



UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL

AMOR Y DERECHO: UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA

Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Escuela
de Derecho de la Universidad de Chile

SERGIO ANDRÉS HENRÍQUEZ GALINDO

Profesor Guía: Fernando Quintana Bravo
Profesor Consejero: Carlos Ruiz Schneider

Santiago, Chile
2003

Amor y Derecho: Una Perspectiva Sistémica



Carlos Donaire, *Composición*

Agradecimientos

Por el apoyo y constante crítica y revisión, quiero agradecer muy especialmente a mi Profesor Guía, Fernando Quintana, pues sin su ayuda y amplitud de visión no hubiera terminado con éxito esta tesis. También agradezco a mi familia, pues me dieron las oportunidades necesarias para finalizarla. Agradezco también a todos quienes me escucharon y criticaron o sugirieron cambios a este trabajo, en especial a Viviana Montenegro, Rodrigo Vergara, el Profesor Carlos Ruiz entre otros, quienes sin duda fueron un apoyo invaluable. Quisiera también agradecer la comprensión de don Pierino Perazzo, quien siempre apoyó mi desarrollo académico, sin condiciones. Finalmente, agradezco a mi novia y compañera, Marcela Carvajal pues ella es reposo, sentido y felicidad de esta tesis y de todo lo demás.

Sergio Henríquez

1. La pregunta.

¿Cuál es la relación que hay entre amor y derecho? Esta es una pregunta que difícilmente se encuadra en el pensamiento y perspectivas de los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, por lo que se trata de un tema que, como tal, no es siquiera discutido por ellos. Es difícil pensar que puede haber una relación entre ambas nociones, esto por lo que a continuación se va a explicar.

El amor puede ser concebido de varias maneras, así por ejemplo existe un amor de pareja, filial; un amor con el amigo, fraternal; un amor a los animales y a la naturaleza; un amor al prójimo, cristiano; un amor como la aceptación de otro como un legítimo en un espacio que se comparte, de carácter ecológico o abarcador de toda la sociedad, en sus distintos niveles. En fin, la clasificación del amor no puede ser taxativa, y en realidad la anteriormente realizada sólo tiene fines explicativos, para efectos de hacer presente que la palabra amor puede tener diferentes connotaciones dependiendo del contexto y finalidad que se le dé. De hecho, es importante tener esto presente, puesto que en la presente tesis, el concepto de amor a que se alude es el último descrito, es decir, un amor como “aceptación de otro como legítimo otro dentro de la convivencia”¹, amor que es transversal a toda la sociedad y no se identifica con una persona determinada, sino con las bases institucionales de nuestra sociedad. Sin perjuicio de que este concepto de amor se explicará con más detalle en un acápite especial, es

¹ Basado en el concepto de amor que da Humberto Maturana. Ver Infra, pp. 13.

importante recalcar que aplicar otro concepto de amor a la presente tesis implicará una errónea comprensión de la misma, por que la presente tesis no tiene sentido si no se le aplica dentro del ámbito para el cual se circunscribe: las bases institucionales de la sociedad, y en específico, el sistema jurídico.

El concepto de derecho ha sido tema de profusa discusión y reflexión. No es materia de esta tesis un análisis de los distintos conceptos que se han dado sobre el derecho, por lo que se limitará a definir el concepto de derecho que en ella se ocupará. De partida, en este trabajo se considerará al derecho como un sistema jurídico, es decir, un conjunto de *elementos* que *interrelacionados* de una manera determinada, dan *límite* y *estructura* al mismo, y le dan el carácter de jurídico al sistema. Aunque en un acápite posterior se explicará con mayor detalle el concepto de sistema jurídico utilizado por el presente trabajo, se adelantarán algunos aspectos importantes de este concepto, para una mejor comprensión de esta tesis. Un sistema es, como ya se puede intuir, un conjunto de elementos interrelacionados entre sí. Así, un conjunto de monedas dispersas no es un sistema, sino un conjunto, en cambio las mismas monedas interrelacionadas con un determinado criterio, formarán un sistema, como formar un círculo con las monedas. Se puede desprender de lo anterior que un sistema jurídico no es un conjunto de elementos sin organización, sino que tienen una determinada interrelación, es decir, tienen una forma de relacionarse que no es al azar, sino que responde a un criterio determinado. Los elementos del sistema jurídico tienen que ser cosas que revistan carácter jurídico, es decir,

normas jurídicas, principios jurídicos, procesos jurídicos, etc. Es de notar que el carácter jurídico de una cosa se lo da el mismo sistema jurídico, pero a la vez, para que exista el sistema jurídico es necesario que hayan cosas jurídicas. ¿Cómo sucede esto? Este será un tema de trascendental importancia que se tratará en el transcurso de la tesis, y que se explicará con el detalle debido en su momento. Bueno, ya tenemos la interrelación de elementos, los que conjugados dan como resultado una estructura, es decir, una forma determinada dentro de un ambiente que lo rodea, y que le da una configuración tanto interna como externa. La estructura de un sistema jurídico puede ser diversa dependiendo fundamentalmente de la organización que adopte previamente el sistema, organización que está dada por un elemento más complicado de explicar, que llamaremos *función*. La función es la interrelación misma, es el descriptor de la interrelación. Y, por fin, el resultado de la estructura en su configuración externa es el límite del sistema jurídico respecto de su ambiente. Este límite es necesario para diferenciar al sistema jurídico de otros sistemas, de tal manera que es fundamental para su subsistencia. Se puede decir que el límite del sistema jurídico es la norma jurídica, y de hecho, así se planteará en la presente tesis.

Aclarados de forma introductoria estos aspectos esenciales de la presente tesis, se empezará a tratar de contestar la pregunta inicial. En efecto, con estas dos nociones, amor y sistema jurídico, tan dispares en sus respectivas explicaciones, es difícil concebir una relación determinada, plantear un punto de partida para el estudio. Preguntarse por la relación

entre amor y sistema jurídico resulta tan perplejizador como preguntarse por la relación entre el sentimiento y las ciencias. Lo duro y lo blando.

Esta tesis será una *exploración-perspectiva teórica*. Este término dice relación con la mirada epistemológica de la tesis. Básicamente, consiste en que toda observación debe reconocer que, respecto de lo observado hay una perspectiva, un punto de referencia que no puede verlo todo. Habrán múltiples puntos ciegos que, por ser tales, no se distinguirán en la presente tesis. No se trata de un relativismo, por el contrario, con este término se reconoce que dentro de una determinada perspectiva las cosas son lo que son, de forma absoluta, pero desde otras perspectivas esas mismas cosas son otras. Se trata más bien de un perspectivismo. A esta importante materia se hará referencia en el siguiente acápite.

Para desarrollar esta exploración-perspectiva², plantearemos previamente los elementos de los que se valdrá esta tesis para formular una respuesta a la pregunta inicial, describiendo los supuestos teóricos que se utilizarán para conocer el piso desde el cual se observa y reflexiona, y a la vez tener conciencia de los límites que se tendrán al realizar esta exploración teórica. Cabe hacer presente que estos supuestos teóricos en manera alguna se contraponen, por el contrario, se complementan entre sí. La biología del conocimiento y el concepto de amor de Humberto Maturana, la teoría de los sistemas sociales y el sistema jurídico de Niklas

² En adelante, cada vez que se haga referencia a la “exploración” o “exploración teórica”, se entenderá que se hace en el sentido de la exploración-perspectiva teórica, a menos que del contexto del párrafo se entienda que se hace clara referencia a otra cosa.

Luhmann, la teoría de la justicia de John Rawls y el modelo ecológico de Urie Bronfenbrenner se apoyan unos con otros en esta tesis, mostrando el camino utilizado para responder a la pregunta inicial.

A modo de explicación preliminar de la exploración teórica que se realizará, se resumirá de qué forma llegaremos a plantear que el amor puede ser parte del derecho, contestando así la pregunta inicial. El camino trazado para ello comprende diversas teorías, que no se suceden unas a otras, sino que actúan conjunta y simultáneamente, pero para efectos aclaratorios, se hará una secuencia explicatoria: primero tomamos el concepto de amor de Humberto Maturana, “la aceptación de otro como un legítimo otro en la convivencia”. Luego tomamos la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, en el que la sociedad está compuesta de comunicaciones, siendo el amor una comunicación, que por tanto resulta ser social. Al ser social, es aplicable a todos los subsistemas sociales, en este caso, al sistema jurídico. Pero no se integra así como así a dicho sistema. Para ello hacemos uso de la teoría de los sistemas jurídicos de Niklas Luhmann, por medio del cual explicamos cómo el amor puede ser parte del sistema jurídico a través de una estructura de conceptos adecuados a la sociedad. Para explicar cómo es que dicho proceso ocurre, tomamos la teoría de la autopoiesis de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, y lo esquematizamos usando la explicación que de esta teoría nos da Marcelo Neves. Finalmente, para visualizar la aplicación teórica de esta tesis en el sistema social, tomamos el modelo ecológico de Urie Bronfenbrenner, en el que dividimos el sistema social en macro, exo, meso y microsistemas sociales. Ésta es, podría

decirse, la ruta teórica de la exploración que realizaremos, y por la cual se planteará que en definitiva, amor y derecho pueden ser una misma cosa, o no serlo, de manera contingente.

2. Fundamentos teóricos.

Un primer elemento a considerar son las limitaciones epistemológicas que deberán tenerse en cuenta para comprender la exploración teórica. Se plantearán dos marcos o límites, uno concéntrico al otro. El primer marco limitador es nuestra participación en la exploración como observador³, es decir, de qué manera nuestro rol de observador influye en la construcción teórica que se realizará. En toda observación de un fenómeno externo a la individualidad del observador, debe incluirse el propio observador, puesto que toda observación es una perspectiva, desde que se realiza por un sujeto observador. Lo que sigue, entonces, debe hacerse tomando en cuenta la condición social, económica, cultural, etcétera del observador. Por lo tanto esta exploración se acercará más a quienes se sitúan aproximadamente en las mismas condiciones de nuestra perspectiva. Esto es lo que se conoce como la “biología del conocimiento”⁴, desarrollada por Humberto Maturana. En líneas gruesas, esta teoría plantea que el conocimiento del hombre tiene que ver con su propia estructura, y no con el exterior. Por ejemplo, una manzana, será tal si nuestra estructura biológica y psicológica así lo permiten. No existe la manzana si no está el observador. La observación es la interacción entre el objeto observado y el observador, de tal manera que ninguno de ellos es independiente del otro. Lo que nos pasa, pasa porque nuestra estructura lo permite; lo que conocemos, lo conocemos porque nuestra estructura lo permite. El proceso cognitivo tiene que ver

³ Observador como “explorador teórico”, es decir, como el sujeto que realiza y expone esta exploración.

⁴ Maturana, Humberto. “El Arbol del Conocimiento”. OEA, Ed. Universitaria, Santiago. 1984.

directamente con la biología, de tal manera que, si se interrumpe el proceso biológico, se interrumpe la cognición. Esto impide lo que comúnmente se llama “observación objetiva”, puesto que toda observación se realiza desde un sujeto observador, y su perspectiva siempre tiene límites y condiciona la observación.⁵

Un segundo marco limitador, ubicado en un nivel más restringido que el anterior marco limitador, es la imposibilidad de describir todo el fenómeno observado con absoluta precisión. Siempre quedarán aspectos, elementos del fenómeno fuera de la descripción. Si usted dibuja su mano en un papel, ¿qué ve? ¿una mano? ¡No! Lo que usted ve es un dibujo de su mano, no su mano. Lo mismo pasa con las teorías, son sólo representaciones de un fenómeno observado, que no cubre todos los aspectos de éste. Así, la presente exploración obviará algunos aspectos que por limitaciones epistemológicas, principalmente dadas por el primer marco limitador, no se expondrán. Esto no significa que la tesis sea parcelada o que sea deficiente, sino que se reconoce que esta es una limitación insuperable, y que debe ser considerada al momento de seguir esta exploración teórica. Estos son los puntos ciegos a que se hacía alusión en la parte introductoria. La *figura 1* grafica los límites epistemológicos a los que nos hemos referido, situando esta exploración en la zona azul.

⁵ Para una aplicación del constructivismo en el derecho, ver Vittorio Villa, “Constructivismo y teoría del derecho”, en *Doxa* N° 22, 1999.

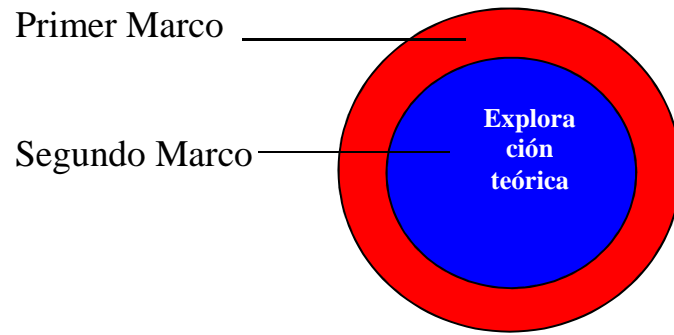


Figura 1

Un segundo elemento a considerar, que se complementa con el primero ya descrito, es la teoría de sistemas. La teoría de sistemas es una perspectiva de estudio de los fenómenos⁶. Esta teoría se desarrolló principalmente en las escuelas de ingeniería, pero fue Ludwig von Bertalanffy (1901 - 1972) el que propugnó el uso de esta teoría en las ciencias biológicas, y en todas las ciencias, como una reacción al excesivo particularismo analítico que se venía desarrollando hasta ese momento: “planteó la necesidad de construir una teoría general de sistemas con el propósito de resolver las dificultades que encontraban las ciencias biológicas para explicar los fenómenos biológicos mediante un método reduccionista”⁷. Así se lograría tener más coherencia en la perspectiva epistemológica entre las distintas ciencias, evitando serias contradicciones. Posteriormente ésta teoría siguió siendo desarrollada por diversos teóricos en las ciencias sociales, entre los que se encuentran: Wiener, Maruyama y Ashby (cibernética de primera generación); Heinz von Foerster (sistemas autoorganizados y cibernética de segunda generación); Humberto Maturana (teoría de la autopoiesis); Fernando Flores (aplicación organizacional); Talcott Parsons, Katz, Kahn, Walter Buckley, Niklas Luhmann⁸ (teorías sociológicas de sistemas).

⁶ Para una introducción a la teoría de sistemas, ver Rodríguez, Darío y Marcelo Arnold, “Sociedad y Teoría de Sistemas”, pp. 81, Editorial Universitaria, 1992, Santiago de Chile.

⁷ Extracto de “Sociedad y teoría de sistemas” de Darío Rodríguez y Marcelo Arnold (pp. 37).

⁸ Es considerado uno de los más importantes teóricos alemanes de la actualidad.

Esta tesis sigue la perspectiva de Niklas Luhmann, sin perjuicio de las teorías ya descritas y las que más adelante se describirán, porque como ya se ha señalado, unas y otras se complementan para dar respuesta a la pregunta inicial.

En general, la teoría de sistemas distingue tres grandes conceptos: sistema, función y estructura. Un Sistema es un conjunto de elementos interrelacionados. Así por ejemplo, un conjunto de monedas dispersas es sólo eso, pero si las disponemos de tal manera que hacemos un círculo, tenemos un sistema. En el fondo un sistema es un mecanismo reductor de complejidad. La función es el criterio, el valor, la idea que le da sentido a la estructura del sistema. La estructura es el límite del sistema, es su forma, su apariencia y diferenciación con el ambiente. El límite de un sistema es la frontera del sistema con respecto a su medioambiente. Es lo que hace diferenciar al sistema de su medio. Su parte visible es su estructura, pero ésta viene determinada por su función. Algunos autores, como Talcott Parsons, señalan que lo más importante en un sistema es su estructura, pues sería ésta la que le daría identidad al sistema, y lo haría posible, distinto de los demás sistemas y del ambiente. Otros, como Niklas Luhmann, señalan que es la función del sistema la que le da identidad y moldea la estructura para distinguirla del ambiente, posibilitando diversas estructuras, o estructuras plásticas, variables, pero que manteniendo la misma función mantienen la identidad y diferenciación del sistema⁹. Una función es una

⁹ Para una visión crítica de esta teoría, Jürgen Habermas, “Discusión con Niklas Luhmann” en “La lógica de las ciencias sociales”. 3ª ed. 1996, Ed. Tecnos. Para una

relación de equivalencia que determina los límites del sistema, su sentido y su estructura. La función diferencia al sistema respecto de su medio ambiente. Este es uno de los elementos teóricos que se siguen en esta tesis, herramienta teórica que será de gran ayuda, pues nos mostrará la dinámica de relación entre amor y sistema jurídico. Será el primer paso a seguir cuando comencemos la exploración teórica.

Un tercer elemento que considera esta tesis, complementando las demás herramientas teóricas descritas, es el estado de la discusión en la actualidad. Al respecto se ha considerado pertinente la reflexión que desde hace bastante tiempo se ha dado respecto de la relación entre Derecho y Moral. Esto porque en el ámbito académico la relación entre derecho y amor ha sido circunscrita (de manera tácita) dentro de la discusión relativa a la relación entre derecho y moral. Esta última no ha tratado específicamente (ni explícitamente) el tema de derecho y amor. Para efectos de utilizar esta herramienta teórica (el estado de la discusión en la actualidad) se recurrirá a un análisis comparativo, el cual se encuentra ubicado en el cuarto acápite de esta tesis.

Teniendo ya en cuenta las distintas herramientas teóricas que nos conducirán a la respuesta de la pregunta inicial, se comenzará con la exploración propiamente tal.

visión opuesta, Talcott Parsons, 1978, “ Social systems and the evolution of action theory”. Free Press, Nueva York.

3. La dinámica sistémica de la relación entre amor y derecho.

La siguiente parte de la tesis podríamos situarla dentro de la filosofía moral, en el sentido que le da W.D. Hudson, es decir no se trata de lo que se debe hacer, sino de “lo que la gente hace cuando *habla* acerca de lo que debe hacer”¹⁰. Hacer filosofía moral, para este autor y para esta tesis, no consiste en moralizar, sino en pensar y hablar acerca de las maneras en que los moralistas utilizan términos morales, como “bueno” o “malo”. De esta manera, esta parte de la tesis se aboca a fundamentar la dinámica que puede existir en la relación entre amor y derecho, no a argumentar si es bueno o malo el amor en el derecho.

La tesis se enmarca en la teoría de sistemas, como ya se explicó en el acápite anterior, y la razón de ello es que se ha considerado que es la teoría más apropiada para explicar la dinámica de un fenómeno como el que se quiere explicar, esto por la coherencia y precisión conceptual que proporciona. La teoría de sistemas puede explicar la forma en que el amor se relaciona con el sistema jurídico, con todas las ventajas que proporciona una teoría como aquella. El sistema jurídico se compone de una estructura que está configurada por una función diferenciadora. Estos son conceptos que habrá que explicar por separado, para luego revisar cómo actúan en conjunto. Empezaremos por la función del sistema jurídico, que es la forma en que se organiza el sistema, estructurándolo y limitándolo.

¹⁰ W.D.Hudson.1987, “La filosofía moral contemporánea”. Ed. Alianza Universidad, pp. 17 a 32.

3.1. La función del sistema jurídico.

Como ya se señalaba en el acápite 2 sobre los fundamentos teóricos de la tesis, la función del sistema cumple un rol diferenciador, es decir, diferencia al sistema respecto de su ambiente. ¿Cómo hace esto? La función del sistema le da su organización, organización que dispone los elementos de una manera determinada, de tal manera que todo elemento que sea parte del sistema debe enmarcarse dentro de la dinámica organizacional que proporciona la función. Así, es la función la que determina qué tipo de estructura tendrá el sistema, si esta estructura será plástica (modificable), cerrada (no permite el ingreso de otros elementos al sistema), abierta, etc.

La función diferenciadora del sistema jurídico es la dogmática. La dogmática es un conjunto de principios y criterios que se rigen bajo la regla de la no negación, es decir, son conceptos que no se pueden negar, haciendo así posible la reducción de la complejidad, permitiendo la aplicación de un criterio para decidir. Si no existiese dogmática, sólo habría decisiones, por lo que la dogmática nos permite decidir con criterio. Es decir, hace posible la decisión criteriosa complejizando el sistema jurídico. Sin dogmática no hay complejidad, hay caos (sistemáticamente comprendido, como un sistema tan complejo que es incomprensible) y por lo tanto sólo decisiones sin criterio. Sin dogmática no hay sistema jurídico, pues no hay función que le de estructura a éste. Sin dogmática, el sistema jurídico desaparece, se confunde con el sistema social (pues no se diferencia), en clara

concordancia con la teoría de la cibernética de primera generación¹¹. Esta cibernética plantea que lo necesario para que un sistema sea tal es su capacidad de diferenciarse de su ambiente, y en el caso del sistema jurídico, quien cumple esa función es la doctrina. Ahora bien, la doctrina puede tener diversos referentes. En este punto podemos hacer conexión con la teoría de los paradigmas de Thomas Khun¹², puesto que para los distintos sistemas jurídicos la dogmática jurídica ha de tener un paradigma distinto: la casuística, la legislación positiva (códigos), la costumbre.

