

# Panorama y cambios de la concepción del Derecho

Liliana Fort Chávez\*

## **Resumen:**

La concepción ilustrada del derecho se fundó en la comunicación, Kant la pensó como “uso público de la razón”. Sin embargo, la prioridad moderna fue el conocimiento disciplinario y simplificado de la causalidad y del normativismo, que se redujo a las formas verificacionistas de concebir el derecho. El marxismo denunció la abstracción del derecho como una ideología ya que el derecho oculta las diferencias de clases económicas, y lo miró como un instrumento de dominio. Hoy el neo constitucionalismo regresa a la caracterización del derecho a partir de la sociedad vista como comunicación y, nos da elementos para reinterpretar las instituciones jurídicas y exigir garantías al goce de los derechos fundamentales. Este artículo es una panorámica de este trayecto.

## **Abstract:**

*The illustrated conception of law was based on communication, Kant thought of it as “use of reason”. However, the modern priority was the disciplinary and simplified knowledge of causality and normativismo, which was reduced to the check forms of conceiving the law. Marxism denounced the abstraction of law as an ideology since the law conceals the differences of the economic classes, and I look at it as a domain instrument. Today the neo constitutionalism returns to the characterization of the right from the society seen as communication and gives us elements to reinterpret legal institutions and demand guarantees to the enjoyment of fundamental rights. This article is a panoramic of this journey.*

**Sumario:** Introducción / I. La Ilustración / II. La Teoría pura del Derecho / III. Marx y su concepción del conocimiento y del Derecho / IV. Las ciencias de la complejidad / V. La sociedad de la sociedad: sistema omnicomprensivo de comunicaciones / VI. Subsistemas sociales / VII. El derecho de la sociedad y el garantismo / VIII. Normativismo vs neoconstitucionalismo / IX. Conclusión / Fuentes de consulta

\* Dra. en Filosofía del Derecho y Profesora-Investigadora del Departamento de Derecho, UAM-A.

## ***Introducción***

La concepción del derecho ha cambiado en el tiempo, así como ha cambiado nuestra concepción del conocimiento. En la modernidad, la ilustración fue interdisciplinaria, pues Kant ya supuso el conocimiento de la biología; sin embargo, se desarrolló de manera disciplinaria a partir del entusiasmo en las ciencias causales y las ciencias normativas. A este lenguaje universal abstracto, reaccionó Marx, pues oculta la diferencia de clases económicas. Él observó al derecho como una superestructura condicionada por la infraestructura económica y delineó el trayecto de la sumisión del esclavo, siervo y trabajador en occidente. Althusser respondió hablando de la sobre-determinación, pero esto no dio pauta para caracterizar al derecho en su función civilizatoria; sin embargo, extendió la historia de Occidente a todos los pueblos suponiendo a la dialéctica como determinista. Hoy, la teoría de sistemas o ciencia compleja de Luhmann, es construida por la observación de la diferencia entre la forma y el contexto; y la diferencia entre esta distinción y la distinción entre “sistema/entorno”. La sociedad es la forma de comunicación y los organismos humanos son el contexto. Al interno de la sociedad como comunicación, se diferencia el subsistema derecho. Ferrajoli notó la diferencia entre conocimiento disciplinario y el conocimiento complejo, del derecho formado por el sistema social comunicación, el sistema de la ciencia y la teoría, y el sistema político o garantías de igualdad en derechos; por tanto, el neoconstitucionalismo ofrece la posibilidad de depurar el derecho formalista mediante las competencias en el discurso que es posible adquirir.

### ***I. La Ilustración***

*Sapere aude!* Ten el valor de servirte de tu propia inteligencia sin la guía de otro.<sup>1</sup> Este fue el lema de la Ilustración que buscaba superar la incapacidad de servirse de la inteligencia sin la guía de otro, por la cual siempre se carece de la decisión y valor para superar los tutores y demás demagogos. Pero si se deja a la gente en libertad de usar públicamente la razón, es fácil que ilustre, “porque siempre se encontrarán algunos que piensen por

<sup>1</sup> Kant, ¿Qué es la ilustración?, en *Filosofía de la Historia*, México, Fondo de Cultura Popular, 1994, p. 25

propia cuenta, difundirán el espíritu de una estimación racional del propio valer de cada hombre y de su vocación a pensar por sí mismo”.<sup>2</sup> Habría una evolución desde el estado de naturaleza hacia la sociedad civil cosmopolita a través del conocimiento normativo. Surgiría la probabilidad de lo improbable en comunicación pública, los hablantes superarían las inclinaciones personales para sujetar su conducta a la ley categórica. Estabilizarían sus expectativas. En “La paz perpetua”, Kant observó que en las leyes prohibitivas algunas eran de aplicación inmediata, en cambio, otras “se podía demorar su aplicación, siempre y cuando no se perdiera de vista que el fin propuesto que es la paz”.<sup>3</sup> Considerando el principio “nadie está obligado a lo imposible”, Kant distinguió la diferencia entre el moralista político y el político moral: el primero declara universales los derechos fundamentales y hace leyes como si todos pudieran gozarlos. En cambio, el político moral tenía la máxima: “Si en la constitución del Estado o en las relaciones entre Estados existen vicios que no se han podido evitar, es un deber, principalmente para los gobernantes, estar atentos a remediarlos lo más pronto posible [...] y esto deberá hacerlo el político aun sacrificando su egoísmo [...] El gobierno debe irse acercando lo más que pueda a su fin último, que es la mejor constitución, según leyes jurídicas.”<sup>4</sup> Esto puede y debe exigirse de la política, para hacer valer universalmente las normas formales de obligación y prohibición, o considerar la demora de su ejecución con leyes permisivas.

