas y, al mismo tiempo, limita la complejidad alcanzable por el sistema global. Pero esta situación no siempre ha existido, pues puede ser vista como el producto del aumento de la complejidad circundante a niveles nunca alcanzados. De todos modos, “las formas de la diferenciación se distinguen del modo en el que se trazan los límites entre sistemas parciales y sus entornos al interior de la sociedad. Son el resultado de la combinación de dos diferencias fundamentales: a) la diferencia sistema / entorno; b) la diferencia igualdad / desigualdad,

relativa a la relación entre los sistemas parciales y con referencia al principio de su formación” (Baraldi 1996d, 59).

Por ello, Luhmann afirma que la evolución socio –cultural está marcada por la evolución de las formas de diferenciación social y por la evolución de las formas concretas de sociedad (Izuzquiza 1990, 196-200). En el primer sentido, las formas de diferenciación van desde la llamada diferenciación segmentaria a la denominada diferenciación funcional. Así, (i) la diferenciación segmentaria es concebida como la diferenciación con base en caracteres visibles que permiten la agrupación por características semejantes y la exclusión de lo diferente mediante procedimientos sencillos. En la sociedad segmentaria los sistemas parciales son iguales entre sí y se forman debido a la descendencia, como las tribus, los clanes o las familias, o debido a la residencia, como las aldeas. En cambio, (ii) la diferenciación estratificatoria ocurre cuando el entorno aparece como un amplio esquema de posibilidades caracterizado por la asimetría. En esta forma de diferenciación se hace frente a la creciente desigualdad y se la organiza adoptando procedimientos jerarquizantes generadores de estratos. La desigual distribución de riquezas hace que la lucha por el control del territorio derive en la distinción centro –periferia caracterizada por la diferenciación por segmentos fuera del centro y la institución de una nobleza a la cabeza de un mundo jerárquicamente organizado en torno a la distinción civilizado – no civilizado. Con la estratificación, entonces, nace la jerarquía y, con ella, nacen sistemas parciales desiguales, aunque en el estrato superior, conformado por las familias de nobles persiste la igualdad. Por último, (iii) aparece la diferenciación funcional en la moderna sociedad europea que surge con la Ilustración. Este tipo de diferenciación se caracteriza no porque se vean los sistemas como iguales o desiguales, sino como encargados de una función distinta que les da identidad<sup>39</sup>.

La diferenciación por funciones es típica de la sociedad mundial y ha roto el principio jerárquico de organización de la sociedad. Esta sociedad, basada en distinciones por funciones actualizadas por códigos binarios, tiene una estructura muy particular, pues la codificación específica de un sistema parcial hace que éste rechace la codificación de otro sistema parcial aunque reconozca su relevancia general para la pervivencia de la sociedad global. Ahora las relaciones entre las funciones no están reguladas conforme al principio jerárquico sino que la

---

<sup>39</sup> Las asimetrizaciones son equivalentes en las sociedades estratificadas y en las modernas. En el fondo, la diferenciación operativa en la dimensión social fundada en la introducción del criterio de jerarquía y la diferenciación basada en la individuación en la sociedad moderna resuelven el mismo problema: la tautología.

asimetría eventual se ve como necesaria para destautologizar y desparadojizar un sistema que se ve compelido por fuerza de su dinámica evolutiva a seguir el camino de la autopoiesis para mantenerse como sociedad.

Ahora bien, a cada una de estas formas de diferenciación corresponde un tipo de sistema social. Así, se distingue claramente en la teoría de Luhmann entre (i) interacciones -cara a cara-, donde la presencia de los sujetos es siempre exigida, lo que hace que la selección entre posibilidades limitadas sean llevadas a cabo por ellos mismos: la complejidad es muy limitada y por consiguiente la selectividad también lo es; (ii) organizaciones, caracterizadas por la presencia de una organización encargada de regular o efectuar la selección requerida, de tal modo que todo depende de los roles asignados y la jerarquía que se establece para que la selección tenga lugar; y, finalmente, (iii) sociedad mundial, en el que para que se de una comunicación o una selección ya no es imprescindible la presencia de sujetos humanos, ni la pertenencia a una organización específica.

A su vez, a cada forma de diferenciación y cada tipo de sistema social corresponde una forma determinada de formación social. Así, (i) los sistemas arcaicos se encuentran segmentariamente organizados y en ellos los procesos sociales son regulados por el principio de la interacción; (ii) las altas culturas ejercen influencia en un área geográfica y suponen estratificación y jerarquía; y, por último, (iii) la sociedad mundial no supone el establecimiento de límites geográficos y todo en ella acaece en virtud del principio de diferenciación funcional. Esta diferenciación permite un tratamiento adecuado de los problemas generados por el aumento de complejidad en tanto que los sistemas parciales, a través de sus propias codificaciones y programas pueden tratar un problema simultáneamente o, por lo menos, desde puntos de vista diferentes.

Aunque es bastante claro, sociológicamente hablando, que en la sociedad mundial la segmentación y la estratificación siguen estando presentes, aunque bajo el predominio de la diferenciación funcional, no deja de resultar significativo evaluar la evolución del derecho partiendo de una visión que la describe como la sucesión de etapas. Así, a cada tipo de sociedad corresponde un tipo de derecho. La calificación del tipo de derecho la realiza Luhmann tomando en cuenta la existencia o inexistencia de procedimientos de decisión de tal modo que a la sociedad arcaica corresponde un derecho sin procedimientos, a la sociedad premoderna un derecho con procedimientos y a la sociedad moderna un derecho con procedimientos altamente diferenciados y desarrollados.

Con el paso del derecho arcaico al derecho premoderno se hace visible el surgimiento de procedimientos que conducen a decisiones vinculantes debido al aumento de complejidad en el sistema social provocado por una incipiente diferenciación funcional. Una de las innovaciones más importantes tiene que ver con la fijación de parámetros de corrección de las decisiones adoptadas institucionalmente (Mejía Quintana 2001, 144)<sup>40</sup>.

El derecho moderno se caracteriza por la vinculatoriedad de las decisiones adoptadas institucionalmente, con independencia de la contingencia provocada por la necesidad de que la decisión sea el resultado de la selección entre alternativas. El derecho se establece entonces en la tensión entre estabilidad y cambio, por lo cual es necesario organizar una red de roles en las que unas instituciones programan –los parlamentos– y otras son programadas para decidir –los tribunales–, e inaugurar una serie de condicionantes del cambio jurídico, como pueden ser los derechos subjetivos. La diferencia entre las actividades legislativa y judicial obedece no al carácter de generalidad de las normas que se producen sino a que mientras la primera se orienta cognitivamente en procura radical del cambio la segunda se orienta normativamente en procura de la estabilidad dado que sirve para mantener, en caso de frustración, el carácter normativo de una expectativa.

De otro lado, es importante tener en cuenta que una vez aceptado que el derecho moderno es fundamentalmente contingente surgen cuestiones relativas a las fuentes del derecho, puesto que el establecimiento de éstas está destinado en principio al rechazo o la posposición de informaciones que pretenden acceder al sistema. Este es un asunto muy importante, en cuanto que una dinámica exagerada de cambio en el que se traten de manera contradictoria expectativas similares pone en riesgo la existencia misma del sistema. La pregunta es, entonces, ¿cómo permitir el cambio en el derecho, cómo regularlo institucionalmente, si está en juego su función de generalización y estabilización de expectativas? O, también, ¿la función del derecho se resuelve en el mantenimiento del carácter normativo de expectativas frustradas a través de decisiones de efectos provisionales? No es el momento de entrar a resolver estos interrogantes, pero lo que sí resulta claro es la disposición del derecho a dotarse a sí mismo de flexibilidad sin que ello signifique un atentado contra la seguridad, como sucede con la emergencia de normas de tipo secundario, esto es, aquellas que regulan la producción de otras normas. Como también es claro que para Luhmann esa exigencia que se formula el sistema a

---

<sup>40</sup> Mejía Quintana se ocupa del estudio evolutivo del derecho que efectúa Niklas Luhmann en *Rechtssoziologie*, versión inglesa *A Sociological Theory of the Law* (Londres: Routledge & Kegan Paul, 1985). En adelante sigo la exposición de Mejía Quintana.

sí mismo se caracteriza por su fragilidad puesto que, en su criterio, la disponibilidad al cambio que tiene el derecho es limitada apenas por el requerimiento de un mínimo de coherencia interna sin que ello implique que se pueda negar que el derecho moderno es válido simplemente porque puede ser fácilmente modificado por una decisión (Martínez García 1992, 87).

Otra característica del derecho moderno es la presencia en él de formas y estructuras condicionales. Es más, cabe afirmar que el derecho se configura como un plexo de programas de decisión condicional que simplifican las conductas institucionales y regulariza las expectativas que pueden ejercer presión sobre el sistema, fortaleciendo así la capacidad de respuesta del mismo.

También es posible dar respuesta a la pregunta acerca de por qué evoluciona el derecho. Para ello se debe tomar como punto de referencia al conflicto. En efecto, recuerda Corsi, la evolución requiere de la contradicción, esto es, de la posibilidad de negar expectativas. Así, por ejemplo, la sociedad necesita tolerar un rango de conflictos a su interior, aunque los conflictos regularmente no puedan ser controlados efectivamente generando problemas comunicativos. Pero, ¿cómo se puede describir esta situación diacrónicamente?

Luhmann indica que en las sociedades arcaicas el conflicto era reprimido, bien a través de la diferenciación de roles que permitía la solución de disputas radicada en alguno o algunos de ellos, o bien a través de la represión física. En las sociedades estratificadas, en cambio, la misma estratificación implicaba la exclusión de un sector de las pretensiones negativas de los demás, lo cual significaba que tal sector, dada su riqueza y su extracción, no tenía que rendir cuentas a los restantes. Pero en la sociedad moderna el conflicto es aceptado e incluso reforzado. Ahora se regularizan los conflictos y se radica su solución en un tercero. Esto induce la creación de procedimientos que son la base del ámbito jurídico. Así, limitar un conflicto regularizándolo, esto es, permitiéndole existir, equivale a inaugurar perspectivas de evolución, pues la presencia del conflicto aumenta sensiblemente la complejidad. Esto, por supuesto, puede ser expresado de manera paradójica, ya que la contradicción que abre las posibilidades de negación y, por tanto, de evolución, contiene también las probabilidades de graves trastornos para el sistema. Por ello se afirma que es el sistema jurídico, al encargarse de regularizar los conflictos, el que jalona la evolución del sistema social en términos de autopoiesis del sistema social sociedad que, como ya se habrá intuido, evoluciona gracias a su facilidad para efectuar negaciones de expectativas disímiles.



El sistema jurídico hace viable la comunicación del rechazo y prepara a la sociedad para reaccionar frente a las reacciones frente a tal rechazo. Las opciones divergentes son mutuamente excluyentes y corresponde al sistema jurídico actualizar la imposibilidad de su simultaneidad. Luego las expectativas divergentes que son canalizadas a través de ofertas comunicativas son tratadas como contradictorias y reelaboradas al interior del sistema jurídico que, gracias al programa, se orientará hacia la provisión de bases para su propia pervivencia cuya garantía radica en la consistencia decisional y, también, hacia la provisión de bases para la pervivencia de la sociedad. Para ello el sistema jurídico desarrolla una función de sistema inmunitario (Corsi 1996c, 50).

El propio Luhmann ejecuta una aproximación diferente de los problemas teóricos hasta ahora esbozados, con el propósito de reelaborar su teoría sociológica del derecho. Así, por ejemplo:

[U]na teoría de la evolución del derecho debe clarificar dos cuestiones principales: 1) ¿qué problema lleva a la diferenciación de una evolución particular del derecho dentro de la evolución social general?, y 2) ¿qué característica de la autopoiesis del derecho le permite mantenerse aún cuando se producen modificaciones estructurales? La respuesta a estas preguntas debe partir del principio de variación, ya que un mecanismo de selección específico puede formarse sólo si la variación pertinente manifiesta peculiaridades específicas (Luhmann 1994, 32).

Luhmann afirma que la evolución del derecho comienza cuando acaece el declive de las sociedades segmentarias. Antes siempre se sabía quién tenía el derecho, quién podía decidir, cómo debía tratarse un conflicto con mucha facilidad. Con el surgimiento de un nuevo tipo de sociedad más compleja los conflictos se proyectan en un marco de contingencia e incertidumbre. En este punto de la evolución se trata de saber cómo resolver un conflicto, quién tiene que hacerlo y cuáles expectativas son fundadas. Se establecen de esta manera criterios de selección y procedimientos irreversibles que permiten un tratamiento adecuado de los conflictos. La incertidumbre se trivializa y se traduce en certidumbre de un modo artificial. El aumento de conflictos y de expectativas hace necesario y a la vez eficaz una estabilización contrafáctica de las mismas.

Ahora bien, la institucionalización del derecho no fue tan importante para esa evolución como se cree. Por el contrario, es la existencia de una masa inmanejable de normas la que hace indispensable la adopción de reglas de competencia para adopción de decisiones vinculantes. En este sentido, afirma Luhmann, la institución de un tribunal central ubicado en el nivel máximo de la jerarquía presupone un nivel mínimo de autopoiesis en el derecho. Esta institución y la vinculatoriedad de las decisiones, a su vez, hacen posible la autopoiesis del derecho.

Un sistema jurídico evolucionado cuenta con criterios de decisión basados en criterios de selección. Aunque esos criterios en un principio fueron proporcionados por la religión y la moral, las cuales fijaban parámetros de corrección argumentativa o justificativa, el punto de referencia se fue desplazando poco a poco hacia el interior del mismo derecho. A partir de cierto momento el derecho ya no se orienta a prevenir conflictos sino que los acepta para reconducirlos. El derecho advierte una función positiva en el conflicto y por ello, en cierta medida, lo promueve. La dinámica del conflicto hace que el derecho evolucione demasiado rápido por lo que las formas asociadas tradicionalmente a la prevención y estabilización del conflicto dejan de responder adecuadamente a los retos que plantea el aumento de complejidad. Por ello afirma Luhmann que la evolución del derecho evade el control de la doctrina y la teoría jurídicas, ahora incapaces de captar su constitución operativa, esto es, no normativa. Sin embargo, a pesar de la dinámica de cambio tan radical que domina el derecho contemporáneo, la estructura y las características del derecho siguen siendo, prácticamente, iguales.

La teoría evolutiva del derecho de Niklas Luhmann contrasta con otras teorías de cuño reciente por su pretensión y sus alcances explicativos. En algún modo, puede ser considerada como la superación de la teoría evolutiva desarrollada en el mundo anglosajón por Philippe Nonet y Philip Selznick y como el fundamento de la teoría evolutiva desarrollada en la órbita germana por Helmut Willke y Gunther Teubner.

Nonet y Selznick han desplegado un análisis teórico centrado en la noción de derecho responsivo (*responsive law*). Distinguen tres tipos de derecho que caracterizarían tres estadios distintos de evolución de la sociedad moderna: (i) el derecho represivo, cuya especificidad radica en que las instituciones jurídicas se adaptan al entorno social; este derecho sería un instrumento para el logro de fines definidos en las instancias políticas y económicas; (ii) el derecho autónomo, caracterizado por una reacción frente a la instrumentalización de las normas e instituciones jurídicas y el desplazamiento hacia un formalismo muy fuerte; y, por último, (iii) un derecho responsivo, cuya función sería la de adaptar las normas e instituciones al ambiente sin sacrificar las conquistas del derecho autónomo.<sup>41</sup>

La vaguedad del marco de análisis propuesto por Nonet y Selznick salta a la vista, pues su estructuración en torno a los conceptos de integridad y abertura lo hace poco explicativo de la

---

<sup>41</sup> La obra capital de Nonet y Selznick es *Law and society in transition. Towards a responsive law* (Nueva York: Octagon Books, 1978). En texto me baso en La Torre (1994).

historia interna del derecho. En efecto, distinguir etapas o edades en la evolución del derecho con base en que a veces el derecho tiende a mostrarse muy rígido y en otras ocasiones muy discrecional lleva, como en su caso, a formular la hipótesis, poco fundada en un examen sociológico de la cuestión, de que el derecho contemporáneo está marcado por la necesidad de la sociedad de obtener un derecho que se adapte responsablemente a las exigencias de la misma.

De otro lado, Willke y Teubner han propuesto un modelo explicativo basado en la noción de derecho reflexivo. Sostienen que se pueden distinguir tres etapas evolutivas en el derecho moderno muy ligadas al tipo de programa que emplean para actualizarse: (i) el derecho vinculado a los programas condicionales, por medio de los cuales se establecen parámetros bastante amplios que regulan las acciones de individuos a los que se permite un dilatado rango de actuación, como sucede en el modelo ideal del Estado liberal clásico; (ii) el derecho vinculado a los programas de fines o de objetivos, también denominados instrumentales, por medio de los cuales se estatuyen parámetros relativos a individuos o grupos determinados, como sucede en el Estado social; y, finalmente, (iii) el derecho dependiente de los programas relacionales, por medio de los cuales se condiciona la actuación de organizaciones, como sucede en el Estado social liberal o corporativo. Este derecho puede ser llamado reflexivo (LaTorre 1994, 139-140).

## **2. ¿Un nuevo paradigma?**

Para evaluar la innovación que supone la introducción del paradigma biológico al estudio del derecho es necesario, como lo hacen Ost y van de Kerchove (1997, 51-59), remitirse a dos precursores del análisis del derecho en términos sistémicos, esto es, a Hans Kelsen y H. L. A. Hart. Ost y Van de Kerchove siguen la metodología que hemos usado en el curso de este trabajo, es decir, identificar la posición de los autores respecto a la composición del sistema jurídico, lo cual incluye, como es obvio, una referencia a los elementos que lo integran, las redes y estrategias de articulación de dichos elementos, la situación del sistema respecto al entorno y las relaciones que se establecen entre éste y el sistema, y la dinámica evolutiva del derecho.

Así, según Kelsen, el sistema jurídico está compuesto ante todo por normas cuya validez y unidad dependen de una norma fundamental supuesta. La interrelación entre estas normas puede quedar garantizada por dos principios de unidad. Al primero lo denomina estático y al

segundo dinámico. De acuerdo con el primero, las normas se derivan de otras gracias a una especie de procedimiento deductivo, en virtud del cual la validez y el contenido de la norma inferior queda determinado por una norma superior que recibe el nombre de norma básica. De acuerdo con el segundo, propio del derecho positivo, la norma básica o fundamental habilita la creación del derecho, de tal modo que la validación normativa es sólo procesal y la creación del derecho es netamente positiva. Así, de un lado, cualquier contenido procesalmente obtenido constituye derecho y, de otro lado, el derecho regula su propia creación y aplicación. En este último sentido, van de Kerchove y Ost afirman que fue Kelsen uno de los primeros en advertir el carácter sistémico del derecho al hacer notar que el derecho se autoorganiza y que su identidad queda garantizada por la presencia de una norma fundamental que se constituye como el fundamento de validez de las demás normas.

Ahora bien, el paradigma kelseniano es, esencialmente, un paradigma que funda el derecho en la idea de jerarquía. En efecto, la concepción que Kelsen tenía del derecho era en lo fundamental lineal y jerárquica. Precisamente, la ilustración gráfica más celebre incorporada a su obra es la relativa a la estructuración piramidal del sistema jurídico. Para Kelsen las normas no estaban simplemente dispuestas en un plano horizontal. En su criterio, ni siquiera las normas estaban simplemente yuxtapuestas. En el fondo, afirmaba, existía una jerarquía normativa en cuya cima estaba la Constitución.

Kelsen afirmaba además que la unidad del sistema jurídico implicaba la no presencia de contradicciones a su interior. Y, de otro lado, sostenía que la validez de las normas se derivaba de otras normas hasta llegar en escalada hasta la norma básica o fundamental, por lo cual quedaba excluida toda posibilidad de pensar en una validez derivada de hechos sociales. Más aún Kelsen enfatizó siempre en la estricta separación entre derecho y moral, pues el principio de validación interna impide que se pueda fundar la validez del derecho en la conformidad del mismo respecto de un sistema moral.

Por último, por lo que concierne a la *problemática de la evolución de los sistemas jurídicos*, diremos, que, por un lado la concepción dinámica de la creación del sistema permite pensar en un proceso permanente de realización, mientras que, por otro, el principio de efectividad nos sirve para dar cuenta de las mutaciones radicales de origen revolucionario, En efecto, cuando triunfa una revolución, cuando se imponen autoridades no habilitadas por la antigua constitución y se aplican normas que tampoco derivan de la misma, habrá que optar por modificar la norma fundamental de forma que, en lo sucesivo, delegue la autoridad jurídica en los órganos que son efectivamente obedecidos (Ost y van de Kerchove 1997, 54) [Resaltado original].

Por su parte, Hart, según Ost y van de Kerchove, hace un interesante trabajo desplazando el centro de atención de la teoría jurídica de las características comunes de las normas para entender al sistema jurídico al sistema jurídico mismo integrado por normas esencialmente diversas y a las relaciones entre tales normas.

Hart distingue entre reglas primarias y secundarias, las cuales son los componentes básicos del sistema jurídico. Dentro de los múltiples criterios de diferenciación entre tales tipos de reglas, uno al menos es fundamental para entender la propuesta de Hart. Se trata de aquel según el cual las reglas secundarias refieren a otras reglas, incluyendo al acto jurídico por el que se crea esta regla, mientras las reglas primarias se refieren únicamente a la conducta, esto es, actos materiales o creadores de efectos jurídicos.

Las relaciones que se dan entre estas dos clases de reglas permiten entender mejor en qué sentido el derecho constituye un sistema. Según Hart, las reglas secundarias confieren sistematicidad formal a las normas primarias. Pero esa asignación sólo ha sido posible luego de una continua aparición, en la historia, de las reglas que vienen a solucionar problemas asociados con la incertidumbre, la falta de dinámica y la ineficacia que conlleva la existencia exclusiva de reglas primarias. En efecto, ante la dificultad para la identificación de las reglas, para cambiar el derecho y para ejercer un control concentrado del cumplimiento de la normatividad es necesario el surgimiento de un nuevo tipo de reglas que no sólo refieran a la conducta. Surgen así (i) reglas de reconocimiento, cuya función es viabilizar la identificación de las reglas primarias como pertenecientes a un sistema, esto es, la determinación de su validez; (ii) reglas de cambio, que vehiculan la producción de reglas primarias; y, (iii) reglas de decisión, orientadas a la resolución de disputas en torno a si reglas validas han sido infringidas. Para Hart, es la unión de estos dos tipos de reglas la que permite hablar de sistema jurídico.

De otro lado, Hart no se refiere a la norma fundamental, sino a la regla de reconocimiento, pero para los efectos del análisis sistémico del derecho ésta constituye un equivalente funcional de aquella, pues la validez de las normas y, por tanto, la unidad del sistema jurídico, quedan garantizadas por la presencia de una norma maestra que dota de sistematicidad al derecho.

Pero Hart, a diferencia de Kelsen, sí admite que el contenido del derecho no pueda ser determinado de manera arbitraria, pues, en su criterio, es necesario respetar algunos principios mínimos. De todas formas, la integridad del sistema queda protegida por la insistencia hartiana

en que la validez de las normas no depende de su conformidad con los postulados de algún sistema moral.

Por último, recordaremos cómo ve Hart la evolución de los sistemas jurídicos, para lo cual podemos evocar tres ideas. La primera se refiere a la posibilidad de que pueda realizarse progresivamente la formación del sistema jurídico, constituyendo la introducción de cada tipo de regla secundaria, según expresión de Hart, el franqueo de un paso desde el mundo prejurídico a un mundo jurídico [...] Esta idea permite asimismo considerar los estadios de desarrollo más o menos terminados y por consiguiente la clasificación de los distintos sistemas en función de menor o mayor grado de complejidad. La segunda noción concierne, como hemos visto, al hecho de que Hart concibe los sistemas jurídicos como sistemas plenamente dinámicos, puesto que comprenden las reglas de cambio que aseguran esta función social. Y la tercera idea, en fin, se refiere a los avatares que en el curso de su existencia puede conocer un sistema jurídico. En efecto, para Hart, la unidad y continuidad de un sistema jurídico requieren el cumplimiento de dos requisitos: que, por un lado, las reglas de conducta válidas según los criterios últimos de validez del sistema sean por lo general obedecidas, y por el otro, que los agentes del sistema efectivamente admitan sus reglas secundarias (Ost y van de Kerchove 1997, 58-59).

Esta larga digresión permite sopesar los aportes de Niklas Luhmann a la teoría del derecho, todos ellos efectuados desde una posición sociológica inspirada en la biología, la cibernética, la teoría de la información, las matemáticas y la teoría de la comunicación. En la reflexión de Luhmann son evidentes los ecos del positivismo jurídico. Para empezar, la idea de que la validez de las normas jurídicas responde a criterios internos al sistema jurídico<sup>42</sup>. Pero ahora la unidad del sistema no depende de la existencia de una norma básica, ni el sistema jurídico está esencialmente compuesto de normas y puede ser definido a partir de dichos elementos. Para Luhmann el derecho es un sistema parcial de la sociedad que, como ésta, es un sistema autorreferencial autopoietico, profundamente descentrado y compuesto de relaciones, relaciones de relaciones, comunicaciones y procesos. Esta constitución elimina la noción de jerarquía tan fundamental en la comprensión kelseniana del derecho y también la confianza que pone el iusnaturalismo en las posibilidades de comunicación y conexión del sistema jurídico con su entorno.

En Luhmann, a diferencia de Hart, el derecho no requiere de contenidos mínimos para ser derecho, pues se revela, siempre, a partir de cierto grado de evolución, como derecho positivo. Asimismo, en Luhmann también encontramos un marcado interés por estudiar la evolución del

---

<sup>42</sup> Según Luhmann, el derecho moderno es válido en tanto que es instaurado por decisiones atribuibles al sistema jurídico, las cuales pueden ser modificadas por decisiones posteriores (Luhmann 2002, 157-158). La validez contingente del sistema jurídico explica, ciertamente por qué el sistema jurídico autorregula la producción de sus elementos y estructuras. De ahí la afirmación conforme a la cual el derecho imputa validez a sus propios componentes. Puesto que la legitimidad es alcanzada a través de los procedimientos, válido es equivalente a legítimo. Véase para mayor detalle García Amado (1997, 180-184).

derecho, la cual es vista ahora con un aparato analítico muy sofisticado e interdisciplinario que no hace énfasis en la institucionalización, como es el caso de Hart, ni se restringe a los problemas o eventualidades asociados al cambio de norma fundamental, como es el caso de Kelsen.

Dos paradigmas clásicos en teoría del derecho son confrontados por otro igualmente revolucionario. El positivismo de Kelsen, neokantiano e influenciado por las enseñanzas del círculo de Viena, y el positivismo de Hart, de inspiración analítica, son actualizados gracias al interés puesto en la biología y la cibernética por Luhmann, un sociólogo alemán para quien se convirtió en una obsesión la construcción de un catalejo de singular potencia y resistencia para describir y evaluar la sociedad contemporánea.

Además, el renovado positivismo luhmanniano se puede ver como un hito en la evolución del concepto de sistema jurídico, una evolución que comenzara hacia el siglo XVII. Recuerda Iturmendi Morales, en su presentación a *El sistema jurídico entre orden y desorden* de Ost y van de Kerchove, que el término sistema es empleado ya por el iusnaturalista Leibniz (1646 – 1716) –el sistema constituye un orden en el que de los axiomas más generales se deducen las disposiciones más específicas–; el demócrata Rousseau –quien dedica un capítulo de *El contrato social* a los sistemas de legislación; y por el utilitarista y reformador inglés Bentham (1748 –1832) –quien habla de *system of law*.– Y no obstante la histórica multivocidad del término, resulta notorio que la más avanzada teoría jurídica contemporánea lo emplee. Richard Posner, eminente representante de *Law and Economics*, ha sostenido, por ejemplo, que la investigación en teoría jurídica en Norteamérica debe establecer en qué medida el *common law* es un sistema coherente de normas que tratan de promover la eficiencia. Robert Alexy, por su parte, ha mostrado que en la teoría del derecho actual conviven dos concepciones del sistema jurídico, la que lo considera un sistema de normas, y la que lo considera un sistema de posiciones y relaciones jurídicas. Asimismo, nuevas perspectivas tratan de ofrecer una alternativa a los clásicos punto de vista interno y externo sobre el sistema jurídico. François Ost y Michel van de Kerchove, por ejemplo, concuerdan en que tanto el punto de vista interno a las reglas –que tienen quienes las usan y, por tanto, las consideran justificadas, las califican como correctas y las estiman pautas para la crítica de conductas desviadas–, como el punto de vista externo a las reglas –que tiene un observador–, no son suficientes. Según estos autores es indispensable contar con un punto de vista intermedio o hermenéutico, que tiene quien no acepta las reglas pero sí acepta que los participantes lo hacen, lo cual permite, entre otras

cosas, reconocer las brechas del sistema jurídico, como las lagunas, las contradicciones y las antinomias, todas ellas negadas por la teoría clásica<sup>43</sup>.

De cualquier manera, la propuesta de Luhmann difiere de entendimientos más tradicionales del sistema jurídico. Hernández Marín, por ejemplo, anota que muchas doctrinas han sostenido desde el siglo XIX que entre las normas jurídicas se dan relaciones y que tales relaciones obedecen a un orden: la orgánica, la lógica y la jerárquica. Para la primera, las relaciones son de tipo orgánico. Para la segunda, el derecho es equiparable a un sistema lógico. Para la tercera, el derecho es tan sólo un sistema jerárquico<sup>44</sup>. La primera concepción históricamente se asocia con la Escuela Histórica de Savigny, la segunda con la Jurisprudencia de Conceptos, defendida en su momento entre otras por Ihering y la tercera con la *Teoría pura del derecho* de Kelsen. Mientras que la Escuela Histórica ha sido olvidada y sus presupuestos y aportes sólo se estudian en los libros de historia del pensamiento jurídico, las otras dos concepciones todavía cuentan con adeptos. Por ejemplo, si para el primer Ihering el derecho debía ser un sistema deductivo, para los contemporáneos Alchourrón y Bulygin también lo es<sup>45</sup>.

En general, el positivismo de Luhmann constituye un esfuerzo por superar la noción positivista clásica, representada entre otros por Bobbio, que asimilaba el sistema jurídico al orden jurídico e imponía el criterio jerárquico como criterio unificador de un conjunto de normas que aparecían dispersas a su percepción<sup>46</sup>. Luhmann pretende demostrar, en sentido contrario, que el sistema

---

<sup>43</sup> Ost y van de Kerchove escriben sobre la presencia de jerarquías enredadas en el derecho, adoptando el paradigma de la complejidad con conceptos como imprevisibilidad, retroacción, búcle extraño, etc. (D. Hoffstadter, J. L. Moigne, Morin, Maturana). Su posición, contraria al modelo jerárquico lineal arriba-hacia-abajo kelseniano, está elaborada Ost y van de Kerchove (2001).

<sup>44</sup> Hernández Marín critica a la escuela vienesa por sostener que existe una jerarquía normativa. En su concepto Merkl, quien fue el primero en afirmar que el sistema jurídico es un sistema autoproductivo, y Kelsen se equivocan, pues la única jerarquía posible es la semántica, esto es, la que se da en el nivel lingüístico (Hernández Marín 1989, 174).

<sup>45</sup> Véase Alchourrón y Bulygin (1998). Estos autores critican el procedimiento tradicional que define el sistema jurídico a partir de las normas jurídicas. Intentan definir primero qué es un sistema normativo, luego qué es un sistema jurídico para, finalmente, caracterizar como jurídicas las normas que forman parte de este último tipo de sistemas. Parten de la noción de sistema axiomático –un sistema axiomático tiene como propiedades formales: integridad, compatibilidad e independencia– que les sirve para estudiar los sistemas normativos –cuyas propiedades son: completitud, coherencia e independencia–. Cuando una de dichas propiedades falta entonces el sistema es defectuoso: aparecen las lagunas del derecho, por ejemplo, por lo que el legislador, por un lado, ha de solucionar las lagunas y la dogmática jurídica, por el otro, reformular el sistema. De cualquier modo, estos autores consideran que el sistema jurídico es un sistema normativo que no es completamente coherente, al no ser un sistema normativo puro. Además, como el sistema jurídico es un sistema normativo hipotético, nunca puede ser considerado un sistema cerrado.

<sup>46</sup> Actualmente los académicos hacen poco énfasis en estas cuestiones. Raz sostiene, por ejemplo, que los sistemas jurídicos son sistemas abiertos, en la medida en que su función básica es incorporar normas



no es sólo un conjunto de elementos, que esos elementos no sólo se relacionan hacia la organización y la interacción de los elementos no sólo lleva a la unidad como aspecto de identidad a pesar de la diferencia y en virtud de principios constrictores. Luhmann rechaza, simplemente, el criterio jerárquico y, con él, la noción de norma básica, siendo coherente con su afirmación en el sentido de que el sistema jurídico es autorreferencial y autopoietico.

Por esta vía Luhmann nos lleva hacia la totalización del análisis biológico y cibernético de la sociedad. Concebir al derecho como sistema cerrado, hermético a los cambios gestionados por los agentes externos, autorregulado, autoconstituido y autoadaptativo, dirige el centro de gravedad de la investigación social al estudio de procesos que no comprendidos como lineales, en el sentido de causales y deductivos, sino como retroactivos, es decir, recurrentes. Pero también guía el estudio sociológico hacia el estudio de la evolución del derecho como aspecto esencial para la comprensión del estado actual del mismo, en tanto que acepta que la configuración de los elementos y las estructuras de relación es cambiante y, más aún, adaptativa y tendiente a la estabilización.

