

## LA CIRCULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA OBSERVACIÓN AUTOPOIÉTICA<sup>1</sup>

Germano André Schwartz Doederlein<sup>2</sup>

ORCID: 0000-0002-1354-8839

germano.schwartz@me.com

### Resumen

Este ensayo tiene como objeto de estudio el análisis de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la teoría de sistemas sociales autopoieticos. El objetivo del estudio es presentar un nuevo enfoque para las ideas de Luhmann, destacando la autopoiesis en los sistemas sociales como un fenómeno gradual y específico del Derecho, en contraste con la visión radical de Luhmann. Además, el ensayo busca demostrar cómo el sistema jurídico percibe los derechos fundamentales, explorando la capacidad de utilizar las paradojas del sistema de manera creativa para asegurar su continuidad. Los resultados/conclusiones de este estudio señalan la viabilidad de aplicar la teoría luhmanniana en países periféricos de la sociedad global. También busca desmitificar concepciones equivocadas relacionadas con la autopoiesis y el autor, Luhmann, a menudo difundidas por juristas brasileños.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, teoría de sistemas sociales, autopoiesis, sistema jurídico, Luhmann

## A CIRCULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA OBSERVAÇÃO AUTOPOIÉTICA

### Resumo

---

<sup>1</sup> Traducido del original en portugués por Fernando Pedro Meinero (fernandomeinero@gmail.com).

<sup>2</sup> Doctor en Derecho (Unisinos). Profesor del PPGD de la Universidad La Salle. Canoas, Brasil.

Este ensaio tem como objeto de estudo a análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos. O objetivo do estudo é apresentar uma nova abordagem às ideias de Luhmann, destacando a autopoiese nos sistemas sociais como um fenômeno gradual e específico do Direito, em contraposição à visão radical de Luhmann. Além disso, o ensaio procura demonstrar como o sistema jurídico percebe os direitos fundamentais, explorando a capacidade de usar os paradoxos do sistema de forma criativa para garantir a sua continuidade. Os resultados/conclusões deste estudo indicam a viabilidade da aplicação da teoria luhmanniana em países periféricos da sociedade global. Busca também desmistificar equívocos relacionados à autopoiese e ao autor, Luhmann, frequentemente difundidos por juristas brasileiros.

Palavras-chave: direitos fundamentais, teoria dos sistemas sociais, autopoiesis, sistema jurídico, Luhmann

## **THE CIRCULARITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN AUTOPOIETIC OBSERVATION**

### **Abstract**

This essay has as its object of study the analysis of fundamental rights from the perspective of the theory of autopoietic social systems. The objective of the study is to present a new approach to Luhmann's ideas, highlighting autopoiesis in social systems as a gradual and specific phenomenon of Law, in contrast to Luhmann's radical vision. Furthermore, the essay seeks to demonstrate how the legal system perceives fundamental rights, exploring the ability to use the system's paradoxes creatively to ensure its continuity. The results/conclusions of this study indicate the viability of applying Luhmannian theory in peripheral countries of global society. It also seeks to demystify misconceptions related to autopoiesis and the author, Luhmann, often spread by Brazilian jurists.

**Keywords:** fundamental rights, social systems theory, autopoiesis, legal system, Luhmann

## 1. Introducción

La idea central del presente ensayo se refiere a la posibilidad de un análisis de los derechos fundamentales desde la teoría de los sistemas sociales autopoieticos desarrollada por Luhmann. En este sentido, el texto se organiza en dos fases:

(a) La primera, presentando una noción de autopoiesis de los sistemas sociales no como un proceso radical (Luhmann), sino como un fenómeno gradual (Teubner) o específico del Derecho (Clam). Con esto, no se pretende reescribir a Luhmann, sino más bien, de manera desafiante, proponer una nueva perspectiva para sus ideas que, sin embargo, permanecen ligadas al cuerpo original;

(b) La segunda, en la que se busca demostrar cómo el sistema social del Derecho percibe los derechos fundamentales. De esta manera, se demuestra la posibilidad de utilizar de manera creativa las paradojas que el sistema jurídico posee para su continuidad.

Queda, todavía, un objetivo intrínseco: explorar la posibilidad de un uso práctico de la teoría luhmanniana en países periféricos de la sociedad global, así como al mismo tiempo intentar desmitificar algunas concepciones erróneas creadas por el imaginario de los juristas brasileños en relación con la autopoiesis y el propio autor (Luhmann).

## 2. La Autopoiesis del Sistema Social del Derecho

La sociedad está compuesta por sistemas. Esta afirmación es un presupuesto epistemológico en el pensamiento de Luhmann (1990: 41), de la misma manera que un enfoque desde la teoría de los sistemas autopoieticos entiende que existe una correlación esencial entre los sistemas y su entorno.