Pero la dogmática jurídica, o simplemente dogmática, no cumple su función diferenciadora si no es justa, en el sentido que le da John Rawls al concepto de justicia. La dogmática es justa en la medida que, de no ser así, no cumpliría con el rol distribuidor de derechos y obligaciones que tiene el sistema jurídico. La justicia es la forma en que se distribuyen derechos y obligaciones en la sociedad, pues como señala John Rawls, una sociedad justa es aquella en que "1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo

¹¹ Cibernética viene del griego *Kibernetiké*, que literalmente viene a significar “el arte de gobernar”. Esta ciencia fue definida originalmente por Robert Wiener como “la ciencia del control y comunicación entre sistemas complejos (cibernética de 1ª generación)”, aunque la versión moderna de la misma (Pask, von Foerster) se refiere a ella como el estudio de las relaciones (de organización) que deben tener los componentes de un sistema para existir como una entidad autónoma (cibernética de 2ª generación); en resumen: ¿cómo es posible que se autogobierne un sistema para existir como tal en algún espacio, en alguna dimensión? (En Maturana, Humberto. “El árbol del conocimiento”, p. XX. OEA, Editorial Universitaria, Santiago.)

¹² Thomas Khun, “La estructura de las revoluciones científicas”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.

hacen"¹³. A pesar de los distintos contenidos que podemos darle al concepto de justicia, se sabe que existe la "necesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignan derechos y deberes básicos y de determinar la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social"¹⁴. De esto podemos concluir que la justicia es una forma de distribuir derechos y obligaciones, pero la forma en que se haga depende de la concepción que cada cual tenga de justicia. El contenido de estas formas puede ser el amor, la violencia, la moral, etc., como veremos más adelante.

Ahora corresponde aclarar qué quiere decir que una dogmática justa tenga un contenido. La justicia, según esta tesis, es un concepto continente, es decir, puede tener un contenido. Así quedó bastante demostrado con la teoría de la justicia de John Rawls, en que se distingue entre las concepciones de justicia y el concepto de justicia propiamente tal, pues las primeras serían una interpretación de la segunda¹⁵. Ahora bien, el contenido de esta justicia para la tesis es la función del amor, de la violencia, de la moral, entre otros, pues ellos pueden ser contenidos en el concepto de justicia. La presente tesis enfocará el problema de cómo puede el amor ser contenido del concepto de dogmática justa, sin perjuicio de que el contenido puede ser tan diverso como criterios hayan en el sistema social para

¹³ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, p. 18. Fondo de Cultura económica, segunda edición, 1979.

¹⁴ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, p. 18. Fondo de Cultura económica, segunda edición, 1979.

¹⁵ John Rawls, *Teoría de la Justicia*. P. 23. Fondo de Cultura económica, segunda edición, 1979.

distribuir derechos y obligaciones, esto porque la presente exploración teórica se propone indagar acerca de la relación del amor con el sistema jurídico.

Podemos concluir entonces que la función diferenciadora del sistema jurídico es la dogmática justa con un contenido. Esta dogmática es el criterio por el cual creamos normas, las aplicaremos y sancionaremos. La dogmática nos permite saber cómo aplicar la norma al sistema social.

3.2. ¿Qué es el amor?

¿Qué es el amor? Es un concepto importante para la presente tesis, puesto que no cualquier concepto de amor es aplicable a la misma. Existen múltiples tipos de amor, si se quiere establecer una tipología o clasificación del amor. Existe un amor de pareja, un amor fraternal, un amor religioso, un amor social como aceptación de otro como un legítimo otro en la convivencia. Es este último concepto el que se adoptará en la presente tesis, pues el amor que puede ser contenido de la dogmática es un amor que no tiene sentido sino en las grandes instituciones sociales, como el sistema jurídico, situado a nivel del macrosistema. El macrosistema es aquel que abarca las grandes ideas, principios e instituciones de una sociedad determinada. En palabras de Bronfenbrenner “el macrosistema se refiere a las correspondencias, en forma y contenido, de los sistemas de menor orden (micro, meso y exo) que existan o podrían existir, al nivel de la subcultura o de la cultura en su totalidad, junto con cualquier sistema de creencias o ideologías que sustentan estas correspondencias”¹⁶. El amor que define Maturana es un amor que puede ser aplicado en la relación que tenemos los unos con los otros a nivel societal, es decir, en el macrosistema. Cómo pasa exactamente es algo que se explicará más adelante, cuando se examine la teoría de los sistemas sociales y el sistema jurídico de Niklas Luhmann, que por supuesto complementa todo lo expuesto hasta el momento.

¹⁶ En Urie Bronfenbrenner, “La ecología del desarrollo humano”, p. 45, Ed. Paidós, 1987

Aclarado este punto cabe preguntarse qué quiere decir que el amor sea la aceptación de otro como un legítimo otro en la convivencia. Humberto Maturana ha desarrollado el concepto de amor que luego servirá para explicar la función del amor, y que ya hemos enunciado. Para entender este concepto de amor, debemos hacer algunas distinciones previas. El ser humano es la conjunción del *Homo Sapiens Sapiens* con el *modo de vivir humano*, que es lo humano. El modo de vivir humano se desarrolla en el lenguaje, o mejor dicho, en el “*lenguajear*”. “Lenguajear” es un neologismo utilizado en la teoría de la Biología de Conocimiento de Humberto Maturana que no significa otra cosa que la coordinación de coordinaciones de conductas. Lenguajear es la forma en que se desarrolla el modo de vivir humano, la forma en que nos relacionamos unos con otros, exclusiva de aquellos seres vivos que pueden usar el lenguaje. Las hormigas, por ejemplo, se comunican unas con otras a través de un intercambio químico llamado “trofolaxis”, por medio del cual coordinan conductas. Los seres humanos no utilizamos dicho intercambio químico, pero podría decirse que la “trofolaxis” del ser humano, haciendo una comparación, es el lenguaje. Esto se explica mejor con un ejemplo: imagínese que tiene ganas de comer chocolates, y decide comprar uno en el kiosko del frente. Se dirige hacia el kiosko, mira la mercadería que se ofrece, y de pronto, ve algo que le gusta, un chocolate determinado. Decide comprarlo, y se da cuenta de que hay un papelito encima del chocolate en el que se lee \$100. Para comprarlo, lo saca de la estantería, busca en su bolsillo una moneda de \$100 y estira su mano con la moneda hacia una persona que se encuentra frente a usted, a un costado del kiosko. Esta persona estira también su mano al mismo tiempo

en que usted lo hace, pero la manera en que dispone su mano es otra, pues la coloca debajo de la suya con la palma hacia arriba, y los dedos levemente flectados. Usted, finalmente, deja caer la moneda en la palma de esta persona, y acto seguido ambos retiran sus manos y brazos. Usted da media vuelta y se retira de la presencia de la otra persona, alejándose también del kiosco. Pero la otra persona se queda ahí, como esperando algo. Esta situación tan común de vivir, comprende diversas coordinaciones conductuales. A continuación, distinguiremos algunas:

1. Usted quiere comprar un chocolate, y para ello se dirige al kiosco del frente, no a cualquier parte. No va a la biblioteca, ni a la casa del vecino, sino que va a un lugar llamado kiosco.
2. Para comprar el chocolate, primero mira la mercadería que se expone, disponiendo su cuerpo de tal manera que pueda hacerlo con comodidad y de manera eficiente, es decir, no se coloca de espaldas al kiosco.
3. Al decidir cuál chocolate comprar, observa (producto de la anterior coordinación conductual) que hay un papelito en el cual se lee \$100. Saca el chocolate de la estantería y acto seguido, usted busca en sus bolsillos una moneda de \$100, y no una de \$500, u otra de cualquier otro valor, sin perjuicio de todas las demás complicaciones que pueden surgir si se da más o menos dinero del que se requiere, pero vamos a suponer que efectivamente tiene una moneda de \$100, y es esa moneda la que busca.
4. Luego, estira su mano con la moneda, y la dirige hacia una persona que se encuentra en el costado del kiosco.
5. La otra persona estira su mano también, al mismo tiempo que usted, pero con la palma hacia arriba y con los dedos levemente flectados. También dirige hacia usted su mano, de tal manera que queda justo debajo de la suya.
6. Usted suelta la moneda en la palma de la otra persona, la cual cierra su mano y la retira, al igual que usted.
7. Luego usted le da la espalda al kiosco y a la otra persona y se aleja del lugar.

8. La otra persona se queda al lado del kiosko como esperando algo.

Todas estas son coordinaciones de conductas, las que aisladamente en realidad no dicen mucho. Pero si a su vez coordinamos todas estas coordinaciones de conducta, tenemos que existe un acto que tuvo un sentido determinado, completo: el acto de ir a comprar chocolates al kiosko. Con este ejemplo queda en claro qué se entiende por coordinaciones de coordinaciones conductuales. Es a esto a lo que se le llama lenguajear, y es en el lenguajear donde se da lo humano propiamente tal. Nótese que en el ejemplo dado ninguna de las personas pronunció palabra alguna, pero si lo hubieran hecho, éstas también serían consideradas como coordinaciones conductuales. De hecho, ellas son la principal forma de coordinación conductual en el ser humano. Así lo afirma Maturana cuando expone: “Entre nosotros, los seres humanos, las palabras, como distintos modos de generar relaciones de coordinaciones conductuales, operan en el espacio relacional, y en ese espacio ninguna palabra es trivial. En el espacio relacional, todas las palabras de nuestro idioma, a menos que hayan perdido presencia porque nuestro vivir se ha transformado de tal manera que esas palabras ya no sean parte de él, todas las palabras corresponden a nodos de redes de coordinaciones de coordinaciones conductuales...”¹⁷.

Muchos seres vivos pueden tener lenguaje, es decir, pueden lenguajear. Así sucede con el perro, por ejemplo, cuando le decimos que se haga el muertito y se tira al suelo. Eso es una coordinación de coordinación

¹⁷ Humberto Maturana, “Biología y Violencia” en “Violencia en sus distintos ámbitos de expresión”. Segunda edición, Ed. Dolmen, 1997. pág. 79.

de conductas, entre un perro y un ser humano. Pero quien definitivamente tiene más desarrollada esta forma de relacionarse, es el ser humano, lo que queda demostrado en la enorme plasticidad del lenguaje humano, que le permite incluso referirse a cosas que no existen, o que existirán en un futuro lejano, como proyectar el viaje a la luna, y luego realizar el viaje. Esto convierte al ser humano en el ser vivo con la capacidad de lenguajear más desarrollada.

Teniendo más claro qué quiere decir que lo humano se da en el lenguajear, se hará a continuación una segunda distinción. Cada vez que se realizan coordinaciones de conducta, se pone en movimiento nuestro ser físico *Homo Sapiens Sapiens*, es decir, nuestra corporalidad y nuestro sistema nervioso. Cada vez que hablamos, por ejemplo se dan una serie de movimientos y secreciones en nuestro organismo que suceden a la par con el lenguajear. Y a su vez, esta excitación corporal gatilla cambios en nuestro sistema nervioso, el cuál no se relaciona ni tiene contacto alguno con el lenguajear, sino que su dinámica está únicamente relacionada con nuestra corporalidad. Para entender mejor esta distinción, consideremos la coordinación conductual nº 6 del ejemplo que dimos anteriormente. En ella, se suelta una moneda en la palma de la otra mano. A la vez que sucedía esto, la corporalidad del que soltaba la moneda sufría cambios estructurales: se estiró el brazo, con todos los movimientos musculares, del esqueleto y sanguíneos que eso implica (aparte de muchos otros fluidos), y esta excitación corporal gatilló cambios a su vez en el sistema nervioso, como son los impulsos electro químicos que se produjeron desde los nodos

neuronales ubicados en la mano y brazos hacia el cerebro y la médula espinal. Pues bien, lo importante de esta distinción es que estos cambios estructurales no se dan al azar, ni en la corporalidad, ni en el sistema nervioso (tampoco en el lenguaje), sino que responden a una historia de cambios estructurales que se fueron dando en la deriva estructural de un ser humano determinado. La deriva estructural es el continuo cambio estructural que tiene un sistema, atendiendo sólo a su propia configuración interna, sin dirección alguna a un fin determinado. Este concepto se opone al de evolución estructural. Es decir, lo que vive un ser humano, lo vive tanto para su ámbito relacional (lenguaje) como para su corporalidad y su sistema nervioso. Y esta vivencia se tiende a conservar, como una especie de memoria en estos tres ámbitos del ser humano, por la deriva estructural del mismo.

Teniendo en consideración estas distinciones, se expondrá qué se entiende por amor en definitiva. El amor es la aceptación de otro como un legítimo otro en la convivencia. Esto quiere decir que el amor es el ámbito relacional humano, es decir, aquel lenguaje, que consiste en aceptar al otro, “no validar la negación del otro frente a cualquier desacuerdo desde la autoridad, la razón o la fuerza.”¹⁸ El amor se da en el ámbito relacional humano, consiste en coordinaciones de conductas de aceptación, mirar al otro como un semejante, con tanta dignidad y valor como uno mismo. El ámbito relacional humano se va dando a lo largo de su

¹⁸ Humberto Maturana, “Biología y Violencia” en “Violencia en sus distintos ámbitos de expresión”. Segunda edición, Ed. Dolmen, 1997. pág. 85.

historia, a través de la deriva estructural del lenguaje humano. La deriva estructural es el cambio que experimenta la estructura de un sistema, en este caso del lenguaje, que se da en la deriva, es decir, sin un sentido o meta determinado. Se asemeja a una embarcación en el medio del mar, sin velas ni propulsión alguna, que sólo se deja llevar por las corrientes marinas. No se sabe a donde irá a parar. Así sucede con la deriva estructural, se trata del cambio de una estructura, determinado por el propio sistema, pero que no apunta a un fin determinado, simplemente cambia. Este concepto se opone al de evolución estructural, en el que el cambio de la estructura de un sistema obedece a un fin o meta determinado, de tal manera que se puede decir que un sistema está mejor o peor, que ha evolucionado o involucionado, en función de dicha meta.

El lenguaje se aprende de forma recursiva a lo largo de nuestras vidas. La recursividad consiste en la repetición frecuente de alguna coordinación de conductas. Si este aprendizaje comprende coordinaciones de coordinaciones de conductas que recursivamente significan aceptar a otro como un legítimo otro en la convivencia, entonces el ámbito relacional, el lenguaje del ser humano será amoroso. Maturana expone al respecto: “Las circunstancias del vivir no se repiten completamente a lo largo de la vida, el cuerpo cambia, el niño crece y su cuerpo es distinto momento a momento a lo largo de su vivir. Y, sin embargo, uno puede reconocer un estilo en este ser que tiene una estructura cambiante, y ese estilo es un modo

de generar correlaciones senso / ectoras en el fluir de las interacciones que depende de como se ha vivido”¹⁹.

Como ya habíamos distinguido, la deriva estructural se da a la vez en la corporalidad y en el sistema nervioso. Si el lenguaje es amoroso, éste lenguaje también gatillará cambios en la corporalidad y en el sistema nervioso, de tal manera que acompañaran a éste ámbito relacional en su historia. Pero es muy importante destacar que el ámbito relacional humano, el lenguaje no tiene acoplamiento directo con el sistema nervioso, sino que es mediado por la corporalidad. Esto hace que el sistema nervioso no interactúa de forma alguna con el lenguaje amoroso o violento, pero no impide que tenga cambios estructurales que en definitiva serán notablemente distintos si el lenguaje humano es violento o amoroso. Qué quiere decir esto: quiere decir que la historia de un ser humano también se plasma en el sistema nervioso, y de esta manera, ya que el sistema nervioso también cambia y gatilla cambios a su vez en la corporalidad, de forma consecuencial gatillará cambios amorosos o violentos en el ámbito relacional. La secuencia de cambios se dan en uno y otro sentido, es decir, desde el ámbito relacional hasta el sistema nervioso, y viceversa. Pero el amor y la violencia se dan sólo en el ámbito relacional humano. Lo que sucede es que el cambio que gatilla el sistema nervioso a la corporalidad y consecuencialmente al ámbito relacional proviene de una dinámica interna del sistema nervioso que fue aprendida por los cambios que especialmente

¹⁹ Humberto Maturana, “Biología y Violencia” en “Violencia en sus distintos ámbitos de expresión”. Segunda edición, Ed. Dolmen, 1997. pág. 78.

la corporalidad gatilló en él, y que a su vez fueron producto de la violencia o el amor del ámbito relacional humano. Es decir, no se produce el mismo cambio estructural en el sistema nervioso si el ámbito relacional es violento o amoroso, y eso tiene consecuencias en el tipo de cambios que gatillará el sistema nervioso a la corporalidad y consecuentemente al ámbito relacional, por este llamado “efecto rebote”. Maturana expone que es este fenómeno el que ayuda a perpetuar el ámbito relacional que se vive como ser humano, de tal manera que determina la forma de vivir, de resolver conflictos y de mirar el mundo. Así, refiriéndose a la violencia, Maturana expone que: “Yo pienso que cada vez que connotamos fenómenos psíquicos, fenómenos mentales o cualquier experiencia que merece ese tipo de calificativo en el vivir, estamos haciendo referencia a aspectos del espacio relacional, a aspectos de nuestra existencia como seres humanos. Pero, al mismo tiempo, el que en el espacio de relación humano haya una multidimensionalidad mayor que la que vemos con una mirada corriente, quiere decir que nuestro sistema nervioso y, por lo tanto, el espacio de generación de nuestras coordinaciones conductuales posibles, es modulado desde un ámbito relacionado que en una buena medida es, para nosotros los observadores, invisible. No es extraño, y por supuesto depende de la atención que uno le haya dedicado en su vida a la reflexión sobre sí mismo, que personas como Freud y muchos otros pensadores hablen de un dominio inconsciente. Ellos en general hablan de este dominio describiéndolo según sus dimensiones del vivir cotidiano, porque se trata de un dominio de fenómenos sólo comprensibles desde ese vivir. C.G. Jung lo expresa claramente cuando dice, por ejemplo, que los sueños son sólo

comprensibles desde el vivir en vigilia. Pero el sistema nervioso no opera con símbolos o representaciones del medio, no opera con valores ni con sentimientos, opera sólo como una red cerrada de relaciones de actividad neuronal. (...) Así, pienso que cuando C.G. Jung habla del inconsciente colectivo, hace referencia a configuraciones relacionales que un niño vive, en su crecimiento como miembro de una cultura, de una manera invisible, no apuntada, no enseñada directamente, en la escolaridad o en la familia, y que aparecen en las coordinaciones senso-motoras que surgen en su vivir. (...) Con eso, también estoy diciendo que así como cada cultura configura un espacio psíquico inconsciente como un inconsciente colectivo, cada familia configura un espacio psíquico inconsciente como un espacio psíquico familiar. (...) En fin, estoy también diciendo que esto pasa porque el sistema nervioso se transforma según la configuración relacional propia del vivir como un fluir histórico, y no como una crónica de sucesos, de modo que genera correlaciones senso-efectoras propias de ese fluir relacional y no de los sucesos vividos”²⁰. Como se puede apreciar, en las relaciones amorosas o violentas de los seres humanos, influyen múltiples factores, entre ellos, el sistema nervioso y la corporalidad. Sin embargo, ello es prácticamente invisible para los observadores, porque no nos relacionamos con nuestro sistema nervioso, sin perjuicio que la plasticidad de nuestro lenguaje nos permita referirnos a él.

²⁰ Humberto Maturana, “Biología y Violencia” en “Violencia en sus distintos ámbitos de expresión”. Segunda edición, Ed. Dolmen, 1997. págs. 80 y 81.

Este es el amor al cual nos referimos en la presente tesis. Y es de importancia tratar este tema porque, como ya se expuso, éste ámbito relacional tiende a conservarse, por el efecto que tiene en los cambios que gatilla en la corporalidad y el sistema nervioso. Y la única salida a esta trampa, a este círculo vicioso, cuando se vive en un ámbito relacional violento, es la reflexión. La reflexión es la capacidad que tiene el ser humano a través de la plasticidad del lenguaje de observarse a sí mismo, regla que también se aplica a los sistemas sociales. Y la presente tesis, precisamente, pretende ser algún tipo de reflexión al respecto. Como bien expone Maturana, y con esto se concluye este acápite: “la reflexión es el acto máximo de libertad y, en cierto modo, el don máximo del vivir humano. La recursión en el conversar que nos entrapa limitando nuestra acción, restringe nuestra mirada y apaga nuestra sensibilidad porque se da en el apego al emocionar que implica. Las conversaciones reflexivas nos liberan, amplían nuestra sensibilidad y expanden nuestra acción porque ellas surgen cuando relajamos nuestra certidumbre y... las propias circunstancias”²¹.

²¹ Humberto Maturana, “Biología y Violencia” en “Violencia en sus distintos ámbitos de expresión”. Segunda edición, Ed. Dolmen, 1997. pág. 89.

