



Casa abierta al tiempo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA UNIDAD XOCHIMILCO

DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
LICENCIATURA EN SOCIOLOGÍA

MODULO XII: "SOCIOLOGÍA Y SOCIEDAD"

ASESOR: DR. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CALLEJAS

TRABAJO TERMINAL

"La desestimación de las normas y los procedimientos jurídicos en México. Una observación desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann"

ALUMNA: MARTHA PATRICIA GUERRERO GUERRERO

MATRÍCULA: 2133022323

JUNIO 2023

Índice

Agradecimientos	3
Introducción	4
Planteamiento del problema y pregunta de investigación	5
Hipótesis	6
Justificación	6
Objetivos de la investigación	8
1. Un acercamiento teórico al subsistema del derecho desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann	8
1.1 El subsistema de derecho como sistema autopoietico	8
1.2 El lenguaje jurídico. Código y programación del derecho	11
1.3 ¿Qué justicia es posible obtener por medio del derecho?	14
2. La desestimación del derecho en México	16
2.1 El Estado de derecho en la teoría de sistemas	16
2.2 El Estado de derecho y sus condiciones de existencia	17
2.3 El Estado de derecho en México como figura retórica	20
2.4 El derecho como discurso y su programación conforme a fines	23
Reflexiones finales	26
Referencias	27

Agradecimientos

Las reflexiones que aquí se trazan son un pequeño homenaje a la memoria de mis abuelos, pues en vida siempre fueron una coraza contra el mundo. Me dejaron ser, leer y apartarme de todos. Escucharon mis desvaríos y jamás se fatigaron de mis incontables preguntas.

Gracias a los profesores que formaron parte de esta travesía por sus luces y apoyo.

Deseo aprovechar estas líneas para expresar el profundo agradecimiento que siento hacia el Dr. José Luis González Callejas por aceptar asesorarme; mi agradecimiento va más allá de su guía en la elaboración de este texto, pues su amor por la Sociología y su impresionante habilidad de formular preguntas me llevaron a mirar con otros ojos el derecho. A su pesar, porque él es partidario de que la Sociología camina “sin esperanza y sin miedo”, sus constantes invitaciones a la reflexión alimentaron en mí la convicción de plantear respuestas diferentes en aras de posibilitar cambios favorables en la sociedad.

Gracias a toda mi gente por acompañarme durante este proceso, por no soltarme y no dejarme caer cuando mi mente se abrumaba así misma.

A mi madre por confiar plenamente en mí, a mi tía por cuidarme de mi necesidad, a mi tío por acompañarme en silencio. A mi tío Víctor por su ejemplo de integridad profesional. A Leonor, Julieta y Venancio por escuchar y volverse tan sabias. A Niyima por alentarme a sonreír. A Diego por volver y recordarme quién soy. A mis Georginas por su cariño y su ejemplo. Y, por su puesto, a mi amado Dantés, cuya compañía siempre ha sido un remanso quieto en el convulso vivir.

Deseo ser capaz de honrar toda la luz y todo el amor que me han hecho sentir a lo largo de este viaje al que llamamos vida.

Una última vez: ¡infinitas gracias!

Introducción

La presente investigación se llevó a cabo en el marco de la Unidad de Enseñanza Aprendizaje “Sociología y Sociedad” correspondiente al doceavo trimestre de la licenciatura en Sociología, impartida en la Universidad Nacional Autónoma plantel Xochimilco.

Surge de la convicción de que la observación sociológica del derecho resulta urgente ante la asimetría de lo establecido en los ordenamientos jurídicos y sus efectos desplegados en la realidad social.

Este trabajo terminal inicia con el planteamiento del problema como punto de partida para delimitar la pregunta de investigación, la hipótesis y los objetivos que le rigen. Para atender estas directrices y satisfacer dichos objetivos se desarrollan dos capítulos.

El primero de ellos expone las pautas conceptuales dentro de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann como un primer acercamiento al derecho. En el segundo capítulo se hace uso de dichas pautas conceptuales para llevar a cabo un balance crítico de las condiciones particulares del derecho en un contexto de desigualdad social.

Planteamiento del problema y pregunta de investigación

Someros acercamientos con el derecho nos muestran múltiples ejemplos de cómo la letra de la ley habla en un sentido mientras que la realidad social cuenta otra historia, desde las minucias procesales que la ley no menciona, pero que son el pan de cada día en los juzgados, hasta la enorme cifra negra calculada por el INEGI en el 2021¹ como muestra de la ineficacia del derecho para perseguir la comisión de delitos.

En este tenor, cualquiera que se interese por el derecho en México eventualmente tendrá que preguntarse ¿por qué pareciera que el sistema jurídico mexicano no funciona?, ¿por qué las normas jurídicas parecieran no ser importantes en la vida social de nuestro país? o, en otros términos: ¿por qué existe una asimetría tan marcada entre lo establecido en la ley y sus resultados en México?

La presente investigación busca atender esas inquietudes, desde la observación sociológica del derecho, y pretende hacerlo a la luz de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann por encontrar en ella suficientes elementos para observar una realidad social en la que se erige un complejo entramado de normas jurídicas, pero un promedio de impunidad a nivel nacional de 60.08 según el IGI-MEX 2022²

Además de las cifras, la cotidianidad pareciera confirmar que en México las normas jurídicas carecen de importancia y que no son una directriz de comportamiento social: desde los más triviales automovilistas para los que la luz verde de un semáforo significa pase; la amarilla, pase lo más rápido que pueda y la luz roja, pase con precaución, hasta la fundamental capacidad de recaudación

¹ Según la cual, el 93.2% de los delitos no fueron denunciados.