Siguiendo esta línea de pensamiento, según la perspectiva de Teubner (2005: 82-83), la autopoiesis del sistema jurídico puede entenderse a través de la metáfora de *order from noise* o *order from music*. Sin embargo, las condiciones de viabilidad de la autopoiesis

jurídica provienen de una cantidad inabarcable de *inputs* y *outputs*. ¿Cómo es posible obtener orden a partir del caos o desde un entorno musical?

En la idea de la autopoiesis aplicada al Derecho, es un hecho que el sistema jurídico recibe influencias del entorno que lo rodea. Luhmann incluso señala que no existe otro subsistema social que esté en una relación de interdependencia tan fuerte con los demás subsistemas (Luhmann, 1981: 234). La cuestión, por lo tanto, radica en filtrar esta abundante comunicación hasta encontrar un punto que refleje la diferenciación del sistema jurídico en comparación con los demás sistemas sociales.

Uno de los fundamentos de la autopoiesis del Derecho es la necesidad de que el sistema jurídico cumpla una función específica en el sistema social. Solo a través de su diferenciación funcional<sup>3</sup>, el sistema jurídico desempeña un papel relevante en la reducción de la complejidad. En caso de pérdida de identidad funcional, el Derecho deja de ser Derecho y se convierte en cualquier otra cosa, excepto Derecho. Esto generará, como consecuencia, más complejidad en el sistema social<sup>4</sup>.

La función del sistema jurídico en una teoría de sistemas sociales autopoieticos es, en términos generales, producir decisiones capaces de estabilizar las expectativas sobre las normas establecidas por el propio sistema jurídico y los demás subsistemas sociales. Estas expectativas son normativas precisamente porque se observan desde el punto de vista interno de la operatividad jurídica.

Sin embargo, a diferencia de lo que se propaga en Brasil<sup>5</sup>, esta idea no debe llevar a la conclusión de que el sistema jurídico es un sistema cerrado en sí mismo. Paradojalmente, el

---

<sup>3</sup> Para un mayor detalle acerca de la diferenciación funcional del sistema jurídico, consultar Schwartz (2005: 49-86).

<sup>4</sup> “Sans le droit, sous sa forme positive (ou positivée, faudrait-il dire), la société serait incapable de réguler l’infinité d’interactions libérées par la différenciation fonctionnelle de ses domaines de communication” (Clam, 1997: 132).

<sup>5</sup> Esta es la línea de pensamiento adoptada por Streck (2002: 133, nota de pie de página 8): “El Derecho se entiende sólo como estabilizador funcional de las expectativas de comportamiento. Es decir, el sistema jurídico se convierte en un reductor de complejidades, desconectado de todos los demás sistemas sociales de acción”. En sentido contrario, reforzando el contenido argumentativo aquí presentado, véase Campilongo (2002: 167):

sistema jurídico es cerrado porque es abierto y es abierto porque es cerrado (Luhmann, 2004: 64). Pero, ¿cómo es posible lograrlo y de qué manera esta premisa no genera un nivel aún mayor de complejidad en los subsistemas sociales diferenciados?

Es necesario recuperar uno de los fundamentos de la teoría de sistemas sociales autopoiéticos: la distinción entre sistema y entorno. Esta es la condición primordial para la autopoiesis del sistema jurídico. A pesar de estar inmerso en el entorno y, por lo tanto, sujeto a sus influencias, el sistema jurídico es un subsistema social con características propias adquiridas mediante la evolución evaluada dentro del propio sistema social.

El sistema jurídico, por lo tanto, es una unidad de distinción entre sí mismo y el entorno circundante. No es uno ni otro, sino ambos. Este es el famoso punto ciego que la teoría de sistemas autopoiéticos pretende revelar. En este sentido, en el mismo sentido argumentativo de Teubner<sup>6</sup>, la afirmación de que la justicia no es relevante para el sistema jurídico, como se propaga en Brasil, no tiene fundamento. La justicia es, concretamente en la teoría de Luhmann (1997: 214), la complejidad del sistema jurídico, la respuesta interna ofrecida frente a los desarrollos externos.

En esta línea argumentativa, la autopoiesis del sistema jurídico depende tanto de un cierre normativo como de una apertura cognitiva<sup>7</sup>. Esta aparente contradicción es, de hecho, una condición para la evolución del sistema, ya que los intercambios recíprocos que se realizan a través de la distinción inicial entre sistema y entorno solo son posibles a partir de esta interacción necesaria. Es la condición ambigua<sup>8</sup> del sistema jurídico.

---

“Antes que nada, descartemos la idea de que un sistema autopoiético sea algo similar a un sistema puro. En el plano jurídico, por ejemplo, sería engañoso equiparar el cierre operativo del sistema con la pureza metodológica sostenida por Kelsen. Subrayemos que, para Luhmann, el derecho es un sistema social, cognitivamente abierto, estructuralmente acoplado a otros sistemas y que establece contactos con el entorno”.