Kant dio un paso importante hacia la comprensión de la ciencia como saber subordinado a la existencia de categorías de la cultura, que son más generales y omnicomprensivas que cualquier producto científico. El político moral se sujeta al principio trascendental de derecho “Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite reconocimiento general”.<sup>5</sup> Igualmente, el estado de derecho estaría caracterizado por la justicia distributiva, diferente de la justicia conmutativa del estado de naturaleza. Ambas serían la garantía de llegar a la paz a través de la justicia.

Sin embargo, la modernidad no miró las diferencias que marcó el filósofo, más bien, tomó la vía del conocimiento universal de verificación empírica del procedimiento creador, negando otros saberes. Por tanto, ya no se hizo

<sup>2</sup> *Ibid*, p. 27.

<sup>3</sup> Kant, *La paz perpetua*, México, Editorial Porrúa, 1968, p. 220.

<sup>4</sup> *Ibid*, p. 238.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 243.

una consideración del sentido de las leyes permisivas en las obligaciones y prohibiciones. El ideal de objetividad obligaba al investigador a ser preciso y ajustarse al método, a expresar el conocimiento mediante formulaciones generalizadoras con pretensión de universalidad y concreción. Entonces las políticas de comunicación pública y distribución de bienes, ya dichas, se olvidaron en el pensamiento. Ya no se miró el papel de la comunicación en el lenguaje simbólico como la posibilidad de debate y coherencia de la teleología biológica en donde contempló a la especie humana. Las referencias kantianas a la biología, vistas en su *Crítica del juicio*, fueron olvidadas. La modernidad se hizo disciplinaria con las ciencias naturales y sociales abstractas. De esa manera, sólo reconoció este conocimiento como legítimo y, negando los nuevos saberes de la complejidad en sus potencias epistemológicas, surgió la ideología de la ciencia.

Esta actitud de pensar que las ciencias experimentales son el único conocimiento legítimo se convirtió en una ideología, en tanto niega la legitimidad de otras estrategias del saber.

## **II. La Teoría pura del Derecho**

Kelsen también participó de este entusiasmo en las ciencias. Miró la posibilidad de conocer al mundo mediante las categorías de causalidad e imputación. Afirmó que el principio de imputación era más antiguo que el de causalidad, pues se originó desde los inicios del pensamiento como retribución de almas y dioses; en cambio, la causalidad tiene sólo tres siglos. Observó en los mitos homéricos y en la cultura la acción *diké* o la justicia como sanción inexorable y el surgimiento de la justicia como reflexión, pues “la retribución se imputó sólo a aquellas personas libres y responsables de sus actos, en Edipo”.<sup>6</sup> Kelsen conservó la comprensión cultural en el cultivo del psicoanálisis.

La ciencia jurídica puede brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera formula pone el

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945, p. 313.

acento sobre las normas; la segunda sobre las conductas. Pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico. Es decir, atañe a la responsabilidad de los funcionarios.

Kelsen construye una definición del derecho, a través de la universalización de ciertas notas comunes en el uso del término ‘derecho’. En todos los órdenes jurídicos del pasado y el presente, en los pensadores del pasado y presente y en los usos comunes del lenguaje encontró: *a)* siempre se refieren a la regulación de las conductas libres y voluntarias, *b)* siempre utiliza la técnica de amenazar con sanciones coactivas para hacerlo. De allí construye la definición del derecho como: “orden coactivo de la conducta”. Esta es una definición estática o simplificadora, por lo que Kelsen se abrió a la dinámica que tiene por objeto *un sistema de actos que son determinados por las normas* de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.<sup>7</sup>

Kelsen, a diferencia del iusnaturalismo, quiere estudiar el derecho que es puesto en un tiempo y lugar por alguna autoridad, es decir, el derecho positivo. La validez de las normas es su específica existencia y a esta es posible conocerla mediante verificación empírica, respondiendo cuando se pregunta por la validez de una sentencia, con la verificación de que su proceso de creación haya sido determinado por los *a)* procedimientos que establezcan una norma superior, que en el caso serían las leyes sustantivas y las leyes adjetivas; *b)* la autoridad competente y que *c)* no vaya más allá de las restricciones materiales que son los derechos y libertades constitucionales. A su vez, las leyes son válidas, pues se puede verificar si han sido creadas por las autoridades competentes, procedimientos prescritos y restricciones puestas por la Constitución. Y a la pregunta de si una Constitución es válida, se responde de acuerdo a si ha sido creada de acuerdo con los procedimientos establecidos en una primera Constitución. Sin embargo, ya no puede derivar su validez de una norma superior porque no existe. Entonces Kelsen introduce una hipótesis científica para explicar la validez del sistema jurídico: la norma hipotética fundamental. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido “puesta”, sino solamente supuesta.<sup>8</sup> Esta norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo, el aprendizaje de Edi-

