

HACIA UNA TEORÍA SISTÉMICO-CIBERNÉTICA DEL DERECHO*

*Ernesto Grün***
*Andrés Botero-Bernal****

RESUMEN

En el presente texto se presentará al lector cómo la sistémica y la cibernética sirven al derecho para estructurar así una Teoría Sistémico-Cibernética del Derecho (en adelante TSCD). Mediante la TSCD se podrá dar respuesta a diversos interrogantes iusfilosóficos, obteniendo de esta manera una visión del derecho más completa de las que hasta ahora se nos han ofrecido. Para lograr tal cometido, se expondrá cómo la metodología y la epistemología sistémica y cibernética irrumpen en el mundo jurídico, para luego enumerar algunas características de una posible TSCD y los problemas a los que esta visión del derecho ofrece algo nuevo.

La TSCD constituirá –así lo esperamos– el paradigma que la complejidad de los temas y sistemas del derecho (nacionales, internacionales, transnacionales, etc.) requiere para hacer frente a la crisis de su funcionamiento práctico y de su investigación científica y filosófica.

Palabras clave: cibernética, sistémica, teoría de los sistemas jurídicos, derecho, teoría sistémico cibernética del derecho.

Fecha de recepción: Septiembre 2 de 2008
Fecha de aceptación: Noviembre 18 de 2008

* Este artículo es una revisión del texto publicado en: GRÜN, ERNESTO Y BOTERO, ANDRÉS. Hacia una teoría sistémico-cibernética del derecho. En: *Problema: anuario de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2 (2008); p. 331-362. Con esta revisión se logra un doble propósito. De un lado se corrigen algunos yerros formales y se actualiza cierta bibliografía sobre el tema y, del otro, se difunde este trabajo en Colombia, país donde existe una interesante y productiva discusión en torno a las posibilidades que ofrece al derecho el paradigma sistémico-cibernético.

** Profesor jubilado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). grun@elsitio.com

*** Profesor de la Universidad de Medellín (Colombia). botero39@gmail.com

A SYSTEMIC - CYBERNETIC THEORY OF LAW

ABSTRACT

In the present paper will be presented to the reader how systemics and cybernetics are useful to structure a Systemic-Cybernetic Theory of Law SCTL. By means of SCTL it will be possible to give an answer to diverse Philosophy of Law's questions, obtaining in this way a more complete vision of Law in comparison with others that have been offered. It will be exposed how the methodology and the systemic and cybernetic epistemologies enter into the juridical world, then there will be enumerated some characteristics of a possible SCTL and the answer that this new vision of Law offers for the juridical questions.

The SCTL will constitute - we expect - the paradigm that the complexity of the topics and systems of (national, international, transnational, etc.) law requires to confront the crisis of its practical operation and of its scientific and philosophical researches.

Key words: *cybernetics, systemics, theory of juridical systems, law, systemic-cybernetic theory of law.*

INTRODUCCIÓN

Hemos creído y considerado que tanto la sistémica como la cibernética constituyen útiles herramientas epistemológicas y metodológicas de lectura de lo jurídico y, por tanto, elementos fundamentales para la construcción de un nuevo modelo iusfilosófico¹. Mediante ellas, estimamos que pueden resolverse diversas dudas iusfilosóficas y obtenerse una visión más apropiada del derecho en el siglo XXI. A las respuestas que resulten de la aplicación de dicha metodología y epistemología en los debates iusfilosóficos y a ese cuadro más dinámico y complejo, es lo que llamaríamos una teoría sistémico-cibernética del derecho (en adelante TSCD).

Mediante el presente artículo pretendemos efectuar una primera aproximación a ella, a través de una reelaboración y síntesis de lo que han expuesto sobre el tema sus autores tanto en trabajos impresos como en publicaciones efectuadas

¹ Para que el lector pueda formarse una idea de las nociones básicas de sistémica y cibernética puede verse: GRÜN, ERNESTO. El derecho en el mundo globalizado del siglo XXI desde una perspectiva sistémico-cibernética (En línea). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 4 (2000/2001); capítulos I y II. <http://www.filosofiyderecho.com/rtdf/numero4/globalizado.htm>; GRÜN, ERNESTO. *Una visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. México - Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Lexis Nexis, 2006. GRÜN, ERNESTO. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho (en línea). En: *Panóptica*, 2007; (www.panoptica.org/8marcoabril07.htm).

en Internet², con el fin de ir elaborando una teoría del derecho más acorde con estos tiempos, tan diferentes de aquellos de los positivistas y aun de los trialistas o tridimensionalistas y ni hablar de los iusnaturalistas, sean estos de impronta teológica, racionalista, neoclásica, etc.

Ahora bien, ¿cómo iniciar nuestro acercamiento a una TSCD? Creemos que la manera de lograrlo es por medio de una reflexión sobre lo que en el mundo iusfilosófico se ha conocido como la teoría de los sistemas jurídicos. Esa será nuestra puerta de entrada a una TSCD, para luego centrarnos en la enunciación de sus características centrales que, como verá el lector, no son acabadas sino propuestas que se plantean. En fin, todo está por construir. Lo que aquí pretendemos es aportar ladrillos para ese edificio.

Para finalizar, agradecemos al profesor ENRIQUE CÁCERES NIETO por sus observaciones al presente trabajo. Obviamente, la responsabilidad de lo dicho recae exclusivamente en nosotros.

-
- 2 BOTERO BERNAL, ANDRÉS. *Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis, 2003. 245 p. BOTERO BERNAL, ANDRÉS. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad Libre (Bogotá). n° 18-19 (enero - diciembre del 2003); pp. 147-174. GRÜN, ERNESTO. Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho. En: *Revista La Ley*, 1988, A, p. 979. GRÜN, ERNESTO. La teoría general de sistemas y la tributación. En: *Revista La Información*, T. LX, p. 1006. GRÜN, ERNESTO. Sistema jurídico y sistema ecológico. Un enfoque sistémico. En: *La Ley - Revista Actualidad*, agosto 19, 1993. GRÜN, ERNESTO. Un Enfoque sistémico-cibernético de la mediación. En: *La Ley - suplemento de métodos alternativos de resolución de conflictos*, n° 2. GRÜN, ERNESTO. *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995. GRÜN, ERNESTO. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. En: BOTERO BERNAL, ANDRÉS y ESTRADA VÉLEZ, SERGIO IVÁN (comp.). *Temas de filosofía del derecho*. Medellín: Señal editora y Universidad de Medellín, 2003. GRÜN, Una Visión..., 2006, op. cit. GRÜN, ERNESTO. Mediación: Un enfoque sistémico-cibernético (En línea). En: *Transformación de conflictos en el mundo hispánico* (<http://www.inter-mediacion.com/ciberneticos.htm>). GRÜN, ERNESTO. La globalización jurídica (En línea). En: *Transformación de conflictos en el mundo hispánico* <http://www.inter-mediacion.com/grun.htm>. GRÜN, ERNESTO. El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio (en línea). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 1, 97/98, (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero1/posmoderno.html). GRÜN, ERNESTO La globalización del derecho: un fenómeno sistémico y cibernético (en línea). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 2 (1998/1999); (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/global.html). GRÜN, ERNESTO. Una Visión sistémica y cibernética del derecho (libro en versión electrónica) En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 3 (1999/2000), (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/grun.htm). GRÜN, ERNESTO. Derecho y caos: sobre la actual y futura evolución del derecho (en línea). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 3, 99/00, (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/caos.htm). GRÜN, ERNESTO. Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado (en línea). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 4 (2000/2001), (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero4/istemas_ficha.htm). GRÜN, *El derecho...*, 2000/2001, op. cit. GRÜN, ERNESTO. El derecho después del 11 de septiembre del 2001 (en línea). En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 5 (2001/2002), (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/11-9-01.htm). GRÜN, ERNESTO. La crisis del sistema jurídico-político argentino. Un enfoque sistémico y cibernético (en línea). En: *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Conferencias y Ponencias (www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16_Grun%20Ernesto.doc).

1. TEORÍAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Mucho se ha debatido en torno a si el derecho es un sistema o no lo es. Y peor aún, en caso de aceptar la teoría de los sistemas jurídicos, qué entender por sistema. Es fácil observar que ha predominado en la teoría del derecho la concepción que lo identifica con un sistema, pero al momento de considerar qué entienden estas escuelas y autores por sistema, encontramos una proliferación de significados.