3.3. El amor como función.

Teniendo presente el concepto de amor que se utilizará, ahora se verá cuál es la función que podría cumplir el amor en el sistema jurídico. Desde la perspectiva sistémica que esta tesis utiliza, la función del sistema es aquel elemento estructurador del mismo. Le da organización e identidad al sistema, de tal manera que la estructura del mismo puede cambiar y mantener su identidad, pero si cambia su función, desaparece o se torna en un sistema distinto. El amor como función comprende diversas características, que se desprenden del concepto de amor dado. En éste acápite, la presente tesis analizará este concepto como si fuera una función, pero antes se desarrollarán algunas de las características que se desprenden del concepto de amor, para comprender mejor qué tipo de organización sistémica configura esta función.

Según la presente tesis, algunas características de la función amor son la aceptación/tolerancia, la humildad y la libertad. A continuación, plantearemos lo que según la presente tesis es la aceptación/tolerancia, la humildad y la libertad. La aceptación es aquella actitud, comunicación, que manifiesta una persona al reconocer en otra un ser con la misma legitimidad, valor y dignidad que ella misma, es decir, significa sentir y expresar que otra persona es bienvenida, que será acogida y respetada, apreciada. En otras palabras, consiste en comunicar el agrado, la satisfacción de encontrarse con otra persona en el compartir. La tolerancia, en cambio, es la resistencia a manifestar una comunicación que sabemos es

desagradable a otra persona, pero sabiendo que si lo hacemos, tendremos una justificación en que apoyarnos, es decir, es resistirse a contestar con violencia una actitud violenta de parte de otra persona. La tolerancia no es la resistencia a provocar el mal a otra persona sin justificación. No es, por ejemplo, resistirse a garabatear a una persona desconocida por la ventanilla del auto, sino que, siguiendo el ejemplo, consiste en resistirse a garabatear al conductor, porque conduce el auto muy despacio²². Este concepto de tolerancia es la forma mínima de aceptación necesaria para configurar el amor. Obviamente, una aceptación de mayor grado es siempre preferible a la mera tolerancia, pero se plantea esta última porque es el límite de la aceptación, lo mínimo para configurar la función del amor en una institución social como el sistema jurídico. La humildad es el reconocimiento de nuestras limitaciones, esto es, identificarlas (por medio de la reflexión) y luego actuar en conciencia de ellas. Así, si identifico mi carencia de omnisciencia y luego actúo tomando en consideración a la falta de ella, estoy siendo humilde. Sólo es posible configurar esta característica de la función amor por medio de la reflexión. Si reconozco que no puedo volar tampoco voy a presumir que vuelo. Esta conclusión, al parecer tan obvia, sólo es posible si reflexionamos. Ahora bien, es necesario un nivel de reflexión superior, más abstracto para alcanzar a comprender cuáles son nuestras potencialidades y límites en la sociedad, hasta donde llega nuestro poder legítimo, hasta donde llega nuestra libertad. La libertad es el reconocimiento de que sólo el otro sabe cómo administrar el espacio de

²² Para completar esta idea, ver Joseph Raz, “Autonomía, tolerancia y el principio del daño”, en Estudios Públicos, N° 76, pp. 91.

libertad que tiene. Presumir que una persona o institución sabe qué debe hacer otra persona con su espacio de libertad, de forma autoritaria y absoluta, es estar atropellando la libertad de ese otro (como por ejemplo, pretendiendo que puede intervenir directamente en la psiquis de las personas, algo que evidentemente no se puede hacer, por nuestros límites epistemológicos). Quizás se podría seguir indagando teóricamente acerca de las características del amor, según el concepto que se ha dado, pero es suficiente para efectos de ejemplificar la configuración organizativa que produce esta función.

Ahora hay que situar este concepto de amor en el sistema jurídico, con todas sus características. Si el amor es un contenido de la dogmática jurídica justa, como se ha planteado en el acápite 3.1., ésta debe adecuarse a ese continente. ¿Cómo puede el amor “a secas” pasar a ser contenido de la dogmática justa? Para responder esta pregunta, primero debemos aclarar qué es sociedad para Niklas Luhmann, y por tanto para esta tesis.

3.3.1. El concepto de sociedad según Niklas Luhmann.

Al tratar este tema, Niklas Luhmann tiene tres obstáculos epistemológicos que debe sortear antes de dar un concepto de sociedad. El primero de ellos es el prejuicio humanista, que propone que la sociedad estaría compuesta de seres humanos o de relaciones entre éstos. El segundo es el prejuicio de la pluralidad territorial, que propone que la sociedad sería distinta en cada territorio geográfico, puesto que las condiciones socio culturales y demográficas son distintas. Por último, el tercer obstáculo es el prejuicio de la distinción entre sujeto y objeto en la teoría del conocimiento, por el cual se concebiría al sujeto y al objeto como entidades separadas, siendo posible la observación y descripción del mundo como operaciones abs- extra. Una operación abs- extra, en el contexto de esta explicación, quiere decir que es posible observar algo con independencia del observador, de tal manera que se puede ser “objetivo” en la observación. El objeto o fenómeno observado no se vería influido por la presencia del observador. Para superar estos obstáculos epistemológicos, Niklas Luhmann responde al primero de ellos señalando que se debe reemplazar el concepto de individuo, como elemento de la sociedad, por el de comunicación, una comunicación sui generis que es una selección de selecciones, una síntesis de tres selecciones: información, participación y comprensión. No es una transmisión de algo de un sujeto a otro (eso sería un acto comunicacional según Habermas, o una acción, para Weber y Parsons). Estas selecciones deben seleccionar una u otra selección, pero no pueden seleccionarse todas. Así, una selección selecciona selecciones, y estas a su vez selecciona otras

selecciones, y así autopoieticamente²³ se va autogenerando el sistema social. Los individuos no son parte de la sociedad, sino que son parte del entorno de la sociedad, y se acoplan a ella por medio del lenguaje.

El segundo prejuicio se supera sólo. El territorio también es entorno del sistema social, y no parte de él. El tercer prejuicio se resuelve tomando como teoría del conocimiento la cibernética de segundo orden (Von Foerster). La cibernética de primer orden (o de primera generación) plantea que el observador puede observar el mundo con independencia de sí mismo. Esto es superado con la cibernética de segundo orden que plantea que no se puede observar el mundo sin observarse también uno mismo como observador. El observador debe entonces hacer una distinción, a partir de la reflexión, entre auto observación y hetero observación.

Superados los obstáculos epistemológicos, Luhmann da paso al concepto de sociedad. La sociedad es un sistema de comunicaciones. La comunicación es siempre necesaria e inherente al sistema social, no así la acción. La comunicación tiene un significado mayor que la pura expresión y envío de un mensaje, requiere comprensión, y la comprensión no es parte de la actividad del comunicador ni puede ser atribuida a éste. La comunicación es selectividad coordinada, y ocurre cuando *ego* establece su propio estado a partir de una información expresada. *Ego* debe distinguir entre

²³ Marcelo Neves. “De la Autopoiesis a la Alopoiesis del derecho”, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa N° 19, 1996.

información y expresión, y eso la habilita para la crítica y para rechazar una determinada comunicación.

Luhmann propone definir la unidad elemental del sistema social –la comunicación básica- como la unidad más pequeña que puede ser negada. Aunque en una determinada expresión, cada frase, cada petición abre la posibilidad de la negación, éstas quedan abiertas en tanto ego no reaccione, sólo cuando ego reacciona se produce la comunicación, y sólo entonces es posible saber cuál es la unidad. Esta es la razón por la cual no puede entenderse la comunicación como una acción.

La comunicación es un hecho emergente, tal como la vida y la conciencia. Tiene lugar mediante la síntesis de tres tipos de selecciones distintas: La selección de la información, la selección de la participación o expresión de la información y la selección de la comprensión o incomprensión de esta expresión y su información. Una información tiene lugar cuando un suceso selectivo puede elegir estados sistémicos. En la expresión de la información se produce otra selección: la de la forma y los medios de expresarla. Entonces se hace necesario codificar el suceso para que actúe como información. La información no se entiende por sí misma, y su expresión requiere decisión.

Las comunicaciones se producen y reproducen recurrentemente por una red de comunicaciones y no pueden existir fuera de esta red. En los sistemas sociales, la operación comunicativa elemental tiene lugar mediante

una distinción “comprensiva” entre “información” y “expresión”. La información puede referirse al sistema o a su entorno; la expresión, atribuida a un agente de acción, es responsable de la reproducción autopoietica del sistema. De esta manera, la información y la expresión están obligadas a cooperar, constituyendo una unidad.

3.3.2. El amor como comunicación.

El amor es una comunicación, en el sentido explicado en el acápite anterior. Ello es así porque el amor resulta de la síntesis de una “información” determinada y su “expresión”, que en definitiva puede o no “comprenderse”. La información contiene las características dadas en el acápite 3.3., esto es, tolerancia, humildad y libertad. Esta selección a su vez elige la selección de la expresión, esto es la acción por medio de la cual se manifiesta la información, es decir, la forma en que se decodifica. Si la información no es decodificada, es decir, si no es expresada la información del amor, sólo hay ruido. Esta expresión en forma de acción se ajusta en algo a las teorías de la acción de Weber y Parsons, pero en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann son sólo parte del proceso por el que se generan las comunicaciones en el sistema social. Una vez expresada la información del amor, sólo queda la selección de la comprensión o la incomprensión de la información del amor expresada. Si se comprende la información del amor expresado, ésta comprensión selecciona a su vez la selección de la información del amor, repitiéndose nuevamente el ciclo autopoiético del sistema social amoroso.

Si el amor es una comunicación, y por tanto es parte del sistema social, entonces también puede ser parte del sistema jurídico, pues éste es un subsistema social, que debe concurrir con los mismos requisitos que se necesitan para ser parte del sistema social en general, es decir, también debe estar compuesto de comunicaciones. Las normas jurídicas, por ejemplo, son

comunicaciones. Ahora bien, lo esencial para cualquier sistema, incluso para los subsistemas sociales, es la diferenciación de éstos con su ambiente, y ello incluye la diferenciación respecto del sistema social en general. El sistema jurídico tiene su propia función y estructura, por lo que se diferencia del sistema social, pues no acepta cualquier comunicación sino sólo las que cumplen con los especiales requisitos de este subsistema. Ello hace necesario que la comunicación del amor deba adecuarse a la estructura del sistema jurídico para poder ser parte de él, y esto se hace considerando al amor como una posible función del sistema jurídico. De esa manera el amor puede pasar a ser el contenido de la dogmática justa con contenido, pues se puede adecuar en forma de función al sistema jurídico. Si el amor es contenido de la dogmática justa, entonces definirá los requisitos de la estructura del sistema jurídico, y en ella será aceptada entonces la comunicación del amor.

3.3.3. La función del amor como relación de equivalencia.

Todos recordamos que matemáticamente una función es una relación de equivalencia, por ejemplo, $X=Y^2$. Al decir que el amor es una función, se hace referencia a que el amor es una relación de equivalencia, un principio regulador para la comprobación de equivalencias dentro del marco de variables funcionales, de tal manera que dadas ciertas condiciones de comunicación, y sólo estas condiciones, se da una interacción amorosa. Así, es posible distinguir una relación amorosa de otra relación cuya función es distinta (por ejemplo, una relación violenta), pero también es posible establecer su semejanza con otras relaciones cuya función es el amor. Es una relación de equivalencia, no de igualdad, puesto que aunque la función (amor) sea la misma en varios sistemas (pareja, amistad, familia, vecindario, colegio, sociedad), esto no quiere decir que sus manifestaciones (resultados) sean iguales, y por lo tanto de estructuras iguales. $X=Y^2$ es la función, pero X e Y pueden tener distintos valores, tantos como números hay, por lo que cabe concluir, que para la función $X=Y^2$ existen infinitos resultados, todos diferentes entre sí, pero a la vez equivalentes, por basarse ellos en una misma función. De la misma manera, podemos encontrar, por ejemplo, cien familias amorosas, pero todas ellas diferentes entre sí. Son cien familias amorosas, pero de amores distintos. También podemos encontrar, como ya se señaló, amores de pareja, fraternales, religiosos y sociales.

3.3.4. Conclusión de éste acápite.

A modo de conclusión de esta parte de la tesis, podemos decir que el amor es una comunicación, y que por ser tal, puede integrarse al sistema jurídico siendo el contenido de la dogmática justa, es decir, siendo función del sistema jurídico. La dinámica por la cuál el amor pasa a ser parte del sistema jurídico en forma de función, es decir, la forma en que la comunicación del amor pasa a ser el contenido de la dogmática justa, se realiza a través del proceso de autopoiesis del sistema jurídico, proceso que se explicará en el siguiente acápite, al revisar cuál es la estructura del sistema jurídico.

3.4. La estructura del sistema jurídico.

Dejando atrás el problema de la función del sistema jurídico, la presente tesis se centrará en la estructura del mismo. Como ya se dijo, es la función diferenciadora la que determina la estructura de un sistema. Así en el sistema jurídico, es la dogmática jurídica justa con contenido la que configura los límites y la estructura del sistema jurídico.

Una dogmática jurídica cuyos criterios provienen de una generalización de reglas generales (v.gr. “no matar”, “el aborto está prohibido”, “no dañar la propiedad”, etc.), con o sin excepciones (“legítima defensa”, “aborto terapéutico”, “estado de necesidad”, etc.), que luego serán aplicados a las distintas situaciones que se suscitan en el sistema social (es decir, se formulan de forma abstracta antes de cualquier decisión jurídica), configura un sistema jurídico con una estructura de eje input. Una dogmática cuyos criterios provienen de las consecuencias de las decisiones jurídicas en el sistema social, es decir, a partir de las consecuencias que ya se han dado en la historia de ese sistema jurídico, obtendrá sólo las consecuencias elegidas por esta dogmática, corresponde a un sistema jurídico con una estructura de eje output. Por último, una dogmática jurídica cuyos criterios provienen de una adecuación a los conceptos²⁴ del sistema social, es un sistema jurídico de estructura adecuada a la sociedad. Al hablar de input y output la presente tesis se está refiriendo a un modelo general de

²⁴ Se entenderá que los conceptos del sistema social corresponden a aquellos referentes simbólicos, sociales, culturales, históricos, entre otros, que le pertenecen.

la teoría de sistemas según la cual "los sistemas que elaboran informaciones están unidos doblemente con su contorno social, concretamente por el input y el output (...) La independización de un sistema significa, vista desde el punto de vista temporal, que los acontecimientos del sistema ya no son paralelos a los del contorno, sino que le preceden o le siguen, es decir que se separan especialmente para el sistema los horizontes temporales del pasado (input) y los del futuro (output)"²⁵. El input de un sistema, por tanto, es su estructura limítrofe que registra acontecimientos del pasado, es la información que entra al sistema, y el output es la estructura limítrofe del sistema que lo regula conforme a los efectos de este en el contorno del sistema, es decir se encarga de las consecuencias futuras del sistema.

²⁵ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 47. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

3.4.1. La estructura de eje input.

En la estructura de eje input se pretende "un aplazamiento uniforme de categorías diferenciadas: ¿El cliente ha adquirido o no la propiedad? ¿Se han cumplido o no las características de una estafa? Una práctica de decisión justa es aquella que decide tales cuestiones "sin acepción de personas, según puntos de vista propios al sistema y que, llegado el caso, aplica estos criterios de la igualdad - desigualdad a su vez a la fijación de estos puntos de vista"²⁶. Lo que se trata de hacer es debilitar la presión de las fuerzas sociales en la frontera del input, es decir, se trata de diferenciar al sistema jurídico en esta frontera²⁷. Así, el sistema jurídico define su estructura de eje input, de la siguiente manera, a modo de esquema:

1º- la doctrina se forma en base a hechos que pasaron en el sistema social, que luego fueron transformados en criterios de relación de relaciones, para luego aplicarse al sistema social.

2º- por ende, la doctrina diferencia al sistema jurídico del sistema social a partir de hechos pasados que se transforman en criterios. Esto se da en la frontera input de la estructura del sistema jurídico.

Para explicar mejor este tipo de estructura, se expondrá la *figura 2*:

²⁶ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 53. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

²⁷ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p.54. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

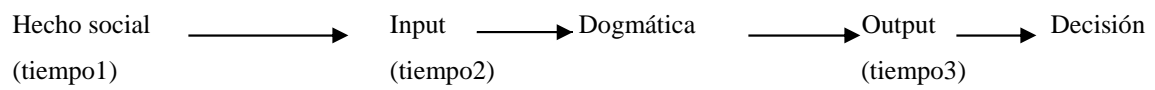


Figura 2

3.4.2. Estructura de eje output.

En la estructura de eje output lo que la doctrina pretende, para diferenciar el sistema jurídico del sistema social, es tomar las posibles consecuencias y efectos de las decisiones jurídicas en el sistema social, como patrón por el cual definir los criterios de la dogmática, y por ende, definir los límites del sistema jurídico. Para simplificar esta estructura, compararemos el esquema regla-excepción (propio de la estructura de eje input) con la llamada "ponderación de intereses"²⁸ (propia del esquema de eje output)²⁹. Por más que el esquema regla-excepción sea aplicable a la generalidad de los casos, como criterio dogmático, no podemos ponderar intereses en los efectos de este criterio en los resultados de las decisiones jurídicas en el sistema social. A modo de ejemplo, aplicando el esquema regla-excepción al aborto, podemos tener un sistema jurídico que prohíba el aborto, por regla general y que excepcionalmente acepte el aborto, ocurriendo determinadas circunstancias (obsérvese que todos los antecedentes del hecho social son hechos pasados -frontera input). Esto permitirá definir cuando se permite un aborto y cuando no. Pero (y aquí está la crítica) esto no nos permite medir, modificar o controlar las consecuencias sociales de la decisión tomada bajo esta estructura de eje input. A lo más podremos decir que se observan tales o cuales efectos, pero no podemos incidir en ellos. Simplemente ocurren. Esto es lo que se trata de

²⁸ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 67. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

²⁹ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 64. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

evitar en el esquema de eje output. Un esquema de eje output considera estos efectos, y es más, a partir de los posibles efectos se elaborarán criterios para que ocurran unos y no otros. Esto no puede hacerlo un esquema regla-excepción, propio de la estructura de eje input.

Nuevamente, a modo de esquema:

1º- la doctrina se forma en base a los posibles hechos (futuro) que se puedan suscitar, y de ahí se forman los criterios diferenciadores.

2º- por ende, la doctrina diferencia al sistema jurídico del sistema social a partir de los posibles hechos que se puedan dar en el futuro y los hechos que se quiere que se vean en el futuro, los que en definitiva formarán los criterios. Esto se da en la frontera output de la estructura del sistema jurídico.

Para dar mayor claridad de lo que se quiere explicar, a continuación se representa el esquema en la *figura 3*:

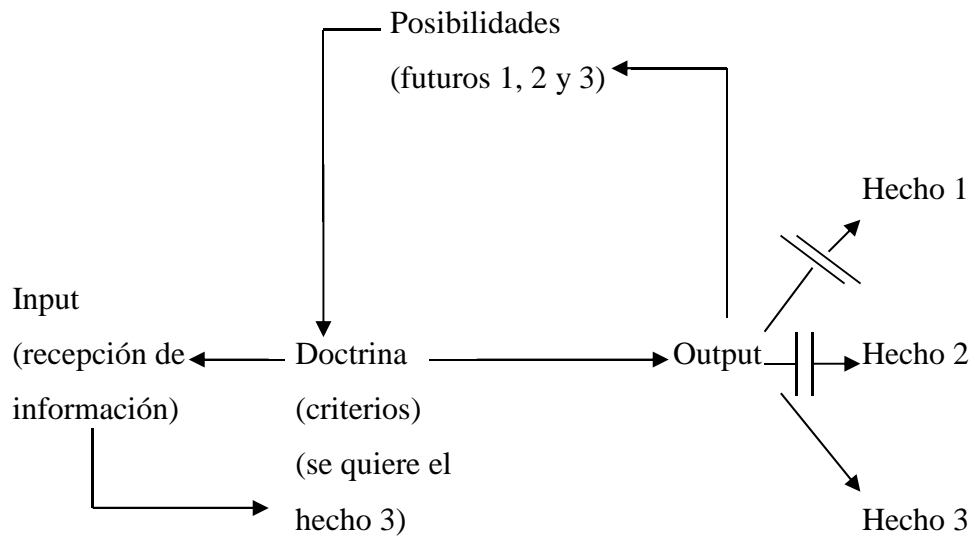


Figura 3

3.4.3. La estructura de conceptos adecuados a la sociedad y la autopoiesis del sistema jurídico.

En la estructura de conceptos adecuados a la sociedad, el sistema jurídico tiene la tarea de, a través de la dogmática jurídica, "hacer jurídicamente operacionales en cada uno de sus campos las cuestiones de justicia". Por lo tanto la "dogmática debería ser capaz de formular conceptos socialmente adecuados"³⁰. "Adecuado a la sociedad", siguiendo a Niklas Luhmann, "no quiere decir que los conceptos jurídicos deban ser conceptos sociológicos o deban reflejar de modo adecuado a la sociedad... Adecuación significa tan sólo que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico... El criterio de adecuación solamente se puede referir a las reducciones con las que el sistema jurídico desarrolla su función específica en toda la sociedad, siempre que se le requiere"³¹. Esto es lo que se llama una dogmática de intereses. En esta estructura es muy importante el papel del legislador, ya que es él quien le dará la protección al interés. Existe una interrelación entre el sistema y el entorno de tal manera que un sistema puede adaptarse a los acontecimientos relevantes de su entorno, tanto como cambiar su entorno en aspectos relevantes para el sistema. Así tanto input como output se pueden convertir en un problema, por lo que "el sistema ya no puede buscar una orientación básica en determinadas situaciones propias, sino únicamente en los puntos de vista de la puesta en

³⁰ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 96 y 97. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

³¹ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 97 y 98. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

relación del entorno variable y el sistema variable. El sistema se percata por sí mismo, por así decirlo, de si en la relación con el entorno algo cambia, o es problemático, o debe ser corregido. Tales indicadores sirven también como reglas para la coordinación de input y output. Controlan el paso del input al output"³². "En este sentido, la dogmática jurídica emplea conceptos adecuados a la sociedad para crear internamente al sistema jurídico, la posibilidad de integrar procesos de elaboración del input y procesos de producción del output"³³. Esto no garantiza la satisfacción de las necesidades de la sociedad, solamente garantiza "condiciones de posibilidad", para que el sistema se oriente con el input y el output al mismo tiempo, a la necesidad de decisión producto de toda la sociedad. Esto último sucede porque en el paso del input al output hay decisiones previas que son compatibles con estructuras importantes del sistema social existente. Por tanto, para poder formar un juicio suficientemente complejo sobre la función de la dogmática jurídica se han de distinguir los diversos puntos de vista y relacionarlos mutuamente.