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 44.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 39.

po o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado, la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.<sup>9</sup>

Esta norma hipotética fundamental, permite explicar la validez de las normas y concebir al orden como un sistema normativo. El método de la imputación nos hace conocer al derecho mediante elementos jurídicos, de manera que la validez del sistema jurídico no se explica mediante las ciencias causales como la física, o sociales, como la sociología, economía, política, etcétera. No admite tampoco valores como el iusnaturalismo ni ideologías. La *Teoría pura del Derecho* se desarrolla disciplinariamente. Es cierto que la dinámica jurídica debió haberse combinado con su concepción estática del derecho, pero dicha dinámica se refirió a un sistema de actos de los funcionarios o jueces de aplicación del derecho determinados por normas. Sin embargo, la hipótesis básica suponía que dichos operadores tuvieran una cultura mínima o bien, que contaran con salud mental, para reflexionar sobre la maneja de aplicar las normas generales. Pero eso no sucedió. El razonamiento deductivo es lo que ha privado y no han entrado las consideraciones de validez de normas evaluando si la cultura, comunicación, posibilidades de gozar derechos fundamentales han sido puestas para todos. El conocimiento del derecho siguió siendo abstracto, formal, disciplinario y simplificador.

Kelsen definió el derecho como “orden coactivo de la conducta”, por lo que las normas incluyen una condición y una sanción ligadas por un deber ser. Esta definición del derecho como fenómeno normativo ha ido en detrimento de la Constitución, puesto que sus disposiciones son más bien principios de justicia y derechos fundamentales, por lo que han sido proclamados como ideologías o declaraciones doctrinarias y se les ha negado el carácter jurídico, reduciéndose a otra ley más sin mayor jerarquía. Ha sido esta concepción estática del derecho la que ha prevalecido.

De hecho, con esta visión determinista y disciplinaria, ha sido el hombre, burgués y con conocimientos científicos disciplinarios, los que han gozado de sus libertades y derechos en detrimento de los hoy “grupos vulnerables”. Se han considerado las normas como categóricas abstractas y se ha empleado el silogismo deductivo para hacer normas concretizadas a partir de la ley, sin

<sup>9</sup> *Ibid*, p. 41.

llevar a cabo ninguna reflexión. Nunca se miró la diferencia entre el burgués con conocimiento disciplinario y el resto de la ciudadanía. Por eso, las excepciones a las normas categóricas, como serían posibles en un sistema dinámico, han sido legisladas de manera arbitraria. Más que lograr pacificar un territorio, hoy se ha producido violencia, pobreza, delincuencia, explotación, inseguridad, devastación ecológica y, en general, eso que llamamos entropía.

### **III. Marx y su concepción del conocimiento y del Derecho**

Esta forma de hacer ciencia disciplinaria y verificacionista, que va desde lo concreto de los datos o notas comunes hasta lo abstracto, es criticada por Marx, en su *Contribución a la crítica de la economía política* de 1859. Las ciencias experimentales dicen partir del objeto concreto, como hace Kelsen cuando construye su definición de derecho generalizando notas comunes. Marx, en su momento, se refirió a la abstracción y formalismo de la economía clásica, observó que esos conceptos de los que se parte son ya generalidades, formalismos, ideologías que surgen en el lenguaje común.

Por tanto, el científico social no parte de lo concreto como afirman, sino que parte de generalidades y llega a más generalidades simples. Marx, más bien, había considerado que lo “concreto” es el conocimiento resultante de la práctica teórica para criticar la economía abstracta. Cuando se considera a un país desde el punto de vista económico-político, se comienza por su población, la división de esta en clases, la ciudad, el campo, el mar, las diferentes ramas de la producción, la exportación y la importación, la producción y el consumo, los precios de mercancías, etcétera. Esto parece lo real y concreto a los científicos empiristas. Ellos suponen que, en la economía, el sujeto es la base y el sujeto del acto social de la producción en su conjunto. Pero esto es falso. La población es una abstracción que deja de lado a las clases de que se compone. Estas clases, son a su vez, una palabra vacía si se desconocen los elementos sobre los cuales reposan el trabajo asalariado, el capital, etcétera, que, a su vez, suponen el intercambio, la división del trabajo, los precios, etcétera. Si el método de los empiristas comenzara a estudiar a la población, tendría una representación caótica del conjunto, se llegaría a un conjunto de relaciones abstractas determinantes, como es la división del trabajo, dinero y valor. Pero ha sucedido que una vez que los momentos singulares fueron fijados y abstraídos, los sistemas económicos

se han elevado desde lo simple científico, hasta el Estado, el cambio entre naciones y el mercado mundial. Y esto, sucedió años después con la *Teoría pura del Derecho*.

Dice Marx: “Lo concreto es concreto porque es la síntesis de múltiples determinaciones, por lo tanto, unidad de lo diverso. Aparece en el pensamiento como proceso de síntesis, como resultado, no como punto de partida, aunque sea el efectivo punto de partida y, en consecuencia, el punto de partida también de la intuición y de la representación”.<sup>10</sup> En cambio, en la vía del empirismo la representación plena es volatilizada en una determinación abstracta. Con la dialéctica, las determinaciones abstractas conducen a la reproducción de lo concreto por el camino del pensamiento.