En este último sentido, se puede decir que la obra de Luhmann invita a efectuar una revisión de la forma como hasta ahora se ha visto el proceso de sistematización del derecho al que él alude, en su terminología, con el vocablo positivización. En efecto, hoy parece plausible identificar rutas de investigación sobre la racionalización del derecho occidental, iniciada hacia el siglo XII con el redescubrimiento del derecho romano y con la labor de los canonistas, alcanzando un punto muy alto con la codificación francesa y su máxima expresión con el movimiento de las Pandectas en el siglo XIX. Hoy resulta importante identificar las claves de dicho proceso de racionalización y sistematización, que no es exclusivo del derecho continental europeo, pues cabe simplemente recordar el alcance normativo de los precedentes judiciales y la labor de la doctrina en el ámbito anglosajón para comprender la significación de dicho proceso para la historia del derecho.

El presente trabajo se inscribe en una perspectiva realmente modesta, en la medida en que se ocupa apenas de mostrar algunas de las incidencias que para el estudio de las fuentes del derecho y de la técnica de precedentes en un país de tradición neo-romanista tiene la apropiación de la perspectiva sociológica inaugurada por Niklas Luhmann. Pero considero que la presentación, como efectivamente ha tenido lugar aquí, de los conceptos básicos que

---

provenientes de otros sistemas normativos. Raz concibe a los sistemas jurídicos como sistemas institucionalizados de producción y aplicación de normas. Véase Raz (1991).

articulan la aproximación luhmanniana, de su concepto de derecho y de su teoría evolutiva de los fenómenos normativos debe anteceder a tal estudio.

### **3. La complejidad: concepto capital del análisis sistémico del derecho**

En la teoría de sistemas autorreferenciales el concepto de complejidad es indispensable para el estudio de los sistemas sociales. Su formulación es demasiado compleja y genera aflicción en quien pretende obtener una versión simplificada de él, aunque, de todos modos, la aproximación más corriente es la que la sitúa en la discusión sobre las relaciones y los mecanismos de distinción entre un sistema y su entorno. A este respecto Luhmann llama la atención sobre el papel central que este concepto ocupa en el programa de investigación que conduce a la consolidación de una teoría de la sociedad, toda vez que este programa exige un mayor grado de abstracción y precisión en la formulación de esquemas de comprensión. En el nivel más básico de análisis, la complejidad, puede ser definida como “exceso de posibilidades, como presencia de múltiples alternativas, como reino de diferencias, como espacio donde reina la relación frente a cualquier tipo de determinismo (Izuzquiza 1990, 10).

Como sugiere el sentido común, el exceso de complejidad es insoportable, razón por la cual su comprensión sólo es posible luego de que se ha procedido a su reducción por vías conceptuales o procedimentales. Precisamente, una de las principales tareas asignadas a la teoría en el análisis sistémico es la de reducción de complejidad aunque ello implique una exageración de la complejidad de dicha teoría (Izuzquiza 1990, 45).

Sin embargo, en Luhmann la complejidad es, aparte de una amenaza, un estímulo para la aprehensión teórica de los sistemas sociales, pues su existencia es condición necesaria para la evolución constante de los sistemas. En efecto, partiendo de los aportes de las ciencias formales y de los avances contemporáneos de la ciencia social, Luhmann considera que el dinamismo de los sistemas sólo es aprehensible si se cuenta con un concepto igualmente dinámico como lo es el de complejidad. Este concepto es construido con base en las contribuciones de la teoría de sistemas, de la cibernética –especialmente de la de segundo orden–, de la teoría de la organización, de la teoría del derecho, de la teoría de la decisión, de la teoría de la modalidad y de la contingencia, de la teoría de comunicación y de la teoría de evolución.

### *3.1. Rasgos característicos de la complejidad en los subsistemas sociales*

La complejidad aparece en cuanto el sistema adopta una estructura abierta para crecer y fortalecerse funcionalmente. Está asociada entonces a la realidad y, más específicamente, a la realidad social. No obstante, Izuzquiza (1990, 61-66) ha elaborado una lista de rasgos elementos que remiten a la importancia del concepto de complejidad. Según este autor, (i) la complejidad no es nunca una propiedad, luego no puede ser empleada como adjetivo. Por tanto, es un concepto ligado a múltiples dimensiones, a la diferencia y a la existencia de alternativas posibles; (ii) refiere a la diversidad de relaciones posibles entre objetos, acciones o situaciones. Complejidad equivale, en síntesis, a multiplicidad de relaciones y, por consiguiente, a un aumento constante de relaciones. Por ello, supone en sí misma la necesidad de que los sistemas estén provistos de mecanismos de conexión específicos que permitan limitar el número de relaciones aceptables y de estrategias de selección de dichos mecanismos que resulten operativos en contextos conflictivos; y, (iii) está ligada a la contingencia. La complejidad surge en cuanto existe un campo de relaciones diferentes y contingentes, es decir, no necesarias.

A estos rasgos cabe agregar que (iv) la complejidad es una realidad fuertemente dependiente de las observaciones. La complejidad existe, de cierto modo, sólo si un sistema la observa como tal.

Finalmente, (v) debido a que la complejidad del entorno es siempre superior a la del sistema es necesario para el sistema efectuar reducciones de la misma para mantener su complejidad interna en un nivel aceptable. Una de las formas de reducir complejidad consiste en crear una estructura de relaciones entre elementos que haga posible un número reducido de nuevas relaciones. Otra opción consiste en mantener el espectro de selecciones bajo la influencia de las estructuras dadas mediante un simple reforzamiento de éstas (Baraldi 1996a, 82).

### *3.2. Estrategias y mecanismos de reducción de complejidad*

La existencia de complejidad sugiere la introducción de elementos potencialmente conflictivos en un sistema en continua formación, es decir, la inyección de probables sobrecargas e inestabilidades provenientes del entorno en dicho sistema. De esta manera, la complejidad se convierte en un problema permanente para la subsistencia del sistema, pero también se constituye en un factor que lo potencia. De cualquier forma, no obstante, el sistema se concibe como un orden y ante todo requiere de mecanismos funcionales de selección de información

para evitar la ruptura de su esquema de funcionamiento. Así, el aumento de complejidad social hasta límites nunca alcanzados obliga a la creación de mecanismos que sirvan a una permanente y efectiva reducción de complejidad.

Por tanto, en el proceso de diferenciación social el incremento de la complejidad es una de las dificultades que debe afrontar cada subsistema social, de ahí que sea relevante para cada uno de ellos idear formas o procedimientos eficaces de reducción de complejidad, aunque ello signifique en la práctica el aumento de complejidad en un sentido diverso al inicial, pues la integración de dicho mecanismo o subunidad si bien puede ser una solución actual es posible que derive en una o múltiples aberturas hacia el entorno no previstas (Mejía Quintana 2001, 90).

Surgen así cuestiones relativas a la escogencia de estrategias que contribuyan a la elección de un programa de decisión orientado al dominio de la contingencia y al establecimiento de marcos de referencia para la conducta. Es en este contexto en el que la teoría de sistemas pretende apropiarse de las conclusiones de una probable o, por lo menos, no plenamente configurada, teoría de la decisión. Pero ya la teoría de sistemas constituye un esfuerzo por formular los problemas en la perspectiva de identificar un modelo de reconocimiento del programa de decisión que corresponde a cada sistema o subsistema (Mejía Quintana 2001, 91).

Lo anterior es relevante por cuanto la posibilidad de comunicación entre el sistema y su entorno es posible sólo si se entiende un mensaje. Es posible que se rechace un mensaje frustrando la transmisión de una comunicación relevante para el sistema. Luego, si no existen métodos y formas de selección eficaces la aceptación o el rechazo de un mensaje devienen indeterminables. Es importante entonces que el sistema cuente con mecanismos que den cuenta de la complejidad de las relaciones entre el entorno y el sistema, pues la simple existencia de respuestas negativas o positivas ante la solicitud de ingreso del mensaje puede ocasionar anomalías en un sistema cada vez más complejo.

Aunque cualquier sistema social es en sí mismo complejo y contiene conflictos latentes, es claro que el incremento peligroso del conflicto se reduce conforme se van mejorando las condiciones de diferenciación, de tal manera que se requieren métodos de selección que abran posibilidades de elección entre alternativas que den cuenta de lo problemático que puede resultar una simplificación de la irritación comunicacional. Por lo tanto, deviene crucial tener en

cuenta que el agente que causa la irritación cuenta con diversas alternativas frente al rechazo o aceptación del mensaje que ambiciona introducir en el sistema.

En síntesis, es una necesidad para el sistema la aparición de métodos o formas de selección y control, en tanto que garantizan su evolución y hacen parte integral de ella. Así, con estos mecanismos y métodos se logra condicionar las relaciones sistema -ambiente, lo cual acelera el proceso de consolidación o desarrollo del sistema, pues con ellos se delimitan con cierta sofisticación los rangos de posibilidades de integración o comunicación entre éste y su entorno.

La idea es eludir la creación de subunidades demasiado complejas para la reducción de complejidad, de tal modo que el sistema debe contar con una zona o un esquema de selección de información relativamente flexible que se constituya como una perspectiva o un horizonte de reducción de complejidad directamente operativo en el contacto entre sistema y entorno, y seleccionado por el propio sistema para producir objetos o entidades digeribles por un orden abierto al desorden.

#### **4. Estrategias y mecanismos de reducción de complejidad en el derecho**

Uno de los problemas centrales de la teoría del derecho es el estudio de la complejidad, problema este que pretende resolver la teoría jurídica de carácter sistémico influenciada por los aportes de la sociología. Pero no sólo la teoría y la sociología jurídicas sirven para hacer frente a la complejidad, pues la propia configuración normativa del derecho busca hacer posible este proceso. A estas formas y estrategias se suman la dogmática jurídica y la racionalidad sistémica en la decisión judicial.

##### *4.1. Teoría del derecho y sociología del derecho*

La aproximación de Luhmann se configura como una superación de acercamientos más tradicionales. De un lado, para Luhmann adscribir a la teoría del derecho la función de elaborar conceptos jurídicos intercambiables comunes a todos los sistemas jurídicos que permitan analizar su estructura y sus componentes resulta muy restrictivo y hasta empobrecedor. De otro lado, según Luhmann la sociología teórica del derecho no debe ocuparse simplemente de los problemas relativos a la eficacia social y las funciones del derecho y de las instituciones jurídicas.

De hecho, en "Classical beginnings of the sociology of law" (1972), Luhmann sugiere un cambio de dirección en el análisis sociológico del derecho. Estima que la abstracción y el análisis

conceptual representan las vías más idóneas para examinar las relaciones entre el derecho y la sociedad. Considera que el empirismo no ha recogido los aportes de la gran tradición teórica en la sociología: Marx, Mine, Parsons, Durkheim y Parsons, quienes hicieron aproximaciones sugestivas al tema de la diferenciación social. Por otra parte, considera que la sociología del derecho debe avanzar reconociendo problemas y asumiendo éstos en toda su complejidad. Por ello, sostiene que los aportes de Rudolf von Jhering, Philipp Heck, Roscoe Pound, Ehrlich y Theodor Geiger si bien no pueden, ni deben, ser desconocidos, resultan insuficientes para elaborar sobre ellos una sociología del derecho teóricamente fundada.

La reformulación del papel de la sociología del derecho y de la teoría del derecho también está relacionada con la traducción en el ámbito de los estudios sobre la formación de los sistemas sociales y de la sociedad de los aportes de la teoría de sistemas autorreferenciales y autopoieticos.

Hay dos innovaciones que se prestan especialmente para ser empleadas en una sociología del derecho teóricamente fundada: 1) la teoría de la diferenciación de sistemas, inspirada en la teoría general de los sistemas, y 2) la asunción de que dicha diferenciación es posible solamente a través del establecimiento de una clausura autorreferente de los sistemas que se diferencian. Sin dicha clausura, los sistemas no tendrían manera de distinguir sus operaciones de las del ambiente. Con la ayuda de estos dos conceptos podemos comprender el carácter social del derecho y, al mismo tiempo, los logros autorreferentes del sistema legal. En otras palabras, la doctrina o la teoría legal pueden entenderse mejor como una formulación de la autorreferencialidad del sistema legal (Luhmann 1994, 29).

Desde *Ilustración sociológica* Luhmann enfatiza en que la teoría del derecho debe dar paso a una teoría sociológica del derecho provista de herramientas para combatir adecuadamente la complejidad (Luhmann 1973). Así, esta teoría jurídica de carácter sociológico se debe ocupar, según Luhmann de las funciones de la norma y de las estructuras del derecho en atención a la reducción de complejidad que le corresponde al sistema social del derecho. Esta teoría, por supuesto, no tendría otro objeto que el derecho positivo cuya validez está sujeta a los procesos de decisión (Mejía Quintana 2001, 90).

Para Luhmann la teoría del derecho cumple un papel fundamental en la reducción de complejidad en cuanto orienta al sistema, dado que constituye una forma de autoobservación del mismo. Esto significa que la teoría del derecho corresponde a una observación interna del sistema jurídico sobre sí mismo. En ello radica su diferencia con la sociología del derecho tradicional, que busca realizar una observación externa tanto del sistema como de las

operaciones internas de observación sobre sí mismo facilitadas, como se sabe, por la teoría del derecho. Además la sociología del derecho así reelaborada se ocupa de observar cómo los sistemas copresentes en el entorno observan al sistema, lo cual es fundamental en la medida en que, como es sabido, el sistema necesita autoobservarse, observar cómo es observado y, finalmente, observar cómo los demás subsistemas se observan a sí mismos, es decir, necesita de una observación de segundo orden para mantener sus límites, para diferenciarse (Mejía Quintana 2001, 138).

De todos modos, la doctrina sociológica del derecho teóricamente fundada se ubica en un punto de progresión respecto de la teoría del derecho y la sociología del derecho tradicionales. Ahora el derecho no es visto como un conjunto de normas jerárquicamente organizadas cuyo estudio se puede realizar con abstracción de los comportamientos reales y de las expectativas y reacciones sociales. Y tampoco es visto como una cuestión empírica. Por un lado, el derecho no puede ser reducido a un macrotexto. Por el otro, el enfoque sociológico del derecho no puede limitarse a observar el origen y desempeño de las instituciones jurídicas, como las organizaciones -tribunales- o la profesión legal. En este último sentido, la propuesta de Luhmann se orienta a proporcionar una base analítica dentro de la cual la distinción entre el sistema jurídico y el Estado tiene lugar definitivamente. En efecto, el rechazo del modelo de inputs y outputs hace que el derecho se observe como refractario a la influencia política. El derecho no es un factor o vehículo de implementación de la política.

#### *4.2. Dogmática jurídica*

En el pensamiento de Luhmann ya no tiene cabida la vieja definición de dogmática jurídica según la cual ésta consiste en el estudio del significado de las normas o reglas que conforman un sistema jurídico específico. Para Luhmann, esta visión, orientada a la construcción de conceptos cuyo fin es proporcionar un sistematizado marco de aplicación concreta lo más coherente posible, no es admisible dentro de la concepción sistémica del derecho<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> En el Capítulo I de *Sistema jurídico y dogmática jurídica* Luhmann intenta mostrar por qué la aproximación sistémica al papel de la dogmática contemporánea es más adecuada que sus predecesoras. Según Luhmann, la jurisprudencia de intereses provocó una sociologización masiva e indiscriminada de la aplicación del derecho. En efecto, la idea de sistema, proveniente de la astronomía, se incorporó a la filosofía, la teología y la jurisprudencia en el siglo XVII a fin de introducir un principio de orden y de aseguramiento en cada uno de los campos de conocimiento y en su transmisión pedagógica; posteriormente se planteó la idea de sistema analíticos, opuestos a los sistemas concretos, y, por último, se incorporaron los conceptos de orden y sistema dentro del objeto del análisis sistémico. En ese momento aparece Jhering. Para Luhmann, con Jhering se inaugura toda una era en la que se concibe al

Según Luhmann, la dogmática está insertada en la dinámica de realización del derecho y, por tanto, en el umbral de la función del derecho en el contexto social. Por ello, este autor toma en cuenta las visiones de las funciones de la dogmática jurídica a fin de revisarlas y reorientarlas. Luhmann sostiene que las aproximaciones a la dogmática regularmente proceden a partir de la interdicción de las negaciones de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Dice que la aproximación usual lleva a impedir negar tales puntos de partida. Dice, consecuentemente, que es necesario criticar esos puntos de partida y siempre guardar una distancia crítica respecto de las decisiones sobre valores y principios contenidos en el ordenamiento, en especial en la Constitución.

Por tanto, Luhmann se concentra en efectuar una crítica de la interdicción de las negaciones a fin de elaborar un modelo conceptual para la flexibilidad que exige el tratamiento de textos y experiencias normativas. La dogmática actual, dice, no se ha de ocupar de la fijación de conceptos y elucidar lo establecido, sino de organizar toda una red de reflexiones que posibiliten el uso de materiales jurídicos más allá de la inmediatez de los casos.

La interconexión normativa es garantizada entonces por una dogmática que potencializa la hermenéutica de los materiales jurídicos (leyes y decisiones judiciales). Sin embargo, la flexibilidad lograda en este contexto se reduce en cuanto a la plausibilidad de negar ciertas innegabilidades que hacen posible la existencia misma del orden jurídico. De cualquier manera, la dogmática así reelaborada proporciona un distanciamiento del legalismo debido a la generación de inseguridades y dudas.

Ahora bien, la exposición de Luhmann desnuda una realidad que no había sido percibida por la propia dogmática que, ante la imposibilidad de observarse a sí misma, se había ocupado de clasificar casos aspirando a contribuir a la máxima seguridad jurídica posible. Luhmann sostiene, en cambio, que la función de la dogmática es suscitar dudas.

Pero es necesario tener en cuenta que las dudas que suscita la nueva dogmática han de ser soportables, lo cual significa que dicha ciencia ha de evitar que los juristas y jueces acojan

---

sistema jurídico como sistema social o, más exactamente, como sistema parcial de la sociedad. Además, la jurisprudencia de intereses proporcionó las bases para una transición al interior de la teoría jurídica a favor de los sistemas de acciones opuestos a los sistemas de conceptos. Con la jurisprudencia de intereses se abre una época fructífera, pues se da un proceso de abstracción de dos grados: (i) con la diferenciación de la sociedad emerge un sistema parcial, el derecho, y con él emergen conceptos y reglas para tratar tal sistema parcial. La dogmática jurídica, sistematiza, ordena todo conforme a principios, etc. (ii) pero es necesario alcanzar un mayor nivel de abstracción. La teoría jurídica, sostiene Luhmann, forma abstracciones de abstracciones (Luhmann 1983).



libremente cualquier metodología interpretativa o se orienten al decisionismo puro. Por ello Luhmann critica la tendencia a “argumentar desde el resultado” y la exigencia de hacer a las decisiones dependientes de las consecuencias que presuponen.

La dogmática, entonces, también apuesta a la elaboración de pautas para la acción orientada normativamente a la toma de decisiones. Estas pautas deben proveer las bases para una argumentación suficientemente condicionada y controlable inclusive en los casos dudosos.

De otro lado, como los casos son variables y la interpretación de las normas aún lo es más, según Luhmann la relación entre normas y casos es una relación entre dos variables. Por tanto, la segunda función de la dogmática consiste en restringir los efectos de tal variabilidad. Por eso es importante contar con clasificaciones y conceptos bien elaborados y con parámetros donde se fijen las condiciones y razones para evaluar la semejanza entre casos. A la dogmática corresponde, en consecuencia, restringir las probabilidades de variación de normas y casos e indicar hasta que punto una probable decisión se adecua al derecho vigente, compuesto por normas creadas para ser aplicadas a un número abierto de casos que no son iguales a otros en todos los aspectos.

Así, tanto el aumento como la reducción de complejidad provocados por la dogmática dan satisfacción a una doble exigencia. De un lado, a la necesidad de respetar principios y normas jurídicas. De otro lado, a la necesidad de que tales normas y principios respondan adaptándose a los requerimientos de los casos concretos siempre variables unos respecto de otros.

Para Luhmann, entonces, la dogmática jurídica también tiene por función restringir el ámbito de posibles decisiones contenidas en las normas que constituyen el elemento básico del campo jurídico, en el cual, de todas formas, las consecuencias de la aplicación del derecho son percibidas como consecuencias jurídicas y desecha las viejas hipótesis de trabajo de la jurisprudencia mecanicista en las que estaba contenida la defensa de la posibilidad o de la necesidad de concebir la decisión judicial como la única correcta (Luhmann 1983)<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Luhmann abandona la tesis de la única respuesta correcta sin llegar a formular una tesis de la discrecionalidad judicial como lo hicieron, por distintas vías, Kelsen y Hart. Kelsen sostuvo que la interpretación jurídica es una actividad eminentemente discrecional, política, que consiste en la escogencia judicial entre opciones valorativas, a veces claramente contradictorias, en la creación de una norma singular, análoga a la norma general expedida por el legislador, dentro de un marco de posibilidades constituido por las normas o las redes de normas objeto de interpretación. Así, en su visión descriptiva de los elementos lógico-estructurales del sistema jurídico el fallo judicial tiene un carácter

En primer término, sostiene que la dogmática debe guardar una distancia crítica respecto de los materiales jurídicos para proporcionar un marco de reflexiones que delimiten lo jurídicamente posible. En su criterio la dogmática debe abandonar el estudio de las normas como datos mediatos y elaborar toda una serie de principios y criterios de decisión y relación. Por eso, asegura, la dogmática busca criterios de relación en casos decididos para condicionar y facilitar la aplicación de los criterios a casos futuros cuyo componente fáctico sea sustancialmente semejante. Así, la casuística surge en cuanto se hallan criterios de relaciones en casos decididos y es deber de la dogmática indicar la forma en la que el sistema jurídico habrá de enlazar los criterios de relación dispersos proporcionando las bases para la interdependencia de las decisiones.

---

constitutivo y, por lo mismo, no es plausible mantener que el resultado de la interpretación jurídica sea necesariamente la única solución. Para Kelsen, aún si el contenido de la decisión está predeterminado por una regla de derecho "tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad", pues "la norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto" (Kelsen 1997, 253-254). Fundamentando su posición, Kelsen afirma que "la teoría surgida en el terreno del *common law* angloamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino que sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho, y por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor del derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del derecho" (Kelsen 1997, 263). A su turno, Hart plantea una tesis débil de la discrecionalidad judicial, pues si bien según su parecer no es posible la solución lógico-deductiva de todos los casos, tampoco es cierto que los jueces elijan y manipulen anárquicamente los parámetros de decisión, ni que existan principios generales que constituyan pautas de decisión aplicables en sustitución de las reglas que se presentan ambiguas o vagas y, menos aun, que cuando los jueces se enfrenten en los casos difíciles a dos o más interpretaciones alternativas de reglas en conflicto que puedan adecuarse igualmente al ordenamiento jurídico éstos no produzcan derecho. Concluye, de un lado, que la decisión judicial es parcialmente discrecional en los casos difíciles, pues el juez es relativamente libre para decidir asumiendo propuestas normativas y demandas concretas divergentes y, de otro lado, que es difícil sino imposible demostrar racionalmente, mediante un test objetivo y público, cual es la decisión correcta para un caso difícil (Hart 1994, 344). Sin embargo, deben matizarse un poco esas afirmaciones, pues Hart en realidad intentó superar las inconsistencias de Kelsen en cuanto a la comprensión del producto de la interpretación judicial como una norma singular sugiriendo que en los casos difíciles culminaban en la creación judicial del derecho, lo cual no significaba que a partir de ellos se pudiera construir el concepto de derecho por su carácter intersticial o excepcional.

Una dogmática así articulada rechaza el empleo de las consecuencias de las decisiones jurídicas como criterios. En el primer capítulo de *Sistema jurídico y dogmática jurídica* Luhmann advierte una de las notas características de la evolución del derecho positivo en la Europa de posguerra: “en el curso de la auto –realización de la sociedad burguesa, se puede observar un *cambio* de la orientación social básica desde el *pasado hacia el futuro*, lo que conduce a que las decisiones jurídicas en último término sólo puedan justificarse por sus consecuencias, y no a partir del acervo de datos de tipo normativo. Esta orientación a las consecuencias también se ha impuesto en el derecho” (Luhmann 1983, 22 [Resaltado original]). De acuerdo con Giménez Alcover, en el capítulo 4 de *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, “¿Consecuencias como criterios?”, Luhmann intenta responder a la introducción de las consecuencias como criterios en el ámbito del derecho, apelando a la exigencia de seguridad jurídica en torno a la cual se articula el concepto de Estado de Derecho:

El aumento de contingencia que supone el derecho moderno ha de mantenerse dentro de los límites de lo que es tolerable y no puede afectar a la propia función del derecho que es la de asegurar las expectativas. El problema de fondo es el de la seguridad y la admisión de la reintroducción de la contingencia en el plano normativo, ha de permitir aumentar la complejidad interna del derecho sin anular su función. ¿Qué seguridad puede representar la fijación de unas expectativas de forma que el ciudadano pueda prever las consecuencias de las decisiones del sistema jurídico, porque de ellas dependen a su vez las decisiones del sistema jurídico? ‘*Si se quieren utilizar las consecuencias como puntos de vista sobre los que orientar o incluso justificar las decisiones hay que disponer de anteojeras que impidan ver todas las consecuencias colaterales*’ (Rechtssystem und Rechtdogmatik, 35). La orientación a fines y la orientación a consecuencias plantean, en consecuencia, problemas similares que afectan a los valores tradicionales del derecho: la certeza, la igualdad y la imparcialidad o, en el sentido luhmanniano, la justicia (Giménez Alcover 1993, 282). [Resaltado original].

De otra parte, una dogmática que busca criterios de relación considera indispensable la estructura regla - excepción del derecho. En efecto, la regla sigue siendo válida aunque no se aplique siempre, de tal modo que la absorción de ilegalidad es procurada mediante el empleo de la regla, al tiempo que cuando opera la excepción, bajo condiciones que deben ser satisfechas, debe demostrarse que no se afecta la validez o la vigencia de la regla por lo que se despoja de teleología al derecho y no se recurre a vagas nociones de justicia. La ponderación de intereses, en cambio, orienta teleológicamente al derecho al pretenderse con ella la protección de bienes jurídicos de formulación ambigua o derechos subjetivos.

Cabe recordar, además, que la dogmática potencializa la observación interna del sistema jurídico. Luhmann plantea que la observación dogmática debe proceder a partir de la configuración de criterios y conceptos jurídicos que permitan sistematizar el derecho. Esta

sistematización promocionaría la diferenciación del derecho como sistema social (Luhmann 1983).

Pero la dogmática, según Luhmann, se ha de encargar sobretodo de aumentar la libertad interpretativa de los textos legales a fin de establecer la conexión eficaz de los programas de decisión con la aplicación de un derecho sometido a las presiones de adaptación de la sociedad. Pero el aumento de la libertad interpretativa provocado por la dogmática no invita a la arbitrariedad sino que la limita, pues la relación entre programa y aplicación está condicionada por criterios que han sido establecidos en la observación de los casos decididos. De este modo, la dogmática construye los casos haciendo posible la repetibilidad de las decisiones vinculadas a los mismos incluso en circunstancias parcialmente disímiles dado que opera a través de una generalización del pasado.

#### *4.3. Código binario y programa de decisión*

El cierre del sistema, que se erige como condicionante de los modos de apertura del sistema hacia el entorno, queda garantizado en el caso del derecho con el establecimiento del código binario legal / ilegal o jurídico / antijurídico. Para que una comunicación cualquiera gane sentido para el sistema ha de ser filtrada por esa dualidad fundamental, configurada desde dentro del sistema. El cierre operativo del sistema es entonces garantizado por un código, cuya aplicación, en todo caso, puede ser errónea de tal manera que sólo un observador del sistema pueda identificar el resultado de la operación como la actualización del polo equivocado, esto es, el que define la ilegalidad. Además, cómo los agentes judiciales pueden contradecir las proposiciones legislativas el código es sustituido por reductores de complejidad artificiales como la teoría o la sociología jurídicas.

Al código se suman los programas de decisión, que en el caso del derecho son las normas, que adquieren normatividad en virtud de la existencia de otras normas. El programa señala los modos de aplicación del código en situaciones concretas. La importancia de concebir las normas como programas de decisión radica en que se subraya en la condición abierta del derecho en términos cognitivos, orientada a la adaptación del sistema a un entorno siempre más complejo. Es la programación, en síntesis, la que hace viable la función del sistema que, cabe recordarlo, corresponde a la generalización y estabilización simbólica y contrafáctica de expectativas sujetas a frustración.

Los programas pueden ser de dos tipos: orientados a fines o teleológicos y condicionales o programantes. En el derecho las normas jurídicas son programas condicionales que pueden ser de dos clases: de acción si están dirigidas a los ciudadanos y de decisión si están dirigidas a los jueces.

Luhmann también distingue, según Mejía Quintana, entre decisiones programantes y programadas. Las primeras las entiende vinculadas con el concepto tradicional de creación del derecho. Las segundas las identifica con el concepto tradicional de aplicación del derecho. Mientras las primeras son finalistas, las segundas son condicionales. Esta distinción es de especial importancia pues la programación busca hacer operativa la relación sistema entorno partiendo del sistema, a diferencia de lo que sucede cuando se actualiza un programa condicional, pues ello implica apenas el procesamiento de información proveniente del sistema. En resumen, las primeras corresponden al legislador mientras que las segundas corresponden a los tribunales. Esto no significa otra cosa que los jueces están constreñidos por la existencia de normas que le señalan un curso de actuación de tal forma que sus decisiones serán correctas si siguen la pauta en ellas incorporada. Al legislador, en cambio, se le ve relativamente libre para establecer programas finales y fundamentar su decisión en motivos de conveniencia o utilidad (Mejía Quintana 151-152).

A lo anterior se agrega que los programas teleológicos se orientan al futuro mientras que los programas condicionales se orientan hacia el pasado. Estos últimos, además, son instrumentos que permiten que los tribunales sólo estén obligados a comprobar que la situación fáctica que se les presenta corresponde o no a los supuestos de la regla de decisión sin preocuparse de las consecuencias de su decisión. En este punto surge el problema de si las consecuencias deben servir como criterio de regulación en la toma de decisiones a lo cual, desde la teoría sociológica del derecho, se responde negativamente, pues más importante que la adaptación del sistema a las exigencias formuladas desde el exterior es el mantenimiento de la consistencia interna del subsistema jurídico. A todo lo anterior se suma el problema de la eficacia del derecho, que en a partir de las formulaciones elevadas en este contexto es relacionada con la información que poseen los ciudadanos sobre el mismo. Se sostiene por parte de Luhmann que la coacción y la aceptabilidad del derecho dependen casi que exclusivamente de la información que posea el entorno societal acerca del procesamiento de expectativas en el derecho (Mejía Quintana 152-153).

#### *4.4. La norma jurídica: programa de decisión*

Según Luhmann, la función de la norma jurídica es la de reducir la complejidad del medio circundante, esto es, la complejidad social, de tal manera que la teoría sistémica se preocupa por la funcionalidad de la norma jurídica y también por la funcionalidad de las estructuras que componen el sistema jurídico, en atención a superar el problema planteado por el aumento de complejidad en una sociedad altamente diferenciada.

El cierre operativo del sistema sólo es posible a través de un sinnúmero de comunicaciones y de selecciones de comunicaciones de tipo jurídico, esto es, vinculadas a una referencia normativa. Esa normatividad está vinculada a su vez con la función del sistema jurídico en conjunto, cual es la de generalizar y estabilizar expectativas de comportamiento e información estableciendo una barrera artificial frente a las frustraciones (Mejía Quintana 2001, 138). Esta función se actualiza en virtud de la existencia de programas condicionales que permitan a los jueces llevar a cabo una inferencia teniendo en cuenta la estructura causal “si... entonces”.

#### *4.5. Racionalidad sistémica en la decisión judicial*

En cuanto a la argumentación se refiere, el problema central consiste en que la inclusión de juicios de valor en la fundamentación de fallos judiciales –que da lugar a la utilización de valores sustantivos de naturaleza moral en la práctica argumentativa como requisito material de corrección de la misma al lado de la corrección formal–, no es adecuada para la pervivencia del sistema porque afecta su objetividad, su metodología de procesamiento de información.

Lo que diferencia en extremo la teoría de Luhmann de las teorías tradicionales es el énfasis que pone en que el derecho no se caracteriza –no se constituye como derecho– porque contenga propiedades o principios sustantivos o pueda ser identificado globalmente a partir de ellos (Martínez García 1992, 87). La vaciedad se propone como condición inintercambiable para que la contingencia no afecte, no dañe, la coherencia interna del sistema. La disponibilidad al cambio es reducida, ubicada dentro de las necesidades tautológicas del sistema y no es percibida precisamente como la disponibilidad a la adecuación o correspondencia de las normas legales y las prácticas y operaciones jurídicas a las exigencias de regulación de la sociedad. El acento se pone, entonces, en que la legitimación –de las normas, de las decisiones judiciales y del sistema en general– no se obtiene de una supuesta correspondencia con las necesidades sociales sino que es producida dentro del propio sistema

y ello implica que no se pueda afirmar que el contenido de las decisiones esté fijado con antelación en principios, pues estos supondrían cierta conexión con el exterior.

Obviamente en el derecho frecuentemente se hace alusión a principios morales o parámetros de conveniencia, pero esas referencias se basan en la existencia de normas jurídicas que facultan al operador para hacer la remisión. Lo importante, de todas formas, es que cuando se adoptan decisiones se debe mantener la coherencia del sistema y no diluir sus límites, no extraviar los contornos de la diferenciación estructural.

Luhmann subraya, teniendo en cuenta todo lo anterior, que la interpretación, la argumentación y la aplicación jurídicas no deben entenderse como partes de un proceso de atribución pasiva de sentido a unos hechos que conforman el supuesto de hecho de una norma o unas normas. Como lo señala Martínez García “la relación del derecho con lo extrajurídico no puede ser normativa sino de un tipo bien diferente: es cognitiva. Es un proceso autorregulado, controlado desde dentro de un sistema que es capaz de variar su apertura y su cierre hacia el exterior, lo que además le permite readaptarse permanentemente. El sistema jurídico está abierto puesto que es sensible a lo que ocurre fuera, pero a la vez está cerrado debido a la constante referencia a sí mismo que preside todas sus operaciones y le permite orientarse” (Martínez García 1992, 91). En conclusión, Luhmann rechaza tanto las posiciones aislacionistas, que ven en el derecho “un instrumento burocrático de puesta en práctica del poder político” (Martínez García 1992, 92), como las posiciones realistas<sup>49</sup>, que ven la jurisprudencia fundada en el análisis de las consecuencias de las decisiones un instrumento de cambio del orden social establecido. Frente a estas últimas cuestiona el autor que el activismo judicial afecta seriamente la coherencia y la racionalidad jurídicas (Luhmann 1983).

