Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 227-228 (1-2): 113-126, 2010 ISSN 0303-9986

*DERECHO Y AUTOPOIESIS**

ALFONSO HENRÍQUEZ RAMÍREZ
Departamento de Historia y Filosofía del Derecho
Universidad de Concepción

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como marco teórico y principio basal a la llamada Teoría de Sistemas, reconociéndose tributario de las aportaciones de autores tan diversos, como lo son L. von Bertalanffy, T. Parsons, N. Luhmann, G. Teubner, H. Willke, H. Maturana, entre otros. De esta forma, la siguiente ponencia transitará por la senda ya construida por dichos teóricos, centrándose preferentemente en el nuevo paradigma planteado al Derecho por la Teoría de Sistemas Cerrados y Autopoiéticos, aunque recogiendo algunos de los principios que le dan su sello particular a los llamados Sistemas Abiertos y Cibernéticos.

Entender aquel fenómeno tan exquisito y huidizo para el pensamiento como lo es el mundo gobernado por Diké, plantea en la actualidad, al estudioso del mismo, una serie de desafíos, que a mi entender no podrán ser llevados a buen término, sin el alejamiento al menos momentáneo de la metodología analítica.

Este modelo cartesiano, que resulta en la descomposición de una unidad en sus partes fundamentales, y en el estudio de cada una ellas en

*Este trabajo forma parte de una investigación de mayor extensión, la cual fue presentada en las XXXVII Jornadas de Derecho Público realizadas el año 2007 en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y que llevó por título "La Constitución como programa normativo, dentro de un Derecho considerado como sistema cerrado, autopoiético y contraevolutivo".

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

forma aislada, ha quedado, en muchos campos de la ciencia, completamente superado, o al menos relegado a un segundo plano; en este sentido destacan las aportaciones realizadas por Ilya Prigogine en física y H. Maturana en biología.

El nuevo paradigma[1] planteado a la ciencia, está configurado por la noción de Sistema. Sistema puede ser definido para efectos de este trabajo como "*un complejo de elementos interactuantes*" [2], constituyendo la noción de interacción su elemento central. Mientras el objeto clásico de la ciencia, y por ende del Derecho en cuanto supuesto constructo científico, ha sido la "parte" o la "norma", para los modelos sistémicos la preocupación fundamental es el estudio de las interdependencias, comunicaciones y recursividades que se dan en un mundo construido y definido por ellas, y limitadas por el sentido y la complejidad, y que nosotros conocemos semánticamente como Sistema. De tal manera que el mundo ya no se encontraría compuesto de elementos individuales, sino de interacciones, las que se alzarían como el nuevo sujeto epistémico, tanto de las ciencias nomotéticas como de las ideográficas.

Dos son las posibles vías de abordar la comprensión de un Sistema, una, representada por la noción de autopoiesis[3], vale decir, un conjunto de interacciones que se generan a sí mismas sin contacto con el entorno, conocida como Teoría de Sistema Cerrado, y otra, configurado por el concepto de retroalimentación (feedback), en que las entradas (in put) y salidas (out put) del sistema lo alimentan, reduciendo o amplificando las desviaciones del mismo, es la teoría de Sistemas Abiertos.

Durante las páginas que siguen se procurará dar una explicación general del Derecho dentro de un modelo que concibe al mismo como un sistema autopoiético y autorreferente.

1. COMPLEJIDAD Y SENTIDO

Un punto que a mi entender resulta fundamental para comprender adecuadamente el papel del Derecho en nuestras sociedad, es visualizar a

[1] Sobre el concepto de paradigma en el campo de la ciencia véase: Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica,1971.

[2] Bertalanffy, Ludwig von, *Perspectivas en la teoría general de sistemas*, Madrid, Alianza Universidad, 1992, pág. 56.