<sup>6</sup> “Contrariamente a los prejuicios propagados, Luhmann no abandona la justicia como un montón de ideas europeas anticuadas, sino que la coloca en el centro de su teoría, no como criterio interno para la decisión de casos concretos, ni como la norma interna más alta del derecho o como un valor moral o político externo por el cual el derecho debe orientarse, sino como una fórmula de contingencia del derecho, como una relación del derecho con su entorno” (Teubner, 2005: 70-71).

<sup>7</sup> Esta idea es fundamental para comprender la teoría luhmanniana aplicada al Derecho. Con respecto a este tema específico, consultar Teubner (1989).

<sup>8</sup> Segundo Clam (2006: 38-39): “Una tesis que se encuentra formulada ya en los primeros trabajos de Luhmann en sociología del derecho es la de la generación simultánea del crecimiento correlato de ambos valores del

Según Clam (2006: 38-39), a partir de esta premisa, surge una hipótesis de co-originalidad entre el Derecho y la Sociedad que no se limita únicamente a las funciones exclusivas de cada subsistema. La autopoiesis es el factor que estimula y permite la (re)creación de la especificidad jurídica, siendo un paradigma mucho más amplio que el funcionalismo.

De esta manera, es importante destacar, siguiendo la línea de Paterson (2006: 16-20), que la clausura normativa significa que el sistema jurídico define sus elementos a partir de su propia lógica. Así, esta clausura se configura como una autorreproducción del Derecho desde la unidad de diferencia que forma con el entorno. Al mismo tiempo, para los demás subsistemas, la clausura normativa permite la comprensión del *Recht* y el *Unrecht*. Esta comunicación estabiliza el sistema social, reduciendo *noise* y permitiendo *order*.

Por otro lado, la apertura cognitiva es la forma en que el sistema jurídico puede dar salida o importar comunicaciones de carácter jurídico. En otras palabras, la cognición abierta del sistema tiene como objetivo coordinar el proceso de autoproducción con el entorno circundante.

Dicho esto, se puede afirmar que el sistema jurídico es autónomo y autorreferencial. Nuevamente, lo que parece ser una imposibilidad se convierte en una condición de posibilidad. Tiene autorreferencia, que no debe confundirse con autopoiesis<sup>9</sup>, porque dentro de su clausura normativa, el Derecho necesita tener circularidad y reflexividad. Contiene autonomía, ya que, en su apertura cognitiva, es necesario que el sistema jurídico se distinga de los demás, so pena de perder sus propias características y aumentar la complejidad social.

---

sistema jurídico: derecho y no-derecho. En el tratado que estamos considerando, Luhmann también hace referencia a esta sentencia paradójica y designa el dato concreto señalado por él como “ambigüedad del derecho”.

<sup>9</sup> Según Teubner (1989: 38-52), la auto-referencia se refiere a todas las formas de recursividad y circularidad. Por otro lado, la autopoiesis aborda la auto-producción de todos los componentes del sistema.

La autonomía mencionada, a su vez, es permitida por el Código (*Recht/Unrecht*). En cualquier subsistema, su binariedad es lo que posibilita la evolución (Luhmann, 1996: 407). Este diferencia al sistema del entorno y, al mismo tiempo, recoge el ruido externo, decodificándolo para que sea, o no, compatible con la lógica interna del sistema jurídico. Esta función selectiva es absolutamente indispensable para la autopoiesis.

De esta manera, el código abarca el No-Derecho y, por lo tanto, todas las expectativas sociales dirigidas hacia el Derecho. La unidad del Derecho también se basa en un valor proveniente de otros sistemas (Luhmann, 1997: 40 y siguientes), como es el caso de la producción legislativa, que proviene del sistema político. Por lo tanto, el código convierte toda comunicación en comunicación jurídica, o mejor dicho, judicializada, ya que, aunque niegue ser Derecho, regresa al entorno con una selección reductiva: No-Derecho. A partir de ahí, el propio sistema social se vuelve más consistente<sup>10</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se plantea una paradoja. El Derecho es el No-Derecho y viceversa. Es el programa, por lo tanto, lo que permite resolver la paradoja de que el Derecho esté ligado al No-Derecho. El programa es el equivalente funcional del código, el otro lado de la moneda. El Código es invariable. El programa no lo es. Así, *programmes defines what is 'correctly' legal and 'correctly' illegal* (Paterson, 2006: 18). En este sentido, Luhmann (1997: 226-227) señala que lo que se comprende como Derecho:

(1) se duplica, reafirmandose enfáticamente y convirtiéndose en la tautología “Derecho es Derecho”;

(2) Con la introducción de la negativa, surge una paradoja: “El Derecho de una parte es el No-Derecho de la otra”;

---

<sup>10</sup> “El código bloquea la normatividad salvaje y reduce el acceso al sistema como una precondition para volverlo más consistente y eficiente” (Clam, 2005: 119).