² Índice Global de Impunidad México 2022, el cual representa la contribución académica de la UDLAP para medir el alcance de este problema

tributaria del Estado Mexicano respecto de los impuestos directos, cuyos resultados dejan demasiado que desear³.

En un escenario en el que las leyes parecen plegarias mal rezadas y la impunidad es la cara más conocida del sistema jurídico, la presente investigación busca contestar, desde el horizonte de interpretación de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, ¿por qué se desestiman las normas y los procedimientos jurídicos en México?

Hipótesis

A la pregunta planteada esbozo a manera de hipótesis y, por lo tanto, de forma tentativa la siguiente respuesta: El sistema jurídico mexicano carece de la clausura operativa necesaria para erigirse como un sistema funcionalmente diferenciado. Lo que determina qué es derecho en México no es el derecho mismo, sino intereses pertenecientes a otros subsistemas, como el político y el económico. Esta condición particular conduce a una cotidianeidad en la que elementos ajenos al derecho cumplen la función de estabilizar las expectativas contrafácticas de los sujetos.

Justificación

Proporcionar una respuesta a la pregunta que se ha planteado resolver desde la teoría del derecho podría parecer lo más lógico; sin embargo, presenta el inconveniente de que sus conceptos y teorías explicativas parten de la necesidad de resolver las tautologías y paradojas que se presentan al interior del mismo derecho como resultado de su diferenciación funcional y de su autorreferencia.

³ Respecto a la recaudación tributaria México ocupa el lugar 24 de 27 países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

En este sentido, dice Luhmann, “se puede entender [...] la historia de la reflexión del sistema jurídico sobre sí mismo, de sus conceptos y de sus teorías, como historia de los esfuerzos por eliminar las paradojas y las tautologías del derecho” (Luhmann, 1993, p.82). La solución que provee la reflexión jurídica le permite al sistema de derecho desvanecer aparentemente las paradojas y tautologías por medio de enunciaciones semánticas que generan un discurso capaz de dotar de sentido y garantizar la productividad de las operaciones jurídicas. Todos estos mecanismos de autoobservación y autodescripción que lleva a cabo la reflexión jurídica sobre sí misma obedecen a la incapacidad del sistema jurídico de admitir la paradoja y la tautología como fundamento de su propia validez. La observación sociológica del derecho, por su parte, puede reconocer las tautologías y paradojas del derecho sin que esto bloquee su quehacer.

Resulta innegable que el derecho es una pieza indispensable para dar forma al inmenso rompecabezas de la vida social. La facticidad del derecho y su particularidad como fenómeno social alerta sobre su potencial explicativo y sobre la importancia su observación sociológica.

Si bien, Luhmann deja claro que todo aquello emitido por la sociología carece de relevancia para el subsistema del derecho, por no estar formulado en sus términos ni estar procesado en función de su código binario, yo sostengo que dar cuenta de algunas de las deficiencias del sistema jurídico a través de la observación sociológica del derecho puede conducirnos a concebir la realidad social en términos más claros al señalar las incoherencias del sistema desde afuera del mismo. Más allá de si dicha observación pueda o no traducirse en cambios favorables al interior del subsistema del derecho, esta investigación se sostiene sobre la aspiración de nombrar y señalar una realidad en términos que la hagan susceptible de hacerse visible por sus causas y no sólo por sus devastadores efectos.

Objetivos de la investigación

En función de lo anterior, el presente trabajo tiene como directriz los siguientes objetivos:

- Explicar las nociones conceptuales necesarias dentro de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann en aras de dar cuenta de las condiciones en las cuales opera el subsistema de derecho en México.
- Comprender desde el horizonte de interpretación de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann por qué las normas y los procedimientos jurídicos en México son desestimados y carecen de relevancia.

1. Un acercamiento teórico al subsistema del derecho desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann

Si bien la elaboración teórica de Luhmann se desarrolla en un alto nivel de abstracción, el presente capítulo pretende esbozar algunos de los conceptos más importantes en su teoría en aras de sentar las bases del que será el aparato conceptual empleado en este análisis. Un primer acercamiento a Luhmann puede parecer abrumador, pero la travesía posibilita mostrar al derecho como un sistema autopoietico, delimitar la función que cumple dentro del sistema social, abordar las particularidades del lenguaje que emplea para atender dicha función, así como delimitar los alcances del subsistema jurídica respecto de sus aspiraciones de justicia.

1.1 El subsistema de derecho como sistema autopoietico

Para Luhmann la sociedad es el “sistema omnicomprensivo de todas las operaciones sociales” (Luhmann, 2005, p.599). El derecho es un subsistema diferenciado funcionalmente, autopoietico, autorreferente y operativamente clausurado. Los sistemas autopoieticos se caracterizan, siguiendo a Luhmann, por reproducirse a sí mismos, por observarse y describirse a sí mismos reintroduciendo

su unidad como identidad para diferenciarse respecto de su entorno, por las tautologías que requieren para autodeterminarse y por las paradojas internas que generan en aras de desdoblar sus propias tautologías. (Luhmann, 1993, p.80-83). No debe pensarse en función de la noción de autopoiesis que los subsistemas sociales están aislados, por el contrario, Luhmann sostiene que por medio de la clausura operativa los sistemas sociales son capaces de “extraer orden del ruido” (Luhmann, 1993, p. 97).

