

Aproximación al debate sobre el concepto de sistema jurídico interno o externo

Melba Luz Calle Meza, Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza

Guión: 1.-Introducción. 2.-El afianzamiento del sistema externo en el tránsito a la modernidad. 3.- El sistema jurídico en la Escuela Histórica, el desarrollo del sistema interno a partir de la Jurisprudencia de Conceptos y las críticas al sistema interno. 4.- Últimos avances del concepto de sistema: enfoque sistémico y cultura sistémica.

1.-Introducción.

Entre los teóricos del Derecho parece existir un acuerdo generalizado en considerar que las normas jurídicas no están aisladas sino que constituyen un sistema o totalidad ordenada. Y, además, en que sería un error tanto prescindir de la idea global del ordenamiento jurídico como desconocer el carácter sistemático del Derecho.¹ No obstante, la naturaleza interna o externa del Derecho entendido como un sistema sí que es objeto de polémica.

El objetivo de este escrito es hacer una presentación sumaria –aunque actualizada– de una materia central de la teoría del Derecho occidental pero que, dada su envergadura, no es posible desarrollarla ampliamente en unas pocas páginas.² Y, por lo demás, ha sido objeto de estudios específicos.³

¹ PÉREZ LUÑO, A., *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 203; HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Teoría General del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 45-64; CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 56; BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 325-338; ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, pp. 61-69; del mismo autor, *El Derecho como argumentación. Concepciones del argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 19-24

² Se ha tomado como guía la selección de autores propuesta A. E. Pérez Luño, véase PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Tomo I, Madrid, Dikinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Universidad Carlos III, 1998, 875 pp.- Asimismo, HERNÁNDEZ MARÍN, R., *op. cit.*, pp. 45-64; CALVO GARCÍA, M., *Teoría, cit.*, pp. 56; BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 325-338; ATIENZA, M. *Introducción, cit.* pp. 61-69. Adicionalmente se consultó la obra más destacada de cada uno de los autores representativos de la polémica.

³ Desde luego la obra clásica, SAVIGNY, F., *Sistema del Derecho romano actual*, T. I, Madrid, Góngora, 1930, 477 pp. A propósito véase HERNÁNDEZ GIL, A., “La noción de sistema en Savigny”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 14, pp. 273-408. En los trabajos recientes se destacan, LOSANO, M., *Sistema e struttura nel diritto. Dalle origini alla scuola storica*, vol I, Torino, Giapichelli, 1968, 313 pp., del mismo autor, *Sistema e struttura nel diritto. Il Novecento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2002, 311 pp., y *Sistema e struttura nel diritto. Dal Novecento alla postmodernità*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2002, 371 pp. Del mismo autor, *La nozione di sistema*

La polémica mencionada acerca del sistema jurídico se basa, esquemáticamente, en la distinción entre dos modos de concebir el Derecho, así:

- **como un sistema externo al objeto:** el orden jurídico o estructura del Derecho es el punto de llegada del jurista, quien lo instala en un objeto en principio caótico. De esta forma el sistema jurídico es entendido como una totalidad conformada por las proposiciones jurídicas que describen un cierto ordenamiento jurídico.⁴ Y supone la proyección de modelos sistemáticos externos –importados de disciplinas no jurídicas, ya sea de las ciencias de la naturaleza o ya de las ciencias sociales- a la construcción del sistema jurídico.⁵
- **como un sistema interno al objeto:** la estructura del Derecho es el punto de partida del jurista.⁶ En este caso el sistema se entiende conformado por proposiciones prescriptivas y el nexo entre ellas es un nexo específicamente jurídico. Esta concepción identifica el sistema con el orden formal inmanente a cualquier conjunto de normas jurídicas organizadas en función de un principio básico que es inherente al Derecho positivo y presupuesto gnoseológico del mismo.⁷

La etimología del término sistema remite al pensamiento griego, que era sistemático pues su lengua (a diferencia del latín clásico) contemplaba “lo abstracto” y aludía a la posibilidad de dirigir la infinidad anárquica de los fenómenos naturales a un mismo principio. Aunque *sistema*, en su acepción más restrictiva, aludía al *cosmos*, constituido por el cielo, la tierra y los seres vivientes. El pensamiento sistemático griego se aplicó en matemática y geometría y la estructura numérica del universo propuesta por los filósofos pitagóricos fue considerado el inicio (en la antigüedad) del pensamiento sistemático en las ciencias sociales: una historia paralela a la de las ciencias exactas.