[3] Para un estudio en mayor profundidad de esta noción, véase Maturana R., Humberto, *De máquinas y seres vivos: autopoiesis, la organización de lo vivo*, Santiago, Universitaria, 1995.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

éste como un logro evolutivo del Sistema Social. El paso de una sociedad estratificada, como lo fue Europa hasta al menos a fines del s. XVIII, y América hasta mediados del s. XIX, a una en que los mecanismos de inclusión social estén dados por el logro individual, es posible por un hecho que ya había sido advertido por E. Durkheim, en su celebre obra[4] *De la división del trabajo social*, pero que T. Parsons[5] y N. Luhmann[6] sintetizaran con mayor claridad, me refiero a la especialización de funciones. Es así como fue acuñado, durante el siglo pasado, el concepto de sociedad funcionalmente diferenciada, en la cual ya no existe un centro que oriente operacionalmente a los diferentes subsistemas en que ésta se divide, debido precisamente a que éstos se especializan en funciones que, miradas desde fuera de un subsistema particular, satisfacen necesidades específicas con el mínimo de energía e información, de mejor manera que otra de estas nuevas monadas[7] societales podrían hacer por sí solas.

Es así por ejemplo, que la política y su nueva piedra filosofal, la democracia, no pueden en la actualidad, por sí solas, como los déspotas ilustrados hacían, garantizar el orden y estabilidad[8] de sociedades cada vez más complejas, pues cada función y cada Sistema se miran como equivalentes, al formar parte de un entorno diferenciado que necesita ser reducido[9].

La pregunta que sigue es la siguiente, ¿como llega el Derecho a constituirse en un sistema funcionalmente diferenciado? Esto será posible mediante la intervención de ciertos mecanismos de reducción de la complejidad, constituidos sobre la base sistema/entorno, tales como el sentido, los códigos binarios o los programas normativos.

El entorno para el Derecho tiene dos características definitorias: contingencia y complejidad, "complejidad en el sentido mencionado significa

[4] Durkheim, Émile, *De la división del trabajo social*, Madrid, Akal, 1995. El autor distingue a este respecto entre solidaridad mecánica y solidaridad orgánica, construida esta última sobre la división del trabajo.

[5] Parsons, Talcott, *El sistema social*, Madrid, Alianza, 1999.

[6] Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*, México Anthropos, 1998.

[7] Sobre el concepto de monada véase Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Monadología*, Buenos Aires, Aguilar.

[8] Willke, Helmut, "La transformación de la democracia como modelo de orientación en las sociedades complejas", www.cepchile.cl/dms/archivo_3814_1999/r102_willke_democracia.pdf Pág. 4.

[9] Esto explica, en parte, la actual crisis de la democracia, en cuanto ha perdido la capacidad para oponerse jerárquicamente a las fluctuaciones de un entorno dominado por gigantes corporativos, cuya finalidad totalmente legítima, es la de satisfacer a sus accionistas, y no necesariamente a la sociedad en su conjunto.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

coacción de la selección. Coacción de la selección significa contingencia y contingencia significa riesgo. Cualquier complejo de cosas se basa en una selección de las relaciones entre los elementos, los cuales a su vez son utilizados para constituirse y preservarse. La selección sitúa y cualifica los elementos, aunque para éstos fuere posible otra forma de relación[10]". Vale decir, el mundo se encuentra atravesado por una seria de alternativas o cursos posibles de acción, que pueden ser o no ser[11] y respecto a los cuales el Derecho debe pronunciarse a fin de que, a partir de la unidad indiferenciada que representa el entorno, marque la distinción que lo separe y lo libere del mismo.

Para reducir esta complejidad, el Derecho requiere seleccionar información, y para hacerlo debe trazar un límite que le permita alcanzar un mínimo común denominador en la tarea de "observar" al entorno desde una unidad susceptible de individualización funcional. Este límite se denomina Sentido, el que vendría a representar la "forma común de identificar objetos, hechos por diferentes sujetos en relación a su proximidad a la meta, mediante su reducción de complejidad, es decir, las formas comunes de selección que se producen, a pesar de la diferencias entre sujetos"[12].

