

COMPLEJIDAD, SISTEMA SOCIAL, DERECHO. UNA NUEVA RACIONALIDAD JURÍDICA

COMPLEXITY, SOCIAL SYSTEM, LAW. A NEW LEGAL
RATIONALITY

Leticia FERNÁNDEZ*

RESUMEN: Este trabajo analiza el fenómeno jurídico desde el nuevo paradigma científico introducido en las ciencias sociales como Teoría General de Sistemas. Plantea, consecuentemente, una nueva racionalidad jurídica: compleja y emergente. Enuncia los aportes de la Teoría General de Sistemas a las Ciencias Sociales. Toma como hilo conductor el término *sistema* en los lineamientos propuestos por Michel van de Kerchove y François Ost. Desarrolla la Teoría de Sistemas en su fase aplicativa en el sistema del Derecho. Aborda nociones sistémicas fundamentales. Desarrolla conclusiones exponiendo las relaciones entre sistema jurídico y sistema moral.

PALABRAS CLAVE: Sistema; Complejidad; Derecho; Racionalidad; Emergencia.

ABSTRACT: This work analyzes the legal phenomenon from the new introduced scientific paradigm in social sciences called General Theory of Systems. It raises, consequently, a new legal rationality: complex and emergent. It enunciates the contributions of the General Theory of Systems to social Sciences. Takes like topic the term *system* in the lineaments proposed by Michel van de Kerchove and François Ost. The Theory of Systems is developed in its applied phase through this term into the normative system. It approaches to fundamental systemic concepts. It develops to conclusions exposing the relations between legal system and moral system.

KEYWORDS: System; Complexity; Law; Rationality; Emergence.

* Profesora de la materia Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Miembro de la Carrera Docente. Contacto: <leticiafernandez46@gmail.com>. Fecha de recepción: 22 de marzo de 2017. Fecha de aprobación: 28 de abril de 2017.

Revista de la Facultad de Derecho de México
Tomo LXVII, Número 268, Mayo-Agosto 2017

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aportes de la Teoría General de Sistemas a las Ciencias Sociales*. III. *Aplicación de la Teoría de Sistemas: el término sistema y su utilización en el Derecho*. A) *La metáfora de juego*. B) *Multidimensionalidad e interdisciplinariedad*. C) *El orden y el desorden en el sistema jurídico*. D) *El nuevo paradigma. Tratamiento de algunas nociones en torno a su surgimiento*. IV. *Sistema social y sistema jurídico*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Nos hemos propuesto en este trabajo dedicarnos a la comprensión del fenómeno jurídico desde el nuevo paradigma científico introducido en las ciencias sociales como Teoría General de Sistemas. La razón de ello radica en que el Derecho, en su constitución sistémica y compleja, permite ser aprehendido desde las categorías provenientes de este paradigma y a su vez, posibilita proyectar una nueva racionalidad jurídica o como algunos autores gustan llamar *racionalidad emergente*.

Hemos partido de la siguiente tesis: el derecho debe ser considerado un sistema social complejo, interaccionista, dinámico y cambiante. Nuestro *iter* metodológico consistirá en recorrer genealógica y sucintamente los aportes relevantes de la Teoría General de Sistemas a las ciencias sociales para que el lector se familiarice con sus contribuciones más relevantes.

Nuestro objetivo específico puede ser precisado de la siguiente manera: desarrollar la aplicación que la Teoría General de Sistemas ha tenido en un sistema social determinado, el sistema jurídico. Para ello habremos de tomar como hilo conductor el término *sistema* en los lineamientos propuestos por Michel van de Kerchove y François Ost. Asimismo desarrollaremos esta categoría conceptual en una serie de autores que desde sus más variadas concepciones pueden ser consideradas como verdaderas aplicaciones

y concreciones de un Derecho entendido en términos sistémicos. Hemos considerado a su vez que estos autores, al retomar nociones provenientes de la Teoría General de Sistemas, han contribuido a mostrar la utilidad y fecundidad de una forma de pensar lo jurídico en toda su complejidad y como modelo alternativo a las concepciones reduccionistas del derecho y enfoques analíticos que han calado profundamente en el pensamiento jurídico.

Abordaremos en conformidad con nuestro orden metodológico propuesto, la noción de *juego* como construcción metafórica para el análisis del Derecho. Seguidamente nos aplicaremos a la idea de *multidimensionalidad e interdisciplinariedad*. Plantearemos el binomio *orden - desorden* en su relación con una lógica paradójica.

Dedicaremos otro apartado a aclarar el *nuevo paradigma* que implica dos tesis fundamentales, a saber, *la unidad del conocimiento y la idea de complejidad*. Luego nos ocupará, nuevamente y dentro del mismo apartado, la noción de *sistema, autorregulación, autonomía, permanencia y autopoiesis* pues consideramos que las nociones se articulan analíticamente.

Por último y en lo atinente al sistema social y al sistema normativo, nos concentraremos en las cuestiones fundamentales y de forma sucesiva en conceptos como *cambio social, cambio jurídico, infra-derecho, reglas de experiencia e internormatividad*.

Las conclusiones que deduciremos se dirigen a exponer las relaciones entre *sistema jurídico y sistema moral*. Conforme las pretensiones tradicionales –positivistas y analíticas– de desvincular ambos sistemas por completo, las sugerencias de François Ost proponen una ética acorde a este sistema normativo complejo que es el derecho, fundamentalmente siguiendo la propuesta de K. Otto Apel no sin antes reconocerle a H. L. Hart una argumentación que fortalecería el nexo entre Derecho y Moral.