Pero antes de entrar en ello queremos explicitar, muy brevemente, lo que es para nosotros un sistema (lo que no se corresponde con otras posturas que en la iusfilosofía se han dado y que más adelante se enunciarán), para lo cual usaremos las palabras del sistemista CHARLES FRANÇOIS: “(el sistema es) una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabilidad gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico”³ (p. ej.: un hombre, un aparato de aire acondicionado, un automóvil, una ameba). Un sistema, desde esta óptica, es un todo que funciona y que no puede ser dividido en partes independientes que cumplan esa misma función. Entonces, la condición de sistema no es una cualidad intrínseca de las cosas, sino una actitud o apreciación de cada uno, por lo que cuando decimos que tal cosa concreta o abstracta es un sistema, deberíamos decir que la consideramos un sistema. En consecuencia, la sistémica no estudia los sistemas a partir de sus elementos básicos o últimos sino tratándolos a partir de su organización interna, sus interrelaciones recíprocas, sus niveles jerárquicos, su capacidad de variación y adaptación, su conservación de identidad, su autonomía, las relaciones entre sus elementos, sus reglas de organización y crecimiento, su desorganización y destrucción, etc.

Sin embargo, la forma como empezamos este capítulo pone en evidencia una tensión: vamos a hablar de sistema desde la tradición jurídica cuando para nosotros el concepto del que partimos nos arroja otro tipo de respuestas. Creemos, no obstante, que esta tensión se resolverá asumiendo la tradición en vez de desecharla, la cual en tres fases ha significado el concepto de sistema, queriendo nosotros afirmar que ahora emerge una cuarta significación del término, que es justo el concepto al que nos adscribimos.

Las diferentes concepciones tradicionales de sistema jurídico, al sentir de NORBERTO BOBBIO, pueden ser clasificadas en tres grandes grupos⁴. La primera

3 Véase FRANÇOIS CHARLES. *Diccionario de teoría de sistemas y cibernética*. Buenos Aires: Gesi, 1991. p. 164. François Charles (Editor). *International encyclopedia of systemics and cybernetics*. 2nd ed. München: K. G. Knaur, 2004.T II. p. 580.

4 BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1987. pp. 181-183.

acepción sería entender sistema como un orden derivado de una estructura jerárquica deductiva (como sería decir que el derecho es una expresión derivada de unos “Principios generales del derecho” que irradian normas de inferior jerarquía hasta llegar a la norma concreta y particular en cascada normativa). De esta manera, existiría sistema en tanto hay normas superiores que dan unidad y criterio claro de identificación de lo que hace parte del mundo jurídico.

El segundo grupo considera sistema como un orden inductivo, algo así como lo que pregonó el realismo (tanto el sociológico de SANTI ROMANO⁵ y de OLIVECRONA⁶, como el judicial de ROSS⁷), donde la jerarquía se establece de pautas concretas en la sociedad que van en ascenso, permitiendo criterios de identificación de lo que hace parte de ese sistema, criterios que van de abajo hacia arriba. Claro está que BOBBIO señala que el mejor ejemplo de este orden inductivo sería el propuesto por SAVIGNY en su “*System des Heutigen Römischen Rechts*” (Berlín, 1840). Según BOBBIO, cuando el alemán pregonaba la ciencia del derecho entiende el derecho como sistema en tanto pasa a ser ciencia (y como la ciencia es natural, entonces el sistema que tenía en mente SAVIGNY era inductivo⁸).

El tercer concepto, según BOBBIO, es el siguiente: “Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles”⁹. Así, el concepto de sistema del que parte BOBBIO, y que toma en alguna medida de KELSEN, es el de entender por sistema un edificio jurídico jerárquico y por tal, lógico (en cuanto no hay contradicciones ni lagunas)¹⁰. No es propiamente deductivo ni inductivo en la medida que no centra su argumento en que la identificación de lo que es derecho no viene tanto de prácticas sociales (la

5 ROMANO, SANTI. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sasoni, 1946.

6 OLIVECRONA, KARL. *El derecho como hecho*. Trad. J.J. Santa Piner. Buenos Aires: Depalma, 1959.

7 ROSS ALF. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

8 De todas maneras, no podemos pasar por alto la fuerte carga deductiva que imponía la epistemología dogmático-histórica del alemán. Sobre su concepción de sistema, decía SAVIGNY: “Una ulterior consideración nos enseña que todas las instituciones jurídicas están ligadas en un sistema, y que solo pueden ser comprendidas por completo dentro del magno contexto de este sistema, en el que de nuevo hace aparición la misma naturaleza orgánica. Por inmensa que sea la distancia entre una relación jurídica individual y limitada y el sistema del derecho positivo de una Nación, no se trata sino de una mera diferencia de dimensión: esencialmente no existe diferencia y tampoco la hay en el proceso del espíritu dirigido hacia el conocimiento de la relación o del sistema. De estos hechos desprende la absurdidad de la ciencia jurídica al tratar con frecuencia teoría y práctica como separadas o inclusive como opuestas” VON SAVIGNY, FEDERICO CARLOS. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley: los fundamentos de la ciencia jurídica*. Trad. W. Goldschmidt. Bogotá: Leyer, 2005. pp. 11-12 (este libro es una edición de dos capítulos concretos de la traducción de W. Goldschmidt del texto *System des Heutigen Römischen Rechts*).

9 BOBBIO, *Teoría general...*, op. cit., p. 183.

10 Recordemos que el KELSEN de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* negaba la existencia de lagunas auténticas y técnicas, considerando que son meras incongruencias entre lo que ordena y el derecho y lo que le gustaría fuera derecho al operador jurídico. Sin embargo, esta postura ha sido moderada por el propio KELSEN con posterioridad, así como por varios positivistas analíticos contemporáneos (ver la nota inmediatamente siguiente).

previsibilidad de la decisión judicial o la existencia de un conjunto normativo en un organismo social concreto, según el caso), sino de la imposibilidad de encontrar contradicciones y lagunas en la respuesta que el derecho da a quien le indaga por algo. No obstante, bien podría ser que se defienda el tercer significado del que habla BOBBIO sin negar un criterio deductivo (como sería, por ejemplo, indicar que no hay lagunas ni contradicciones porque existe un sistema jerárquico establecido por una norma fundamental de estatus superior) o inductivo (como en el evento de sostener que no hay contradicciones ni lagunas porque en el ejercicio judicial de previsibilidad de lo que es derecho así se contempla).

Este tercer criterio, que nos recuerda de alguna manera el concepto tradicional de sistema en otras disciplinas, se centra en el concepto de orden como la prueba reina de la existencia de un sistema jurídico, de manera tal que si la Teoría General del derecho dice –discursivamente– que en lo jurídico no hay lagunas (en virtud del principio de plenitud hermética del derecho)¹¹ o es identificado –discursivamente– como un sistema en orden jerárquico, entonces el derecho –en la realidad– es un sistema.

Pero es justo este aspecto que, según los autores del presente trabajo, parece un salto al abismo, en la medida que los sistemas de primer orden no corresponden a patrones de tal logicidad. Los trabajos tan adelantados de la sistémica en varios campos del saber apuntan a la imposibilidad real de tal tipo de sistemas.

Igualmente, los sistemas de segundo orden, es decir, elaboraciones o construcciones de explicación o modelización de otros sistemas, tampoco pueden ser entramados con respuesta lógica previsible en su totalidad¹².

Cuando la teoría del derecho dice que en él no existen lagunas, o cuando la dogmática identifica el derecho en el mismo sentido, estamos frente a un sistema de segundo orden. Lo problemático es que un sistema de segundo orden es pretendido como el mismo sistema de primer orden, lo que significa que el discurso pretende reemplazar el derecho mismo. ¿Esto es posible? Creemos que no.

La única manera, siguiendo los planteamientos de lo que es un paradigma sentados por KUHNS¹³, de que un sistema de segundo orden sea de logicidad y previsibilidad del rango deseado por los defensores del tercer tipo de concepción

11 Aspecto central en el pensamiento kelseniano, especialmente el que es fruto de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*: KELSEN, HANS. *La teoría pura del derecho*. Trad. Luis Legaz. México: Colofón, 2002. pp. 65-70 (parágrafos 41-43).

12 Véase FRANÇOIS, *International Encyclopedia...*, op. cit., T. 1, p. 347, n° 1342 y 1343, citando a G. BATESON y M. MARUYAMA.