En la *teoría pura* se definió al derecho como “orden coactivo de la conducta”, este es un concepto abstracto, simple y unilateral. La propuesta de Marx es más bien crear las categorías cuyo resultado es la producción del mundo visto como totalidad concreta, es decir, como totalidad del pensamiento. La totalidad concreta es un producto del trabajo de elaboración que transforma intuiciones y representaciones en conceptos.

El sistema conceptual teórico para producir los conceptos universales y concretos sobre generalidades y abstracciones, sería el materialismo dialéctico, cuyos principios postulan *a)* Que el proceso histórico social se desarrolla según una dialéctica que se resuelve en la tesis, antítesis y síntesis; *b)* Que en la sociedad se da siempre una contradicción principal y otras secundarias. El término contradicción no se refiere a una relación lingüística, sino más bien a una diferencia de poder que existe en las estructuras sociales.

Althusser agrega que “La manifestación de la estructura dominante, que es la que condiciona la existencia de cada contradicción, constituye la unidad del todo”.<sup>11</sup>

Marx explicó la relación de la infraestructura económica con las superestructuras jurídico-político como un condicionamiento de la primera sobre las segundas. El derecho y el Estado, fueron observados como un instrumento de dominación de la clase dominante o burguesa sobre las clases oprimidas del proletariado. Este Estado monopoliza la “fuerza legítima” para sujetar a las

<sup>10</sup> Karl Marx, *Introducción general a la crítica de la economía política* de 1857, México, Siglo XXI Editores, 1982, p. 50.

<sup>11</sup> Louis Althusser, *Sobre la dialéctica materialista*, México, Editorial Siglo XXI, 1985, p. 170.



clases trabajadoras. Y la ideología asegura la dominación, pues fija a los individuos con las tareas que les da su estructura social. De hecho, miró que en la modernidad la ideología se planteó en términos jurídicos: se constitucionizaron los derechos humanos fundamentales como universales, pero fueron voces vacías, pues sólo quien gozaba de medios económicos podían gozarlos. Sin embargo, la dialéctica era indeterminada.

Althusser afinó la explicación de las relaciones entre la infraestructura económica y las superestructuras. No pensó en una determinación, ni en un condicionamiento, sino que planteó la “sobredeterminación”, es decir, las superestructuras no están determinadas ni condicionadas por la infraestructura, sino que tienen acción, refleja sobre la estructura económica, pero esta ejerce una determinación en última instancia pues da concreción al discurso jurídico.

Marx propuso la “síntesis de múltiples determinaciones” para superar la generalidad abstracta de las ciencias deterministas. Pero sus seguidores estructuralistas, pensaron que el desarrollo histórico planteado por Marx, desde las sociedades esclavistas, el medioevo, la modernidad y la sociedad sin clases, sería igual para todos los pueblos, pues la economía determinaría esto y explicaría el movimiento y acción para países del tercer mundo, con la posibilidad de una sobredeterminación refleja las superestructuras. Originalmente Marx, no miró a la dialéctica de manera determinista, miró la historia de Occidente, y no vio a las tribus americanas como parte de esa historia. Ello se debió a que la dialéctica no era un determinismo más, pero así se le interpretó después.

#### ***IV. Las ciencias de la complejidad***

A diferencia del conocimiento determinista y simplificado, la *teoría de sistemas* parte de la diferencia como directriz. El mundo —afirma George Spencer Brown— parece estar creado para observarse a sí mismo. Sin embargo, para conseguir esto, el mundo tiene que dividirse primero; concretamente en un Estado que ve y en otro que es visto. El mundo se falsea a sí mismo y está llamado a hacer frente a esta incomprensión. Por eso, se parte del concepto de la diferencia. El concepto de forma presupone el mundo como un estado no marcado.

La unidad del mundo es inalcanzable. Es la marcación, nos dice Spencer Brown, la que genera el espacio de la distinción, de manera que vemos la diferencia entre *marked space* y *unmarked space*. Simultáneamente indicamos una parte de la distinción, por tanto, la otra parte queda en el punto ciego latente.<sup>12</sup> Cuando se distingue, se introduce la forma, sólo así es posible observar. Ambos lados son asimétricos, pero nos acomodamos en uno, así el otro lado permanece latente. Sin embargo, el otro lado de la forma se mantiene accesible y puede ser alcanzado mediante un cruce (*crossing*).

El ir y venir en la asimetría se explica [...] en dos axiomas fundamentales:

- a) La repetición de la operación condensa aquello que es indicado en la forma, pero no agrega nada.
- a) Para la repetición del *crossing* vale lo contrario, hay un enriquecimiento formal a partir de abrirse al entorno en el *reentry*.

Nosotros podemos dibujar la distinción (*Draw a distinction*): es decir, pintamos la paradoja o diferencia entre la forma y el contorno, que no se resuelve de manera dogmática, sino operativa. En cambio, los conceptos de realidad, mundo y sentido, vistos desde la distinción medio/forma, son conceptos sin distinción.