Por su parte, los juristas romanos desarrollaron su propia idea de sistema, más próxima a la sistemática como método de exposición ordenada del Derecho.⁸ En los siglos XI y XII con el florecimiento italiano de la Escuela de Bolonia se desarrolló el método de interpretación del *Corpus iuris*, en el cual los glosadores combinaron la *glossa* (elucidación del significado del término latino) con otra serie de técnicas (*expositio verborum*, *summulae*, *brocharda*) que permitieron una reelaboración de las diversas partes del texto latino mediante un desarrollo lógico del dato normativo.⁹

giuridico in Hans Kelsen, Milano, Cuesp, 1998, 106 pp. Asimismo, LUHMANN, N., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, 153 pp.

⁴ LOSANO, M., *Sistema, I, cit.*, p. 42.

⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos, cit.* p. 145.

⁶ LOSANO, M., *op. cit.* pp. 1-4.

⁷ PÉREZ LUÑO, A., *op. cit.*, pp. 144-146.

⁸ LOSANO, M., *Sistema, I, cit.*, pp. 18-25.

⁹ ORESTANO, R., *op. cit.*, p. 58

De otro lado, dentro de la percepción del Derecho natural escolástico -en el que se confundían Derecho y teología –el mundo era entendido como el conjunto de todas las cosas ordenadas por leyes constantes instituidas por Dios y su conocimiento se fundamentaba en la autoridad de los textos revelados (*autoritates*). Y fue, principalmente, bajo el influjo de Tomás de Aquino (1226-1274) que la *ratio* se convirtió en el fundamento del Derecho natural escolástico, aunque se trataba de una razón ideada como elemento de una metafísica teleológica. Porque en esa concepción se relacionaban estrechamente las ideas de totalidad (*sistema* en la antigua concepción griega) y de *recta ratio*: el mundo se regía por el principio de que todo acontece por razón de un fin que Dios ha impreso a las cosas como su naturaleza. Ciertamente, la metafísica teleológica del Derecho natural inspirado en Aristóteles construyó la imagen idealista del hombre: el fin último ideal del hombre, ser racional y social, es también su naturaleza, lo que determina su desarrollo. Por tanto, los preceptos del Derecho natural se podían deducir del sistema de las inclinaciones naturales del hombre que, como todas las cosas, respondían a la ley natural, razón o fin señalado por Dios.¹⁰

Posteriormente, entre los siglos XIII y XV, los postglosadores y comentaristas sostuvieron que el ordenamiento jurídico conformaba una totalidad que podía ser explicada mediante presupuestos lógicos y adaptaron el Derecho romano a las necesidades del nuevo mundo, lo que comportó el abandono de su concepción fragmentaria del Derecho. Ésta se considera como la primera manifestación de la *dogmática jurídica*, cuya principal característica es la estricta observación de un principio (dogma divino o norma jurídica) sin la cual, se piensa, la actividad del jurista no tiene ninguna utilidad.¹¹

Por último, lo característico de la idea de sistema en la Edad Media fue su ambigüedad pues la expresión era empleada para indicar ya un orden exterior o ya un sistema propio.¹²

2.- El desarrollo del sistema externo en el tránsito a la modernidad.

En los siglos XVI y XVII se verificará el despliegue de la idea del sistema jurídico externo en conexión con el período histórico del llamado “tránsito a la modernidad”.¹³ La evolución de esta noción jurídica tuvo que ver específicamente con el Renacimiento humanista y con el prestigio inicial alcanzado por las teorías iusfilosóficas que buscaron demostrar el carácter científico del Derecho con base en el método matemático.¹⁴ En

¹⁰ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*, Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2005, 343 pp.

