

DOGMÁTICA JURÍDICA Y SISTEMA JURÍDICO: APROXIMACIONES A LA SOCIOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA JURÍDICAS

Rómulo Morales Hervias¹

ESQUEMA

Esta ponencia es una propuesta de diálogo con otras disciplinas. Es una propuesta desde el derecho.

Este planteamiento es seguido por los operadores jurídicos del sistema romano germánico.

La ponencia se dividirá en tres partes:

- I) Introducción, dogmática y sistema.
- II) Descripción general de los aspectos de la ciencia jurídica.
- III) Fundamentación de la ciencia jurídica en relación a la sociología y la antropología desde una perspectiva sistémica (Niklas Luhmann).

I. INTRODUCCIÓN: DOGMÁTICA Y SISTEMA

La práctica del derecho cambió y está cambiando constantemente. También el pensamiento jurídico conectado a la práctica del derecho cambió y está en constante cambio. Para unir los aspectos de la doctrina del derecho propondremos una teoría del derecho basada en la información y en la comunicación reguladas por sistemas sociales y culturales. Para que se produzca una comunicación normativa —conjunto de normas producidas autorreferencialmente mediante una continuada y permanente autoorganización, autoproducción y autorreproducción en los sistemas jurídicos de las sociedades y de las culturas— es indispensable producir, emitir y comprender una información normativa. Si existe una efectiva comunicación normativa, el destinatario estará en la posición de decidir conformarse a las normas

o desviarse de ellas. Una investigación jurídica antropológica y sociológica nos informará que los seres humanos son seres dependientes del entorno —del contexto— y seres que trascienden el contexto. Los seres humanos se situarán dentro o fuera de los sistemas sociales o culturales. Para ello será importante tener una idea de sistema jurídico o derecho positivo como ordenamiento de normas y acciones jurídicas. Las normas jurídicas previamente válidas constituyen puntos de partida de nuevas normas jurídicas, y así sucesivamente. De este modo, las normas jurídicas válidas y vigentes producen y reproducen el sistema jurídico o derecho positivo —ordenamientos de información y comunicación. El desarrollo tecnológico desarrolla otras formas de comunicación. Así vemos niños que juegan con las computadoras sin que ellos sepan que reciben tecnología de rezago de las investigaciones de la NASA. Efectivamente, la NASA desarrolló los *software* de simulación para el aprendizaje que hoy permite a muchos niños entrar a realidades virtuales que nunca podrán disimular sus carencias materiales. Precisamente, la Internet no es un espacio democrático de comunicación. Impera un espacio multiforme y anárquico. Igual sucede con las normas ajenas a las normas estatales. La interrelación social en distintas sociedades va acompañada de multiplicidad de normas legales, sociales y culturales.

Se objeta que la doctrina del derecho no es una disciplina científica ya que lo más importante del derecho está precisamente en la aplicación y uso efectivo de las normas y principios. Si la aplicación del derecho no es tanto disciplina que descubre o que entiende, sino un obrar que crea y que transforma, el derecho no es una ciencia, es un arte. Por el contrario, cuando se asegura que el derecho es arte, el sujeto de la proposición es el derecho como “acción jurídica”. En cambio, cuando se dice que el derecho es ciencia, el sujeto es el derecho como “conocimiento del derecho”. El jurista romano Celso (Dig. 1.1.1 pr.) definía al derecho como “el arte de lo bueno y de lo justo” (*ars boni et aequi*). La palabra *ars*, se traduce del griego *techné*, que evoca el término “método”; en el mundo helenístico y romano estas palabras eran usadas para designar la metodología de un conocimiento ajustada a las categorías de la dialéctica, de la lógica, aplicable al derecho, en función inventiva y problemática. No en función sistemática. Cuando los antiguos, pues, decían que el derecho es un “arte” querían decir que el derecho debía ser expuesto por medio de un sistema ordenado de categorías dialécticas. En este sentido, por lo tanto, no hay una diferencia sustancial entre el “arte” y la “ciencia”; y de ahí que, por ejemplo, Ulpiano (Dig. 1.1.10.2) haya dicho que el derecho es la “ciencia de lo justo y de lo injusto” (*scientia iusti atque iniusti*); igual hubiera podido decir ser el arte de lo justo y de lo injusto, como Celso decir ser la ciencia de lo bueno y equitativo.