Para Luhmann, es claro que el derecho, al constituir una instancia de procesamiento de conflictos, simplemente estandariza las posibilidades en que un conflicto puede ser resuelto y qué parte de dicho conflicto verá frustrada sus demandas. La idea es que el derecho contiene ya una decisión acerca de quién sufrirá la frustración; otra cosa es que la decisión previa no aparezca muy clara en un caso en particular y esto en ningún momento puede llevar a afirmar que en la adjudicación la política se extiende en el derecho, pues partir de que el sistema

---

<sup>49</sup> Según Luhmann, “el pragmatismo había postulado que toda aplicación práctica de la ley debe considerar qué efecto sobre los resultados legales tienen las diferentes interpretaciones de la ley, preocupándose no sólo por su impacto sobre futuras decisiones dentro del sistema legal, sino también por controlar sus consecuencias concretas sobre la realidad social” (Luhmann 1994, 29).

político es un todo y el derecho es un reflejo del mismo es una posición equivocada, dado que dificulta observar en qué medida es posible *hablar* de sistema legal<sup>50</sup>.

Entonces, para Luhmann la verdad no es exterior al sistema jurídico; al contrario, es producto de la actividad argumentativa de los operadores jurídicos. En su propuesta teórica la verdad no es inmodificable, sino que es objeto de ajustes y reajustes que acontecen en el plano de lo funcional. La verdad dista de ser un parámetro de correspondencia con lo externo, es más bien una asignación de sentido al final de un ejercicio de argumentación donde se tienen en cuenta diversas opciones jurídicamente relevantes. La verdad, para Luhmann, es esencialmente dinámica, es una construcción realizada a partir de criterios comunes compartidos por los operadores jurídicos y diseñados previamente en las operaciones binarias del sistema.

Insistiendo sobre todo ello, Luhmann declara que las operaciones jurídicas no son rígidas; por el contrario, las operaciones deben modificarse en atención a las irritaciones al sistema. Pero tales modificaciones no pueden significar la renuncia a la seguridad, uno de los objetivos de la constitución del sistema jurídico al interior de la sociedad. En este sentido, Luhmann rechaza, como ya quedó señalado, tanto el consecuencialismo en la decisión judicial como las viejas concepciones de la exégesis, según las cuales el derecho, al caracterizarse por su completitud y coherencia, es aplicado silogística y, por supuesto, mecánicamente por los jueces.

En su crítica al modelo decisional del Tribunal Constitucional Alemán, pone de manifiesto que “una cultura legal de la argumentación que produzca un gran grado de variedad, enfatizando la naturaleza individual de cada caso y conforme a vagas fórmulas generales como ‘proporcionalidad’ o ‘intereses equilibrados’, tenderá a abrir el sistema legal a adaptarse a sistemas ambientales rígidos como organizaciones de gran escala cuya forma es determinada por la tecnología o por la inversión de capital” (Luhmann 1994, 32).

La argumentación, en su sentir, consiste más bien en la administración de la redundancia, esto es, en la reducción de los efectos sorpresivos de las informaciones para el sistema jurídico. Explica Luhmann este punto refutando a un tiempo toda una tradición hermenéutica inaugurada por Theodor Viehweg y Chaim Perelman: “no se entiende la argumentación como la búsqueda de bases racionales convincentes, sino como modo de dominar la contingencia y como condensación del contexto sistémico” (Luhmann 1994, 32).

---

<sup>50</sup> Ni el escepticismo frente a las reglas ni la constatación de que en la realidad el derecho “sirve a los intereses dominantes” puede llevar a sostener que los jueces, cuando deciden, seleccionan entre opciones encontradas fundadas en visiones ideológicas opuestas (Luhmann 1994, 31).



Queda sin embargo por determinar hasta qué punto el proyecto científico luhmanniano hace parte de la corriente de pensamiento que asocia la racionalidad jurídica con la previsibilidad y controlabilidad que permite a los sujetos de derecho efectuar transacciones contando con la forma –Estado como punto de referencia para su cálculo de capital. Queda así por precisar si la construcción luhmanniana colabora en la visión de la racionalidad del derecho, ya no sólo el privado, como “la causación adecuada’ del esquema de relaciones distributivas llamada capitalismo”, en palabras tomadas de Bergalli, quien a su vez cita Rebuffa, estudioso de la obra de Weber<sup>51</sup>.

## 5. Derecho como hiperciclo y juridificación

Morales señala los siguientes como los *presupuestos* de la teoría sistémica propuesta por Teubner: (i) el concepto de autopoiesis; (ii) la comprensión de los sistemas sociales como sistemas formados por comunicaciones; (iii) la consideración de que la reproducción de un sistema autopoietico implica su clausura operativa; (iv) la distinción sistema / entorno como constitutiva de la sociedad y de cada uno de los sistemas que la integran; y (v) la constitución del entorno por el sistema (Morales 2000).

Morales resume la posición de Teubner acerca de los estadios de la evolución hacia la clausura operativa del derecho, no sin antes aclarar que mientras la circularidad autopoietica es una cuestión de todo o nada, la autonomía legal no lo es: (i) todo comienza con el conflicto social; (ii) el derecho surge cuando: (a) el conflicto se configura a partir de dos expectativas divergentes, (b) se opta por una expectativa, esto es, se la considera válida, y (c) una de conductas es considerada correcta (aquí, sin embargo, es la moral la que decide qué es lo correcto); (iii) luego el derecho se especializa temáticamente y se da una mínima diferenciación funcional; (iv) a continuación el sistema jurídico constituye sus propios componentes; y (v) “la autopoiesis sólo surge en el derecho cuando esos elementos aparecen, cuando esos componentes que se construyen cíclicamente lo hacen de manera congruente y se vinculan a un hiperciclo al interior del cual se produce un círculo autorreproductivo que tiene la forma acto

---

<sup>51</sup> Véase Bergalli (1997). En ese trabajo Bergalli trata de averiguar por la manera en que el derecho moderno ha afirmado al capitalismo como modo de producción y distribución de la riqueza, partiendo de una crítica a la *idea durkheimiana* de que el derecho es el cemento de la sociedad y proponiendo, en sustitución, y siguiendo ciertas escuelas de pensamiento jurídico que han considerado las relaciones entre el derecho, la cultura jurídica y las esferas de producción y reproducción de riqueza y hegemonía, que el derecho moderno no puede ser explicado si no se atiende a la realidad que comporta su aparición y desarrollo mediante la institucionalización de procesos de producción y aplicación vinculados con intereses económicos y sociales concretos.

–norma –acto”. En fin, la evolución del sistema jurídico se orienta a que las normas se refieran sólo a otras normas y no a elementos o principios extra –jurídicos (Morales 2000).

En el capítulo 2 de *Le droit: un système autopoïétique* Teubner hace una exposición detallada de la aplicación del concepto de auto –referencialidad en el ámbito del derecho y las posibilidades de concebir al derecho como un hiperciclo (Teubner 1993, 25-42). Teubner entiende por autorreferencia toda operación recursiva o circular por la cual cualquier entidad entra en relación consigo misma. Esa definición implica otros conceptos, tales como causalidad circular, *feed back*, *re –entry*, autorregulación autocatalítica, retrorreferencia de sentido, autoobservación, formación espontánea de un orden, autoproducción, y lógicas circulares, como tautologías, contradicciones o paradojas. Todos esos fenómenos, dice este autor, no son más que casos particulares de autorreferencia. En su entender, los grados de autorreferencialidad son, en orden jerárquico: (i) auto –observación, (ii) auto –descripción, (iii) auto –organización, (iv) auto –regulación, (v) auto –producción, (vi) auto –reproducción, (vii) auto –conservación, y (viii) auto –poiesis.

La *auto –observación* es la aptitud de un sistema para reconocer las operaciones y los elementos que lo constituyen. La auto –observación puede acceder al rango de valor estructural y convertirse en *auto –descripción*. Ambas inauguran una dimensión cibernética de segundo grado; por ejemplo, la dogmática jurídica es la cibernética de segundo grado del derecho, pues produce las autodescripciones de las operaciones jurídicas primarias y las estructuras que éstas forman: la dogmática no produce derecho válido, pero proporciona el soporte para hacerlo. La *auto – organización* designa la capacidad de un sistema de construir sus propias estructuras; por ejemplo, el derecho se constituye en sistema jurídico cuando aparecen las denominadas por Hart normas secundarias. La *auto – regulación* es la variante dinámica de la auto –organización; con ella se designa la capacidad de un sistema para establecer sus estructuras, conservarlas y variarlas cuando lo requiere; por ejemplo, el derecho se auto –regula cuando aparecen en él reglas de reconocimiento y reglas y mecanismos de cambio. La *auto –reflexividad* es el resultado de factores y procesos de auto –regulación y auto –descripción, de tal modo que la identidad auto –constituida puede servir para la elección de estructuras sistémicas; el derecho reflexivo tematiza su práctica decisional y sus consecuencias operacionales. Con *auto –producción* se indica la producción por parte del sistema de sus propios componentes. Este es un concepto particularmente problemático –piénsese tan sólo en que la auto –producción del sistema jurídico no excluye las referencias de tal sistema a procesos y problemas políticos y /o económicos. De cualquier manera, Teubner entiende que

los sistemas auto –producidos organizan los flujos de los acontecimientos, en sentido material, energético o informacional a fin de constituir nuevas unidades y las relaciones entre ellas. En general, se puede afirmar que un sistema se auto –produce cuando produce sus elementos de la nada. Finalmente, Teubner entiende la autopoiesis como la conjunción de varios de los grados de autorreferencialidad. Recoge la utilización del concepto por parte de Maturana y Luhmann, la cual acepta, subraya que los sistemas autopoieticos afirman su unidad, que es lo que los diferencia y cree que los componentes de lo autopoietico con: (a) la auto –producción de todos los componentes sistémicos por el sistema; (b) la auto –conservación del sistema mediante el encadenamiento hipercíclico de los circuitos auto –productivos, y (c) la auto –descripción a través de la regulación de la auto –producción.

En el Capítulo III de *Le droit: un système autopoïétique*, Teubner plantea que el derecho es un sistema social de segundo orden (Teubner 1993, 43-74). El derecho cristaliza su clausura operacional independiente de la sociedad, la cual constituye un sistema autopoietico de primer orden. Esta clausura, dice Teubner, se configura por la producción autorreferencial de los componentes sistémicos del derecho y por la conjunción de tales elementos en un hiperciclo. Teubner resume las objeciones a esta definición, así: (i) los biólogos, como Maturana, rechazan la aplicación del concepto de autopoiesis a los fenómenos sociales –la autopoiesis se reduce a la producción y auto –producción de vida orgánica; (ii) otros autores, entre ellos Rottleuthner, preguntan en qué sentido un sistema simbólico, como el derecho, puede auto –generarse; (iii) adicionalmente algunos sociólogos del derecho critican la noción de clausura circular, pues contradice la experiencia de la investigación empírica que ha mostrado satisfactoriamente el carácter abierto del sistema jurídico: la teoría autopoietica del derecho hace parte de una nueva faceta del desarrollo del formalismo jurídico; (iv) finalmente se levanta una objeción al concepto de hiperciclo por su extrema complejidad y su bajo poder explicativo.

A cada una de esas objeciones contesta Teubner. Su argumentación se reduce, sin embargo, a mostrar que son las características del derecho las que por sí mismas hacen aplicable el concepto de autopoiesis, tanto así que la auto –reproducción del sistema jurídico no se logra solamente por la actualización de los elementos comunicacionales, pues en ella también juegan un importante papel las estructuras, las identidades y las funciones sistémicas. Esta auto –reproducción no implica, de ninguna manera, la desaparición de las interdependencias sistémicas, por ejemplo con la economía, aunque el derecho se distinga de su entorno. Finalmente, Teubner acoge la posición de Luhmann en lo que refiere a la autonomía del derecho: la clausura autopoietica es lograda por la producción de los propios elementos

sistémicos. Pero Teubner señala además que la auto –reproducción del derecho tiene su base, sobre todo, en la conexión continua de las acciones jurídicas. Esto lo lleva, según sus propias palabras, a separarse de Maturana, para quien la autopoiesis es un asunto de todo –o– nada, es decir, un sistema no puede ser autopoietico y no autopoietico al mismo tiempo, o lo que es lo mismo, un poco autopoietico y un poco alopoeitico. Para Teubner, Maturana no tiene en cuenta que en el derecho cabe distinguir entre autonomía y autopoiesis. Una vez adoptada esa distinción es necesario tener en cuenta que son fenómenos susceptibles de gradación. Así, una historia del derecho tendrá que dar cuenta de la evolución autopoietica y de las transiciones hacia un grado mayor de autonomía del sistema jurídico.

Por todo ello, Teubner prefiere la noción de hiperciclo elaborada por Eigen y Schuster: “Para que un sistema jurídico logre constituirse, en el curso de su auto –referencia cíclica, sus componentes sistémicos –tales como la acción, la norma, los procesos judiciales- deben ser autónomos. No obstante, la autonomía autopoietica requiere una condición adicional: exige que los componentes sistémicos, cíclicamente constituidos, sean puestos en un hiperciclo” (Teubner 1993, 46 [traducción libre]).

Tras discutir el concepto de sociedad que propone Maturana desde su teoría de sistemas autopoieticos, y criticar con acierto la complicada posición de Peter Hejl, Teubner se encuentra con la conceptualización que Luhmann hace de la sociedad, la cual acepta: la sociedad no es de ningún modo un *biosistema*, en verdad no es más que un *sistema de significación*. Esta conceptualización permite entender por qué la sociedad en cuanto sistema autopoietico de nivel superior está integrada por sistemas de primer grado. Además, dice Teubner, en las ciencias sociales se han abandonado definitivamente las preguntas en torno a si los sistemas sociales son organismos, y otras por el estilo: los sistemas sociales son sistemas autopoieticos, en el sentido estricto del término, independientemente del grado en el que se da la autopoiesis en el mundo de lo vivo: lo son porque producen espontáneamente un orden autónomo -son *sistemas autoorganizadores*-, porque producen sus elementos a partir de sus propios componentes –son *sistemas autoproductores*–. En fin, el substrato en el que se nutren los sistemas sociales –interacción, organización y sociedad global– es la significación: los elementos constitutivos de los sistemas sociales son comunicaciones y no individuos aislados; las comunicaciones son a su vez unidades de mensaje, información y comprensión.

Ahora bien, la pregunta por los fundamentos y los orígenes de la autonomía del derecho la responde Teubner al observar el dinamismo de los actos jurídicos, es decir, al observar un

fenómeno jurídico específico. En efecto, en algún momento los actos jurídicos desencadenaron la modificación del derecho, activando el ciclo autopoietico: acto jurídico – modificación jurídica – acto jurídico.

Pero no basta con que las acciones jurídicas se auto –constituyan en calidad de elementos sistémicos. Es necesario, además, que los componentes sistémicos sean implicados en las líneas de reproducción recíproca (hiperciclo). Por supuesto, esta explicación apunta más a la autonomía del derecho que a su autopoiesis. La autonomía, como se ha indicado repetidas veces, es un asunto de grado, y su gradualidad depende del crecimiento acumulativo de las relaciones circulares. Para comprender los grados de autonomía del derecho resulta indispensable atender que el sistema jurídico realiza al menos tres operaciones fundamentales: auto –observación, auto –constitución y auto –reproducción. Como ninguna de las operaciones implica necesariamente a la otra, el sistema debe armonizarlas y requiere generar una base suficiente para que los componentes se constituyan y luego se auto –reproduzcan. De esta manera, los componentes sistémicos son cíclicamente organizados y relacionados en ciclos auto –referenciales. Este es precisamente el origen de un hiperciclo auto –reproductivo. La autopoiesis del derecho surge cuando los componentes se producen mutuamente.

Con esta base, Teubner intenta aplicar el concepto de hiperciclo al sistema jurídico. La autonomización del hiperciclo, dice, se desarrolla en tres fases: (i) aparición del *derecho socialmente difuso*: los elementos, las estructuras, los procesos y los límites del derecho (*discours juridique*) se confunden fácilmente con otras formas de comunicación social; (ii) transición hacia un *derecho parcialmente autónomo*: el derecho (*discours juridique*) comienza a definir por sí mismo los componentes sistémicos y a hacer un uso operacional de los mismos; (iii) implantación de un *derecho autopoietico*: los componentes sistémicos del sistema jurídico se encadenan de manera hipercíclica y recíproca.

Este modelo, dice Teubner, es útil para el análisis de la historia y la etnología del derecho. Este modelo no sólo le permite apartarse de la propuesta neoevolutiva luhmanniana. También le permite explicar conceptos como “pluralismo jurídico”, que sirven para estudiar fenómenos de derecho socialmente difuso contemporáneo presentes en las organizaciones; o fenómenos propios del derecho parcialmente autónomo que se reproducen en el derecho de los pueblos o la *lex mercatoria*<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Para los resultados de esta empresa analítica, véase Teubner (2005).

Aunque el derecho indígena contemporáneo, por ejemplo, muestra los límites del modelo por fases, y hace prescindir de la linealidad, es claro que la explicación hartiana del paso de un derecho socialmente difuso a un derecho parcialmente autónomo sigue siendo muy exacta. En efecto, Hart mostró que la aparición del derecho está conectada íntimamente con la aparición de reglas secundarias. Estas reglas, dice Teubner, son el mejor ejemplo de auto –descripción jurídica. Pero existen otros buenos ejemplos: la conceptualización dogmática, la definición jurídica de lo que es legal y lo que es ilegal o la descripción del ambiente del derecho con fundamento en categorías jurídicas. Sin embargo, nada de esto es autopoiético en sí mismo. Como tampoco lo es el fenómeno de la profesionalización del derecho (explicado en detalle por Alan Watson en *The Evolution of Law*). La autopoiesis, en sentido estricto, sólo surge cuando emerge un circuito auto –referencial. No obstante, sigue siendo adecuado, como lo hizo Hart en su célebre *The Concept of Law*, partir de las posibilidades asociadas a las técnicas jurídicas de identificación de las normas jurídicas en un universo en el que incluso los textos religiosos parecen contener reglas de derecho, parecen ser “fuentes del derecho”. Cuando el derecho cuenta con normas secundarias de identificación –*rules of recognition* en la terminología hartiana – y, por tanto, con criterios de fijación de lo jurídico, es posible un uso operacional de las reglas o normas que establecen obligaciones o prohibiciones o permisiones. La instauración de normas secundarias, en fin, sirve a la transformación selectiva de las normas sociales en normas jurídicas.

Pero la auto –constitución del derecho no se logra sólo a través de las normas secundarias. Por ejemplo, el uso de precedentes constituye un buen ejemplo de producción de lo jurídico desde dentro del sistema jurídico.

## **6. Constitución, Estado social de derecho y reducción de complejidad en el derecho moderno**

De acuerdo con Ignacio de Otto, traductor al castellano de *Rechssysteme und Rechtsdogmatik*, la existencia de la constitución en sentido moderno sólo es posible a través de la *positividad del derecho* (Otto 1999)<sup>53</sup>. Aunque tanto el derecho consuetudinario como el derecho legislado y, en ciertos casos la jurisprudencia, son derecho, sólo el derecho decidido o puesto,

---

<sup>53</sup> De Otto considera a la constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico. Aunque, como hemos visto, Luhmann plantea la tesis de la horizontalidad normativa, creo que el análisis de la constitución de de Otto coincide en líneas generales con el de Luhmann, por lo que aquí lo presento como un ejemplo paradigmático de la aproximación a un aspecto particular del derecho con un enfoque luhmanniano.

voluntariamente creado, constituye derecho positivo. Si hasta el siglo XVIII el derecho fue fundamentalmente consuetudinario, a partir de este momento el derecho legislado se convierte en el más importante, incluso en países que como Inglaterra tienen una larga y fructífera tradición judicial del derecho. La transición, provocada por el aumento de la complejidad y la diferenciación social, supuso un cambio en la concepción de la validez. Ahora, a diferencia de lo que sucedía en la premodernidad, en la que el derecho antiguo o justo valían sólo por serlo, el derecho vale en tanto que derecho puesto, en tanto que derecho producido: la validez depende de la decisión de crear normas, a través de un procedimiento, por quien está facultado. La prohibición medieval de cambiar deliberadamente el derecho es eliminada a fin de permitir que el derecho pueda ser siempre alterado, lo cual es posibilitado por la institucionalización de procedimientos. Además, el derecho moderno puede afectar a un número prácticamente ilimitado de sujetos individuales y normar prácticamente cualquier cuestión. En general, si el derecho moderno es válido en cuanto es decidido y la legislación ocupa un lugar central, entonces la atribución del poder de decidir y la regulación y la limitación de ese poder cobran una relevancia mayúscula. Para resolver este problema el sistema jurídico requiere de una norma perteneciente al sistema para fundamentar el poder de decidir: ese es el motivo del surgimiento de las constituciones.

Por otra parte, de Otto critica la mayoritaria corriente constitucionalista que ve en la constitución un instrumento para proteger la libertad y limitar los poderes del Estado (Otto 1999, 35). Para de Otto, los postulados de este enfoque son inaceptables, pues hace de la constitución apenas un objeto de la teoría política. La experiencia constitucional de la Europa de posguerra muestra en qué medida tal teoría es inadecuada. En primer lugar, la constitución es una norma jurídica que vincula al legislador y cuya eficacia es garantizada por la jurisdicción constitucional. La juridificación y la judicialización de la constitución resaltan su carácter normativo y la convierten en objeto de estudio de la teoría jurídica. La teoría jurídica revela que la Constitución es constitutiva de la diferencia en cuanto constitutiva de la identidad del Estado en relación con la Sociedad, según la división trazada por la teoría política clásica, y muestra también que la constitución limita los poderes estatales debido a que los crea. Además, la teoría jurídica advierte la función selectiva que tiene la constitución y la garantía de posibilidades que representa. La constitución se configura como norma de selección al delimitar lo lícito y lo legítimo: no todas las expectativas políticas pueden devenir derecho, pues existen límites formales y materiales a su producción. La configuración orgánica y procedimental del poder político –i.e., separación de poderes, independencia judicial y principio de legalidad– es prueba

de que no se puede convertir cualquier expectativa en derecho. En un sentido diverso, los derechos fundamentales también estructuran una esfera de lo no politizable. La constitución es garantía de posibilidades puesto que limita las posibilidades de intervención estatal en el ámbito de lo privado y por esa vía impide que la intervención sea indiscriminadamente reclamada. Finalmente, la garantía de la supremacía de la constitución por parte de la jurisdicción libera al sistema político de cargas de decisión, al favorecer la idea de que ciertas cuestiones no pueden ser decididas de nuevo a menos que se agote un procedimiento de cambio normativo complejo<sup>54</sup>. Prieto Navarro, por su parte, resume así el debate acerca de las relaciones entre derecho y política y el papel que juegan las constituciones en este escenario:

[La Constitución] cumple la misión de introducir el entorno en el sistema a través de la autorreferencia. El sistema político, con la interpretación que lleva a cabo de los textos constitucionales, se representa la ilusión de un acoplamiento y una regulación ordenadora del Derecho en sus asuntos internos. La política obtiene, como modelo interno autogenerado, la apariencia de que puede servirse del Derecho en sus tareas de control. El potencial de acción política se ve ampliado sobre la base de la panoplia de acciones posibles que le presenta el Derecho. Por su parte, el sistema jurídico, a través de la Constitución, se ve confrontado con la necesidad de elaborar de continuo las iniciativas políticas que se presentan. Paralelamente, se incrementan sus posibilidades de presentar estas iniciativas políticas en forma jurídica" (Prieto 2001, 350).

A este respecto sostiene Peruzzotti: "el constitucionalismo, como una estructura de la sociedad tiene la función de regular la complejidad del subsistema. En una situación de complejidad desestructurada, todas las posibilidades son iguales y arbitrarias; los mecanismos constitucionales, al excluir ciertos tipos de conducta y permitir otros, contribuye a la estructuración de la complejidad" (Peruzzotti 2001).

Por último, de Otto expone la transformación de las funciones de la constitución con motivo del avenimiento del Estado administrativo, o burocrático, o de bienestar, o intervencionista o expansionista. La intervención regularmente es medida por normas finalistas que operan en el plano de la política social y económica. Pero como la mayor parte de las normas del Estado de derecho democrático liberal son de tipo condicional, incluso las normas de derechos fundamentales, entonces se requiere replantear tales normas y por ello las normas de derechos fundamentales son reinterpretados como mandatos de hacer. Las normas finales contienen programas finales y no condicionales como sucede con la mayoría de las normas. "Hay

---

<sup>54</sup> La idea de que la constitución es democrática, esto es, favorece la pluralidad y el surgimiento de un retículo ampliado de selecciones, debido a que restringe las posibilidades de selección y variabilidad se encuentra también en Holmes (1988).



programación condicional cuando la conducta debida se condiciona a la presencia de un determinado supuesto de hecho, lo que ocurre también en las normas que reconocen derechos fundamentales [...] Hay, en cambio, programación final cuando lo que se prescribe no es una respuesta a una situación de hecho, sino el logro de un fin". Cuando se trata de normas finales no se sabe con claridad en qué momento se debe actuar, ni el contenido de la acción concreta. El problema radica en que para conseguir un fin determinado el operador debe realizar un análisis consecuencialista. La indeterminación de las normas finales y la discrecionalidad que genera son buenas razones para no aceptar el giro sociológico.

Ahora bien, como la constitución se quiere hacer aparecer como un programa que en sí mismo contiene el orden jurídico básico y un modelo de sociedad justa, de Otto reclama para el legislador más libertad para decidir. La vía que escoge es la defensa de la idea de constitución abierta<sup>55</sup>: ni la constitución ni la interpretación de la constitución pueden configurar la realidad en todas y cada una de sus facetas. De Otto, en lugar de optar por el libre activismo judicial, que estima antidemocrático, dice que la solución es entender que la constitución ha de permanecer abierta a configuraciones distintas. Desde su punto de vista, constitucionalizar el Estado social es erróneo<sup>56</sup>. Asimismo, en tanto que las opciones políticas no están programadas en la constitución de una vez por todas, los principios que rigen la política social y económica informan válidamente juicios de constitucionalidad, no determinan decisión judicial alguna.

---

<sup>55</sup> En los Estados Unidos, el *procedimentalista* John Hart Ely ha defendido la idea de constitución abierta en *Democracia y desconfianza* (Hart Ely 1997). En Alemania, Peter Häberle ha sustentado sus tesis en la existencia hipotética de una comunidad de intérpretes. Sobre este punto, puede consultarse con gran provecho el trabajo de Ferreres Comella (1997). Para una interesante crítica de las versiones *procedimentalistas* y *originalistas* del derecho constitucional norteamericano véase Dworkin (1996). Este texto de Dworkin es la versión castellana de la introducción a *Freedom's Law*.

<sup>56</sup> En Colombia hace eco de esta discusión Uprimny Yepes quien, no obstante defender el concepto de constitución abierta, entiende que la justicia constitucional debe tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos inclusive si se trata de los llamados derechos sociales. Véase Uprimny (2000/2001).

### **CAPÍTULO III**

## **EL SISTEMA DE DERECHO JUDICIAL: ENTRE EL ORDEN Y EL DESORDEN**

En este capítulo examino diacrónica y sincrónicamente las posibilidades vinculadas a la técnica de precedentes y el impacto de ésta en la estructuración del sistema de derecho judicial. El estudio aborda aspectos centrales en teoría jurídica, como son la validez, la unidad y la coherencia del derecho, vistos ahora desde la óptica dogmática constitucional tradicional, no es referente plausible para emprender una labor teórica como la que aquí se propone. tica del paradigma sociológico del derecho fundado Niklas Luhmann. En particular analizo la importancia de la jerarquía organizacional para la vigencia y la validez de los precedentes, la dinámica del derecho jurisprudencial, los cuestionamientos a la noción positivista del sistema de fuentes y un aspecto que resulta trascendental en el marco de este trabajo: la estructura de las reglas de decisión elaboradas por los jueces. El análisis del sistema de derecho judicial (que tiene su origen en la producción de precedentes) permitirá sostener al final que este sistema se mueve ineludiblemente entre el orden y el desorden.

#### **1. Antecedentes europeo –continentales de la discusión sobre reglas, principios y precedentes**

Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz Miguel han realizado un estudio comparativo de los modelos y sistemas de precedentes en los Estados Unidos y varios países de la comunidad europea<sup>57</sup>. De acuerdo con estos autores, Blackstone en Inglaterra y von Savigny en Alemania elaboraron teorías declaratorias del precedente. En sus trabajos seminales de los siglos XVII – XVIII, insistieron en que los jueces declaran la ley pero no la hacen. En Francia, entretanto, la codificación impidió pensar siquiera en un sistema de precedentes. Allí, la evolución del sistema de precedentes, coetánea a la evolución del esquema de la casación, ha llevado al reconocimiento de que los principios del derecho deben ser utilizados por los jueces en la motivación de las decisiones. En otras palabras, aún todavía no se les adscribe a los jueces la función de crear el derecho; en este país ha imperado el llamado precedente de interpretación: el precedente sirve para interpretar la ley escrita o los principios legales, pero no es considerada una regla para la definición de futuros casos –esta es la vieja idea según la cual la interpretación resuelve ambigüedades, obscuridades o indeterminaciones inscritas en las

---

<sup>57</sup> Véase Bankowski *et. al.* (1997).

prescripciones del Código—. Pero en Alemania el sistema de precedentes ha evolucionado de una manera distinta y esa evolución ha sido captada en otros ordenamientos jurídicos como el italiano o el español gracias a la configuración de un derecho constitucional común europeo. En Alemania se ha implantado un sistema de precedentes que busca el desarrollo de la democracia y del Estado social de derecho. Tal sistema ha servido para apoyar la idea de que existen unos principios fundamentales implícitos en el Derecho que pueden llevar incluso al rechazo de la letra de la ley.

En efecto, en Alemania, como en otros países de tradición neo –romanista<sup>58</sup>, la sujeción de los jueces a los precedentes se observó inicialmente por parte de la doctrina y la dogmática como una circunstancia empírica. En efecto, algunos autores consideraron que si bien las reglas de decisión contenidas en casos ya decididos son seguidas por los tribunales, cuando se enfrentan a la necesidad de resolver un nuevo caso que presenta características sustanciales similares a las de aquellos, en atención a que proporciona cierta seguridad jurídica, tal seguimiento se hace sólo respecto de la jurisprudencia de los más altos tribunales debido a la promoción y publicidad de que se hacía de ésta, la cual en todo caso no vincula nunca jurídicamente ni siquiera al tribunal que la produce. Señalaron estos autores que la vinculación es más bien fáctica y casi siempre el resultado de una evaluación costo –beneficio, tanto por parte de los litigantes como por parte de los tribunales inferiores, de tal modo que en la práctica es probable que se constituya una especie de derecho judicial.

Esta situación dio lugar a una viva discusión en la que participaron eminentes juristas y que derivó en la afirmación de tesis contrarias acerca de si dichos precedentes constituyen fuente

---

<sup>58</sup> René David, distingue en el clásico *Les grands systèmes de droit contemporains* cuatro familias de sistemas jurídicos: la romano germánica, la familia del *common law*, la familia de los derechos socialistas y una categoría secundaria donde incluye otros sistemas, como el islámico. “Los sistemas romano –germánicos se han desarrollado sobre la base del Derecho romano y de la herencia de las costumbres germánicas. A la ley, generalmente bajo su forma codificada, se le reconoce un papel preponderante. El derecho civil, Derecho que reglamenta las relaciones privadas entre los ciudadanos, constituye el centro de estos sistemas, el ‘Derecho común’, mientras que las otras ramas de aparición más tardía no constituyen otra cosa que ‘derechos de excepción’. La familia del *Common Law* de origen inglés se extiende por las numerosas regiones que estuvieron, en un momento u otro de la historia, bajo la dominación de Inglaterra. Se trata, esta vez, de un derecho de origen jurisprudencial, lo que explica que las reglas de procedimiento ocupen un rango al menos igual al de las reglas sustantivas. La norma de *common law*, más concreta y más particular que la norma de la familia romano –germánica, no apunta a formular un principio de conducta general y abstracto, sino a dar solución al proceso”. Ost y van de Kerchove (1997, 185 –186). Utilizo esta cita de autoridad simplemente para ilustrar la dicotomía radical que se yergue en el proceso de observación de dos formas distintas de producción y aplicación del derecho. Esa dicotomía o dualidad se disuelve a la luz del análisis sistémico del derecho y este trabajo pretende dar cuenta de esa disolución.

del derecho como sucede con la ley. Para algunos, los tribunales alemanes no están jurídicamente vinculados por las decisiones emitidas en el pasado por otros tribunales, por tribunales superiores o, inclusive, por ellos mismos. Aunque en principio la norma contenida en el caso originario puede ser pauta de decisión, los jueces al fallar pueden revisar el principio de decisión. Estos autores enfatizaron que, debido a la vinculación fáctica y no jurídica de los precedentes, los jueces deben apartarse de la regla de decisión si advierten que contraría claramente el derecho vigente, o si consideran que la interpretación es incorrecta o, inclusive, si perciben que de la aplicación de tal regla se deriva ahora una situación indeseable normativa o fáctica. De esta manera, el argumento a favor de los precedentes basado en la seguridad correlativa que representan fue desechado a favor de la actualización del valor de la ley.

