

REFLEXIONES SOBRE LAS TRANSFORMACIONES DEL ENTORNO Y LOS ELEMENTOS DEL SISTEMA JURÍDICO¹

Catalina Lotero Valencia²

RESUMEN. Los cambios y alteraciones en el entorno y en los elementos del sistema jurídico constituyen el eje central de las discusiones teóricas que ofrece Fabián Gonzalo Marín Cortés en el segundo capítulo –«Transformación del entorno y de los elementos del sistema jurídico»– de su más reciente obra: «Principio de legalidad: cambio de un paradigma». De ese modo, el presente texto ofrecerá un acercamiento a los principales planteamientos del autor, a partir del diálogo y problematización de sus ideas.

Introducción

Como se había anunciado en la sesión anterior, el Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– pretende acercarse al análisis o estudio de la más reciente obra de su director con el fin de ofrecer a la comunidad académica un breve, pero sustancial extracto, de las principales ideas o planteamientos que se recogen en el libro «Principio de legalidad: cambio de un paradigma».

Para ello, en esta sesión, se discurrirá sobre el segundo capítulo del libro, para lo cual, metodológicamente, abordaremos, una a una, las 5 secciones que lo componen, a saber: *i)* Modificación en el entorno del sistema jurídico; *ii)* y *iii)* Elementos agitados del sistema; *iv)* Colofón a los elementos agitados del sistema; y *v)* Elementos agitados del sistema –del positivismo a la axiología–.

A medida que se presenten los planteamientos de Fabián Gonzalo Marín Cortés, se irán exponiendo los puntos de acuerdo o desacuerdo que se poseen con el autor, dejando entrever la posición crítica y teórica de la estudiante, con la intención de incrementar las reflexiones que este tema aboca.

1. Sobre las modificaciones en el entorno del sistema jurídico

Como se tuvo la oportunidad de comentar en las reflexiones del primer capítulo del libro «Principio de legalidad: cambio de un paradigma», Marín Cortés, apoyado en la obra «*Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*» de Niklas

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 20 de noviembre de 2021, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del *Grupo de Estudio de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Juan David Montoya Penagos.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel III, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

Luhmann, expone que el principio de legalidad fue el responsable de fundar los sistemas jurídicos que conocemos en la actualidad.

Bajo esa línea, Marín Cortés señala que para Niklas Luhmann la teoría sistémica constituye un método para analizar la realidad, puesto que esta se presenta como una parte de la Teoría de la Sociedad propuesta por el autor, donde los «sistemas» poseen la particularidad de ser autorreferenciales, esto es, aquellos que «[...] tienen la capacidad de entablar relaciones consigo mismos y de diferenciar esas relaciones frente a las de su entorno»³. En este sentido, los «sistemas» para Luhmann son cerrados, es decir, son por sí mismos autorreferentes o autopoieticos⁴, ya que se encuentran constituidos por elementos propios del «sistema» del cual provienen. Por consiguiente, la noción de «sistema» que trae consigo la teoría de Luhmann, implica asumir que este concepto es una entidad que se constituye a partir de sus propias operaciones –es decir, cuando crea sus propiedades para reproducirse y existir–, donde cada uno de sus elementos están pensados como efectos del «sistema».

Así pues, estas características de la teoría sistémica toman gran relevancia en cuanto a la conceptualización de lo que es un «sistema jurídico» –ideas en las que se apoya Fabián Gonzalo Marín Cortés–, permitiendo arribar a lo que denominaremos una «teoría del sistema, dentro del sistema», ya que, bajo el criterio de este autor –Luhmann–, el «sistema jurídico» compone uno de los tantos subsistemas que conforman a la «sociedad», de ahí que, en sus términos, el análisis de un «sistema jurídico» deba realizarse en dos dimensiones: en primer lugar, «desde el interior», para determinar los elementos que componen al sistema; y, en segundo lugar, «desde el exterior», para determinar a este sistema en particular como un componente más de la «sociedad».

En ese orden de ideas, la descripción luhmanniana del «sistema jurídico» «desde el interior», concibe a esta entidad como un sistema funcionalmente diferenciado, ya que como sistema que consta de comunicaciones posee un código a partir del cual crea sus propias estructuras, determina sus operaciones e identifica las relaciones que sostendrá con su medio. Por lo tanto, bajo esta lógica, para que el «sistema jurídico» opere como un sistema cerrado, autorreferente o autopoietico solo deben importarle las comunicaciones que tengan por objeto a la legalidad/ilegalidad ya que un «[...] sistema social se cierra cuando dispone de un código binario propio con el que poder procesar sus operaciones»⁵, esto es, un

³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998. p.38.

⁴ El término «autopoiesis» fue adaptado por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, a comienzos de la década de 1970, para designar al proceso de reproducción circular de algunos seres vivos.