La ciencia jurídica es “el conocimiento del derecho positivo en el sentido de su coherencia, de su objetividad y de su función social”, estaremos en aptitud de definir al ordenamiento jurídico como “el conjunto de normas jurídicas válidas formalmente y efectivamente vigentes con contenido imperativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social en una determinada realidad histórica”.

El derecho puede ser definido como ordenamiento jurídico o como derecho positivo en el sentido que el significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra. Por razones de una concepción convencionalista de la relación entre el lenguaje y la realidad, el derecho no será entendido como derecho subjetivo ni como justicia ni como disciplina teórica.

La dogmática o el conjunto de dogmas en materia jurídica denota una normatividad legal —regla de comportamiento— fundada sobre la imperatividad de una autoridad constituida o a una normatividad racional —doctrina o disciplina— fundada sobre la opinión que por la argumentación se transforma en saber. La juridicidad de la dogmática hace referencia al derecho positivo. Según estas dos acepciones, optamos por la segunda. No será dogma la norma fundamental —norma fundante o básica como hipótesis gnoseológica—, sino el método cognoscitivo para determinar un conjunto de conceptos.

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LOS ASPECTOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

II.1. Ciencia jurídica pura (teoría jurídica)

La *coherencia* (abstracción) comprende (punto de vista interior: comprensión ingenua o espontánea): primero, debemos concebir (“concepción” de un símbolo determinado) y observar (“observación” del hecho concreto) para explicar y predecir la experiencia jurídica. Luego abstraerla coherentemente (teoría jurídica completa, consistente y precisa) para la construcción de modelos jurídicos.

- Noción convencional de la relación entre lenguaje y realidad: concebir y observar son operaciones convencionales en el sentido de relacionar el lenguaje y la realidad mediante “términos de observación”.

- Relaciones lógicas de compatibilidad de las proposiciones jurídicas (proposiciones no contradictorias). Compatibilizar proposiciones referentes a un sector de la realidad jurídica.
- Relaciones lógicas de deducibilidad de las proposiciones jurídicas. Deducir proposiciones referentes a un sector de la realidad jurídica.

Von Ihering enfocó el carácter de la coherencia jurídica desde un punto de vista teórico en su obra *Espíritu del Derecho Romano*. La abstracción, la concentración lógica y la clasificación se vinculan de manera aproximada al campo de la noción de la relación convencional entre el lenguaje y la realidad. Asimismo, la relación de compatibilidad de las proposiciones jurídicas y su claridad en su exposición son una parte de la operación deductiva. Por el contrario, Carnelutti en su obra *Metodología del Derecho* consideró de una manera más explícita la existencia de una concepción convencional entre el lenguaje y la realidad, al exponer los principios de la realidad del derecho y de la institucionalidad. Igualmente, señaló que la recomposición es la abstracción por excelencia.

La objetividad es el tema general, especial y objetivo del estudio científico jurídico del derecho positivo (región objetiva). Explicación es el punto de vista externo. Dentro de este contexto, es admisible afirmar el carácter interdisciplinario de la ciencia del derecho.

La positividad implica sólo reconocer que todo ordenamiento jurídico es un ordenamiento que nace, se desarrolla, atraviesa vicisitudes y está abierto al influjo de todos los factores humanos que operan en la historia. Historicidad y mutabilidad son sinónimos de positividad. También positividad implica objetividad; es decir, donde hay realidades independientes de la persona del observador y que son irreductibles a su subjetividad. De ahí que los términos objetivo y positivo se implican mutuamente. El positivismo transforma históricamente los dogmas jurídicos quitándoles la pretensión de validez absoluta, los asume como punto de vista de un ordenamiento jurídico determinado en el tiempo y en el espacio, y a ellos atribuye una normatividad igual a la ley. La positividad del derecho es para Luhmann la consecuencia de la adaptación del sistema jurídico a las influencias del entorno. La doctrina jurídica otorga cinco significados al “positivismo”:

1. El realismo jurídico es el conjunto de normas efectivamente aplicadas en una sociedad determinada. Existen tres subconjuntos teóricos —positivismo historicista, sociologismo jurídico y positivismo judicial— de este positivismo, que resaltan el criterio de la efectividad jurídica en relación a algunas fuentes

del derecho. Esta posición positivista reduce los temas de la validez jurídica y de la axiología jurídica en términos de efectividad jurídica.