Esta sección de la doctrina consideró que, dada la vinculación fáctica a los precedentes, el seguimiento del derecho judicial puede convertir a las reglas de decisión en fuente de derecho en sentido amplio, esto es, en el sentido de factor que influye en la creación de derecho. Los académicos vinculados con esta postura sostuvieron que, en cambio, en sentido normativo los precedentes no constituyen fuente de derecho, puesto que tal carácter está reservado para el derecho legislado y el derecho consuetudinario. Por ello, autores como Karl Larenz, quien además resumió el debate, insistieron en que la única vía a través de la cual los precedentes pueden fungir como fuente del derecho es a través de su conversión en derecho consuetudinario. En otras palabras, los precedentes sólo constituirían fuente del derecho deviniendo derecho consuetudinario<sup>59</sup>.

Pero ciertas prácticas jurisprudenciales cambiaron el panorama. La jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo, del Tribunal Social Federal y del Tribunal Constitucional Federal condujo a la elaboración de reglas de decisión cuya redacción y relevancia implicaban que para casos futuros análogos debían observarse éstas. Dicha regulación general desequilibró la balanza a favor de quienes consideraban que los precedentes sí constituían fuente de derecho. Por tanto, los académicos se muestran más preocupados desde entonces por encontrar soluciones dogmáticas en relación con las restricciones al proceso de elaboración de tales reglas y con el modelo de seguimiento de los precedentes. Por ejemplo, Karl Larenz señala que si se cumplen dos condiciones los tribunales pueden establecer reglas generales y éstas deben ser seguidas: “La primera es que la ausencia de una regulación detallada del correspondiente ámbito de cuestiones tiene que llevar aparejada la consecuencia de una inseguridad jurídica que sea

---

<sup>59</sup> Sobre este debate, véase Larenz (1980, 429–436). Hassemer también opina que la vinculación de los jueces a los precedentes es tan sólo fáctica. A este respecto, véase Hassemer (1992).

insoportable para los círculos participantes; y no se ha de poder contar con una pronta intervención del legislador. La segunda es que las relaciones tienen que ser tales que el tribunal pueda divisar claramente las repercusiones económicas, sociopolíticas y demás repercusiones de su regla; los datos empíricos, a tal fin necesarios, tienen que estar a su disposición” (Larenz 1980, 429-436).

Pero el papel que ha desempeñado la dogmática constitucional y el propio Tribunal Constitucional Federal ha hecho que la cuestión sobre la constitución de los precedentes como fuentes del derecho sea planteada en otros términos, ahora más sofisticados. Así, en Alemania se ha enfatizado que el Tribunal Constitucional Federal es el máximo intérprete de la constitución aunque en ciertos casos la fuerza vinculante de sus decisiones sea puesta en duda. En efecto, se discute acerca de si sus fallos tienen fuerza jurídica vinculante para los restantes órganos del poder público.

Ahora bien, la dogmática constitucional actual afirma que sea cual sea el sistema de precedentes concreto existen razones de peso para seguir los precedentes e implantar un sistema de los mismos en dondequiera que no exista (Bankowski *et.al.* 1997). Así, la nueva dogmática constitucional sostiene que (i) el precedente representa un elemento importante para la unidad o la uniformidad del derecho en cualquier orden jurídico. Esto explica la institución de la casación, que debe ser entendida como el equivalente funcional del sistema de precedentes propio de los sistemas de *common law*. Y explica además la creciente importancia de la Corte Europea de Justicia (ECJ) en el desarrollo del proyecto de construcción de un derecho comunitario. De otro lado, sigue la argumentación, (ii) la relevancia de los precedentes también radica en su estrecha conexión con importantes valores constitucionales y principios político – morales del ordenamiento jurídico: las cortes mantienen la unidad del derecho inclusive en la interpretación y aplicación que realizan caso por caso, no sólo considerando el aspecto de la seguridad vinculado al concepto mismo de Estado de Derecho, sino satisfaciendo asimismo la demanda de trato igual para los ciudadanos. Por último, plantean estos autores, (iii) pueden aducirse razones de tipo utilitarista a favor de un sistema de precedentes: (a) canaliza la eficiencia en el sentido de economía del esfuerzo judicial –procesal; (b) canaliza la eficiencia en el sentido de maximización de los intereses de las partes privadas.

Bankowski, MacCormick, Morawski y Ruiz Miguel también se ocupan de las críticas al sistema de precedentes. Recuerdan que importantes académicos han advertido que el excesivo respeto por los precedentes es enemigo de la respuesta sensible a las siempre variables condiciones

sociopolíticas locales. En otras palabras, el formalismo judicial es enemigo de la justicia. Por ejemplo, la igualdad formal puede coexistir con una extrema y sustantiva inequidad en el trato, como en efecto sucedió en los Estados Unidos, país en el que se respetaron por más de cincuenta años los precedentes que justificaban la segregación racial en las escuelas, la exclusión del voto a la mujer o el impedimento para que los homosexuales adoptasen niños. Un respeto excesivo por los precedentes puede evitar que los jueces atiendan los cambios tecnológicos, sociales y económicos. Es decir, a través de la jurisprudencia es posible frustrar el progreso (Bankowski *et.al.* 1997).

Independientemente del debate sobre las ventajas o desventajas de la adopción o el reconocimiento de la existencia de un sistema de precedentes, es posible establecer una tipología de los razonamientos asociados a la producción y el mantenimiento de precedentes. (Bankowski *et.al.* 1997). Así, según estos autores existen tres modelos: (i) modelo de la analogía específica, en el cual los casos contienen decisiones que constituyen ejemplos de correctas y razonables decisiones que guían nuevas decisiones en casos similares; (ii) modelo de fijación de reglas, en el cual una regla (*ratio decidendi*) es adscrita a un precedente: esta es la regla que los tribunales posteriores podrán distinguir o inaplicar; y (iii) modelo de ejemplificación de principios, en el cual el precedente puede ser mostrado en apoyo de unos principios legales o principios del derecho que pueden resultar relevantes para futuros casos y como una solución que quizá contribuya a nuevos desarrollos legales. En los países en los que no se ha reconocido formalmente la fuerza vinculante de los precedentes, por lo menos en un sentido normativo, operan los modelos (i) y (iii). No obstante, en los Estados Unidos, quizá por la influencia del movimiento realista, los modelos (i) y (iii) han tomado fuerza frente al modelo (ii), todavía vigente en el Reino Unido. El modelo (iii) se corresponde con el *precedent of interpretation* en Francia. Un modelo así corre el peligro de no ser adecuado para la satisfacción de las exigencias específicas que en un Estado democrático constitucional se hacen a los jueces.

En el caso específico de Alemania es admitido por la doctrina que la fuerza vinculante existe cuando se trata de litigios idénticos<sup>60</sup>. En ese tipo de eventos, los jueces deben respetar al

---

<sup>60</sup> En su estudio sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal (TCF), Weber distingue entre el efecto de cosa juzgada, la fuerza de ley y el efecto vinculante de una sentencia proferida en un juicio de constitucionalidad (Weber 1998). Dice el profesor de Osnabrück que las sentencias del TCF tienen efecto de cosa juzgada tanto formal como material, afectando esta última al fallo y no a los fundamentos, "aunque los fundamentos que dan sentido al fallo pueden ser cubiertos por la misma". De otro lado, cuando el TCF declara inconstitucional una norma del ordenamiento jurídico, la

menos dos reglas muy sencillas, a saber: (i) “si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión hay que aducirlo”, y (ii) “quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación” (Alexy 1997, 537). Según la tesis defendida, con el respeto de dichas reglas se obtiene un nivel elevado de seguridad jurídica, se garantiza la vigencia del principio de igualdad y se genera confianza y estabilidad generales.

Ahora bien, Robert Alexy sostiene, en consonancia con el análisis efectuado por MacCormick sobre el razonamiento jurídico, que es posible obtener de cada decisión del Tribunal Constitucional Federal una regla de decisión. En efecto, el proceso de argumentación racional de los tribunales debe estar guiado por el *principio de universalidad*, conforme al cual los jueces tienen que buscar establecer una regla que permita decidir el caso presente y resolver casos futuros similares a éste en lo sustancial. Alexy entiende que con base en este principio es plausible sostener que, en eventos de similitud suficiente, las reglas de decisión elaboradas anteriormente tendrán que ser aplicadas.

No obstante, la aplicabilidad general de las reglas de decisión contenidas en casos precedentes se torna punto de discusión cuando los jueces proceden a extender la fuerza vinculante de aquellos a casos con nuevas características o a restringir una extensión de tal tipo a otros casos precisamente por la presencia de nuevas características.

Además, en un intento por refutar las opiniones de ciertos autores que ven en la obligatoriedad de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal un signo de pérdida de prevalencia para la configuración legal del ordenamiento jurídico, Alexy señala que si bien la actividad del Tribunal ha dado como resultado la constitución de una red amplia y densa de reglas de decisión, “hay que hacer referencia a las posibilidades del *distinguishing* y del *overruling*. Por más densa que sea la red de las reglas de decisión, los nuevos casos presentan siempre nuevas características que pueden ser utilizadas como razones para una diferenciación.

---

sentencia tiene fuerza de ley, lo cual significa, simplemente, que tiene eficacia *erga omnes* y que el legislador no puede reiterar tal norma. Señala el catedrático alemán que la *ratio decidendi* también se ve afectada por la fuerza de ley. Finalmente, de acuerdo con el artículo 31.1 LTCF las sentencias del TCF vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y los Länder, por lo que al tener la prohibición de reiteración como punto de referencia tanto el fallo como la fundamentación del mismo, esto es la *ratio decidendi*, esta última también goza de fuerza vinculante. De cualquier forma, indica, en la práctica ha sido difícil diferenciar con precisión entre los fundamentos jurídicos esenciales y los que no lo son de tal modo que la vinculación general a los precedentes jurisprudenciales ha sido objeto constante de críticas, sobre todo cuando el propio TCF ha exagerado en la atribución de fuerza vinculante a sus argumentaciones, como cuando decidió que todos los fundamentos jurídicos de la decisión sobre el Tratado con la República Democrática de Alemania constituían la *ratio decidendi* de la sentencia aún cuando no se refirieran exclusivamente al tratado.

Además, como precedentes, las reglas de decisión poseen sólo una fuerza de decisión si se aducen razones suficientes para ello” (Alexy 1997, 539).

Por otra parte, Alexy recuerda que la vigencia y validez de los principios no se reduce o desaparece como consecuencia del acrecentamiento de la masa decisional. La dogmática constitucional concuerda en que el sistema de principios es de mayor importancia en una democracia constitucional que el sistema de reglas, incluyendo en este sistema a las reglas de decisión elaboradas por el Tribunal Constitucional Alemán. Alexy explica que cuando las reglas de decisión apoyan la vigencia de principios y éstos no ordenan algo diferente a lo contenido en tales reglas, una masa decisional amplia y densa resulta valiosa para la solución de casos fáciles. Pero, cuando el caso es difícil es necesario virar de nuevo hacia los recursos valorativos que proporciona la ponderación entre los principios en conflicto. Esto significa, en su criterio, que tales principios pueden operar en casos concretos como criterios para la exclusión de la posibilidad de emplear ciertas reglas de decisión confeccionadas por el Tribunal<sup>61</sup>. Así, una masa precedencial densa reduce la dificultad de los casos y de ella debe extraerse la regla de decisión para el nuevo caso, pero en ciertos eventos la dificultad es irreductible por lo que es necesario efectuar una vez más una ponderación entre principios contrapuestos.

---

<sup>61</sup> Sobre la distinción entre reglas y principios y sus efectos véase Alexy (1997 81–170) y Alexy (1988). Alexy recuerda que en la actualidad la tesis del positivismo según la cual el sistema jurídico es un sistema de reglas debe ser remplazada por una nueva tesis según la cual el sistema jurídico está compuesto por un sistema de principios y por un sistema de reglas. El modelo de principios, propuesto en el ámbito anglosajón por Ronald Dworkin, expone que tanto las reglas como los principios son normas. La distinción entre estas normas no radicaría tanto en la generalidad de cada una de ellas –las reglas tendrían un grado de generalidad bastante bajo en comparación con la de los principios– sino, más bien, en su fuerza y en su peso específico para la resolución de casos concretos. Mientras las reglas se aplican todo – o –nada, los principios proporcionan razones a favor de una determinada decisión. De otro lado, mientras las reglas contradictorias se excluyen si una de ellas no constituye la excepción de la otra, los principios tienen una dimensión de peso que hace que en caso conflicto o colisión el que tenga un mayor peso en el caso concreto prevalezca sobre el otro que, sin embargo, no deja de tener vigencia. Así, la presencia de una colisión de principios lleva a una ponderación. Por otra parte, a diferencia de las reglas que exigen un cumplimiento pleno y se estructuran de tal manera que se conozcan las condiciones de la aplicación de la consecuencia jurídica estipulada, los principios son mandatos cuya aplicación depende de las posibilidades fácticas o jurídicas existentes en ciertos momentos. La aceptación del modelo de principios lleva a la búsqueda de un modelo de condiciones de prioridad, de un modelo de ponderación y de un modelo de prioridades prima facie de decisión. Ahora bien, Alexy sostiene que la fórmula que halla el tribunal constitucional para resolver una colisión, es decir, la fórmula que contiene el orden de prelación entre principios de acuerdo a ciertas condiciones, constituye el supuesto de hecho de una regla que define las consecuencias jurídicas del principio predominante. No obstante, este autor reconoce que la novedad de los casos impide elaborar una teoría acertada que permita determinar para cada caso la decisión conforme a los órdenes de prelación.



Alexy reconoce que concebir la actividad del Tribunal de esta manera hace manifiestas las limitaciones de la fuerza jurídica vinculante de los precedentes en un Estado democrático constitucional lo cual, a su vez, indica la necesaria reformulación que debe hacer la dogmática constitucional sobre el principio de seguridad. Esto es de particular relevancia, por cuanto el Tribunal es proclive a emplear cláusulas y fórmulas de “carácter extremadamente abierto”, como la proporcionalidad, las cuales son, paradójicamente, reforzadas por los precedentes.

La pregunta que surge es, entonces, ¿cómo puede ser reformulada toda esta discusión en términos de teoría de sistemas autorreferenciales y autopoiéticos? De otro lado, en términos más generales, cabe preguntar, ¿qué importancia tienen los precedentes para un derecho autopoiético que, como es obvio, se constituye como un sistema parcial de la sociedad? Y, también, ¿qué lineamientos tendrían que seguir las investigaciones teórico –jurídicas, socio –jurídicas y dogmático –jurídicas sobre el precedente judicial? Finalmente, ¿qué ventajas tendría aplicar el programa y la metodología de investigación de la teoría general de la sociedad a este aspecto? En lo sucesivo me ocuparé de reconstruir el pensamiento de Luhmann sobre la cuestión, el cual no fue expuesto por éste autor de modo sistemático.

## **2. Primera aproximación crítica a una técnica jurisprudencial compleja**

La historia de un sistema y sus componentes se constituye como un factor esencial en la dinámica de los mismos y constituye un elemento fundamental para la adopción de la metodología que debe encargarse de descubrir o explicar el proceso en el que la complejidad aumenta y es reducida continuamente (Mejía Quintana 2001, 90).

Un aspecto principal de la configuración de los sistemas es que éstos, para poder hacerse a sí mismos y mantenerse como sistemas, tienen que devenir complejos y, aparte de esto, tienen que adoptar una organización específica encargada de reducir la complejidad propia del entorno. Lo relevante es que la formación de tal organización, los procedimientos que la regulan, y los procesos de obtención de información del entorno que la caracterizan, son transformados en su historia y en la historia de la estructura sistémica de la que forma parte, todo lo cual permite la reducción de complejidad. La historia del sistema y sus organizaciones específicas cumplen un papel cardinal en la medida en que todas las acciones orientadas a la reducción de complejidad aparecen programadas por ella. En este sentido, la programación delimita el campo de conductas aceptadas como factibles de pertenecer al ambiente sistémico

y lo que se denomina el horizonte de posibilidades del sistema para asumir nuevos mensajes o informaciones (Mejía Quintana 2001, 91).

La historia así entendida es aligeramiento de complejidad, aunque, claro está, puede ser sustituida por un elemento más funcional que ella en un contexto determinado. Por ejemplo, la función de juridificación, cumplida mediante la activación del código binario, del cual depende en gran medida la actualización de la memoria del sistema. Así, la satisfacción de las necesidades de consistencia del mismo es posible a través de la constante verificación que ejerce un código sobre las operaciones y las variaciones de tales operaciones. Pero tal función no es exclusiva del código, pues en ciertos sistemas puede advertirse fácilmente la importancia del surgimiento de una técnica que, como la de precedentes, se orienta a fijar condiciones de estabilidad y cambio en el sistema jurídico.

El principio de estarse a lo decidido anteriormente en casos que guarden identidad sustancial o material con el que se decide actualmente se constituye, así, en un objeto interesante del análisis sociológico del sistema jurídico, puesto que guarda relación con el programa de investigación sobre la historia del mismo.

En efecto, aunque en principio en el sistema legal sólo las normas constituyen las pautas relevantes para atribuir relevancia jurídica a un acto o a una expectativa (Martínez García 1992, 84), dentro del enfoque sistémico el precedente puede ser definido como una técnica por medio de la cual los tribunales determinan la forma como en el futuro se procesarán las expectativas legales de los sujetos de derecho. La técnica del precedente implica entonces la definición por las corporaciones judiciales de la forma como se va a interpretar en el futuro si ciertas normas y hechos son jurídicamente relevantes en determinadas circunstancias.

En este sentido, el precedente funciona como reductor de complejidad del sistema legal en las resoluciones judiciales de controversias estructuradas desde expectativas fácticas - normativas, toda vez que los jueces precisarán cuáles de ellas se verán frustradas. Así, el sistema legal encontrará en el precedente un mecanismo para evitar la saturación por demanda excesiva mientras que este último servirá a la actualización permanente de lo que debe entenderse por derecho. El precedente, en suma, tendrá por función dotar de consistencia al sistema legal en

su conjunto, debido a que los jueces en sus argumentaciones se verían obligados a verificar que sus decisiones satisfagan las necesidades de coherencia de éste<sup>62</sup>.

De esta manera, el precedente aparece como uno de los ejes de la autopoiesis del derecho, dado que permite dominar la contingencia constituyendo un factor de contingencia en sí mismo y, por tal razón, reducir la complejidad de un sistema legal que se ve constantemente impelido a innovar en la regularización de expectativas, convirtiéndolo esencialmente en un programa decisorio coherente. Así, el precedente se ubica operativamente en la órbita del solipsismo del sistema, pues primariamente se presenta como un elemento de autorregulación que sirve para estabilizar las posibles transformaciones de los demás elementos que integran el sistema legal, la incorporación de nuevos elementos al mismo, la expulsión de elementos extraños y, la juridificación de ciertos elementos que se manifiestan peligrosos para la coherencia sistémica.

De otro lado, la idea de que deben existir doctrinas obligatorias elaboradas en decisiones judiciales responderá a los requerimientos internos de unidad del sistema. Esto no quiere decir que no sirva a la adecuación del sistema legal al entorno constituido por los demás sistemas sociales, significa que la adecuación se produce fundamentalmente por un giro referencial hacia dentro del propio sistema jurídico. El precedente es utilizado como un restrictor frente a la potencialidad cognitiva de la actividad judicial, en conjunto y singularmente considerado, frente a los demás sistemas sociales que proveen de información al derecho.

En efecto, la resolución cotidiana de disputas legales puede llevar a la confusión del sistema legal con su entorno, esto es, puede limitar la fuerza redundante del sistema legal. Sin embargo, la tensión parece irresoluble. El derecho requiere tanto de operaciones que impliquen aprehensión normativa de información, como de operaciones que impliquen aprehensión cognitiva de expectativas provenientes de los restantes sistemas sociales. Esta tensión, puede ser percibida además, en ciertas ocasiones, como el resultado de la introducción de una técnica que intuitivamente parece significar la materialización del ideal de consistencia sistémica coetáneamente al surgimiento de un moderado activismo judicial que expone al sistema legal a paradójicas aperturas.

---

<sup>62</sup> "Sólo el derecho puede decir qué es legal y qué es ilegal, y al decidir esta cuestión debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias sobre las futuras operaciones del sistema. En cada una de sus propias operaciones debe reproducir su capacidad operacional" (Luhmann 1994, 30).

Resumiendo, la producción del precedente puede ser entendida como parte de un proceso más general de planificación racional para la reducción de complejidad del sistema social. Es un enlace entre un pasado y un presente histórico que se supone encauzado hacia la demostración de que éste no puede prescindir de aquél sino es a riesgo de quedar a la deriva proporcionada por la complejidad circundante. En ese sentido es válido, en la perspectiva de una visión sistémica del derecho, afirmar lo siguiente:

- Desde la óptica de la teoría de sistemas el precedente es observable como un elemento que permite hacer saber, de un lado, que las potencialidades del sistema jurídico para asumir nuevas informaciones son realmente limitadas y, de otro, que prescindir del pasado del sistema legal es demasiado costoso en términos de transformación aceptable del mismo.
- De igual manera, la consolidación de la técnica del precedente incide favorablemente en evitar que los agentes decidan por sí mismos una y otra vez, en desorden, cuáles expectativas habrán de impulsar para su satisfacción o, lo que es lo mismo, en incentivar a tales agentes a hacer un cálculo de probabilidades sobre las condiciones concretas en las que su iniciativa tendrá éxito. Con la técnica del precedente se logra, entonces, establecer con razonable claridad las condiciones en las que el sistema jurídico aceptará unas razones como pertinentes.
- Hacia el interior del sistema, el precedente reduce las expectativas de los agentes institucionales respecto a sus posibilidades reales de acción limitando los cursos viables de actuación en relación con determinado problema. Debido a esto las expectativas de soluciones indeterminadas son a su vez determinadas y despojadas de contingencialidad por cuanto se elimina la pluralidad de opciones de que algo pueda o no ser. De un abanico de posibilidades de acción se pasa a una proyección estructural definida que se erige en parámetro de corrección de las actuaciones de los agentes institucionales.
- En relación con el entorno, con la técnica de precedentes el sistema jurídico busca condicionar las probables acciones de los agentes externos, haciéndolas limitadas mostrándole a éstos los condicionamientos de tales acciones y las disposiciones del sistema a receptar sus impulsos o irritaciones. En este sentido, el

precedente desalienta el aumento de acciones potencialmente problemáticas dirigidas a irritar al sistema.

- Con la técnica del precedente el sistema jurídico logra que una selección de información sea transmitida a su interior ya simplificada, despojada parcialmente de complejidad, abstraída de un contexto original indiferenciado y englobante de significados heterogéneos. El precedente es una especie de catalizador que permite ganar tiempo, aunque en determinado momento pueda aumentar la frecuencia con que se presenten nuevos mensajes a admisión.

- Una vez ingresado un mensaje en el sistema jurídico, la forma como se asume pasa a ser considerado no sólo como un dato sino también como un modo de resolver un conflicto, lo cual extiende la probabilidad de que sea elevado al rango de una expectativa favorable al agente emisor.

- Con la técnica precedencial el sistema jurídico también busca estabilizar su evolución, pues ésta depende, al igual que en otros sistemas, de la capacidad de decidir lo que en principio es imposible de decidir por falta de información que permita relativizar la carga de complejidad que comporta la introducción de mensajes indiferenciados y heterogéneos.

- Por último, la variación del precedente es imprescindible como factor de generación de casuales desórdenes, por falta de coordinación previa de las estructuras internas del sistema, que permiten que éste se reproduzca al buscar soluciones normativas e institucionales para solucionar problemas en torno a los cuales aún no ha desarrollado una función específica o mecanismos complementarios de reducción de complejidad.

No obstante, el análisis netamente funcional debe ser complementado por un análisis más estructural. Este revela que el precedente juega en principio un papel de suma importancia para la diferenciación del sistema legal de la política. En efecto, la técnica del precedente, incrustada en el contexto de la definición de los modos de modificación del derecho, aísla el sistema legal de la política, en tanto que representa la forma más acabada de creación judicial del derecho y, por tanto, uno de los modos más elaborados de su autorreferencialidad. Esto, porque expresa un alto grado de redundancia que permite al sistema jurídico eliminar en lo posible consecuencias sorpresivas en la aplicación cotidiana del derecho. Ahora bien, la

dimensión estructural de selección y desvinculación que caracteriza al precedente se revela incluso antes de su establecimiento efectivo en casos concretos, pues el horizonte de coherencia que genera obliga al juez a evitar adoptar decisiones puramente ad –hoc.

Un análisis aún más profundo revela que la disputa por la gradación del peso específico del precedente en la resolución de un caso particular está vinculada con la necesidad del sistema legal de permanecer abierto a pequeños caos, a ciertos accidentes. La seguridad se ve entonces confrontada con la innovación. El precedente opera como mecanismo de predicción de alternativas admisibles y relevantes en un contexto general de innovación legislativa y transformación judicial del derecho; opera, en resumen, como restrictor frente a posibilidades que pueden llevar al sistema a contradicciones irresolubles. El precedente se configura, doblemente, como una *frontera del pasado* –es una información previa relevante– en los casos que domina, y como una *frontera del futuro* en el proceso de su producción, en tanto que los jueces analizan las consecuencias de adoptar una entre varias decisiones posibles<sup>63</sup>. En *El derecho de la sociedad* Luhmann se refiere al problema de la ilusión del pasado en el ámbito de la adopción de decisiones judiciales, así:

La relevancia consiste en esto: *la decisión no está determinada por el pasado* (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo 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 por el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones. Por más problemático que esto sea, se puede comprender por qué los

---

<sup>63</sup> Sobre la información como “frontera del pasado” y la consecuencia como “frontera del futuro”, véase García Villegas (1998). García sostiene que mientras en el Estado de derecho las decisiones jurídicas se orientaban hacia al pasado, en el Estado social de derecho las decisiones jurídicas se orientan hacia el futuro. Esta es una cuestión altamente problemática para la sociología sistémica del derecho. Dice Luhmann: Lo que es válido para el pasado, es válido también para el futuro; por lo menos, en tanto se trata de delimitaciones propias del sistema, el pasado y el futuro se comportan en forma simétrica uno frente al otro. En lo que se refiere al futuro, se pensará sobre todo en la institución de la fuerza del derecho. Pero también la improductividad ampliamente discutida de las perspectivas teleológicas pertenece a este contexto, porque, si se las tomara en serio, tendrían que posponer todo efecto vinculante hasta ver realizado el estado al que aspiran. Con esta justicia específicamente propia, apodíctica y temporal, el sistema jurídico evita interferencias imprevisibles e incontrolables de las condiciones externas. O dicho de otra manera: un orden que pretende lograr la diferenciación y la clausura operativa, para constituirse así como sistema jurídico, sólo puede hacerlo si logra controlar el campo de la referencia temporal de las interdependencias sociales, y lo recorta según sus propias reglas. Sin embargo, eso significa también, que se tiene que aceptar una considerable porción de desintegración temporal en relación con el entorno social. En el derecho existen otros pasados y otros futuros, si se le compara con otros ámbitos de la sociedad” (Luhmann 2002, 272-273).

tribunales cuidan las consecuencias de sus decisiones y tratan de legitimarlas mediante la valoración de las consecuencias. Aunque en sentido estricto, no pueden conocer las consecuencias de sus decisiones, ya que harían intervenir más decisiones y la información quedaría incompleta. Tal vez esto –más que ninguna otra cosa– es lo que hace surgir la ilusión de que la decisión, en el sistema del derecho, puede quedar determinada por el pasado, entendido como procedimiento (Luhmann 2002, 371). [Resaltado original].

Además, en términos pragmatistas, es evidente que la referencia al pasado permite legitimar decisiones en el presente e incluye en cierta medida la aceptación de ésta. Entre tanto, el futuro, caracterizado por su apertura y su contingencia, es el que permite fijar objetivos y hacer previsiones.

### **3. Dimensión funcional de los precedentes. Problematizaciones de una expresión característica del sistema de derecho judicial**

En este apartado me ocupo de presentar, con cierto detalle, algunas de las cuestiones más sobresalientes vinculadas con la noción de precedente y con la dinámica que envuelve la técnica de precedentes. Así, en un primer momento abordo la situación de los precedentes en un esquema de validación jurídica horizontal provocado por la asunción del paradigma autopoietico y, por tanto, propongo un modelo de explicación basado en la noción de organización. Luego despliego el método de análisis en relación con las características que tradicionalmente han sido atribuidas al derecho judicial, especialmente desde la perspectiva del positivismo. En tercer término, propongo una línea de examen sobre las particularidades de la argumentación jurídica relativas a los precedentes. Finalmente, presento algunas de las salidas teóricas que desde el paradigma utilizado y evaluado son posibles en relación con el tema de las fuentes del derecho, el cual ahora debe ser reformulado bajo la nueva perspectiva analítica.

#### *3.1. La jerarquía organizacional y la vinculatoriedad de los precedentes*

En el anterior apartado he presentado de modo sucinto algunas variaciones sobre la técnica de precedentes. En dicho apartado han quedado resaltadas algunas de las propiedades funcionales de dicha técnica y se ha hecho referencia a su valor estructural. Pero ahora es necesario introducir un grado de problematización que permita captar la dimensión de tal técnica. Me refiero a la importancia de la configuración jerárquica de las instituciones judiciales para la vigencia y validez de los precedentes.

En este punto es relevante recordar que la organización es también un tipo de sistema social que en una sociedad funcionalmente diferenciada adquiere una importancia capital para su

evolución.<sup>64</sup> En el capítulo I de este trabajo hemos analizado la pervivencia de este tipo de sistema social en un nivel altamente evolucionado y, por tanto, diferenciado de la sociedad. Allí hice breve referencia a las características de las organizaciones y a que la existencia de la sociedad mundial presupone la existencia no sólo de interacciones cara-a-cara sino también de organizaciones. Ahora es preciso volver sobre esta cuestión.

Las organizaciones, ajustadas a reglas de pertenencia y por tanto, de exclusión, y a directrices de asignación y distribución de roles, se orientan hacia la producción de decisiones. Dichas decisiones deben poder ser atribuibles a un miembro de la estructura de la organización en particular, aunque en principio no se atribuye a un individuo específico la capacidad de decidir. En la organización se actualizan parámetros procesales que ordenan el objeto de la decisión, las condiciones de la misma y la oportunidad para su producción. Estas reglas se conocen como premisas decisionales (*Entscheidungsprämissen*) y pueden ser de tres tipos: (i) programas, que sirven para la evaluación de la corrección de las decisiones estableciendo fines a alcanzar o condiciones para producirlas; (ii) vías de comunicación, que hacen vinculantes las decisiones, todo lo cual está, de alguna manera, garantizado por (iii) la jerarquía al interior de la organización, puesto que los efectos y responsabilidades relativos a la decisión son distribuibles en niveles distintos: la jerarquía permite estandarizar la formación de expectativas, pues condiciona lo que se puede esperar de la secuencia comunicativa que lleva a la toma de decisión.<sup>65</sup>

La toma de conciencia sobre la naturaleza y el funcionamiento de las organizaciones en general habilita una aproximación más adecuada al precedente en términos funcionales, pues debe tenerse en cuenta que el precedente, en cuanto decisión, es producido al interior de

---

<sup>64</sup> Puede resultar muy discutible aplicar el concepto de organización a la jurisdicción, sobre todo si se tiene en cuenta que las primeras formulaciones luhmannianas presentan a las organizaciones incardinadas en las sociedades contemporáneas como sistemas sociales orientadas al logro de ciertos fines. Aquí se hace énfasis en el hecho de que en una organización las comunicaciones se canalizan de forma subordinada.

<sup>65</sup> Véase Luhmann (1997b). Debe precisarse que en este estudio (publicado originalmente en 1978) Luhmann no tiene en cuenta los avances recientes del neoinstitucionalismo en la economía, la sociología y la ciencia política. En particular, March y Olsen, en ciencia política, han criticado con buenos resultados el paradigma de la racionalidad limitada de Herbert Simon, que a su vez había develado las limitaciones del paradigma racional clásico. Aunque March y Olsen siguen manteniendo lo básico del modelo de satisfacción simoniana elaborado en los años cincuenta, las críticas al modelo de Simon también provienen del nuevo institucionalismo económico (Williamson y North) y del nuevo institucionalismo sociológico (Powell y DiMaggio). De cualquier manera, estos tres tipos de neoinstitucionalismo hacen énfasis en la dimensión de estabilidad y cambio institucional, lo que les lleva a describir diseños institucionales y a proponer modelos alternativos en casos concretos. Véase al respecto el trabajo seminal de March y Olsen (1999).



organizaciones judiciales que se articulan con base en el principio de jerarquía<sup>66</sup>. Esta perspectiva, además, inaugura una línea de investigación sobre la validez de las normas centrada en los procesos con regulación jerárquica. Ahora parece más productivo dilucidar en qué sentido la jerarquía que mantiene la validez normativa es atinente a la estructuración de las organizaciones donde se producen y se evalúan retrospectivamente los precedentes. Para ello es pertinente citar *in extenso* pasaje de *El derecho de la sociedad* en el que Luhmann reflexiona sobre el sistema de organización de las decisiones del sistema jurídico:

Como condición de validez absoluta de la observación de la observación del código –universal y plenamente confiable– derecho/no derecho, en el sistema jurídico se produce el ámbito más estrecho de la decisión jurídicamente obligatoria: ya sea para afirmar, ya sea para cambiar el derecho. Aquí se trata de un sistema parcial (un subsistema) de organización; i.e., un sistema que se diferencia acudiendo al recurso de la distinción entre miembros y no miembros del sistema (variables al interior de la organización), esto es, por las normas jurídicas. Para esta organización sistémica de decisiones en el sistema jurídico, sólo tenemos términos para los aspectos diferenciados: juzgados y parlamentos en el caso del concepto de separación de los poderes judicial y legislativo. Pero no tenemos ningún término para enunciar la unidad de ese sistema. Por esta razón hablaremos del sistema de organización de las decisiones del sistema jurídico.

Este sistema organiza su ámbito propio de operación a través de un entramado circular. Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie se cambie el derecho. Para diferenciar los condicionamientos de este entramado de decisiones (¡y sólo para ello!), este sistema se describe a sí mismo como jerarquía: de órganos o de normas. No obstante, el proceso primordial consiste en todo caso en la reproducción circular y recursiva de las decisiones jurídicas (Luhmann 2002, 202-203).