Así, los límites del Sistema Jurídico no son límites materiales[13], sino que son límites de Sentido, el cual tiene la virtud de orientar operativamente al sistema en su función. Y el "Sentido" en el Derecho, a mi entender, está dado por el camaleónico concepto de Justicia[14], pues en este simbolismo el Derecho marca presencia dentro de la sociedad y puede, desde su ontogenia, limitar sus operaciones hacia aquellas en las cuales se ha especializado y funcionalizado; en otras palabras, con el Sentido, el Derecho elige preocuparse sólo de aquellas comunicaciones del entorno que se relacionen con la Justicia, reduciendo así la complejidad, dejando a un lado aquellas perturbaciones que no le representen utilidad. En esta distinción sistema/entorno es donde queda definitivamente constituido el Derecho como Sistema Social, llegando a la conclusión de que es el entorno el que da vida al Sistema Jurídico, entendido

[10] Luhmann, *op. cit.* Pág. 47.

[11] *Idem.* Pág. 32.

[12] Rodríguez, Darío y Arnold, Marcelo, *Sociedad y Teoría de Sistemas*, Santiago, Editorial Universitaria, 2007. Pág. 105.

[13] *Idem.*

[14] Nótese que me refiero al Sentido en el Derecho, y no hablo del sentido del Derecho, debido a la carencia de finalidad que el sistema jurídico posee, mientras conserve su autorreferencialidad.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

éste como un conjunto de procesos recursivos reductor de complejidad.

Pero si el Sentido, es un primer intento del Sistema por diferenciarse del entorno, será la "función", lo que le permita alcanzar finalmente este cometido. Por lo tanto la pregunta será la siguiente, ¿cuál es la función del Derecho considerado sistémicamente? El Derecho en una sociedad funcionalmente diferenciada como la nuestra, tiene por finalidad satisfacer comunicaciones de expectativas normativas[15]. Podemos decir que "esperamos algo normativamente cuando ante la aparición de la frustración, de la contradicción de los hechos, podemos legítimamente seguir manteniéndonos en la validez de nuestra expectativa, sabiendo que contamos con el respaldo institucional, a tal acto de resistencia"[16], en otras palabras, el Derecho se especializa en la resolución de conflictos, los que, dado la carga de complejidad del entorno, no puede ser resueltos satisfactoriamente por cada sistema particular, debiendo recurrir a aquel que se ha especializado en ello.

Es interesante destacar que el Derecho, visto bajo el cedazo de la Teoría de Sistemas, y luego de intentar resistir los embates del análisis funcional, dejará de estar constituido por normas[17], o por actores sociales, y pasará a definirse por su función[18]. Es decir, el Derecho vendrá a constituirse como un conjunto de comunicaciones sobre expectativas normativas[19]. La comunicación será en definitiva el componente ultimo del Sistema Jurídico, separándose por ende de la noción de acción social[20] o acción comunicativa[21], ya que en cuanto entidades adjetivadas, no logran captar que lo social, y en definitiva lo jurídico, siempre serán comunicaciones[22], mientras que la acción por no compartir esta característica, mal podría ser el basamento de éstas.

Parafraseando a M. Foucault, podríamos decir que el Derecho convierte

[15] Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Pág. 89.

[16] Prieto Navarro, Evaristo, *Teoría de Sistema, Funciones del Derecho y Control social, perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal*, www.cervantesvirtual.com/servletSirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_11.pdf Pág. 6.

[17] En este sentido véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2004.

[18] B. Malinowski, *"Introducción"*, en H.I. Hogbin, *Ley y Orden en Polinesia*, Madrid, Edaf, 1944, p. 32.

[19] Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Editorial Universidad, Iberoamericana, 2002. Pág.56.

[20] Consúltese, Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997.

[21] Sobre la noción de acción comunicativa véase Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, Humanidades, 1999.

[22] Rodríguez y Arnold, *op. cit.* Pág. 116.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la norma jurídica en un aparato semántico[23], la norma ya no es la actora o la productora del Derecho, sino que el flujo constante de comunicaciones al interior del Sistema es lo que produce la ley, la Constitución, el contrato, etc., vistos, éstos como estados transitorios de condensación de lo jurídico.