2. El positivismo ideológico considera que todo derecho positivo tiene por sí mismo validez o fuerza obligatoria. La ciencia del derecho adquiere un valor positivo y autónomo, independientemente de su correspondencia o no con determinados valores jurídicos.
3. El formalismo jurídico o positivismo legalista considera que toda norma jurídica siempre es válida y justa porque el derecho positivo es completo, consistente y preciso. De esta manera, este positivismo identifica al derecho positivo con la ley estatal escrita (monismo jurídico).
4. El positivismo metódico o conceptual se sustenta en tres aspectos. Lo normativo de la realidad, lo metodológico de la abstracción jurídica y la idea de positividad en la objetividad jurídica. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados.
5. El escepticismo ético significa que para el positivismo no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos.

II.2. Ciencia jurídica aplicada (práctica jurídica)

Comprensión crítica (construida): analizar la función social de la ciencia jurídica en relación a la efectividad del derecho positivo.

Información jurídica coherente y objetiva debe ser comunicable. Esta comprensión crítica — y construida— de la juridicidad se materializa mediante la conexión necesaria y suficiente entre las proposiciones científicas y las nuevas proposiciones referidas a nuevos contextos de las vicisitudes de la vida social.

La función social de la dogmática jurídica significa que las normas formalmente válidas con fuerza obligatoria deben ser reconocidas y acatadas por los sujetos sociales, por medio de los mecanismos autocompositivos y heterocompositivos regulados por el ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva amplia podemos obtener una “comprensión” socialmente adecuada o conveniente de la relación entre normas jurídicas y las acciones si —y sólo si— estamos también en posición de “observar, describir y explicar” empíricamente las operaciones involucradas en

el proceso de información por el que tiene lugar toda la comunidad jurídica y toda acción jurídica. Al respecto, Luhmann nos dice que el sistema jurídico es un sistema cerrado y abierto: es cerrado porque es abierto y abierto porque es cerrado. Apertura y no apertura no suponen ninguna contradicción ya que no están definidas en el sentido de una mutua relación excluyente.

II.3. Teoría y práctica jurídicas

La ciencia jurídica es una pluralidad por ser el estudio de la experiencia normativa y de la experiencia jurídica. Será necesario concebir la experiencia jurídica como un compuesto de dos elementos diversos: por un lado, un elemento material, variable, singular, apreciable sólo desde la opinión y los análisis empíricos; por otro lado, un elemento formal, permanente, universal, necesario y susceptible, por tanto, del conocimiento objetivo y contrastable de la ciencia. En la medida en que la actividad de los juristas se desenvuelve dentro de los cánones metodológicos y exigencias normativas establecidas por la estructura institucional de la ciencia, será reconocida como "científica" y podrá reivindicar entonces para sí el carácter de conocimiento objetivo, desinteresado y útil en que se funda su primacía. El elemento material y el elemento formal se corresponden al aspecto práctico y al aspecto teórico de la dogmática jurídica. La ciencia jurídica es una dogmática del derecho positivo en el sentido de su coherencia, de su objetividad y de su función social: su teoría es el tema de la validez jurídica y su práctica es el tema de la efectividad jurídica. La validez y la efectividad jurídicas deben ser criterios suficientes y necesarios para un estudio científico del derecho positivo. En efecto, la juridicidad se manifiesta en los temas jurídicos de validez y de vigencia del derecho positivo. Es decir, la juridicidad se expresa en un positivismo normativista —el objeto de la ciencia jurídica pura es el derecho positivo puesto o válido— y en un positivismo factualista —el objeto de la ciencia jurídica aplicada es el derecho vigente o efectivamente aplicado. La dogmática jurídica es una ciencia empírica explicativa y predictiva del ordenamiento jurídico.

II.4. Ordenamiento jurídico y pluralismo jurídico

El ordenamiento jurídico es el conjunto de las normas de organización del cuerpo social y de las normas de conducta de los hombres organizados. Es decir, es el conjunto de normas de la experiencia social y de la organización de la sociedad organizada. El pluralismo jurídico constituye una innovación en relación a la teoría jurídica. El pluralismo jurídico significa la existencia de la vinculación del mundo jurídico y del mundo social. Por ello, la validez del derecho positivo no es su única

nota característica. La vigencia jurídica es la nota adicional. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico es el conjunto de normas jurídicas válidas formalmente y efectivamente vigentes con contenido imperativo destinado a hacer posible la convivencia organizada de un grupo social en una determinada realidad histórica.