---

<sup>66</sup> Como bien lo señala Cotterrell (1991), uno de los problemas sociológicos más interesantes es el relativo a la composición de los sistemas de tribunales por complejas jerarquías que incluyen jurisdicciones generales y especiales. En texto, no obstante, puede apreciarse con claridad lo que diferencia la aproximación luhmanniana a este tema de otras más clásicas. Por ejemplo, en ella no se comparte la afirmación de Theodor Becker según la cual la base esencial de existencia de un tribunal la constituye la independencia de los jueces. En cambio, se acepta la conclusión de Martin Shapiro, para quien un juez independiente es tan sólo un ideal, pues incluso en Inglaterra, gracias a la expansión del derecho administrativo, los jueces se han visto subordinados al poder del Parlamento. Además, tampoco se comparte cierta versión del funcionalismo que estima que la función de los tribunales es resolver conflictos directa o indirectamente, pues recuérdese que para Luhmann la función del Derecho, y no sólo la de los tribunales, es estabilizar expectativas. Con otras versiones del funcionalismo tampoco se comparte el punto de partida conductista en los estudios organizacionales de los Altos Tribunales, que cifran toda su atención en la personalidad de los jueces y / o sus actitudes políticas llegando incluso a preparar informes cuantitativos al respecto; nótese que para Luhmann la acción no constituye la unidad mínima en torno a la cual se estructura la realidad social. Finalmente, tampoco se comparte con otras versiones del funcionalismo que, cercanas al constructivismo de Berger y Luckmann, plantean que los hechos de los casos son contruidos en la interacción que tiene lugar en el tribunal; téngase en cuenta que para Luhmann la construcción de la realidad obedece a procesos de imputación sistémica. Un resumen de las mencionadas teorías puede verse en Cotterrell (1991, 177-208).

La fuerza del precedente judicial tradicionalmente ha sido estudiada desde el punto de vista de las regulaciones que se elaboran a fin de dotar de validez a decisiones que cuenten con determinadas características. En ese sentido los analistas preguntan si todas o algunas de las decisiones elaboradas por los tribunales ubicados en la cima de la jerarquía deben vincular a estos tribunales y a los de menor jerarquía, si las decisiones de los tribunales constitucionales deben ser o son obligatorias, en qué sentido la importación o adaptación del principio del *stare decisis*, propio de los ordenamientos donde opera el *common law*, cambia el panorama dominado por la tradición kelseniana que atribuía validez erga omnes a las decisiones que finalizaban juicios de constitucionalidad, etc.

La investigación sociológica deja de preguntar por las particularidades de las declaratorias de inconstitucionalidad como término de los juicios abstractos de constitucionalidad en los países en los que se ha implantado el llamado control concentrado. También deja de preguntar por las propiedades de la doctrina constitucional. Igualmente, no atribuye la relevancia que tradicionalmente se ha dado a la discusión dogmática sobre si los jueces inferiores pueden desconocer fallos de anulación. De la misma manera, deja de hacer alusión directa a las cuestiones vinculadas con la lesión al principio de igualdad por desconocimiento de los precedentes.

El programa de investigación sociológica está en cambio orientado a determinar en qué medida la vigencia y la validez de los precedentes dependen de la jerarquía organizacional. Así, en un sistema autopoiético en el que las normas son programas expuestos horizontalmente, las reglas de decisión elaboradas por los jueces adquieren vigencia y validez debido a la forma específica en la que se articulan los aparatos de aplicación del derecho, mas no por la incorporación de un tipo diferente de reglas que condicionen la interpretación jurídica al seguimiento de tales reglas de decisión<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> La presentación que en texto se hace de las posibilidades del análisis organizacional para el estudio de lo jurisdiccional es ciertamente problemática, sobre todo si se tiene en cuenta que choca directamente con la noción de independencia judicial. Sobre este tema véase Simon (1985) y Requejo Pagés (1989). García Pascual (1997), aborda la polisemia de la expresión "independencia judicial". Esta autora, que considera a la independencia judicial ante todo un mito, ha elaborado un juicioso estudio histórico que arranca desde el período prerrevolucionario, examina las consecuencias de la Ilustración, las preocupaciones de Montesquieu, los aportes de Rousseau a la formulación del dogma de la división de poderes, el engendramiento del modelo del juez funcionario por la escuela de la exégesis, y el cambio operado por la aparición del Estado constitucional y las crisis del dogma de la división de poderes, de la soberanía estatal y del principio de legalidad, gracias, claro está, a la expansión del Estado administrativo o burocrático y la desformalización del Derecho. García Pascual también indica que la revuelta contra el

La constitución autorreferencial autopoiética del sistema jurídico implica el cierre normativo del sistema. Este cierre se refleja en un nuevo modelo de validez jurídica, radicalmente ligada a la idea de circuitos autorreferenciales. Tal modelo de validez y de configuración del sistema jurídico supone una disposición horizontal de las normas jurídicas. No se concibe ya más al sistema legal como un orden cuya unidad depende de la jerarquía normativa. Es este contexto, entonces, donde cobra importancia la pregunta por la relevancia de las organizaciones para la actualización del valor o la fuerza vinculante de las reglas en general y de las reglas de decisión en particular.

Dado que la normatividad misma marca la autoproducción del sistema jurídico y las condiciones de las relaciones entre las operaciones sistémicas, el centro de gravedad parece desplazarse hacia la configuración organizacional de las instituciones encargadas de aplicar el derecho, las cuales se estructuran jerárquicamente y operan gracias a la existencia de rutas simplificadas de decisión y control de decisiones. Esa estructura organizacional supone la presencia y utilización continua de programas cuya actualización queda garantizada por ciertas vías de comunicación.

Recapitulando, la vigencia y la validez de los precedentes judiciales no depende tanto de la estipulación en tal sentido contenida en una norma de competencia cualquiera, sino en las formas y procesos que llevan a la toma de decisiones jurídicas por parte de una organización. El derecho moderno, orientado a la regularización y estabilización de expectativas a través de la toma de decisiones vinculantes, se estabiliza a sí mismo mediante la articulación de múltiples organizaciones (Luhmann 2002, 391-395).

Es necesario recordar, por tanto, cuanto se dijo acerca de la naturaleza de los procedimientos. Los procedimientos permiten llegar a la toma de decisiones. Pero tal actividad ha de ser repetible y reutilizable, de tal modo que la configuración misma de los procedimientos contiene ya una orientación hacia la invariabilidad. Así, las decisiones en lo posible no han de variar frente a las numerosas expectativas normativas a las que corresponde enfrentar. Además, los procedimientos se orientan a un fin específico, cual es el de seleccionar decisiones. El contexto en el que tienen lugar los procedimientos es el organizacional. En este nivel los procesos y rutas decisionales están configurados de tal forma que la repetibilidad de las decisiones queda asegurada en virtud del principio de jerarquía. Es en la organización judicial donde se

---

formalismo en el ámbito jurídico europeo ha reflejado ciertamente la toma de conciencia generalizada en torno a la necesidad de proteger los derechos fundamentales.

establecen rutas que permiten determinar, aún sin la comparación de casos y reglas y el uso de clasificaciones conceptuales, en qué sentido se ha de adoptar una decisión.

Pero esta constatación sincrónica ha de ser modulada por el estudio evolutivo del sistema jurídico. Según quedó establecido en el capítulo II de este trabajo, la llamada diferenciación estratificatoria facilitó el dominio de una asimetría social cada vez mayor. La adopción de procedimientos y organizaciones fundadas en el principio jerárquico permitió no sólo la generación de estratos sociales, fácilmente identificables, sino, también, el fortalecimiento de la institucionalización incipiente del derecho. Esa institucionalización, a su turno, hizo posible la autopoiesis del derecho, mediante el recurso a la toma de decisiones vinculantes reforzadas por la existencia de controles jerárquicos marcados por la normatividad. En este sentido, no puede creerse que la aparición de una sociedad diferenciada funcionalmente haya significado la desaparición de dichas formas institucionales. En verdad, tal diferenciación funcional supone la jerarquización organizacional, la cual refuerza el uso adecuado del código binario neutral con que cuentan los sistemas para su autorreferencialidad y autopoiesis. El código elimina la jerarquía e instaura una asimetría fundamental que se hace operativa en el nivel organizacional. Este nivel se constituye como una de las bases para la autopoiesis sistémica, lo cual, en términos más tradicionales, quiere decir que se erige como un polo operativo de la sistematización del derecho.

La institucionalización, base de la autopoiesis del derecho, tomó veredas diversas de acuerdo con las necesidades de reducción de complejidad que tenía que satisfacer. Así, en algunos lugares se prescindió de la racionalización legal y se adoptó un modelo de fijación de parámetros de corrección de las decisiones adoptadas de acuerdo con su correspondencia con los programas decisorios y su aptitud para ser canalizadas por las vías de comunicación existentes. Los aspectos positivos de este modelo son tales que incluso donde se prefirió la racionalidad legal a la dogmática jurídica se ha atribuido la función de fijar criterios de decisión y elaborar conceptos que puedan ser utilizados en procesos decisorios que tengan lugar a escala institucional. A la dogmática corresponde, se dice, comparar casos y establecer criterios de relación. A la sociología del derecho corresponde hacer claridad sobre la forma en que tales criterios son aplicados y describir el modo en el que en el plano institucional se adoptan decisiones vinculantes.

Pero es necesario hacer claridad en que, desde una perspectiva sistémica, la institucionalización del derecho es apenas un componente de la autopoiesis. Es necesario

recordar lo expuesto en el capítulo II sobre la posición de Luhmann acerca de este aspecto. Históricamente fue la masa inmanejable de normas la que hizo indispensable la adopción de reglas de competencia para la adopción de decisiones vinculantes. Para Luhmann, la existencia de un tribunal en el máximo nivel de la jerarquía presupone un nivel mínimo de autopoiesis. Aún más: tal institución y la vinculatoriedad de sus decisiones fundan la autopoiesis del derecho.

Es comprensible así la afirmación según la cual la vigencia y la validez de los precedentes no dependen de su consideración como fuente de calificación del derecho. La conclusión, atendiendo el conjunto de propuestas de Luhmann es más bien sencilla: en un sistema horizontal en el que las normas están situadas en el mismo nivel, la obligatoriedad de las reglas de decisión adoptadas por los jueces está sujeta a las vías de comunicación presentes en las organizaciones jurídicas.

Cotterrell señala uno de los principales problemas que debe explicar la sociología jurídica: ¿cuál es la función que cumple la doctrina y la concentración del poder para instaurarla? Según Cotterrell, el establecimiento de apelaciones tiene como objetivo no tanto permitir un cambio de decisión en determinado sentido sino, siguiendo a Shapiro, facilitar la “supervisión centralizada sobre los funcionarios locales”. En el derecho continental la apelación ha servido históricamente para crear un derecho uniforme cuyo cambio está centralizado. Hubo un tiempo en que los autores afirmaron que la situación en Inglaterra era distinta, pero numerosos investigadores contemporáneos han criticado la distinción, por cuanto allí como en países de derecho continental, los jueces de instancias superiores casi que crean los hechos de nuevo para forzar el cambio de decisión. No obstante, las apelaciones conducen la legitimación: el procedimiento, con su sola existencia, implica legitimidad para el sistema jurídico, pues se presupone que se establecen a fin de beneficiar a los usuarios del servicio de administración de justicia (Cotterrell 1991). Una cita puede servir para ilustrar este punto:

Es evidente que para que la doctrina del precedente o *Case Law* haya podido asentarse, ha sido necesario que entre los distintos niveles de la jurisdicción se creara una fuerte jerarquía. Cada uno de esos niveles, al adoptar una decisión en un caso concreto, debe manifestarse de forma razonada según el principio de la *Ratio Decidendi*, haciendo mención de los argumentos jurídicos surgidos en el precedente pero, al mismo tiempo, debe dar su propia argumentación sobre los hechos que le toca juzgar según el otro principio del *Obiter Dictum*. En todo caso, la tradición y la fuerza de la jurisprudencia han otorgado mucha más relevancia al primero de esos dos principios, en mérito a lo cual *la jerarquía jurisdiccional se ha constituido como uno de los elementos más*

*fuertes en la configuración del formalismo legal británico, habiendo quedado asimismo limitada la capacidad de interpretación (Bergalli 1997). [Resaltado no original]*<sup>68</sup>.

### 3.2. El derecho judicial

La teoría tradicional ha enfatizado la diferencia entre la creación de normas y su aplicación, aunque las considera momentos distintos de un mismo proceso. Esa diferenciación lleva a considerar que la actividad del legislativo y la de los tribunales responden a dos necesidades distintas. En términos sistémicos, es posible afirmar que mientras el legislativo elabora los programas de fines y los de condiciones, mientras que los tribunales se ven limitados por ciertas condiciones cuando se trata de la adopción de decisiones jurídicamente vinculantes. Esta visión ha privilegiado, en los países de tradición romanista, la racionalidad legal. Esta toma de posición a favor del racionalismo a través de la legalidad ha significado un relativo desprecio por el derecho judicial, por las decisiones anteriores adoptadas por los jueces en casos similares. En este sentido se sostiene habitualmente que las reglas de decisión contenidas en los casos anteriores sólo operan en eventos donde se constaten vacíos o ambigüedades en la ley.

Esta visión también procede a distinguir el derecho legislado de un derecho jurisprudencial cuyo aporte a la racionalización y sistematización es mínimo. Se dice que mientras el derecho legislado contiene reglas (i) canónicas fácilmente reconocibles, (ii) confeccionadas con un nivel óptimo de economía textual, y (iii) redactadas con cierto grado de abstracción y generalidad, el derecho de origen jurisprudencial contiene reglas (i) cuya formulación ha sido difícil, lo cual reduce las opciones para reconocerla, (ii) hacen parte de narraciones donde prima la abundancia textual sobre la economía dado que son el producto de procedimientos

---

<sup>68</sup> En Colombia, la Corte constitucional ha establecido que no obstante ser posible el cambio de jurisprudencia ante la necesidad de atender la justicia material del caso concreto, la modificación de la doctrina constitucional corresponde sólo a esa alta corte, en virtud de la jerarquía de los tribunales (Véase la introducción al presente trabajo para efectos de obtener referencias precisas a la correspondiente línea jurisprudencial). Luego la jerarquía jurisdiccional puede justificar tanto un formalismo extremo como una apuesta por una metodología jurídica cifrada en el caso concreto, la ponderación de intereses y la justicia material.

argumentativos complejos, y (iii) son el resultado de la aplicación de reglas a casos concretos aplicables al futuro analógicamente (López Medina 2000b)<sup>69</sup>.

Todas estas afirmaciones admiten reformulación en términos sistémicos. Efectivamente, los vínculos de validez normativa han sido observados desde una óptica que privilegia las relaciones lógicas entre normas debido a que se ve en ellas un punto de partida para considerar la unidad y la coherencia del orden normativas que no son empíricamente detectables. Muchos autores de teoría y sociología jurídicas en el continente europeo afirman que los sistemas formales estructurados alrededor de categorías como deductividad, formalización, axiomatización, decidibilidad, independencia, coherencia y completitud, gozan de un plus frente a los sistemas materiales o estructurados de acuerdo con los contenidos normativos y las relaciones teleológicas.

Así, de acuerdo con la tradición, que un sistema jurídico sea deductivo garantiza que las conexiones entre normas permitan inferencias de proposiciones que comprenden sus consecuencias. Ahora bien, para que un sistema haya llegado a ser deductivo se ha necesitado una larga evolución histórica en la que la racionalización y el cálculo han logrado prioridad sobre la teleología. La racionalización formal del derecho, brillantemente descrita por Max Weber en *Economía y sociedad*, ha significado una adaptación del derecho a las exigencias de cálculo hechas por el sistema económico. Esa racionalización no habría sido posible, de otro lado, sin los esfuerzos teóricos de los constructores de sistemas racionalistas del siglo XVIII, Montesquieu, Beccaria, los redactores del *Code Civil*, los pandectistas y la Escuela de la Exégesis. Las consecuencias de esta evolución son bastante conocidas; en cuanto a la actividad judicial se refiere, es un lugar común referirse a la concepción silogística y autonomista que la regula, con independencia de las falencias que supone elegir las premisas mayores y menores del razonamiento judicial. Tal modelo no ha perdido vigencia, como lo demuestra la apuesta de algunos teóricos empeñados en la construcción de una teoría de la argumentación racional que no lo rechaza sino que lo reconduce (Ost y van de Kerchove 1997, 67-83).

De otro lado, la sistematización formal a través de la legislación y de la codificación ha supuesto la negación de la existencia de lagunas lógicas. El positivismo se ha esforzado por

---

<sup>69</sup> El trabajo de López Medina constituye un notable esfuerzo crítico de la simplificación que incluye dicha dicotomía y del uso consciente dentro de la teoría jurídica más tradicionalista a fin de privilegiar, entre otros, el dogma del legislador racional.

demostrar que el derecho legislado goza de plenitud. En este sentido se han explotado dos hipótesis: (i) es fácil detectar un espacio jurídico vacío que permite sostener que todo lo que no está normado es jurídicamente irrelevante, y (ii) es también fácil elaborar una tesis relativa a una supuesta norma general exclusiva, que establece que todo lo que no está normado está jurídicamente permitido (Ost y van de Kerchove 1997, 91).

De esta manera, la teoría jurídica ha jugado un papel importante en el fortalecimiento de la visión piadosa de la sistematización formal a través de la legislación y la codificación, haciendo énfasis en las categorías lógicas. Pero una aproximación centrada en factores históricos permite observar dicho proceso de racionalización un poco mejor. Veamos.

Ost y van de Kerchove recuerdan que la sistematización legislativa ha gozado de gran legitimidad por su alto grado de efectividad y por las consecuencias prácticas positivas que reporta con cierta inmediatez sin comportar sacrificio de seguridad. En ese sentido, dicen, la tradición ha identificado la noción de sistema jurídico con el conjunto de códigos vigentes. Históricamente puede constatarse que la codificación napoleónica del siglo XIX supuso la mayor sistematización y racionalización del derecho hasta entonces alcanzada al aglutinar y ordenar lógicamente en un solo texto muchas disposiciones, y eliminar, por ello mismo, en cierto modo, la dispersión de fuentes. “Filtrado por el código, el Derecho entero adopta la forma de Derecho legislativo al que, de pronto, parecen adornar todos los atributos de la perfección” (Ost y van de Kerchove 1997, 108). Vanderlinden ha identificado ocho atributos de los códigos que los hacen ver como la proyección más perfecta de la Razón política, pero aquí sólo nos interesan algunas de ellas: (i) el código es coherente, pues supone una concentración de la materia jurídica en contraste con la dispersión y fragmentación de fuentes en el estado anterior a la codificación; (ii) el código es manejable, por su concisión, por su estructuración lógica, por su redacción clara, por su exhaustividad y la ausencia de *obiter dicta*, esto es disposiciones no normativas; (iii) el código disfruta de unidad lógica, esto es, no resulta contradictorio; y, (iv) más importante aún, el código inaugura una era en la que por fin se alcanza una conformidad adecuada entre el derecho legislado y el derecho efectivamente aplicado, “lo que implica que, una vez adoptado el código, podrá pretender la exclusividad entre las diversas fuentes del derecho. Queda eliminada la posibilidad de que sobreviva en los márgenes del código un derecho subsidiario” (Ost y van de Kerchove 1997, 109).

Estas características, cabe resaltarlo, se predicán de los códigos modernos. Estos códigos han aparecido en una etapa a la que Ost y Van de Kerchove denominan codificación cualitativa.



Este tipo de codificación se opone a la cuantitativa, ya que no consiste simplemente en la reunión, en un sólo cuerpo normativo relativamente incoherente, de disposiciones o leyes dispersas. Ost y Van de Kerchove, siguiendo a André –Jean Arnaud señalan que el Código Civil francés surge todavía en la fase de transición; su esencia se funda en las propuestas de Domat y Pothier para lograr una sistematización creciente del derecho jurisprudencial y consuetudinario. En la codificación cualitativa, en cambio, “nos encontramos ahora ante un código que contiene sus propias reglas de transformación, aplicación e interpretación de manera que las imperfecciones legislativas que pudieran subsistir puedan superarse con el auxilio de dicha reglas. La racionalidad que este tipo de codificación irradia traduce, de forma ejemplar, la propiedad esencial de los sistemas, conforme a la cual el conjunto posee un valor más importante que la suma de sus elementos; la propia sistematización hace que surjan propiedades emergentes de las que los elementos aisladamente carecen” (Ost y van de Kerchove 1997, 110-111)<sup>70</sup>.

La suerte de la jurisprudencia en el ámbito del derecho continental ha sido diferente. En contraste con las potencialidades intrínsecas de la sistematización legal, la labor de los jueces se muestra limitada en términos de racionalización progresiva del derecho. Tradicionalmente se ha asumido que la actividad judicial, reducida por el casuismo, orientada teleológicamente a la adaptación y a la flexibilidad y, en ciertas ocasiones, permeada por juicios de oportunidad, no es un campo propicio para la sistematización jurídica. Sin embargo, Ost y van de Kerchove, siguiendo las indicaciones hechas por Pierre Bourdieu en *La force du droit*, encauzan la discusión tomando en cuenta la noción de campo jurídico:

Sin duda alguna, la sistematización a la que contribuye el juez posee una naturaleza compleja [...] Lo mismo se muestra dinámica (creativa), que estática (tautológica), formal (deductiva), que material (dialéctica), lineal (disciplinada) que recursiva (rebelde). El sistema que emana de su intervención cotidiana parece, en consecuencia, que contiene tantos elementos de determinación, pruebas de seguridad jurídica (o de inmovilismo según algunos), como de indeterminación, pruebas de adaptación (o inseguridad según otros). Como si la lógica jurídica para resultar operativa tuviera que acomodarse a una elasticidad debida particularmente a la presencia de numerosas ‘nociones confusas’ [...] Como si la lógica silogística y binaria de verdadero falso debiera adaptarse a la ‘dialógica’ o lógica polifónica que simultáneamente tiene en cuenta valores que pueden no concordar e, incluso, ser opuestos. Paso, por consiguiente, a una forma de

---

<sup>70</sup> Ost y van de Kerchove describen igualmente la forma como los paradigmas fundantes de la codificación están hoy en duda. En efecto, el monismo jurídico, el monismo político, la racionalidad deductiva y lineal y la temporalidad prometeica están en franco retroceso. En lo relativo a los códigos es claro el proceso de descodificación potenciado por la proliferación de leyes especiales que comportan la emergencia de microsistemas. Esta es una realidad ciertamente importante, pero no es central para los propósitos expositivos perseguidos en texto.

razonar que introduce, en el proceso de elaboración de normas, la indeterminación y la variabilidad (Ost y van de Kerchove 1997, 125).

La exposición de Ost y van de Kerchove, ciertamente, exhibe en toda su dimensión las potencialidades y limitaciones del derecho judicial. Este derecho difiere en mucho, en sus rasgos característicos, del derecho legislado, altamente canónico, simplificado y funcional. El derecho judicial carece en principio de esas propiedades. Pero la defenestración del modelo silogístico no debilita el derecho judicial. Al contrario, lo fortalece al dotarlo de una dinámica dialógica, más competente en términos de reproducción de un sistema jurídico que se ve compelido constantemente a innovar. Sin embargo, la sistematización extraña, pero efectiva, que tiene lugar con ocasión de la actividad judicial, depende en extremo de procesos de argumentación complejos cuyo resultado son justificaciones y decisiones calificables por su superabundancia textual y casuismo. Nada más opuesto al modelo de racionalización y sistematización que opera en el plano de la codificación.

La pregunta que surge es, obviamente, ¿cuál es la posición de la teoría sociológica del derecho frente al derecho judicial? ¿Es acaso concebible, dentro del marco teórico ofrecido por este nuevo paradigma la noción misma de derecho judicial? Si tal noción es aceptable, ¿en qué medida la separación entre las actividades legislativa y judicial es presupuesto del derecho autopoiético? ¿Garantiza el precedente la autopoiesis, que desde un inicio se plantea en la teoría de sistemas como un asunto de todo – o – nada?

Según se analizó en el capítulo II, en la concepción original de Luhmann la actividad legislativa se diferencia claramente de la actividad judicial, como dos instancias distintas, pero coordinadas, de reducción de complejidad. La actividad legislativa se orienta, según Luhmann, cognitivamente, mientras que la actividad judicial se orienta normativamente. Esto significa que los tribunales experimentan constricción relativa al mantenimiento de expectativas en caso de frustración. Mientras los legisladores procuran el cambio de los programas, los jueces aplican programas estructurados de forma condicional. Por esa razón García Amado sostiene que dentro de la teoría de Luhmann la racionalidad de la aplicación del derecho deriva, más del contexto sistémico, esto es institucional y procedimental, que de la argumentación. En esta perspectiva, dice García Amado, los jueces simplemente tienen que constatar la ocurrencia de las condiciones incorporadas en el supuesto de hecho contenido en el antecedente del programa condicional, es decir, en la norma general, de tal modo que la decisión debe corresponder ciertamente a la prescripción del consecuente. De esta manera, los jueces deben

seguir la programación del legislador. García Amado explica la importancia de tal separación para la reducción de complejidad sistémica:

Es imposible que ante cada problema se plantee la consideración de todos sus aspectos e implicaciones teóricas y prácticas, pues ello privaría al sistema social de su capacidad para dar respuestas homogéneas a los problemas sociales y de generar así expectativas de comportamiento, por las que los sujetos puedan regir con suficiente confianza su vida social. De ahí que haya de atenerse en cada decisión de aplicación del derecho a los marcos generales que el legislador establece por medio del derecho positivo. Al legislador es al que corresponde la consideración cognitiva de los datos oportunos... por el contrario, la perspectiva del que aplica ese derecho positivo a la solución de casos no es de carácter cognitivo (García Amado 1999, 150-151).

Pero también se consideró en el capítulo II, siguiendo a Martínez García, que los referidos no son valores o situaciones puras, por cuanto en los juicios se ventilan hechos que suponen siempre una aprehensión cognitiva, aunque dichos hechos sean considerados datos que deben ser retraducidos con la ayuda de la disposición operativa del código binario. De esta manera, en la actividad judicial también se da la apertura cognitiva. Dicho de otro modo, la actividad judicial no consiste solamente en un modo de reproducción del cierre sistémico a través del uso de las estructuras normativas.

Sin embargo, la preocupación central de Luhmann está referida a la probabilidad de que los jueces, en lugar de orientarse por las condiciones, se orienten en razón de fines. Por eso, dice García Amado, refiriéndose a los programas condicionales, que en el derecho adquieren el carácter de normas, que “una vez creadas... rigen para quienes las aplican, sin que aquí quepa ‘aprendizaje’ ni adaptación, salvo dentro de unos márgenes muy restringidos. El juez, por ejemplo, no actúa en razón de fines, sino a partir del cumplimiento de ciertas condiciones desencadenadas: las previstas en el supuesto de la norma. Opina Luhmann que desconocer este dato e introducir elementos teleológicos [...] Significa obstaculizar la reducción de complejidad que con la división de tareas entre legislador y aplicadores de las normas se lleva a cabo y cuestionar, incluso, la autonomía del sistema frente a otros sistemas, como el político económico, etc.” (García Amado 1997).

Sin embargo, estas aseveraciones no resuelven el problema de fondo vinculado con la noción de derecho judicial. Sabemos que, según Luhmann, los legisladores realizan cosas que los jueces no pueden hacer, y que cuando éstos emulan a aquellos provocan daños severos en la configuración autopoietica del derecho. Sin embargo, sostener que los jueces *deben* respetar la programación condicional del legislador ciertamente no aporta mucho en cuanto a la determinación sociológica de las reglas decisionales construidas por los jueces se refiere. La

práctica decisonal constitucional demuestra en la cotidianeidad de la aplicación del derecho, en la instancia máxima de regulación de los modos de producción y fijación jurídicas, que los jueces sí crean reglas de decisión.

Por otra parte, la toma de posición frente a este punto necesariamente debe tener en cuenta algunas realidades del derecho legislado contemporáneo. Así, por ejemplo, en sus trabajos, el discípulo de Luhmann, Gunther Teubner, ha planteado que el derecho actual se caracteriza por lo que él llama *reflexividad*. Teubner sostiene que en las sociedades contemporáneas, imbuidas en procesos extremos de diferenciación funcional la racionalización a través de la legislación y la codificación sufre una transformación fundamental. Ahora, dice, la creación del derecho legal supone una intervención mínima en las esferas sociales. La regulación consiste en la adopción de una serie de normas procedimentales que dejan espacios abiertos a nuevas y más específicas regulaciones al interior de cada uno de los sistemas sociales. Por eso concuerdan muchos analistas en que la propuesta de Teubner demuestra que el sistema jurídico es un sistema cerrado, pero menos (Teubner 2005).

En este contexto, es decir, cuando la racionalización y formalización dejan de ser los elementos fundantes y calificantes del derecho de origen legislativo, o sea, cuando la racionalización y formalización dependen ciertamente de la materialización o juridificación, cabe preguntar de nuevo por las propiedades del derecho judicial. De antemano es sabido que la sistematización del derecho no es viable únicamente a través de la codificación. Así, el eje de reflexión dentro de la teoría de los sistemas autorreferenciales tiene que desplazarse de lo que Luhmann denominó positivización, esto es, un proceso en el que la codificación y la organización jerárquica de las fuentes del derecho jugaron el papel más relevante.

Es necesario conceder entonces que la noción de derecho judicial no es inconcebible. De un lado, porque los jueces pueden, y de hecho lo hacen, formular diversas regulaciones procedimentales que posibilitan autorregulaciones al interior de cada uno de los sistemas sociales parciales sin interrumpir el proceso irreversible de autopoiesis del derecho. De otro lado, por cuanto las autorrestricciones operativas en el nivel de la actividad judicial conducen en la mayoría de los casos al seguimiento general de los programas condicionales establecidos por el legislador o los constituyentes. Queda por resolver, sin embargo, lo atinente a las características de ese derecho judicial, o mejor, lo relativo a las características que asumen las reglas de decisión elaboradas por los jueces, ya que de todos modos tienden a la generalidad. La respuesta surgirá después del contraste entre el modelo de programa condicional que usa

con exhaustividad y exclusividad Luhmann para definir la norma jurídica dentro de su paradigma autopoiético y las características de las reglas de decisión judiciales, y también de la revisión del modelo de argumentación sobre precedentes. No obstante, es claro ya que la perspectiva original luhmanniana de separación estricta entre legislación y judicatura tiene que ceder ante tanto a las realidades del derecho regulativo como ante las propiedades de las reglas de decisión.

### 3.3. La argumentación sobre precedentes

Gran parte de la discusión sobre los precedentes judiciales gira en torno a la argumentación que lleva al seguimiento o a la desestimación de reglas de decisión de casos anteriores. En efecto, la dogmática constitucional se ha preocupado por hacer claridad en relación con las prácticas de los jueces relativas a las distinciones entre *decisum*, *ratio* y *obiter dictum* y en tal actividad ha hecho notar que las conexiones entre ellas se dan en procesos argumentativos complejos. Esta dogmática, en síntesis, se ha ocupado de las diversas técnicas de manipulación de la *ratio* y su conversión en *obiter*. Aunque también hace énfasis en las prácticas político -argumentativas, pues muchos autores consideran que ni siquiera en los países donde impera el principio de *stare decisis* puede hablarse de un completo formalismo de precedentes aún a pesar del trabajo efectuado por los afectos al *case --law* vía *case method*<sup>71</sup>.

Existe cierto consenso en la dogmática constitucional en relación con que las formulaciones que explican la contextura y la vinculatoriedad de los precedentes de acuerdo con la distinción entre las expresiones de los jueces y la decisión concreta son parcialmente insuficientes. En ese sentido definir la *ratio* como la expresión cuya vinculación con la decisión es de necesidad, mientras las excedencias corresponden a la noción de *dicta*, y establecer que la decisión del presente se enlaza con la decisión del pasado gracias a un procedimiento de inferencia analógica cuya base es la similitud sustancial entre éstas y la generalidad y

---

<sup>71</sup> Pérez Lledó, por ejemplo, muestra cómo el *case --method* ideado en el siglo XIX por Langdell, Decano de Harvard, que hacía énfasis en el análisis de principios generales a través de los casos seleccionados e incluidos en un *case --book* (el primero de ellos sobre Derecho de Contratos) y representaba el formalismo en Norteamérica –con él discutió Oliver Wendell Holmes, el creador del realismo jurídico– ha sufrido muchas modificaciones en los últimos años. De acuerdo con Pérez Lledó, en la actualidad se transita hacia una especie de sustancialismo. Anteriormente se deseaba construir un sistema lógico de principios, se pretendía sistematizar el derecho haciendo abstracción del contexto del caso, buscando el principio o doctrina subyacente –*rato decidendi*– y haciendo respetar la doctrina del precedente –*stare decisis*–. En la actualidad se usan libros que reciben la denominación de *cases and materials*, con base en los cuales se discute, tomando como referencia los puntos de vista provenientes de variadas disciplinas, como la economía, gracias a la herencia dejada por la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico. Véase Pérez Lledó (1996).

abstracción de la regla de decisión contenida en el fallo que decidía el caso original, no responde a la realidad de la práctica argumentativa sobre precedentes.

Así, algunos académicos notables argumentan que la *analogía se establece entre hechos*. Las consideraciones específicas de los jueces, aunque puedan ser subsumidas en la noción de *ratio*, no son tan relevantes como la coincidencia entre hechos. Así, el relativo desprecio hacia las formulaciones y el énfasis en los patrones fácticos lleva a una nueva dimensión de interpretación de hechos relevantes. Ahora se piensa en que seguir, distinguir, ampliar o angostar los precedentes son términos referentes a hechos. Así, se sigue un precedente cuando se repite el patrón fáctico, se distingue cuando cambia uno o más de los hechos relevantes, se amplía cuando un hecho aparentemente relevante no lo es y, por tanto, la aplicación de la regla de decisión no depende de la presencia en el nuevo caso de tal hecho, y se angosta cuando ha pasado desapercibido un hecho relevante y ahora se exige su presencia en el nuevo caso<sup>72</sup>.