¹¹ WIEACKER, F., *op. cit.*, pp. 48-54.

¹² LOSANO, M., *Sistema, I, cit.*, pp. 14, 41-43.

¹³ El tránsito a la modernidad es “un período profundamente revolucionario y transformador -a lo largo de más de dos siglos- donde muchas de las estructuras económicas, sociales, culturales y políticas del mundo medieval desaparecen, aunque otras se adaptan y sobreviven a la nueva era.”, véase AA.VV., *Historia, cit.*, pp. 15-16.

¹⁴ Sobre la relación entre la idea del Derecho como sistema y como ciencia, VEGA, Jesús, *La idea de ciencia en el Derecho*, Oviedo, Pentalfa, 2000, pp. 69-80

efecto, con el advenimiento del Renacimiento humanista se inició la innovación de la concepción científica totalizadora propias del mundo medieval.¹⁵ Y, será el célebre racionalismo de Descartes el que se asentará como la base de la ciencia occidental.¹⁶ En su *Discours de la méthode* expresará el rasgo fundamental de la modernidad: la razón como instancia capaz de determinar lo que son las cosas. Según Descartes, mientras la percepción que tenemos de todo lo existente -incluso del universo- puede ser puesto en duda, hay una única certeza que es la conciencia, el pensamiento, cuyo objeto son las ideas o representaciones mentales.¹⁷ Y, al mismo tiempo, las únicas ideas que se pueden percibir con igual certeza que la conciencia son los juicios y enunciados de las matemáticas porque la evidencia de tales enunciados descansa en la razón misma. Es la propia razón la que produce y establece los juicios matemáticos y, por tanto, la razón es capaz de conocer juicios universales y objetivos.¹⁸ Los fenómenos, por eso, tenían que desintegrarse en sus diversas partes y reconstruirse después basándose en el conocimiento de la conexión entre ellas.¹⁹ Este es el método analítico-sintético de Galileo y Descartes que servirá de modelo para la nueva teoría del Derecho natural.²⁰

En efecto, Tomas Hobbes (1588-1679), contemporáneo inglés de Descartes, introduce por primera vez en el estudio del fenómeno político el método racionalista y abandona el método de autoridad, para aplicar a las disciplinas morales y políticas el mismo rigor en la investigación característico de la geometría y las ciencias naturales.²¹ Hobbes, impulsado por la intención de justificar su doctrina de la unificación política en el Estado absoluto, encontrará una herramienta idónea en el método propio de las matemáticas: “*Cuando un hombre razona, no hace otra cosa que concebir una suma total, por adición de partes, o concebir un resto, por sustracción.*”²²

Según Hobbes, para conocer la naturaleza interna del Estado, constituida por el poder y el derecho del soberano y las obligaciones de los súbditos, había que analizarlo en sus

¹⁵ PECES BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 133-134.

¹⁶ DURAND, D., *La systématique*, PUF/ Que sais-je?, París, 1979, p. 7.

¹⁷ Así, el primer principio de la filosofía cartesiana es la relación entre pensamiento y existencia “*je pense, donc je suis*”, DESCARTES, R., *Oeuvres philosophiques, 1618-1637*, I, París, Garnier, 1988, pp. 603-604.

¹⁸ Decía Descartes: “*considérant qu’entre tous ceux qui ont ci devant recherché la verité dans les sciences, il n’y a eu que les seuls mathématiciens qui ont pu trouver quelques démonstrations, c’est a dire quelques raisons certaines et évidentes*”, *Ibidem*, p. 588. Igualmente, sobre la certeza del uso de la razón en el método matemático, véase del mismo autor y obra, pp. 590-599 y, en relación con su método para encontrar la verdad en el que recomienda tener por cierto sólo aquello que no pueda de ninguna forma ponerse en duda, ver p. 586.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 587-588.

²⁰ WELZEL, H., p. 114.