13 KUHNS THOMAS. *La estructura de las revoluciones científicas*. Trad. Agustín Contin. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 33-50.

de sistema, es que haya un consenso tal entre las elaboraciones jurídicas y los dogmáticos en el mismo sentido. Bastaría mostrar entonces una contradicción en el subsistema normativo para probar que sí hay elementos no-ordenados en el sistema. ¿Es posible encontrarlos? Sí, y se expondrán dos casos hipotéticos, pero no por ello alejados de la realidad judicial: 1) ¿Qué sucedería si una norma de inferior categoría transgrede una norma superior y el órgano encargado de velar por la armonía material del sistema normativo sentencia que no hay tal violación? Pensemos el caso en que una ley ordena una sanción determinada y el juez que aplica dicha norma establece una sanción diferente y la sentencia es ratificada por las instancias respectivas pasando a ser cosa juzgada; o cuando un decreto viola abiertamente un mandato legal, pero el tribunal encargado de velar por la supremacía legal, por el motivo que fuere, sentencia que no hay tal violación, dejando en firme la norma, lo que implica una sentencia “contra legem”. En este caso subsistirán dos normas contradictorias (la sentencia y la norma, la ley y la constitución, en los ejemplos antes dados), sin que pueda decirse que una dejó de ser jurídica¹⁴. 2) ¿En un sistema es posible encontrar elementos armónicos entre sí? No existe sistema sin posibilidad de movimiento, lo que, a su vez, supone contradicción y conflicto como motor de supervivencia, cosa que no solo ha detectado LUHMANN¹⁵ sino más recientemente los sistemistas jurídicos NIKOLAOS INTZEILOGLOU¹⁶ y el coautor de este trabajo, ERNESTO GRÜN¹⁷, entre otros. Pensemos el caso de un choque entre principios constitucionales que pone en evidencia la contradicción normativa: una persona accidentada y recluida en un hospital estatal, por motivos religiosos, no da la autorización para una transfusión de sangre que es considerada como necesaria e inevitable. En este caso, ¿debe primar la libertad religiosa o el derecho a la vida? ¿Acaso no se evidencia una contradicción normativa-constitucional que no puede

- 14 KELSEN señala, para evadir este dilema, que las normas superiores tienen un carácter de alternatividad (especialmente las constitucionales), con lo cual las disposiciones inferiores toman decisiones que nunca supondrán una contradicción dentro del sistema. Pero esta salida no es más que un llamado ingenuo, puesto que el propio KELSEN señala que el juez de última instancia tiene el poder de crear una norma individual con el contenido previsto en la norma superior preexistente o con otro contenido distinto por él mismo determinado. Las críticas a la teoría de la alternatividad en: GUIBOURG, RICARDO. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986. pp. 52-54.
- 15 Las contradicciones desestabilizan el sistema y hacen patente esta desestabilización de la inseguridad de la expectativa, pero dicha desestabilización es funcional. Los sistemas complejos necesitan de un grado bastante alto de inestabilidad para poder reaccionar frente a sí mismos y a su entorno, y tienen que reproducir continuamente estas inestabilidades, pues de lo contrario desaparecerían. LUHMANN, *Sistemas sociales...*, op. cit., p. 332.
- 16 Cabe resaltar de su obra los siguientes textos: *Essai d'Identification de la totalité sociale du phénomène juridique en tant que système*. Berlín: Rechtstheorie Beiheft 10, 1986. Stability and change in law; the dynamic equilibrium between the system of law and its social environment. En: *31 St Annual meeting of the international society for general systems research*. Budapest: 1987. L'approche systémique à Système ouvert comme stratégie d'Elaboration d'un projet d'Etude interdisciplinaire du phénomène juridique. En: *European Congress on System Science*, Lausanne, 1989.
- 17 GRÜN hace una descripción de los trabajos académicos que intentan aplicar al mundo jurídico las elaboraciones sistémicas y cibernéticas. GRÜN, ERNESTO. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. En: BOTERO BERNAL, ANDRÉS y ESTRADA VÉLEZ, SERGIO IVÁN (compiladores). *Temas de Filosofía del Derecho*. Medellín: Señal editora y Universidad de Medellín, 2003.

resolverse con los criterios tradicionales de solución de conflictos legales como lo son el jerárquico, el especial y el temporal? Un derecho fundamental no es superior a otro, pues ambos están consagrados en la propia constitución, además de aceptarse tal cosa se estaría ante una tiranía que tanto atacó N. HARTMANN; un derecho fundamental no es más especial que otro; un derecho fundamental no es anterior o posterior al otro. En fin, se requiere la ponderación que no elimina el conflicto en el seno del derecho sino que establece órdenes de precedencia en el caso concreto.

Entonces, creemos que existen lagunas y contradicciones dentro del sistema jurídico, máxime hoy día con el renacimiento de posturas cercanas al iusnaturalismo (que fundan sus esperanzas del cumplimiento del modelo constitucional estatal en jueces cada vez más libres frente al mandato legal en la aplicación de una razón práctica jurídica¹⁸). Este modelo, de gobierno de los jueces¹⁹, amplía el rango de interpretación discursiva y aplicación fáctica del derecho que termina siendo imposible sostener en ella la existencia de un orden jerárquico estático que niegue las lagunas²⁰. Es explicable así porque ese positivismo fuerte de negación de la contradicción se enfrenta a la postura neoconstitucional que tanto la maximiza para poder predicar la libertad judicial frente a los mandatos tomados como superiores y jerárquicos por la exégesis²¹.

18 Una defensa de este modelo en: ESTRADA VÉLEZ, SERGIO IVÁN. Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. 2ª ed. Medellín: Universidad de Medellín, 2006. Una crítica a este modelo en: BOTERO BERNAL, ANDRÉS. Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: formalismo *versus* principios y/o valores. En: *Opinión jurídica*: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, n° 9 (enero – junio del 2006), Vol. 5; pp. 33-61.

19 Problema que no es nuevo: ya LAMBERT trabajaba críticamente sobre este concepto, en 1921, siguiendo de cerca el debate en torno al poder contramayoritario de los jueces estadounidenses que impidió en no pocas oportunidades se implantara, a principios del siglo XX, una legislación social, (al respecto, véase la crítica de R. Pound a la Corte Suprema de su país por este aspecto, en: POUND, ROSCOE. Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. In: *American Law Review*, 40 (September-October 1906), 729-749). LAMBERT, EDOUARD. *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*. Milano: Giuffrè, 1996. 247p.

20 Claro está que no todas las teorías jurídicas contemporáneas que aceptan cierto protagonismo judicial defienden la existencia de lagunas en el derecho (por lo menos no en el derecho por principios). Entonces, no puede establecerse de manera absoluta una relación entre discrecionalidad judicial y lagunas normativas. Pero muchas de estas teorías (DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY, etc.) consideran que el derecho por reglas sí presenta lagunas y contradicciones, lo que justifica la intervención del derecho por principios. Pero es justo aquí cuando estas posturas se separan en lo atinente a la discrecionalidad judicial, de manera tal que DWORKIN negará la discrecionalidad en el derecho por principios en tanto cree que es posible una unidad de decisión correcta por parte del juez. En cambio ALEXY aceptará las contradicciones entre principios de manera tal que se requiere la razón práctica como un regulador de las “lagunas de indeterminación” y conflictos propios del derecho por principios. Véase: ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. Capítulo “Derecho por principios”. ALEXY, ROBERT. *El Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994. p. 159-174.

21 La discrecionalidad judicial y la aceptación de posibles conflictos entre las normas infraconstitucionales con la propia Constitución, son paradigmas comunes al neoconstitucionalismo. Al respecto, véanse los diversos trabajos compilados en: CARBONELL, MIGUEL (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. 286 p.

Si bien los ejemplos anteriores no son los únicos que permiten hablar de un sistema jurídico diferente del tercer modelo planteado por BOBBIO, ya puede afirmarse que hay algo que no ha sido atrapado en aquella clasificación tan citada en la ciencia jurídica. ¿Estamos entonces frente a un cuarto modelo de sistema para el derecho? Creemos que sí. Este cuarto modelo de sistema no es otro que el planteado por la TSCD, con las características que a continuación enunciaremos.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA TSCD

Son varias las características que la TSCD puede observar en el sistema jurídico, entendido este como un cuarto modelo de lo que es sistema para el derecho.

A continuación expondremos algunas de esas características, pero de ninguna manera se trata de una enunciación taxativa.

2.1. El sistema jurídico no se agota en el subsistema normativo (es decir, no se limita a un deber ser expresado según una estructura lógica determinada).