Recuperando entonces una ética apeliana de la responsabilidad proyectada hacia el porvenir indeterminado y preocupada por el futuro común de personas, animales, y medio ambiente.

II. APORTES DE LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS A LAS CIENCIAS SOCIALES

En este apartado nos proponemos mostrar y enunciar, a fuerza de simplificar, los aportes que la Teoría General de Sistemas han provocado en el ámbito de las Ciencias Sociales.¹ Comencemos diciendo que la Teoría de Sistemas, cuyo desarrollo se encuentra a partir de 1930, surge como una teoría que además de pretender universalidad, intenta aplicarse a una vasta gama de disciplinas por lo que, al mismo tiempo, suele adscribirsele pretensiones de interdisciplinariedad para aprehender los fenómenos sociales. Vislumbraremos a lo largo de esta sección aportes de los más diversos saberes; biológicos, cibernéticos, matemáticos, antropológicos, sociológicos y psicológicos.

Es entonces a partir de esta época cuando la Teoría de Sistemas se desarrolla tratando de superar concepciones reduccionistas de la ciencia y enfoques analíticos que condujeron al modelo de ciencia sobre el que se erigió el positivismo epistemológico en todas sus variantes.

Una perspectiva holista subyace como postulado a la Teoría General de Sistemas en la que convergieron; un “lenguaje multidisciplinario”, “una explicación universalista”, “la comunicación y el traspaso de informaciones entre ámbitos distintos...y la comprensión de todos los fenómenos de una disciplina con un marco teórico coherente”.² Así encontramos en este nuevo paradigma contribuciones provenientes de la teoría psicológica de la Gestalt (Köhler), de la biología (von Bertalanffy y posteriormente Maturana y Varela), conceptualizaciones de Rusell y Whitehead, traba-

¹ Para un excelente desarrollo de las nociones recorridas en este apartado puede consultarse “Sociedad y Teoría de Sistemas”, obra de D. Rodríguez y M. Arnold que compendia genealógica, sistemática y sintéticamente los lineamientos de la Teoría General de Sistemas, sus aportes y conceptos fundamentales.

² RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo, *Sociedad y Teoría de Sistemas*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1990, p. 22.

jos de Henderson y Parsons, de la cibernética (Wiener y Ashby), llegando a los aportes de Luhmann desde la sociología.

Entre estos grandes aportes mencionados, también han realizado colaboraciones no menores desde el campo de la ciencia de la sociedad, el filósofo positivista A. Comte con su nueva conceptualización de la *sociedad*. Ha contribuido el evolucionista H. Spencer quien relaciona el *sistema* a su *ambiente o entorno* estableciendo el condicionamiento del primero al segundo. No debemos dejar de mencionar a E. Durkheim quien desde su empirismo postula una nueva visión de la *realidad social*. Por último mencionemos los aportes de W. Pareto en cuanto a que su interés vinculó el mundo social (sistema) con la tendencia al equilibrio, basados ambos elementos de análisis en su concepción de abandonar los enfoques lineales.

Subsiguientemente no debemos descuidar aportes provenientes desde la antropología funcionalista aplicados a la explicación sociológica. Aquí no debemos dejar de referirnos a las contribuciones a través de las nociones de *instituciones y funciones*.

Posteriormente nos encontramos con una nueva conceptualización de la Teoría General de Sistemas que permite absorber las categorías provenientes de los desarrollos de la teoría autopoietica. En esta nueva contribución podemos situar a L. von Bertalanffy quien desde la biología, como señaláramos *ut supra*, propone construir una teoría lógico-matemática que se propone formular y derivar aquellos principios generales aplicables a todos los sistemas considerando a éstos como sistemas abiertos.

Luego la cibernética también añadió esquemas para plantear los problemas de la organización y los procesos de control y transmisión de informaciones bajo la guía de N. Wiener y Maruyama. Pero fue W. R. Ashby quien, también desde la cibernética, utilizó los conceptos de *diferencia de complejidad y variedad necesaria* para otorgar “una versión más sofisticada de la Teoría de los Sistemas”. Luego seguirán las investigaciones de H. von Foerster desde una perspectiva constructivista quien parte de sistemas *autoorganizadores* y las vincula con el concepto de *orden y ruido*. Llegamos

luego a los trabajos de H. Maturana quien, junto con Varela, elaboraron el concepto de *autopoiesis* para aplicarlo a los sistemas.

Alcanzando este punto habría que hacer una aclaración, la Teoría de los Sistemas Sociales se desarrolla, por un lado, independientemente de lo que se dio en llamar Teoría General de Sistemas. Dentro de la primera teoría podemos considerar a T. Parsons como “el padre de la teoría sociológica de sistemas” juntando la teoría de la *acción* con la teoría de sistemas. Luego tendremos los aportes de Katz y Kahn y de W. Buckley.

Para finalizar este breve apartado referente a los aportes de la Teoría General de Sistemas a las Ciencias Sociales, tendremos una última y gran elaboración teórica por parte de N. Luhmann quien en sus conceptualizaciones “parte de la *autorreferencia* e intenta comprender la función de la constitución de los sistemas sociales en términos de *reducción de complejidad*”.³ Como el mismo teórico alemán lo sostiene, con él, podemos afirmar que se asiste a un verdadero cambio de paradigma en las ciencias sociales que incorpora los enfoques y conceptos de la Teoría de Sistemas pero intentando superar sus límites con sus trabajos sobre la construcción de una Teoría General de Sistemas.

III. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE SISTEMAS: EL TÉRMINO SISTEMA Y SU UTILIZACIÓN EN EL DERECHO

Con anterioridad a que el término *sistema* se aplicara a la consideración del Sistema social del Derecho con el significado que lo otorgará la Teoría de Sistemas, M. van de Kerchove y F. Ost han puesto en evidencia en “Le système juridique entre ordre et désordre” que el término era utilizado en algunos textos jurídicos en el siglo XVII. De esta forma encontramos su apropiación posterior en la corriente iusnaturalista a partir de G. W. Leibniz quien en

³ RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo, *op. cit.*, p. 80.

sus obras se refiere a “la pretensión de reducir el conjunto de las proposiciones jurídicas y por ello el derecho a un sistema en el que se disponen de acuerdo con un orden, de los axiomas generales y fundamentales a las disposiciones más particulares”.⁴ Más tarde el término fue ampliamente utilizado en la Filosofía Política y la Teoría del Derecho del siglo XVIII donde podemos encontrar la asimilación del término por D. Hume pronunciándose acerca del “system of morality”. También encontramos referencias en J.J. Rousseau en la búsqueda de la finalidad de “cualquier sistema de legislación” y finalmente se reconoce la utilización del término por J. Bentham en el “system of law”.

A modo de gran esquematización, algunos autores no dejan de ver en torno a la sistematicidad del Derecho tres posturas fundamentales:

- a. Una concepción orgánica del Derecho calificándolo como “un conjunto de entidades jurídicas entre las que existen relaciones orgánicas”.
- b. Una concepción lógica del Derecho que lo califica “como un conjunto de entidades entre las que existen relaciones lógicas”.
- c. Una concepción jerárquica que entiende al Derecho como un sistema “jerárquicamente estructurado o entidades entre las que se dan relaciones jerárquicas”.

En estas tres concepciones parece estar presente cierta relación entre los elementos, combinados o en conexión de determinada forma y constituyendo un todo con sentido. No obstante ello, la noción de sistema “ha venido siendo un instrumento conceptual de amplia aplicación en el conjunto tanto de las ciencias físico-

⁴ OST, François y KERCHOVE VAN DE, Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, trad. de Isabel Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Gráficas Juma, Plaza de Ribadeo, 1988, p. 13.

naturales, como de las ciencias sociales.”⁵ Por otra parte L. von Bertalanffy ha contribuido a que el término sistema, gracias a los postulados y conocimientos provenientes de la “Teoría General de Sistemas” o “Sistémica” o “Ciencias de los Sistemas en general”, como suele denominárselo a este nuevo paradigma, se despliegue en una vasta cantidad de disciplinas, entre ellas el pensamiento jurídico entendiendo al Derecho como un sistema normativo.

Es en base a los antecedentes desarrollados anteriormente como la noción de referencia logra ser apropiada en el marco de las disciplinas jurídicas. Pero cabe destacar que el análisis sistémico presupone la idea de complejidad y que ésta dota al sistema de una nueva definición, fundamentalmente despojándolo de la denotación clásica que lo entendía como “conjunto de elementos”. Esta visión se sustentaba, a decir de M. van de Kerchove y F. Ost, en posiciones analíticas y clasificadoras adoptando, a partir del nuevo paradigma emergente “una concepción resueltamente interaccionista que dará importancia a los intercambios que se entablan entre los distintos elementos”.⁶ Este nuevo planteo considera al sistema del siguiente modo: “más que una colección de elementos, es una red de procesos generadores de propiedades emergentes que los componentes, considerados aisladamente no poseen”. Es así que aquellas posiciones analíticas, sustentadas en base a principios lógicos de deducción, causalidad y fundamentalmente en relaciones lógicas de tipo lineales comienzan a ser sustituidas por la definición de un sistema autorregulado, autónomo y permanente.⁷

⁵ OST, François y KERCHOVE VAN DE, Michel, *op. cit.*, p. 22.

⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁷ Compartimos la crítica realizada por M. van de Kerchove y F. Ost acerca del traslado radical de las tesis sostenidas por Maturana y Varela en biología al Derecho. El traslado permite cuestionarnos acerca del “implícito conservadurismo político inherente a esta concepción de un sistema jurídico súper-autónomo y súper-funcional, como si éste pudiera actuar al margen de la intervención de los actores sociales”. Retoman algunos autores, sobre la base del cuestionamiento de R. Asby a la imposibilidad de una autonomía absoluta, el

Como mencionamos, el proceso de sistematización del derecho reconoce orígenes en el siglo XVII aunque algunos autores consideran que el proceso comienza ya en el siglo XII con el redescubrimiento de la lógica aristotélica y el Derecho romano. En este sentido el movimiento de sistematización se va desarrollado por posiciones jurídicas incluso antagónicas, desde el iusnaturalismo, pasando por el utilitarismo, el positivismo analítico e incluso por una posición que reniega de las codificaciones universalizadoras y racionalistas francesas como lo es la Escuela histórica del Derecho que, a decir de M. van de Kerchove y F. Ost, lo hace en vistas de reafirmar el derecho positivo proveniente de tradiciones y costumbres germánicas finalizando con un proceso de formalismo aplicado al derecho. En esta línea de argumentación los autores a su vez afirman encontrar en el Common Law la necesidad de mostrar al derecho como un sistema donde la obligatoriedad del precedente conjuntamente con los trabajos de la doctrina conforman un sistema estable y con soluciones con pretensiones de generalidad.