(3) Para el sistema social, tanto el Derecho de uno como el No-Derecho del otro son componentes operativos de su lógica. Incluso si se introduce otra negación, se genera un antagonismo: “El Derecho de uno no es el No-Derecho de otro”;

(4) De esta manera, tanto aquel que está dentro como el que está fuera cuentan con un estatus jurídico (temporal o socialmente);

(5) Este antagonismo se resuelve mediante el programa, es decir, cuando se cumplen las condiciones indicadas y los presupuestos establecidos por el propio sistema jurídico. De esta manera, es posible observar la paradoja constituyente del Derecho: “Derecho es Derecho” al mismo tiempo que “Derecho no es el No-Derecho”.

El programa del sistema jurídico, por lo tanto, es la diferencia que le da unidad al código. Su carácter contrafactual (Rocha, 1999: 130-131) especifica en qué condiciones es correcto o incorrecto determinar lo *Recht* o lo *Unrecht*. Por lo tanto, solo esta diferenciación (código x programa) tiene la capacidad de otorgar las formas designativas de las operaciones que *acoplan* y *desacoplan el medio* (Luhmann, 1996: 137) y que llevan a la recursividad continua en la búsqueda del Derecho (No-Derecho). En efecto, el Derecho es una realidad codificada e inacabada cuyo sentido se produce mediante una distinción unitaria entre lo que es y lo que no es.

Así, se observa una autopoiesis particular aplicada al sistema jurídico, denominada por Clam (2006: 159) como autopoiesis específica del Derecho (o autopoiesis derivada) y observada por Teubner a través de la comprensión de un hiperciclo<sup>11</sup>. Para Teubner (1996: 235-239), la autopoiesis implica: (a) la autoproducción de los componentes sistémicos; (b) la auto-mantenimiento autoprodutiva (hiperciclos); y (c) la autodescripción como regulación de la autoproducción.

---

<sup>11</sup> Es importante aclarar que tanto la propuesta de Teubner como la de Clam no son aceptadas por Luhmann, ya que, para este último, la autopoiesis es un proyecto radical sin subdivisiones (sub autopoiesis). Sin embargo, son intentos de aplicar en la práctica la teoría luhmanniana con un enfoque específico en el Derecho, lo que las hace muy interesantes para los operadores del Derecho.

Por lo tanto, en el sistema jurídico, existe una autopoiesis de segundo grado basada en la perturbación derivada de la dicotomía sistema/entorno. La auto-observación y la auto-constitución son elementos destacados (Teubner, 1996: 245) que permiten la renovación y la producción continua de nuevos elementos para el sistema jurídico. En la fórmula anunciada por Teubner (1996: 247):

*“les sous-systèmes sociaux gagnent une autonomie croissante lorsque les composantes systémiques (élément, structure, processus, identité, limite, environnement, performance, fonction) sont définies auto-référentiellement dans le sous-système (=auto-observation), lorsqu’en outre ces auto-observations sont utilisées de façon opérationnelle dans le système en tant qu’auto-descriptions (=auto-constitution), et lorsqu’enfin les composantes systémiques auto-constituées sont enchainées entre elles en se produisant réciproquement, dans un hypercycle (=autopoïèse)”*

Dentro de esta perspectiva, la positividad del Derecho tiene una relación recíproca con los actos y las normas jurídicas, formando una cadena reflexiva cuyos elementos incluyen también la doctrina y los procedimientos jurídicos (Teubner, 1996: 254), así como cualquier acto que pueda ser designado como Derecho a partir de su código binario.

Por lo tanto, es posible constatar que la autopoiesis del sistema jurídico contempla una noción de positividad bastante amplia, lo que permite su co-evolución y co-originalidad (con respecto al sistema social y otros subsistemas parciales). Desde esta perspectiva de circularidad evolutiva, se analiza la autopoiesis en relación con los derechos fundamentales.

### 3. La Autopoiesis de los Derechos Fundamentales

Partiendo de una definición sencilla pero aceptada por los operadores del Derecho<sup>12</sup> de que los derechos fundamentales se encuentran dentro de un texto constitucional, es importante examinar el papel que desempeña la Constitución en un sistema jurídico autopoietico.

En esta línea de pensamiento, en la teoría luhmanniana, la Constitución facilita el acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema jurídico (Luhmann, 1997: 96-97)<sup>13</sup>. Como producto de la autorreferencia del sistema político, la Constitución es una respuesta típica a la lógica de la política. Sin embargo, cuando forma parte del sistema jurídico, la Constitución desempeña un papel importante al filtrar las comunicaciones provenientes del entorno (donde existen otros subsistemas diferenciados, como la política), juridificando<sup>14</sup> el *noise* y permitiendo así el *order*.