Esto conlleva a considerar que el ordenamiento jurídico no es solo ordenamiento normativo. Entonces la mirada sobre el derecho no se agota en la “cascada normativa” (que, no obstante, no puede ignorarse por su importancia explicativa, al menos, para los sistemas jurídicos nacionales²²), pues abarca otros tópicos como los siguientes: 1) las relaciones de los subsistemas jurídicos entre sí (intorno)²³; 2) las relaciones entre el sistema jurídico y otros sistemas (entorno); 3) la función de los diferentes subsistemas jurídicos; 4) la estructura del sistema jurídico; como los más importantes.

Esto nos lleva a considerar el positivismo normativista o estructuralista, el realismo funcionalista y el iusnaturalismo como miradas insuficientes del derecho, observaciones parcializadas, fragmentadas, ignorando así un complejo andamiaje,

22 Tal como lo ha señalado el profesor ENRIQUE CÁCERES, se están revisando los cimientos mismos del propio paradigma analítico, básicamente el concepto de regla de reconocimiento de HART, puesto que dicho concepto es circular e indeterminado, y que fue generado para dar cuenta de los derechos estatales, pero adolece de importantes insuficiencias frente al fenómeno de la globalización. En este punto es donde aparece un primer encuentro entre el enfoque sistémico y la jurisprudencia analítica, pues en la propuesta teórica que se está trabajando el concepto de redes institucionales, concebidas desde la perspectiva de las redes sociales, constituye la piedra de toque para determinar un nuevo criterio de membrecía apto para los tiempos de globalización. En fin, el positivismo (incluso el analítico), debe reformularse ante los nuevos tiempos políticos, económicos y culturales. Agradecemos al profesor CÁCERES por su ayuda en la redacción de esta nota.

23 El *intorno*, noción acuñada por FRANÇOIS que caracteriza como el conjunto de los subsistemas y sus interrelaciones, el cual constituye el entorno común de los subsistemas dentro del sistema. Véase FRANÇOIS, *Diccionario de...*, op. cit., pp. 97-98.

como el que presenta el derecho en el mundo globalizado de este siglo XXI. Pero lo más grave de esas posturas teóricas es que tienden a considerar su punto de visión como el único existente, de manera tal que para el formalismo jurídico colombiano²⁴ (escuela del positivismo normativista) el sistema jurídico se reduce al subsistema normativo, o cómo para el iusnaturalismo axiológico el subsistema normativo está en una relación jerárquica preestablecida con unos valores identificados como superiores por esta misma escuela, conduciendo a otro reduccionismo igual de peligroso que el del formalismo.

En conclusión, el derecho no se agota como sistema en lo normativo, pero no prescinde de él, tal como ya lo había señalado el tridimensionalismo. En consecuencia, las miradas estructuralistas están limitadas en su observación sistémica. Pero de igual manera, las miradas no estructuralistas están también parcializadas en tanto tienden a minimizar las relaciones de complejidad entre los subsistemas, para terminar privilegiando uno sobre los otros.

Además, el sistema jurídico, al ser un sistema complejo compuesto de elementos de distinto origen y función (como normas, hechos, valores, etc.), implica que sus agentes se vean abocados a tomar decisiones o a resolver situaciones teniendo en cuenta dicha complejidad. Así, el legislador, cuando se aboca a proyectar una norma, procede sistémicamente, al igual que el abogado que presenta la defensa de su cliente²⁵. Es decir, en todos estos casos el sistema que están usando está integrado por estos elementos y lo que importa a una TSCD son las interrelaciones que se establecen entre ellos y con el entorno, pues como lo expresó BOTERO: “el derecho entendido como una especialización sin fragmentación no es más que una confluencia de una postura sistémica compleja (que reconoce la interacción de lo que estudia con

24 El formalismo jurídico ha sido definido como la pretensión francamente positivista de distinguir el derecho del no derecho sin hacer referencia al contenido de las reglas jurídicas (BOBBIO, NORBERTO. *El problema del positivismo jurídico*. 6ª ed. México: Fontamara, 1999. p. 84). No obstante, el formalismo jurídico latinoamericano, si bien parte de esa definición, se caracteriza además por su apego a las fórmulas, la forma por la forma, el tecnicismo, la eficacia simbólica, etc. Un estudio (histórico y analítico) de dicha teoría *sui generis* en: LÓPEZ, DIEGO. *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004. 480 p. “El formalismo jurídico en Colombia se ha ido construyendo lentamente a lo largo de los siglos XIX y XX. Hoy el formalismo local está formado, en una mezcla compleja y quizá inestable, por la recepción de tres trasplantes iusteóricos distinguibles: primero, la recepción en Colombia del *Code Napoléon* y una tecnología formalista de lectura del mismo predominante en el siglo XIX francés... segundo, el impacto que tuvo el trasplante de los métodos de los romanistas y privatistas alemanes del XIX... y tercero,... la teoría pura del derecho” *Ibid.*, p. 130. Llama la atención que LÓPEZ ignora en esta cita el componente heredado de la colonia y de la independencia en la configuración del formalismo local, puesto que el Código Civil entra a Colombia en la segunda mitad del XIX (BOTERO BERNAL, ANDRÉS. *Estudio de la constitución antioqueña de 1812: modelo de lectura en tres actos del constitucionalismo provincial hispanoamericano*. Medellín: Universidad de Medellín, 2007. En prensa). Debe destacarse que el formalismo colombiano es una categoría que no se presenta necesariamente en otros países hispanoamericanos.

25 Véase: CUETO RÚA, JULIO. *Judicial Methods of interpretation of the law*. The Publications Institute Paul M Hebert: Law Center Louisiana State University, 1981. Capítulo II.

lo biológico, lo social y lo ambiental), interdisciplinaria (e incluso transdisciplinaria) y constructivista (metodología de investigación basada en problemas)”²⁶.

2.2. El sistema jurídico implica las intenciones y los deseos de conducción de la sociedad.

Entonces el sistema jurídico no es solo cómo “en verdad” opera el derecho, sino que hay que reconocer que hay elementos axiológicos que intentan conducir la sociedad a través del derecho mismo a otros escenarios (es decir, no se agota en el ser del deber ser). De esta manera, el derecho no solo describe conductas, sino que además las valora (teoría de la ciencia bifronte²⁷), lo que se logra, obviamente, con la relación entre el sistema jurídico y los sistemas político y moral.

Pero ese aparato descriptivo (descriptivo para el investigador, en tanto lo ve como un objeto con información contenida en sí misma, como lo sería, por ejemplo, el decir que A es delito y que B es lícito), implica una conducta que se desea no se realice o que se realice (ya sea eficacia material o eficacia simbólica)²⁸. La parte valorativa del derecho no es neutral ni moral ni políticamente; entonces, el derecho como sistema actuante en la sociedad, no es puro frente a los otros sistemas con los que se comunica.

2.3 El sistema jurídico no se agota en valoraciones de cómo queremos que sea la sociedad o cómo queremos que sea el derecho (es decir, no se agota en el deber ser del deber ser).

El derecho cumple de manera compleja funciones de ser y deber ser en varios grados²⁹. Sirva exponer un caso: Una norma X tiene una información como lo sería, por ejemplo, decir que quien matare a otro incurrirá en una sanción penal. Para el investigador, esta información es una descripción, pero igualmente hay un deber ser en su esencia (quien

26 BOTERO, *Nuevos paradigmas...*, op. cit., p. 171.

27 Concepto desarrollado en: GUIBOURG, RICARDO. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986. 77 p. Según él, el derecho tiene las funciones de motivar e interpretar conductas, pero cada una de estas funciones apunta a una ciencia del derecho distinta e incompatible con la requerida por la otra. Partiendo de este concepto, consideramos pues que el derecho es una ciencia bifronte, en tanto busca modificar un entorno siendo además su producto. El derecho es fruto de una sociedad y cumple una labor legitimadora de lo existente, en un proceso de descripción de conductas, pero no se niega a sí mismo la búsqueda de modificar la misma estructura que lo produce. Puede operar tanto como control de los ciudadanos frente al poder, como sistema de control del poder en defensa de los ciudadanos. En fin, con la ciencia bifronte se plantea una interacción entre el estructuralismo y el funcionalismo para una mejor comprensión del derecho.