El derecho se muestra como un sistema autopoietico, toda vez que no es capaz de dar cuenta de aquello que no está codificado por él en sus términos, se reproduce y se modifica conforme a los criterios y procedimientos que él mismo señala que deben seguirse. El derecho dicta cierto procedimiento para la promulgación de leyes y su aplicación está normada por otros cuerpos legales que también pertenecen al subsistema del derecho. El derecho se muestra como un sistema autorreferente al recurrir a la teoría del derecho para resolver asuntos e interrogantes⁴ que necesita contestar en sus propios términos para dotar de coherencia sus propias operaciones. Al procurar dotarse de sentido, a través de la autoobservación, erige fórmulas por medio de la semántica y la retórica para definirse y desvanecer sus tautologías; por ejemplo:

Si por orden jurídico entendemos no un conjunto de normas, sino el orden concreto o real dimanante de la sujeción a dichas normas por parte de los sujetos a quienes las mismas se dirigen (ya se trate de los particulares que deben obedecerlas, ya de los órganos encargados de aplicarlas), resulta obvio que la eficacia del sistema normativo es un elemento del orden jurídico concreto, en la medida en que, relativamente a éste, concebido como fin inmediato, aquélla constituye un medio o instrumento de realización (García, 1983, p. 22).

Depurar la definición anterior de sus ornatos retóricos, nos permite darnos cuenta de que se llega a una fórmula tautológica en la que el orden jurídico es el tipo de orden que emana de las normas y las normas son las que dictan los preceptos que dicho tipo de orden obedece; mostrando así como la teoría del derecho debe recurrir a sí misma para definirse. En atención a esta situación es que

⁴ Tales como el asunto de la validez, de la argumentación jurídica o de la positivización del derecho

Luhmann sostiene que el subsistema reintroduce su unidad como identidad, pues sólo cuenta con la diferencia respecto del entorno para determinarse así mismo (Luhmann, 1993, p.80-83). Con esto no se enuncia que el subsistema del derecho esté aislado ya que responde a la irritación del entorno, pero siempre lo hace en sus términos y a través de su código y sus programas; de esta forma: “sólo el derecho puede decir lo que es derecho” (Luhmann, 2005, p106).

Ahora bien, la clausura operativa no es lo mismo que la autonomía del derecho. Es más bien su consecuencia; es decir, el subsistema del derecho es autónomo cuando logra su clausura operativa (Luhmann, 2005, p. 118). Para conseguir la clausura operativa, el sistema requiere, según Luhmann, de dos elementos importantes; el primero de ellos, la especificación funcional y el segundo, la codificación binaria del sistema. Siguiendo esta lógica será menester abordar ahora dos cuestiones de suma relevancia para el desarrollo del tema a saber ¿cuál es la función del derecho? y ¿qué pertenece al sistema jurídico?

Lo que se busca a través del derecho es combatir la incertidumbre que acarrea el transcurrir del tiempo a través de expectativas. Por medio de la certeza jurídica “se quiere tener seguridad respecto de un futuro de inherente incertidumbre” (Luhmann, 2005, p. 186). Las normas jurídicas posibilitan prever, aunque sea a nivel de expectativas, el futuro, pues el derecho no espera el devenir del tiempo sino que establece desde el presente los supuestos necesarios para anteponerse a los hechos y poder revestirlos conforme al código, que él mismo dicta y dentro de los programas que le rigen; logrando así que las normas puedan ser entendidas como “expectativas de conducta que se estabilizan incluso en contra de los hechos”. (Luhmann, 2005, p. 191) En este sentido, para Luhmann “la función del derecho consiste tan sólo en posibilitar la seguridad de la expectativa, precisamente en vista de las decepciones previsible e inevitables” (Luhmann, 2005, p.210).

Es importante diferenciar la función del derecho de las prestaciones del derecho. Como se ha dicho, para Luhmann, la función del derecho es posibilitar la

seguridad de las expectativas; a esta función nos referiremos en lo sucesivo como certeza jurídica. Siguiendo esta lógica, para Luhmann, la función del derecho no es, como para muchos otros autores, encauzar el comportamiento ni resolver conflictos.

Estas últimas no son funciones del derecho, sino prestaciones y al ser prestaciones no sólo por medio del derecho se atienden, sino que cuentan con numerosos equivalentes funcionales. En este sentido, Luhmann señala que “las expectativas y el comportamiento se estabilizan mutuamente, pero las normas producen mayor seguridad de expectativa que lo que alcanza a justificar un comportamiento: esa es precisamente la aportación específica del derecho a la autopoiesis de la comunicación social” (Luhmann, 2005, p. 209).

Por su parte, no todos los conflictos los resuelve el derecho, sino sólo aquellos que el propio derecho es capaz de nombrar y atender conforme sus procedimientos: “los conflictos se vuelven soportables o se les resuelven de maneras muy diversas” (Luhmann, 2005, p.218). Los conflictos que pueden resolverse conforme a derecho son aquellos dispuestos en el mismo derecho o que son capaces de ser traducidos por el derecho a sus propios términos. Esta línea de ideas nos lleva a contestar la pregunta ¿qué pertenece al sistema de derecho? A lo que Luhmann dará respuesta por medio de los conceptos de codificación y programación; explicarlos será el objeto del siguiente aparato.

1.2 El lenguaje jurídico. Código y programación del derecho

El subsistema jurídico procesa la realidad social por medio de un código binario. Este código se erige como la condición mínima de posibilidad de la clausura operativa del derecho. A través del código, explica Luhmann, el subsistema es capaz de determinar qué asuntos pueden ser tratados por el derecho y cuáles pertenecen al entorno por no poder ser expresados en términos jurídicos; de esta forma, el código es universalmente manejable sin importar el contenido de la

comunicación y le permite al subsistema estructurar sus propias operaciones (Luhmann, 2005, p. 126).