Nuestra definición de ordenamiento jurídico —derecho positivo— es compatible con la idea de Luhmann sobre el derecho como un sistema cerrado y como un sistema abierto en el sentido del anverso y el reverso de una moneda. De esta manera, este pluralismo jurídico implica un pluralismo en la ciencia jurídica pura y en la ciencia jurídica aplicada. En la dogmática jurídica pura —teoría jurídica— habrá una pluralidad en las fuentes del derecho —método kelseniano democrático de producción jurídica— y en la dogmática jurídica aplicada —práctica jurídica— habrá una pluralidad en los mecanismos de prevención y de solución de conflictos jurídicamente relevantes.

III. FUNDAMENTACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EN RELACIÓN A LA SOCIOLOGÍA Y LA ANTROPOLOGÍA DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA (NIKLAS LUHMANN)

Proponemos entender la ciencia jurídica como ciencia interdisciplinaria del derecho. En este modelo, la teoría del derecho está llamada a jugar un rol determinante, que consiste en operar el acercamiento o la traducción entre los dos juegos de lenguaje presentes: el de la dogmática, por una parte, y el de las ciencias sociales, por otra. El estudio interdisciplinario de la sociología y antropología del derecho deben ser partes de la dogmática jurídica. Es decir, propondremos estudiar el derecho en su totalidad y en sus interacciones sistémicas.

El estudio restringido de la ciencia jurídica en vinculación a las ciencias sociales mencionadas se debió a los siguientes criterios:

- Separación de las perspectivas interna (sociología y antropología del derecho de los juristas) y externa (sociología y antropología del derecho de los sociólogos y de los antropólogos).
- Autodefiniciones del sociólogo y del antropólogo del derecho como observadores acrítricos y objetivos de hechos y de culturas.
- Separación de los ámbitos del “ser” y del “deber ser”.

- Problemática de la delimitación del objeto de conocimiento de la sociología y antropología del derecho.

La separación entre las perspectivas y de los ámbitos se debe a una concepción estática del derecho positivo y de la ciencia jurídica. Además, la observación y la problemática del objeto son áreas comunes de la dogmática jurídica.

Concentraremos lo “jurídico” en dos ciencias sociales: sociología y antropología jurídicas. La sociología del derecho tendría que autoanalizarse como parte de su análisis de lo jurídico. Y estaría justificada así una sociología jurídica que tuviera como una de sus dimensiones el estudio no sólo de los condicionamientos sociales del derecho, sino incluso de los condicionamientos “jurídicos” de la propia teoría social que se fija en el derecho, en cuanto teoría coparticipa en la producción de su objeto. Parte de la sociología del derecho sería, pues, la sociología de las teorías del derecho, incluidas las sociológicas.

Y la antropología jurídica tiene por objeto el estudio de las pautas de comportamiento social, privilegiando el orden jurídico y señalando lo imposible que resulta entender al derecho estudiándolo aisladamente, sin relacionarlo con los demás aspectos de la cultura, puesto que donde quiera que se le encuentre no es otra cosa que parte de un sistema social y cultural global, pero diversamente interpretado y realizado por cada comunidad.

Cuando digamos sistema jurídico u ordenamiento jurídico, debemos referirnos adicionalmente a dos sistemas u ordenamientos: sistemas social y cultural. Habrán ordenamientos jurídicos, sociales y culturales en interrelación. La ciencia jurídica debe analizar estos hechos normativos de manera abierta y cerrada. Comprender la especificidad de la juridicidad —punto de vista interno— mediante la interpretación, y explicar la juridicidad —punto de vista externo— vinculándolo con otros hechos.

Quien mejor ha visualizado esta tendencia es el jurista y sociólogo alemán Niklas Luhmann con su teoría sistémica. Su teoría es interdisciplinaria por excelencia. La particularidad de las ideas de Luhmann es la propuesta de combinación entre abstracción y dinamismo. Relacionaremos sus ideas con el método propuesto.

La idea de sistema determina los contornos de la ciencia jurídica pura y la idea de entorno (ambiente) configura la ciencia jurídica aplicada. El sistema se explicará a través de la coherencia (observación y autonomía del sistema social) y de la objetividad (complejidad). El entorno será el espacio de interrelación de los sistemas.