2. COMUNICACIÓN NORMATIVA Y AUTOPOIESIS

Pero el Derecho así visto no es cualquier sistema productor de sentido normativo, sino que dentro de la variedad de sistemas que existen, o que se pueden sostener con cierta plausibilidad, es un Sistema Cerrado, autopoiético y autorreferente.

Siguiendo la línea de pensamiento que para los sistemas biológicos trazara H. Maturana[24], la cual inspiró profundamente el trabajo de N. Luhmann, podemos distinguir en el Sistema Jurídico una organización y una estructura; por organización entenderemos el conjunto de relaciones que deben darse entre los componentes de un Sistema para que la unidad quede definida como miembro de una clase determinada; y por estructura, a los componentes y relaciones que constituyen concretamente su unidad particular, realizando su organización[25].

Dos consecuencias importantes se coligen de esta forma de entender al Derecho:

1. La organización debe ser necesariamente invariante, so pena de destruir el torrente comunicativo y acabar con el Sistema.

2. La estructura, que es por su naturaleza variable y contingente, provoca que el Derecho se encuentre en una constante deriva estructural, es decir sujeto a un cambio en su estructura, más o menos acentuado, de adaptación al mundo.

Este camino que he seguido de comprensión de lo jurídico, nos hace derivar otra consecuencia, trascendental y paradigmática. El Derecho, de acuerdo a lo anterior, es un sistema determinado estructuralmente, lo que implica que al interactuar con otras unidades sistémicas (política, economía,

[23] Foucault, Michel, 1926-1984, *La arqueología del saber*, México, D. F. Argentina, Siglo XXI, 1997. Pág. 10.

[24] Maturana, *op. cit.*

[25] Rodríguez y Arnold, *op. cit.* Pág. 55.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

religión, etc.), éstas gatillarán cambios de estado en él, estados que se encontrarán en última instancia determinados por su propia estructura.

Estas ideas nos llevan directamente a la noción de autopoiesis. Esta determinación se explica por ser el Derecho un sistema cerrado a su entorno, en la producción de sus estructuras y operaciones; vale decir, el Derecho que, como hemos visto, es un conjunto de comunicaciones sobre expectativas normativas, crea con sus comunicaciones, el conjunto de procesos que a su vez crearán otras comunicaciones; dicho de otra forma, el Derecho sólo crea derecho a partir del Derecho, esto es lo que se conoce como autopoiésis, y que H. Maturana explicara con tanta claridad a propósito de los organismos celulares: "los componentes constituyen con sus interacciones la red de producción que los origina"[26].

Esta autorreferencialidad, este volcarse sobre sí mismo para crear derecho, implica que el Sistema Jurídico no es controlado desde el exterior ni desde el interior, pues se presenta como una estructura ya determinada en sí misma, careciendo por ende de finalidad. En consecuencia, los cambios que se producen en él no son provocados por agentes externos, pues al estar cerrado normativamente, sólo reformula en sus propios términos los conflictos que se producen en otros sistemas[27]; por ejemplo, la Garantía Constitucional del artículo 19 N° 24 sólo traduce en clave jurídica, como las de propiedad, corporalidad e incorporalidad, definidas en otras partes del sistema, la facticidad de las relaciones económicas en su aspecto dinámico. Aquí no podemos decir que la economía o la política han intervenido en el Derecho Constitucional para dar vida a la estructura, ha sido el propio Derecho el cual, desde el vector de su autorreferencialidad, ha creado una norma con la cual adensar el conjunto de comunicaciones necesarias, plétoras de sentido, para desde su singularidad construir una realidad que, tomada comunicativamente como externa, es sin embargo normativamente interna[28].

Para resumir, será mediante esta clausura operacional, dada por la recursividad de sus operaciones de comunicación, en que se perfeccionará la función de satisfacer expectativas normativas, así el Derecho se cerrará

[26] Maturana, *op. cit.* Pág. 78.

[27] Carcova, Carlos María, *Complejidad y derecho,* www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_05.pdf Pág. 6.