⁵ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M Bosch Editor S.A, 1993. p.83.

código con el cual todo sistema autopoietico edifica su arquitectura, disponiendo de criterios de selectividad que le permiten articular a cada uno de sus elementos.

Por lo que concierne al análisis «desde el exterior», este «[...] se trata de ver qué problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema jurídico determinado»⁶, puesto que los elementos que conforman a este sistema se constituyen como un entramado de expectativas generalizadas que cumplen con lo que denominaremos *funciones sociales del Derecho*, puesto que este sistema busca asegurar aquellas expectativas sociales para que no sean modificables por cada acto de un particular.

Así las cosas, se resalta que dicha propuesta metodológica fue la empleada por Marín Cortés en el segundo capítulo de su obra, comenzando con el análisis «desde el exterior» del «sistema jurídico», donde concluye que este sistema ha sufrido cambios en su entorno con ocasión de las disputas gestadas entre la globalización y la soberanía. De ese modo, Marín Cortés señala que durante los años siguientes a la Revolución Francesa, el entorno del sistema jurídico correspondió, política y económicamente, al surgimiento de los Estados nacionales, donde la soberanía era la idea rectora de dominio y poder público, pues fue el apoyo necesario que necesitaba un sistema normativo para «[...] justificar, objetivar y concretar el ejercicio del poder exclusivo; espacio en el que, a continuación, se consolidó el principio de legalidad»⁷.

No obstante, el autor de «Principio de legalidad: cambio de un paradigma», señala que la globalización ha supuesto un fenómeno de recomposición del «sistema jurídico», en la medida que es un elemento que ha afectado el entorno del sistema en comento. Por consiguiente, si la globalización es entendida como un proceso de integración, liberalización o universalización, resulta claro que haya modificado irreversiblemente la concepción que existía sobre la soberanía ya que, como lo expone Stephen Krasner, la soberanía de los Estados se ha visto inmersa en un fenómeno de adaptabilidad donde pareciera que se ve obligada a tolerar las nuevas alternativas que la globalización ha generado⁸.

En esa medida, Marín Cortés y Krasner coinciden en el hecho de que la globalización ha modificado la intensidad del concepto de soberanía dado que la capacidad propia de los Estados para autogestionarse se ha visto desafiada por un «entorno» en el que, ciertamente, dicho fenómeno ha restringido o transformado

⁶ LUHMANN, Niklas. El Derecho de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p.85.

⁷ MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Principio de Legalidad: Cambio de un Paradigma. 1ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2021. p. 93.

⁸ KRASNER, Stephen. La soberanía imperdurable. Buenos Aires: Departamento de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Torcuata Di Tella, 2000, p. 25. Recuperado de Revistas Uniandes *Colombia Internacional* Número 53, septiembre 2001.

elementos importantes para la materialización de la soberanía, como la gobernanza y la institucionalidad.

Por ende, que la interacción entre soberanía y globalización sea parte del «entorno» del «sistema jurídico», implica que al interior de este sistema se han gestado una serie de modificaciones que impactan directamente la producción de elementos o materiales jurídicos; es decir, que el derecho como sistema ya no es un concepto únicamente analítico, sino también dinámico por cuanto el impulso de la globalización y, por ende, la erosión de la soberanía, crearon un espacio de incertidumbre para el sistema, puesto que este al ser autorreferente, no puede suprimir o abandonar el contacto con el «entorno» pues el sistema debe adaptarse permanentemente a este —en lo que Luhmann denominaba como «acoplamiento estructural»—, ya que a partir del «entorno» es como el derecho puede diferenciarse funcionalmente.

Por consiguiente, cabría preguntarse: ¿qué implican los movimientos o transformaciones que se gestan en el «entorno», para el sistema jurídico? Acorde con Marín Cortés la interacción entre soberanía y globalización es la responsable de los siguientes cambios:

i) Los sectores público y privado perdieron gran parte de su identidad y localización, en la medida que uno y otro asumieron roles que le correspondían al otro: bajo este cambio, Fabián Gonzalo Marín Cortés pone de presente que, en ciertas actividades, no es posible diferenciar al sector público del privado dado que ambos «[...] se desenvuelven con la misma posibilidad institucional, jurídica y finalidad económica, e incluso tácticas de acción»⁹. A eso, es lo que él ha denominado como «Administración alterna o paralela», esto es, un escenario donde lo público se ha descentralizado e, incluso, desconcentrado; así como que lo público y lo privado se ha *reasociado* y *desdiferenciado*¹⁰.

ii) El sector privado no solo asumió actividades públicas, sino que las empresas privadas extranjeras también gestionan esas actividades públicas desde países alejados a su domicilio: para Marín Cortés, este cambio ha puesto en evidencia que las personas privadas, nacionales y extranjeras han comenzado a ocupar una parte importante en la gestión pública, es decir, lo que en principio le correspondería a una rama del poder público.

iii) La imposibilidad de distinguir entre política y mercado: bajo este cambio, Fabián Gonzalo Marín Cortés pone de presente que atendiendo «[...] al impacto de la globalización, la posibilidad de que los particulares gestionen lo público los sitúa en posición de formular políticas públicas, con el riesgo de hacerlo apuntalados,

⁹ MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Op., cit. p. 96.