La tesis adopta esta última estructura, es decir el sistema jurídico, y tal como ya se había advertido con anterioridad, no podría aceptar la comunicación del amor en la misma forma en que se encuentra en el ambiente, esto es en el sistema social. Es necesario "adecuar" este concepto de amor al sistema jurídico, porque como bien señala Luhmann, que el

³² N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 110 y 111. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

³³ N.Luhmann, "Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica", p. 111 y 112. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

sistema jurídico se adecue a los conceptos de la sociedad no quiere decir que se incorporen conceptos sociológicos o que deban reflejar de modo adecuado a la sociedad, sino que quiere decir que dichas comunicaciones se transforman conceptualmente al sistema jurídico. Para explicar cómo la comunicación del amor se adecua al sistema jurídico es necesario unir esta teoría de la estructura del sistema jurídico con el concepto de autopoiesis, que el mismo Luhmann utiliza. La autopoiesis es el proceso por el cual los elementos de un sistema generan los mismos elementos del sistema. Es la autoproducción de los elementos del sistema. El sistema jurídico está formado por la autopoiesis de sus elementos; tales son, según Teubner, los actos jurídicos (elemento), que se interconectan a través de un procedimiento jurídico (proceso), los que se estructuran por las normas jurídicas (estructura) y se diferencian del entorno a través de la dogmática jurídica (identidad). El esquema de Teubner no se contrapone a la idea de autopoiesis de Niklas Luhmann, sino que se complementan. Niklas Luhmann afirma que el sistema jurídico es normativamente cerrado y cognoscitivamente abierto. En esto, Niklas Luhmann difiere de la teoría de la autopoiesis de Humberto Maturana³⁴, en cuanto a la clausura de operatividad. La clausura de operatividad quiere decir que los elementos de un sistema autopoietico se generan a si mismos, sin interferencia, en este proceso, del entorno del sistema³⁵. Pero para Niklas Luhmann, hay un

³⁴ Para una comparación breve de ambos autores, ver Darío Rodríguez, “Elementos para una comparación de las teorías de Maturana y Luhmann”, en Revista de Estudios Sociales N° 54, 1986.

³⁵ Maturana, Humberto. “El Arbol del Conocimiento”, p. 59, OEA, Ed. Universitaria, Santiago. 1984. “Su identidad [del sistema] está especificada por una red de procesos dinámicos cuyos efectos no salen de esa red”.

momento en la autopoiesis del sistema jurídico en que el entorno sí interviene, no determinando la operatividad de la autoproducción de elementos, sino a través de la selección de elementos del entorno que cumplen los requisitos del sistema. Esta diferencia con Maturana se da porque los sistemas autopoieticos a los que se refiere Humberto Maturana son sistemas de vida, y los sistemas a los que se refiere Niklas Luhmann son sistemas de sentido. Para Luhmann, los sistemas de vida son sistemas autopoieticos, pero no de sentido, a diferencia de los sistemas sociales y psicológicos, que sí son de sentido. El sentido consiste en la posibilidad de escoger. El sentido es forzoso en los sistemas sociales y psicológicos, porque como observadores, al observar estaremos dando un sentido, al negar un sentido se prefiere otro, al dejar de observar también hay un sentido, y sin observar, también hay un sentido porque el sistema que no se observa sigue teniendo sentido. Los sistemas sociales y psicológicos son sistemas de sentido porque sus elementos son esencialmente inestables. Las células no cambian, pero las comunicaciones y la conciencia siempre cambian, es más, es de la esencia de ellos el aparecer y desaparecer como elementos del sistema que constituyen y son condición de la autopoiesis de los mismos.

Ahora bien, esta selección de elementos del entorno del sistema jurídico no ocurre a nivel de normas directamente, sino al nivel del contenido de las mismas. Por eso Niklas Luhmann afirma que el sistema jurídico es normativamente cerrado y cognoscitivamente abierto: “Los sistemas jurídicos utilizan esa diferencia para combinar la clausura de la

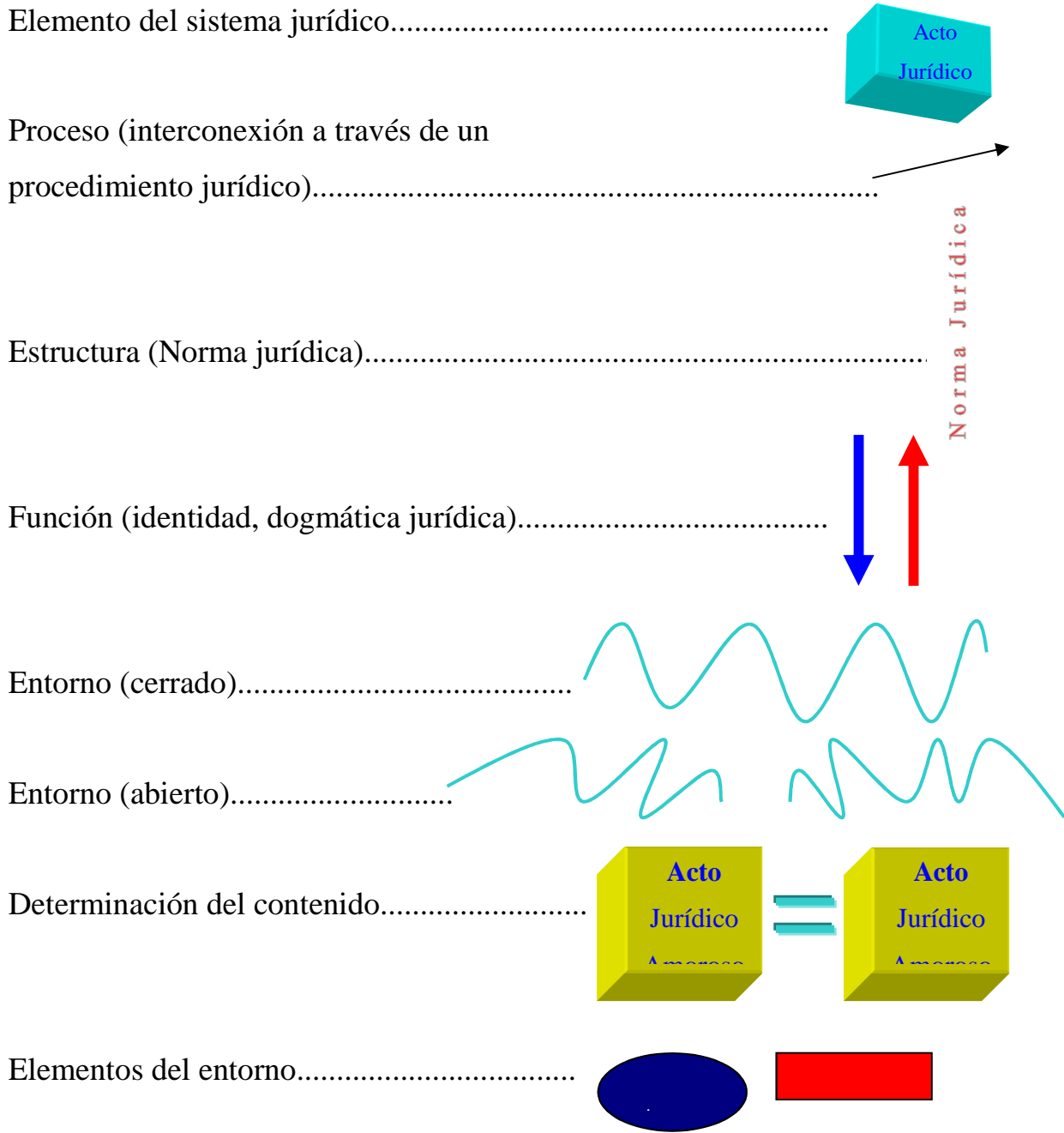
autoproducción recursiva y la apertura de su referencia al medio. En otras palabras el derecho constituye, un sistema normativamente cerrado, si bien cognoscitivamente abierto. [...]. La cualidad normativa sirve a la autopoiesis del sistema, a su autocontinuación diferenciada del medio. La cualidad cognoscitiva sirve para que ese proceso concuerde con el medio del sistema”³⁶. Digamos, entonces, que la cognición es la manera de acoplarse que tiene el sistema jurídico a la sociedad. Es a esto a lo que se refiere cuando nos habla de una estructura de conceptos adecuados a la sociedad. Ahora bien, el conocimiento es una forma de comunicación, y como tal, forma parte del sistema social. La moral también es una comunicación, y como tal ella se interconecta con todas las comunicaciones (recordemos que la sociedad está compuesta de comunicaciones)³⁷. Una comunicación es una selección de selecciones, una síntesis de tres selecciones: información, participación y comprensión. Estas selecciones deben seleccionar una u otra selección, pero no pueden seleccionarse todas. Así, una selección elige selecciones, y estas a su vez selecciona otras selecciones, y así autopoieticamente³⁸. Ahora bien, dentro de la moral puedo situar al amor, pues es un criterio para seleccionar selecciones. El amor nos dice que debemos aceptar al otro como un legítimo otro en la convivencia, lo que puede aceptarse o rechazarse. El sistema jurídico, entonces, a través de sus

³⁶ Luhmann, Niklas. 1984, “The Self-Reproduction of the Law and its Limits”, en : Felipe Augusto de Miranda Rosa (org.), *Direito e Mundaça Social*. Rio de Janeiro: OAB-RJ, pp 110ss.

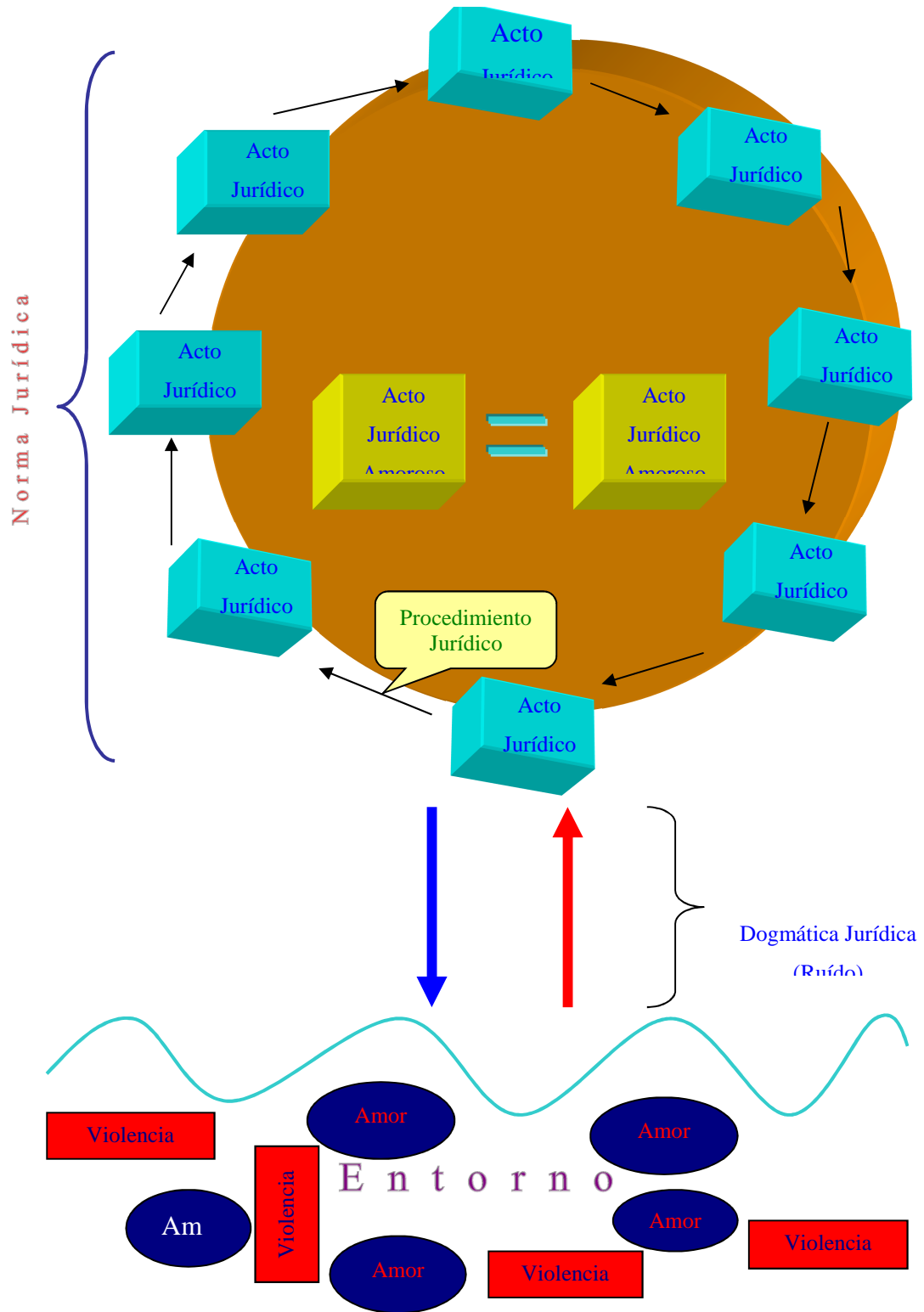
³⁷ Niklas Luhmann. “El concepto de Sociedad”, en “Complejidad y Modernidad, de la Unidad a la Diferencia”, Edición y traducción de Josexo Berian y José María García Blanco. Ediciones Trotta, 1998.

³⁸ Marcelo Neves. “De la Autopoiesis a la Alopoiesis del derecho”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa N° 19, 1996.

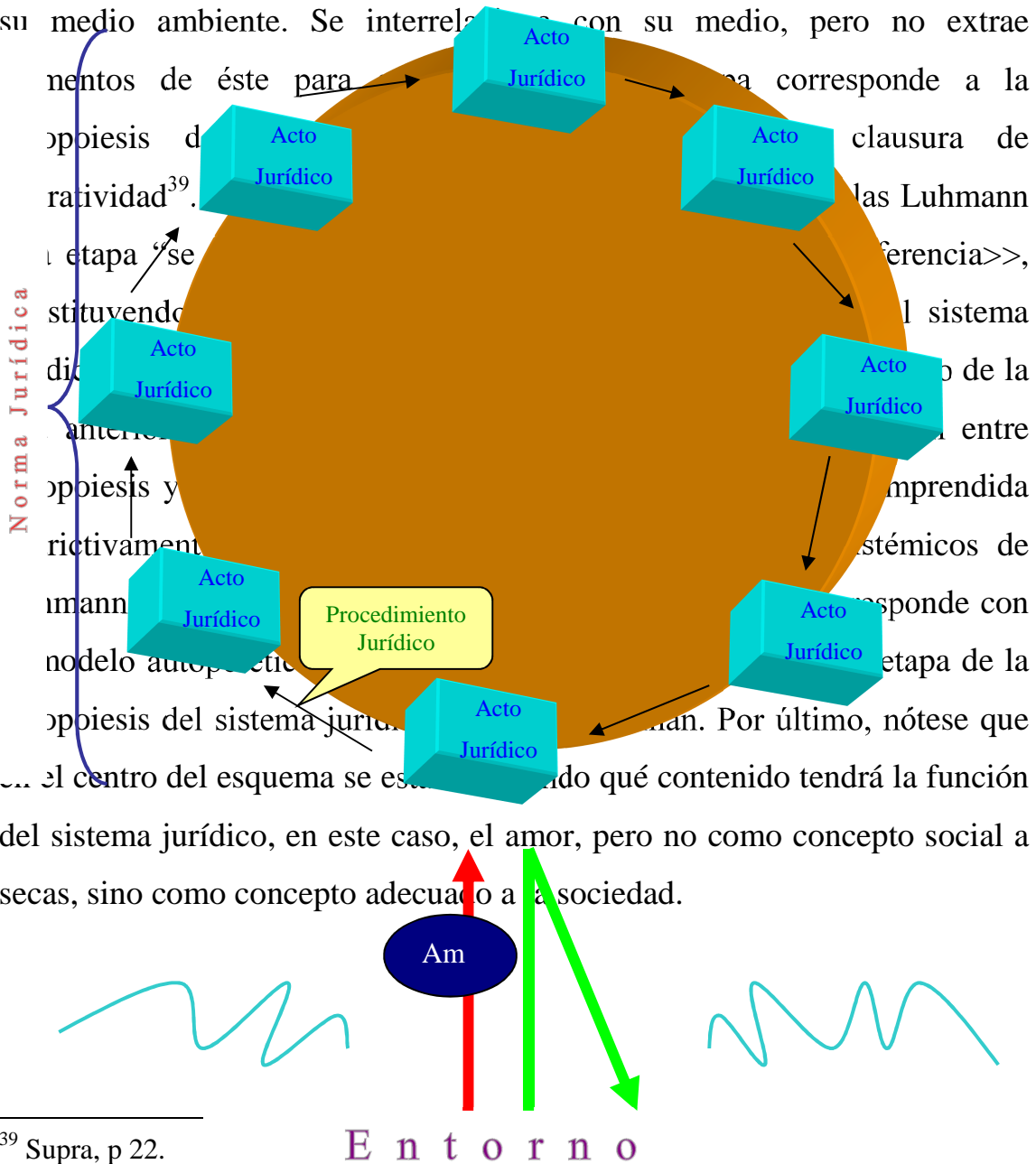
propias elecciones internas, decide si incorpora a su autopoiesis a la comunicación del amor. Para ejemplificar esto, se expondrá el siguiente esquema, que incorpora la noción de autopoiesis (este esquema incorpora las tres fases que distingue Luhmann en el proceso de autopoiesis: autorreferencialidad, reflexividad y reflexión) y el esquema de Teubner de un sistema jurídico autopoietico. En lo que sigue, se explicarán los detalles del esquema, y a continuación de cada una de las etapas del proceso de autopoiesis, se dará una explicación breve de ellos.



Autorreferencialidad

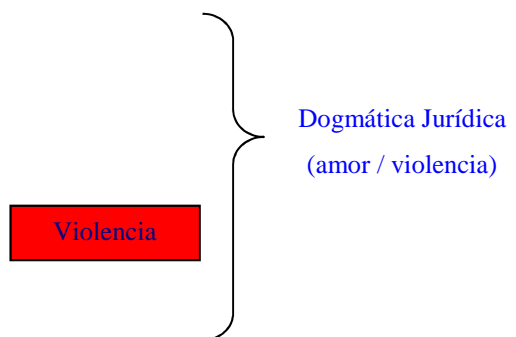


Esta etapa representa el primer momento de la autopoiesis del sistema jurídico, planteado por Teubner. Consiste en la autopercepción del sistema, configurando los límites del mismo, es decir, su estructura, de forma cerrada, aislada de su medio ambiente. Se interrelaciona con su medio, pero no extrae elementos de éste para su propia reproducción. Esta etapa corresponde a la autopercepción del sistema, que en la teoría de la autopoiesis de Luhmann se refiere a la <<referencia>>, constituyendo el sistema jurídico a partir de los actos jurídicos que se realizan en él. Este modelo autopoiético del sistema jurídico, que responde con el centro del esquema se está dando qué contenido tendrá la función del sistema jurídico, en este caso, el amor, pero no como concepto social a secas, sino como concepto adecuado a la sociedad.