²¹ HOBBS, T., *Del ciudadano*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos/Universidad Central de Venezuela, 1966, p. 17, introducción de Norberto Bobbio; WIEACKER, F., *op. cit.*, pp. 262-263; WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 116-126; CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos.*, pp. 41-42.

²² Además, el procedimiento de aritméticos y géometras es, según Hobbes, análogo al de políticos y juristas: “*así como los aritméticos nos enseñan a sumar y a sustraer en los números, (...). Los escritores políticos suman los pactos o convenios para hallar cuáles son los deberes de los hombres, y los abogados suman leyes y hechos para hallar qué es lo justo y qué es lo criminal en las actuaciones de individuos particulares.*”, HOBBS, T., *Leviatán, la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 42.

diferentes partes lo mismo que se descompone un reloj mecánico para saber su funcionamiento y engranaje.²³ Este cambio trajo consigo el hecho muy relevante de que el Derecho se considere ya no como un “derecho de juristas” encargados de revelar el sentido objetivo de la ley, sino como un objeto susceptible de un enfoque científico.²⁴

De forma que, sobre el modelo de un universo regido por leyes que se podían formular matemáticamente, los iusnaturalistas del siglo XVII y XVIII se esforzarían por construir un sistema de normas deducibles con rigurosa exactitud.²⁵ Los sistemas matemático y geométrico fueron, por tanto, la base del concepto de sistema jurídico elaborado por la ciencia jurídica contemporánea. Según Leibniz y Wolf (juristas y matemáticos) el Derecho natural y el Derecho positivo podían ser explicados como un “sistema de premisas lógicas” que podía ser construido con los mismos métodos de las ciencias matemáticas. G. W. Leibniz (1646-1716) ha sido considerado como el precursor de una concepción específica de sistema directamente influenciada por el razonamiento matemático.²⁶ Según su metodología de la “Nueva Ciencia” el conocimiento de las estructuras formales es lo que da sentido a los hechos que se producen en la realidad. Esos “Elementos Universales del Derecho natural” es preciso combinarlos con los modos lógicos y con el concepto de “hombre bueno” que hace posible predicar lo universal (lo formal) a la vida humana (lo real).²⁷ Para Leibniz la Jurisprudencia, que es la ciencia que se ocupa de la justicia, funciona igual que las ciencias exactas que no están basadas en hechos sino que fundamentan los hechos. Y a falta de disposición legal, es posible encontrar la decisión apropiada en el Derecho natural con ayuda de la razón.²⁸ Por ello, a su teoría se le criticó la eliminación de la experiencia en el conocimiento del Derecho. El segundo problema de Leibniz fue la confusión entre el Derecho y la moral, ya que intentó elaborar un Derecho natural “teológico-jurídico” que fracasó, pues para la época (1700) la idea confusa sobre la coercibilidad de la virtud resultaba inadmisibles después de Pufendorf y Thomasius.²⁹

²³ Porque es al soberano a quien corresponde establecer el Derecho: “corresponde también al criterio (*judgment*) del propio poder soberano determinar y establecer la medida común mediante la cual todo hombre sepa qué es suyo y qué es del otro; qué es bueno y qué es malo; (...). Formar este derecho corresponde a quien tiene el poder de la espada, mediante la cual los hombres se ven obligados a observarlo, pues si no, no tendría sentido.”, véase, HOBBS, T., *Elementos del Derecho natural y político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 260.

²⁴ CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos*, cit., pp. 34-40.

²⁵ ORESTANO, R., *op. cit.*, pp. 49; FASSÒ G., *Historia*, 2, cit., pp. 83 y 165. Ese traspaso de la idea de sistema desde la geometría hacia la teología, la filosofía y la jurisprudencia estuvo, por otra parte, estrechamente conectado con el problema de la certeza de la discusión teológica y del confesionalismo, véase LUHMANN, N., *op. cit.*, pp. 17.

²⁶ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos*, cit., pp. 75-76 y 142-143; ORESTANO, R., *op. cit.*, pp. 574-575.