[28] Prieto Navarro, Evaristo, *Teoría de Sistema, Funciones del Derecho y control social, perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal,* www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12383873132368273109213/Doxa23_11.pdf Pág. 7.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y logrará la autorreferencialidad y la autopoiesis que lo caracterizan en la actualidad. Por tanto, siguiendo a Luhmann podemos decir que "precisamente en este sentido, también la clausura operacional del sistema de comunicación que es la sociedad corresponde al hecho de que surgen organismos móviles provistos de sistemas nerviosos y, por último de conciencia; y la sociedad refuerza, precisamente porque la tolera, la multiplicidad desorganizada de las perspectivas de cada uno de estos sistemas de intranquilidad endógena[29]".

Lo anterior se explicará mejor a continuación. Pensemos por ejemplo en la situación que un juez tiene dentro del Derecho. Luhmann distingue dentro del Sistema Jurídico, entre una periferia y un centro[30], caracterizados por la pareja legislación/jurisprudencia respectivamente[31], así, mientras la periferia constituye la capilaridad que crea la norma en base a mecanismos deliberativos, contactándose permanentemente con el entorno, el centro, vale decir el juez o cualquier órgano decisor dentro de lo jurídico, deberá decidir los casos que se le presenten, tomando en cuenta sólo elementos de Derecho para ello, pues debido a la especialización de funciones, y al carácter de cerrados, autopoiéticos y autorreferentes que presentan los sistemas sociales, el juez no podrá tomar elementos de éstos a la hora de fundar su sentencia, debiendo hacerlo en consecuencia únicamente en base a lo que el Derecho produce, es decir derecho.

Así la satisfacción de expectativas normativas se verá efectivamente lograda, pues sólo el Sistema puede otorgar el grado de certeza e igualdad que éstas requieren, y lo hará gracias al límite de sentido que a éste lo caracterizará, es decir la Justicia, la cual así entendida dejará de ser un presupuesto ético[32], y pasará a ser un criterio por el cual medir la adecuación de las decisiones normativas a la unidad sistémica. Esto se debe a que el Sistema debe reducir su propia complejidad interior para no colapsar y afectar así su función, por lo tanto la Justicia reflejaría esta unidad hacia la cual debería reconducirse toda complejidad[33]; en otras palabras, de aceptar la intromisión de otros

[29] Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*, México Anthropos, 1998. Pág. 50.

[30] Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*, México, Editorial Universidad Iberoamericana, 2002, Pág. 383.

[31] *Ibid.* Pág. 361.

[32] Carcova, *op. cit.* Pág. 6.

[33] Luhmann, *op. cit.* Pág. 285.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sistemas, como el político por ejemplo, como mecanismo orientador de las decisiones, el Derecho perdería unidad y colapsaría, a menos que, como veremos, operen los mecanismos de retroalimentación.

3. ENTORNO Y DERECHO

Estudiado lo anterior es necesario preguntarse, cómo los sistemas, si son cerrados y autorreferentes, interactúan entre ellos. La respuesta se encuentra dada en primer término por la noción de acoplamiento estructural, y las propuestas de G. Teubner y H. Willke, y en segundo lugar, por la existencia de códigos binarios y programas que permiten orientar al sistema y adaptarlo al entorno.

3.1. Adaptación al entorno

Por acoplamiento estructural podemos entender a aquellos mecanismos intrasistémicos que permiten una sensibilización recíproca ante las variaciones que en cada uno de los polos sistémicos puedan tener lugar[34], de tal manera que sin él, la autopoiesis se detendría y el Sistema dejaría de existir[35]. Con esta críptica noción, no aludo si no a la necesidad que el Sistema Jurídico tiene de adaptarse al entorno, para lo cual requiere ser capaz de tomar información del mismo, traducirla de acuerdo a la semántica propia del Derecho y proyectarla como comunicación. Una consecuencia importante de entender al Derecho en constante acoplamiento estructural es la circunstancia que, aunque esté lejos de ser un sistema conservador, es altamente reactivo al entorno, lo cual posibilita variaciones temporales y espaciales, de hecho, esto nos permite comprender, en parte, la tendencia del Derecho nacional a legislar de acuerdo a lo que suceda coyunturalmente en el país. Así, la Constitución, por ejemplo, debe ser considerada como un logro evolutivo de suma importancia, en el entendido que, en cuanto estructura del Sistema Jurídico, representa la capacidad de resonancia que el Derecho tiene ante las fluctuaciones e irritaciones del entorno indiferenciado que política y economía ejercen sobre él, positivizando la expectativa normativa acerca de quién tiene la potestad de crear leyes en el Estado, o cuánto durará el mandato presidencial, por ejemplo.