Otros, incluso, han hecho énfasis en las condiciones de *rigidez* del derecho jurisprudencial. Se dice que obedece a la atribución jerárquica del cambio de precedentes y a la imposibilidad de cambios anticipatorios. Cuando se hacen estas aproximaciones se piensa en la dinámica de la estructura del derecho judicial que se mueve, como ya se ha apuntado varias veces en el curso de este trabajo, entre la estabilidad y el cambio.

Según veíamos anteriormente, la atribución jerárquica posibilita cierto manejo por los máximos tribunales de los grados de seguridad jurídica que deben respetarse y de las apelaciones a criterios de justicia para la actualización de las reglas de decisión. Desde este punto de vista es claro que entre la vinculación a los precedentes y la actualización de normas debido a su errónea interpretación de las reglas o a su inactualidad, se edifican maniobras de argumentación que juegan con el principio de atribución jerárquica y con las cargas argumentativas impuestas a los jueces. En este sentido, las maniobras argumentativas no son más que análisis costo –beneficio que actualizan nociones implícitas de justicia. Dichas maniobras, en síntesis, aparecen como análisis consecuencialistas sobre el carácter vinculante de los precedentes, que explotan ciertos aspectos de las reglas de decisión y los patrones fácticos, como los errores doctrinarios cometidos en el pasado, el cambio de circunstancias empíricas y los anacronismos doctrinarios.

---

<sup>72</sup> Esta es en general la posición bien establecida con posterioridad al trabajo de los realistas jurídicos Max Radin, Goodhart-. Véase López Medina (2000b).

Ahora bien, la teoría de sistemas autorreferenciales autopoieticos plantea, frente a los problemas asociados al razonamiento jurídico, que la racionalidad de las decisiones jurídicas no depende en verdad de la actividad reflexiva desplegada por una conciencia individual que se orienta por externalidades ético –políticas. Luhmann y sus discípulos han considerado que en lugar de esa racionalidad reflexiva, y sin provocar un desplazamiento hacia el irracionalismo, debe hablarse de racionalidad sistémica. Esa racionalidad sistémica, que estudió Luhmann desde la temprana *Ilustración sociológica*, equivale a un respeto de las rutas decisionales desprendidas de los contextos procedimentales, de los cuales depende la legitimidad del derecho en su conjunto. Luhmann sostiene, en este sentido, que la legitimidad de la decisión judicial proviene, en lugar del contenido o de la fundamentación de la misma, del seguimiento del procedimiento, así como la verdad es el producto auto –constituido por el sistema jurídico (*Legitimation durch Verfahren*).

Ahora bien, lo anterior no dice nada acerca del tratamiento de reglas de decisión contenidas en casos anteriores. Un principio de análisis está relacionado con la comprensión de tales reglas de decisión como programas condicionales. Como se sabe, una vez que se establece un programa decisorio la normatividad no puede ser cuestionada. Esto significa que las premisas de la decisión no se cuestionan ya más, como recuerda García Amado. Así, en los casos dudosos la interpretación tiene que guiarse por lo conocido. Sin embargo, esto, que en verdad se afirma de la programación legislativa, queda problematizado aún más cuando se trata de las reglas de decisión judicialmente construidas. Por ejemplo, el propio Luhmann ha tomado en cuenta las críticas dirigidas a su teoría en cuanto al tratamiento inadecuado que ha hecho de la aplicación de la norma general por parte de los jueces, y ha reconocido que una programación no inequívoca puede dar lugar a una interpretación finalista o funcional. Aquí el problema radica en que, como ya se advirtió, las reglas de decisión judiciales no son fácilmente identificables, pues son el producto de una formulación no canónica y se insertan en un marco de fundamentación que se caracteriza por la superabundancia textual. De esta manera, cualquier argumentación sobre precedentes podrá ser formulada en términos finalistas o funcionales, incluso en un ámbito de rigidez provocado por la tradición del *case –method*.

García Amado ha declarado que la teoría de Luhmann se muestra realmente incapaz de resolver los múltiples interrogantes derivados de la práctica argumentativa. Dice que la teoría operativa de la decisión judicial de Luhmann debe ser complementada por los aportes de las teorías de la argumentación. Esto, por cuanto es necesario contar con criterios de corrección y

valoración tendentes a facilitar el seguimiento o el rechazo de las cláusulas normativas (García Amado 1999, 152-153).

Lo anterior es relevante para entender que, por lo menos en cuanto a la interpretación de precedentes se refiere, la teoría de la decisión judicial propuesta por Luhmann resulta parcialmente incompleta al no dar cuenta de las múltiples contingencias asociadas a la formulación de la regla y a la readaptación de la regla. La teoría de la argumentación aporta criterios importantes para el tratamiento de precedentes. Como vimos al inicio de este capítulo, Alexy y MacCormick concuerdan en que es imprescindible partir de la vinculatoriedad de una regla de decisión cuando existe una identidad sustancial entre litigios. Decíamos que, según Alexy, debían respetarse al menos dos reglas de uso de precedentes, de las cuales la segunda se revela como importante en el debate generado por la argumentación sobre precedentes. Alexy sostiene que quien quiera apartarse de un precedente debe justificarlo.

El uso del precedente se justifica, desde el punto de vista de la teoría del discurso, porque el campo de lo discursivamente posible no podría llenarse con decisiones cambiantes e incompatibles entre sí; el uso del precedente significa aplicar una norma y, en este sentido, es una extensión más del principio de universalidad. Por otro lado, la obligación de seguir el precedente no es absoluta, pues ello iría en contra de las reglas del discurso, pero la carga de la argumentación la tiene quien se aparta del precedente (Atienza 1991, 199-200).

Así, de un lado la actualización del principio de universalidad lleva a la necesidad de que los jueces formulen reglas aplicables en el futuro a casos asimilables al que decide y, de otro lado, los demás jueces han de respetar tales reglas y, si deciden apartarse, han de justificarlo. La reducción de complejidad exigida por Luhmann al sistema jurídico es entonces reeditada por el principio de universalidad que, como es sabido, ha sido resaltado por la teoría de la argumentación<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Para un análisis del impacto del principio de universalidad y la obligatoriedad de los precedentes en el marco de la discusión sobre las fuentes del derecho, con base en los aportes de la teoría de la argumentación, véase Aguiló Regla (2000, 109–112). En la excelente introducción a la obra de MacCormick que hace Atienza (1991), se puede apreciar la importancia que tiene la forma en que éste autor concibe la coherencia en el derecho. MacCormick sostiene que casi siempre la justificación que llevan a cabo los jueces es de tipo deductivo. Hay, sin embargo, casos que no son fáciles, sino más bien difíciles, por cuanto la formulación de las premisas normativas o fácticas puede plantear algunos problemas: de *interpretación* –de una norma aplicable al caso–, de *relevancia* –la pregunta es si existe una norma aplicable al caso–, de *prueba* –establecimiento de la premisa menor o fáctica–, y, finalmente, de *calificación* –la pregunta es si los hechos establecidos se subsumen en el supuesto de hecho de la norma–. Cuando se da uno de estos problemas se requiere de una justificación de las premisas, la cual habrá de cumplir con el requisito de universalidad, por un lado, y con los requisitos de consistencia y coherencia, por el otro. El argumento final, no obstante, es consecuencialista. Universalidad aquí significa



Pero la teoría de la argumentación tampoco ha podido hacer frente a las particularidades del *distinguishing* y el *overruling*. La extensión o la restricción de la fuerza vinculante de las reglas de decisión son aspectos problemáticos de la interpretación de precedentes<sup>74</sup>. En efecto, la consideración de los hechos como factor fundamental para efectuar la distinción o para proporcionar razones para el seguimiento implica un aumento significativo de la dificultad

---

que se debe contar con una norma general o principio que constituya la premisa mayor. La universalidad hace parte de la justificación interna, mientras que la consistencia, la coherencia y el consecuencialismo hacen parte de la justificación externa. Exigir consistencia equivale a exigir que las premisas normativas no entren en contradicción con normas válidas. Exigir coherencia significa exigir que el que argumenta muestre al derecho como un todo dotado de sentido. Según MacCormick, en la idea de coherencia se basan dos tipos de argumentos muy importantes: los argumentos a partir de principios y los argumentos por analogía. En verdad, argumentar por analogía no es muy distinto que argumentar a partir de principios si se tiene en cuenta que los principios expresan algún fin a alcanzar. Así, la analogía hace visible un uso no explícito de principios. Finalmente, las consecuencias, en el sentido que MacCormick les atribuye, no son de resultado o de acción, son más bien de tipo normativo, son consecuencias jurídicas. Los jueces, entonces, al argumentar miran al pasado y al futuro. MacCormick se acerca así a una distinción empleada por Luhmann en *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*.

Por su parte, Alexy, quien considera válida la construcción de una Teoría de la Argumentación con base en los aportes de una teoría del discurso como teoría procedimental que fundamenta las reglas del discurso práctico, parte de las reglas y formas del discurso práctico general, que se dividen en reglas fundamentales, reglas de razón, reglas sobre carga de argumentación, formas de los argumentos, reglas de fundamentación y, finalmente, reglas de transición, a fin de mostrar al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general (Alexy 1997). Así, establece unas reglas y formas de justificación interna, entre las que destacan las que imponen que para que se entienda una decisión como fundamentada ésta ha de deducirse de una norma universal. También establece unas reglas y formas de la justificación externa, que refieren a la justificación de las premisas. Son seis grupos: *de la interpretación*: semánticos (sobre reglas), genéticos (sobre la voluntad del legislador), teleológicos, históricos, comparativos y sistemáticos; *de la argumentación dogmática*, entendida como una serie de enunciados producidos al interior de la ciencia jurídica a las que le atribuye las funciones de estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística; *de uso de precedentes*; relativas a la *argumentación práctica general*; relativas a la *argumentación empírica*; y, relativas a las *formas especiales de los argumentos jurídicos*. En otros trabajos Alexy discute con otros modelos del discurso de la interpretación jurídica: el modelo deductivo (Windscheid), el modelo decisorio (Kelsen), el modelo hermenéutico (Larenz y Esser), y, por último, el modelo de coherencia (von Savigny y Ronald Dworkin). Véase Alexy (1995)

<sup>74</sup> Para MacCormick, "The *ratio decidendi* is the ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case". MacCormick sostiene que la *ratio decidendi* se presenta, explícita o implícitamente bajo una forma universalizada, lo cual supone una satisfacción del principio de justicia formal. No obstante, reconoce que no en todos los casos la aplicación de un precedente es un asunto incontrovertido. Por el contrario, considera que en los casos difíciles se plantean problemas de calificación. Por eso dedica muchas páginas de su principal libro a discutir con visiones simplificadoras más o menos clásicas o más o menos heréticas, como la inaugurada por Arthur Goodhart, tratando de mostrar, respecto de ésta última, que las premisas fácticas también deben ser justificadas. En general, MacCormick hace un completo estudio de las técnicas de argumentación sobre precedentes: *distinguishing / explaining a case*; y de la distinción entre *ratio* y *obiter dictum*, al examinar en qué consiste el requisito de consistencia que deben satisfacer las decisiones jurídicas. Véase MacCormick (1997)

relacionada con la aplicación de reglas generales formuladas por los jueces. Los criterios de distinción y seguimiento fundados en la observación de coincidencias y divergencias fácticas, suponen necesariamente, en términos sistémicos, un aumento de complejidad considerable.

Si a lo anterior se suman la dificultad asociada a las probabilidades de distinción entre *ratio* y *obiter*, y la posibilidad de apartamiento con base en perspectivas de justicia atravesadas por razonamientos consecuencialistas, el aumento de complejidad es sencillamente insoportable. De esta manera, la reducción de complejidad desprendida de los aportes iniciales de la teoría de la argumentación se ve superada por los factores de contingencia introducidos por las combinaciones probables de argumentación sobre precedentes afirmadas en análisis fácticos y percepciones de la justicia variables.

Así, como ahora la regla de decisión, que aquí hemos identificado con un programa condicional de origen judicial, puede ser discutida, queda por resolver lo relativo a la posibilidad de plantear en términos sistémicos si tal regla de decisión puede en efecto ser concebida como un programa de decisión.

Sin embargo, la reconstruida posición sistémica, que recibe aportes de la teoría de la argumentación, se muestra como una alternativa en relación con dos contemporáneos aunque ya clásicos análisis de lo que los jueces hacen o deben hacer cuando se hallan enfrentados a casos difíciles y el derecho les provee numerosos casos que parecen contener el principio o regla de decisión a la que se debe ajustar la decisión que han de tomar en el presente.

En primer lugar, Duncan Kennedy ha planteado que los jueces experimentan tanto restricción como libertad (Kennedy 1997; 1999). Desde el punto de vista de la experiencia específica del juez, Kennedy sostiene que éste se ve restringido por el peso de los materiales jurídicos relevantes –leyes y sentencias– y por los lineamientos de solución creados por la comunidad jurídica. De otro lado, el juez experimenta libertad porque puede seleccionar las normas; puede, por ejemplo, utilizar precedentes que apoyen su decisión y construir argumentos de conveniencia pública.

Apartándose del formalismo y del realismo, Kennedy considera que las normas no se derivan sin más de un conjunto restringido de principios del cual tienen que ser deducidas o, por el contrario, son simplemente las predicciones de lo que los tribunales harán en realidad. En su sentir, los casos contienen normas cuyo sentido es necesario descifrar para poder moldear lo que él llama el campo jurídico y obtener así la decisión originalmente deseada por un juez

progresista. La manipulación es un *tour de force* para librarse de normas que adquieren cierta independencia de los casos ya decididos y amenazan con controlar el caso presente. Por ello dice Kennedy que lo primero que debe hacer el juez activista que se ve restringido en su intención de favorecer, por ejemplo, a unos trabajadores en huelga que tienen los textos de las leyes en contra, es desplazar el conjunto de casos que causa la molestia. Pero ese desplazamiento no es de ninguna manera una operación sencilla. Es necesario distinguir, advierte Kennedy, entre la manipulación de los hechos de un caso y la manipulación de su *ratio decidendi*. Muchas veces los hechos del caso presente parecen quedar cubiertos por la regla original casi que automáticamente; luego, el esfuerzo por demostrar que el caso actual no queda cubierto se convierte en una tarea casi que imposible. Pero, de todas formas, es posible replantear los hechos resaltando unas partes de la historia más que otras o minimizando el impacto psicológico que provoca el uso de ciertos términos. La manipulación de la *ratio decidendi* es mucho más complicada, puesto que implica decir que la subnorma no es válida en el presente caso, aún cuando la similitud o la identidad sean evidentes. La dificultad radica, en síntesis, dice Kennedy, en que es la *ratio decidendi* la que da forma al campo jurídico. Por todo ello, es necesario manipular hechos y subreglas al mismo tiempo, aunque el resultado se obtenga directamente si se logra modificar la subnorma, convirtiendo lo prohibido en permitido, por ejemplo. Además, si el juez elabora un buen argumento que apoye la manipulación de la *ratio decidendi*, es decir, que muestre a la *ratio decidendi* que resulte del ejercicio de manipulación como la mejor alternativa entre varias, es posible que pronuncie la sentencia a la que se quería llegar sin que se vea afectada su legitimidad.

La descripción que Kennedy hace de la actividad judicial muestra cómo la redefinición de una *ratio decidendi* afecta un amplio espectro jurídico, cómo lo prohibido puede convertirse en permitido, cómo, en fin, la línea que se traza entre lo jurídico y lo antijurídico es susceptible de ser desplazada por el que opera con la subnorma.

Podemos imaginar la *ratio decidendi* del precedente como una línea que cruza por un punto específico que a su vez representa los hechos concretos del caso. La línea, sin embargo, define un número plural de casos, de puntos, que la *ratio decidendi* del caso ha resuelto de un modo u otro. Cuando redefino la *ratio decidendi* del caso, de alguna manera modifico la línea al cambiar su dirección para que 'cubra' un grupo distinto de situaciones hipotéticas, un conjunto nuevo de puntos [...] El estrechamiento de la *ratio decidendi* del caso, que ocurre al replantearla como una norma que para poderse implementar depende de muchísimos posibles detalles particulares y peculiares de cada caso, no es más que acortar la línea que corre a o largo de los hechos en el campo [...] Ensancha o ampliar no es más que hacer la misma maniobra a la inversa (Kennedy 1999, 141-142) [Resaltado original].

Ahora bien, Kennedy no sólo se ocupa del *distinguishing* –que puede realizarse bien mediante la alteración de los hechos, o bien mediante la redefinición de la *ratio decidendi*–. También se preocupa por el *overruling*. Para este autor, el cambio de la jurisprudencia o de la línea jurisprudencial es de tercer orden. Primero, porque la posibilidad de que un tribunal inferior en la jerarquía cambie la jurisprudencia es limitada, sino nula. Segundo, porque aún para un tribunal de apelaciones es difícil dar un viraje radical sin que su legitimidad se vea afectada y sobre él recaiga la acusación de ser una instancia política más. Por eso, esto es, porque un cambio de jurisprudencia que limite o anule la aplicación de una ley expedida por el legislador provoca automáticamente un conflicto entre los poderes públicos, es que los jueces camuflan sus decisiones detrás de la afirmación según la cual es otra ley, o la Constitución la que señala la manera en que el caso se ha de decidir. Esto último sigue haciendo que el juez experimente restricción, por lo que habrá de buscar una nueva estrategia.

Kennedy, entonces, se muestra partidario de un modelo que asimile el proceso judicial a un juego, donde se planea, se usan estrategias y se arriesgan y ganan posiciones. Evidentemente, en cierta medida todo depende de si teniendo en cuenta el estado actual del campo se pueden utilizar las técnicas referidas con mayor o menor éxito, pero al fin y al cabo esto no es lo decisivo, dado que lo importante es la capacidad del juez para superar el reto que supone llegar a una decisión que en principio, es decir con base en los materiales jurídicos existentes y visibles, es casi imposible adoptar. Luego, si existe un campo contradictorio, debe entenderse, simplemente, que el juego posee un nivel de complejidad equivalente a aquél que se da cuando los precedentes parecen indicar inequívocamente una única decisión correcta y el deseo del juez es adoptar justamente la contraria. De ahí que para Kennedy de lo que se trata con la argumentación jurídica es de perturbar lo menos posible un campo para arribar a la decisión deseada convenciendo al auditorio de la legitimidad de ésta.

Desde una perspectiva distinta Dworkin ha elaborado una teoría que resalta el carácter tanto descriptivo como valorativo que tiene la actividad interpretativa. En su ensayo “Los casos difíciles”, Dworkin intenta mostrar que la teoría de los casos difíciles elaborada por H.L.A. Hart constituye una mala explicación de una de las cuestiones centrales del derecho. Dworkin señala que, contrario a lo que supone Hart, los jueces, al decidir casos difíciles, esto es, casos que no son subsumibles en una norma jurídica dictada por el legislador a través del

procedimiento preestablecido<sup>75</sup>, deben descubrir los derechos de las partes. Alguna de las partes tiene derecho a ganar el caso y el juez tiene vedado vulnerar el principio de no – retroactividad de las obligaciones. Dworkin utiliza en consecuencia la conocida distinción entre principios y *policies* a fin de subrayar que los jueces deben siempre elaborar argumentos de derecho y prescindir de los argumentos de conveniencia política, que justifican decisiones políticas al mostrar por qué favorecen a la colectividad, a fin de proteger la legitimidad del poder judicial y mantener una actitud de respeto por la legislación y del modelo democrático (Dworkin 1984).

La tesis de los derechos, que distingue entre derechos institucionales y derechos legales, dice Dworkin, proporciona una explicación altamente satisfactoria de la forma en que los jueces afrontan los casos difíciles usando los precedentes, la forma en que se ven confrontados con la historia institucional. La tesis de los derechos indica que los jueces no pueden adoptar decisiones que no sean justificables dentro del contexto de una teoría política que justifique a su vez todas las otras decisiones que se puedan adoptar sobre el mismo tema. La tesis exige coherencia y prohíbe la adopción de decisiones que sólo aisladamente puedan parecer correctas. La tesis también contiene una subteoría de las injusticias que hacen parte de la historia institucional, pues la demanda de coherencia que se le hace al juez lo obliga a recibir la influencia de los casos decididos en el pasado y a sacar a la luz los principios que llevan a adoptar una decisión justa.

En opinión de Dworkin, cuando el juez se enfrenta a un caso difícil y los materiales jurídicos más relevantes son precedentes, éste debe hacer un esfuerzo argumentativo mucho mayor. Para interpretar la legislación, que incluye la Constitución y las leyes, el juez necesita contar apenas con una teoría política que justifique mejor un campo determinado del derecho o una práctica jurídica determinada y le permita adoptar una solución para el caso concreto. Hércules, el juez ideado por Dworkin para ejemplificar su posición, construye su teoría política, la cual es descriptiva y valorativa al mismo tiempo. Pero Hércules, como cualquier juez, tiene que hacer frente a una cuestión aun más complicada: decidir un caso que no está previsto en la ley y determinar si alguna decisión anterior reconoce a alguna de las partes el derecho a ganarlo. Podría recurrir a la teoría clásica que supone que los jueces crean normas generales al decidir casos particulares. Pero los precedentes no son leyes y, por tanto, no pueden ser interpretados

---

<sup>75</sup> Atienza ha insistido en la necesidad de incorporar un nuevo tipo de casos a la reflexión teórica: los casos trágicos, esto es, aquellos en los que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado desde el punto de vista moral y/o jurídico. (Atienza 1998).

con las técnicas empleadas para interpretar leyes. Además, casi ningún precedente en el derecho contemporáneo es formulado de manera canónica y, como el mismo Dworkin lo reconoce, en ciertas ocasiones los jueces admiten que otros jueces en casos futuros análogos determinen la doctrina realmente establecida en el caso que él decide. Por ello, los precedentes no sólo cuentan con fuerza promulgatoria, sino también con fuerza gravitacional, dado que ejercen influencia sobre casos que se encuentran fuera del campo del derecho particular en el que fueron formulados. De acuerdo con Dworkin, mostrar que los precedentes tienen fuerza gravitacional muestra que Hart estaba equivocado cuando planteaba que los casos difíciles se producen por efectos de la textura abierta del lenguaje. En cambio, la fuerza gravitacional explica por qué los jueces discuten sobre la norma o principio contenido en el caso previo. De cualquier modo, la aceptación generalizada de la fuerza gravitacional de los precedentes y la pervivencia del modelo de separación de poderes, hace que la existencia de precedentes sea vista como la apelación colectiva a la equidad: los casos iguales deben ser tratados de manera igual. En verdad, un juez como Hércules acepta que la doctrina de la equidad proporciona la única justificación de la práctica del precedente. Además, cuando interpreta y evalúa precedentes Hércules siempre tiene en cuenta sólo los argumentos de principio y deja a un lado los argumentos de conveniencia política.

De otro lado, Hércules debe descubrir los principios que se adecuen tanto al caso particular como a todas las decisiones judiciales y a la legislación, pues tales principios han de ser coherentes y permitir que la decisión de aquél aparezca justificada desde el punto de vista del ordenamiento vertical y del ordenamiento horizontal.

Pero Hércules también puede fijar una línea nueva, formulando un principio hasta ese entonces no reconocido explícitamente que justifica toda una línea de precedentes. También puede verse obligado a considerar errónea todo un pedazo de la historia institucional, aunque la exigencia de coherencia que se le hace lo obligue en realidad a formular una precisa teoría de los errores institucionales. Esa teoría debe, por lo menos, mostrar las consecuencias de considerar inadecuada una parte de la historia institucional y debe delimitar el número y el carácter de los casos en los que se puede desechar tal parte de la historia. En fin, debe justificar por qué es conveniente abandonar una serie de principios y anular la fuerza gravitacional, que no la autoridad, de los precedentes que los contienen.

En “La integridad en el derecho” Dworkin pretende discutir con lo que él llama las teorías semánticas del derecho: el *convencionalismo* y con el *pragmatismo legal*, los cuales incluyen

pero no son idénticos al positivismo y al realismo<sup>76</sup>. Lo hace enfatizando que la teoría política que mejor justifica el derecho norteamericano en su conjunto es el derecho como integridad, el cual otorga una gran importancia a la justicia y a la equidad. La integridad, dice Dworkin, es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica jurídica. La integridad exige coherencia, de un tipo más horizontal que vertical, pero no una coherencia a lo largo de largas etapas históricas. La integridad establece que las leyes también suponen un entramado de principios que las justifican y no sólo el contenido explícito que les atribuye el proceso legislativo. El derecho como integridad recurre al pasado no para encontrar el sentido de las proposiciones de derecho en las decisiones originarias de quienes crearon la Constitución, por ejemplo, o promulgaron los *leading cases*: recurre al pasado desde la perspectiva del presente. Por ello, Dworkin usa la conocida analogía de la novela en cadena, donde cada novelista pretende crear una sola novela con base en el material que han escrito los que le han antecedido en la empresa. La descripción y la crítica confluyen en el tiempo pero el resultado es diferente de ambas. En el derecho, dice Dworkin, sucede algo similar, pues los jueces deben adoptar decisiones que se ajusten a la historia institucional y que sean justas en la mejor medida posible. Pero en la literatura como en el derecho puede suceder que pervivan distintas interpretaciones, todas válidas *prima facie*. En el derecho, un conjunto de principios puede justificar equivalentemente bien toda una línea de precedentes. Hércules se ve forzado a buscar el principio que mejor se adecue a la historia institucional y constituya un mejor ejemplo de justicia, aunque sea consciente de que al tomar su decisión elegirá la interpretación que considerará mejor desde el punto de vista de la moralidad política (Dworkin 1992). Por eso, las críticas a Dworkin se dirigen a mostrar que en verdad Hércules juega a la política, o que un juez con las capacidades de Hércules para buscar en todo el derecho el principio o los principios que mejor justifiquen el derecho en su conjunto y la adopción de una decisión concreta simplemente no puede existir, etc.

Ahora bien, podría objetarse a Kennedy, en primer lugar, que no entiende la importancia de la exigencia de racionalidad y consistencia que se le hace a los jueces en los Estados democráticos y constitucionales contemporáneos. En efecto, los jueces de una democracia constitucional no pueden adoptar decisiones puramente *ad hoc* o irracionales; ni siquiera coyunturales. Luego, los jueces están en la *obligación* de formular una regla universal que guíe a los demás jueces en el futuro y deben, además, estar dispuestos a aplicarlas ellos mismos en casos similares a los que deciden. Como afirmó la Corte Constitucional colombiana, “esta

---

<sup>76</sup> Véase Dworkin (1992, 164 –197).

exigencia de universalidad de la argumentación jurídica es tan importante, que muchos teóricos contemporáneos hacen de ella el requisito mínimo de racionalidad que debe tener una decisión judicial en una sociedad democrática. Así, y por no citar sino a algunos de los doctrinantes más conspicuos sobre este tema, tal es la base de la conocida tesis de Weschler, según la cual los jueces deben decidir los casos con base en '*principios neutrales y generales*'; igualmente allí radica la importancia conferida por Perelman y MacCormick al respeto que deben tener los jueces por el principio de justicia formal, que obliga a decidir de manera igual los casos iguales. O también, ésta es la base de la tesis de Alexy según la cual toda decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal" (SU-047 de 1999, FJ 50).

Una segunda objeción a Kennedy, está relacionada con la ausencia en su exposición de una reflexión sobre las condiciones de mantenimiento y las tareas del sistema jurídico. Cuando Kennedy se cifra en la *experiencia concreta* de un juez oculta deliberadamente la posición de éste en un esquema fuertemente jerárquico. Debido a que tal esquema no es condición suficiente para la existencia de un sistema de precedentes ni para la vinculatoriedad de los mismos, Kennedy centra su atención en las posibilidades del *distinguishing* a fin de demostrar que los precedentes, al igual que las reglas, hacen parte de un campo, en el que operan como puntos de referencia para que los jueces hagan jugadas, arriesguen y ganen posiciones. Pero, según lo visto más arriba en este mismo capítulo, al juez contemporáneo se le hacen exigencias de consistencia. Incluso también, y quizá con más razón, para los jueces de máxima instancia existe evidentemente la exigencia de sostener la coherencia, la unidad y la uniformidad del derecho.

Por otra parte, Dworkin plantea una salida a dos problemas detectados por realistas como Hermann Oliphant, Edwin Garlan, Max Radin y Jerome Frank: (i) para una misma decisión pueden ofrecerse varios fundamentos y, con ellos, varias *ratio decidendi* (ii) para casi cualquier decisión puede hallarse una *ratio decidendi* en un caso previo cualquiera (López Medina 2000b). Hércules es consciente de que debe escoger el fundamento que mejor se ajuste a la historia institucional y que mejor se adecue a la moralidad política. Hércules sabe igualmente que no cualquier caso previo contiene la *ratio decidendi* del caso que ahora decide, pues no todos los casos previos ofrecen una justificación de la práctica jurídica y los textos legales que le ocupan.

En general, la posición de Dworkin no resulta incompatible con la de Luhmann, pues para Dworkin un sistema jurídico avanzado es un sistema lo suficientemente denso en normas y



precedentes jurídicos que permita a un juez resolver un caso con base en la historia institucional de la comunidad (Arango 1999, 56).

Pero Dworkin, a diferencia de Kennedy, no entienden qué significa que las razones, en este caso las razones para invocar, distinguir o desechar un precedente, sean razones ficticias. Luhmann ha expuesto en sus últimos ensayos una subteoría de la argumentación jurídica en la que este tema ocupa un lugar central<sup>77</sup>. En efecto, este autor ha sostenido que los argumentos jurídicos aminoran el factor sorpresa de decisiones que pueden ser motivadas por otra vía. Pero ésta función es asimilada por los participantes en el discurso jurídico, mientras que los observadores sociológicos se limitan a describir tal aceptación. Así, para la sociología la fundamentación no es más que una ficción necesaria. Aunque el observador puede determinar que las decisiones justifican las razones, los jueces parten de que las razones justifican las decisiones. En ese sentido, afirma Luhmann, las argumentaciones jurídicas son importantes, pero no en el sentido en el que le atribuyen la teoría del discurso y la teoría de la argumentación. Son importantes porque son comunicaciones por medio de las cuales se resuelven conflictos acerca de la manera de distribuir las asignaciones del *Code* a una situación concreta. Desde este punto de vista, la relevancia de la argumentación jurídica para el sistema jurídico resulta innegable, pues las argumentaciones son utilizadas por este sistema para convencerse de sus propias decisiones.

Aunque lo anterior es coherente con la teoría de sistemas autorreferenciales, Luhmann radicaliza su postura. Dice, en resumen, que las razones no son razones, no justifican decisiones, y no pueden siquiera razonarse. Esta afirmación, aunque radical, no hace desdeñable el estudio realizado por Luhmann de las funciones de la argumentación jurídica. En efecto, las argumentaciones, dice Luhmann, junto con las redundancias ya existentes crean redundancia, la suficiente como para que el sistema jurídico pueda soportar las presiones de la información que a él accede. Para el sistema jurídico es necesario un plus de consistencia aún a pesar del tratamiento siempre creciente de nuevos casos. Por ello, puede decirse que las argumentaciones jurídicas que constituyen fundamentación de decisiones sirven para soportar la presión de la variabilidad; “erigen, por tanto, una barrera dogmática contra la disponibilidad

---

<sup>77</sup> Niklas Luhmann. (1986). *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Fráncfort: A. Metzner; y Niklas Luhmann. (1991). “Juristische Argumentation”. Manuscrito. Cito por Habermas (1998, 114 -115).

cognitiva a la adaptación en el contexto de una práctica de toma de decisiones basada en la ponderación y orientada a intereses”<sup>78</sup>. Sobre este punto, el resumen de Prieto Navarro:

La última de las respuestas a la posibilidad de control es la más genuinamente luhmanniana: la comprensión del Derecho como “sistema inmunitario”. Toda vez que hemos arribado a la irremediable conclusión de que no pueden darse contactos intersistémicos, y de que el derecho no puede reproducir internamente la plétora de acontecimientos y posibilidades que proliferan en el entorno, le resta tan sólo hacer un uso inteligente de su memoria sistémica para desplegar patrones de respuesta aproximada ante “infecciones del medio”. Los anticuerpos (estructuras) de que dispone se movilizarían así, por medios dogmáticos principalmente, con el fin de asimilar (fagocitar) aquellos casos en que la estabilidad de la autopoiesis del sistema se viera amenazada. La correlación puntual se reemplaza así por la similitud reproducida internamente, con lo que la argumentación, en tanto aminora el efecto de sorpresa que toda novedad invoca, constituye el mejor expediente para la generación de la tranquilizadora redundancia (Prieto Navarro 2000, 284).

En principio, la argumentación sobre precedentes cumple tal función. Con Habermas concuerdo en que ninguna argumentación o fundamentación está exenta de riesgos, pues no solamente asegura redundancias sino que también garantizan innovación al interpretar lo nuevo en términos nuevos e incluso lo viejo en términos nuevos. El aseguramiento de redundancia corresponde con la función que los participantes del discurso jurídico le atribuyen a la argumentación –sobre precedentes–.

La posición de Kennedy es entonces la de un observador. Luego, su juez en ningún momento adopta el punto de vista del participante. Dworkin, en cambio, da cuenta del punto de vista oscurecido por Kennedy al mencionar el deber de juez de adecuar sus decisiones a la historia legal e institucional –elaborada en *Law’s empire* a partir de la noción de *etapa preinterpretativa*–, pero no advierte que las argumentaciones son ficciones necesarias, especialmente para el dinamismo sistémico. Ambos autores, finalmente, develan ciertos riesgos de la argumentación sobre precedentes que Luhmann apenas advierte, por lo cual las tres teorías, aunque alternativas inicialmente, resultan al final complementarias.