28 Véase: BOTERO, *Diagnóstico de...*, op. cit., pp. 33-45.

29 No nos referiremos a la falacia humeana (que del ser no puede derivarse un deber ser). Creemos que el argumento de HUME con el que ataca al derecho natural se hace con otras significaciones diferentes de las que usaremos en este apartado. Además, “ser” que será entendido como descripción y “deber ser” que será significado como valoración, no son categorías absolutas ni puras. No hay una descripción pura, pero sí hay juicios descriptivos. Igual sucede con los juicios valorativos.

matarse a otro deberá incurrir en pena de prisión), lo que es más claro para el jurista. Pero además, la mirada que sobre el derecho mismo se hace puede ser sobre cómo ES el derecho en un momento y en un lugar concreto, o cómo DEBE SER el derecho en un momento y en un lugar concreto. Entonces hay una visión descriptiva como una valorativa del mismo. Esto nos lleva a ver que hay un SER/DEBER SER que, a su vez, puede ser visto desde el SER o desde el DEBER SER. Pero incluso, podría pensarse en cómo el DEBE SER el DEBER SER del DEBER SER (sería el caso de juzgar a la doctrina por sus consideraciones de cómo debe ser el derecho mismo desde su faceta valorativa –caso en que se critica una escuela jurídica justo en lo que propone debería ser el derecho–).

Otro ejemplo podría aclarar este aspecto, ahora no con una norma sino con todo un sistema jurídico. El sistema jurídico argentino, por ejemplo, es una realidad social que puede ser descrita (contemplación desde el SER) a la vez que es en sí mismo un conjunto de postulados deontológicos (DEBER SER). Pero además, podemos valorar ese sistema jurídico nacional para señalar si nos gusta o no, que, dicho con otras palabras, no es más que afirmar cómo DEBE SER (para nosotros) ese DEBER SER (faceta deontológica o normativa del derecho fruto del hecho de que son mandatos) –SER (en tanto el derecho nacional es una realidad descriptible, que constituye la faceta funcionalista-realista). De esta manera se está dando lugar a valoraciones (faceta moral del derecho desde la óptica de un observador que generalmente es un operador jurídico). Pero esa misma valoración moral del derecho argentino (que es un DEBER SER del DEBER SER–SER) puede ser descrita por un investigador (SER del DEBER SER del DEBER SER–SER) o nuevamente valorada por un operador jurídico (DEBER SER del DEBER SER del DEBER SER–SER del derecho nacional argentino).

El siguiente cuadro aclarará este análisis que es una herramienta útil al momento de distinguir los diversos grados y las diversas cualidades de los juicios que en torno al derecho (o en torno a una norma o institución jurídica) pudiesen hacerse:

Este esquema, que puede prolongarse hasta el infinito, logra una gran precisión en nuestras observaciones (pues bien podría hacerse una descripción de una teoría que propugna por un cambio de una norma, es decir, SER del DEBER SER del DEBER SER), y permite sostener que las valoraciones de cómo queremos que sea el derecho no lo agotan, pero tampoco le son ajenas.

En consecuencia, cuando se describe y/o se valora el derecho (o una norma o una institución jurídica), esto puede hacerse en grados hasta el infinito, pero siempre, en cualquier escalón, hay un observador que describe y/o valora qué es determinante en su observación que es igualmente gradual.

Esto nos lleva a considerar en este aspecto, como en otros expuestos en el presente trabajo, que, como ha señalado HEINZ VON FOERSTER, el observador influye sobre lo observado³⁰, que el sistema incluye a quien lo observa.

2.4. El sistema jurídico no es puro, ni mucho menos puede estudiarse como si lo fuera, en tanto es un sistema abierto al entorno y en continuo movimiento.

Esto supone hacer un énfasis en el tema del movimiento, de las temporalidades, de su evolución, lo que ha sido desconocido por varias de las tesis jurídicas generales que han visto o creído ver un sistema jurídico estático, inmóvil, como una fotografía; o, a lo sumo, como un sistema dinámico, pero cuya movilidad se da hacia dentro, es decir, creer que la ciencia del derecho no requiere algún referente externo para explicar la movilidad intrajurídica³¹. La sistémica, o teoría general de sistemas, hace énfasis en la dinámica de todos los sistemas, sobre la base de la cibernética (retroalimentación, bifurcaciones, caos, etc.)³², siempre vinculado al entorno, incluyendo allí, claro está, el mundo material, puesto que el derecho, como sistema de primer o segundo orden no puede renunciar a comunicarse en las diferentes redes en las que se inscribe con la materia³³.

30 Véase: FOERSTER, HEINZ VON. *Observing Systems: Selected Papers of Heinz von Foerster*. Seaside, CA: Intersystems Publications, 1981.

31 KELSEN se refirió a la pureza del derecho para efectos esencialmente epistémicos, esto es, un sistema cerrado para lo que concierne a la estructuración de una disciplina científica. Malo sería considerar que KELSEN creía en un sistema jurídico cerrado ontológicamente hablando. Esto es, no negaría la vinculación sociedad derecho, que sería pertinente para el sociólogo, aunque intrascendente para el científico del derecho. Esta propuesta epistémica da un importante valor a la nomodinámica, esto es, a la movilidad normativa a su interior, sin embargo, considera que no se requiere algún elemento extrasistémico para dar cuenta de tal dinamismo. Esto vendría siendo, en términos de LUHMANN, una autopoiesis propia de un sistema –epistémicamente– cerrado (ver la nota 34).

32 Véase GRÜN, ERNESTO. *Una visión sistémica...* Ed. Lexis Nexis, op. cit., pp. 21-23, Capítulo X y bibliografía allí citada.

33 Esto último supone considerar superadas las teorías dualistas que pretendían ver como entidades irreductibles entre sí lo que se ha denominado como “materia” (sobre la que se cimientan las “ciencias duras”) y “espíritu” (que es estudiado por las “ciencias del espíritu”). Esto nos lleva también a considerar que la TSCD debe

También esta característica supone hacer algunos comentarios en torno a su función autopoietica entendida como autoorganización³⁴. El derecho es autopoietico o autoorganizado siempre y cuando se entienda que tal función no implica un cierre del sistema frente al entorno. Claro está que como modelo de segundo orden, y desde un ámbito formal, podemos explicar sin necesidad de referentes externos la movilidad normativa³⁵, pero esta postura presenta varios límites: 1) El propio KELSEN reconoció que, en ciertos momentos excepcionales, la nomodinámica obedece a situaciones del entorno, como por ejemplo, la revolución, la costumbre y el desuso, en las cuales la entrada o salida de una norma del sistema jurídico depende de la eficacia (esto es, de una acción y omisión social). 2) Cuando el observador no solo se pregunta por la forma de operar la movilidad en situaciones no excepcionales, esto es, en el desenvolvimiento cotidiano del derecho estatal (que, por cierto, ya es un presupuesto ideal), sino que además se interroga por el contenido de esas normas, tiene que incluir en sus descripciones-valoraciones el entorno. 3) El procedimiento nomodinámico tiene en su fondo una apuesta (exclusivamente) jurídica, como lo es el Estado, el legislador, el constituyente, etc.

Así, si se cree que ser autopoietico o autoorganizado supone un proceso de autocreación sin necesidad del entorno, el derecho no tendría tal cualidad. El derecho es un subsistema social (que bien podría ser asemejado funcionalmente al

articular los avances entre ambos grupos disciplinarios, puesto que ella no reconoce una dualidad intrínseca en la clasificación de los objetos de estudio, esto es, niega la existencia *per se* de objetos sociales o espirituales y objetos materiales o físicos. Dice CAPRA al respecto: “Whit this new conception of mind, the cartesian division is finally overcome. Mind and matter no longer appear to belong to two separate categories, but can be seen as representing two complementary aspects of the phenomenon of life –the process aspect and the structure aspect. At all levels of life, beginning with the simplest cell, mind and matter, process and structure, are inseparably connected. For the first time, we have a scientific theory that unifies mind, matter and life”. CAPRA, FRITJOF. Complexity and. In: *Systems research and behavioral science* Syst. Res. 24, (2007), p. 478. Y más adelante agrega: “In the future, this strict division Hill no longer be possible, because the key challenge of our time – for social scientists, natural scientists, and everyone else- will be to build ecologically sustainable communities... A unified conceptual framework for the understanding of material and social structures will be essential for this task”. *Ibid.*, p. 479. Todo esto tiene fuertes repercusiones tanto en la teoría del conocimiento (que debe abandonar perspectivas cosificadoras –como el de una *res extensa* y una *res cogitans*– y pensar más en términos de “proceso” en el que confluye una perspectiva funcional-formal y una estructural-material del sistema cognitivo) como en la filosofía (que al superarse la dualidad entre *cogito* y materia, las reflexiones sobre qué existe y sobre los puntos de comunicación entre materia y pensamiento dejan de tener el valor que en la modernidad se les dio). Pero estas repercusiones, que no debe dejarlas de lado el lector, deben ser objeto de reflexión en otros espacios.