La “coherencia” de la ciencia jurídica se manifiesta en dos ideas desarrolladas por Luhmann: la observación y la autonomía del sistema social —y de los subsistemas sociales. Una observación será siempre una operación consistente en definir un determinado esquema de diferencias. La observación sólo es posible, en otros términos, desde un determinado esquema de diferencias. La observación es una actividad fundamental de los sistemas autorreferentes (autopoieticos), mediante la cual ellos se observan a sí mismos y observan su entorno, para intervenir con procesos que establecen selecciones de las diferencias. La “autonomía del sistema social” se manifiesta en la autorreferencia (autopoiesis o autocreación) y la autorreferencia (autoorganización o autorreflexión) implica circularidad dentro del sistema. Son sistemas autorreferentes para Luhmann los sistemas que se refieren siempre a sí mismos en todas sus operaciones, sin que puedan producir alguna referencia externa si no es a través de la autorreferencia, y cuyos elementos componentes se reproducen a sí mismos a través de los elementos componentes.

La “objetividad” de la ciencia jurídica se expresa en la noción de complejidad. En Luhmann, el sistema social es inseparable de su ambiente, caracterizado por su complejidad y su contingencia. Es decir, el sistema social se mantiene en un ambiente complejo y cambiante. Entonces, el sistema social se subdivide en subsistemas. La complejidad es el conjunto de posibilidades existentes en el medio del sistema, que deben ser seleccionadas por el sistema reduciéndolas; de manera que un sistema es esencialmente una reducción de la complejidad de su medio. La reducción implica que el sistema no puede satisfacer todas las expectativas, viéndose obligado a una selección de las mismas y provocando la correspondiente frustración. La contingencia se refiere a la inestabilidad del sistema ante la diversidad de los mecanismos de selección. El sistema vive en un estado de constante aminoración y control de la complejidad y de protección frente a las frustraciones provocadas por la selección. En efecto, para Luhmann el sistema social es un sistema de interacciones, pero, a la vez, es también un sistema de comunicaciones. Lo caracteriza como un sistema cerrado y autorreferente, pero, al mismo tiempo, como un sistema abierto al “ambiente”, el cual amenaza constantemente la existencia del propio sistema. Esta amenaza se refleja en los conceptos de complejidad y de contingencia, los cuales caracterizan siempre la relación del sistema con el mundo exterior. Por complejidad, Luhmann entiende la existencia de más posibilidades de las que pueden ser actualizadas, es decir, “un exceso de posibilidad respecto a la capacidad receptiva de los sistemas”, lo cual implica la necesidad de selección. Por contingencia, entiende la imprevisibilidad de las propias posibilidades, lo cual implica la necesidad de afrontar riesgos. En otros términos, la complejidad, en el sentido aquí mencionado, significa obligación a la selección, obligación a la selección significa contingencia y contingencia significa riesgo. Cada hecho

complejo se basa en la selección de las relaciones entre los elementos que utiliza para constituirse y mantenerse. La selección sitúa y califica los elementos, aunque para ellos puedan existir otras posibilidades de relación. Denominaremos a este “puedan existir otras posibilidades” con el término tan tradicional de contingencia.

La ciencia jurídica aplicada también será explicada por la teoría sistémica de Luhmann. La teoría de sistemas se obliga a sí misma a tratarse como uno de sus objetos, y así puede compararse con otros de sus objetos. Autorreferencia es tener siempre presente el hecho de ser ella misma uno de sus objetos. De esta manera, el sistema social se configura, cada vez más, como un sistema “circularmente cerrado”, que se autorreproduce mecánicamente, y cuyas operaciones sistémicas básicas son la autorreferencia, la autoobservación y la autodescripción. Bien dice Luhmann que existen sistemas con la capacidad de establecer relaciones consigo mismos, y de diferenciar estas relaciones de las relaciones con su entorno. Ahora bien, a pesar de esta caracterización, el sistema social para Luhmann sigue estando abierto al ambiente, ya que los sistemas autopoieticos sólo pueden tener operatividad en su ambiente. El sistema jurídico, al igual que el sistema social, es también, para Luhmann, un sistema autopoietico, es decir, un sistema cerrado y autorreferente. Ello significa que el sistema jurídico se autorreproduce a partir de sus propios elementos y estructuras, y que crea sus propias relaciones con su ambiente intrasocial. Ahora bien, el cierre sistémico no significa que el sistema jurídico sea un sistema aislado. Antes al contrario, el sistema jurídico opera en su ambiente; y, por ello, la cuestión se centra en saber cómo ese ambiente influye en el funcionamiento interno del propio sistema, así como en conocer las consecuencias que derivan de la relación con su ambiente a la hora de determinar la propia reproducción del sistema. Al respecto, Luhmann indica que los sistemas no sólo se orientan ocasionalmente o por adaptación hacia su entorno, sino de manera estructural, y no podrían existir sin el entorno. Se constituyen y se mantienen a través de la producción y el mantenimiento de una diferencia con respecto al entorno, y utilizan sus límites para regular esta diferencia. Sin la diferencia respecto al entorno ni siquiera existiría la autorreferencia, pues la diferencia es la premisa para la función de las operaciones autorreferenciales. Concluyendo que el entorno, por consiguiente, no es un sistema. Cada sistema tiene uno diferente, ya que cada sistema sólo puede ponerse a sí mismo fuera de su propio entorno.