### 3.4. El sistema de fuentes

La presentación del tema de las fuentes del derecho suele ser esotérica y moverse entre los aportes de la teoría y la sociología jurídicas. Así, suele afirmarse que en la tradición jurídica continental positivista se distinguen las *fuentes primarias* de otras *fuentes secundarias* y las *fuentes de calificación del derecho* de otras que son denominadas *fuentes de conocimiento del*

---

<sup>78</sup> Luhmann citado por Habermas (1998).

*derecho*. Dicha clasificación parte de resaltar la ley por sobre los demás modos de expresión del derecho y de instaurar toda una jerarquía de fuentes. López Medina recuerda que, según Bobbio, donde quiera se hace esa distinción se obtiene un sistema jerárquicamente ordenado. A este tipo de sistema se opone un sistema paritario, en el cual “las distintas fuentes tradicionales del derecho se disputan primacía, sin que existan criterios que pre-ordenan el conflicto entre fuentes. Watson ha mostrado que gran parte del esfuerzo racionalizador de los *Spiegel* teutones, por ejemplo, consistía, precisamente, en el tránsito de sistemas paritarios de fuentes (los cuales generaban dispersión e inseguridad de normas) a sistemas jerárquicamente ordenados (como la cultura legalista y codificadora que emerge a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX). De manera paralela, el positivismo europeo terminó insistiendo en que el ‘poder judicial no es una fuente principal (o fuente de calificación) del derecho’<sup>79</sup>.

Ciertamente, esta aproximación, que se mueve, como decíamos, entre la teoría y la sociología jurídicas, deja algunas dudas respecto a la incidencia de la técnica de precedentes en el ámbito de las fuentes del derecho. Un buen comienzo consiste en acercarse a esta problemática reconociendo las progresivas y concéntricas aproximaciones del positivismo jurídico.

En primer término, Bobbio ha definido las fuentes del derecho como hechos y actos jurídicos que derivan en la creación de normas jurídicas. De otro lado, “las normas sobre fuentes, a su vez, son enunciados jurídicos que el derecho hace sobre sí mismo, tratando de dar reglas claras y completas sobre cómo una proposición puede ser considerada como derecho válido y vigente dentro de una comunidad” (López Medina 200b, 138).

Respecto a lo primero Atienza ha señalado que las fuentes del derecho refieren a lo que se denominan normas constitutivas, las cuales se oponen a las normas regulativas. Estas últimas relacionan un supuesto de hecho a una solución normativa. Las primeras señalan que si se dan ciertas circunstancias se producen ciertos resultados jurídicos, como lo es, en nuestro caso, la creación de una norma jurídica. Atienza recalca que tal distinción disuelve otras distinciones, como la que contrapone los modos de creación de normas jurídicas a las formas de exteriorización de las normas jurídicas. Además, Atienza aduce que la distinción entre fuentes acto y fuentes hecho, de la que usualmente parte el positivismo jurídico, ciertamente puede llevar a equívocos, pues la clasificación que se hace al interior de las normas constitutivas entre

---

<sup>79</sup> López Medina (2000b, 139-140). López Medina cita a Alan Watson. (1988). *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, capítulo 2 y a Norberto Bobbio. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate. Un estudio crítico clásico sobre las fuentes del derecho es la *Theorie der Rechtsquellen* de Alf Ross. Véase Ross (1999).

normas que confieren poder y normas puramente constitutivas<sup>80</sup> choca de frente con la realidad generada por la creación normativa por parte de los jueces, en especial donde opera la institución del precedente, incluso cuando se opta por tratar a los precedentes como fuentes –acto y a la jurisprudencia como fuente –hecho, esto es, como similar a la costumbre (Atienza 2000).

Atienza considera que en consonancia con el desplazamiento de la teoría jurídica contemporánea al área de los razonamientos justificativos, las normas generales creadas por los jueces son, en verdad, “las premisas de un razonamiento jurídico acabado: el que lleva al juez a justificar una determinada decisión” (Atienza 2000). Se trata entonces de una parte esencial del llamado procedimiento de justificación externa.

Según Aguiló, las aproximaciones jurídicas al problema de las fuentes del derecho coinciden en que éste tiene que ver tanto con la diversidad normativa como con la unidad del derecho. Así, dado que la diversidad de modos y procedimientos de creación del derecho implican por sí solos una variada gama de reacciones imprevisibles dentro de la comunidad de juristas, la posibilidad de reconducción de tal variabilidad radica en la concepción del derecho como un conjunto de normas, la cual sólo puede actualizarse mediante el empleo de la noción de jerarquía de producción y validación. De esta manera, todo se reconduce hacia las cadenas de validación presentes en casos concretos, ya que la solución a éstos depende de la identificación de las normas válidas aplicables. Esto tiene vigencia incluso cuando se reconoce la insuficiencia de tal modelo jerárquico para explicar la validez de la norma fundante básica, como parece sugerirlo el sentido común (Aguiló 2000).

Aguiló parte de la clásica definición de Bobbio, quien entiende por fuente del derecho, los hechos y actos jurídicos cuyo resultado es la creación de normas jurídicas. A lo que sigue un esfuerzo por reconstruir la doctrina estándar de los hechos y actos jurídicos, para la cual las normas, para ser consideradas jurídicas, responden a un esquema condicional que conecta un supuesto de hecho con una solución o consecuencia normativa.

---

<sup>80</sup> Atienza expone que las normas que confieren poder contienen en el antecedente una acción intencional de un agente –orientada a que se produzca un resultado normativo  $x$ – y un procedimiento para ello, mientras el consecuente es la producción de una disposición normativa, “de una ley”. Las normas puramente constitutivas contienen en su antecedente acciones no intencionales, en tanto que no buscan la producción de un resultado normativo  $y$ . En este último caso, los resultados se producen de forma espontánea, como es el caso del derecho consuetudinario.

Como lo ha demostrado el devenir de la ciencia jurídica, los sistemas jurídicos no cuentan con un único tipo de normas. Es necesario entonces acudir a la distinción entre la dimensión regulativa de las normas y su dimensión constitutiva. No obstante, la adopción de esta perspectiva no conduce a un camino sustancialmente diferente al que ha tomado tradicionalmente la teoría jurídica positivista, esto es, a diferenciar entre normas que provienen de autoridades políticas y que constituyen la legislación en sentido estricto, normas que provienen de autoridades jurisdiccionales, normas que provienen de prácticas sociales y normas que hacen parte del derecho implícito como los principios jurídicos (Aguiló 2000, 57-67).

Así, con las anteriores reflexiones como preámbulo, Aguiló distingue entre la legislación y las normas provenientes de autoridades políticas y las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales. Siguiendo y criticando a un mismo tiempo a Guastini, Aguiló acepta que las fuentes –acto, como las leyes, se caracterizan por la existencia de una autoridad competente para crear derecho, la presencia de un procedimiento (legislativo), la producción de un texto normativo y unas normas o disposiciones. Reformula, sin embargo, tal observación en su propia terminología, por lo que ahora se habla de reglas de competencia, autoridades y fuentes del derecho, esto es, resultados institucionales. Esto, porque parte de considerar que la producción de un resultado institucional, en este caso tener una norma como válida, presupone el accionar gradual de unos sujetos a los que una o varias reglas les han conferido poderes.

Con la adjudicación de estas características a las fuentes –acto, parece que el único criterio de distinción que se puede trazar con las normas provenientes de autoridades jurisdiccionales es la relativa a la presencia de autoridades políticas en la producción de aquella (Aguiló 2000, 101-123). Y esto es importante, por cuanto todo principio de análisis positivista tropieza inmediatamente con el hecho de que las sentencias son resultados institucionales producidos intencionalmente, sobre los cuales se pueden efectuar, como con las leyes, juicios de validez, tanto en el espectro de la existencia como en el espectro de la corrección. En efecto, cuando se piensa en el modelo de la jurisprudencia, propio de los sistemas de *civil law*, esto es, el modelo que reivindica la posibilidad, pero nada más que la posibilidad, de que de un amplio cuerpo de sentencias se puedan inferir normas o principios generales, gracias a la reiteración de las decisiones y no por virtud de la simple adopción de la misma por un tribunal competente, se piensa, en realidad, en las clásicas diferencias que se establecen entre las autoridades legislativa y judicial. A la primera se le atribuye una función de cambio que ejerce con amplia discrecionalidad y casi sin referencia al pasado, salvo en lo que tiene que ver con el respeto

mínimo a la jerarquía normativa. A la segunda se le atribuye la función de aplicación de lo establecido que ejerce con referencia al pasado, para salvaguardar la coherencia del derecho, y con múltiples restricciones institucionales y normativas.

Sin embargo, esta perspectiva no da respuestas adecuadas en relación con el modelo del precedente<sup>81</sup>, basado en la doctrina del *stare decisis*, que por diversos motivos se ha venido introduciendo en los sistemas del *civil law*. Aún si se recurre a la imagen del juez al que se le ha dado poder para introducir por sí mismo normas generales, para resaltar que tales jueces producen el resultado institucional “precedente”, dentro de un modelo de fuente –acto, ello no resuelve el problema de la decisión judicial como fuente del derecho en un sistema jurídico contemporáneo. Por un lado, incluso en EEUU, la mayoría de los teóricos del derecho sigue defendiendo la doctrina de la separación de poderes<sup>82</sup>, y por otro lado, las propuestas que, como la de Aguiló, hacen énfasis en la profusión de *dictum* en las sentencias y la ausencia de los mismos en las leyes<sup>83</sup>, como punto de partida para una salida decorosa al problema generado por la conversión de las sentencias en fuentes –acto en la práctica, colaboran muy poco en el esclarecimiento de esta cuestión, que se muestra como una de las más álgidas y oscuras de las que se tiene que ocupar la actual teoría jurídica.

Una salida a esta problemática ha de partir de los mejores aportes del positivismo, de la historia del derecho y de la sociología jurídica teóricamente fundada. El discurso de las fuentes del derecho proporciona un orden para el conocimiento de los fenómenos jurídicos por parte de los participantes y los observadores; la disciplina de fuentes opera como uno de los más importantes factores de determinación de lo extrajurídico o, en términos sistémicos, de los límites del sistema legal. Ignacio de Otto ha realizado un enjundioso estudio de las fuentes del

---

<sup>81</sup> Aguiló recuerda que donde opera la doctrina del *stare decisis* se suele distinguir entre precedente obligatorio y precedente persuasivo. El primero depende del posicionamiento jerárquico del tribunal productor y del tribunal receptor. El segundo depende esencialmente de las propiedades del razonamiento jurídico (Aguiló 2000, 114). Más adelante veremos que esta distinción es inadecuada por su escasa complejidad y falta de poder explicativo. Por ahora basta con señalar, siguiendo a la Corte constitucional colombiana, SU-047 de 1999 FJ 48: “En el sistema del *common law*, dice la Corte, es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares [...] los *obiter dicta* tienen una fuerza persuasiva, que puede ser mayor o menor según el prestigio y jerarquía del tribunal, pero no son vinculantes; un *dictum* constituye entonces, en principio, un criterio auxiliar pero no obligatorio para los otros jueces”.

<sup>82</sup> Por ejemplo, Dworkin (1984, 146–208). En contra, Kennedy (1997).

<sup>83</sup> Aguiló (2000, 117), siguiendo a Edward H. Levi. (1971). *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba.

derecho y de la jurisprudencia como fuente del derecho, que integra estas perspectivas en el marco de la discusión constitucional (Otto 1999).

Otto reconoce que la expresión fuentes del derecho alude primeramente a “aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma”. Así, el concepto de fuentes del derecho tiene como función la de distinguir entre lo puramente fáctico y lo jurídico. No obstante, considerar que las fuentes del derecho son, ante todo, actos normativos conlleva muchos problemas, como la amplitud de lo que se designa con “acto normativo”, pues casi todos los actos del Estado son actos normativos. Otra de las funciones del concepto es la de proporcionar seguridad a los jueces en su labor de identificar lo jurídicamente relevante. Sin embargo, dice, considerar fuente del derecho todo aquello que predetermina la decisión judicial también tiene sus inconvenientes –piénsese, por ejemplo, en que para excluir a los contratos de las fuentes del derecho la dogmática afirmó que no siempre vinculan la actividad judicial pues pueden ser declarados nulos, pero las convenciones colectivas también pueden serlo y en el derecho laboral son estimadas fuentes válidas del derecho—. Por todo ello, concluye de Otto, es indispensable admitir que el concepto de fuente del derecho tiene tan sólo un valor académico, explicativo. Que esto es así, lo corrobora que un acto normativo determinado tiene valor jurídico, resulta vinculante, no porque el Código Civil se lo atribuya, sino porque efectivamente es válido, vincula.

De cualquier manera, las constituciones contemporáneas regularmente contienen disposiciones que regulan el sistema de fuentes, que establecen una especie de disciplina de fuentes que admite cuáles son los actos normativos y cuál es la relación específica entre ellos, aunque ello no supone una completa regulación de la materia, como se desprende de la continua progresión de diversas áreas del derecho, como el derecho administrativo, cuyo crecimiento desmesurado no estaba pensada cuando se redactaron los códigos civiles. En todo caso, las constituciones contemporáneas establecen una disciplina de fuentes que toca dos aspectos fundamentales en los que nos detendremos: una estructuración vertical de las fuentes bajo el principio de jerarquía, en la que se hacen reservas en favor de la ley; y un tratamiento diferenciado para las sentencias del Tribunal Constitucional, independiente del valor de la jurisprudencia en cuanto tal.

Según de Otto, los criterios de ordenación de las fuentes son la *validez* y la *eficacia*. Dada la diversidad de fuentes, es decir, su pluralidad, el derecho debe regular su articulación. Esta articulación regularmente se logra mediante la subordinación de unas fuentes a otras. En el

derecho moderno pervive una fórmula de regulación del sistema de fuentes propio del Antiguo Régimen: a las fuentes se les regula mediante la imposición de reglas de aplicación, lo que hace que distintas normas puedan entrar a regular una misma cuestión, por lo que sólo en la circunstancia concreta se sabe que derecho se aplicará. No obstante, en el derecho moderno se impone el criterio jerárquico. La jerarquía formal implica que las normas se distribuyan en rangos, sin importar su contenido; implica reglas de validez que indican, por ejemplo, que cuando una norma inferior contradiga una superior aquella ha de desaparecer. Otro modo de articular las diversas fuentes es lo que se conoce como distribución de materias y de competencias, aunque la ordenación vertical es la más importante, no obstante todo lo cual el criterio jerárquico y el criterio de distribución pueden coexistir.

Un aspecto diverso, pero íntimamente conectado con todo lo anterior, tiene que ver con el principio democrático que opera en el Estado de Derecho moderno y que no ha perdido vigencia ni siquiera con las tendencias expansionistas del Estado constitucional: la ley goza de preferencia frente a las demás normas, especialmente porque es expedida por el legislador elegido por el pueblo. Luego, en el sistema de fuentes la ley ocupa el lugar de privilegio. “La legitimación democrática de la ley no da lugar a un sistema cerrado, como el principio de soberanía, pero es punto de partida obligado para la interpretación [...] Establecida esa subordinación mediante la justicia constitucional, el propio principio democrático explica sus peculiaridades: el privilegio de la jurisdicción concentrada y la presunción de legitimidad constitucional de la ley. El principio democrático es fundamento también de una cualidad específica de la ley: la llamada fuerza de ley” (Otto 1999, 143).

Evidentemente, tal marco institucional y normativo habrá de orientar la labor teórica, aunque las propuestas y las distinciones presentadas al inicio de este apartado no han de ser desechadas, sino antes bien integradas a fin de dotar a la aproximación teórica al sistema de fuentes y al concepto de fuentes del derecho de un valor heurístico. La descripción y la evaluación del derecho judicial como parte integrante del sistema de fuentes han de tener en cuenta esos aportes incluso si lo que se pretende en realidad es proporcionar las bases para un estudio sociológico teóricamente fundado.

El trabajo de de Otto resulta interesante al respecto. En primer lugar, de Otto describe cómo surgió la doctrina de la separación de poderes que incluye una subteoría sobre la separación entre creación y aplicación del derecho, según la cual a los jueces les corresponde aplicar la ley. Esta subteoría desconecta funcionalmente a la jurisdicción, especialmente mediante el



principio de independencia. Aunque tanto la doctrina de la separación de poderes como la subteoría descrita todavía son influyentes, la complejidad del Estado contemporáneo diluye algunos de los rasgos que las sustentaban. La misma diferenciación funcional del derecho ha llevado, a pesar de la necesidad de una más estricta separación entre creación y aplicación del derecho, a que los jueces creen derecho: en primer lugar, en ejercicio de la jurisdicción constitucional; en segundo lugar, en ejercicio de la función que tiene el vértice de la organización judicial de uniformizar la actividad judicial.

En la doctrina de la separación de poderes se establece que la aplicación judicial del derecho puede ser descrita a través del modelo de subsunción, pues el juez sólo subsume el supuesto de hecho en la norma. Pero la moderna teoría jurídica ha mostrado que pretender que la ley tenga un sentido unívoco y que la tarea del juez sea puramente cognoscitiva es erróneo (Guastini 1994)<sup>84</sup>. La decisión judicial no está predeterminada en el texto jurídico a aplicar, luego existe cierta libertad para el juez. Pero que exista esa libertad no significa de ninguna manera que al juez se le atribuya un poder político. No se puede olvidar que la diferencia entre lo político y lo jurídico no es tanto la que existe entre decisión libre y deducción, sino la que se da entre dos modos de fundamentación de las decisiones. La exigencia de fundamentación, según de Otto, se obtiene con una sumisión general a las normas, a pesar de todo lo discutible que esto pueda resultar, y mediante la necesidad de elaborar reglas de aplicación. Esta es la razón por la que los sistemas jurídicos avanzados confieren fuerza vinculante a los precedentes, en tanto que reglas de aplicación de las normas jurídicas que determinan su contenido reduciendo al tiempo su indeterminación natural. “La existencia de estas reglas de aplicación mantiene el carácter jurídico del acto de aplicación de la norma y, por tanto, también la frontera que separa la jurisdicción de las restantes funciones del Estado” (Otto 289)<sup>85</sup>. La

---

<sup>84</sup> Guastini ha identificado tres teorías rivales acerca de la naturaleza de la interpretación jurídica: (i) la *cognitiva o formalista* –la interpretación es una cuestión relativa al conocimiento empírico de los textos jurídicos o de la intención del legislador, lo cual significa que las proposiciones interpretativas son susceptibles de ser consideradas verdaderas o falsas–; (ii) la *escéptica* –la interpretación supone tanto valoración como decisión, lo cual significa que las proposiciones interpretativas no son ni verdaderas ni falsas–; y, (iii) la *intermedia*. Mientras que para los formalistas no cabe ninguna forma de discreción judicial, entre otros motivos, por la completitud del ordenamiento y porque las palabras tienen significado propio, para los escépticos las reglas del derecho son el resultado de la interpretación y no las condiciones que la predeterminan. Quienes defienden la teoría intermedia dicen que en la mayoría de los casos la aplicación de una regla no es controvertida, pero en un número reducido sí lo es; en los casos difíciles, no es claro si el caso cae en el núcleo de significado de una regla, debido a la textura abierta del lenguaje, por lo que los jueces tienen discreción para decidir.

<sup>85</sup> Por su parte, Alonso García propone un cambio terminológico, pues en lugar de reglas de aplicación sugiere usar el término *normas subconstitucionales*. Según Alonso García, la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación de textos legales, entre muchos otros motivos, porque opera con

existencia de reglas de aplicación en un Estado democrático de derecho es, ante todo, una necesidad, porque éstas, al limitar la libertad de los jueces, proporcionan una base de seguridad jurídica y evitan lesiones al principio de igualdad<sup>86</sup>.

Según de Otto, la función del principio *stare decisis* en el mundo jurídico anglosajón es precisamente la de reducir la libertad de los jueces. Con un esquema de eficacia vertical y horizontal se aseguran, con la primera, un ordenamiento jurídico y una aplicación del derecho uniforme orientada desde el vértice de la organización judicial, y con la segunda la evolución del derecho, dada la posibilidad de que los altos tribunales se aparten de sus propios precedentes.

Lo anterior explica, por ejemplo, que en España la Ley Orgánica del Tribunal constitucional atribuya a éste el carácter de máximo intérprete del texto constitucional, que dicha ley disponga que la jurisprudencia del TC se impone al legislador y a los demás jueces y, por último, que tal regulación establezca que sólo el pleno pueda cambiar la jurisprudencia. Y explica también que en Colombia la Corte Constitucional haya dado una batalla por atribuirse el rol de único intérprete autorizado de la constitución, por conferir fuerza vinculante a sus decisiones, estableciendo un sinnúmero de distinciones conceptuales y acogiendo críticamente modelos teóricos y dogmáticos extranjeros, y, finalmente, por respetar la regulación gubernamental del cambio de jurisprudencia en tratándose de la revisión de sentencias de tutela, esto es, de la figura de las *sentencias de unificación* (López Medina 2000b).

En una obra importante para el desarrollo de la teoría y la dogmática constitucionales en el ámbito hispanoamericano Enrique Alonso García ha hecho una aproximación al precedente judicial y al principio de *stare decisis* que difiere ciertamente de lo planteado hasta aquí, tanto

---

normas sumamente indeterminadas. Cuando se interpreta la constitución la subsunción que se exige a los jueces sólo es posible si se determina el precepto indeterminado: el resultado de tal especificación es equivalente, dice, al texto constitucional. Esta especificación genera la configuración de toda una red de normas subconstitucionales que se constituyen como puntos de referencia para posteriores subsunciones. Lo interesante es que cuando la citada red gana en densidad surgen normas subconstitucionales de segundo y tercer grado que pueden, por ejemplo, especificar el sentido de una norma subconstitucional sin ningún tipo de referencia a la constitución misma. Otro aspecto el relativo a las restricciones que tiene el juez constitucional para formular especificaciones de textos constitucionales, sobre todo por cuanto ha de respetar el pluralismo político y el principio democrático, de tal modo que su actuación ha de respetar que el legislador puede especificar la constitución de múltiples formas, muchas de ellas razonablemente admisibles (Alonso García 1984).

<sup>86</sup> La Corte Constitucional colombiana sostuvo en la SU-047 /99 F.J.-43 que la exigencia de consistencia para los jueces obedece, al menos, a tres razones: (i) la necesidad de preservar la seguridad jurídica; (ii) el inexcusable respeto al principio de igualdad; (iii) la urgencia de preservar una mínima racionalidad y universalidad.

en el apartado sobre la argumentación sobre precedentes como en el presente apartado, dedicado a estudiar el precedente desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho. Aunque Alonso García manifiesta que su intención no es debatir acerca de si el precedente constituye o no una fuente del derecho, considero importante tener claras su posición y las que inspiran ésta.

En primer lugar, Alonso García comparte con nosotros que la explicación de la fuerza vinculante del precedente se halla en el modelo de organización judicial jerárquica, pero disiente de la tesis que afirma que la vinculatoriedad jurídica del precedente depende de la eficacia vertical del mismo:

Es conceptualmente separable del tema de si esa jurisprudencia que constituye el precedente deba ser o no seguida por los tribunales inferiores. Y así lo ha entendido tanto la doctrina tradicional como la más reciente. El que el tribunal inferior siga el precedente del superior no es una derivación del principio de *stare decisis*, sino en la regla administrativa que, para el buen funcionamiento de los tribunales y en aras de la uniformidad, implica el que dicho tribunal inferior siga las directrices del superior. En principio, sólo juega, pues, por niveles horizontales. Plantea si un tribunal debe o no seguir su propio precedente, no si debe seguir el precedente del tribunal superior [...] El que un tribunal superior siga o no la jurisprudencia del órgano jurisdiccional superior es un tema totalmente diferente: tiene su explicación en el fenómeno de la fuerza vinculante de la jurisprudencia ordinaria o constitucional como fuente, o incluso en el del estudio, tan olvidado por nuestros procesalistas, de la jerarquía judicial como algo totalmente diferente de la jerarquía administrativa. Los fundamentos y la crítica del principio *stare decisis* son totalmente distintos de los que afectan al principio de jerarquía jurisprudencial (Alonso García 1984, 165-166).

En segundo lugar, ya en el plano de la doctrina del *stare decisis*, Alonso García, manifiesta que, en sentido estricto, el precedente no cumple una función de fuente integradora, de fuente productora de normas subconstitucionales. En realidad, dice, el precedente cumple con una función recordatoria, pues mantiene una misma norma subconstitucional. Sólo el cambio de jurisprudencia genera la producción de una nueva norma. Luego, si no hay producción de una norma nueva, no puede afirmarse que el precedente constituye una fuente integradora.

De otro lado, a pesar de la función meramente recordatoria del precedente, en ciertas ocasiones, el precedente se torna muy difícil de cambiar, por cuanto el juez constitucional configura un método específico para interpretar una cláusula constitucional determinada. Una vez hecho esto, el método no se puede cambiar, sino que sólo son cuestionables los resultados en circunstancias concretas, es decir, no es posible cambiar el test de razonabilidad, sino que, más bien argumentar el resultado del test en un específico no es el correcto.

No obstante, Alonso García termina por referirse al problema de la *re – racionalización* de los casos. Lo hace desde la posición crítica inaugurada por el *justice* Douglas. Este notable juez, pedía ya en 1949 el abandono de la doctrina del *stare decisis* por los efectos negativos que tenían para la seguridad jurídica las *distinciones*, que acaban convirtiendo en regla lo que en principio no era más que una excepción. Alonso García, quien sostiene, no obstante, que la técnica de distinción es primordial en una correcta interpretación constitucional y atribuye a la doctrina la tarea de racionalizar los precedentes, considera que el precedente en tanto fuente sufre de una ambigüedad radical que lo hace fácil blanco de críticas. En efecto, la función del precedente es fundamentalmente analógica, pues una vez fijada una norma subconstitucional, el precedente “actúa como fuerza expansiva o restrictiva para otras nuevas normas subconstitucionales, cubriendo nuevos supuestos de hecho o excepcionándolos”. Lo interesante, una vez más, es que en la interpretación del precedente se configura una nueva norma subconstitucional que extiende o restringe el ámbito de aplicación de la anterior a un universo de casos. Así, la reformulación del caso en el que se fijó el precedente implica una discusión acerca del supuesto de hecho de la norma subconstitucional, por lo que “el precedente puede ser, pues, fuente no como norma constitucional, sino como circunstancias de hecho que llevaron a dicha norma subconstitucional”.

Por todo ello, Alonso García acoge las críticas que se le han hecho al precedente y que han afirmado la necesidad de su replanteamiento: (i) no está claro qué es un precedente; (ii) no está claro en qué medida valen las sentencias con votos plurales, esto es, aquellas en las que los magistrados disienten sobre muchos puntos de una sentencia compleja y en las que los acuerdos apenas sirven para anular una disposición o para confirmarla como perteneciente al ordenamiento; y, finalmente, (iii) no está claro en qué medida los precedentes vinculan a los jueces que posteriormente integrarán los tribunales.

Los razonamientos de Alonso García son relevantes, pues muestran que la dogmática jurídica constitucional aún no ofrece puntos fijos que operen como elementos de referencia plenamente adecuados para la reflexión teórica sobre el problema de las fuentes del derecho y la argumentación jurídica *–re –racionalización* de precedentes–. Alonso García también muestra que la teoría de las normas tiene que detenerse aún más en la naturaleza de las normas subconstitucionales. En lo que sigue trataré de incorporar al presente trabajo posibles salidas a estos inconvenientes.

### 3.5. La programación condicional

Lo anterior es de especial relevancia, pues indica que con la decisión judicial la contingencia previa se reduce y se traduce al tiempo en contingencia contenida en la decisión misma, ya que ésta pudo ser de otro modo. Precisamente, para reducir la selectividad se insertan reglas que vinculen las decisiones presentes y futuras a decisiones pasadas. La presión decisional, como la denomina Corsi, es soportada gracias a la creación de estrategias que hacen viable el enlace entre decisiones dispersas en el tiempo, de tal manera que la inseguridad queda reducida (Corsi 1996e, 121-123).

Pero, ¿constituye acaso el precedente un programa condicional? Es sabido que los programas condicionales además de fijar parámetros de corrección de las decisiones orientan la aplicación del código, establecen criterios para atribuir los valores contenidos en los códigos. En este sentido cabría considerar al precedente un programa condicional. Pero, cabría insistir también, ¿en qué medida el precedente es un programa condicional? ¿Acaso basta, para hablar de programa condicional, con que se establezcan criterios, inclusive un poco vagos, de atribución de los valores en ciertas circunstancias? ¿Acaso es suficiente con que se establezcan criterios que limiten la formación de expectativas o, lo que es lo mismo, lo que puede esperarse del derecho?

Un posible modelo explicativo tiene que partir necesariamente de las ventajas asociadas a la confección y permanente actualización de la memoria del sistema jurídico. En efecto, Luhmann ha señalado que por redundancia sistémica debe entenderse el conocimiento de los elementos del sistema de los demás elementos del sistema. Ese conocimiento aísla los factores de sorpresa para el sistema que intenta adaptarse al entorno y a su propia complejidad. Redundancia entonces equivale a seguridad y se opone a variedad, la cual implica multiplicidad de elementos y relaciones entre elementos.

La redundancia está garantizada desde un principio por la existencia de programas que orientan la aplicación del código. Como ya se señaló en este trabajo, las normas son concebidas por Luhmann como programas de decisión. Dichos programas son condicionales y de acuerdo con la posición institucional las decisiones pueden ser programantes o programadas. Es decir, pueden constituir un acto de creación o, por el contrario, de aplicación del derecho. Esta distinción, decíamos, no es trivial, pues supone que existen distintas formas de procesamiento de información. Mientras las decisiones programantes son el producto del procesamiento de información que el sistema tiene que traducir del entorno, las decisiones

programadas son el producto del procesamiento de información proveniente del mismo sistema. Los jueces no pueden programar, pues sus decisiones están programadas.

Pero con posterioridad hemos establecido que la teoría de Luhmann cede en su radicalidad, dados los cambios de configuración en el derecho contemporáneo, en especial en el ámbito de la práctica decisonal constitucional. Así, hemos señalado que los jueces también formulan reglas de decisión. No obstante, nos hemos preguntado por la medida en que tales reglas constituyen programas de decisión y, también, si constituyen o no programas condicionales.

En efecto, el propio Luhmann ha insistido en que las normas en cuanto programas de decisión se dirigen a los jueces, y en cuanto programas de acción se dirigen a los usuarios –“para el actor diría: si se dan las condiciones ‘X’, puedes (o no puedes, o no puedes no) actuar ‘x’; para el juez diría: si (se da) el supuesto de hecho ‘X’ y se prueba ‘x’, decide ‘y’; si (se da) el supuesto de hecho ‘X’ y se prueba ‘no –x’, decide ‘z’” –. También ha insistido este autor en que la distinción entre decisiones programadas y decisiones programantes sirve para diferenciar los procedimientos judicial y legislativo. Mientras en el primero se aplica el derecho, en el segundo se crea y se cambia el derecho. Esto es cierto, dice Luhmann, incluso si se acepta que cuando el legislador programa está decidiendo con base en los programas fijados en la Constitución, esto es, está tomando decisiones programadas. Por otra parte, sostiene este autor, los programas de fines son difíciles de juridificar, en tanto que sólo proporcionan puntos de vista para la comparación y la elección final entre medios que conducen a la obtención de un fin; por ello la programación final es efectuada por el legislador, pues éste está facultado para elegir libremente los medios, a diferencia de lo que ocurre con el juez, quien tiene la obligación de justificar que su decisión se adecua a lo dispuesto en la norma, liberándose así de la responsabilidad por la fijación de las condiciones de aplicación del programa.

Pero, ¿significa todo ello que los jueces no crean derecho o, por lo menos, normas generales? En varios pasajes de este trabajo hemos establecido que para Luhmann los jueces no crean derecho porque no valoran las consecuencias de la aplicación de los programas condicionales y porque, en general, no están facultados para programar libremente. No obstante, no es posible negar a los jueces la facultad para crear normas generales a partir de la exigencia que se les hace de observar tan sólo las consecuencias normativas de sus decisiones, esto es, las relativas a la razonabilidad jurídica de las mismas, y excluir de sus razonamientos las preguntas por las consecuencias directas o indirectas de tales decisiones en el mundo de la vida.

En verdad, afirma Luhmann, las confusiones provienen de una errada comprensión de la distinción entre el procedimiento judicial y el procedimiento judicial. Los jueces formulan para sus decisiones normas generales. En la *Rechtssoziologie* Luhmann se refiere expresamente a esta cuestión, sosteniendo que la normatividad de la decisión judicial radica en que tal decisión ha de fundarse en una norma generalizable y, por lo tanto, ha de servir de pauta para decidir de igual forma casos iguales. Vistas las cosas de esta manera, es más fácil comprender que mientras el juez trata la norma como una expectativa normativa –no aprende de la frustración–, el legislador trata la norma como una expectativa cognitiva –aprende o está dispuesto a aprender de las frustraciones de las expectativas– (Giménez Alcover 1993, 269-280).

En resumen, para Luhmann el proceso judicial constituye el núcleo de lo jurídico –el procedimiento legislativo pertenece a la periferia y la universalidad de las decisiones constituye un principio básico de la actividad judicial<sup>87</sup>.

Ahora bien, si los jueces formulan normas generales –el mismo Luhmann sostiene que cuando no le vienen preestablecidas, los jueces deben crearlas– cabe preguntar si de acuerdo con la distinción entre programas condicionales y programas de fines descrita más arriba los precedentes judiciales son programas condicionales. Si se tiene en cuenta que los jueces al formular un precedente programan las decisiones de los demás jueces, restringiéndolos e impidiéndoles la deliberación, entonces cabe admitir que los precedentes son programas condicionales. Si se tiene en cuenta, en cambio, que en ciertas ocasiones los jueces formulan un precedente o reformulan uno anterior a fin de satisfacer la justicia material en los casos concretos, entonces no es admisible sostener que los precedentes judiciales son programas condicionales. En verdad, los precedentes parecen ser programas condicionales desde un punto de vista y parecen no serlo desde otro. Lo primero es ejemplificado con la frecuente referencia al principio de universalidad arriba descrito. Lo segundo es ejemplificado con la alusión a la generalizada práctica de *lawyers* y jueces norteamericanos de distinguir casos; esa distinción afecta la formulación original de las normas y en ese sentido incluye una deliberación sobre las condiciones de aplicación de los precedentes y, en no pocas ocasiones, una evaluación de las consecuencias que se derivan de las distinciones propuestas.