Nada existe fuera del conocimiento, ni los conceptos límite. Pero el conocimiento no surge a partir de abstracciones deterministas, se trata de proyectar distinciones en una realidad que no conoce ninguna distinción. No se busca el conocimiento de un objeto “en sí”, sino más bien se tiene acceso al objeto a través del conocimiento y nuestras reinterpretaciones de mundos posibles.

Luhmann distingue entre el observador de primer orden, que ve lo inmediato de algo que se puede distinguir como cosas, sucesos, movimientos, y que identifica con la “realidad”. En cambio, el observador de segundo orden, se coloca en una perspectiva más amplia y hace observación de comentarios; desde allí puede observar cómo desde una visión de primer grado se generan riesgos y peligros, que él puede evitar. Desde esta visión reflexiva, el mundo pierde su unidad, pues se miran las distinciones. La evolución es contingente —es la probabilidad de lo improbable—<sup>13</sup> y, además, mirando la diferencia se

<sup>12</sup> José Antonio Ibáñez, *Para leer a Luhmann*, México, UIA-Oak Ediciones, 2012, p. 21.

<sup>13</sup> Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi, *Teoría de la sociedad*, México, U de G – UIA - ITESO, 1992, p. 204.

explica la diversidad y la complejidad, así como se estabilizan las costumbres y sedimentan significados.

Una vez hecha la marca, tenemos la forma diferenciada del entorno, pero si se permanece en dicha forma se condensa el significado de los términos del lenguaje y permanece la forma estática. En cambio, si se cruza y se regresa varias veces, el significado cambia y se alcanza la sistematización de los términos.

En la distinción sistema/entorno, el único que puede observar es el sistema que funge como observador.<sup>14</sup> Se entiende por “sistemas” “un conjunto de elementos interrelacionados entre sí, cuya unidad le viene dada por los rasgos de esa interacción y cuyas propiedades son siempre diferentes a los de la suma de propiedades de los elementos del conjunto [...] y [...] 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”.<sup>15</sup>

La epistemología que Luhmann utiliza tiene su fuente en la biología de Varela y Maturana quienes nos dicen: “La característica más peculiar de un sistema autopoiético es que se levanta por sus propios cordones, y que se constituye como distinto del medio circundante por medio de su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables”.<sup>16</sup> El concepto de autopoiesis u organización circular ilustra la clausura operativa de los sistemas vivos.

Una cosa es trazar la forma, darle consistencia, operarla como base en la distinción sistema/entorno, y otra distinta es que opere en el medio del sentido. El sentido se basa en la capacidad humana de negar y de reflexionar sobre alternativas diferentes, por tanto, se reconoce por las diversas formas que adquiere.

La conciencia es autorreferencial y autoreflexiva. Afirma Luhmann que ya no se puede poner a la conciencia sólo en función de una finalidad trascendental, que le facilite el sentido del aquí y ahora cotidiano; sino que se la podría poner en función de la lógica de sistemas, con la posibilidad de ser algo empírico y con posibilidades de demostración del sentido de la vida. Así, el sentido puede dejarnos ver y nombrar una realidad inclusiva de entes biológicos,

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 37.

<sup>15</sup> Niklas Luhmann, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Editorial Anthropos UIA, Barcelona 1998, p. 173.

<sup>16</sup> Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento*, Argentina, Editorial Lumen, 2000, capítulo II, p. 28.

reflexionando de las diferencias entre realidad/posibilidad, o bien, actualidad/potencialidad.

La dimensión social del sentido se alimenta del supuesto de que en la sociedad todos son observadores, sean de primer grado, o de segundo grado, donde se observan a los observadores y uno es observado, por tanto, es posible que haya cambios y estabilización de las expectativas individuales.

Ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo, sino que evoluciona a partir de los estímulos y provocaciones del medio. Por tanto, solo la observación diferencia entre sistema y entorno, hace posible la evolución.

## ***V. La sociedad de la sociedad: sistema omnicomprensivo de comunicaciones***

Luhmann deja atrás las concepciones sociológicas que definen las sociedades mediante criterios abstractos como la población, el territorio o el gobierno; para plantear que la sociedad es un sistema formado por comunicación: “es el sistema de todas las comunicaciones posibles”.<sup>17</sup> La comunicación es un medio donde finalmente se posibilitan las formas comunicativas y no opera con fundamentos sino con contenidos. La sociedad es un sistema comunicativo y su entorno son las personas. Es desde la forma comunicativa donde se cruza hacia la materialidad humana, de allí, en el *reentry* se discuten esos problemas y varía el significado normativo.