²⁷ En palabras de Leibniz: “Nuestros Elementos Universales tienen por objeto el que sepamos qué es justo, injusto, obligado y omisible, [...] , a esto suelo llamarlo modos del derecho.[...] Pero los modos de derecho se forman a partir de los Modos Lógicos y de la definición de hombre bueno. Por tanto, en primer lugar se combinarán con los Modos Lógicos [...]. En segundo lugar, serán combinados con el hombre bueno, y con sus componentes como son el amor y todos los demás, LEIBNIZ, G., *Elementos del Derecho natural*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 88 y el estudio preliminar de Tomás Guillén Vera, p. XXI.

²⁸ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 159 y notas 168-169.

²⁹ *Ibidem*.

Con todo, otro filósofo alemán Christian Wolff (1670-1754), divulgador de Leibniz, se convirtió en el filósofo de punta de la escolástica católica tedesca y sus obras tuvieron una gran difusión en Italia y España. En su definición de ciencia, Wolff indica el tipo de nexo que une las partes individuales del sistema: la ciencia es el conjunto de proposiciones deducidas por legítima consecuencia de principios ciertos e inmutables. Wolff se propuso elaborar un verdadero sistema pero, como no se preocupó por los contenidos de los principios, su sistema terminó por transformarse en un enorme índice sistemático. Ahora bien, lo más interesante para destacar en este punto es la estrecha relación entre Leibniz y Wolff hasta el grado de que sus teorías han sido tratadas como “el sistema leibniziano-wolffiano”.³⁰ Y, asimismo, el parentesco entre la sistemática “leibniziana-wolffiana” y la Jurisprudencia de conceptos. Según Francisco Tomás y Valiente el proceso lógico deductivo para desarrollar la “genealogía de los conceptos” que empleó Puchta procede del racionalismo del siglo XVIII y especialmente de la ideología de C. Wolff.³¹ En efecto, para la Escuela Histórica del Derecho la ciencia jurídica debía dedicarse a la comprensión de la estructura sistemática del Derecho, planteamiento que constituyó uno de los aspectos centrales de la Pandectística. No obstante, la noción que se consolidaría a partir de la Jurisprudencia de conceptos sería la de un sistema jurídico interno y cerrado.³²

3.- El concepto de sistema jurídico en la Escuela Histórica, el desarrollo del sistema interno a partir de la Jurisprudencia de Conceptos y las críticas al sistema interno.

Según Savigny (1779-1861), la suma total de las instituciones jurídicas constituyen un sistema: “todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y ... la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia.”³³ El sistema jurídico es una entidad abstracta, profunda y racional que, sin embargo, vive en la conciencia del pueblo. Se trata de un “sistema conceptual estático” que se puede elaborar mediante la metodología de la construcción.³⁴ Si se apela al símil de una edificación, se puede imaginar que la idea del Derecho de Savigny se compone de tres niveles: el primero, que se ubica en la base por su inmediatez con la realidad es la relación jurídica, le sigue la institución jurídica que nace de un proceso abstracto de naturaleza lógico formal y, por último, se encuentra el sistema en el que se enlazan todas las instituciones jurídicas.³⁵ El postulado fundamental de la Escuela Histórica fue el de un Derecho producto del espíritu del pueblo (Volksgeist), viviente en todos

³⁰ LOSANO, M., *Sistema, I, cit.*, pp. 78-84.

³¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 483.

³² LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 41-43; PÉREZ LUÑO, *Los derechos, cit.*, pp. 142-149.

³³ SAVIGNY, F. *op. cit.*, p. 67.

³⁴ CALVO GARCÍA, M., *Los Fundamentos, cit.*, pp. 73-80.

³⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F., “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Estudios de Filosofía del derecho*, Tenerife, Universidad de la Laguna, 1979, pp. 141-170; ORESTANO, R., *op. cit.*, pp. 270-271.

aquellos que pertenecen a una misma nación o etnia.³⁶ Ahora bien, la Escuela Histórica se desarrolló a través de la Pandectística y gracias al trabajo de Puchta entendió el Derecho como una “genealogía de conceptos”. En efecto, fue G. F. Puchta (1789-1846) -discípulo más brillante de Savigny en Berlín y también alumno de Hegel -el responsable de la idea del sistema jurídico pensado como una pirámide de conceptos construida según las reglas de la lógica formal. Puchta explicaba su tesis de la siguiente manera: dado que la genealogía de los conceptos se basa en la existencia de un concepto superior que implica una serie de enunciados, cuando se subsume un concepto inferior en el superior, se deben predicar del segundo los mismos enunciados hechos al primero, con lo cual, tales enunciados se convierten en normas porque determinan el contenido de los demás conceptos. Por ejemplo, el concepto de servidumbre de paso. Esta es, primero, un derecho subjetivo, es decir, un poder sobre un objeto. Luego, la servidumbre es un derecho sobre una cosa, es decir, un derecho real. Además, es un derecho sobre una cosa ajena, por lo que sólo confiere un dominio parcial. Y la clase de potestad que otorga es el uso de la cosa. Por tanto, la servidumbre pertenece al género de derechos al uso de las cosas y así sucesivamente.³⁷ Puchta ha sido criticado por desdeñar la relación entre las reglas jurídicas y las instituciones jurídicas que había sido subrayada por Savigny ya que de esta manera abonó el terreno al formalismo jurídico que dominó posteriormente durante más de un siglo.³⁸ Así, el positivismo jurídico decimonónico consolidó la idea del Derecho como un sistema interno y cerrado, esto es, completo, clausurado y extrañado del sistema social. De forma tal que la labor del científico del Derecho se concluía enteramente al interior del mismo.³⁹

No obstante, aquella ideología respecto del sistema y de la ciencia jurídica dio origen a severas críticas. El cambio trascendental comienza con Rudolf V. Ihering (en su segunda etapa) quien exigió el avance hacia la concepción del sistema jurídico como sistema de la realidad social. La conocida como Jurisprudencia de intereses, cifró en el concepto de “interés” el movimiento hacia una significación del sistema jurídico que fuese “construido” por la sociedad misma. Aunque Ihering criticó el formalismo, no porque él rechazara absolutamente la dogmática, sino por pretender una concepción jurídica autónoma realizadas sólo en interés del conocimiento.⁴⁰ Según Ihering “*la norma y la coacción, son elementos puramente formales, que no dicen nada del contenido del derecho*”.⁴¹ Además, “*tan sólo por el contenido sabemos que el derecho sirve*

³⁶ SAVIGNY, F., *op. cit.*, pp. 188

³⁷ Véase las “*Servitutes praediorum, 1) Servituten für Grundstüde*”, en PUCHTA, G., en *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Nachdr. Ausg. Leipzig, Breitkopf und Härte, Bd. 3, 1847, pp. 749-762. En la versión italiana de A. Turchiarulo, *Corso delle istituzioni*, Napoli, Tipografia allInsegna del Diogene, 1854, ver, “*Natura generale delle servitù*”, pp. 179-182.

³⁸ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 42.

³⁹ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos*, cit. pp. 143-145.

⁴⁰ LUHMAN, N., *op. cit.*, pp.19-20.

⁴¹ IHERING, R., *El fin en el Derecho*, Granada, Comares, 2000, pp. 299-304.

propia a la sociedad". Además el fin del Derecho, no puede ser más que "la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, creadas por la fuerza coactiva del Estado".⁴²

En el siglo XX, la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen se convirtió en el paradigma del Derecho representado en un sistema compuesto íntegramente por normas jurídicas producidas por la autoridad competente. Porque Kelsen se propuso distinguir entre la actividad descriptiva de la ciencia jurídica que produce sólo enunciados acerca del Derecho y la labor de las autoridades propiamente normativas en un ordenamiento jurídico dado. Igualmente, para Kelsen "un <orden> es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden."⁴³ Este orden jurídico surge de su propia estructura y no se contamina con los sistemas políticos, económicos, axiológicos o sociales.⁴⁴

En una línea opuesta se encuentran las teorías institucionalistas que generalizaron el uso de la expresión "ordenamiento jurídico" cuyo mayor logro ha sido impulsar el Derecho como un conjunto ordenado de normas centrado en la actividad de los grupos sociales e instituciones que las producen, esto es, con un soporte permanente en la experiencia social.⁴⁵

4.- Últimos avances del concepto de sistema: enfoque sistémico y cultura sistémica.