La discusión de cómo traducir el valor positivo y negativo del código daría para un análisis exhaustivo; sin embargo, para efectos del presente trabajo se entenderá que los valores de ese código binario atienden a la distinción “conforme a derecho” como valor positivo y “disconforme a derecho” como valor negativo. Aquello que escapa al código conforme a derecho o disconforme a derecho, no pertenece al subsistema jurídico, sino que pertenece al entorno, pues no puede ser especificado en un lenguaje que el derecho sea capaz de procesar. Esta bivalencia en el código es de suma importancia para el derecho puesto que “es una condición para la capacidad de decisión” (Luhmann, 2005, p. 238).

Todo aquello que esté expresado en otros términos será interpretado como asignaciones de valor que dentro del subsistema jurídico carecen de sentido. El derecho no sabe reconocer el código bueno-malo, justo-injusto. El código propio del subsistema del derecho sólo le permite comprender si las comunicaciones que se suscitan en su interior se ajustan o no a lo dispuesto en las normas y preceptos de decisión.

Son las normas jurídicas y las premisas de decisión del derecho a manera de programas, en términos de Luhmann, las que dotan de sentido al código del derecho y en donde ciertos elementos axiológicos del entorno se juridifican. Para Luhmann, “los programas, en calidad de suplemento de la codificación, sirven para dar direccionalidad a la semántica condicionada por un (y solo un) código” (Luhmann, 2005, p. 238).

De esta lógica se desprende que el código del derecho es sólo uno, que se expresa en términos bivalentes y que debe ser invariable para posibilitar la toma de decisiones. Por su parte, los programas del derecho son susceptibles de modificarse y variar en su contenido, pero “una modificación sólo es posible en las formas que

el sistema jurídico escoja, y con esas formas el sistema está pendiente de los cambios que acontecen en la opinión pública” (Luhmann, 2005, p.150).

La sumatoria del código como condición de decisión y el programa como directriz de sentido de dichas decisiones es lo que posibilita la comunicación al interior del subsistema jurídico y, a su vez, es lo que permite que el sistema esté clausurado operativamente. Como se ha mencionado, la clausura no implica que no exista relación con el entorno, sino que el subsistema es capaz de procesar la irritación del entorno y esa capacidad deviene precisamente de traducir a sus términos dicha irritación, a través de su código y sus programas. De esta forma, sostiene Luhmann: “el derecho opera normativamente clausurado y, al mismo tiempo, cognitivamente abierto” (Luhmann, 2005, p.133). Esta apertura cognitiva se refiere a la capacidad del sistema de procesar el ruido (estímulos) del entorno en sus propios términos.

Dos percepciones cotidianas pueden ser entendidas a razón de las nociones teóricas de código y programa. En el derecho todo depende y es por antonomasia la respuesta de cualquier abogado ante la consulta de un caso concreto. La bivalencia del código condiciona que cada comunicación que se suscita al interior del subsistema del derecho se presente como algo inseguro y las respuestas que el código permite no son indubitables ni de sentido único, pues estarán a expensas de la argumentación jurídica en función de los programas del subsistema y, aunque sus consecuencias pueden ser previstas en función de casos anteriores, serán ciertas hasta que sean formuladas en términos de sentencia o de acto jurídico vinculante.

A su vez, el derecho es percibido por el entorno como rebuscado y esto obedece a la especificidad de su programación. El subsistema del derecho estabiliza las expectativas a pesar del devenir de los hechos y cumple con su función de dar certeza jurídica a través del establecimiento de supuestos que buscan anteponerse al tiempo; cumplir con esta función exige un grado de

especificidad muy alto que desde el exterior puede ser percibido como excesivo y abrumador. Fórmulas que para el entorno son suficientes como “Fulano le renta su departamento a Sutano” carecen de los elementos que el subsistema requiere para contestar con claridad: ¿quién es el propietario del departamento?, ¿quién es el inquilino?, ¿cuál es el inmueble en cuestión? De la imperiosa necesidad de detalle que el derecho requiere, la fórmula anterior se transforma en la letanía: Fulano, con calidad de arrendador, le concede el uso temporal del bien inmueble identificado como “X” del edificio tal a Sutano, quien como arrendatario, estará obligado a pagarle una contraprestación pecuniaria de “X” en moneda nacional. Lo anterior no excluye que esta especificidad del lenguaje del derecho sirva a otros intereses, pero dichos intereses son ajenos al subsistema del derecho y, por lo tanto, serán abordados más adelante.

1.3 ¿Qué justicia es posible obtener por medio del derecho?

Son demasiadas las disertaciones teóricas y filosóficas que se han hecho con motivo de la idea de justicia. Esta noción parece no sólo estar anclada al ser humano sino a su forma de asociarse con la divinidad; sin embargo, el ser humano está muy lejos de alcanzar la idea abstracta de justicia divina. Formulaciones clásicas y más concretas como la de Ulpiano parecen no poder escapar del inmenso caudal de cuestionamientos particulares. Allá donde la justicia es “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde”, surgen preguntas como: ¿se trata de una aspiración o un esfuerzo humano?, ¿qué le corresponde a cada uno?, ¿quién o qué determina lo que le corresponde a cada quien? Esta definición de justicia, aunque los abogados la reciten como mantra en latín, no le permite al subsistema de derecho cumplir con su función ni apoya su clausura operativa; por el contrario, la dificulta, pues deja a expensas de una serie de criterios imposibles de ser procesados por el código conforme a derecho o disconforme a derecho y con ello obstaculiza la capacidad de decisión del sistema.

Sin embargo, el derecho no puede renunciar a la idealización de la justicia, aunque en el mejor de los casos, sólo es capaz de proveer de coherencia las decisiones internas, pues en la medida en la que dichas decisiones sean coherentes, congruentes y consistentes entre sí, el derecho será percibido como justo. Ahí radica la particularidad del enfoque de Luhmann al referirse a la idea de justicia como fórmula de contingencia; la justicia es una pretensión del derecho que es alcanzada o no en función de la observación que el sistema hace de sí mismo.