En definitiva este proceso de sistematización del ordenamiento jurídico “refleja” formas racionales propias del pensamiento racional de la modernidad. Vemos por otro lado el surgimiento de corrientes nuevas en el pensamiento jurídico; la Escuela de la Sociological jurisprudence y el movimiento realista norteamericano. El realismo que aporta fundamentalmente este último movimiento pretende desprenderse de cualquier ideal de codificación del derecho. Paradójicamente, sus intenciones han conducido a “considerar una gran cantidad de factores capaces de garantizar la homogeneidad de la jurisprudencia mediante la invocación... (de) un procedimiento común de lectura de los precedentes... a un lenguaje, a unos valores y formas de pensamiento específico” que finaliza en la búsqueda de una seguridad y sistematicidad similar a la del Derecho codificado.

concepto de “auto-organización relativa”. El tratamiento del mismo excedería la propuesta del trabajo. Nos limitamos a mencionarlo.

Siguiendo los planteamientos de Ch. Perelman, en estas corrientes se pretende “adaptar las reglas al resultado buscado”, una lógica inversa a la de los movimientos codificadores, conduciendo a la introducción en el sistema jurídico de cuestiones que se relacionan con la oportunidad, la justicia y el interés general. Pero contrariamente a sus tesis, la noción de sistema, lejos de ser desechada, cobra una nueva magnitud y obliga a reflexionar en torno a su contenido y a una serie de cuestiones y preguntas conexas, a saber, en la estructura del sistema ¿están presentes elementos determinados o más bien indeterminados?, ¿son los sistemas jurídicos abiertos o cerrados, auto o hetero-regulados, inmutables o evolutivos?

Si consideramos que los elementos de este particular sistema social que es el Derecho son las normas, determinados cuestionamientos no dejan de ser sugestivos: ¿qué tipo de relaciones se dan entre estos elementos (considerando que los mismos pueden ser no sólo normas sino también conceptos, valores, instituciones), y las relaciones que podemos reconocer entre estos elementos hacen que entendamos al sistema como estático o dinámico, formal o material, lineal o circular? “¿Cómo se articulan las sistematizaciones que respectivamente realizan la legislación, la doctrina y la jurisprudencia? Por las relaciones que el sistema mantiene con su entorno ¿son de dominio, de dependencia o de indiferencia? ¿Permanece invariable la respuesta cuando se contemplan los intercambios entre los diversos órdenes jurídicos? La temporalidad de los sistemas de Derecho, ¿nos permitirá comprender sus condiciones de emergencia, de transformación y de supervivencia?”.

M. van de Kerchove y F. Ost proponen la emergencia de una racionalidad plural y gradual en las antípodas del razonamiento deductivo. Proponen una nueva racionalidad, una lógica de lo paradójico para pensar el sistema del derecho como estático y dinámico al mismo tiempo, pensarlo simultáneamente como abierto y cerrado, autónomo y dependiente. Nociones que nos llevan a ver un sistema normativo con límites imprecisos lo que implicaría que los mismos sean definidos en su relación con la política,

la ética, lo económico y lo social como subsistemas de un todo social general. Y enuncian que en este intercambio de sistemas se “reorganizarán los sistemas implicados”.

Hay una forma de apropiarse de la noción de sistema y del proceso mismo de sistematización que, según los autores que estamos desarrollando, es emblemática. Consiste en la actividad que realiza el legislador al “codificar las soluciones jurídicas”. En este sentido sostienen que “el código es...la representación más tangible de la sistematicidad del Derecho”.⁸ E incluso sostienen la interesante tesis que el código, esta gran forma de sistematicidad, históricamente, podríamos decir, pasa de una etapa cuantitativa a una cualitativa. La primera consiste en transcribir e integrar el Derecho en un documento que compila, incluso yuxtaponiendo, soluciones jurídicas. De tal forma que en su etapa cuantitativa el código, en tanto sistema, “refleja los procesos casuísticos que presidieron la génesis de dichas soluciones”.

Merece que focalicemos nuestra atención en la sistematización cualitativa donde la codificación “se presenta como una sistematización axiomática de la materia jurídica”.⁹ En esta fase el código reúne soluciones jerarquizadas que a través de inferencias lógicas permiten deducirlas de principios racionales y universales. Este gran sistema de codificación incluye las propias reglas de transformación, aplicación e interpretación que permite llenar los vacíos legislativos. Veamos la siguiente cita que deja traslucir la idea de esta fase cualitativa de la sistematización: “La racionalidad que este tipo de codificación irradia traduce (...) la propiedad esencial de los sistemas, conforme a la cual el conjunto posee un valor más importante que la suma de sus elementos”.¹⁰

Otros ejemplos de sistematización, además del código, son mencionados por M. van de Kerchove y F. Ost y también no deben dejar de ser enunciados: la doctrina o la dogmática jurídica

⁸ OST, François y KERCHOVE VAN DE, Michel, *op. cit.*, p. 108.

⁹ *Ibidem*, p. 110.

¹⁰ *Idem*.

cumplirían fines de sistematización del Derecho mediante la elaboración de construcciones y teorías.