En los últimos años las teorías de los sistemas basadas en los modelos de la tecnología cibernética e informática se han proyectado con fuerza a los estudios jurídicos. Niklas Luhmann es un destacado ejemplo actual de esta corriente.⁴⁶ Desde mediados del siglo XX se desarrolló un concepto moderno de *sistema*. Al finalizar la II Guerra Mundial los científicos advirtieron la necesidad de un pensamiento sintético para revelar prioritariamente la función de los sistemas. Aunque no se desecha el método analítico, puesto que el pensamiento sistémico incluye el análisis y la síntesis. De esta manera, el "reduccionismo" (reducir todo a sus elementos últimos para explicar el resto) se complementa con el entendimiento de que el conocimiento progresa desde las totalidades hacia las partes, y no viceversa.⁴⁷ La "filosofía de los sistemas" implica, así, una

⁴² *Ibidem*.

⁴³ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979, *cit.*, pp. 44-45; 123-199 y 201-283.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos*, *cit.*, pp. 147-149.

⁴⁶ LUHMANN, N., *op. cit.*, pp. 95-113.

⁴⁷ Los nombres que deben citarse como precursores en el uso del concepto moderno de sistema son: L. Von Bertalanffy (fundador en 1954 de la Sociedad de estudios de los Sistemas Generales); Norbert Wiener (matemático estadounidense que publicó en 1948 su obra célebre *Cybernetics, or Control and Communication in the Animal and the Machine*), McCulloch (neurosiquiátra de origen, realiza investigaciones importantes sobre la

reorientación del pensamiento mediante la introducción de un nuevo paradigma científico: el enfoque sistémico (no sistemático, sinónimo de actividad metódica). Este enfoque se origina, fundamentalmente, en las ideas de Ludwig Von Bertalanffy autor de una Teoría del Sistema General cuya virtud esencial es la de tratar a los sistemas sin prescindir de sus relaciones con el entorno manteniendo las conexiones internas y externas de sus elementos.⁴⁸ De forma que los sistemas, en su sentido actual, ostentan cuatro características fundamentales: **la interacción:** contrariamente a lo que enseñaba la ciencia clásica la relación entre elementos comporta una doble acción entre ellos (retroalimentación). **La globalidad:** significa que el sistema si bien está compuesto de elementos no es una suma de elementos como el razonamiento cartesiano enseñaba. El sistema es un todo no reducible a sus partes. **La organización:** es el concepto central y significa una administración de las relaciones entre los elementos que produce una nueva unidad con cualidades que no tienen sus componentes. Además, comporta una suerte de optimización de las unidades de un sistema y de su administración. **La complejidad:** la lógica cartesiana había enseñado a simplificar los fenómenos. Pero ahora se sabe que no se puede eliminar la complejidad. Aunque ésta no es equivalente a “sistema complicado” que es aquel con numerosos elementos en desorden pero cuyo principio de composición es simple. Mientras que la complejidad de un sistema surge de factores de imprecisión inherentes a las relaciones entre sus elementos y a la incertidumbre propia de su entorno.

Por lo demás, el cambio de paradigma científico respecto del sistema se explica por la necesidad de dar respuesta a los cuestionamientos a las tradiciones culturales formulados por la sociedad contemporánea y que han dado lugar a una nueva visión del mundo.⁴⁹

Finalmente, las transformaciones experimentadas por la noción de sistema parecen haber comportado, en el campo iusteórico y constitucional, la vigorización de la noción de ordenamiento jurídico desarrollada por Santi Romano en su célebre *Teoría del ordenamiento jurídico* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963), en la segunda edición de la *Teoría Pura del derecho* de Kelsen (México, UNAM, 1979) y en la *Teoría general del derecho* de Norberto Bobbio (Madrid, Debate, 1991). Y, el Derecho español se presenta como un buen modelo de este fenómeno, pues la utilización del término Ordenamiento en la Constitución de 1978 sugiere una tendencia hacia una sistematicidad externa. Esa preferencia se manifiesta, además, a través de los siguientes elementos:⁵⁰

inteligencia artificial y funda la bionique), J.W. Forrester (ingeniero electrónico que elabora la “dinámica general de los sistemas”), véase DURAND, D., *op. cit.*, pp. 5-11.