34 El profesor GRÜN preferirá hablar de autoorganización en vez de autopoiesis. El profesor BOTERO prefiere en cambio el concepto de autopoiesis al de autoorganización. No obstante, ambos toman distancia del concepto de autopoiesis (y de sus consecuencias) en el ámbito jurídico que pregona LUHMANN. Sobre la autopoiesis en el derecho, ver los trabajos de LUHMANN (“The unity of the legal system” y “Closure and openness: on the reality in the world of law”) y de TEUBNER (“Evolution of autopoietic law”), presentes en: TEUBNER, GUNTHER (editor). *Autopoietic*, NIKLAS. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin/New York: Walter de Gruyter/European University Institute., 1988. Igualmente: TEUBNER, GUNTHER. *Law as an autopoietic system*. Oxford: Basil Blackwell, 1993.pp. 12-36 y 335-348.

35 Véase respecto de la nomodinámica kelseniana y la autopoiesis: SCHMILL, U. El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia (en línea). En: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 5 (2002); (<http://www.uv.es/CEFD/5/schmill.html>). Kelsen (especialmente el de la primera edición de *La teoría pura del derecho*) podría ser leído desde la sistémica autopoietica de LUHMANN.

inmunológico en el sistema biológico), por lo cual su proceso de autoconstrucción no es ajeno al intorno social (relación con los otros subsistemas) ni al entorno que rodea lo social en su sentido más amplio.

Este proceso autopoietico o autoorganizado abierto, si se nos permite usar tal expresión, pone de relieve que el derecho no es, sistémicamente hablando, un sistema puro, pues no puede prescindir en su conformación de lo político, lo social, lo moral, etc. Además, un sistema de segundo orden, una modelación, tampoco es neutro. Entonces, ni en un primer grado, ni en uno segundo, el derecho es puro en tanto como fenómeno social no es un entramado absolutamente diferenciable, y como modelo no se podría pensar en planteamientos jurídicos sin ideologías o sin cogniciones intencionadas.

Esto es consecuente con afirmar que en el enfoque sistémico la identidad del sistema se la da el observador o el operador jurídico. Como lo hemos señalado al comienzo de este trabajo, “la condición de sistema no es una cualidad intrínseca de las cosas, sino una actitud o apreciación de cada uno, por lo que cuando decimos que tal cosa concreta o abstracta es un sistema deberíamos decir que la consideramos un “sistema”.

2.5. Si observamos el complejo panorama de la globalización con sus diversos procesos que, desde hace algunos decenios, se están produciendo en la esfera de lo jurídico y que se están desarrollando con pautas muy disímiles y aun contradictorias, a velocidades muy diferentes y con propósitos propios en los diversos ámbitos, desde el ángulo de la filosofía y la teoría del derecho se hace sumamente difícil, casi utópico, pensar en una teoría general, clara y sistemática (en términos de jerarquía preconcebida o estática) como la que se pretendía construir en el siglo pasado.

Hoy día estamos asistiendo a lo que podríamos caracterizar como una auténtica mutación genética del derecho: cambian los actores del proceso jurídico, cambian las modalidades de producción y funcionamiento de las reglas jurídicas; en fin, lo jurídico se transforma radicalmente. De esta forma, debemos tener presente que cambia la epistemología del derecho en general, pero en particular cambia de *episteme* el derecho forjado en la tradición iuspositivista; tradición que ha sido, de alguna manera, la que originó la creencia en la posibilidad de crear una concepción unitaria, general, clara y jerárquica del derecho, creencia que se intentó materializar durante años en los estudios de “teoría general del derecho”. Esto nos permite afirmar que se podría hablar de sistema jurídico en singular si lo que se pretende es hacer una TSCD como modelo (sistema de segundo orden) que identifique patrones estructurales y funcionales relativamente comunes, pero la TSCD más que identificar esos patrones comunes buscaría plantear un nuevo lenguaje que habilite al investigador para una

lectura más eficiente de los sistemas jurídicos, estos sí en plural. En otras palabras, creer en una teoría general del derecho que permita la precomprensión total de los sistemas jurídicos particulares es un gran error epistemológico, por fallar tanto en el discurso epistemológico como por incapacidad de comprender la movilidad de la propia *episteme* de los sistemas jurídicos dinámicos por naturaleza.

Por otra parte, la idea de una “teoría general del derecho” surge en una época eurocéntrica, en el siglo XX. Pero hoy en día, en un mundo mucho más complejo e interrelacionado, en que adquieren relevancia sistemas jurídicos de tan disímil estructura como la de muchos países mahometanos (con su aplicación de la “*sharía*”, por citar un caso), el sistema jurídico de China, los novedosos sistemas jurídicos propios del mundo globalizado, como la *lex mercatoria*, la *lex retis*, entre otros, se hace problemático seguir hablando de una “teoría general” que crea a pie juntillas que no hay mayor variabilidad o deriva genética en los sistemas jurídicos.

Pero si bien es cierta la existencia de múltiples sistemas, de movilidad, de temporalidad y de evolución, esto no implica, como ya se dijo, que no se pueda hablar de una TSCD siempre y cuando esta se caracterice justamente en (i) negar la posibilidad de creer que los sistemas pueden ser comprendidos *a priori*, y (ii) en rechazar la opción de una teoría que justifique, explique o comprenda (según el paradigma que se adopte) todos los sistemas presentes. La TSCD partiría de la negación de un solo sistema, y por tanto, de la imposibilidad de un solo sistema de comprensión o sistema de segundo grado; pero ya afirmar que no hay un solo sistema de comprensión ya es UNA teoría que puede ser aplicada, por lo menos en este aspecto, a todos los sistemas. Entonces, en conclusión, bien puede hablarse de teorías sistémico-cibernético-jurídicas o una teoría general sistémico-cibernético-jurídica, dependiendo todo del punto de vista asumido y del campo de investigación que nos planteemos.

Esto nos remite a lo que escribió el profesor ENRIQUE CÁCERES NIETO (Universidad Autónoma de México): “no es verdad que una supuesta estructura de la realidad determine nuestras teorías, sino más bien nuestras teorías las que determinan lo que podemos construir como realidad. La teoría general de sistemas constituye una manera específica de estructurar el mundo, con su propia ontología de constructos conceptuales, la relación establecida entre ellos y su propia metodología, a partir de la cual se obtienen modelos desde los que se concibe la realidad de cierta forma. Sin embargo, a diferencia de aquellas, la teoría general de sistemas no constituye una materia acotada que se ocupe de un grupo particular de fenómenos, como ocurre con la química o la física; ni tampoco es una materia que haya surgido de la superposición de problemas preexistentes como sucede con la bioquímica. La teoría general de sistemas constituye una metadisciplina cuya materia virtual es prácticamente cualquier otra disciplina. Su mérito principal consiste en permitir elaborar infinidad de modelos explicativos en prácticamente todas las áreas del conocimiento con una gran economía conceptual y reglas de procesamiento

de la información de tipo metodológico que le son propias. Como sucede con toda teoría, las explicaciones resultantes de aplicar la teoría general de sistemas son el producto de constructos conceptuales de los que se predicen ciertas propiedades, funciones o leyes, que se atribuyen a las entidades con las que se instancia la teoría al momento de elaborar explicaciones o modelos³⁶. Y como nos lo ha señalado el profesor CÁCERES, es en este aspecto donde se encuentra la piedra de toque de la necesidad de hacer un viraje sistémico, es decir, usando terminología clásica podría decirse que el *explanandum* ha mutado y por lo tanto se requiere de un *explanans* diferente³⁷.

2.6. El sistema jurídico es dinámico, pero dentro de su dinamismo se generan jerarquías no estáticas.

Esto es consecuencia de aceptar que en el sistema jurídico hay lagunas, hay vacíos, hay conflictos, hay entropía. Pero la aceptación de cierto desorden, en los términos anteriores, no supone hablar de la inexistencia de jerarquías en varios de los subsistemas jurídicos. Así, por ejemplo, en el subsistema normativo, existe una fuerte creencia de los operadores jurídicos, sustentada en varias premoniciones normativas, en que no todas las normas tienen el mismo rango de aplicabilidad. Entonces, el movimiento del subsistema normativo mismo (movimiento que supone una interrelación con otros subsistemas jurídicos y con el entorno del sistema jurídico) supone la aparición de jerarquías (asunto que de alguna manera trabajó el realismo judicial escandinavo cuando analizó las jerarquías normativas a partir del proceso de aplicación judicial del derecho³⁸).