Luhmann (1997: 32) advierte que todo lo que puede ser clasificado como *Unrecht* se confirma, en las normas positivas, por el derecho constitucional. La Constitución, como membrana del sistema jurídico, reconoce lo que es Derecho y lo que no lo es (*Unrecht*). Paradojalmente, por lo tanto, la Constitución es la norma que, para el sistema jurídico, permite su clausura y, al mismo tiempo, lo abre de forma cognitiva.

De esta manera, el Derecho puede ser observado como una unidad de diferencia entre el derecho constitucional y el resto del Derecho (Luhmann, 1995: 117). El Derecho está orientado de acuerdo o en desacuerdo<sup>15</sup> con la Constitución. En el primer caso, la autorreferencialidad sigue su ciclo normal, y las decisiones de carácter constitucional impregnan el sistema, reconstruyéndolo. En el segundo caso, también se produce la

---

<sup>12</sup> “Obsérvese, en relación a la problemática de la precisión conceptual de los derechos fundamentales (Sarlet, 2004: 33-41).

<sup>13</sup> Para obtener una visión integral de las relaciones estructurales entre el sistema político y el sistema jurídico, consultar Zymler (2002).

<sup>14</sup> Afirma Farías (2006: 33): “El constitucionalismo, es decir, la autonomía, imperio y operatividad del derecho, crea y organiza el poder del Estado, despolitizando la política a través de la juridificación”.

<sup>15</sup> De acuerdo con Luhmann (1995: 114), la idea de Constitución “*transforme l’idée déjà possible selon laquelle tout droit pourrait être conforme ou contraire au droit en l’idée selon laquelle tout droit est ou bien conforme à la constitution ou bien lui est contraire.*”

autopoiesis, pero de manera negativa: lo que está en desacuerdo con la Constitución refuerza el Derecho por no ser Derecho.

La hipótesis luhmanniana de la observación de la Constitución implica una correlación entre esta y la sociedad. La idea, por lo tanto, es que la Constitución sea una adquisición evolutiva de una sociedad determinada, que reconoce realidades constitucionales<sup>16</sup> diferentes en una sociedad global, una idea incorporada, por ejemplo, en la obra más reciente de Canotilho<sup>17</sup>, que explícitamente afirma haber construido su interconstitucionalidad a partir de una perspectiva luhmanniana.

Es, por lo tanto, dentro de este marco descriptivo que la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos permite, en palabras de De Giorgi (2006: 68-69), una memoria del futuro para los derechos fundamentales a partir de la concepción de la Constitución como una adquisición evolutiva de una sociedad. Las condiciones de auto-descripción, autorreferencia y apertura cognitiva de los derechos fundamentales también forman parte de la reflexividad del sistema jurídico.

Es por eso que, según Luhmann (1997: 115-116), los derechos fundamentales están conectados con la complejidad de las circunstancias. Se observan de acuerdo con su diferenciación binaria original (*Recht/Unrecht* – Constitucional/Inconstitucional). Los derechos fundamentales son, por lo tanto, el correlato de la apertura cognitiva de una sociedad determinada que busca orientarse hacia el futuro<sup>18</sup>.

En este sentido, no es difícil afirmar que la autopoiesis del sistema jurídico es esencial para establecer la función de los derechos fundamentales en este subsistema parcial de la

---

<sup>16</sup> Sobre esto afirma, categóricamente, Luhmann (1991-1992: 1425-1426): “*Hierarchical societies of the past, of course, had a different law than modern society, and the constitutional realities in the United States differ from constitutional realities in Brazil. No doubt, but also, no objection*”.

<sup>17</sup> “Se detecta que estamos utilizando sugerencias claramente influenciadas por el enfoque luhmanniano” (Canotilho, 2006: 267, nota al pie de página 9).

<sup>18</sup> En cuanto a la cuestión del necesario ajuste entre el tiempo del derecho y el tiempo de la sociedad, ver (Ost, 1999).

sociedad. Los procesos operativos autopoieticos garantizan los derechos (fundamentales), como afirma Clam (2006: 183):

*“La autopoiesis del derecho no es fundamental solo porque representa la autopoiesis sobre la cual descansará la estabilidad normativa y la congruencia de las expectativas sociales. También lo es porque sus procesos operativos son procesos de validación jurídica y legitimación (es decir, de “garanting rights”)”*

El *Recht/Unrecht* en la autopoiesis de los derechos fundamentales desempeña el papel de co-originalidad entre el Derecho y la Sociedad, como se explicó anteriormente. En este sentido, por ejemplo, la cuestión del derecho a la igualdad requiere para su afirmación la existencia de su violación (Luhmann: 2000). El cumplimiento de la igualdad depende en gran medida de la valoración de la desigualdad<sup>19</sup>. Por otro lado, cuanto mayor sea la igualdad, mayores serán las posibilidades de descubrir desigualdades (existentes o nuevas). En otras palabras, la inclusión genera la percepción de la exclusión.