Para concluir este apartado referente a la utilización del término “sistema” en el Derecho, podemos dejar planteado el siguiente interrogante. Existen cuatro paradigmas que sostienen el proceso de codificación; el monismo jurídico,¹¹ el monismo político,¹² la racionalidad deductiva y lineal¹³ y la temporalidad prometeica¹⁴ que de alguna manera entran en crisis en una sociedad y “era de complejidad”. Con esta última noción aplicada a los sistemas sociales se hace necesario abordar el nuevo paradigma del Derecho y redefinir la sistematización en el campo jurídico. Esto conlleva a que el término “sistema” debe considerarse conjuntamente con una serie de nociones como son las de “juego”, “multidimensionalidad”, “interdisciplinariedad”, el binomio “orden-desorden”, la noción misma de “sistema” a la luz del paradigma de la complejidad y seguidamente nociones de “autorregulación”, “autonomía”, “permanencia” y “autopoiésis”, “paradoja” y “racionalidad emergente”, “cambio social”, “cambio jurídico”, “infra-derecho”, “reglas de experiencia”, “internormatividad”, “sistema jurídico” y “sistema moral”. Nociones que serán analizadas y desarrolladas en los próximos apartados y subapartados.

A) LA METÁFORA DE JUEGO

Como primera aproximación a la metáfora de juego, éste se caracteriza para M. van de Kerchove y F. Ost, por ser una actividad

¹¹ Por monismo jurídico entendemos, siguiendo a M. van de Kerchove y F. Ost, la supremacía de la ley frente a otras fuentes del Derecho.

¹² Entendemos monismo político por oposición al surgimiento de poderes corporativos y extraterritoriales.

¹³ El modelo de racionalidad deductiva y lineal se opone y se quebranta frente a la lógica dialéctica.

¹⁴ M. van de Kerchove y F. Ost confrontan a la temporalidad prometeica conducida por la razón y la ley, una temporalidad aleatoria producto de formas provisionales.

social. La noción despliega sus potencialidades y es utilizada por el paradigma lógico explicativo del sistema normativo entendido, ahora, como sistema social complejo. Al respecto definen el recurso a lo lúdico como “actividad social en la que ninguno de los participantes puede tener la exclusividad de la iniciativa o el control absoluto del desarrollo de la partida”.¹⁵ Vemos sucintamente lo que el modelo de juego implica.

En primer lugar conlleva internamente la combinación de dos elementos, uno de convención o regularidad (*game*) y otro de invención o creatividad (*play*). En el caso de juego entendido como *play*, se presenta una situación en la que los jugadores muestran sus destrezas o “aptitudes” (el “sentido del juego”) para utilizar las “aperturas” del juego dando “golpes” para ganar, pareciera que hay una verdadera competencia y sometimiento a las reglas en el afán de conseguir este objetivo. En el caso del juego entendido como *game*, la actividad aparece dotada de mayor previsión debido a que los jugadores deberán ajustarse a “las posibilidades objetivas del campo o sistema”. Aquí se evidencia la presencia de “reglas implícitas... (que) guían al jugador experimentado, impregnando sus hábitos, determinan(do) las ‘jugadas’ y las ‘metas’ del juego”.¹⁶

En esta actividad lúdica los autores encuentran elementos para describir la intervención del juez en la sistematización del derecho ya que la actividad combina sujeción a reglas, es el *game* en la metáfora del juego, pero al mismo tiempo audacia y creación, *play*, en su actividad jurisprudencial contribuyendo a “restaurar un cierto tipo de sistematicidad” a través de dos de sus actividades fundamentales: la interpretación de las reglas del Derecho, esto es, determinación de la ley para precisar su sentido por una lado y a su vez la validación de las reglas del Derecho, determinando su autoridad. Y en esta actividad que refleja la sistematicidad del Derecho en el accionar del juez, el modelo de juego, a través de su actividad, revela características de clausura y cierre, de creación y sujeción a reglas al mismo tiempo.

¹⁵ *Ibidem*, p. 11.

¹⁶ *Ibidem*, p. 126.

B) MULTIDIMENSIONALIDAD E INTERDISCIPLINARIEDAD

En este subapartado abordaremos conjuntamente dos prácticas, la multidimensionalidad y la interdisciplinariedad. Partamos de algunas de las ideas de la sub sección anterior. El Derecho concebido como actividad de regulación en el que muestra su carácter “técnico formal” y a la vez como fenómeno indeterminado (*play*), socialmente complejo y de “institución social que interactúa con otras disciplinas sociales”.¹⁷ Este análisis permite abandonar dos restringidas metodologías; la formalista, esto es, método en que las normas son consideradas en su aspecto puramente formal independientemente del contenido material de ellas y que revela como consecuencia la “autonomía e independencia-aislamiento del derecho”, limitando su estudio a la estructura lógica de las normas. La segunda metodología consiste en el instrumentalismo que concibe al Derecho como un subsistema, subsidiario del orden social.

La propuesta de estos dos autores, contrariamente, nos invita a considerar al Derecho como un sistema social complejo y analizarlo de este modo bajo dos nuevas metodologías basadas en la multidimensionalidad del sistema jurídico abriendo el discurso jurídico a la realidad social y también reducir el aislamiento y formalismo del derecho desarrollando un estudio interdisciplinar en el que se invite a otros campos disciplinares, a saber, la filosofía, la historia, la ciencia política, la economía, la antropología, la lingüística, sociología, etc. Debemos asimismo señalar que la propuesta de M. van de Kerchove y F. Ost implica interdisciplinariedad crítica, es decir, evita caer en la transdisciplinariedad que consiste en “importar al campo jurídico, sin previa adaptación, conceptos y teorías forjados en dominios diferentes”. La interdisciplinariedad crítica implicaría tomar en consideración a los juristas que se encuentran en el interior del sistema del derecho con el objetivo de que nos muestren en qué medida elementos de otros

¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

campos disciplinares, como elementos externos al sistema normativo, son fructíferos en el estudio del derecho.