En este sentido, la justicia no es la esencia del derecho ni el principio fundador que dota de validez a todo el cuerpo de normas jurídicas. Para Luhmann, el problema de la justicia no está en las operaciones del sistema sino en la forma en la que el sistema califica sus propias operaciones. La justicia tampoco rige el código del derecho como justo o injusto, sino que dicha carga axiológica se juridifica en los programas del derecho. Por último, para Luhmann, la justicia no es una noción teórica, sino que funciona como una norma; es decir, como una expectativa susceptible de satisfacerse o no (Luhmann, 2005, p.278-280).

Cada caso concreto debe tratarse normativamente con la pretensión de justicia y la suma de casos concretos tratados bajo la pretensión de justicia como norma dan como resultado un cuerpo de decisiones consistentes y coherentes entre sí que podrán dar lugar a una observación de segundo orden que califique el conjunto de operaciones del sistema como justas. En una versión compacta, dice Luhmann, la justicia se puede designar como consistencia en la toma de decisión (2005, p.289). A través del derecho lo que puede obtenerse como justicia, en el mejor de los escenarios, es una serie de decisiones consistentes con el código conforme a derecho y guiadas por lo establecido en los normas y preceptos de decisión contenidos en los programas del subsistema jurídico.

2. La desestimación del derecho en México

La presente investigación surge desde la inquietud de observar la realidad social y su asimetría con lo dispuesto en las normas jurídicas; se pretende, de la mano de la teoría de sistemas, esbozar algunas reflexiones críticas respecto de dicha asimetría. Al abordar el tema del cumplimiento de la ley resulta inevitable no dar cuenta del concepto de Estado de derecho como límite al poder político. Será asunto de este apartado poner sobre la mesa la importancia del concepto de Estado de derecho como vínculo entre el subsistema político y el subsistema jurídico, desarrollar sus condiciones de existencia en atención a la teoría de sistemas de Luhmann y, por último, hacer un balance crítico de la debilidad del Estado de derecho en México. Nos ocuparemos también de revisar la forma en la que se programan las leyes en México, en concreto el derecho constitucional, y las consecuencias que a la luz de la teoría de sistemas se desprenden de dicha programación.

2.1 El Estado de derecho en la teoría de sistemas

El concepto de Estado ha sido ampliamente estudiado tanto por la teoría política como por la teoría del derecho. La concentración de dos facultades distintas el *imperium* y la *iurisdictio* de las primeras ciudades alentaba una fuerte inclinación a tratar lo político y lo jurídico como un sistema unitario. En este sentido, la diferenciación funcional de ambos subsistemas ha requerido un proceso histórico particular apreciable en las codificaciones del siglo XVIII y más intensamente en las del siglo XIX. La separación entre lo político y lo jurídico inició con la percepción de que el derecho funcionaba como “resistencia justificada contra el poder político” (Luhmann, 1993, p.479).

El Estado de derecho se expresa al interior del sistema jurídico a manera de programa a través de la Constitución que a su vez funciona como un acoplamiento estructural entre lo político y lo jurídico. Para Luhmann, los acoplamientos

estructurales facilitan que el entorno influya en el sistema al provocar irritación, por ello sostiene que “los conceptos de acoplamiento estructural y de irritación se encuentran condicionados entre sí de manera recíproca” (Luhmann, 1993, p.510). La Constitución es el documento jurídico en donde se concentran las aspiraciones políticas del Estado y se juridifican, pero también es el ordenamiento que señala cómo legislar; es decir, cómo procesar el ruido proveniente del entorno y revestirlo de forma jurídica al traducirlo en programa.

La fórmula del Estado de derecho vincula lo jurídico y lo político posibilitando la clausura operativa de ambos subsistemas; para Luhmann, el Estado de derecho “sirve de esquema que posibilita -y hace que se celebre como conquista civilizatoria- que dos perspectivas encontradas se designen en unidad: la fuerza pública maniatada jurídicamente, y el instrumental político del derecho” (Luhmann, 1993, p.488). Esta fórmula hace evidente la relevancia del derecho mismo, de su autonomía y de su diferenciación funcional. Al diferenciarse funcionalmente la política y el derecho puede apreciarse una “condición para elevar la dependencia recíproca” entre ambos subsistemas.

Que el poder político esté atado de manos por el derecho no se desprende de que lo rece la ley, sino de ciertas condiciones de existencia que son abordadas por Luhmann y serán motivo del siguiente apartado.

2.2 El Estado de derecho y sus condiciones de existencia

La tendencia de integrar en un solo sistema lo político y lo jurídico va cediendo terreno a la diferenciación funcional de ambos sistemas desde finales de la edad media. A lo largo de este proceso histórico no sólo las funciones de la política y el derecho adquieren límites más nítidos, sino que las decisiones colectivas trazan funciones más definidas y diferenciadas entre la iglesia, la economía, el gobierno y la familia. La sociedad, explica Luhmann, “no sólo se estructura vertical y jerárquicamente a través de una estructura unitaria, sino principalmente

horizontalmente según funciones específicas a través de un gran número de subsistemas que reciben una dirección autónoma” (Luhmann, 1971, p. 54).

El cambio estructural que implicó la diferenciación funcional del sistema político y jurídico acarrió una serie de reflexiones celebres y ampliamente estudiadas tanto en la teoría política como en la teoría del derecho: el asunto de la soberanía, el iusnaturalismo, la separación de poderes o la racionalidad política fueron algunos de los temas que ocuparon al pensamiento jurídico y político. La discusión más relevante para el asunto aquí tratado es la reformulación del concepto de representación; la cual, pasó de referirse a la representación de unidades sociales a la representación de intereses individuales.