[34] Prieto Navarro, *op. cit.* Pág. 9.
[35] Luhmann, *op. cit.* Pág. 51.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Relacionado con lo anterior, existe un problema con el Sistema Jurídico, que a intentado ser salvado con mayor o menor éxito por los teóricos. El Derecho, aun entendido en su deriva estructural, es decir en su adaptabilidad al entorno, presenta dentro del marco de la teoría de la autopoiesis un orden altamente conservador, pues el Derecho se orientaría autorreferencialmente de acuerdo a sus operaciones pasadas[36]. Diversas son las posibilidades que se vislumbran como solución al respecto, así tenemos el concepto de acoplamiento operativo, perteneciente al propio Luhmann, la noción de interferencia de G. Teubner y el derecho como marco de orientación contextual, de H. Willke. Me centraré en los dos últimos modelos, pues la solución dada por el maestro de Bielefeld sigue trabajando sobre la base de una autorregulación radical de sistemas autopoiéticos[37], con lo cual se corre el riesgo de quedar atrapado dentro de la infinitud de la clausura operativa.

Para G. Teubner, la importancia de que el Derecho esté compuesto por comunicaciones y no por normas, radica en evitar la posibilidad de caer en el individualismo metodológico, el cual definiría al Derecho como un conjunto de normas restrictivas de lo individual[38], lo cual sólo conduciría al estudio de lo jurídico en su aspecto estático.

El problema entre autonomía y heteronomia normativa, lo centra Teubner en el hecho que el discurso jurídico es a la vez un discurso social, como lo son los otros discursos creados por el resto de los sistemas para el Derecho, inmersos como están dentro del hiperciclo de la sociedad. Sin embargo, debido a la clausura operativa, estos sistemas no se "tocan" entre sí, no obstante compartir un mismo horizonte de sentido, lo cual les permite interferirse mutuamente, al trabajar sobre un mismo campo de complejidad fenoménica susceptible de reducción. Pero como la interferencia a su vez produce pérdida de motivación en otros sectores específicos de la sociedad, pues la validez jurídica sólo lo es para el Derecho[39], éste debe recurrir a diversos mecanismos para sortear esta dificultad, tales como la sanción o la persuasión, todos lo cuales por no ser lo suficientemente reflexivos, es decir,

[36] Mascareño, Aldo, *Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo*, www.sociologia.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/etica_contingencia.pdf Pág. 6.

[37] Willke, *op. cit.* Pág. 10.

[38] Teubner, Günter, *El derecho como sujeto epistémico, hacia una epistemología constructivista del derecho*, www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_17.pdf Pág. 7.

[39] Mascareño, *op. cit.* Pág. 9.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por carecer de la capacidad para orientar operativamente a los sistemas en su contingencia, deberán ser desechados en pos de la denominada política de opciones.

Esto implica que el Derecho debe disminuir su poder en ciertos dominios, y hacer abandono de sus pretensiones de regulación jerárquica, produciendo una regulación opcional, que los actores requerirían según sus necesidades, es decir el Derecho dejaría de estar construido sobre la base de expectativas conductuales autoritarias[40]. Como lo indica el autor, el Sistema Jurídico no puede caer en la trampa de querer atrapar la plena autoridad de la construcción de realidades involucradas, sin poder delegar totalmente dicha autoridad en otros discursos sociales, como el político por ejemplo, sino que, como condición previa de incorporación de conocimiento social, el Derecho define ciertos requisitos fundamentales en relación con el procedimiento y el método cognitivo[41]; en otras palabras, se produce un fenómeno de procedimentalizacion del Sistema Jurídico, como mecanismo de coordinación, y de acoplamiento estructural de los otros sistemas entre sí. Un ejemplo claro es la Justicia Arbitral dentro del marco de la *lex mercatoria*, o los mecanismos de resolución de conflictos que la FIFA incorpora dentro de sus estatutos. El Derecho, para este autor, continúa siendo cerrado y autopoiético, pero orientado reflexivamente hacia la autonomía y la coordinación sistémica.