C) EL ORDEN Y EL DESORDEN EN EL SISTEMA JURÍDICO

Debemos comprender que en la dupla orden-desorden¹⁸ los términos no se excluyen mutuamente, no es un concepto la negación del otro.¹⁹ En este orden de exposición el desorden es definido como “no tanto la negación o antítesis del orden -sino ante todo- como la condición de existencia de otro orden que permite adaptar el sistema a las cambiantes contingencias de la dinámica social”.²⁰ Para ello suponen que el sistema jurídico, como fenómeno social, es complejo y fluido y que el orden no es sino una pretensión, un desiderátum inalcanzable en el que su realización implicaría sostener un sistema jurídico “compacto, inmóvil y petrificado” –preguntamos ¿dogmático?-. Sostener la hipótesis que el Derecho oscila entre orden y desorden, conduce a confirmar la tesis que el derecho es complejo en su constitución, dinámico, cambiante e interaccionista. Reforzada esta última característica por la metodología multidisciplinar e interdisciplinar que implica su abordaje.

¹⁸ La noción de orden implica el razonamiento lógico deductivo sobre el que se basa en el sistema del derecho una interpretación apegada a la letra de la ley, descalificando una interpretación basada en el espíritu de la misma, o en su utilidad o en cuestiones de consideración social.

¹⁹ Se suele considerar esta situación lógica en la que un término es la condición de posibilidad del otro antes que su antítesis como paradójal. Así podríamos considerar al Derecho como un sistema estático y dinámico, formal y material, abierto y cerrado, autónomo y dependiente al mismo tiempo sin necesidad de exclusión de uno de los lados del binomio.

²⁰ OST, François y KERCHOVE VAN DE, Michel, *op. cit.*, p. 29.

D) EL NUEVO PARADIGMA. TRATAMIENTO DE ALGUNAS NOCIONES EN TORNO A SU SURGIMIENTO

En primer lugar habría que considerar que el “nuevo paradigma” de la *Teoría General de Sistemas*, cuyos resultados son principalmente el producto de las elaboraciones de L. von Bertalanffy en base a los aportes de la biología, la cibernética, la teoría de la matemática y la comunicación, implica sostener dos tesis fundamentales. Estas son la unidad del conocimiento y la idea de complejidad que se enunció en apartados anteriores. Entonces podemos entender por la primera tesis la idea de sostener un modelo teórico como paradigma para el pensamiento científico que pretende aplicarse a todos los campos del conocimiento, incluso a las Ciencias Sociales que, en principio, podrían considerarse modelos no matemáticos.

En referencia a la segunda tesis, se postula la idea de complejidad en su relación con la noción de sistema redefiniendo a este último y considerando que, abandonar los ideales analíticos de una racionalidad lineal, es más que “un conjunto de elementos” y debe ser entendido, en consecuencia, desde una perspectiva más dinámica. Al respecto la noción dentro de este nuevo paradigma quedó definida *ut supra*.

La pertinente pregunta que realizan W. Krawietz o J-Le Moigne se dirige a plantear si este paradigma tiene más probabilidades que los anteriores, puestos en crisis por la Teoría de Sistemas, de “imponerse en el pensamiento jurídico”. Resueltamente ven en la “Teoría moderna de Sistemas” un nuevo paradigma para aprehender un derecho pospositivista.

No podemos dejar de señalar en este punto las contribuciones realizadas por el sociólogo del Derecho Niklas Luhmann en cuanto a la consideración de los sistemas. En este sentido su tesis fundamental parte de considerar al sistema jurídico como un sistema autopoiético, auto-organizado, auto-producido y dotado de autonomía.

Veamos estas nociones en base al paradigma de la autopoiésis sostenida por Luhmann y tomadas de los biólogos H. Maturana

y F. Varela y aplicada a la consideración del sistema jurídico. Podemos decir, como primera aproximación, que un sistema autopoiético (o auto producido²¹) es autónomo. “La autonomía...debe entenderse como la capacidad para subordinar cualquier cambio al mantenimiento de su auto-organización”²²

En la medida que el sistema es autónomo se individualiza como tal en “un proceso de ajuste permanente de dicha identidad”. En este sentido podríamos decir que su identidad es auto-producida y tiende a que cualquier “perturbación” proveniente de lo que no es el sistema (el entorno), se compense internamente “de forma que el equilibrio homeostático que caracteriza al sistema se mantenga invariable”. El sistema absorbe estas “perturbaciones” debido a que es auto-organizado y se auto-regula. “La teoría es... muy radical: o el mantenimiento de la autopoiésis (auto-organización y auto-producción) o la desintegración”²³

Siguiendo con este paradigma autopoiético de la Teoría de Sistemas, Luhmann la aplica al sistema jurídico considerando que el elemento fundamental de éste radica en los actos de comunicación.²⁴ Al respecto veamos la siguiente cita referente a la autopoiésis del sistema jurídico: “Un sistema jurídico puede ser llamado autopoiético en la medida en que la auto-referencia que lo caracteriza no sólo afecta a sus estructuras, a su organización, sino también a los propios elementos de base (...) El derecho se presupone y se reproduce a sí mismo; su unidad, su organización, sus elementos constitutivos y sus fronteras resultan, por ‘reducción de complejidad’, cualidades tipificantes sistémicas: no proceden de la naturaleza, ni de ninguna condición procedente del entorno. En

²¹ Aclaremos que el término auto producido no suele ser utilizado por estos autores como sinónimo de autopoiético.

²² *Ibidem*, p. 137.

²³ *Idem*.