Esa reinterpretación del concepto de representación cobra sentido por medio del postulado del Estado de derecho, donde la relación entre la política y el derecho es innegablemente estrecha, pero se despliega como hostil y de enfrentamiento constante. Para Luhmann, la política se percibe como una amenaza para el Estado y la ley como un mal necesario. La proliferación del derecho positivo genera los programas necesarios para que el derecho sea capaz de tomar decisiones por sí mismo, vinculando hechos con sus respectivas consecuencias y a partir de ahí lo que más férreamente sostiene la dogmática jurídica con respecto al Estado de derecho es la imperiosa necesidad de cumplir la ley (Luhmann, 1993, p. 57).

En este sentido, para la observación sociológica del derecho, será de vital importancia distinguir el tránsito evolutivo del derecho natural a las estructuras jurídicas positivas como una primera condición de existencia del Estado de derecho. Para Luhmann, la ley natural “es verdadera en sí misma y obliga por ser verdad [...] es imposible que la ley pueda cambiarse por decisión” (Luhmann, 1993, p. 58). Lo que logra la positivización de la ley es liberar al derecho de la condena de ser válido para siempre; a través de la positivización de la ley se establecen los programas que darán sentido al código por ser capaces de cambiar y resistir el cambio (Luhmann, 1993, p. 59).

Como segunda condición de existencia del Estado de derecho, se erige la estabilidad estructural de la mano con la diferenciación funcional de los subsistemas que integran el sistema social. Para Luhmann, la característica particular de las sociedades modernas es la diferenciación de grandes sistemas funcionales que se relacionan estrechamente con su ambiente al requerir que el resto de las funciones se cumplan para poder cumplir con la suya (Luhmann, 1993, p. 58). En este sentido, “la función específica y la auto programación jurídica del sistema político sólo se puede mantener si otros ámbitos de comunicación de la sociedad están estructuralmente estabilizados de manera análoga” (Luhmann, 1993, p. 59-60).

Otra condición de existencia del Estado de derecho está relacionada con la elasticidad estructural que permite a los subsistemas aprovechar las oportunidades de influencia y la interacción necesaria en aquellas funciones en las que dependen mutuamente (Luhmann, 1993, p. 60). Es decir, cada uno de los subsistemas sociales debe estar operativamente clausurado, pues como se ha explicado, la clausura operativa posibilita la apertura cognitiva de cada subsistema sin intervenir con su función específica.

Para que el Estado de derecho despliegue el efecto de limitar el alcance del poder político es necesario que la administración y la política se separen y operen bajo diferentes criterios de racionalidad al interior del subsistema político: “En la separación de política y administración encontramos las condiciones específicamente políticas del estado de derecho” (Luhmann, 1993, p. 62). Esto es así porque la administración está siendo entendida por Luhmann en su sentido más amplio como la entidad con la capacidad de organización suficiente para especializarse en programar y en ejecutar programas; para ello, la administración necesita liberarse del peso de hacer política porque “sin este alivio, no es posible la acción orientada al programa, y donde no es posible la acción programada, la programación pierde su sentido” (Luhmann, 1993, p. 62).

Hasta aquí lo expuesto en este apartado comprende las condiciones teóricas de existencia que Luhmann distingue como necesarias para la singular diferenciación funcional que caracteriza a las sociedades modernas y que posibilitan la existencia del Estado de derecho. Ahora es momento de emplear dichas nociones teóricas en el análisis concreto del Estado de derecho mexicano en aras de dar cuenta de su problemática particular.

2.3 El Estado de derecho en México como figura retórica

En atención a la realidad social que el país enfrenta, uno de los principales cuestionamientos que se formulan respecto del Estado de derecho en México es si existe. Los resultados de la edición 2022-2023 del Índice de Estado de Derecho son una muestra cuantitativa del arraigado estancamiento en la consolidación de un Estado de Derecho.

Dicho índice es calculado en función de ocho factores: 1) límites al poder gubernamental, 2) ausencia de corrupción, 3) gobierno abierto, 4) derechos fundamentales, 5) orden y seguridad, 6) cumplimiento regulatorio, 7) justicia civil y 8) justicia penal; los cuales son medidos de 0 a 1 donde 0 es la ausencia total del Estado de derecho y 1 la adhesión fuerte al mismo. (WPJ, 2023, p.9)

En dicho estudio, ninguna de las entidades federativas supera el .5 en ninguno de los factores contemplados, mostrando así la débil adhesión a un Estado de derecho en México. El promedio nacional obtenido muestra una profunda debilidad nacional en lo que respecta a la corrupción, al cumplimiento de la ley y la justicia civil y penal.

Este primer acercamiento a la realidad social mexicana nos sirve como base para sostener que el Estado de derecho en México no despliega sus efectos esperados; en atención a ello, en lo sucesivo esbozaremos una reflexión crítica de

su realidad a la luz de las nociones de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann enunciadas anteriormente.

Para Luhmann, la característica particular de las sociedades modernas es la separación de las funciones sociales a través de distintos subsistemas que para atenderlas se clausuran operativamente. En el sistema social mexicano parece que en lugar de operar dicha diferenciación funcional prevalece una tendencia a la multifuncionalidad. Para sostener esta premisa general recurriremos una etapa histórica que también ilustra la inexistente representación de intereses individuales a lo largo de la conformación del Estado mexicano y el peso que tiene en nuestro sistema social la representación de unidades sociales.