La distinción información/acto de comunicar es la forma básica para abordar el concepto de comunicación. Sólo existe comunicación cuando la información se acompaña de entendimiento entre los involucrados que sortean fuertes dificultades. La comunicación tiene el atributo de transformar las expectativas de los hablantes y de estabilizarlas, cosa que ya había sido llamada civilización en la ilustración kantiana. Sin embargo, el tránsito hacia la sociedad no es algo que se dará de manera necesaria, sino que es contingente: desde el conocimiento normativo disciplinario y simplificador no es necesario transitar a la teoría de sistemas vivos para fomentar la comunicación y conformación social, pero es posible. Sin embargo, no es necesario permanecer en la visión disciplinaria y determinista del normativismo, como sucedió con

<sup>17</sup> Luhmann y De Giorgi, *Teoría de la sociedad*, México, UdeG-UIA-ITESO, 1993, p. 43.

la *Teoría pura del Derecho*, pues es posible transitar hacia el conocimiento complejo e interdisciplinario, cambiando de paradigmas del conocimiento. Es decir, habrá tránsito hacia la identidad humana en tanto igual posibilidad de cambio a partir del entorno, si elegimos un gobernante como el político moralista que supera las desigualdades en su pueblo fomentando la comunicación; pero si elegimos a un moralista político, permaneceremos sin evolucionar hacia la sociedad cosmopolita concebida como el género humano, a la vez que se fomentará el desorden y entropía. En el campo del razonamiento judicial, se pueden impugnar normas universales, formales o abstractas que no tienen la concreción de la comunicación que supone la defensa de los derechos fundamentales mediante permisos, sin olvidar que la finalidad es la conformación de sociedad pacífica en el goce de los derechos y libertades fundamentales.

El lenguaje, dice Luhmann, es el medio en donde se manifiesta la unidad de la diferencia entre formalismo y sistema. “Como observadores, designamos como comunicativas a las conductas que se dan en un acoplamiento social y como comunicación, a la coordinación conductual que observamos como resultado de ella”.<sup>18</sup> La coordinación de la conducta, a través del control de las inclinaciones personales y acoplamiento al medio ambiente terreno, es el resultado de la comunicación. El lenguaje significante es el medio por el cual la especie inteligente del planeta se organiza autopoiéticamente y se acopla estructuralmente al todo dinámico de la organización de la vida. Es decir, surge la sociedad de la sociedad.

## VI. *Subsistemas sociales*

La misma operación que hace que la sociedad emerja como una diferencia, se repite al interior de ella, con lo que van surgiendo diferentes subsistemas en un proceso interno de diferenciación social de sistema/entorno, para los que la sociedad omnicomprensiva cumple función de entorno. La sociedad diferenciada sólo resulta abarcable como totalidad, como unidad en la diferencia, desde la mirada de algún subsistema dado, porque cada uno de ellos observa cualquier evento que tenga lugar en la sociedad. Se miran entre sí, en tanto todos son subsistemas de la máquina de comunicar social, se van diferenciando sus formas; en tanto dependen del medio externo común. Cruzan y regresan a reestructurar la comunicación general.

<sup>18</sup> Varela y Maturana, *El árbol del conocimiento...*, op. cit., p. 129.

Cada subsistema reconstruye el sistema social mediante una diferencia propia que integran la sociedad y reconstruyen la unidad de la diferencia en la dinámica del tiempo. Cada subsistema se especializa en una función y opera con clausura, en donde cada uno aporta una solución a problemas globales.

Los subsistemas son organizaciones autopoieticas que operan con clausura, reproduciendo sus operaciones en la red, hasta que la función se convierte en un punto de referencia obligado en la autorreferencia del sistema funcional: se cumple la función de manera exclusiva. Así, el derecho es el problema del subsistema jurídico, la política es el problema del subsistema político; el conocimiento es el problema del subsistema teorías; la economía es el problema del subsistema económico. En el mundo del entorno, no hay derecho, no hay política, no hay verdad, no hay economía: es el mundo de los discursos abstractos, generalizaciones, unilateralidades, simplificaciones, cegueras a la organización de la vida, en su versión de teoría de sistemas vivos y cibernética. El mundo conocido y nombrado en comunicación pública eleva la probabilidad de lo improbable. La comunicación estabiliza las expectativas de cada sistema psíquico y lo acopla al mundo de la evolución. Cuando se cruza la forma y se regresa esta, se sedimenta el significado del término: no se reconstruye la realidad externa. Las ciencias disciplinarias, simplificadoras son abstractas, no concretizan en lo real de la organización de la vida, sedimenta un solo significado producto de una deducción y, en el derecho, no hay un fluir entre obligación, prohibición, permisión. El conocimiento complejo va reconstruyendo el significado de los términos formales de cada subsistema: concretizarlos, darles referentes vitales, unificando las diferencias caso por caso. Todos estos términos de la sociedad y de sus subsistemas, son simbólicos; es decir, poseen una significación ambigua. Oscilan entre su significado disciplinario y simplificador, o bien, si se significan en comunicación pública y ejercen la interdisciplina.

Cada sistema utiliza su propio código, lo que lo hace mirar a su sistema completo, ya sea como forma o como entorno, desde su propia perspectiva.<sup>19</sup> Cada sistema funcional alcanza la clausura operacional reproduciendo la forma como lo son la sociedad y sus subsistemas. Cada subsistema tiene un código binario propio. Este es una forma de dos partes, que para cada evento que se presenta en su ámbito de aplicación como información, ofrece

<sup>19</sup> Jesús Ignacio Martínez García, "Para leer a Luhmann: avisos para juristas", en *El derecho de la sociedad*, de Niklas Luhmann, México, Editorial Herder y UIA, 2005, p. 47.

una contraparte negativa. Con esto se hace notoria la diferencia en el nombrar como las expresiones: “conforme a derecho”, “juicio verdadero”, “política igualitaria”, “distribución justa”, “economía sostenible”, en comunicación general; a ser nombrado por los *mass media* comerciales que sólo fomentan entropía e imponen el discurso. Aparte de código, cada subsistema también tiene su programa, que consiste en reglas de decisión que permiten decir en qué condiciones algún hecho se asocia al valor positivo o al negativo de cada diferencia. Por ejemplo, el código del derecho es legal/ilegal, y sus programas tienden al aprendizaje para un futuro pacífico. El código de la ciencia es verdadero/falso y sus programas consisten en teorías y métodos de investigación. El código del subsistema política es poderoso/sometido y los programas son políticas de equidad. El código del subsistema económico es pago/insolvencia y los programas son las políticas de la equidad.