Lo interesante de la teoría de Luhmann es la interrelación teoría y práctica. En efecto, el sistema —ciencia jurídica pura— y el entorno —ciencia jurídica aplicada— se explicarán con la teoría de la diferenciación sistémica. Para Luhmann, la diferencia sistema/entorno se reduplica y el sistema en su conjunto se automultiplica como una multiplicidad de diferencias internas sistema/entorno. Cada diferencia entre

subsistema y entorno interno reconstituye el sistema en su conjunto, pero siempre desde una perspectiva diferente. La diferenciación sistemática es, por tanto, un procedimiento para aumentar la complejidad. Según Luhmann existen, por tanto, dos posibilidades diferentes de contemplar la descomposición de un sistema. La primera apunta a la construcción de subsistemas —o más exactamente: a relaciones sistema/entorno— en el sistema. La segunda lo descompone en elementos y relaciones. En un caso se trata de las habitaciones de la casa, en el otro de las piedras, vigas, clavos, etc. El primer tipo de descomposición se lleva a cabo mediante la teoría de la diferenciación sistémica. El segundo desemboca en la teoría de la complejidad sistémica. Sólo esta distinción permite afirmar de modo razonable y no tautológico, que la complejidad sistémica aumentará con una creciente diferenciación o con un cambio de formas de diferenciación. Y además, se tiene que distinguir la complejidad del entorno, en ambas formas, de la complejidad del sistema, en ambas formas; siendo inferior la complejidad del sistema, lo que debe compensar aprovechando su contingencia, es decir, sus modelos de selección. En ambos casos, el principio que realmente obliga a la selección —y en esta medida lo configura— es la diferencia entre dos complejidades. Y hablando no de estados sino de operaciones, ambos son reducción de complejidad; es decir, reducción de una complejidad por otra. Desde el punto de vista de estas necesidades de reducción —consecuencia de la complejidad— se ha formulado un segundo concepto de complejidad. Según dicho concepto, la complejidad es una medida de la indeterminación o de la falta de información. Vista de este modo, la complejidad es la información que le falta a un sistema para poder comprender y describir completamente su entorno —complejidad del entorno— o bien a sí mismo —complejidad del sistema. En este intercambio sistema y entorno, la observación se transforma en autoobservación. Para Luhmann, cada observación debe, en cambio, aplicar un esquema de diferencia constituyéndose la unidad de diferencia en el sistema observante y no en el observado. Esto no excluye de ninguna manera una autoobservación, pero la autoobservación debe ser distinguida cuidadosamente de la unidad de reproducción de las unidades del sistema: autopoiesis. La autoobservación es, por lo tanto, la introducción de la diferencia sistema/entorno en el sistema que se constituye con ayuda de la misma; a la vez, la autoobservación es un momento operativo de la autopoiesis porque en la reproducción de los elementos hay que asegurarse que se reproduzcan como elementos del sistema y no como algo distinto. Este concepto de sistema cerrado-autorreferente no está en contradicción con la apertura al entorno del sistema, el cierre del modo operativo autorreferente supone más bien una manera de ampliar los posibles contactos con el entorno; y al constituir elementos capaces de determinarse mejor, aumenta la complejidad del posible entorno para el sistema. Pero si se emplean los conceptos de observación y autoobservación en el nivel de