El corporativismo mexicano es la clara muestra de una nula diferenciación funcional entre el subsistema económico, político y jurídico: El Estado corporativo en México fue resultado de la revolución mexicana y alcanzó su madurez en los años treinta, llegando a su crisis más severa hacia finales de la década de los ochenta. La noción de Estado corporativo alude a una forma de representación y estructura de vinculación política entre algunos sectores de la sociedad y la administración.

En esta configuración particular el sector popular, el obrero, el campesino, el militar, el empresarial, entre otros eran organizados por un solo partido político, el Partido Revolucionario Institucional. Se trataba, entonces, de una representación corporativa dirigida y concentrada al seno del propio partido. Los intereses económicos guiaban las acciones políticas y en función de ellas se legislaba. Los programas del derecho, bajo este tenor, no posibilitan la clausura operativa del derecho y menos su autopoiesis.

No es el derecho quien se reproduce así mismo sino cuestiones políticas y económicas las que determinan sin ningún filtro todo aquello que se juridifica. En este sentido, dice Luhmann, “un sistema jurídico expuesto frecuente a las

intromisiones [...] opera en un estado de corrupción. Reconoce por medio de sus normas que no puede resistir a la presión de la política. El sistema se mantiene simulando legalidad” (Luhmann, 2005, p. 137).

Con la alternancia política en el año 2000, el estado mexicano se enfrentó a la ingobernabilidad resultado de una inoperante separación entre administración y política. La administración no fue relevada en ningún momento de sus funciones políticas, pues carecía de la legitimidad necesaria para dedicarse exclusivamente a la organización burocrática y a la toma de decisiones vinculantes. El sexenio en curso, tras la llegada al poder del Movimiento de Regeneración Nacional ha refrendado la fusión entre la política y la administración que guía las operaciones del subsistema político. El discurso maniqueo del ejecutivo federal que contrapone al gobierno con los “fifis”, y cuyas apariciones públicas y diarias son un constante ejercicio político, imposibilita que la administración se rija por los criterios de racionalidad que le corresponden. De tal suerte que, el subsistema político mexicano se mantiene en una campaña electoral eterna en la que la administración gubernamental se politiza.

La administración pública al no ser relevada de sus funciones políticas vacila en la organización burocrática y en la toma de decisiones vinculantes necesarias para que el subsistema político en general atienda su función. En este sentido, “la dificultad de separar política y administración en los países en vías de desarrollo resulta ser un serio obstáculo en el camino hacia una mayor diferenciación funcional” (Luhmann, 1993, p.61)

El clamado cumplimiento de la ley por parte de la teoría del derecho como requisito *sine qua non* del Estado de derecho contrasta claramente con la realidad social en la que las normas son desestimadas constante y cotidianamente. Según el Índice de Estado de Derecho en México 2022–2023 en su factor número 6 que mide si la normativa y las regulaciones se aplican de manera efectiva el promedio

nacional es de .37 mostrando así que la positivización del derecho no resulta vinculante respecto de su cumplimiento. Así pues:

Las experiencias de los países en desarrollo [...] han dejado muy claro que la proclamación de constituciones y la redacción de leyes [...] no son suficientes [...] mientras que la realidad de la acción se basa en otras expectativas de comportamiento, elementales y predominantemente particulares (Luhmann, 1993, p.57).

De esta forma, la debilidad del Estado de derecho imposibilita la conquista civilizatoria capaz de designar en una unidad esa “fuerza pública maniatada jurídicamente”; por el contrario, algunos de los esfuerzos jurídicos (sea a través de litigios o de incitativas legislativas) están maniatados por la fuerza pública. Tanto el subsistema de derecho como el subsistema político operan en estado de corrupción; el uno por carecer de la clausura operativa necesaria para desobedecer los intereses ajenos a él y el otro por ser incapaz de separar las labores políticas de las puramente administrativas. Este escenario convierte a las leyes en un instrumento político (y también económico) para simular legalidad y condicionan una realidad en la que el derecho no es capaz de estabilizar las expectativas contrafácticas convirtiendo a la realidad social en un constante y generalizado “dios dirá”.

2.4 El derecho como discurso y su programación conforme a fines

Como se ha señalado, el subsistema de derecho se sostiene sobre el código conforme a derecho y disconforme a derecho y dota de sentido ese código a través de sus programas. Los programas del subsistema de derecho son los ordenamientos jurídicos y los patrones de decisión vinculantes (Luhmann, 2005, p. 149).

Para Luhmann, la función del derecho direcciona el tipo de programación útil al derecho; es decir, para que el derecho sea capaz de estabilizar las expectativas requiere una programación de tipo condicional. La programación condicional le permite al derecho que su cuerpo normativo sea consistente, que el sistema

decisivo se conecte con su entorno y que las decisiones se realicen conforme a criterios universales. Así pues, “las reglas de toma de decisiones jurídicas ahora toman la forma de un programa puramente condicional” (Luhmann, 1971, p. 56).

La programación condicional del derecho permite la combinación de la clausura normativa y la apertura cognitiva; pues a través de la fórmula “si esto, entonces esto” exige que las decisiones fundadas en derecho se formulen de tal manera que sea posible deducirlas de los hechos (Luhmann, 2005, p. 141).

Esta particular forma de programar condicionalmente del derecho no se manifiesta en la Constitución. Las constituciones suelen obedecer a una programación conforme a fines; las normas programadas conforme a fines enuncian una serie de ideales u objetivos cuya carga axiológica es elevada al valor de expectativa. La dificultad que enfrenta a una programación de este tipo no es sólo la interpretativa ya que “en el texto se encuentran una pluralidad de valores diferentes sin que haya una regla consistente para dirimirlos” (Luhmann, 2005, p.153), sino que este tipo de normas son incapaces de vincular hechos con consecuencias.