Ya no se define cada ciencia por generalizaciones empíricas que nos ciegan a los saberes de la vida, sino que la estrategia es ver la diferencia. Todos los subsistemas del sistema social se necesitan unos a otros. “La corrupción ocurre como resultado de interferencias de un subsistema sobre otro”, pues esto sólo sucede fuera de la comunicación social.<sup>20</sup>

## VII. *El derecho de la sociedad y el garantismo*

La particularidad propia del subsistema derecho es su aspecto normativo. El derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización. El derecho es siempre un regulador social que se estructura a sí mismo por la unidad de la diferencia entre su código y su programa.

Pero no es lo mismo reducirlo a reglas como previsiones de conducta mediante sanciones, como haría el normativismo disciplinario y simplificador; que observar las normas como órdenes con amenazas junto a los principios jurídicos o derechos fundamentales que dan sentido a la creación de leyes regla. La inclusión de los principios fundamentales de la Constitución, permite una dinámica del razonamiento entre las normas obligatorias o prohibitivas y las permisivas. Esto, ya sea delante del juez, si el imputado no ha gozado de los mismos derechos y libertades que los demás; o ya sea como excepción a la

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 47.

ley cuando no se ha logrado superar la desigualdad en el goce de sus derechos y libertades entre ciudadanos.

El programa del derecho presentado por Luhmann coincide con el garantismo de Ferrajoli, al cual como “el paradigma que implica sujeción al derecho de todos los poderes y garantía de todos mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, sean públicos o privados”.<sup>21</sup>

Ferrajoli se ocupa de pintar la diferencia entre el normativismo y la sociología disciplinarios/conocimiento complejo del derecho. Critica las primeras pues son formas simplificadoras y disciplinarias, como han sido la dogmática jurídica normativista o formal y la sociología jurídica abstracta por ser construida mediante el principio causal de generalización empírica. La primera, dice, habla de la validez formal de las normas, la segunda habla con enunciados abstractos acerca de hechos sociales. Ambas son simplificaciones disciplinarias que no tienen conexión entre sí.

Ferrajoli aclara que la dogmática jurídica es una disciplina re-interpretativa que se verifica en las normas, haciendo emerger su validez material. “Su verdad es refutable con arreglo a una diversa reinterpretación de las normas vigentes o con una norma diversa, pues las normas son hechos lingüísticos que se refieren a la existencia”.<sup>22</sup> Es decir, hablan del sentido social de las normas positivas, objeto de la investigación, que supone vivir el progreso del conocimiento y saber de la teoría de la evolución. La dogmática jurídica es una disciplina observacional sobre los cambios existenciales, pero no hace predicciones.

La forma del derecho se convierte en sistema jurídico cuando las tesis de la dogmática son producto del (*crossing*) cruce y (*re-entry*) regreso a la forma para su reestructuración a partir de las demandas del entorno. En el entorno está la totalidad del mundo, incluyendo el sistema social y sus subsistemas: la comunicación; las ciencias disciplinarias y las ciencias de la organización evolutiva; las políticas de garantizar el goce de derechos; la economía de la sustentabilidad. Sin estos conocimientos interdisciplinarios y de autoidentificación como especie, no tendrán los hablantes, entre ellos los juristas, argu-

<sup>21</sup> Luigi Ferrajoli, *Garantías en democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 60.

<sup>22</sup> Luigi Ferrajoli, “La semántica de la teoría del derecho”, en *Epistemología jurídica*, México, Editorial Fontamara, 2008, p. 40.



mentos para impugnar leyes injustas por ser inconstitucionales, pues se tienen los argumentos que todos pueden suscribir.

Ferrajoli, así como Luhmann, son ilustrados: la comunicación esclarece las mentes y estabiliza expectativas, y allí surgen la diferenciación de diversas disciplinas que se conectan para producir sentido social.

Frente a las formas disciplinarias y simplificadoras del conocimiento, Ferrajoli cruza y reentra en el formalismo normativista, cuyas observaciones de lo inmediato en la verificación como es un formalismo de creación normativa, pero también observa lo mediato con una visión reflexiva, mira los riesgos de violencia, individualismo, inseguridad, delincuencia, devastación ecológica, cuya realidad se ha verificado mediante el formalismo abstracto y disciplinario. Observa que se ha manifestado un proceso de constitucionalización del sistema político, construyendo un régimen antiliberal basado en la aquiescencia pasiva de una gran parte de la sociedad, que está ideologizada con la prioridad de las ciencias disciplinarias y la denigración de saberes evolutivos. Cegueras que han dado como resultado democracias populistas, donde la omnipotencia de la mayoría que deposita su poder en un presidente a la vez que se neutraliza el sistema de reglas, separaciones y contrapesos, garantías y funciones que constituyen la sustancia de la democracia liberal.<sup>23</sup>

La solución para el desorden entrópico es el conocimiento complejo, donde la caracterización del derecho se integra con: *a)* La comunicación y comprensión del proceso evolutivo en el que estamos para reinterpretar las normas coactivas, *b)* El sistema político que garantiza constitucionalmente el logro de la igualdad en derechos fundamentales y libertades que dan concreción al discurso, *c)* El sistema del conocimiento teórico y la lógica jurídica que son conocimientos universales que nos dan una verdad formal, *d)* El sistema económico en la distribución de los bienes.