Pero estas jerarquías que surgen en el sistema jurídico (entre los subsistemas) y especialmente en su subsistema normativo (entre sus elementos; por ejemplo: para muchos sistemas jurídicos contemporáneos la constitución es superior a la ley), no son absolutas ni estáticas, pues desde el mismo momento en que una jerarquía se establece como definitiva en un sistema, este se niega a su evolución. Las jerarquías cambian siguiendo patrones de temporalidades, y fruto no solo de lo que DEBE SER el derecho (que supone, entre otras cosas, las partes valorativa y normativa), sino también que cambian conforme a lo que ES el derecho (que implica, especialmente, la parte descriptiva).

Esta visión dinámica de las jerarquías es aceptada incluso por tesis positivistas analíticas. Dicen así BULYGIN Y MENDONCA: “Debemos tener presente, pues, que los sistemas jurídicos no son meros conjuntos de normas, sino estructuras jerárquicas; que existen ciertas relaciones jerárquicas entre las normas pertenecientes a un sistema

36 CÁCERES NIETO, ENRIQUE. Prólogo. En: GRÜN, ERNESTO. *Una visión...*, Buenos Aires - México, op. cit., pp. XVI-XVII.

37 CÁCERES NIETO ENRIQUE, comunicación personal.

38 ROSS, *Sobre el...*, op. cit., pp. 77-79. Esta visión jerárquica es duramente criticada por GUIBOURG EN: GUIBOURG, *Derecho...*, op. cit., pp. 66-68.

jurídico”; luego afirman: “si por ‘sistema normativo’ entendemos un conjunto ordenado de normas, entonces toda modificación de las relaciones ordenadoras modifica automáticamente el sistema mismo”³⁹; pero, a diferencia de estos autores, creemos que la jerarquía no es la que aporta la dinamicidad al sistema, sino todo lo contrario.

En consecuencia, los conceptos del derecho se hallan estrechamente relacionados entre sí por razones de interdefinibilidad, como en la nomoestática kelseniana; pero también lo están en forma dinámica en la medida que el derecho contiene mecanismos que lo autorregulan y automodifican. Por tanto, la autorregulación depende de cierta forma de retroacción (*feed-back*), pues desde los propios mecanismos del derecho se advierte que algunos resultados no son normativamente adecuados (casos de contradicción, laguna o inconstitucionalidad) y esa información se transforma en acción correctora (derogación, modificación, interpretación, construcción jurisprudencial). El tejido del derecho se va regenerando constantemente, con lo que satisface la función de autopoiesis o de autoorganización.

Para quienes veían los sistemas jurídicos como sistemas cerrados, el problema de las llamadas “lagunas del derecho” resultaba poco menos que insoluble: o bien se negaba dogmáticamente su existencia, o bien se imaginaban mecanismos de interpretación para su llenado. Si el tema es pensado como abierto a un entorno, las lagunas serán cubiertas por elementos provenientes de ese entorno, así como el organismo vivo obtiene su alimento del ambiente.

2.7. El trialismo (en sus diferentes manifestaciones) dio elementos importantes para entender el derecho, pero no lo comprende como un sistema (por lo menos no como aquí concebimos un sistema).

El trialismo o tridimensionalismo, en cualquiera de sus manifestaciones hasta ahora presentes en el campo de la filosofía del derecho, ha dado grandes aportes especialmente para la superación de encarnizados debates entre estructuralistas, funcionalistas y iusnaturalistas. No obstante, el trialismo, si bien es un paso hacia la TSCD, no logra llegar hasta lo que esta última propone: un cuarto modelo de sistema para la lectura de los sistemas jurídicos.

Resulta que el trialismo supone que el derecho es una sumatoria de preconcepciones de la realidad del derecho, de los valores jurídicos y de las normas. Pero dicha postura es fundamentalmente mecanicista, lo que hace creer que la comprensión de lo jurídico es un proceso causal de sumatoria, coherente, claro, disponible y planeable. Dicho

39 BULYGIN, EUGENIO y MENDONCA, DANIEL. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005. pp. 79 y 80, respectivamente.

en palabras del profesor ATIENZA: “Con ello (el trialismo) se trata de ofrecer un panorama del derecho más completo que el que resulta de cada una de las anteriores perspectivas, pero se corre el riesgo de incurrir en una especie de sincretismo jurídico, en que la pérdida en cuanto a la nitidez que ofrecían las versiones parciales no resulte compensada por una visión que verdaderamente vaya más allá, esto es, que sea algo más que una mera yuxtaposición de elementos”⁴⁰.

En cambio, la TSCD considera que el derecho (como sistema de primer orden) no puede reducirse a tres esferas. La enunciación exacta del número de esferas depende de cada sistema jurídico en particular, por lo que en la TSCD solo podrá afirmarse que no es posible una reducción a tres.

Entonces, el trialismo es una manera pedagógica de aprehender la complejidad del derecho. Pero el sistema jurídico es tan complejo que si se grafica, no podría ser nunca una pirámide o triángulo (metáfora arquitectónica⁴¹ muy de moda entre los trialistas, especialmente los seguidores de REALE), metáfora, además, estática, donde se comunican tres facetas que agotan lo jurídico. En conclusión, el trialismo conduce a confusiones, pues hace creer que el derecho es una sumatoria de tres elementos, ignorando la complejidad de las relaciones intrajurídicas y con el entorno⁴².

Dicho de otra manera, el derecho no se reduce en los análisis que desde la ciencia del derecho pueden hacerse ni desde la realidad de lo jurídico, a tres ámbitos: el normativo, el funcional y el valorativo. Si bien estos ponen en evidencia la mayoría de las posturas iusfilosóficas hasta ahora planteadas (el estructuralismo, el funcionalismo y el iusnaturalismo), bien caben conexiones no fácilmente atribuibles en dichos ámbitos o en las teorías antes aludidas como, por ejemplo, la pregunta por la vinculación entre los componentes de la biología humana con el derecho que no corresponde siquiera a los modelos funcionalistas preocupados más por una teoría de la eficacia jurídica.

Así, la TSCD evitará estos reduccionismos del derecho a un número determinado de ámbitos o de posturas teóricas, pues se parte de que cualquier enumeración que se haga no podrá ser exhaustiva.

40 ATIENZA, MANUEL. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 22-23. Claro está que el profesor ATIENZA propondrá un enfoque que supere el trialismo: “Considerar el derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos... en definitiva, a considerar el derecho como argumentación” (Ibíd, p. 23).

41 Sobre las metáforas arquitectónicas en el derecho: NARVÁEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. *Arquitectura jurídica: certeza y seguridad en el derecho*. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 6 (2002-2003); www.filosofiyderecho.com

42 Además, el trialismo ha tenido fuertes problemas metodológicos y epistemológicos, basados en la dificultad de ensamblar estas tres dimensiones entre sí sobre un soporte de pensamiento tradicional y analítico. Cfr. GRÜN, ERNESTO. *Una visión...*, 2006, p. 30.

2.8. La teoría sistémica disuelve buena parte de los debates entre iuspositivismo-iusnaturalismo-realismo.

Esto sería el gran aporte de la teoría sistémica a la filosofía del derecho, y sería una consecuencia teórica de la característica inmediatamente anterior (2.7). Si el derecho es un entramado complejo, mal se haría en un sistema de segundo orden (es decir, de un sistema de teorías y comprensiones sobre el derecho, como lo sería el iuspositivismo, el iusnaturalismo, el realismo, el trialismo, etc.) reducir el sistema analizado (es decir, el derecho mismo, que sería el sistema de primer orden) a ciertos valores, a la realidad, a la norma, etc. Esto lo explicamos con un ejemplo: si el iusnaturalismo teológico en su vertiente tomista considera una jerarquía entre ley eterna, ley natural y ley humana, esto es predicable de la construcción que ese sistema de segundo orden ha hecho; pero reducir el derecho mismo (es decir, el sistema de primer orden sobre el que se fundan las teorías tomistas que sería un sistema de segundo orden) a la jerarquía ya anotada, sería un salto peligroso que niega la complejidad de ambos sistemas y la perspectiva límite que tiene todo sistema de segundo orden, perspectiva que puede enunciarse de la siguiente manera: una comprensión, una explicación, una teoría de un sistema no puede abarcarlo íntegramente.

Entonces, sería validable en la ciencia jurídica un estudio que se centre en un solo interés, siempre y cuando ello no llegue al punto de considerar inexistentes otros intereses de segundo nivel también visibles en el sistema de primer orden.

De tal manera, si se acepta que el derecho es un sistema con interacción constante entre varios subsistemas y entre estos con el entorno de lo jurídico, mal se haría en creer que el sistema se termina en una estructura normativa, en una función o realidad (ya sea judicial o social) o en unos principios o valores superiores emanados de la razón, de Dios, etc.