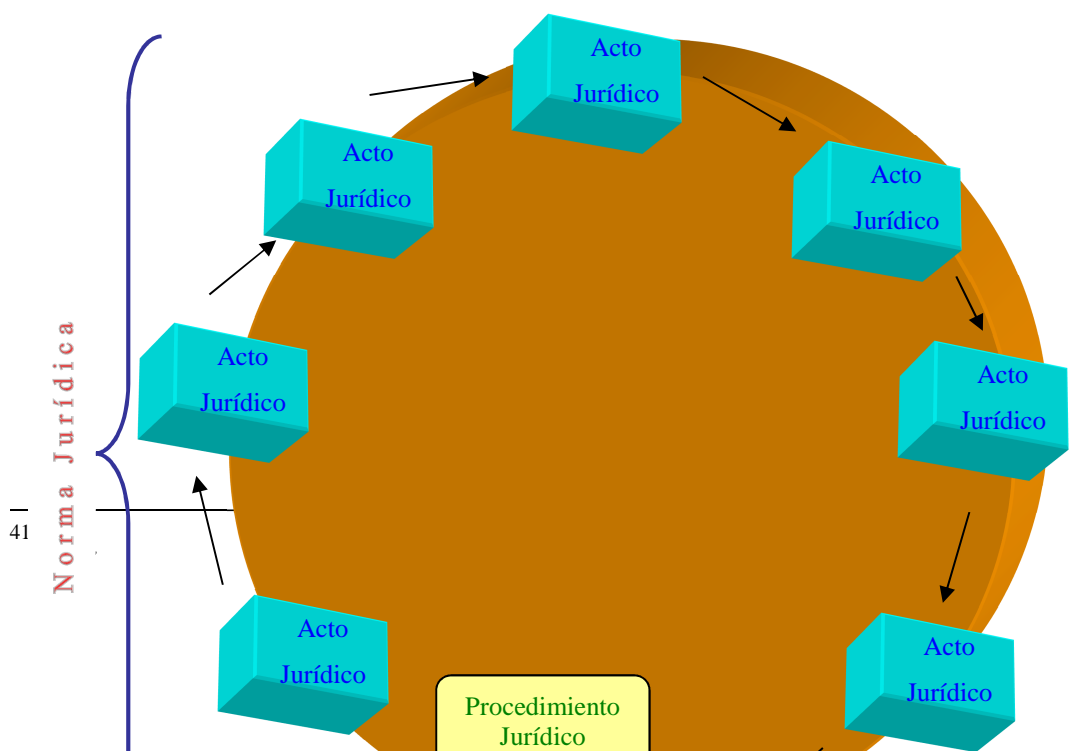
³⁹ Supra, p 22.

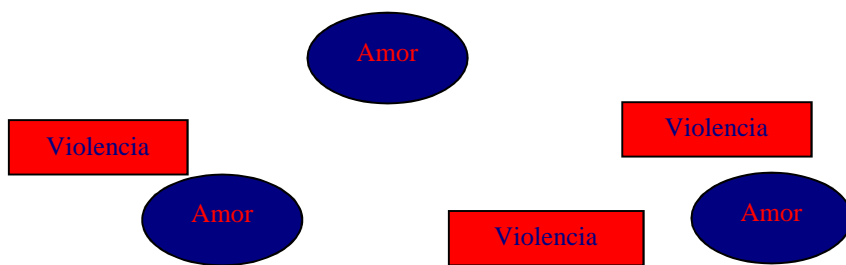
⁴⁰ Marcelo Neves, "De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho", p. 406. Doxa N° 19, 1996.



Esta fase de la autopoiesis del sistema jurídico representa el momento en que el sistema toma los elementos cognitivos del medio ambiente, elementos que ha decidido tomar en la fase anterior (amor), y rechaza los que no ha decidido tomar (violencia). En palabras de Marcelo Neves, “la reflexividad como mecanismo en el interior de un sistema autopoietico implica que el proceso referente [sistema jurídico] y el proceso referido [sistema social] son estructurados por el mismo código binario [dogmática] y que, junto a esto, criterios y programas del primero [amor, violencia] reaparecen en parte en el segundo”⁴¹. En el fondo, este es el proceso de adecuación de los conceptos sociales al sistema jurídico. De esta manera es como el amor, la violencia u otro contenido pasan a formar parte de la autopoiesis del sistema jurídico.

Reflexión





Esta etapa representa la última fase de la autopoiesis del sistema jurídico, y supone la autorreferencia básica y la reflexividad. Consiste en la operación autorreferencial, pero no de los elementos del sistema (como en la primera fase de la autopoiesis), sino del sistema como un todo⁴².

⁴² Ibid, p. 407.

3.5. La influencia de un sistema jurídico amoroso según el modelo ecológico.

Para apreciar de mejor manera las consecuencias de un sistema jurídico amoroso en el sistema social, se describirá en este acápite cómo influiría una función de la dogmática justa con contenido amoroso en el sistema jurídico y luego en el sistema social, bajo la perspectiva del modelo ecológico de Urie Bronfenbrenner⁴³. La dogmática jurídica establece los criterios a partir de los cuales se estructura el sistema jurídico y define sus límites. ¿Qué criterios ocupará? Ocupará un criterio amoroso u otro diverso dependiendo del contenido de la justicia, que es la función diferenciadora de la dogmática jurídica. Por ende, si los criterios de una dogmática jurídica justa son amorosos, se producirán normas amorosas, aplicación de normas amorosas y sentencias (sanción) amorosas. El presupuesto de todo el sistema jurídico sería el amor. Ahora bien, en la sociedad, en el sistema social, hay que distinguir: En el macrosistema⁴⁴, influiría el amor como base de la sociedad. El macrosistema se refiere a las correspondencias, en forma y contenido, de los sistemas de menor orden (micro, meso y exo) que existan o podrían existir, al nivel de la subcultura o de la cultura en su totalidad, junto con cualquier sistema de creencias o ideologías que sustentan estas correspondencias. De esta manera el amor sería parte de la cultura, empezaría a impregnar todo lo culturalmente jurídico con este criterio. Habría un ideario cultural que se plasmaría en forma de principio,

⁴³ Urie Bronfenbrenner, “La ecología del desarrollo humano”, Ed. Paidós, 1987

⁴⁴ En Urie Bronfenbrenner, “La ecología del desarrollo humano”, p. 45, Ed. Paidós, 1987

de regla general, y la sociedad entonces percibiría que a grandes razgos, algo que está conforme a derecho sería algo amoroso. Es decir, una ley, sentencia o derecho subjetivo serían así percibidos y comunicados por las personas si en ellas hay aceptación del otro como un legítimo otro en el compartir, y todas las características que se derivan de aquel concepto.

Luego, en el exosistema⁴⁵, concepto que se refiere a uno o más entornos que no incluyen a la persona en desarrollo como participante activo, pero en los cuales se produzcan hechos que afectan a lo que ocurre en el entorno que comprende a la persona en desarrollo, o que se ven afectados por lo que ocurre en ese entorno, los gobiernos y las grandes instituciones girarían en torno a este paradigma como forma de criterio para delimitar sus propios subsistemas. Es decir, como estos entornos e instituciones deben ajustarse a derecho, se estructurarían de tal manera que toda su dinámica relacional con el público y los ciudadanos se enmarcaría dentro de la idea del amor como ya ha sido definida.

En el mesosistema⁴⁶, que es aquel que comprende las interrelaciones de dos o más entornos en los que la persona en desarrollo participa activamente (por ejemplo, para un niño, las relaciones entre el hogar, la escuela y el grupo de pares del barrio; para un adulto, entre la familia, el trabajo y la vida social). Las instituciones más cercanas a la población tendrían como función diferenciadora al amor (colegios, universidades,

⁴⁵ En Urie Bronfenbrenner, “La ecología del desarrollo humano”, p. 44, Ed. Paidós, 1987

⁴⁶ En Urie Bronfenbrenner, “La ecología del desarrollo humano”, p. 44, Ed. Paidós, 1987

juntas de vecinos, etcétera), y por lo tanto, en estas instituciones medias que tienen ya un contacto más directo con las familia y las personas en particular, se concretizaría de forma más palpable y directa el concepto de amor como aceptación. Es en este punto del esquema ecológico donde se viviría con más concretitud el concepto de amor.

En el microsistema⁴⁷, que es un patrón de actividades, roles y relaciones interpersonales que la persona en desarrollo experimenta en un entorno determinado, con características físicas y materiales particulares, las instituciones más básicas de la sociedad se impregnarían con este criterio amoroso, y por ende la instancia de aprendizaje social más importante de la sociedad, la familia, aplicaría esta función, desarrollando entonces en ella seres humanos que solucionan sus conflictos de forma amorosa. Esta actitud generada desde el microsistema, incidiría a su vez en las restantes capas del modelo ecológico, como una especie de rebote.

Cabe concluir entonces que es sumamente importante la función diferenciadora del sistema jurídico, por los efectos que ella tiene a nivel ecológico en el sistema social. Pero hay que advertir que, sin embargo, el sistema jurídico no es el único sistema que se encuentra al nivel del macrosistema, y que si el resto de los sistemas tienen como función diferenciadora uno diverso, el resultado sería una competencia de funciones. Además, en cada estrato del modelo ecológico hay otros sistemas con diferentes funciones que matizan la descripción realizada, es decir,

⁴⁷ En Urie Bronfenbrenner, “La ecología del desarrollo humano”, p. 41, Ed. Paidós, 1987

desde cada capa del modelo ecológico nacen, y se acogen distintas funciones, que se van entremezclando, de forma contingente. Este último elemento, la contingencia, se analizará con profundidad en el acápite 3.5.3. Pero a pesar de estas observaciones, no puede dejar de destacarse el hecho de que siempre, en alguna medida, la función diferenciadora del sistema jurídico incidirá en todos los estratos del modelo ecológico.

Para que esta descripción quede más clara, se representará este modelo a través de la *figura 2*.

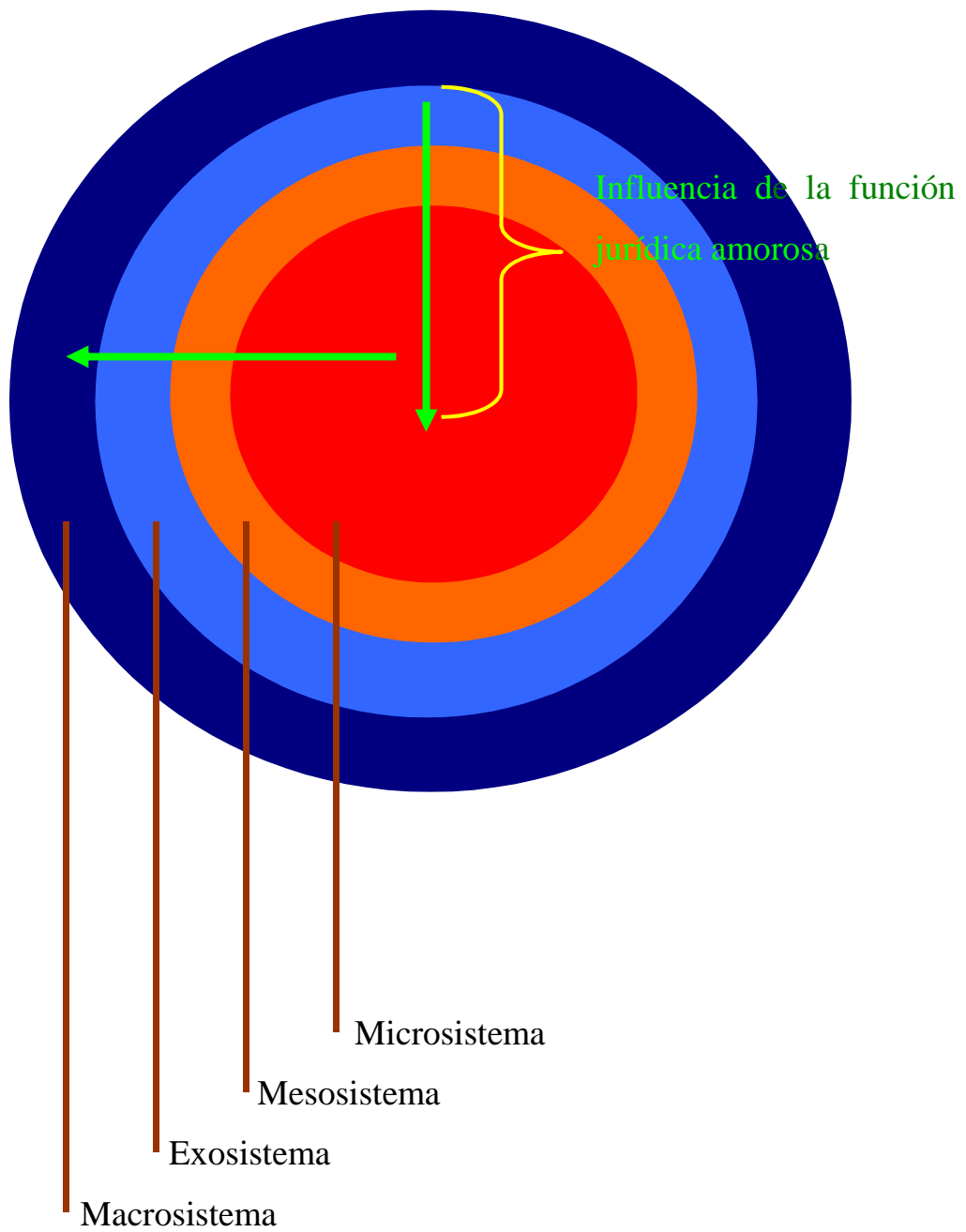


Figura 2

3.6. Conclusión general de éste acápite.

A modo de conclusión general de esta parte de la tesis, podemos decir que el amor es una comunicación que tiene como información el siguiente enunciado: “la aceptación de otro como un legítimo otro en la convivencia”, enunciado que puede desglosarse en tolerancia, humildad y libertad. Se expresa en el lenguaje, que es el modo de vivir humano, y puede o no ser comprendido. La sociedad está compuesta de comunicaciones, y como el sistema jurídico es un subsistema social, entonces el amor puede ser parte del subsistema jurídico, si se adecua a los requisitos que impone dicho sistema. La forma en que la comunicación del amor puede formar parte del sistema jurídico se concretiza a través del proceso de autopoiesis, en sistemas jurídicos de estructuras de conceptos adecuados a la sociedad. De esta manera puede ser contenido de la dogmática justa, y ser función del sistema jurídico. Ahora bien, este proceso es contingente a la deriva estructural que el mismo sistema jurídico define. Por tanto, el amor, puede o no ser parte del sistema jurídico, contingentemente.

Éste es, en resumen, el postulado de esta tesis, la respuesta a la pregunta inicial. El amor y el sistema jurídico pueden ser una misma cosa, o no serlo, de forma contingente. Pero para poder ubicar esta respuesta en el contexto de la discusión actual sobre la relación entre el derecho y la moral, donde se podría situar al amor, pasaremos a la siguiente herramienta teórica

señalada en los fundamentos teóricos de la tesis, esto es, la comparación con otras teorías y perspectivas.

4. Una revisión al estado actual de la discusión: Derecho y Moral.

La tradición filosófica – jurídica de la escuela (así como las restantes de las otras universidades) ha sido fuertemente marcada por lo que se llamará el positivismo formalista, que básicamente ha privilegiado la forma de la norma y no su fondo. La norma es tal si cumple determinadas características formales. Todo lo que está fuera de esa forma, no es norma y por lo tanto no es derecho. Y así cabría concluir que aspectos como la moral y el amor, específicamente, no son derecho, o parte de él, ni podrían serlo. Lo anterior no obsta a que los autores de la antedicha tradición filosófica traten concienzudamente la relación entre derecho y moral, pero en ámbitos separados.

4.1. Comparación con algunos argumentos de I. Kant.

Esta tradición positivista formalista está claramente influenciada por el pensamiento jurídico y metamoral de Kant⁴⁸. Kant, en su conocida *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, plantea la pregunta sobre lo que es bueno: ¿Qué es bueno absolutamente, incondicionadamente?. Trataba de llegar a un principio a priori a partir del cual se construyera lo bueno, y llegó a la conclusión de que lo único que podía ser absolutamente bueno era la voluntad, pues la voluntad no depende de los resultados que se busquen, sino que es buena en sí misma. Para entender esto, Kant utiliza la noción de “deber”. Así, Kant distingue las “acciones conforme al deber” y las “acciones por deber”. Las acciones conforme al deber son aquellas que se ajustan a la norma puesto que se temen las consecuencias de su infracción. En cambio, las acciones por deber son las que cumplen con la norma pero independientemente de las consecuencias que se evitan, simplemente por el contenido bondadoso del deber. Kant predica entonces que si alguien quiere tener una voluntad buena debe actuar de manera que el contenido de su acción pueda ser universalizable a todos. Este es el conocido imperativo categórico de Kant⁴⁹. Pero esta línea de pensamiento lleva a concluir que una acción

⁴⁸ Immanuel Kant, “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, cap. I. Ed. Ariel, 1996.

⁴⁹ Un ejemplo: ¿Qué es bueno, la verdad o la mentira? Para saber esto, hay que preguntarse cuál de los dos conceptos es universalizable: si todos mintiéramos, ¿existiría la mentira? No, puesto que la mentira es la negación de la verdad, y sin verdad, entonces no hay mentira. Luego, la mentira no es universalizable, y por ende, es mala. ¿La verdad, es universalizable? Si, puesto que si todos dijéramos la verdad, la verdad seguiría existiendo, es decir, la verdad no está en función de la mentira. Luego, la verdad es

conforme al deber es una acción que se enmarca dentro del derecho, pues es una acción que se realiza de tal forma sólo por temor a la sanción, y para Kant precisamente, una norma jurídica debía estar acompañada de una sanción para ser efectiva. De esta manera, la conducta se realiza no por el contenido bondadoso del deber de actuar de la manera señalada en la norma, sino por temor a la sanción, dejando excluido del sistema jurídico a la moral como elemento determinante en la conformación de la norma jurídica. Así podemos concluir que el derecho está en el fuero externo de la persona (en la sociedad), y la moral en el fuero interno de la persona (la voluntad), completamente separada del derecho.

La moral, para Kant, debe constituirse al margen de la historia, a partir de conceptos puros y a priori. Puros, es decir, sin contaminación, sin dependencia o asociación a otro concepto, y a priori, o sea anteriores a toda experiencia. El derecho para Kant es eminentemente coactivo, no deriva del derecho natural porque regula conductas externas humanas. En la *Introducción General a la Metafísica de las Costumbres*, se contienen una serie de definiciones, que se expondrán a continuación. En ellos es posible constatar la idea de Kant de que Derecho y Moral están separados, el primero en el fuero externo y el segundo en el fuero interno:

- La facultad de desear: Es previa al concepto de voluntad. Es una facultad de hacer u omitir. Es la facultad de ser causa de sus representaciones. Es la capacidad de actuar sobre el mundo sobre la base de representaciones.

universalizable, y por ende, es buena. En otras palabras, no existe sociedad posible si se universaliza la mentira, pues no sería posible si quiera la más irrelevante convención.

- Arbitrio: Facultad de actuar en la medida de ser consciente de que puede producir el objeto querido, deseado. Es la capacidad de optar por distintos objetos. Esto es la base de la voluntad y de la libertad. Cuando el arbitrio se eleva, Kant lo denomina voluntad. El arbitrio está afectado (no determinado) por impulsos e inclinaciones naturales, pero puede ceñirse a patrones racionales, es decir, morales. Esto es el imperativo categórico: actuar inclinado por la racionalidad de la acción.
- Voluntad: Es una capacidad de elegir, pero en la medida en que esa elección se determina por la razón. La voluntad es razón práctica, razón volcada al mundo.
- Sujeto racional: Aquel que aplica medios para obtener fines, pero el fin no es lo racional, lo racional es el medio. Para que una acción sea moral, tanto los medios como los fines deben ser racionales. Kant plantea que el imperativo categórico incorpora la prohibición de tratar como medios a otros sujetos, es decir, el deber de tratar a los demás sujetos como fines en sí mismos, nunca como medios.
- Libertad negativa: Es la acción tal que es implausible considerar que se realiza sólo para y por sí mismo, sino que puede realizarlo cualquier otro. Es la independencia del impulso individual.
- Libertad positiva: Es el actuar sujeto a la ley moral que uno mismo se impone. Libertad no es lo mismo que licencia.
- Ley moral y ley jurídica: Las reglas que se siguen cuando se es libre son leyes de la libertad, las que a diferencia de las leyes de la naturaleza, son leyes morales. Si afectan sólo la conducta externa, estamos frente a leyes jurídicas. Si afectan a la motivación interna de actuar, estamos frente a leyes morales. Las leyes éticas no pueden ser objeto de coacción. El estado no puede buscar perfeccionar moralmente a los sujetos, y si lo busca, lo hace por medio de la coacción, y si así lo hiciera el resultado no sería moral.
- Obligación: Según Kant es la necesidad de una acción (acción necesaria). Pero es también libre.
- Acto: Es una acción sometida a las leyes de obligación, se considera al sujeto en libertad de arbitrio.
- Persona: Es el sujeto cuyas acciones son precisamente actos. Es el sujeto cuyas acciones les son imputables. Sólo puede tener acciones y obligaciones quien es libre. Responsabilidad y libertad están estrechamente ligadas.

- Imputación: Es el juicio por el cual una persona es considerada como autora de un acto. Para que la imputación sea jurídica, debe realizarla un juez.

La idea de derecho para Kant sólo afecta el aspecto externo de las personas en la medida en que se pueden influir unas a otras mediata o inmediatamente. El derecho debe ser coherente con la libertad de una persona pero no con los deseos y fines de cada cual. El derecho no tiene que ver con los fines, como la “felicidad pública”, sino con la relación de las libertades. El derecho no tiene que ver con la moral, y menos con su imposición en la sociedad.