la teoría general de sistemas y si se unen, como ya se ha dicho, al concepto de autopoiesis, la autoobservación se convierte en componente necesario de la reproducción autopoietica. La autorreferencialidad de la teoría sistémica busca el "sentido" de la interrelación entre sistema y entorno. La combinación de sistemas cerrados y abiertos —combinación de la diferencia sistema/entorno— se explica con la construcción autorreferente del sistema. Y por ello la circularidad será inherente a toda autorreferencia. Así, los sistemas reducen la complejidad del ambiente seleccionando las opciones necesarias para sus fines, pero al hacerlo transforman la complejidad externa en complejidad interna, produciendo una nueva situación de naturaleza paradójica. El círculo así descrito, es un círculo virtuoso en el sentido de que implica un aumento permanente de la complejidad de los sistemas. **La circularidad de la autorreferencia** no es un círculo vicioso: ella supone, en efecto, un exceso de las capacidades reguladoras del sistema, condensadas en su identidad, respecto a la complejidad del ambiente del cual originariamente comprende; y se explica, por tanto, en la comprensión de las nuevas complejidades que el sistema alcanza reflejando sobre su identidad, y así la expande a nuevas complejidades. Aquí el método democrático de producción jurídica formulado por Kelsen se conecta con la idea de circularidad. Su dinamismo, en sentido kelseniano, supone la contingencia y con ella, la posibilidad de producir todos los cambios requeridos por el ambiente. Y su circularidad es el canon de su validez. Como dice Luhmann, validez es circularidad. Krawietz explica al respecto, que el derecho es interpretado como un orden dinámico estabilizado socialmente y comprensivo, y como entramado de comunicaciones normativas y acciones jurídicas. Éstas pueden dirigirse, aunque no necesariamente, a un continuo proceso de autoproducción y reproducción de normas jurídicas y acciones jurídicas. El funcionamiento de los sistemas jurídicos produce y reproduce al sistema jurídico mismo, esto es, reproduce comunicaciones plenamente significativas. Cuando es visto como un sistema jurídico dinámico, el derecho válido produce continuamente derecho válido por medio de sus operaciones comunicativas. Una comunicación jurídica conduce a otra, que a su vez conduce a otra y así sucesivamente. Finaliza Krawietz manifestando que sólo la comunicación jurídica genera más comunicación jurídica y de esa forma mantiene la actividad del sistema. Así se crea un sistema de contenido jurídico. No hay punto de partida ni un punto final —a menos que el sistema se desintegre. Una comunicación conduce a otra, que a su vez conduce a otra y ésta a su vez a otra, y así. Esta interrelación de sistemas jurídicos abiertos y cerrados se refleja en la estructura estática y dinámica de la ciencia jurídica. Los significados normativos no pueden tomarse sino en y a través del sistema, y por eso son explicables sólo dogmáticamente. En este sentido, el derecho, en cuanto sistema de significados normativos, es por definición un sistema cerrado, autorreferencial. Pero los procesos de autoreferencialidad deben incluir una

comunicación constante con el ambiente social de modo de percibir las necesidades y las agregaciones de intereses en continua reestructuración. En otro sentido, el sistema es abierto —dispuesto a aprehender. De aquí la pluridimensionalidad del método jurídico, en el cual el momento hermeneútico y el momento dogmático-sistemático están comprendidos en una relación de interacción. Por lo tanto, el derecho es un sistema normativamente cerrado y cognoscitivamente abierto.

Por eso, cuando decimos que la información jurídica coherente y objetiva debe ser comunicable, estamos diciendo con palabras de Luhmann que una información se produce siempre y cuando un acontecimiento selectivo —de tipo externo o interno— actúa selectivamente en el sistema. Esto presupone la capacidad de orientarse por diferencias —al mismo tiempo o en lo sucesivo. Estas diferencias parecen estar ligadas, a su vez, a un modo de operar autorreferente del sistema. Explica Luhmann que el método de análisis funcional se basa, a su vez, en el concepto de información. Dicho método sirve para ganar información. El análisis funcional utiliza el proceso del relacionar con el fin de comprender lo existente como contingente, y lo distinto como comparable. Afirma Luhmann que los problemas únicamente son problemas cuando no pueden aislarse, trabajarse o solucionarse parcialmente. Esto, precisamente, constituye una problemática. Los problemas existen solamente en tanto sistemas de problemas —o bien como problemas del sistema. La verdadera tarea de la teoría que prepara la aplicación del análisis funcional es, por lo tanto, la construcción del problema. De ahí resulta la relación entre el análisis funcional y la teoría de sistemas. Luhmann concluye diciendo que en el problema de la complejidad se refleja la diferencia entre la autorreferencia en el objeto y la autorreferencia en el análisis, entre sistema observado y observante. Finalmente, diremos en este punto que la información, tanto práctica —prescriptiva o conocimiento de lo que debe ser hecho— como descriptiva —conocimiento de lo que es—, que es comunicada y procesada al tomar una decisión, se adquiere a través de la experiencia en un contexto cultural.