De esta manera, es imposible satisfacer los derechos fundamentales a través de los métodos tradicionales de la dogmática constitucional clásica, que se basan en conceptos rígidos, especialmente en la producción legislativa y su conexión estatal. La forma de establecer los derechos fundamentales no puede suponer uniformidad<sup>20</sup>, y debe respetar las características evolutivas de cada sociedad.

Luhmann (2002: 303) afirma que una actuación intensa del Poder Judicial<sup>21</sup> en la efectivización de los derechos fundamentales debe entenderse como un criterio decisivo que

---

<sup>19</sup> Para Clam (2006: 128): “Cuando, en un determinado ámbito, la igualdad se ha realizado formalmente hasta el punto en que, para continuar promoviéndola, solo queda eliminar la pluralidad natural del sustrato de aquellos que tienen los mismos derechos, entonces la demanda de igualdad se extiende más allá de ese ámbito y de los grupos interesados en ella. Reclama la inclusión de grupos limítrofes en su marco formal cada vez más estricto... A medida que esta sensibilidad crece con la realización de la propia igualdad, la desigualdad se produce simultáneamente con mayor rigor por la igualdad. Esto es válido de la misma manera para el par ‘derecho-no-derecho’.

<sup>20</sup> Según defiende en su obra, Hesse (1991).

<sup>21</sup> Esta intensa actuación se realiza en la lógica autopoietica, como describe Rocha (2006: 189): “La validez de las legislaciones depende de las decisiones que las aplican de forma interpretativa (jurisprudencia) y esta interacción demuestra que la legislación es un acoplamiento entre el sistema jurídico y el sistema político, estando la legislación en la periferia del sistema, mientras que los Tribunales se encuentran en el centro de este”.

respalda la dinámica autopoietica y organizacional del sistema jurídico. Desde esta lógica, los derechos fundamentales expresan valores:

*“La Constitución sin identificarse con ninguna de teorías concepciones del mundo vigentes en la sociedad y, de alguna manera, contemplándolas a todas en forma de derechos fundamentales de varias “generaciones”, permite la continuidad de la diferenciación sistémica y la intensificación de las comunicaciones intra e inter-sistémicas (Guerra Filho, 2002: 194-195)”*

De esta manera, para el sistema jurídico autopoietico, la función decisiva de los derechos fundamentales puede ser observada desde una lógica negativa, como sostiene Martínez (1991: 639 y siguientes):

(1) Los derechos fundamentales no se basan en su carácter emotivo, como argumenta el realismo jurídico.

(2) Los derechos fundamentales no son una expresión idealista ni tienen fines utópicos, difíciles de lograr en su totalidad.

(3) Tampoco tienen una función ideológica, llenando discursos vagos y tendenciosos.

(4) No se limitan a hacer presentes las demandas sociales e históricas en el Derecho, sino que son una adquisición evolutiva del sistema social.

(5) No tienen un carácter ético, como si se les convocara para moralizar el Derecho.

(6) No establecen un puente de unión entre el derecho natural y el derecho positivo, creando una zona ambigua donde los positivistas pueden hablar de valores y convertirse en juristas.

(7) No son el último refugio de las verdades en el Derecho.

A partir de estas observaciones, se desprende que el centro del Derecho no reside únicamente en su carácter ético ni en el carácter normativo kelseniano de la concepción de los derechos fundamentales. Estas posiciones requieren una visión jerárquica del Derecho y la sociedad, mientras que en la visión luhmanniana se parte de una perspectiva policéntrica,

recursiva y circular<sup>22</sup>, que conduce a una nueva fundamentación de los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva sistémica de Luhmann, los derechos fundamentales son componentes esenciales de la dinámica de la diferenciación social, operando desde el plano inter-sistémico hasta el plano intra-sistémico del Derecho, en un acto lógico esencialmente jurídico. Por lo tanto, como señala Martínez (1991: 639), son programas de decisión que hacen referencia al código binario del sistema jurídico (Derecho/No-Derecho) y no al código Moral/Inmoral, estableciendo así su propia contingencia.

En esta línea de pensamiento, los derechos fundamentales son piezas clave para la operatividad, la seguridad y la supervivencia de un Derecho que pretenda desarrollarse en una sociedad altamente compleja y diferenciada. Son ellos los que hacen posible el establecimiento de criterios de decisión más racionales para el sistema jurídico.