---

<sup>87</sup> En su *Teoría de la argumentación jurídica*, Robert Alexy señala que lo que Luhmann llama en *Sistema jurídico y dogmática jurídica* “práctica de decisión universalista” es asegurada por las dos primeras reglas de justificación interna de las decisiones judiciales, las cuales son concreciones del principio de universalidad. Véase Alexy (1989).

Un modelo explicativo más adecuado se mueve en otro plano de análisis. En efecto, aunque en la teoría de las normas más contemporánea se acepta que no todas las normas generales son obligatorias –las normas generales creadas por los jueces no lo serían en principio– es un hecho ampliamente conocido que los modernos regímenes constitucionales atribuyen la cualidad de vinculante a las normas elaboradas por los tribunales de máxima instancia, especialmente a las normas subconstitucionales confeccionadas por los tribunales constitucionales. En este contexto, la generalización lleva a la producción incesante de normas generales judiciales obligatorias, pero tal obligatoriedad no excluye ciertamente un mínimo de deliberación acerca de las condiciones de aplicación de los precedentes.

Alchourrón y Bulygin, siguiendo a von Wright, han subrayado que una norma es el significado de una expresión lingüística usada para prescribir una conducta. Por ello, afirman, dos formulaciones diferentes pueden expresar una misma norma. Vistas así las cosas, se puede prescindir, aunque no por completo, de la noción de norma jurídica de Kelsen, para quien una norma de este tipo establece una sanción coercitiva –recuérdese que Kelsen dio esta definición buscando una característica que le permitiera diferenciar las normas jurídicas de las normas morales; lo inadecuado de la definición se hizo patente cuando la teoría jurídica al uso constató que muy pocas de las normas jurídicas establecen sanciones coercitivas<sup>88</sup>. Ahora, dicen Alchourrón y Bulygin, es más fácil distinguir tipos de normas. Una de las distinciones más usadas es la de *normas condicionales / normas categóricas*<sup>89</sup>. Esta distinción es muy útil: una norma es condicional cuando la obligación, prohibición o permisión que establece está sujeta a una condición; una norma es categórica cuando la obligación, prohibición o permisión no está sujeta a ninguna condición. Estos autores explican que con base en esta distinción resulta obvio que prácticamente todas las normas generales son condicionales. El número de normas categóricas es bastante reducido; casi todas las normas categóricas son normas individuales, como las resoluciones incluidas en sentencias judiciales.

---

<sup>88</sup> Cabe resaltar, no obstante, que para la Luhmann la coercibilidad sigue siendo un elemento esencial en el derecho. Incluso en la *Rechtssoziologie* llegó a afirmar que la coerción constituye el contenido irrenunciable de las normas. Véase Giménez Alcover (1993, 253).

<sup>89</sup> Según von Wright, “desde el punto de vista de sus condiciones de aplicación las normas pueden dividirse en *categóricas e hipotéticas* [...] Si una norma es categórica, su condición de aplicación viene dada por su contenido. Conociendo su contenido sabemos cuál es su condición de aplicación. Por esta razón, no es necesaria la mención de la condición para formular una norma. Así, por ejemplo, se sobrentiende, en una orden de cerrar una ventana, que se aplica a unan situación en que la ventana está abierta. Si una norma es hipotética, su condición de aplicación n puede ser derivada solamente de su contenido. Hay que mencionar, por consiguiente, en su formulación, la condición (adicional). Un ejemplo sería una orden de cerrar una determinada ventana *si* empieza a llover” (von Wright (1963, 91) [Resaltado original].



Desde este punto de vista, los precedentes son programas condicionales en sentido estricto. Sin embargo, ¿se puede seguir afirmando esto si se tiene en cuenta que buena parte de la técnica de precedentes se basa en la deliberación sobre el contenido del principio o regla de decisión –*ratio decidendi*– o sobre las condiciones de aplicación del precedente? Esta vez resulta conveniente aproximarse al problema desde la teoría de las normas como razones para la acción. Atienza y Ruiz Manero, por ejemplo, sostienen que una *regla es una razón perentoria e independiente del contenido*: perentoria por cuanto constituye una razón de primer orden para realizar la conducta prescrita, y de segundo orden porque excluye la deliberación –en sentido fuerte–, es decir, excluye otras razones; independiente del contenido, por cuanto la obediencia no se deriva de su contenido sino de su origen –i.e. legislativo– (Atienza y Ruiz Manero 1996). Pero puede sostenerse igualmente, siguiendo a Raz, que las normas, en cuanto razones para la acción son *superables*. Raz dice que el enunciado “A es una razón para x para hacer B” es un enunciado condicional y por ello puede ser reformulado como A es una razón para hacer B”. De esta manera, los enunciados de razón implican un deber condicional, el deber de realizar la acción cuando se da la razón. Pero que una norma, en cuanto razón para la acción, sea condicional, no significa que esa norma no sea superable. En verdad, afirma Raz, los enunciados de razón son condicionales superables porque tienen excepciones implícitas<sup>90</sup>.

Desde esta última perspectiva, los precedentes también son programas condicionales. Y lo son porque su superabilidad no es incompatible con su obligatoriedad<sup>91</sup>. Las normas generales expedidas por el legislador también son obligatorias, pero son igualmente superables. Precisamente, cada vez más autores están de acuerdo en que, contrario a lo que piensan Dworkin y Alexy, la diferencia entre principios y reglas es una cuestión de grado. Los principios no son razones de segundo orden porque no excluyen la deliberación de los operadores jurídicos. Luego, entre más fuertes sean las razones para seguir una norma y menor sea la posibilidad de deliberar sobre sus condiciones de aplicación es más adecuado afirmar que se está en presencia de una regla.

De cualquier manera todo el análisis efectuado hasta aquí simplemente ha trasladado el eje de atención de la distinción entre programa condicional / programa final, a la distinción entre

---

<sup>90</sup> Véase Raz (1991). También Bayón (1991).

<sup>91</sup> Sobre la importancia del concepto de programa condicional en el seno de la teoría sociológica del derecho y la diferencia entre estos programas y los orientados a fines, también presentes en el derecho, véase Luhmann (2002, 223-273).

norma condicional / programa hipotético y la similitud estructural entre norma condicional / enunciado de razón.

#### **4. Manipulación de precedentes, seguridad jurídica y riesgo en sentido sociológico**

Ya se ha hecho referencia en el curso de este trabajo a la noción de redundancia. Se ha dicho que redundancia significa, para Luhmann, reducción del efecto sorpresa en las operaciones de un sistema caracterizado por la complejidad y por los mecanismos con los que cuenta para reducirla y reducir al tiempo la mayor complejidad de su entorno. Pues bien, la variedad de elementos, relaciones y comunicaciones es estabilizada y controlada gracias al efecto de la redundancia. No obstante, afirma Luhmann, un sistema cerrado que se abre al entorno cognitivamente hablando en realidad permanece abierto a continuas irritaciones. Dichas irritaciones pueden efectivamente transformar las prácticas jurídicas. Pero, sostiene, “si es que el derecho debe proporcionar seguridad, esta apertura no puede llevarse demasiado lejos. Debe existir una cuota de redundancia, de modo que pueda confiarse en el conocimiento de uno o más elementos (conocimiento de decisiones de tribunales importantes, por ejemplo, o conocimiento de decisiones sobre leyes) para permitir inferencias acerca del modo en el que el sistema se comportará en circunstancias concretas” (Luhmann 1994, 30). Por supuesto, el efecto social de la redundancia es particularmente visible, en tanto que los sistemas jurídicos rígidos debido a un continuo aumento y fortalecimiento de la redundancia son menos propensos a adaptarse a otros sistemas como el político, por ejemplo. Por lo tanto, la redundancia legal es garantía de la autopoiesis del sistema jurídico cuya única finalidad, como se sabe, es la de reproducirse a sí mismo.

Así, la capacidad operativa del sistema jurídico es dependiente de la actualización de anteriores resultados y la previsión de las consecuencias de las nuevas operaciones. Como el derecho es un sistema cerrado, para decidir qué es legal y qué es ilegal debe referirse en cualquier caso a los resultados de anteriores operaciones que haya efectuado, pero también debe referirse a las consecuencias que dicha referencia traerán en el futuro para el sistema. Así, el sistema jurídico se orienta problemáticamente al logro de la innovación teniendo que mantener su propia consistencia. La reproducción de la capacidad operacional es un aspecto que resulta de singular importancia para entender el funcionamiento del derecho y para evaluar posibles disfuncionalidades.

La clausura normativa significa que las normas jurídicas definen, con exclusividad, la pertenencia o relevancia de un elemento para el sistema jurídico. La autoproducción de los elementos del sistema implica, de este modo, la atribución de cualidades jurídicas a los mismos, en un proceso no teleológico. Pero tal clausura supone a su vez una apertura cognitiva. Por eso el propio Luhmann afirmó en “Die Einheit des Rechtssystems” que “un sistema jurídico puede ser programado de forma que, deliberadamente, se convierta en dependiente de la evolución de las circunstancias exteriores; una modificación del propio programa, bajo la presión del entorno, es asimismo posible”<sup>92</sup>, siempre que ello no signifique un cambio drástico de orientación en la búsqueda de autocontrol. Si esto es así, una pregunta obvia surge: ¿Cuál es, finalmente, la situación de la decisión judicial y de la seguridad jurídica en este contexto? La respuesta a este interrogante descansa en la relectura del concepto de norma jurídica:

Combinando de ésta manera la clausura y la apertura, el sistema jurídico no puede pretender una completa autodeterminación. De éste modo, ningún sistema jurídico puede pretender determinar de antemano el contenido de todas las decisiones judiciales. Basta con que el acto de decidir jurídicamente sea referido normativamente a la necesidad de perpetuar la auto –producción del sistema jurídico para que, por lo demás, pueda integrar toda la información exterior que, para su mayor funcionalidad, precise. Por tanto, en este orden de ideas, se observará que la mayoría de las normas jurídicas están concebidas como programas destinados al tratamiento normativo de informaciones exteriores (‘si tal hecho es constatado, entonces tal consecuencia normativa es aplicada’) (Ost y van de Kerchove 1997, 138).

En tal contexto, es evidente que contar con una técnica de precedentes no es suficiente para obtener una seguridad frente al inminente riesgo de introducción de elementos portadores de caos al interior del sistema cuando se toma una decisión con base en los parámetros del sistema. Es más, si se observa la dinámica de producción y variación de precedentes es fácil advertir que el anhelo de contar con un máximo de seguridad en relación con el desorden potencial se desvanece. Quizás esto esté conectado en un sentido fuerte con las observaciones que el propio Luhmann efectúa sobre las variables de riesgo y seguridad en lo atinente al cálculo de riesgo necesario en una sociedad altamente diferenciada, tecnológica y socialmente hablando. En este contexto lo desfavorable del factor riesgoso es en cierta medida aparente en tanto que asumir el riesgo es no sólo necesario sino provechoso. Luhmann retoma algunas de las conclusiones de analistas y expertos compartiendo con ellos la idea de que la seguridad total es ilusoria y que, por lo mismo, lo único viable es establecer rangos o niveles soportables de seguridad cuyos contornos y resultados sean controlables por los agentes que

---

<sup>92</sup> Niklas Luhmann. (1983). “Die Einheit des Rechtssystems”. *Rechtstheorie* 14. Citado por Ost y van de Kerchove (1997, 138).

adoptan decisiones (Mejía Quintana 2001, 112). El riesgo es producto de una elección y, como tal, la negación del riesgo, en cuanto elección, también produce riesgo. Las distinciones entre seguridad y riesgo y riesgo y peligro son sólo distinciones, esto es, simplemente están incorporadas en una observación, en este caso sociológica, en la que ambos componentes de la distinción se muestran dependientes uno del otro y, en ese sentido, carentes de entidad ontológica (Luhmann 1992).

Mientras el riesgo es un concepto vinculado a la toma de decisiones en el sistema, el factor peligro remite a las consecuencias dañosas provocadas por un factor externo al sistema (Mejía Quintana 2001, 112). Por ello, la poca definición en cuanto a la forma de asumir determinado conflicto puede ocasionar una gran variedad de factores exógenos peligrosos para el sistema, debido a las percepciones de los agentes externos vinculadas con la incapacidad o maleabilidad del sistema en lo relativo a la seguridad de que una vez introducido un mensaje el resultado será específico.

En todo caso, cuando se pretende evaluar la técnica de precedentes resulta fructífero profundizar en la cuestión de la prevención del riesgo a partir de la activación del esquema de toma de decisiones con que cuenta el sistema jurídico. Desde el enfoque sistémico del sistema jurídico, basado en la idea de descentración y en la visión de dicho sistema como red de comunicaciones antes que como sistema de normas, la toma de decisiones es en sí misma arriesgada. Pero los riesgos son matizados por el análisis previo en torno a si el daño que provoca la decisión es beneficioso para el sistema o si, por el contrario, el daño que provoca hace de la decisión una medida de la que en el futuro habrá de arrepentirse el agente institucional productor. Con base en el análisis de esas hipotéticas consecuencias es factible determinar con cierto grado de certeza que una decisión arriesgada, un salto sin red, es beneficiosa para el sistema en su conjunto.

Cuando se toman decisiones los riesgos no se pueden evitar. Así, dado que no existen decisiones exentas de riesgo, convendría abandonar la esperanza característica de un observador de primer orden de que una mayor cantidad de estudios sobre el riesgo puedan neutralizarlo a favor de un mayor nivel de seguridad. La experiencia, a juicio de Luhmann, muestra lo contrario: entre más se calcula y más complejo se hace el proceso de cálculo, mayor es el número de caras en las que reina la *incertidumbre del futuro*, y por consiguiente, del riesgo (Mejía Quintana 2001, 113).

Así, persiste cierta dificultad en sostener que el precedente constituye exclusivamente una barrera, un dique, para la creación del derecho. Parece obvio que la técnica de precedentes no supone en sí misma una hiperracionalización del formalismo jurídico; por el contrario, como lo hemos anotado en párrafos anteriores, puede ser entendido como una técnica *contingencial* de

dominio de la contingencia que acecha al sistema legal. Entonces, queda así trazado que los jueces deben adoptar determinaciones coherentes con el orden normativo, es decir, con el conjunto de decisiones tomadas en el pasado en casos similares, pero, también, que en la práctica decisional los jueces no dejan de efectuar saltos sin red. Así, toda práctica decisional aparece como una forma contingente y, por ese motivo, la utilización de la técnica de precedentes no escapa a ello, pues si bien se revela como parte del programa de aislamiento del derecho, también se muestra inserta en una dinámica judicial donde los jueces establecen relaciones entre lo jurídico, o sistémico, y lo extrajurídico, o extrasistémico, todo ello en un complejo ejercicio cognitivo. El uso de la técnica de precedentes, simplemente, permite la orientación del sistema frente a la variada gama de paradojas que surgen de una permanente apertura.

La teoría de sistemas autorreferenciales de Luhmann es de algún modo consciente de la problemática descrita. Es claro que en la teoría de sistemas de este autor el sistema legal se reproduce a sí mismo y a su entorno en todas sus operaciones. Sin embargo, debe insistirse en ello, esto no significa en ese enfoque que en el sistema no haya lugar a la novedad. El mismo Luhmann ha puesto de manifiesto que dicha reproducción es “la producción a la vez continua y discontinua de elementos siempre nuevos”<sup>93</sup>. No obstante, recalca, para mantener la diferenciación estructural la apertura sistémica es controlada desde dentro, conforme a los parámetros de introducción de novedades que el sistema mismo ha definido, de tal modo que el intercambio de comunicaciones e informaciones con el entorno depende de su capacidad para autorregular su interdependencia con el exterior.

Este análisis no resulta incompatible con el que efectúa Bourdieu. Este autor señala que para ingresar al *campo jurídico* (i) es necesario reconocer de antemano que el fin de todo proceso es la adopción de una decisión, (ii) para obtener una decisión favorable resulta necesario adoptar un lenguaje, utilizar los formalismos autorizados y las categorías procesales, y (iii) es indispensable estar dispuesto a aceptar los precedentes. En su criterio, la función del *stare decisis* es afirmar la “autonomía y la especificidad del razonamiento y de las decisiones jurídicas” (Bourdieu 2000, 188). La estimulación del respeto a los precedentes es lo que dota de racionalidad a las decisiones judiciales. Pero al evocar las enseñanzas de los viejos realistas –que son actualizadas por David Kayris en “Legal Reasoning”, incluido en la edición de 1982 de *The Politics of Law*– Bourdieu advierte la imposibilidad de reconocer que el *stare*

---

<sup>93</sup> Niklas Luhmann. (1983). “Die Einheit des Rechtssystems”. *Rechtstheorie* 14. Citado por Martínez García (1992, 83).

*decisis* está destinado a garantizar efectivamente la consistencia del derecho y la previsibilidad o la objetividad de las decisiones judiciales. Por ello, sostiene, la previsibilidad y la consistencia deben buscarse en otro lado: quizás en la estructuración de los hábitos jurídicos, esto es, aquellos esquemas de percepción y evaluación de la realidad jurídica, de los conflictos cotidianos que ingresan en el campo jurídico. Quizás la dogmática jurídica, tal y como la entiende Luhmann haga parte del llamado por Bourdieu *hábitus* del derecho, a pesar de su elaboración consciente. Si esto es así, la dogmática será la encargada, como lo hizo en la época de las grandes codificaciones, de proporcionar una base para la controlabilidad de las decisiones y para la consistencia del derecho judicial.

## CONCLUSIONES

El análisis detallado del sistema de derecho judicial que tiene su origen en la producción y aplicación, reinterpretación, remodelación o exclusión de precedentes por parte de tribunales y jueces, permite afirmar que tal sistema se mueve entre el orden y el desorden irremediablemente. Aunque en principio los precedentes judiciales están orientados a la reducción de complejidad, aportando decisivamente en el logro del objetivo central del sistema jurídico en su conjunto, la dinámica propia de la hermenéutica sobre esas reglas de decisión conlleva la reintroducción (*re-entry*) del riesgo en el subsistema legal.

En efecto, el precedente judicial regulariza expectativas sociales de comportamiento y por esa vía canaliza la autopoiesis del derecho. Ello es posible gracias a la generación de descripciones actualizadas de los límites y potencialidades del sistema jurídico para asumir conflictos sociales, lo cual evita que los sujetos se formen expectativas que no pueden ser satisfechas por ese sistema y que los agentes institucionales cambien a su antojo las estructuras del mismo. Es objetivo de los precedentes judiciales permitir una adecuada selección de la información del entorno por parte del sistema jurídico e indicar a los usuarios el curso que siguen los conflictos en el ámbito legal y la forma como estos son resueltos o estabilizados. Esta búsqueda de estabilización favorece la evolución del sistema legal. Al implicar un *modus* argumentativo que genera ciertos caos el sistema jurídico se ve forzado a buscar soluciones normativas a problemas antes no planteados o a reafirmar soluciones con el fin de reducir complejidad. En otras palabras: el precedente judicial ejemplifica la tensión entre seguridad e innovación, la cual domina la actividad y el horizonte de los subsistemas sociales.

Ahora bien, la fuerza de los precedentes depende principalmente de las características de la jerarquía jurisdiccional en la que son producidos. De este modo, aunque la racionalización del derecho es también posible a través del desarrollo del derecho judicial, se trata de una racionalización limitada, tautológica, recursiva, flexible y no autónoma. Ello se debe a que la argumentación sobre precedentes está, como cualquier otra argumentación, estructurada por razones que operan como ficciones necesarias desde el punto de vista interno y que siempre exponen al sistema a la complejidad del entorno como a su propia complejidad. Para el observador sociológico la redundancia que se logra con la técnica de precedentes es indispensable para la consistencia sistémica. Sin embargo, reconocer –con base en los aportes de la sociología del derecho teóricamente fundada– que los precedentes son programas

condicionales no puede impedir aceptar que la hermenéutica asociada reintroduce en el derecho factores de contingencia y riesgo.

La dogmática constitucional tradicional o la teoría positivista normalizada –que se centra en conceptos confusos como el de fuente de derecho– no son referentes plausibles para un ejercicio comprensivo como el que la dinámica de los precedentes judiciales exige. Las paradojas legales –una institución jurídica diseñada para generar seguridad jurídica y reducir complejidad es al mismo tiempo factor de inseguridad jurídica y fuente de mayor complejidad– pueden ser vistas mejor a la luz de una teoría preparada para la observación de paradojas. La teoría sistémica del derecho es la mejor candidata.

Sin embargo, la dogmática específica, que provea una autodescripción ajustada del sistema de derecho judicial y del sistema jurídico en su conjunto está todavía por construir. Es dogmática deberá proporcionar las bases para entender mejor en qué sentido se da la reproducción autopoiética del sistema jurídico. Tendrá entonces que ofrecer una versión simplificada, pero comprensiva, del objeto de investigación, colaborando así en el proceso de reducción de complejidad.



## BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep (2000). *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin. (1998). *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, Robert. (1988). "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". *Doxa* 5.
- \_\_\_\_\_. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Almaraz, José. (1997). "Niklas Luhmann: la teoría de los sistemas sociales antes de la autopoiesis". *Revista Anthropos* 173 / 174.
- Alonso García, Enrique. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amaya, Carlos. (2000). "Corte Constitucional y economía: Una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil". *Justicia y Desarrollo: Debates* 13.
- Arango, Rodolfo. (1999). *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*. Bogotá: Siglo del Hombre, Uniandes.
- Arnaud, André Jean y Pierre Guibentiff (eds.). (1993). "Niklas Luhmann: observateur du droit". *Droit et Société* 5. París: LGDDJ.
- Arnold –Cathalifaud, M. (1997). "Temas metodológicos en la investigación de segundo orden". *Revista Anthropos* 173 /174.
- Atienza, Manuel. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. (2000). "Prólogo" a Josep Aguiló Regla. *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- \_\_\_\_\_. (1998). "Los límites de la interpretación constitucional: De nuevo sobre los casos trágicos". En Rodolfo Vázquez (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. (1996). *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Bankowski, Zenon et al. (1997). "Rationales for precedent". En D. N. MacCormick y Robert Summers (eds.). *Interpreting precedents. A comparative study*. Ashgate: Aldershot et al.

Baraldi, Claudio. (1996a). "Complejidad (*Komplexität*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996b). "Comunicación (*Kommunikation*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996c). "Diferenciación (*Ausdifferenzierung/ Differenzierung*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996d). "Diferenciación de la sociedad (*gesellschaftliche Differenzierung*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996e). "Expectativas (*Erwartungen*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

Bayón, Juan Carlos. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bergalli, Roberto. (1997). "Jueces y juristas en la interpretación y aplicación del derecho: La hermenéutica jurídica de la Modernidad". En Roberto Bergalli y Dario Melossi (eds.). *The emergence of Law through Economy, Politics and Culture*. Oñati: IISJ.

Blanco, José María. (1997). "Autopoiesis: un nuevo paradigma sociológico". *Revista Anthropos* 173 / 174.

Bobbio, Norberto. (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Di Comunità.

\_\_\_\_\_. (1994). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.

Bourdieu, Pierre. (1998). *La distinción. Criterios y bases sociales del gusto*. Madrid: Taurus.

\_\_\_\_\_. (2000). "Elementos para una sociología del campo jurídico". En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes / Instituto Pensar.

Büllesbasch, Alfred. (1992). "Enfoques de teoría de sistemas". En Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.

Burgos, Germán. (2000). "The World Bank and its analysis of law and the judicial power: to which rule of law does World Bank refer?". *Beyond Law* 22.

Chinchilla, Tulio Elí. (1996). "Fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional (un rastreo jurisprudencial)". En Varios Autores. *Anuario de derecho constitucional*. Medellín: Diké.

Corsi, Giancarlo. (1996a). "Autorreferencia (*Selbstreferenz*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996b). "Ciencia (*Wissenschaft*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996c). "Conflicto (*Konflikt*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996d). "Derecho (*Recht*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996e). "Organización (*Organisation*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

Cotterrell, Roger. (1991). *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.

Courtis, Christian (comp.). (2001). *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

Dworkin, Ronald. (1984). "Los casos difíciles". En Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

\_\_\_\_\_. (1992). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.

\_\_\_\_\_. (1996). "La lectura moral de la constitución". *Revista Universidad del Valle* 15.

Ely, John Hart. (1997). *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Siglo del Hombre –Uniandes.

Esposito, Elena. (1996a). "Autopoiesis (*Autopoiesis*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996b). "Código (*Code*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

\_\_\_\_\_. (1996c). "Racionalidad (*Rationalität*)". En Giancarlo Corsi, Elena Esposito y Claudio Baraldi. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México, Guadalajara, Barcelona: U. Iberoamericana / Iteso / Anthropos.

Ferrari, Vincenzo. (1989). *Las funciones del derecho*. Madrid: Debate.

Ferreres Comella, Víctor. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García Amado, Juan Antonio. (1997). "Introducción a la obra de Niklas Luhmann". En *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

\_\_\_\_\_. (1999). "Del método jurídico a las teorías de la argumentación". En Juan Antonio García Amado. *Escritos de filosofía del derecho*. Bogotá: Ediciones Rosarinas.

García Pascual, Cristina. (1997). *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Edicions Alfons El Magnanim.

García Ruiz, Pablo. (1996). "Los medios simbólicos, ¿de comunicación o de interacción?: el legado parsoniano en Luhmann". *Revista Anthropos* 173 / 174.

García Villegas, Mauricio (ed.). (2001). *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

\_\_\_\_\_. (1998). "Las fronteras del derecho". *Pensamiento Jurídico* 8.

Giddens, Anthony. (1994). *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*. Barcelona: Península.

\_\_\_\_\_. (1998). *La constitución de la sociedad. Bases para una teoría de la estructuración*. Buenos Aires: Amorrurtu.

Giménez Alcover, Pilar. (1993). *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch.

Guastini, Riccardo. (1994). "Legal Interpretation". En *The Encyclopaedia of language and linguistics*. Aberdeen: Pergamon Press & Aberdeen University Press.

Guibourg, Ricardo. (1996). "Fuentes del derecho". En Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.). *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía II*. Madrid: Trotta – CSIC – BOE.

Habermas, Jürgen. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

Hassemer, Winfried. (1992). "Sistema jurídico y codificación". En Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer (eds.). *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate.

Hart, H. L. A. (1994). "Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño". En Pompeu Casanovas y José Juan Moreso. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica.

Hendler, Edmundo. (1996). *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Hernández Marín, Rafael. (1989). *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Tecnos.

Holmes, Stephen. (1988). "Precommitment and the paradox of democracy". En Jon Elster y Rune Slagstad. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hoyos, Guillermo. (1995). "Ética discursiva, derecho y democracia". En Cristina Motta (ed.). *Conflicto y democracia*. Bogotá: Tercer Mundo / Uniandes.

Izuzquiza, Ignacio. (1990). *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos.

Jaramillo, Isabel Cristina. (1999). "La crítica feminista al Derecho". Estudio preliminar a Robin West. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes / Instituto Pensar.

Kalmanovitz, Salomón. (1999). "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional". *Economía Colombiana* 276.

\_\_\_\_\_. (2000). "¿Despotismo nuevo?". *Lecturas dominicales*, 10 de Diciembre de 2000.

Kelsen, Hans. (1997). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.

Kennedy, Duncan. (1997). *A critique of adjudication*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

\_\_\_\_\_. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes / Instituto Pensar.

Larenz, Karl. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel.

LaTorre, Massimo. (1994). "Derecho y teoría del Derecho: Tendencias fundamentales para finales del siglo XX". En José Luis Soberanes (comp.). *Tendencias actuales del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

López Medina, Diego Eduardo. (1998). "El valor del precedente constitucional". En Manuel José Cepeda (coord.). *Derecho constitucional: perspectivas críticas* (Bogotá: Uniandes).

\_\_\_\_\_. (2000a). "La interpretación de sentencias constitucionales en Colombia". *Revista Mensual Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento* 3.

\_\_\_\_\_. (2000b). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Uniandes/Legis.

López Sterup, Henrik. (2001). "Precedente judicial en el Estado de derecho". *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento* 14.

\_\_\_\_\_. (2002). *Una observación de segundo grado sobre el "discurso" de la Corte Constitucional de Colombia: aproximación desde la teoría de Niklas Luhmann*. Bogotá: Universidad de los Andes, Maestría en Ciencia Política. Tesis de grado.

- Luhmann, Niklas. (1973). *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Buenos Aires: Sur.
- \_\_\_\_\_. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. (1985). *A Sociological Theory of Law*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- \_\_\_\_\_. (1992). *Sociología del riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana –Universidad de Guadalajara.
- \_\_\_\_\_. (1993). *Teoría política en el estado de bienestar*. Madrid: Alianza Universidad.
- \_\_\_\_\_. (1994). “El derecho como sistema social”. *No hay derecho* 11. Universidad de Buenos Aires.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Poder*. Barcelona: Anthropos.
- \_\_\_\_\_. (1996). *La ciencia de la sociedad*. México: Anthropos / Universidad Iberoamericana.
- \_\_\_\_\_. (1997a) “Racionalidad europea”. En *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós.
- \_\_\_\_\_. (1997b). *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos.
- \_\_\_\_\_. (1998a). “La diferenciación de la sociedad”. En Niklas Luhmann. *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (1998b). “El concepto de sociedad”. En Niklas Luhmann. *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (1998c). “Intersubjetividad y comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción sociológica”. En Niklas Luhmann. *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (1998d). *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, México, Bogotá: Anthropos – Universidad Iberoamericana – Pontificia Universidad Javeriana.
- \_\_\_\_\_. (2002). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.
- MacCormick, D. Neil. (1997). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- March, James y Johan Olsen. (1999). *El redescubrimiento de las instituciones. La base organizativa de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martínez García, Jesús. (1992). “Teoría de Sistemas: la autorreferencia”. En Jesús Martínez García. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate.
- Martínez Roldán, Luis y Jesús Fernández Suárez. (1994). *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel.

Mejía Quintana, Oscar. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia*. Bogotá: Temis.

\_\_\_\_\_. (2001). *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil: La tensión entre los paradigmas autopoiético y consensual –discursivo en la filosofía jurídica y política contemporáneas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Morales de Setién Ravina, Carlos. (2000). “La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner”. En Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre / Uniandes / Instituto Pensar.

Neves, Marcelo. (2001). “From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law”. *Journal of Law and Society* 28(2).

Núñez Trujillo, Antonio José. (2000). “Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico del derecho”. En Antonio José Núñez Trujillo *et. al.* *Colección de derecho económico: homenaje a Enrique Low Multra*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ost, François y Michel van de Kerchove. (1997). *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Madrid: Universidad Complutense.

\_\_\_\_\_. (2001). *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Otto, Ignacio de (1999). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

Pérez Lledó, Juan Antonio. (1996). *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos.

Peruzzotti, Enrique. (2001). “Diferenciación social y derecho en las teorías recientes de la modernización”. En <http://www.metapolitica.commx/m18/criticas/pag2.htm#>. [Consultada en Julio de 2001].

Pintos, Juan Luis (1997). “La nueva plausibilidad (La observación de segundo orden en Niklas Luhmann)”. *Revista Anthropos* 173 /174.

PNUD. (2003). *El conflicto, callejón con salida*. Bogotá: PNUD.

Prieto Navarro, Evaristo. (2000). “Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal”. *Doxa* 23.

\_\_\_\_\_. (2001). “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho”. En Juan Antonio García Amado (coord.). *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: Dykinson-ISSJO.

Radbruch, Gustav. (1958). *El espíritu del derecho inglés*. Madrid: Revista de Occidente.

Raz, Joseph. (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Requejo Pagés, José Luis. (1989). *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez Paniagua, José María. (1988). *Historia del pensamiento jurídico. Vol. II*. Madrid: Universidad Complutense.
- Rojas, Fernando. (1986). "Comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina". *El otro derecho* 1-2.
- Ross, Alf. (1999). *Teoría de las fuentes del derecho (Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico –dogmáticas)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Simon, Dieter. (1985). *La independencia del juez*. Barcelona: Ariel.
- Santos, Boaventura de Sousa. (1999). "The gatt of law and democracy: (Mis)trusting the global reform of courts". En Johannes Feest (ed.). *Globalization and legal cultures*. Oñati: IISJ.
- Teubner, Gunther. (1993). *Le droit: un système autopoïétique*. París: Presses Universitaires de France (PUF).
- \_\_\_\_\_. (2005). *El derecho como sistema autopoïético de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Torres, Jheison. (1999). "La interpretación jurídica en la doctrina colombiana". Manuscrito. Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia.
- Torres Corredor, Hernando. (1999). "Leyes de la economía y leyes del Estado: ¿escenarios de cohabitación?". *Administración y Desarrollo* 36.
- Uprimny, Rodrigo. (2000/2001). "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC". *Pensamiento Jurídico* 13 / 14.
- Valencia Villamizar, David. (2001). *Enteogenia de una realidad sonora: contribuciones preliminares para una arqueología de la percepción*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Tesis de grado.
- Villar Borda, Luis. (1995). "Nueva retórica y teorías de la argumentación: teoría de la argumentación de Alexy". Introducción a Robert Alexy. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Viskovatoff, Alex. (1999). "Foundations of Niklas Luhmann's theory of social systems". *Philosophy of the Social Sciences* 29(4), Diciembre 1999.
- Weber, Albrecht. (1998). "Alemania". En Eliseo Aja (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.
- Wright, G.H. von. (1963). *Norma y acción*. Madrid: Gredos.



Zolo, Danilo. (1995). "Autopoiesis: un paradigma posmoderno". *Zona Abierta* 70 – 71.