⁴⁸ BERTALANFFY, L., *Teoría general de los sistemas: fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, 311 pp.

⁴⁹ DURAND, D., *op. cit.*, pp. 8-11 y 115-121.

⁵⁰ A continuación se hace una síntesis del pensamiento de PÉREZ LUÑO, A., en “El sistema de los derechos fundamentales”, AA. VV., *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid/Barcelona, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, 2004, pp. 367-395; del mismo autor, *Los derechos*, *cit.*, pp.150-154; y *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 60-78.

- 1.- Abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad civil: mediante la noción de Estado social y democrático de Derecho (Art. 1.1. C. E. de 1978).
- 2.- Un sistema abierto a los datos externos que provienen de la estructura económico social: la propia Constitución prevé y regula su interconexión con el sistema social y económico: mediante los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52 C. E.) o la iniciativa legislativa popular.
- 3.- Ese carácter externo se manifiesta igualmente en el sistema constitucional de los derechos fundamentales (presidido por el artículo 10º. 1 de la C. E. que reconoce los derechos inviolables e inherentes a la dignidad de la persona): un sistema abierto a la experiencia social e histórica a través de su conexión con el principio de la soberanía popular (Art. 1º. 2, C. E.). El principio democrático de la soberanía popular cumple el papel de fundamento axiológico de la legitimidad del sistema de derechos fundamentales; de garantía sociológica de su eficacia; y de parámetro formal porque el proceso participativo se realiza respetando los cauces constitucionales.
- 4.- Superación de las actitudes metódicas formalistas por las de “tendencias culturalistas” que estimulan una interpretación de los textos constitucionales acorde con los valores éticos y políticos de las sociedades democráticas.
- 5.- Matización de las notas constitutivas del ordenamiento jurídico (unidad, plenitud, coherencia) con la adopción de nuevas categorías: desplazamiento desde la unidad del ordenamiento hacia el **pluralismo** que implica básicamente la “apertura” del sistema constitucional. b) relativización del postulado de la plenitud del orden jurídico para otorgar más importancia a una **multiplicidad de instancias jurisdiccionales** que faciliten la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Y, c) apertura al *status activus processualis* que implica reconocer la inauguración a la protección jurisdiccional de las libertades así como **formas de participación dinámicas y activas por parte de los interesados** en los procedimientos de formación de actos jurídicos.

En conclusión, la comprensión del Derecho como sistema ha estado desde siempre, y con mayor fuerza desde el ingreso del mundo a la modernidad, estrechamente ligada a los avances de las ciencias físicas y sociales. Esta característica no debe ser descuidada por ciertos sectores de juristas apegados a la idea de un sistema jurídico excluyentemente conformado por normas emanadas del legislador. Corrientes que desdeñan o cuestionan los trascendentales avances que esta noción ha experimentado hacia los sistemas abiertos, interrelacionados y alimentados por la realidad social. Sistemas jurídicos abiertos en los que deben desempeñar un papel trascendental las normas jurídicas -de carácter jurisprudencial- sobre derechos fundamentales que son producto de la **tarea de concreción normativa** realizada por los Tribunales Constitucionales.⁵¹

⁵¹ MÜLLER, F., *Discours de la Méthode Juridique*, traducido del alemán por JOUANJAN, O., Paris, Press Universitaire de France, 1996, pp. 105-146; EZQUIAGA GANUZAS, F., “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del Derecho, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 181-207; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 49-51.