El trabajo de H. Willke transita por la misma senda que el anterior, pero bajo el marco de lo que él denomina "orientación contextual". El punto de partida es la constatación de que debido a la diferenciación funcional de los sistemas en la actualidad, ninguno puede tomar para sí el báculo de la orientación social, con lo cual la democracia pierde evidentemente la primacía que a este respecto se le ha otorgado convencionalmente. Por lo que resulta relevante preguntarse, qué o quién asumirá este papel. En realidad, dentro del marco de Teoría de Sistemas, ninguno puede reclamar para sí el primado de este privilegio, por mucho que la política o la economía, dentro de una lógica de mercado, lo intenten. La manera para conseguir lo anterior, y con lo cual comparto la posición de H. Willke, es por medio de un Derecho concebido dentro de una teoría de la orientación contextual, esto significa orientación reflexiva y descentral

[40] Teubner, *op. cit.* Pág. 14.
[41] *Ibid.* Pág. 18.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de las condiciones contextuales de todos los sistemas parciales, y la autoorientación autorreferencial de cada sistema particular por sí mismo, requiriendo un mínimo de orientación común[42], pero no pudiendo ser fijado este contexto común por ninguna unidad central, léase el Estado, la democracia o el mercado.

El Derecho, en este marco, asume el papel de un mecanismo que garantiza la autorregulación de los sistemas, sin procedimientos de interferencia o decisiones jerárquicas. El mundo en cuanto entorno es imprevisible, inmanejable y desde luego nunca planificable, por lo que exige formas y mecanismos adecuados de absorción de la inseguridad, de los entornos riesgosos y de asimilación de contingencia[43]. El Derecho, en este sentido, es el elemento que permite con éxito lograr lo anterior, ofreciendo, por ejemplo, marcos regulatorios diferenciados para cada Sistema particular de acuerdo a sus lógicas internas[44]. De ahí que sea imperioso para el Derecho conocer el lenguaje de los otros sistemas, reducirlos a clave jurídica, y poder así conseguir la orientación mencionada con anterioridad. Los ordenamientos llevan a cabo esta labor, generalmente, por medio de lo que hemos llamado momentos normativos, cada uno con diferentes grados de complejidad comunicativa.

1. Nivel constitucional: aquí el Derecho se muestra reflexivo y operativo contextualmente, en un grado de indeterminación tal, que permita a los demás niveles adecuarse a las variaciones intersistémicas. Por ej., la Garantía Constitucional del art. 19 N° 8 permite, a los niveles inferiores, hacer suya la complejidad que había sido reducida en una primera etapa en la capilaridad de la Constitución, y positivizarla en una Ley de Bases generales del Medio Ambiente.

2. Nivel legislativo: aquí se adensan comunicaciones de expectativas normativas menos complejas gracias al trabajo constitucional.

3. Nivel decisional: el Derecho actúa irritando otros sistemas, permitiendo que las comunicaciones jurídicas sean codificadas de acuerdo a sus propios mecanismos.

[42] Mascareño, *op. cit.* Pág. 7.
[43] Willke, *op. cit.* Pág. 10.
[44] Mascareño, *op. cit.* Pág. 9.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.2. Códigos y programas

La comunicación jurídica tiene lugar mediante la síntesis de tres elementos, selección de información, selección de expresión de esa información y la comprensión o incomprensión selectiva de esta expresión e información[45]. La primera se relaciona con el Sentido, materia que ya ha sido tratada, la última se vincula a los procesos de decisión, los cuales no son materia del presente trabajo, por lo que me referiré sólo a la expresión de información.