La TSCD sería en sí misma una forma, no de responder al interrogante normativista, funcionalista o iusnaturalista, sino más bien de disolución de los problemas que dieron origen a estas tres escuelas que en no pocas oportunidades se autoexcluían.

Además, la TSCD pone en evidencia las relaciones determinantes entre el derecho con sus entornos más significativos (política, economía, sociedad, etc.) desde un ángulo diferente y más preciso que el aportado por la tradición iusfilosófica. Por otra parte, permite observar los procesos de desequilibrio, equilibrio dinámico, etc., que caracterizan los procesos jurídicos en el mundo actual, a la vez que incorpora el estudio y la aplicación de los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado dentro de la filosofía y la teoría jurídicas.

En conclusión, la TSCD impediría radicalismos en los que se enfocarían en cómo debe ser el derecho, en los que se centran en cómo se desenvuelve el derecho y en los que se detienen en cómo se estructura el derecho (que incluye la pregunta de qué dice el derecho).

Como podemos vislumbrar a través de lo dicho hasta aquí, la TSCD resolvería o disolvería muchos de los problemas y debates actuales de la filosofía del derecho, a partir del cambio de paradigma. Pero aquí solo enunciamos algunos de los problemas que resuelve o disuelve, pero estamos seguros de que las ventajas en la comprensión que permite la TSCD son mucho más de las enunciadas en este trabajo.

CONCLUSIONES

La TSCD, a cuya concreción tiende el presente trabajo, constituirá, así lo esperamos, el paradigma que la complejidad de los temas y de los sistemas jurídicos (nacionales, internacionales, transnacionales, etc.) requiere hoy en día para hacer frente a la crisis de su funcionamiento práctico y de su investigación científica y filosófica.

Las herramientas de la sistémica y la cibernética están a disposición, y creemos que serán de suma utilidad para efectuar esta tarea en un momento de grandes convulsiones mundiales en los ámbitos económico, social y político, que justifican encarar de esta manera la lucha por el derecho que ya exigía RUDOLF VON IHERING hace más de un siglo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.
- ATIENZA, MANUEL. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema del positivismo jurídico*. 6ª ed. México: Fontamara, 1999.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1987. pp. 181-183.
- BOTERO BERNAL, ANDRÉS. *Diagnóstico de la eficacia del derecho en Colombia y otros ensayos*. Medellín: Señal Editora y Fondo Editorial Biogénesis, 2003. 245 p.
- BOTERO BERNAL, ANDRÉS. Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores). En: *Opinión Jurídica*, n° 9 (2006).
- BOTERO BERNAL, ANDRÉS. *Estudio de la constitución antioqueña de 1812: modelo de lectura en tres actos del constitucionalismo provincial hispanoamericano*. (En prensa).
- BOTERO BERNAL, ANDRÉS. Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica. En: *Diálogos de saberes: Centro de Investigaciones Socio Jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad Libre (Bogotá). n° 18-19 (enero - diciembre del 2003); pp. 147-174.
- BULYGIN, EUGENIO y MENDONCA, DANIEL. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- CAPRA, FRITJOF. Complexity and. In: *Systems research and behavioral science* Syst. Res. 24, 2007, pp. 475-479.

- CARBONELL, MIGUEL (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. 286 p.
- CUETO RÚA, JULIO. *Judicial Methods of interpretation of the law*. The Publications Institute Paul M Hebert: Law Center Louisiana State University, 1981. Capítulo II.
- ESTRADA VÉLEZ, SERGIO IVÁN. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. 2ª ed. Medellín: Universidad de Medellín, 2006.
- FOERSTER, HEINZ VON. *Observing Systems: Selected Papers of Heinz von Foerster*. Seaside, CA: Intersystems Publications, 1981.
- FRANÇOIS, CHARLES. *Diccionario de teoría de sistemas y cibernética*. Buenos Aires: Ed. Gesi, 1991. pp. 97-98.
- FRANÇOIS CHARLES (Editor). *International Encyclopedia of Systemics and Cybernetics*. 2nd ed. München: K. G. Knaur, 2004.
- GRÜN, ERNESTO. Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 4, Año 2000/2001. www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero4/istemas_ficha.htm.
- GRÜN, ERNESTO, "Derecho y caos. Sobre la actual y futura evolución del derecho". En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 3, Año 1999/2000, www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/caos.htm.
- GRÜN, ERNESTO. El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio, En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 1, 1997/1998, www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero1/posmoderno.html.
- GRÜN, ERNESTO. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. En: *Panóptica*, 2007; www.panoptica.org/8marcoabril07.htm
- GRÜN, ERNESTO. La crisis del sistema jurídico-político argentino. Un enfoque sistémico y cibernético. En: *Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*. Conferencias y Ponencias. (www.aafd.org.ar/filosofia/documentos/16_Grun%20Ernesto.doc).
- GRÜN, ERNESTO. La globalización del derecho: Un fenómeno sistémico y cibernético. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 2, Año 1998/1999, www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/global.html.
- GRÜN, ERNESTO. Una visión sistémica y cibernética del derecho (Libro en versión electrónica) En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 3, 99/00, www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/grun.htm.
- GRÜN, ERNESTO. El derecho después del 11 de septiembre del 2001. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (Rtfd), n° 5, Año 2001/2002 (www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/11-9-01.htm).
- GRÜN, ERNESTO. El derecho en el mundo globalizado del siglo XXI desde una perspectiva sistémico-cibernética. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 4, (2000/2001); Capítulos I y II. <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero4/globalizado.htm>
- GRÜN, ERNESTO. La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho. En: BOTERO BERNAL, ANDRÉS y ESTRADA VÉLEZ, SERGIO IVÁN (comp.). *Temas de filosofía del derecho*. Medellín: Señal editora y Universidad de Medellín, 2003.
- GRÜN, ERNESTO. La teoría general de sistemas y la tributación. En: *Revista La Información*, T. LX, p. 1006.

- GRÜN, ERNESTO. Mediación: Un enfoque sistémico-cibernético. En: *Transformación de conflictos en el mundo hispánico* (<http://www.inter-mediacion.com/cibernetico.htm>).
- GRÜN, ERNESTO. Sistema jurídico y sistema ecológico. Un enfoque sistémico. En: *La Ley - Revista Actualidad*, agosto 19, 1993.
- GRÜN, ERNESTO. Un enfoque sistémico-cibernético de la mediación. En: *La Ley - Suplemento de métodos alternativos de resolución de conflictos*, n° 2.
- GRÜN, ERNESTO. Un nuevo enfoque para la teoría general del derecho. En: *Revista La Ley*, 1988, A, p. 979.
- GRÜN, ERNESTO. *Una Visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. Buenos Aires: Dunken, 2004.
- GRÜN, ERNESTO. *Una Visión sistémica y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. México - Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Lexis Nexis, 2006.
- GRÜN, ERNESTO. *Una visión sistémica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- GRÜN, ERNESTO. La globalización jurídica. En: *Transformación de conflictos en el mundo hispánico* <http://www.inter-mediacion.com/grun.htm>.
- GUIBOURG, RICARDO. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986. 77 p.
- KUHN, THOMAS. *La estructura de las revoluciones científicas*. Trad. Agustín Contin. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- LAMBERT, EDOUARD. *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*. Milano: Giuffrè, 1996. 247 p.
- LÓPEZ, DIEGO. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional de Colombia, 2004. 480 p.
- LUHMANN, NIKLAS. *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlín: Walter de Gruyter, 1988.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ RAMÓN. Arquitectura jurídica: certeza y seguridad en el derecho. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 6 (2002-2003); www.filosofiaderecho.com
- OLIVECRONA, KARL. *El derecho como hecho*. Trad. J.J. Santa Piner. Buenos Aires: Depalma, 1959.
- POUND, ROSCOE. Causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. In: *American Law Review*, 40 (September-October 1906), pp. 729-749.
- ROMANO, SANTI. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sasoni, 1946.
- ROSS ALF. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1963.
- VON SAVIGNY, FEDERICO CARLOS. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley: los fundamentos de la ciencia jurídica*. Trad. W. Goldschmidt. Bogotá: Leyer, 2005.
- SCHMILL, U. El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia (en línea). En: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n° 5 (2002); (<http://www.uv.es/CEFD/5/schmill.html>).
- TEUBNER, GUNTHER (editor). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin/New York: Walter de Gruyter/European University Institute. 1988.
- TEUBNER, GUNTHER. *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Basil Blackwell, 1993.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.