Se trata, por lo tanto, de poner el Derecho en marcha, de ponerlo en acción a través de una decisión, abandonando el carácter meramente declarativo de los derechos fundamentales proclamados en la *Bill of Rights* norteamericana y en la Revolución Francesa. De esta manera, como señala Luhmann (2002: 307),

*“l’analisi sociológica potrebbe aiutare la dogmatica dei diritti fondamentali a liberarsi dall’idea d’ingerenza e di limite, a riconoscere meglio la complessità e l’eterogeneità dei problemi relativi a tali diritti e a trasferire una parte dell’onere di attuazione e di specificazione dall’amministrazione della giustizia alla legislazione”*

El sistema jurídico establece sus propios valores, cambiándolos a través de su comunicación con el entorno desde su lógica interna. Los derechos fundamentales, por su parte, responden a la necesidad de la racionalidad sistémica del Derecho, basados en nociones

---

<sup>22</sup> Para profundizar más en la idea de circularidad del Derecho, se sugiere la lectura de (Ost, 1987: 183 y siguientes).

de contingencia y complejidad. En este sentido, si los derechos fundamentales se trataran únicamente como producciones normativas, concreción jurídica de valores y/o el punto de encuentro entre el derecho natural y el derecho positivo, se aumentaría la complejidad y se reduciría la racionalidad sistémica-jurídica.

En una sociedad funcionalmente diferenciada y altamente compleja, los derechos fundamentales se vuelven “fundamentales”, ya que permiten la separación del Estado de los demás subsistemas sociales, que tienen su propia dinámica. En este contexto, Martínez (1991: 643), señala que los derechos fundamentales evitan invasiones en la intimidad de las personas, en la estructura del sistema económico, en el funcionamiento de la ciencia, en la dinámica de las religiones, entre otros aspectos, lo que supondría un grave riesgo de retroceso social. Además, el mismo autor (Martínez, 1991: 643), destaca que los derechos fundamentales...

*no sólo aseguran indiferencia frente al exterior sino también, en tanto que elementos constructivos y estructuradores, diferenciación interna del Estado impidiendo que el derecho sea un medio entre otros del sistema político, como en el caso de los totalitarismos.*

Señálese, por lo tanto, que los derechos fundamentales son un complejo juego de filtros (en la relación con el exterior) y de diferenciación interna del sistema jurídico. Son, por lo tanto, límites técnicos que, por sí mismos, no alcanzan una diferenciación funcional propia. Sin embargo, donde hay un sustrato histórico y sociológico, se les brinda la oportunidad de actuar como válvulas de seguridad ante las tendencias expansivas del sistema político.

Por lo tanto, aquí radica la valía esencial de la autopoiesis de los derechos fundamentales: preservar su carácter fundamental a partir de la apertura cognitiva. De ahí que, en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, *los derechos fundamentales sólo son fundamentales porque no son fundamentalistas* (cerrados) en su relación con el entorno que los rodea.

#### 4. Consideraciones Finales

A partir de lo argumentado, el Estado, a través de los derechos fundamentales, se ve imposibilitado de crear entornos sociales autónomos, extendiéndose esta imposibilidad a estructuras de comunicación con sensibilidad propia<sup>23</sup>. Por lo tanto, el Estado sólo puede garantizar la diferenciación del sistema jurídico en relación con el sistema político. Esto preserva la posibilidad de producir diferencia.

Por otro lado, los derechos fundamentales se comprenden en su lógica paradójica de cerrado/abierto. Al mismo tiempo, están integrados en un mundo integrado en su totalidad, no como una colección de partes integradas. Esta característica les permite autorregularse a partir de las innovaciones traídas por los nuevos contextos sociales.

Además, los derechos fundamentales no son dados previamente, sino logros evolutivos del sistema social. Son una institución de orden social, como lo quiere Luhmann<sup>24</sup>, un evento en el sistema social, una red de expectativas de comportamiento que desempeñan un papel efectivo y que se basan, cuando se ven desde el punto de vista de su producción legislativa, en un consenso.

Según Luhmann (2002: 306), la orientación de la función social de los derechos fundamentales debe permitir al Poder Legislativo una actuación política responsable, al mismo tiempo que el Poder Judicial debe tener, en estos derechos, supuestos de decisión. De esta manera, el Poder Judicial puede ocuparse ampliamente de los problemas sociales que puedan ser justiciables y/o cubiertos por los derechos fundamentales<sup>25</sup>, ya que se convertirán en elementos del sistema jurídico cuando se integren desde su entorno mediante el código específico del Derecho.

---

<sup>23</sup> Con mayor perspicacia, ver Trindade (2006: 132-133).

<sup>24</sup> Como defiende Luhmann (2002), especialmente en el último capítulo de esta obra, intitulado “Sociología e Dogmatica dei Diritti Fondamentali.”

<sup>25</sup> Se desmiente, por lo tanto, la falacia de la neutralidad luhmanniana en lo que respecta a la modificación social a través del Derecho. Basta verificar su afirmación sobre el Poder Judicial en: “In tal senso può occuparsi più ampiamente della soluzione dei problemi sociali che sottendono ai diritti fondamentali.”