4.2. Comparación con algunos argumentos de H. Kelsen.

Otra gran influencia en las posturas que separan a la moral del derecho son las teorías puristas del derecho, dentro de las cuales su máximo exponente fue Hans Kelsen⁵⁰. Kelsen hace una distinción entre el ser y el deber ser, entre el comprender y la imputación. Las ciencias del ser describen, explican, comprenden. Las ciencias del deber ser, en cambio, imputan actos a personas (argumento muy cercano al de Kant). Kelsen coloca en el centro de su teoría a la imputación. De esta manera Kelsen trata de fundamentar la necesidad de separar y purificar el derecho de cualquier otra ciencia, moral y justicia. Las ciencias del ser utilizan el principio de la causalidad, y no admiten excepción. Pero Kelsen se diferencia de Kant en cuanto liga sanciones a comportamientos, actos realizados por personas libres. Así, el crimen no es la causa de la sanción, ni la sanción el efecto del crimen. La relación entre ambas resulta de una norma que prescribe la sanción del crimen. La sanción se imputa al crimen porque una norma así lo autoriza, la sanción debe seguir al crimen, pero no es causa de éste. El contenido de la norma (como podría ser la moral) no incide en la validez de la misma. La validez de la norma está dada por su derivación de una norma superior, la que a su vez deriva de otra hasta llegar a la norma hipotética fundamental. Kelsen, respecto de la relación entre el derecho y la moral no realiza una distinción a partir de las conductas a que obligan ambos tipos de normas, pues en muchos casos suelen coincidir (v. gr. “no matar”), ni tampoco en el carácter autónomo de la moral y heterónomo de la ley, puesto

⁵⁰ Kelsen, Hans. “La teoría pura del derecho”.

que concibe a la moral como moral social, es decir, un fenómeno colectivo, no interno. Kelsen centra la diferencia entre ambas normas a partir del carácter coactivo del derecho, lo que no quiere decir que la moral no tenga sanción, simplemente se refiere a que la sanción de la moral se limita a la mera desaprobación social, mientras que el derecho puede sancionar por medio de la fuerza socialmente organizada. Asimismo, Kelsen plantea que la ley no puede guiarse por criterios de justicia, puesto que la idea de justicia es irracional, desde que ninguno de todos los criterios e ideales de justicia que han existido en la historia han sabido demostrarse de manera racional, y por ende, superior a las demás⁵¹. Esta idea es criticada por Agustín Squella, quien plantea que es cierto que a través de la historia se han ideado numerosos criterios de justicia, con criterios diferentes, pero para Kelsen ese no sería el problema, sino el de la fundamentación racional de la verdad, puesto que Kelsen no cree en que se pueda llegar a la justicia verdadera. Después de este razonamiento, Agustín Squella concluye que si entendemos por juicios de justicia un criterio que nos permite calificar de justo o injusto una actividad de quienes producen el derecho, como también del contenido de éste, entonces se podría concluir que tales juicios son necesarios, y que además son racionales en cuanto a la posibilidad de que se les compruebe como verdaderos. Es decir, los criterios de justicia son racionales por la posibilidad de ser ciertos, verdaderos. Es posible llegar racionalmente a la justicia verdadera.

⁵¹ Agustín Squella, "Derecho y moral: ¿Tenemos obligación moral de obedecer al derecho?. Edeval, 1989, pp 35 a 43.

Frente a estas ideas, cabe decir que la presente tesis no comparte el planteamiento de Kelsen, por dos principales motivos: primero que todo, la caracterización que hace del derecho a partir de su coercibilidad está más que criticada y hasta se podría decir que está “superada”⁵². Numerosas teorías han sido vistas como fundamento del carácter coactivo del derecho, pero en muchos de estos casos esto no es cierto. Así sucede con autores como Max Weber, pues en el párrafo sexto de la teoría sociológica de las categorías de Max Weber, expuesta en “Economía y Sociedad” se ha creído ver una defensa al carácter coactivo del derecho. En tal párrafo dice: “Un orden habrá de ser llamado Derecho cuando está garantizado externamente por la posibilidad de la coacción física y psíquica, a través de la acción de un propio equipo especializado de personas, destinada a obligar su cumplimiento o castigar su violación”. A primera vista pareciera que Weber apoya el carácter coactivo del derecho, pero en realidad esta es una conclusión falsa. Weber expresamente manifiesta que no se trata de una definición del concepto de derecho, sino solamente un intento de delimitar el “derecho” frente a las “costumbres” y a las “convenciones”. En este contexto, Weber tampoco analiza la estructura de la norma jurídica, o del orden jurídico, sino que la presupone como ya dada. También se ha visto en Theodor Geiger un apoyo al carácter coactivo del derecho, pero esto no es así. Para Geiger, en su definición normativo - realista del concepto de Derecho, se parte de la distinción entre las “proposiciones normativas” (normas escritas, orales) y la “norma subsistente”, o ínsita en el

⁵² Para una crítica del carácter coercitivo del Derecho, véase Werner Krawietz, “El Concepto Sociológico del Derecho y otros ensayos”, en Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, 2ªed., 1994.

comportamiento humano. Para Geiger, a todo “orden” social subyacen determinadas expectativas de comportamiento tipificantes. Resulta así que para Geiger lo central no es la disposición a la reacción colectiva organizada (sanción, coacción), sino el concepto de expectativa normativa. También se ha querido ver en Niklas Luhmann un apoyo teórico al carácter coactivo del derecho. Pero esto tampoco es cierto, puesto que en su “teoría del sistema jurídico”, Luhmann rechaza expresamente todo intento de considerar a la coacción o a la característica de la “coaccionabilidad” como criterio del concepto de derecho. El se niega a definir al derecho “a través del medio de la violencia física”. Consecuentemente, se niega a “definir el concepto de norma a través de la disposición a imponer sanciones en casos de desilusión”⁵³.

Retomando la crítica a Kelsen, y en segundo lugar, en esta tesis se comparte la opinión de Agustín Squella al refutar el planteamiento de la irracionalidad de la justicia, puesto que mientras exista la posibilidad de afirmar su verdad (la verdad de los juicios de justicia), entonces la justicia es racional. Además, para la tesis la justicia es un elemento central del sistema jurídico.

⁵³ Sobre estos autores (Weber, Geiger y Niklas Luhmann), ver Werner Krawietz, “El Concepto Sociológico del Derecho y otros ensayos”, en Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, 2ªed., 1994, pp. 13 a 20.

4.3. Comparación con algunos argumentos de A. Squella.

Entre los autores nacionales que se sitúan dentro de la posición de separar Derecho y Moral, se encuentra Agustín Squella, quien hace una distinción entre moral autónoma, moral religiosa y moral social. La primera radicaría en la conciencia del individuo, la segunda en la religión y la tercera en la sociedad, o mejor dicho, en la cultura. En esto se coincide parcialmente con la tesis, pues también en ésta se plantean los distintos ámbitos en que se da la moral, pero Agustín Squella plantea estas distinciones de la moral como si fueran independientes unas de otra. Por el contrario, la tesis plantea que la moral es un sistema normativo, pero que atraviesa los distintos sistemas a los que se refiere Agustín Squella: el sistema psíquico (conciencia), el sistema social (comunicaciones) y el subsistema religioso (comunicaciones religiosas), conectadas entre sí a través del lenguaje. Se acoplan a través del lenguaje.⁵⁴

En la parte conclusiva de la obra del autor en cuestión⁵⁵, éste llega a las siguientes conclusiones:

1. Derecho y Moral son dos ordenes normativos diferentes pero con vínculos o relaciones entre ambos.
2. Los criterios que permiten distinguir derecho y moral varían según el ámbito de la moral con el cuál el derecho sea comparado. Esto porque la

⁵⁴ Agustín Squella, "Derecho y moral: ¿Tenemos obligación moral de obedecer al derecho?". Edeval, 1989, pp 29 a 34.

⁵⁵ Opus Cit.

distinción entre derecho y moral es eso, una distinción y no una separación.

3. La distinción entre derecho y moral no impide que esta última pueda operar como paradigma para “corregir” éticamente un derecho. Es más, la distinción entre derecho y moral permite mantener a la moral como instancia autónoma y diferenciada del derecho.
4. La distinción entre derecho y moral se realiza para una mejor identificación de lo que es una y otra cosa, pero no para establecer la superioridad del derecho por sobre la moral.

Respecto de las dos primeras conclusiones, en la presente tesis se sostiene que la terminología usada en esta (de la moderna teoría de sistemas) puede ser mucho más sofisticada y precisa que la usada por autores como Agustín Squella. Además, en la presente tesis se fundamentó la hipótesis de que el derecho puede ser moral, contingentemente. Cabe hacer la misma crítica a las dos últimas conclusiones, salvando sí la última idea sobre la finalidad que se le da a las distinciones en la tesis de Squella, pues también en la presente tesis la pretensión de realizar distinciones no tiene otra intención que dar mayor claridad conceptual.

Agustín Squella, en el apéndice de su texto, plantea tres preguntas que irá respondiendo secuencialmente⁵⁶:

1. ¿Existen obligaciones jurídicas y también obligaciones morales?
2. ¿Existe alguna obligación jurídica de cumplir nuestras obligaciones morales?

⁵⁶ Opus Cit., pp 67 a 93.

3. ¿Existe alguna obligación moral de cumplir nuestros deberes jurídicos?

Al respecto, Agustín Squella responde afirmativamente la primera pregunta. Luego, respecto de la segunda, responde negativamente, fundamentándose en que el derecho no prescribe la obediencia de la moral autónoma (nótese, no se refiere a la moral social ni religiosa) de los individuos. En cuanto a la tercera pregunta (quizás la más importante, pues inspiró el título), Squella responde negativamente. Esto por las siguientes razones: El derecho es eminentemente prescriptivo, tiene aplicación territorial, temporal y personal, por lo que nadie puede sustraerse a su implementación. Por otra parte, la moral autónoma, se genera independientemente en el fuero interno, en la conciencia de cada persona. En el fondo, las diferencias radican en el distinto origen y procedencia de las normas jurídicas y morales. Squella toma sí la precaución de señalar que esto es sólo un distingo, no una separación (separar es más drástico, significa una especie de independencia). Por lo mismo, Squella plantea que las normas jurídicas, si bien no son obedecibles por un imperativo moral, sí es posible juzgarlas desde la moral, tal como lo plantea Hart.

Respecto a lo anterior, y desde la perspectiva de la tesis, estas preguntas en cuanto a su afirmación o negación, son compatibles con la tesis misma, pero no así sus fundamentos, en especial el de la tercera pregunta⁵⁷. Respecto a la primera pregunta⁵⁸, la tesis utiliza una explicación

⁵⁷ ¿Existe alguna obligación moral de cumplir nuestros deberes jurídicos?

distinta, pues desde la perspectiva sistémica, derecho y moral son dos sistemas normativos distintos porque el sistema jurídico es normativamente cerrado pero, sin embargo, también (y en esto se diferencia con la tesis de Squella) es cognoscitivamente abierto, lo que lleva a concluir que si bien derecho y moral existen como dos sistemas normativos distintos, ello no quiere decir que estén separados necesariamente. El derecho puede ser moral o no, contingentemente, el derecho puede ser también un sistema normativo moral. Respecto de la segunda pregunta⁵⁹, cabe hacer notar que Agustín Squella sólo se refirió a la moral autónoma. Son más que conocidos los casos en que la moral social e incluso religiosa han sido partes sustanciales de diversos sistemas jurídicos en la historia. El planteamiento de Squella es curioso, pues a pesar de distinguir entre estos tres tipos de morales, la autónoma, la religiosa y la social, sin hacer primar una sobre otra (al menos con fundamentos), de todas maneras sólo considera una de ellas, la autónoma, a la hora de revisar la relación entre derecho y moral. ¿Por qué?. Además, en este plano, la presente tesis sigue a Carlos Santiago Nino⁶⁰. Este autor plantea que en el plano epistémico de la moral, hay una tradición que supone que si alguien no es subjetivista o emotivista en materia moral, en lo que cae es en un individualismo epistémico en materia moral. Esto es lo que ataca C. S. Nino: la idea de que uno puede llegar a principios morales válidos aún en el plano intersubjetivo por su propia reflexión aislada. Existe asimismo, según este autor una posición opuesta, un colectivismo epistémico en materia moral, que es lo que plantearía

⁵⁸ ¿Existen obligaciones jurídicas y también obligaciones morales?

⁵⁹ ¿Existe alguna obligación jurídica de cumplir nuestras obligaciones morales?

⁶⁰ Carlos S. Nino, “Derecho, Moral, Política”, en Revista Doxa N° 14, 1993, pp 43 y 44.

Habermas, que sostiene que la única forma de acceder al conocimiento de los principios morales últimos es mediante el proceso de deliberación colectiva. Ambas posiciones son equivocadas para el autor, el cual se inclina por una tercera posición que llama constructivismo epistemológico y que consiste en sostener que si bien hay una prioridad epistémica de la deliberación con otros porque es la mejor forma, aunque de ninguna manera infalible, de llegar a posiciones de imparcialidad esto no excluye absolutamente algún título de acceso a esos títulos de imparcialidad, y en consecuencia de conocimiento moral, por vía de la reflexión individual aislada. Hay una relación epistémica del trabajo colectivo de discusión, pero no hay una exclusión, no quiere decir que el individuo no pueda reflexionar por sí mismo y a veces llegar a principios morales correctos y, sobre esa base, seguir discutiendo. Este análisis del autor es un tremendo aporte para la tesis, puesto que examina con precisión la relación entre la moral social y la moral autónoma de la que habla Agustín Squella, entre otros autores. En cuanto a la tercera pregunta⁶¹, cabe la misma crítica a cerca de la triple distinción de la moral y la referencia tan sólo a una, sin explicar por qué. Además, asume que el derecho y la moral se distinguen por sus orígenes y destinos, en base a la postura arbitraria que tomó anteriormente, es decir, en base a la sola consideración de la moral autónoma.

⁶¹ ¿Existe alguna obligación moral de cumplir nuestros deberes jurídicos?

4.4. Comparación con algunos argumentos de A. Montoro Ballesteros.

Otro autor que podríamos situar dentro de la línea de pensamiento que separan al derecho de la moral es Alberto Montoro Ballesteros. En su texto, este autor explica porqué la moral y el derecho son dos sistemas normativos distintos. Se basa en los siguientes criterios de distinción:

Finalidades de las normas. La moral para este autor busca la perfección individual del sujeto, y el derecho busca la perfección del orden social. La presente tesis plantea, por el contrario, que la moral no busca la perfección del individuo, sino hacer posible la vida en sociedad, a diferencia del derecho, que puede buscar no sólo el fin de la moral, sino cualquier otro fin, contingentemente⁶².

Contenido de las normas. La moral para este autor obliga a hacer todo lo bueno y prohíbe todo lo malo. El derecho sólo debe prescribir hacer lo justo y evitar lo injusto. En general, desde la perspectiva de la tesis, la afirmación sobre la moral es cierta, pues se trata de un código binario: bueno/malo que sirve para darle límites a su sistema. Respecto del derecho, hay algunos alcances. El sólo hecho de que para el autor el derecho contenga justicia ya es contradictorio con su afirmación anterior, respecto de las finalidades de las normas, puesto que tiene un elemento moral.

⁶² Alberto Montoro Ballesteros, “Sobre las relaciones y funciones recíprocas entre derecho y moral”, en Anales de derecho de la Universidad de Murcia, N°13, 1995. pp 120.

Objeto de las normas y modo de valoración de los comportamientos. La moral, para este autor, regula y enjuicia los comportamientos humanos unilaterales (que no afectan a otro individuo) y bilaterales (que afectan a otros sujetos), por medio de un proceso que va de lo interno del sujeto hasta lo externo de la acción. El derecho regula sólo determinados comportamientos de carácter bilateral, por medio de un proceso que parte de lo externo de la acción y culmina con la consecuencia jurídica. Para la presente tesis, este razonamiento es incompleto y confuso, pues no queda claro qué es lo externo, qué es lo interno y cómo es el “proceso” por el cual se desarrolla la regulación y enjuiciamiento. ¿Dónde están los límites?⁶³

Modo de obligar las normas. Para este autor, la moral obliga a través del fuero interno de las normas morales, que exige una concordancia entre la acción del sujeto y la voluntad que lo impulsa a ello (Moralität en sentido kantiano). El derecho obliga a través de la coercibilidad, criterio compartido por Kelsen, Ihering, Ross, Kant, Thomasius...⁶⁴ Respecto de la moral, la presente tesis plantea que la moral obliga, pero no sólo en su fuero interno, sino también en la sociedad, como moral social o religiosa. Respecto del derecho, ya se ha dicho que la coercibilidad no define al derecho, y por lo

⁶³ Alberto Montoro Ballesteros, “Sobre las relaciones y funciones recíprocas entre derecho y moral”, en Anales de derecho de la Universidad de Murcia, Nº13, 1995. pp 121.

⁶⁴ Alberto Montoro Ballesteros, “Sobre las relaciones y funciones recíprocas entre derecho y moral”, en Anales de derecho de la Universidad de Murcia, Nº13, 1995. pp 122.

mismo, autores como Max Weber, Theodor Geiger y Niklas Luhmann, entre otros, refutan esa concepción del derecho⁶⁵.

Luego, Alberto Montoro Ballesteros pasa a describir las relaciones entre el derecho y la moral. Señala que ambas tienen un “tronco ético común”, que sería la justicia. Más tarde, pasa a describir las posibles relaciones entre derecho y moral:

Relaciones de indiferencia o neutralidad. Para este autor, hay aspectos de la moral y el derecho que son irrelevantes para ambos recíprocamente.

Relaciones de tensión o conflicto. Para A. Montoro Ballesteros, la moral y el derecho presentan “puntos de fricción”, conflictos entre ambos sistemas normativos, en el sentido de que una prescribe lo contrario que la otra.

Relaciones de recepción y de remisión. El derecho, para este autor, recibe “a veces” normas morales y remite a la moral el deber de obedecer la ley justa.

⁶⁵ Para una crítica del carácter coercitivo del Derecho, véase Werner Krawietz, “El Concepto Sociológico del Derecho y otros ensayos”, en Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política. Distribuciones Fontamara, 2ªed., 1994.

Relaciones de armonía y complementariedad. El derecho y la moral, para este autor, tienen “puntos de conexión” en que son complementarios y se impulsan mutuamente⁶⁶.

Al respecto, la presente tesis plantea, primero que todo, una crítica a la imprecisión de la terminología usada. En segundo lugar, el tronco común de la justicia en realidad no es común, sino moral. El hecho de que esté en el derecho plantea otro problema, una contradicción con el argumento de que derecho y moral son dos sistemas normativos distintos (separados). En cuanto a las relaciones entre derecho y moral, la exposición del autor refleja que a consecuencia de la falta de precisión terminológica, se llega a resultados tan ambiguos como los planteados por el mismo. ¿Qué es eso de “puntos de fricción”, “puntos de conexión”, “conflicto”, “a veces”, “recibe y remite”, “complementariedad e impulso mutuo”? Está claro que podemos darle una interpretación, pero con ella no llegamos a conocer las diferencias y dinámica que hay entre estos dos sistemas normativos. Para ello, se necesita de una conceptualización mucho más sofisticada, como la que tiene la teoría de sistemas.

A continuación, el autor comentado empieza a explicar las funciones recíprocas entre derecho y moral, en el marco de las relaciones de armonía y reciprocidad:

⁶⁶ Opus Cit. pp 122 a 125.

La moral como fuente material del derecho. La moral es fuente del derecho para este autor, y así ha quedado demostrado a través de la historia.

La moral como fin del derecho. El derecho, con mayor o menor amplitud, según las circunstancias históricas, ha asumido la defensa de ciertos principios morales, según lo planteado por este autor. Manifestaciones de esto son:

- El reconocimiento y la protección jurídica de la religión y de la moralidad.
- El castigo a las conductas contrarias a la religión y al orden moral.
- El castigo de conductas inmorales, aparte de las blasfemias y conductas sexuales desviadas.

La moral como fundamento y límite de la validez del derecho. Un moderno sector de la doctrina, según este autor, a la hora de indicar el fundamento último de la obligatoriedad del derecho se remite a la moral: la obligación moral de obedecer al derecho.

Otras manifestaciones de la función limitadora de la moral. Para este autor se destacan las siguientes:

- La moral como límite de la autonomía de la voluntad.
- La moral como límite al ejercicio de los derechos y libertades públicas.
- La moral como límite a la capacidad jurídica.
- Incidencia de la moral en el estado civil de las personas.

La moral como garantía de la eficacia del derecho. Con independencia de la discusión a cerca de si hay o no un deber moral de obedecer el

derecho, la moral, para este autor, debe ser coadyuvante del derecho, para darle mayor legitimidad y facilitar su aplicación.

Función metódica de la moral en el derecho. Para este autor, la recurrencia del derecho a las llamadas “cláusulas generales”, o “conceptos válvulas”, se debe principalmente al papel que juega la moral en el derecho, como criterio regulador⁶⁷.