²⁴ Considérese otra propuesta de la teoría autopoiética como lo es la de G. Teubner, discípulo de Luhmann, quien considera que el elemento fundante de la sistematicidad del Derecho radica en el acto jurídico.

consecuencia, no es otra cosa que el Derecho positivo (legislativo, jurisprudencial o contractual)”²⁵

De esta extensa cita podremos concluir que el sistema si bien se determina a sí mismo no puede pretender una autodeterminación total, en definitiva no puede pretender “determinar de antemano el contenido de todas las decisiones judiciales”. Siguiendo con este razonamiento, para que el sistema jurídico se auto-produzca es “suficiente con que controle la lógica de lo permitido y de lo prohibido, de lo jurídico y de lo no jurídico”. Cabe ejemplificar este proceso auto-referencial, como lo sostiene Luhmann, a través del sistema de la dogmática jurídica la cual es “una forma de autopoiesis del Derecho por él mismo”. De esta forma M. van de Kerchove y F. Ost nos dirán, comentando a Luhmann, “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 será aplicada”).²⁶

IV. SISTEMA SOCIAL Y SISTEMA JURÍDICO

Consideremos en este apartado toda una serie de nociones que se articulan en torno a las relaciones que se encuentran entre el sistema social y el sistema normativo. Para introducirnos en la temática del cambio social y cambio en el derecho, diremos que como consecuencia de la elaboración del término sistema que hemos tratado en los apartados anteriores, en el que el sistema es más que la suma de sus elementos, ahora añadiremos el término homeostasis para considerar los cambios que operan en los sistemas sociales. Teniendo en cuenta que un sistema “controla sus propias transformaciones”, debemos abordar esta nueva noción dado que se relaciona con el cambio. Es así que L. Wroblewski

²⁵ OST, François y KERCHOVE VAN DE, Michel, *op. cit.*, p. 138.

²⁶ *Ibidem*, p. 150.

nos presenta la siguiente definición: “un sistema es homeostático cuando responde a estímulos internos y/o externos, manteniendo su equilibrio y su existencia dentro de unos límites que determinan el grado de tolerancia del sistema”.²⁷

El sistema jurídico, para nuestros autores, tiende a mantenerse en equilibrio y “garantizar la homeostasis social”, esto es la adaptación del sistema a las perturbaciones externas al mismo pero que son posibles debido a un proceso de autorregulación del sistema, es decir, conforme a “las reglas de cambio propias del sistema”. ¿Cómo funciona ésto en el sistema del derecho? Permítasenos compartir algunos ejemplos cercanos. La reforma de la Constitución sigue el procedimiento descrito en el propio texto constitucional para su modificación. En este sentido se trata de un *cambio débil* o de una “nueva combinación” que no altera las reglas del juego, es decir, las reglas del procedimiento para modificar la Constitución permanecen inalteradas. En otro sentido, el cambio será *fuerte* cuando, según A. J. Arnaud, se instala otro juego, otro sistema, pues en sus palabras “el cambio jurídico está ligado de forma muy especial a la razón jurídica del sistema de Derecho impuesto... sólo se hablará correctamente de cambio jurídico cuando sea posible observar... una transformación de la estructura profunda de un sistema de Derecho impuesto porque un nuevo equilibrio fundado en una razón diferente, o al menos renovada, sucede a un equilibrio anterior”. El cambio en este sentido fuerte sólo ocurre cuando concurren dos condiciones:

1. Si hay una separación entre el sistema jurídico oficial y sus rivales provenientes de lo que estos autores denomina “el *infra-derecho*”.²⁸

²⁷ *Ibidem*, p. 198.

²⁸ Con la noción de *infra-derecho*, FRIEDMAN, L., se refiere a “presiones de lo social” como ser ideas, actitudes, creencias, expectativas y opiniones sobre el Derecho. A. J. Arnaud lo denomina *infra-jurídico* y engloba en este término, entre otras cosas, demandas judiciales que pueden llegar a cambiar la línea jurisprudencial. Carbonnier lo llama “derecho vulgar” coexistiendo con el derecho positivo, es un “Derecho espontáneo” que pretende juridicidad.

2. Cuando el sistema infra-derecho, si podemos llamarlo propiamente sistema, pretende convertirse en un sistema jurídico oficial.

Introduciremos en este momento del desarrollo las posibilidades de relacionarse el sistema social con el sistema del derecho. No analizaremos la tesis trabajada por Carbonnier de que “el cambio jurídico y cambio social no son forzosamente concomitantes” pues nos llevaría a otro curso de argumentación. Dejemos, a modo de esbozo, sentado aquí que entre ambos tipos de sistemas existen zonas de contactos y veamos, siguiendo la propuesta de L. Friedman, cuáles son estas posibilidades de relacionarse respecto de dos variables, ellas son el origen del cambio y el impacto del mismo. El autor distingue cuatro posibilidades de cambio. Esquemáticamente son:

1. Cambio con origen en la sociedad y con impacto únicamente en el Derecho, sin impactos en el resto de la sociedad.
2. Cambio con origen en la sociedad, con impacto en el Derecho y a su vez, efectos sobre otros sistemas sociales.
3. Cambio con origen en el sistema jurídico y con impacto sólo en este sistema normativo.
4. Cambio con origen en el sistema jurídico y con impacto en el sistema social.

J. Wroblewski también postula otras cuatro situaciones de cambio entre el sistema social y el sistema jurídico. Veámoslas;

1. La existencia de cambio jurídico conjuntamente con un cambio social
2. Un cambio jurídico no seguido de un cambio social
3. Inversamente al punto anterior, un cambio social no se-

guido de un cambio jurídico.