La Constitución funciona como acoplamiento estructural entre el subsistema político y el jurídico por ser “una ley positiva que sirve de fundamento al derecho positivo mismo y que determina, a causa de esto, cómo puede ser organizado el poder político y cómo puede ejercerse en forma jurídica” (Luhmann, 2005, p.542). La Constitución cumple como acoplamiento estructural en la medida en la que vincula, pero a la vez separa el subsistema político y el jurídico. De esta forma, el problema no es la redacción *per se* de la Constitución, sino la desdiferenciación de los subsistemas político y jurídico lo que convierte a la Constitución en una carta de buenos deseos.

Esta forma particular del derecho constitucional es señalada por Neves como característica de lo que denominará modernidad periférica. Para Neves, en la sociedad mundial coexisten la modernidad central y la modernidad periférica. La

modernidad central es aquella que satisface la diferenciación funcional descrita por Luhmann, mientras que la modernidad periférica se caracteriza por “una carencia muy alta de capacidad funcional y capacidad de desempeño de los sistemas diferenciados” (Neves, 2018, p.15)

Frente a la carencia de diferenciación funcional y la respectiva clausura operativa de los subsistemas político y jurídico la constitución adquiere un valor puramente simbólico. En palabras de Neves “la constitución simbólica se refiere a una hipertrofia, es decir, al uso simbólico de la legislación en contradicción con la función específica del ordenamiento jurídico de orientar las expectativas normativas” (2018, p.83).

La constitución, al ser desplegada como un discurso y no como expectativas esperadas normativamente, enlista una serie de valores cuya realización material demanda una serie de condiciones de existencia que contrastan abismalmente con las condiciones dadas en aquellos países cuyos subsistemas sociales no están operativamente clausurados. A este uso discursivo del derecho se suma el uso instrumental; el cual es posible, precisamente, porque el subsistema jurídico opera en estado de corrupción al ser incapaz de resistir las intromisiones del subsistema político y económico.

La enorme desigualdad en las condiciones de vida que caracteriza a los países en la modernidad periférica es un impedimento más para que los mecanismos de implementación del derecho desplieguen sus efectos; por el contrario, la posición favorecida de los “poseedores” y su capacidad de intervenir en el subsistema jurídico les permite aumentar y mantener sus ventajas (Galanter, 2006, p.75).

Todo lo anterior es el telón de fondo de una realidad social en la que el subsistema jurídico es incapaz de estabilizar las expectativas contra fácticas para todos. La certeza jurídica en el contexto de la modernidad periférica será satisfecha,

en algunos casos, por medio de las posibilidades de facto (políticas o económicas). En el contexto de la modernidad periférica, la certeza jurídica sede el paso a una generalizada resignación de vivir un día a la vez.

Reflexiones finales

Las implicaciones de sostener que el subsistema de derecho no cumple con su función de proveer certeza jurídica de forma generalizada, sino sólo para ciertos sectores de la población va más allá de esgrimir una serie de datos que lo muestren. La certeza jurídica, entendida como la función del derecho de estabilizar las expectativas, se traduce en tranquilidad, en la posibilidad de prever y planear. Esta función se convierte en un privilegio al que sólo es posible acceder por medio del poder o del dinero.

Las prestaciones del derecho de conducir la conducta y resolver los conflictos son satisfechos por equivalentes funcionales que perpetúan las desigualdades sociales y que a su vez imposibilitan la diferenciación funcional del subsistema jurídico y su correspondiente clausura operativa. Por ejemplo, la resolución de conflictos por medio de acuerdos parte de la ficción de que todos los que celebran el acto jurídico son iguales (conforme a lo dispuesto en programas diseñados conforme a fines) y al hacerlo desconoce y perpetua las verdaderas condiciones de existencia de la mayoría de la población.

Para todos aquellos desprovistos de poder o de dinero recurrir al derecho es más bien algo que se evita a toda costa. Para quienes carecen del poder o del dinero necesarios para incidir y hacer uso del subsistema jurídico la única alternativa que se dibuja para estabilizar las expectativas a futuro es renunciar a tenerlas.

Referencias

- Galanter, M. (2006). “Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico,” en: M. García (Ed.) *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Universidad Nacional de Colombia, pp. 70-103.
- García, E. (1983). “Introducción” *Filosofía del derecho*. Porrúa. pp. 9-22
- Gessner, V. (1984). *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM.
- Luhmann, N. (1971). “Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates,” en: Íd. *Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*. Westdeutscher Verlag, pp. 53-65.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la Sociedad*. Herder.
- Luhmann, N. (1993). “La observación sociológica del derecho,” *Crítica Jurídica*, 12, pp. 73-108.
- Luhman, N., et al. (2018) “La constitución como adquisición evolutiva”, Las dimensiones del Estado Constitucional, Centro Iberamericano de Investigaciones Jurídicas, pp. 21-95
- Neves, M. (2018). *Constituição e direito na modernidade periférica. Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. WMF Martins Fontes.
- OCDE. (2023) *Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe*. Consultado el 23 de mayo de 2023. <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/folleto-estadisticas-tributarias-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>
- UDALAP. (2022) *Índice Global de Impunidad México 2022*. Consultado el 16 de mayo de 2023. <https://blog.udlap.mx/blog/2022/10/udlap-presenta-la-nueva-edicion-del-indice-global-de-impunidad-mexico-2022/>
- WJP. (2023) *Índice de Estado de Derecho en México 2022-2023*. Consultado el 12 de junio de 2023. https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2023/06/IEDMX-2022-2023_Digital.pdf