Frente a todo lo anterior, la presente tesis plantea, primero que todo, que la moral no es fuente del derecho, sino una comunicación que puede incorporarse al sistema jurídico a través de su proceso de autopoiesis⁶⁸. La moral como fin del derecho es algo contingente al sistema jurídico mismo, proceso que no explica el autor, pues sólo se remite a dar ejemplos. En cuanto a la obligatoriedad moral de obedecer al derecho, esto es nuevamente contingente, en el sentido que dimos en su oportunidad, a propósito del texto de Agustín Squella y en la tercera parte de esta tesis. Respecto de las funciones limitadoras de la moral, se concuerda en que así sucede, pero no explica porqué se adoptaron tales límites, sólo constata que existen. En cuanto a la moral como garantía del derecho, ello no siempre va a ser así, porque es doblemente contingente al sistema jurídico y a la moral. Respecto de las cláusulas generales, se constata que hay una influencia moral, pero no explica cómo llegó a suceder aquello. La dinámica por la cual esto llegó a pasar fue explicada en la tercera parte de esta tesis.

⁶⁷ Opus Cit. pp 125 a 140.

⁶⁸ Autopoiesis: es el proceso por el cual los elementos de un sistema generan los mismos elementos del sistema. Es la autoproducción de los elementos del sistema.

Luego, el autor continúa explicando las funciones del derecho respecto de la moral. Al respecto concibe cuatro actitudes del derecho frente a la moral:

- Proteger y potenciar la moral.
- Desentenderse de cuestiones morales.
- Combatir la moral.
- Obstaculizar y debilitar la praxis de la moral.

Frente a estas posibilidades, el autor plantea que el derecho debe:

- No prescribir actos contrarios a la moral ni prohibir comportamientos exigidos por ella.
- Combatir la inmoralidad en la medida que el bien común lo exija.
- Tolerar inmoralidades siempre que no sean atentatorias al bien común.
- Crear las condiciones adecuadas para el libre desenvolvimiento de la vida moral.
- El derecho debe asumir y dotar de significación jurídica determinados contenidos morales.

Con esto finaliza su ensayo este autor. La presente tesis plantea que existe una doble contingencia en cuanto a la relación entre derecho y moral, por lo que no sólo las actitudes que describe el autor se pueden dar, sino además muchas otras, teóricamente hablando. Con referencia al deber del derecho respecto de la moral, que consiste en la última enumeración que realiza este autor, se considera que hay una suerte de integrista en su discurso, entendido como la pretensión de que el derecho sea moral, y que en lo posible ningún derecho debe ser inmoral. El autor no quiere decir que

el derecho ya sea moral ahora, pero pretende que lo sea. Hay que preguntarle a este autor: ¿Bajo qué moral el derecho debe situarse: la autónoma, la social o la religiosa? Y si responde por alguna de ellas, de nuevo habría que preguntarle: ¿Es posible? ¿quien o qué decide que así sea? ¿cómo sucede eso? Estas son las preguntas que precisamente trata de responder esta tesis en su tercera parte.

4.5. Comparación con algunos argumentos de C. S. Nino.

Hay otro autor que podríamos situar en esta posición intermedia: Carlos Santiago Nino. El autor plantea la discusión desde la perspectiva de la filosofía analítica, haciendo una triple distinción en ella. Estas son:

- El análisis conceptual.
- Propositiones de tipo descriptivo.
- Propositiones normativas.

Así, la filosofía analítica se autoconcibiría como empezando por un análisis conceptual muy cuidadoso y preciso, relativamente neutral (éticamente hablando⁶⁹), y gradualmente se empieza a ir a aquello que específicamente es su actividad: una de tipo normativa. Lo filosófico analítico se preocuparía del análisis conceptual y justificatorio, mientras que el análisis de tipo descriptivo quedaría en la sociología, antropología, historia, etc. La idea del autor es estudiar la relación entre el derecho, la moral y la política en los distintos niveles que se describieron.

Para abordar la discusión bajo la perspectiva anterior, el autor lo expone de forma esquemática mostrando una relación entre los términos derecho, moral y política. Cuando se habla de la disociación entre derecho y política, se hace referencia a la imparcialidad de los jueces, la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales, el control judicial de constitucionalidad, el “judicial review”, etc. Pero el autor considera que esta

⁶⁹ No sigue el código binario bueno/malo.

disociación no se justifica, pues hay una conexión estrecha entre el derecho y la política a través de la moral. Para eso, afirma, “hay que tomar ciertas posiciones respecto del derecho, la moral y la política”⁷⁰. En este punto, la presente tesis concuerda con el autor, pero con el alcance de que la moral forma parte del derecho sólo contingentemente, de manera tal que no siempre el derecho estaría relacionado con la política.

Respecto del derecho, resalta la discusión entre positivismo y iusnaturalismo. Esta discusión aparece como una controversia entre derecho y moral. Nino señala que aquí hay una confusión conceptual⁷¹, pues lo que motiva la controversia es un esencialismo en materia conceptualista al suponer que hay una sola definición posible de Derecho que para algunos es esencialmente neutra en materia valorativa y para otros es una definición moralizada del derecho. Eso es injustificable (según el autor) porque pueden haber definiciones puramente descriptivas del derecho.

Los dos temas fundamentales en la relación entre derecho y moral son, para este autor, la justificación y la interpretación del Derecho. La presente tesis incorpora este problema de forma tangencial, puesto que si se tratara de forma expresa, se tendría que incorporar como un asunto de definición de límites del sistema jurídico, esto porque ambos conceptos (justificación e interpretación) dicen relación con el contenido del derecho, y precisamente este último tema es central en la presente tesis.

⁷⁰ Carlos S. Nino, “Derecho, Moral, Política”, en Revista Doxa N° 14, 1993, p. 39.

⁷¹ Desde una perspectiva del análisis conceptual.

En cuanto a la justificación, la pregunta crucial para Nino es si las proposiciones o norma jurídicas constituyen por sí mismas y en forma independiente y autónoma razones para justificar acciones y decisiones. Si el derecho se entiende en términos puramente descriptivos, entonces la respuesta es negativa. Esto por la distinción entre lo descriptivo y lo normativo. La imposibilidad de pasar de hechos a razones que justifiquen acciones o decisiones. Para el autor, se puede mostrar que para que las proposiciones jurídicas justifiquen acciones o decisiones hay que acudir necesariamente a principios o proposiciones de tipo moral que son aceptados autónomamente (no por cierta fuente de autoridad) que legitimen las normas jurídicas en cuestión o el proceso de producción de dichas normas jurídica. Así, para este autor, hay una necesaria dependencia del Derecho respecto de la Moral. En otras palabras, lo que este autor plantea es que las decisiones y acciones en materia jurídica no pueden basarse en razones derivadas de hechos, porque esto ultimo es imposible. Plantea, por el contrario, que las decisiones jurídicas se basan en normas y proposiciones jurídicas sustentadas a su vez en criterios morales, los que legitiman la norma misma o el proceso de creación de la misma. La presente tesis difiere de esta conclusión, porque derecho y moral no dependen uno del otro en cuanto a su legitimación, sino que el derecho puede ser moral o no serlo, contingentemente, sin perder o ganar por ello legitimación. Es más, si bien se puede decir que las proposiciones jurídicas justifican acciones a través de la moral, esto no es así siempre, por la contingencia a la que ya se ha hecho referencia, así que bien pueden haber otros criterios que cumplan el papel

de la moral para justificar acciones, tales como la violencia, la fuerza, la utilidad, etc. La diferencia entre una norma jurídica amorosa de otra que no lo es, radica en sus consecuencias, que en un caso serán más favorables que en otro. Cabe agregar además la imprecisión terminológica al señalar la “necesaria dependencia del derecho de la moral”, pues uno se pregunta: ¿cómo se relacionan? ¿cuál es la dinámica que hay entre ellas? La teoría de sistemas que se aplica en la tesis parece ser mucho más clara en expresar esta relación.

En cuanto a la interpretación, pasa lo mismo porque, aún una vez que identificamos a ciertos hechos materiales, actos lingüísticos, textos, prácticas sociales, como los entes materiales jurídicamente relevantes, la pregunta que cabe hacer es cómo transformamos esos hechos materiales en proposiciones, porque los jueces no los pueden usar directamente, sino que deben usar proposiciones. Ese proceso, según Nino, tiene unos siete pasos, dos son empíricos, dos son de tipo lógico y tres son de tipo valorativo. O sea que también aquí hay que recurrir a consideraciones extrajurídicas o morales en sentido amplio. Nuevamente, para la tesis no es que el derecho dependa o no de la moral, sino que el derecho puede ser moral, como puede no serlo.

Cuando se ve la dependencia del Derecho de la Moral en estas dos situaciones, aparecen lo que el autor define como dos paradojas: la paradoja de la irrelevancia moral del derecho y la paradoja de la indeterminación radical del derecho.

La paradoja de la irrelevancia moral del derecho plantea la injustificabilidad del derecho, por que en última instancia los jueces acudirán a razones morales para justificar prescripciones jurídicas. Esto llevaría a un nihilismo jurídico según el autor. La paradoja no existe en la presente tesis, pues cuando el derecho es moral, no se cuestiona la existencia del derecho, pues moral y derecho son lo mismo en ese momento. La moral ha sido incorporada al derecho por el proceso de autopoiesis y hablar de derecho y moral en ese momento es lo mismo.

La segunda paradoja es la de la indeterminación radical, porque para muchas concepciones éticas los tres pasos valorativos dependerán de las preferencias, subjetividades y emociones del juez. Esta paradoja ya es más compleja de resolver en la presente tesis, pero desde ya se puede apreciar que se trata de una moral autónoma que se trata de aplicar en el derecho, y siendo así nuevamente hay que recordar la explicación que este mismo autor da más adelante en su texto, respecto del problema epistémico en materia moral, y que ya se ha utilizado en la presente tesis, por lo que no será necesario reiterarlo.⁷²

Para resolver estas paradojas, el autor recurre al análisis conceptual de la Moral, o sea que el problema de la justificación e interpretación del Derecho nos lleva directamente a la Moral y a la necesaria dependencia entre el Derecho y la Moral.

⁷² Opus Cit., pp 43 y 44. Véanse las páginas 42 y 43 de la presente tesis.

Para el autor, hay dos trampas que sortear en materia moral ofrecidos por el individualismo metaético: El primer individualismo metaético tiene que ver con cuál es el objeto de la moral, y el segundo tiene que ver con cuál es la forma de conocimiento moral. El individualismo metaético está conectado al llamado individualismo metodológico, que es la idea de que siempre, aún en el plano jurídico, las pautas morales se refieren a acciones individuales. El individualismo metaético, respecto del objeto, supone que los principios morales se refieren a acciones individuales. El autor considera que esto es un error que ha advertido el propio John Rawls, cuando dice que no tiene sentido que sus principios de justicia se apliquen a acciones individuales, sino que deben referirse a estructuras institucionales. Pero en el plano jurídico este error no suele ser advertido. Para el autor, los objetivos del derecho, fundamentalmente los que dicen relación con la solución de los problemas de cooperación, se resuelven no por una suma de acciones individuales, sino que se resuelven por una acción colectiva. El derecho sería una gran acción colectiva o una práctica social como el mismo Hart lo ha advertido. Esto ayuda a superar por sí mismo estas dos paradojas porque muestra la relevancia desde el punto de vista justificatorio del Derecho concebido ahora como una práctica o convención social. El autor, sin embargo, no cree que la práctica social sea la última razón justificatoria del derecho, pero sí constituye un escalón intermedio. Respecto del individualismo metaético y metodológico, la presente tesis concuerda perfectamente con John Rawls, debido a que también es necesario dejar en claro que esta tesis no tiene sentido que se aplique a

acciones individuales, sino que se debe aplicar a las grandes instituciones sociales, ubicadas en el macrosistema. Respecto del carácter colectivo del derecho, la tesis apunta efectivamente a ese aspecto del derecho principalmente, aunque no exclusivamente. Se concuerda en ese sentido con el autor.

4.6. Comparación con algunos argumentos de H. L .A. Hart y R. Dworkin bajo el alero del estudio que exponen David Lyons y Agustín Squella.

Existe también un nivel intermedio de teorías que, si bien se acercan más a las que plantean la separación total entre derecho y moral, reconocen un núcleo mínimo de moralidad en el derecho, o una suerte de principios de moralidad política para resolver casos difíciles. Esta tesis se refiere principalmente a las teorías de Hart y Dworkin, las que serán expuestas bajo el alero del estudio propio que al respecto realizaron los autores David Lyons y Agustín Squella.

David Lyons plantea que las leyes son moralmente falibles, es decir, que si bien no tienen influencia alguna por parte de la moral, ello no quiere decir que la ley no sea criticable desde la moral. En esto se acerca mucho a la posición de Hart y Squella, porque para ambos también la ley es criticable desde la moral. Esto no se condice con la presente tesis, puesto que la moral, al integrarse por la etapa de la reflexividad de la autopoiesis al sistema jurídico, forma parte del mismo, y por lo tanto de las normas jurídicas. Para la presente tesis, las leyes pueden ser morales⁷³.

El autor plantea que Hart hace una distinción entre la criticabilidad de las conductas, desde las normas jurídicas y morales. Un acto es criticable cuando transgrede una norma que se piensa es valiosa. Así, es posible que

⁷³ David Lyons, “Ética y Derecho”. Ariel, 1986. pp 71 a 77.

al incumplir una norma jurídica, ésta acción sea criticable desde el sistema jurídico, pero quizás no desde la moral, y viceversa. Esto no es así para la presente tesis, pues el sistema jurídico puede incorporar contingentemente en el proceso de autopoiesis, a la moral y, por consiguiente al amor. Y al hablar de incorporar, la presente tesis no se refiere a criticar, sino a que el derecho puede ser moral. Esto es así puesto que depende de las propias decisiones internas del sistema jurídico el decidir qué elementos del sistema social se incorporarán al sistema, es decir, formarán parte de él. Existe la posibilidad de que el sistema no incorpore a la moral dentro del proceso de autopoiesis, dependiendo, principalmente, de las expectativas del sistema jurídico respecto de su entorno. Así pues, pueden existir sistemas total y parcialmente morales, o total o parcialmente amorales o derechamente inmorales. La presente tesis no está de acuerdo con el planteamiento de David Lyons, con la idea de que las normas no pueden ser morales y que la crítica sólo proviene de un sistema normativo moral que en nada influye en la organización del sistema jurídico⁷⁴.

Cuando David Lyons hace referencia a la teoría de Lon Fuller de la “moral interna del derecho”, es preciso hacer dos críticas. Al comenzar, de partida, descarta cualquier teoría que pueda ver una ley intrínsecamente buena o justa. Si bien la presente tesis no plantea que todas las norma jurídicas son buenas o justas, por la contingencia a la que se hace referencia en el párrafo anterior, ello no quiere decir que no puedan haber normas intrínsecamente buenas o justas. Así, la presente tesis plantea que pueden

⁷⁴ Opus Cit. pp 77 a 82.

haber “leyes amorosas” y “leyes violentas”. El segundo punto a criticar es la crítica que hace de la teoría de la moral interna del derecho de Lon Fuller, autor que, según la descripción que da David Lyons, se acerca mucho a la presente tesis. Fuller plantea que antes del derecho debe haber un conjunto de normas generalmente aceptadas en la sociedad (la moral), puesto que de otra forma no podría haber derecho, por la falta de legitimidad que tendría en la sociedad. De hecho, mientras más se aleje el derecho de la moral, más ineficaz será. Es a esto a lo que Fuller llama la moral intrínseca del derecho. David Lyons la critica señalando que esta teoría plantea que si una ley no es moral, entonces no es ley, afirmando así que la ley sólo es ley, cuando es moral. La presente tesis considera que tal crítica es rotundamente equivocada, a la luz de lo que el mismo David Lyons expone: Fuller no niega la posibilidad de que hayan leyes que no estén acorde con la moral, pero en tal evento, ésta será más ineficaz. En ningún caso plantea la desnaturalización de la ley por el sólo hecho de ser inmoral o amoral. La ley sigue siendo ley, pero en ese evento, ineficaz. En este punto, la tesis está de acuerdo con Fuller⁷⁵.

Hart, según David Lyons, nos trata de decir con su teoría de la “observancia estricta del derecho”, que las normas no son independientes de un contexto general que las puede hacer criticables éticamente. Así, el derecho mismo estaría inmerso en un criterio moral. Lo justo entonces consiste en el hecho de que hay que aplicar la ley al caso particular bajo

⁷⁵ Opus Cit. pp 82 a 86.

este contexto general, y por consiguiente, los casos similares deben tratarse de forma similar, y los diferentes, de forma diferente.

Pero David Lyons señala que este argumento es erróneo, puesto que la justicia no consiste necesaria y suficientemente en la aplicación uniforme de la ley a los casos parecidos. Por el contrario, ello puede ser incluso contrario a la justicia. Nótese que esto hace presumir que David Lyons plantea una concepción de justicia, pues lo que critica a Hart es la forma de distribuir derechos y obligaciones. Pero David no plantea cuál es su concepción de justicia, sino que plantea su crítica como si Hart estuviera atentando contra el concepto de justicia, que según John Rawls es simplemente una forma de distribuir derechos y obligaciones. En este punto, se considera que Hart apela a una concepción de justicia distinta de la que sostiene la presente tesis, es decir, la tesis plantea que la concepción de justicia más favorable a seguir es la justicia amorosa, y no la observancia estricta del derecho. Pero ello no quiere decir que no sean justas, desde el punto de vista del concepto de justicia de John Rawls⁷⁶.

Según David Lyons, cuando Hart se enfrenta a los llamados “casos difíciles”, que son aquellos que no tienen un precedente suficientemente claro y que las palabras que se usan en el “núcleo” de las palabras de la ley a aplicar tienen una “textura abierta”, entonces el juez debe recurrir al contexto general en que se desarrolla la ley, que es un contexto moral, por cierto. Así es como, según Hart, deberían resolverse los “casos difíciles”.

⁷⁶ Opus Cit. pp 86 a 94.

Para Hart entonces, existe un núcleo de moralidad irreductible, necesario para la resolución de los casos difíciles. Importante es señalar que al parecer, Hart se estaría refiriendo a la moral autónoma del juez que decide el caso, argumento que será criticado por Ronald Dworkin. Aquí David Lyons concede (aunque a regañadientes) que puede haber una cierta “conexión” entre Derecho y Moral. Pero sólo para el evento de los casos difíciles. En algo se acercan las posturas de David Lyons y la presente tesis, aunque la distancia sigue siendo grande⁷⁷.

Al tratar el enfoque de Ronald Dworkin respecto de los casos difíciles, David Lyons nos da a entender que esta teoría, si bien plantea una relación innegable entre derecho y moral, limita estas consideraciones morales a un sólo principio: la equidad, principio moral al cual no se llega por cualquier consideración (moral), sino que sólo a través de alguno de los siguiente modos: La historia de la legislación y los precedentes (en cuanto a sus consideraciones “subyacentes”), lo que justificaría los fallos, dentro de un marco legal. Para Dworkin, los jueces al resolver los casos difíciles, deben recurrir a los principios políticos del estado al que sirven como funcionarios políticos, porque el derecho es este conjunto de principios políticos. Cuando el juez debe resolver un asunto con argumentos de moralidad, no recurre a cualquier moralidad (v.gr. su moralidad autónoma), sino a la moralidad política coherente con los principios que deben infundir sus decisiones. Ahora bien, la moralidad política a que se refiere Dworkin, es la equidad. Pero el concepto de justificación (y en esto se concuerda con

⁷⁷ Opus Cit. pp 94 a 98.

David Lyons) no resuelve el problema de las decisiones judiciales que según la moral (pero no la equidad) son inmorales, como sucedería con la aplicación de una ley discriminatoria de personas de etnia negra. Este criterio de Dworkin haría factible esa situación injusta (desde la perspectiva de la presente tesis), al reducir el ámbito de aplicación de la moral en las decisiones judiciales, tan sólo a la equidad⁷⁸.

David Lyons llega a la conclusión de que el derecho es moralmente neutral, puesto que “la relación entre los derechos y los principios morales lógicos (si es que los hay) no es necesaria, sino contingente”. Pero este pensamiento, si bien puede ser parecido al de la presente tesis, no es el mismo. La tesis plantea que si bien la moral (el amor) puede, como no puede, ser parte de la autopoiesis del sistema jurídico (contingencia), esto no quiere decir que cuando lo sea, la norma jurídica no sea intrínsecamente moral. Al contrario, una vez aceptado este criterio moral en el sistema jurídico, pasa a ser parte constitutiva de él, a través del proceso de autopoiesis. David Lyons plantea, por el contrario, que las normas jurídicas están sujetas a una especie de “estimación moral”, pero no plantea que puedan ser morales⁷⁹, en un claro alineamiento con la tesis de Hart.

Según Agustín Squella, Herbert Hart plantea primero que, dentro de la moral, hay una idea específica a tratar: la justicia en relación con el derecho. La justicia se ha tratado como una distinción entre equidad e

⁷⁸ Opus Cit. pp 98 a 108.