En este razonamiento, en el sistema jurídico, los derechos fundamentales generan tensiones, problemas que requieren soluciones, creando antinomias con un efecto dinamizador en el propio sistema. Así, los derechos fundamentales informan y configuran (Martínez, 1991: 649) el sistema jurídico, exigiendo una respuesta que lo (re)crea a partir de sus propios elementos<sup>26</sup>, como es el caso, entre otros, del derecho fundamental a la salud<sup>27</sup>, el derecho al medio ambiente<sup>28</sup> y el derecho a la educación<sup>29</sup>.

### Referencias Bibliográficas

Campilongo, Celso Fernandes. (2002) *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad.

Canotilho, José Joaquim Gomes. (2006). *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina.

Clam, Jean. (2006). *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

(2005) A Autopoiese no Direito. In: Rocha, L.S; Schwartz, G.; Clam, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

(1997). *Droit et Société chez Niklas Luhmann. La Contingence des Normes*. Paris: PUF.

---

<sup>26</sup> Afirma Luhmann (2002: 305): “Pertanto, l’attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica. Che, all’occorrenza, ricorrono in giudizio e l’esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario.”

<sup>27</sup> Un enfoque sobre el tema se puede encontrar en Schwartz (2004).

<sup>28</sup> Sobre a questão do meio-ambiente como direito fundamental na teoria sistêmica, interessante estudo é feito por Simioni (2006).

<sup>29</sup> De acuerdo con la obra de Luhmann (1988) sobre el tema.

- De Giorgi, Rafaele. (2006). *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin.
- Fariás, Raúl Zamorano. (2006). Política y Derecho en la Periferia de la Sociedad Moderna (de cómo en América Latina la ley se acata pero no se obedece). *Justiça do Direito*, v. 20, n.1. Passo Fundo: UPF Editora.
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. (1997). *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva. 2ªed.
- Guerra Filho, Willis Santiago. (2001). *Teoria da Ciencia Jurídica*. São Paulo: Saraiva.
- Hesse, Konrad. (1991). *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE.
- Luhmann, Niklas. (1981). Communications about Law in Interaction Systems. In: Knorr-Cetina; Cicourel, A. V. (eds) *Advances in Social Theory and Methodology: Toward and Integration of Micro and Macro-Sociologies*. Boston: Routledge & Kegan Paul.
- (1988). *Il Sistema Educativo: problemi de riflessività*. Roma: Armando Editore.
- (1990). *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Paidós: Barcelona; Instituto de Ciências de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona: Barcelona.
- (1991-1992). Operational Closure and Structural Coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, v.13.
- (1995). La Constitution comme Acquis Évolutioinaire. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris: PUF.

- (1996). *La Ciencia de la Sociedad*. México, DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: ITESO; Barcelona: Anthropos.
- (1997). *Das Recht der Gesselschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas. (2000). O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desmembramento. *Themis*, Fortaleza, v.3, n.1.
- (2002). *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Cura e Introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Dedalo.
- (2004). A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: Arnaud, André-Jean; Lopes Jr., Dalmir. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Martínez, Jesús Ignacio. (1991). La Función de los Derechos Fundamentales en la Teoría de Sistemas de N. Luhmann. *Laws and Rights – Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- Ost, François. (1999). *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget.
- Ost, François; Van De Kerchove, M. (1987). *Jalons pour une Théorie Critique du Droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.
- Paterson, John. (2006). Reflecting on Reflexive Law. In: King, Michael; Thornhill, Chris. *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.
- Rocha, Leonel Severo. (1999). Três Matrizes da Teoria Jurídica. *Anuário do Programa*

*de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 1998-1999. São Leopoldo: Unisinos.*

—(2006). Tempo e Constituição. *Direitos Culturais*, v.1, dez/2006. Santo Ângelo: EdiUri.

Sarlet, Ingo. (2004). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4ªed.

Saavedra, Giovani Agostini. (2006). *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Schwartz, Germano. (2004). *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

—(2005). A Fase Pré-Autopoiética do Sistemismo Luhmanniano. In: Rocha, L.S; Schwartz, Germano; Clam, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Simioni, Rafael Lazzarotto. (2006). *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba: Juruá.

Streck, Lenio Luis. (2002). *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Teubner, Gunther. (1989). *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

—(1996). *Droit et Reflexivité. L'auto-référence en droit et dans*

*l'organisation*. Paris: L.G.D.J.; Belgique: Bruylant.

—(2005). *As Duas Faces de Janus: Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós Moderna*. In: Teubner, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. Piracicaba: UNIMEP.

—(2005). *Economia da Dádiva – Positividade da Justiça: “Assombração” Mútua entre Sistema e Différance*. In: Teubner, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005.

Trindade, André. (2006). *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Zymler, Benjamin. (2002). *Política & Direito: uma visão autopoiética*. Curitiba: Juruá.