### ***VIII. Normativismo vs neoconstitucionalismo***

El normativismo es el conocimiento formal del derecho que lo define como “orden coactivo de la conducta”. La validez de la norma como poder de obligar, es definida por que la atribución de sanciones normativas se hace según

<sup>23</sup> Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 21.

el procedimiento formal de leyes superiores. Pero el normativismo no describe la validez sustancial, que consiste en la igualdad en derechos y libertades, es decir, presupone la estabilidad de las expectativas, sin construirla. En el normativismo se habla del “imperio de las leyes” y a la Constitución se la mira como una ley más, como hicieron muchos paleopositivistas, que frecuentemente fueron más allá de sus principios.

El neoconstitucionalismo observa que el sentido de la rigidez constitucional es la protección de los derechos fundamentales constitucionales, y que las leyes, aunque sean válidas formalmente, pueden no serlo si no establecen igualdad sustancial, o sea, igualdad en derechos y libertades constitucionales. Por ello, si el sistema político aún no ha instaurado la equidad e igualdad en derechos y libertades, o bien, si no hay estabilidad de las expectativas ciudadanas, la norma de obligación o prohibición puede ser impugnada. Su sanción se aplicaría sólo cuando estén puestas dichas condiciones de cumplimiento, como haría un juez independiente.

La concepción compleja del derecho tiene algunos parecidos con el marxismo, pero es diferente. Se parecen en que pretenden reconocer cómo se desenvuelve y opera la realidad misma, es decir, no se limitan o reconocen como métodos formales de pensamiento. “En su proceso operativo ambos métodos van dejando un sedimento como evidencia de su paso por el mundo”.<sup>24</sup> Sin embargo, en la dialéctica marxista también hay una idea de progreso, como la llegada al saber y superación de las ideologías, mediante una superestructuración que es ya una síntesis estática de múltiples determinaciones. Este estatismo final es un determinismo. En cambio, la evolución para Luhmann se basa en el concepto teórico de la diferencia; más bien nos muestra que las posibilidades de la evolución son contingentes —la probabilidad de lo improbable—. Por esto, la interpretación y argumentación jurídica no son desarrolladas por el método dialéctico y sí por la observación de las diferencias.

## **IX. Conclusión**

El panorama y los cambios en la concepción del derecho expuestos, nos lleva a ver la diferencia entre conocimiento disciplinario, abstracto y simplificador, con relación al conocimiento complejo interdisciplinario. Se trata

<sup>24</sup> Ibáñez, *Para leer a Luhmann...*, *op. cit.*, p. 280.

de provocar la probabilidad de lo improbable con la práctica comunicativa del proyecto conjunto de investigación que plantean los pensadores. Ver las diferencias entre las cegueras disciplinarias y la reflexión del conocimiento complejo, y cambiar nuestro pensamiento para ser interdisciplinarios. El dinamismo del libre fluir de la lógica en sus operadores de obligación, prohibición y permisos, debe ser instaurado en la toma de decisiones. Además, el conocimiento de las diferencias es la estrategia para adquirir las competencias del discurso para pedir la declaración de invalidez de las leyes inconstitucionales en cada nación, pues la concreción del discurso legislativo es la identidad sustancial entre las personas de carne y hueso del planeta, entendida como igualdad en el goce de los derechos fundamentales.

## ***Fuentes de consulta***

### ***Bibliográficas***

- Althusser Louis. *Sobre la dialéctica materialista*. México, Editorial Siglo XXI, 1985.
- Ferrajoli Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México, Editorial Fontamara, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Garantías en democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- Ibáñez, José Antonio. *Para leer a Luhmann*. México, UIA-Oak Ediciones, 2012.
- Kant Immanuel. ¿Qué es la ilustración?, en *Filosofía de la historia*, México, Fondo de Cultura popular, 1994.
- \_\_\_\_\_. *La paz perpetua*. México, Editorial Porrúa, 1968.
- Kelsen Hans. *Teoría pura del Derecho*. Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945.
- Luhmann Niklas y De Giorgi Raffaele. *Teoría de la sociedad*. México, U de G-UIA-ITESO, 1992.
- Luhmann Niklas. *El derecho de la sociedad*. México, Editorial Herder UIA, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Editorial Anthropos UIA, 1998.
- Marx Karl. *Introducción general a la crítica de la economía política de 1857*. México, Siglo XXI Editores, 1982.
- Varela y Maturana. *El árbol del conocimiento*. Argentina, Editorial Lumen, 2000.