⁷⁹ Opus Cit. pp 108 a 112.

inequidad, y la equidad dice relación con dos situaciones: primero a la igual participación de derechos y cargas y segundo a la debida indemnización por daños causados. Ante esto, Hart plantea que la justicia es, entonces, tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Luego Hart plantea que la moral es un fenómeno social, es decir, que trasciende al individuo y su propia moral individual. La moral social es la comúnmente aceptada. Asimismo, cuando una sociedad llega a ser lo suficientemente desarrollada, de tal manera que su derecho se distingue de su moral, aún así perduran en ella criterios morales básicos sin los cuales la convivencia sería imposible. Más tarde, Hart señala las propiedades de la moral: son importantes, pues no es lógico seguir una norma moral a la cual no se le da mayor relevancia. Es inmune al cambio deliberado, puesto que, al contrario del derecho, no pueden introducirse nuevas normas o modificaciones con relativa facilidad. El carácter voluntario de las transgresiones morales, apunta al carácter interno de las normas morales, en contraposición del carácter externo del las normas del derecho (esto no en términos absolutos, pero sí en términos tales que el centro de gravedad de la moral es el ámbito interno, y del derecho, el ámbito externo). La última característica es la presión que se ejerce en su apoyo, que consiste en apelar al respeto de las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas, respecto de las cuales existe la presunción de que son compartidas por quienes son destinatarios de la exhortación. Según Agustín Squella, si bien estas características son meramente formales, sin contenido, Hart se atreve a decir que es algo universal a cualquier moral: la proscripción del uso de la violencia sobre las personas, las exigencias de veracidad, honestidad y

respeto a las promesas, y la prohibición de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros. Con esto, Hart llega a la conclusión de que necesariamente el derecho tiene un núcleo jusnaturalista, puesto que hay tanto en el derecho como en la moral principios de conducta universalmente reconocidos. Así, el derecho debe adecuarse a la moral, siguiendo este “contenido mínimo” del Derecho Natural. Al preguntarse por la situación de las normas jurídicas inicuas que no siguen este contenido mínimo del derecho natural, Hart sostiene que la respuesta será diferente según si la concepción del derecho que se tenga es amplia o restringida. Si es amplia, el derecho sigue siendo tal aunque las normas sean inicuas. En un concepto restringido, la norma inicua no será válida. Hart sigue la concepción amplia del derecho porque seguir la otra concepción dificultaría el estudio del derecho y además señala que parece preferible decir “esto es derecho, pero es demasiado inicuo u ofensivo para ser obedecido” que decir “esto no es derecho”. Esto porque, según él, la primera pregunta favorece la “percepción de las cosas” y la disposición de los hombres a desobedecer el derecho cuando la moral lo exija⁸⁰. Respecto de estas ideas la presente tesis sostiene que, en cuanto a la justicia como equidad, esta es una concepción de justicia distinta de la planteada en la presente tesis, es decir la justicia amorosa, con la consecuente crítica que esta última realiza a cualquier otra concepción de justicia: ¿existe otra concepción de justicia cuyas consecuencias sean más favorables que la que proporciona la justicia amorosa?. En cuanto a la moral como fenómeno social, la tesis plantea que

⁸⁰ Agustín Squella, “Derecho y moral: ¿Tenemos obligación moral de obedecer al derecho?. Edeval, 1989, pp 45 a 52.

éste es uno de los ámbitos en que se manifiesta, pero también se desarrolla en el ámbito autónomo. En esto parece necesario recordar lo planteado por Carlos Santiago Nino⁸¹. Respecto de la caracterización de la moral, se coincide con Squella en que es una caracterización meramente formal, y en cuanto al contenido mínimo del derecho natural, si bien la presente tesis no plantea que el amor y la moral sean parte de un derecho natural, coinciden los planteamientos de Hart y la tesis en cuanto a que hay principios de conducta incorporados al derecho. La presente tesis lo explica a través de la autopoiesis del sistema jurídico; Hart a través del “contenido mínimo” del derecho natural. Además, la tesis sostiene que la moral es un elemento contingente del sistema jurídico, y el derecho natural obliga a pensar que no son elementos contingentes, sino necesarios. Por otra parte, y debido a lo anterior, a Hart no le queda otra opción que fundamentar su preferencia por la concepción amplia del derecho fundado en criterios prácticos (mayor o menor utilidad), pero no a criterios de fondo.

⁸¹ Carlos S. Nino, “Derecho, Moral, Política”, en Revista Doxa N° 14, 1993, pp 43 y 44.

4.7. Conclusión de este acápite.

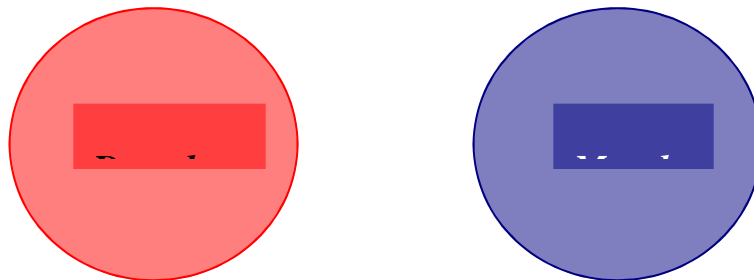
Con esto concluye el análisis comparativo de algunos de los muchos autores que se han referido a la relación entre el Derecho y la Moral. Cabe hacer notar que existen numerosos textos que se refieren al tema, pero parece ser que son suficientes los que aquí se exponen, conforme a lo que puede aspirar una tesis de pregrado como ésta. Se han confrontado los distintos argumentos de diversos autores con los de la presente tesis, cumpliendo así su objetivo de dar mayor claridad respecto de la posición en que esta se encuentra, y cuales son las diferencias y semejanzas que se pueden encontrar entre unas y otras.

5. Conclusión General.

¿Cuál es la relación que existe entre el amor y el derecho? Esta fue la pregunta que dio origen a esta tesis. Una pregunta rara en nuestro medio, hasta extravagante. Es difícil hablar de amor hoy en día, especialmente en el ámbito del derecho. Hablar de amor y derecho lleva necesariamente a referirse a la relación bastante controvertida y documentada entre derecho y moral. En esta última área si hay mucho escrito y mucho que decir.

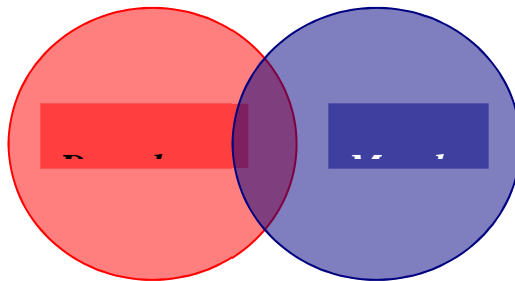
Para responder a la pregunta de la tesis, se ha optado por una exploración teórica que ha ocupado ciertas herramientas, y siempre ha de tener en cuenta sus límites. Como conclusión de ella se pueden apreciar comparativamente cuatro posturas respecto de este tema.

Una primera postura plantea que derecho y moral, y en consecuencia el amor, están absolutamente separados, no hay un ápice de moral en el derecho y viceversa. Esta ha sido la visión kantiana y kelseniana del tema, y se puede graficar de la siguiente manera:



Como se puede apreciar, para esta postura la respuesta que nos daría a la pregunta de esta tesis sería algo así como: No hay relación alguna entre el derecho y el amor, son conceptos de ámbitos totalmente diferentes y no se relacionan en sentido alguno.

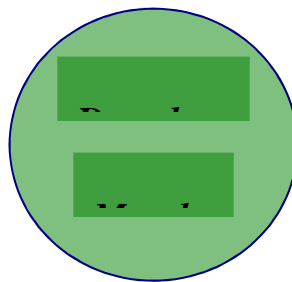
Una segunda postura plantea que derecho y moral en algún punto se intersectan, pero no cabe en ello cualquier moral, sólo la equidad o un derecho natural mínimo, que sólo aparecen en la resolución de casos difíciles. En el resto de los casos, el derecho es criticable desde la moral o si ha de aplicarse una moral determinada, ésta ha de ser la moral política del juez, coherente con los principios políticos que lo infundan. Estas son las posiciones de Hart y Dworkin.



De esta manera, a la pregunta que nos incumbe, esta postura respondería más o menos así: (Hart) Ese núcleo duro de derecho natural que contiene moral, no se refiere al amor, y por lo tanto sólo queda lo siguiente: el amor se relaciona con el derecho criticándolo, desde la moral, porque desde una perspectiva amplia el derecho sigue siendo derecho y sólo puede ser criticado como más o menos amoroso desde la moral. Amor y Derecho

no pueden ser una misma cosa a la vez. (Dworkin) Si el amor forma parte de la moral política, por ser parte de los principios políticos que debe seguir el juez, sólo entonces el amor tendrá algo que ver con el derecho. En cualquier otro caso no.

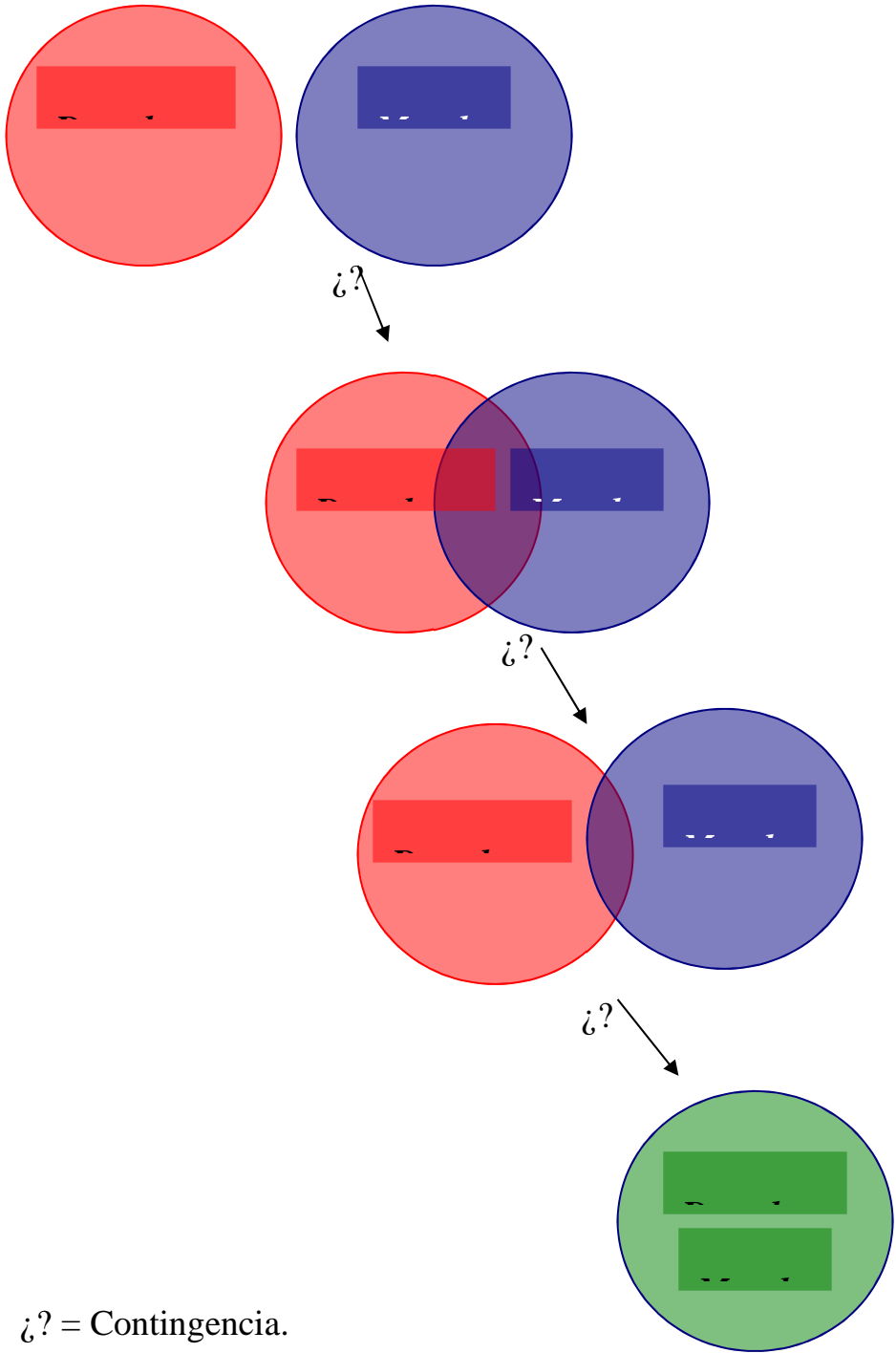
Una tercera posición la encontramos en quienes piensan que derecho y moral deberían ser uno sólo, de tal manera que no habría derecho si este no es moral a su vez. Se graficará de la siguiente manera:



De esta manera, en esta posición se contestaría la pregunta sobre la relación entre el derecho y el amor más o menos así: No hay duda de que el derecho debe ser amor también, puesto que si no lo fuera, entonces no sería derecho tampoco. El derecho es moral, o no es derecho.

Finalmente, de la presente Tesis emerge una cuarta postura. Esta consiste en que Derecho y amor se interrelacionan de forma contingente, de tal manera que el derecho puede o no ser amoroso, en su totalidad o sólo en parte. Esto por el carácter autopoietico del derecho, que toma para incorporar en su autopoiesis los elementos necesarios para ser lo que es, entre ellos, el amor. Ya se ha graficado y explicado la dinámica a través de

la cual se produce esto. En términos de la relación, ésta puede graficarse de la siguiente forma:



¿? = Contingencia.

De esta manera, la presente tesis concluye que derecho y amor son conceptos que contingentemente pueden ser una misma cosa, porque el sistema jurídico puede, a través de su proceso de autopoiesis, incorporarlo a su función.

Pero, ¿Por qué tanto interés en saber cual es la posible relación que puede haber entre estos dos conceptos? Conforme al concepto de amor que se ha ocupado en esta tesis, y al concepto de justicia que también se ha utilizado, es importantísimo saber de qué manera puede el amor hacerse parte del derecho, puesto que una justicia amorosa es en sus consecuencias preferible a cualquier otro tipo de justicia, como ya se ha visto en su oportunidad. Con la exploración teórica realizada se ha llegado a una alternativa que concibe la participación del amor en el derecho de forma contingente. Esta contingencia es doble, porque es contingente al derecho y al amor.

¿Cuál es el estado actual de la situación, bajo la perspectiva de la tesis? Esta es una pregunta que podría ser desarrollada con posterioridad, en otra exploración-perspectiva teórica, para saber cuáles son los criterios de justicia que imperan en nuestros sistemas jurídicos y cuál es la participación del amor en estos.

Con esto concluye la presente tesis, que espera ser un aporte para la discusión y difusión del tema. Es importante que este se discuta, porque hay

que buscar maneras de mejorar nuestro mundo, de hacerlo menos violento, más amoroso, más pacífico, mejor.

6. Bibliografía.

- Arnold, Marcelo. “Investigación sistémica: alcances y proposiciones”. Estudios Sociales N° 74. 1992.
- Bulygin, Eugenio. “Alexy’s Thesis of the Necessary Connection between Law and morality”, en Ratio Iuris, Vol. 13 N°. 2 June 2000 (133-137).
- Montoro Ballesteros, Alberto. “Sobre las relaciones y funciones recíprocas entre derecho y moral”, en Anales de derecho de la Universidad de Murcia, N°13, 1995.
- Barudy, Jorge. “El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil”. Paidós, 1º ed. 1998.
- Bronfenbrenner, Urie. “La ecología del desarrollo humano, experimentos en entornos naturales y diseñados”. Paidós, 1º edición. 1987.
- Calsamiglia, Albert. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, en Doxa N° 13 (1993).
- Coddau, Fernando. “Violencia en sus diferentes ámbitos de expresión”.
Maturana, Humberto Dolmen,.2º Ed. 1997.
Montenegro, Hernán.
Kutsmán, Gloria.
Mendez, Carmen Luz.
- Dworkin, Ronald. “Los derechos en serio”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1983.
- Enciclopedia Multimedia Planeta de Agostini (Ercilla), 1999.

- Giddens, Anthony. “Las nuevas reglas del método sociológico. Crítica positiva de las sociologías comprensivas”. Buenos Aires, Argentina. Amorrortu editores, segunda edición. 1997.
- Hart, H.L.A. “El concepto de Derecho”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Segunda Edición.
- Hudson, W.D. 1987, “La filosofía moral contemporánea”. Ed. Alianza Universidad.
- John Rawls. “Teoría de la Justicia”. Fondo de Cultura Económica. Segunda edición, 1979.
- Kant, Immanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, cap. I. Ed. Ariel, 1996.
- Khun, Thomas, “La estructura de las revoluciones científicas”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México.
- Kelsen, Hans. “La teoría pura del derecho”, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 25ª ed., septiembre 1987.
- Krawietz, Werner. “El concepto Sociológico del derecho y otros ensayos”. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Distribuciones Fontamara, 1994.
- Luhmann, Niklas. “Teoría de los Sistemas Sociales (artículos)”. Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México, 1º edición. 1998.

“Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
- Lyons, David. “Ética y Derecho”. Ariel, 1986.
- Maturana, Humberto. Primera conferencia, Cátedra Rectoral de la Universidad de Chile. Apuntes. 1999.

“El Arbol del Conocimiento”. OEA, Ed.
Universitaria, Santiago. 1984.

“Biology of Language”. Ms. Santiago. 1982.

“Amor y Juego, Fundamentos Olvidados de lo
Humano. Desde el Patriarcado a la Democracia”.
Colección Experiencia Humana. INTECO. 1993.

- Neves, Marcelo. “De la Autopoiesis a la Alopoiesis del derecho”, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa N° 19, 1996.
- Nino, Carlos S. “Derecho, Moral, Política”, en Revista Doxa N° 14, 1993.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. “Derecho, Moral y Política: Tensiones Centrípetas y Centrífugas”, en Revista Doxa N° 15, 16 (1994).
- Rodríguez, Darío. “Familia y Educación”. Estudios Sociales N° 44. 1985.

“Familia y Poder”. Estudios Sociales N° 41. 1984.

“El concepto de Manto Protector”. Estudios
Sociales N°

“Teoría de Sistemas, situación actual”. Estudios
Sociales N° 43. 1985.

“Organización y Ambiente”. Estudios Sociales N°
48. 1986.

“Elementos para una comparación de las teorías
de Maturana y Luhmann”, al profesor Niklas
Luhmann, en su 60 cumpleaños”. Estudios Sociales
N° 54. 1986

- Raz, Joseph. “Autonomía, tolerancia y el principio del daño”. Estudios Públicos N° 76. 1999.
- Rodríguez, Darío y Arnold, Marcelo. “Sociedad y Teoría de Sistemas”. Ed. Universitaria, 2° ed. 1992.
- Squella, Agustín. “Derecho y moral: ¿Tenemos obligación moral de obedecer al derecho?”. Edeval, 1989.
- Watzlawick, Paul y Krieg, Peter (compiladores). “El ojo del observador, contribuciones al constructivismo”. Barcelona, España. Gedisa, tercera edición, 1998.

Índice:

1.	La Pregunta.	1
2.	Fundamentos Teóricos.	7
3.	La Dinámica Sistémica de la Relación entre Amor y Derecho.	13
3.1.	La función del sistema jurídico.	14
3.2.	¿Qué es el amor?	18
3.3.	El amor como función.	30
3.3.1.	El concepto de sociedad según Niklas Luhmann.	32
3.3.2.	El amor como comunicación.	36
3.3.3.	La función del amor como relación de equivalencia	38
3.3.4.	Conclusión de éste acápite	39
3.4.	La estructura del sistema jurídico.	40
3.4.1.	La estructura de eje input.	42
3.4.2.	Estructura de eje output.	44
3.4.3.	La estructura de conceptos adecuados a la sociedad y la autopoiesis del sistema jurídico.	47
3.5.	La influencia del sistema jurídico amoroso según el modelo Ecológico.	60
3.6.	Conclusión general de éste acápite.	65
4.	Una revisión al estado actual de la discusión: Derecho y Moral.	67
4.1.	Comparación con algunos argumentos de I. Kant.	68
4.2.	Comparación con algunos argumentos de H. Kelsen.	72
4.3.	Comparación con algunos argumentos de A. Squella.	76
4.4.	Comparación con algunos argumentos de A. M. Ballesteros.	82
4.5.	Comparación con algunos argumentos de C. S. Nino.	90
4.6.	Comparación con algunos argumentos de H. L. A. Hart y	

R. Dworkin bajo el alero del estudio que exponen David Lyons y Agustín Squella.	97
4.7. Conclusión de este acápite.	106
5. Conclusión General.	107
6. Bibliografía.	114

Índice de Figuras

Representación de los límites epistemológicos de la tesis	9
Representación de la estructura de un sistema jurídico de eje input	43
Representación de la estructura de un sistema jurídico de eje output	46
Representación de la etapa de la autorreferencialidad de la autopoiesis del sistema jurídico	54
Representación de la etapa de la reflexividad de la autopoiesis del sistema jurídico	56
Representación de la etapa de la reflexión de la autopoiesis del sistema jurídico	58
Representación de la aplicación de la tesis en el modelo ecológico	64
Representación de la conclusión de la tesis	110