4. Inexistencia de cambio jurídico y de cambio social

Pero tal vez la quinta situación sea la más interesante de todas porque plantea un “cambio relativo” del Derecho sobre la base de separar el derecho escrito del derecho aplicado puesto que aquí tendríamos un derecho escrito, positivo, que va acompañando o “adaptándose” al cambio social. Ejemplos de este último caso sería una interpretación de una norma, que literalmente no contempla necesidades surgidas en el sistema social pero que con una interpretación o hermenéutica adecuada podría acoger la nueva situación.

Por último haremos mención a lo que M. van de Kerchove y F. Ost denominan “reglas de experiencia” que se vincula con la quinta situación prevista por J. Wroblewski y abre la posibilidad de preguntarse acerca de la *aplicación* del derecho. Estas nuevas reglas para pensar el derecho aplicado provienen del análisis y clasificación que hacen las doctrinas alemana e italiana respecto a normas no-jurídicas cuya relevancia es sumamente fundamental para la regla del derecho. En esta calificación de “reglas de experiencia” incluyen reglas que provienen de otras disciplinas pero que complementan al derecho y sirven de apoyo, por ejemplo; reglas lógicas, gramaticales, juicios psicológicos, apreciaciones morales, reglas económicas, contables, médicas, etc. que servirían de vinculación entre la regla de Derecho y el caso concreto (el hecho), en este proceso de aplicación que muestra aquí toda su complejidad.

Muchas veces estas reglas de experiencia se incorporan al derecho, como derecho positivo, ya sea a través del legislador como de la jurisprudencia. Esta capacidad y posibilidad que tiene el sistema jurídico para incorporar reglas de experiencia procedentes de otros órdenes normativos se denomina “internormatividad” y muestra la receptividad y apertura de aquél hacia su entorno.

V. CONCLUSIONES

Para concluir este trabajo creemos que es pertinente proponer algunas líneas de clausura sobre la manera en que dos sistemas sociales se relacionan entre sí. Es la vieja polémica entre sistema jurídico y sistema moral en la forma en que argumentan la posición iusnaturalista y positivista.

Con respecto al iusnaturalismo, la posición es harto conocida y le impide reconocer cualquier derecho injusto como Derecho. Consideremos con François Ost que Derecho y Moral, en tanto sistemas, no son unidireccionales, no utilizan -o no deberían utilizar- la causalidad lineal. Del análisis de los precedentes apartados surgieron sistemas más bien interaccionistas, que actúan recíprocamente o con algún tipo de incidencia el uno sobre el otro. Partamos entonces del positivismo, nos referimos a Kelsen con su enunciado “las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido fundando la obediencia del derecho en la Grundnorm”.

Pero el caso más paradigmático lo encontramos en L. H. Hart. La importancia de este iusfilósofo radica en encontrar una fundamentación de tipo sistémica. Ahora las reglas de Derecho empleadas en el sistema, sus criterios de validez, no dependen de la moral ni de la justicia. Simplemente supone que la interpretación de la ley es razonable. Es decir que el vínculo entre el Derecho y la Moral no existe en el plano de las normas individuales sino en un sistema considerado como un todo. Este vínculo entre Derecho y Moral es el respeto a las reglas del proceso equitativo que garantizan “una forma mínima de justicia”. Es en definitiva el “contenido mínimo de Derecho Natural” que incluye las reglas sobre la prohibición de la violencia, el establecimiento de la propiedad y el respeto a las promesas. Ost considera estas reglas una argumentación de carácter trascendental, en el sentido de Otto Apel. Retoma, a su vez, las líneas de este último autor, quien propone el acto de argumentar reconociendo las pretensiones de los miembros de una comunidad de comunicación que puedan justificar con argumentos razonables estas mismas pretensiones en el

diálogo. Deduce de esta forma “los principios de una ética de la comunicación” y el “espacio público” aplicando también este interés en el sistema del Derecho, puesto que se deberán justificar racionalmente las soluciones jurídicas positivas. Compartimos con Ost que el Derecho y la Moral no se confunden. Y seguimos el positivismo de Hart en que debe necesariamente distinguirse “la esfera de la legalidad estrictamente jurídica –pero a su vez– forma un intersección parcial con las esferas de lo político y lo ético” renovadas estas esferas por la complejidad del pensamiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, Pierre. TEUBNER, Gunther, *La Fuerza del Derecho*, Santafé de Bogotá/ Siglo del Hombre Editores, 2000.
- GIMÉMEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, 6ª ed., Barcelona, Bosch, 1993.
- LUHMANN, Niklas, “La autopoiesis de los sistemas sociales” en MUÑOZ DARDÉ, Verónica (comp.), *La Teoría de los Sistemas Autorreferenciales*, Zona Abierta 70/71,1995.
- OST, François y KERCHOVE VAN DE, Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, trad. de Isabel Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Gráficas Juma, Plaza de Ribadeo, 1988.
- RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo, *Sociedad y Teoría de Sistemas*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1990.
- TEUBNER, Gunther, “ ‘Y Dios se echó a reír...’ Indeterminación, autorreferencia y paradoja en el Derecho” en MUÑOZ DARDÉ, Verónica (comp.), *La Teoría de los Sistemas Autorreferenciales*, Zona Abierta 70/71,1995.
- ZOLO, Danilo, “Autopoiesis: crítica de un paradigma posmoderno” en MUÑOZ DARDÉ, Verónica (comp.), *La Teoría de los Sistemas Autorreferenciales*, Zona Abierta 70/71,1995.