La idea de pluralidad también está en Luhmann. Para él los sistemas son autónomos y se ubican en paralelo. Cada uno es medio del otro, pero todos tienen delimitadas sus fronteras respecto a su medio. Cada uno posee su sentido delimitador. No hay uno que esté encima del otro. Esto comporta dos consecuencias; primero, que un sistema sólo se conoce a sí mismo y no conoce a los demás; y segundo, que la realidad social, como tal, es incognoscible porque sólo es cognoscible una parte de la realidad total en la medida que es filtrada, y por tanto construida, por cada sistema. Los sistemas están, además, en el mismo plano; no hay sistema que pueda ocupar el vértice o el centro de los demás. Para estudiar la pluralidad jurídica

es necesario formular un diálogo interdisciplinario entre derecho, sociología y antropología.

Así, la función social de los sistemas jurídicos es asegurar que los destinatarios del derecho actúen en conformidad con sus reglas, esto es, que predomine en ellos la obediencia a las normas. Esto se consigue cuando ellos cumplen plenamente con las expectativas de conducta prescrita fijadas y generalizadas por medio del lenguaje del derecho. Los sistemas jurídicos de información y comunicación se muestran particularmente importantes para hacer un análisis completo de los nudos dentro de esas redes comunicativas de relaciones jurídicas, tales como aquellas que —desde un punto de vista antropológico o sociológico o desde un punto de vista de la teoría de la acción— están ocupadas por los respectivos actores o, más exactamente, por los destinatarios del derecho. Así como es la comunicación la que comunica, es la ciencia jurídica —información jurídica coherente y objetiva— la que comunica. Por tanto, la función social básica de la ciencia es la de constituir un sistema institucionalizado de comunicación de los contenidos cognitivos de una cultura.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Ahora ya sabemos la atrocidad que significa eso de llevar el progreso, de querer modernizar a un pueblo primitivo. Simplemente, acaba con él. No cometamos ese crimen. Dejémoslos con sus flechas, plumas y taparrabos. Cuando te acercas a ellos y los observas, con respeto, con un poco de simpatía, te das cuenta que no es justo llamarlos bárbaros ni atrasados. Para el medio en que están, para las circunstancias en que viven su cultura es suficiente. Y además, tienen un conocimiento profundo y sutil de cosas que nosotros hemos olvidado. La relación del hombre y la naturaleza, por ejemplo. El hombre y el árbol, el hombre y el pájaro, el hombre y el río, el hombre y la tierra, el hombre y el cielo. El hombre y Dios también. Esa armonía que existe entre ellos y esas cosas nosotros ni sabemos lo que es, pues la hemos roto para siempre.²

No se trata de cambiar el pantalón y la corbata por el taparrabos y el tatuaje de un machiguenga, de la razón a la magia y de la religión monoteísta o el agnosticismo occidental al animismo pagano. El científico del derecho que estudia el folklore de un pueblo puede ser alguien que no practica ese folklore. Pero su aportación científica influirá sin duda en ese mismo folklore, bien haciéndolo variar de algún modo o bien legitimando y fundamentando los caracteres de su práctica actual. De

esa manera llevaremos progreso a los distintos pueblos y también aprenderemos de ellos. Su cultura y nuestra cultura no serán suficientes. Será necesario una interrelación de informaciones y comunicaciones entre distintos sistemas. Por ello, proponemos una visión estática y dinámica de la realidad jurídica mediante la observación de realidades complejas pertenecientes a nuestras sociedades y culturas. Mediante esta visión comprenderemos ingenuamente y críticamente la complejidad de las realidades jurídicas. □

Notas

1. *Profesor en la Maestría en Derecho Civil. Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho, Universidad de Roma II.*
2. *Vargas Llosa, Mario. El hablador. Lima. Ediciones Wiracocha. 1988, p. 98.*