Inmediatamente que la información entra al sistema, ésta requiere ser procesada, a fin de que efectivamente se constituya en información, para lo cual el Derecho, como todo Sistema Social, debe codificarla y programarla, es decir pasar del ruido a la diferenciación.

Los códigos, en su sentido lógico, no positivo, permiten precisamente lo anterior, al orientar las operaciones por sus especializaciones respectivas, organizar operaciones circularmente cerradas, limitar la información que pueden procesar y fijar sus márgenes de resonancia frente a informaciones del entorno[46]. Estos códigos tienen una estructura binaria, la cual es asumida en el Derecho por la pareja justicia/injusticia. En otras palabras, el papel fundamental del código no es otro, sino constituir un mecanismo de selección y expresión de información útil para el sistema, descartando aquella que pertenezca a la órbita o la función de otra unidad social. El código, en su abstracción, permite al Sistema su autoobservación, vale decir, optimizar el uso de recursos hacia su especialización funcional, sin depender de factores exteriores al Sistema Jurídico, como la ética, la religión o la economía, poniendo en acción su autopoiesis. El Derecho así considerado, no requiere fundarse sino en sus propios mecanismos de expresión de información, creados, gracias a la autorreferencialidad y autopoiesis, por el propio Derecho. Podemos decir, por ende, que el Sistema Jurídico es la medida del Sistema Jurídico.

El código binario justicia/injusticia remite, como se ve, a la propia unidad sistémica, la Justicia, pues todo sentido es no sólo posibilidad actualizada, sino que también en potencia; así, éste se convierte en un puesto de observación del entorno, pues toda comunicación sobre expectativa normativa deberá adherir hacia algunos de los polos del código[47], bajo el riesgo de no ser entendida por

[45] Rodríguez y Arnold, *op. cit.* Pág. 118.
[46] *Ibid.* Pág. 106.
[47] Prieto Navarro, *Op. cit.* Pág. 6.

Artículo: Derecho y autopoiesis
Revista: Nº227-228, año LXXVIII (En-Dic, 2010)
Autor: Alfonso Henríquez Ramírez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el sistema, de ahí, por ejemplo, que las consideraciones religiosas no puedan ser tomadas en cuenta por el juez a la hora de fallar, pues el código jurídico no es capaz de procesarlas adecuadamente.

Sin embargo, debido precisamente a su abstracción, los códigos binarios no son capaces de otorgar criterios ni regulaciones[48], necesidad que es satisfecha en definitiva por el Derecho a través de programas normativos, entendiendo por tales a ciertas estructuras contingentes que permiten decidir la manera mediante la cual la información se distribuye en los códigos[49], siendo en consecuencia esencialmente variables y coyunturales, y que nosotros conoceremos bajo el nombre de legislación, Constitución o tratados internacionales.

CONCLUSIONES

A través del presente trabajo he podido arribar a las siguientes conclusiones de carácter general:

1. El Derecho en cuanto sistema autopoiético y autorreferente, debe reducir la complejidad que entrega el entorno mediante límites de Sentido, en la especie, prefigurado por la noción de Justicia.

2. El Derecho, se cierra operativamente al entorno mediante la determinación de su función específica dentro de la sociedad, cual es la satisfacción de expectativas normativas, las que son, a su vez, el elemento constitutivo del Sistema Jurídico.

3. El Derecho para lograr su acoplamiento estructural con el entorno goza de varias alternativas, siendo la noción de orientación contextual la más satisfactoria para ello, en cuanto otorga mecanismos de autorregulación a los sistemas societales.

4. Las comunicaciones sobre expectativas normativas son plasmadas en el Derecho mediante tres momentos normativos, nivel constitucional, nivel legislativo y nivel decisional, los cuales reciben información cada vez menos compleja de los niveles superiores.

5. El Derecho se sirve de códigos binarios y programas a fin de orientarse operativamente, y definir la forma en como se plasman las comunicaciones sobre expectativas normativas.

[48] Rodríguez y Arnold, *Op. cit.* Pág. 170.
[49] *Ibid.* Pág. 172.