¹⁰ Ibid., p. 97.

principalmente, en principios y valores de la gerencia privada»¹¹. Así, el autor advierte que la economía ha desplazado a la política y, por lo tanto, también al derecho, lo que, a su juicio, crea un escenario donde se alude al Estado empresario y al sector privado que gestiona lo público con actitud mercantil.

Y *iv*) la transformación de la idea de derecho: para Marín Cortés, este cambio implicó que la idea de derecho se transformara en por los menos 3 aspectos. El primero, partiendo de la pretensión de unificar los regímenes jurídicos tanto a nivel mundial, como local. El segundo, manifestado en la indefinición del volumen normativo que es necesario para administrar un sistema jurídico, sugiriendo reducirlo o absteniéndose de dictar normas. Y, finalmente, la creación de organismos nacionales e internacionales públicos, lo cual afecta, directamente, la forma de producción normativa tradicional.

Así las cosas, Marín Cortés concluye en el primer subcapítulo del Capítulo 2º de su obra «Principio de legalidad: cambio de un paradigma», que el entorno globalizador que rodea, actualmente, al «sistema jurídico», ha ejercido una presión sobre sus elementos que ha tenido la entidad suficiente para modificar sus condiciones de existencia y sus relaciones, lo cual es apenas obvio en la medida que en el entorno de este no pueden haber elementos que por su referencia al sistema, no estén sistematizados. Y, por consiguiente, bajo esta premisa del análisis «desde el exterior» del «sistema jurídico», en los siguientes 4 capítulos el autor concentra sus esfuerzos por mostrarle al lector cuáles han sido las principales transformaciones que han sufrido los elementos del «sistema jurídico desde el interior», como lo abordaremos.

2. Sobre las modificaciones en los elementos del sistema jurídico

2.1. Pluralidad de ramas y fuentes del derecho que constituyen el principio de legalidad actual

La idea central que rige los comentarios que hace Marín Cortés sobre la primera transformación de los elementos del «sistema jurídico», parte de la consideración de que «[...] la pluralidad que caracteriza al principio de legalidad no se reduce a la variedad de regímenes jurídicos, sino también, y con más obviedad a las fuentes del derecho»¹².

Ignorar esta cuestión, supone desconocer los efectos de la globalización, esto es, la proliferación de subsistemas autorreferentes al interior del «sistema jurídico», dado que el derecho se clausura operativamente en su interior mediante la codificación especializada de sus comunicaciones, donde la génesis de cada vez

¹¹ Ibid., p. 103.

¹² Ibid., p. 117.

más subsistemas permite que el «sistema jurídico» adquiriera una amplia capacidad para adaptarse a las condiciones de su entorno: esto es, ser capaz de determinar cuáles problemas del entorno se resuelven concretamente mediante un proceso de diferenciación de normas que son específicamente jurídicas —ya sean penales, administrativas, civiles, entre otras— y, por ende, la operatividad de un subsistema jurídico especial.

Bajo esa lógica, en el 2º subcapítulo del Capítulo 2 del libro «Principio de legalidad: cambio de un paradigma», el autor le ofrece al lector la posibilidad de reconocer que la configuración del principio de legalidad actual viene predeterminada por la multiplicidad de ramas que componen al derecho, donde resulta pacífico entender que el derecho constitucional, penal y procesal hagan parte del derecho público del Estado; pero no tan pacífico en lo que respecta al derecho civil, comercial o laboral.

Fabián Gonzalo Marín Cortés estima que no se debe oponer resistencia a estas últimas ramas del derecho como elementos que hacen parte del derecho público del Estado, en la medida que es un efecto o consecuencia notoria de las transformaciones que ha aparejado la globalización. De ahí que el autor afirme, de la mano de Muñoz Machado, que «[...] la desintegración de la soberanía dio lugar a que la legalidad de hoy sea dinámica y variada, y que no solo se represente en la ley, emanada del legislador como representante de un Estado unitario»¹³, dado que la nueva legalidad incluye normas muy variadas, entre las que resaltan el derecho privado e, incluso, la jurisprudencia.

2.2. Sobre el derecho privado como legalidad admisible para el Estado

Para Marín Cortés es una realidad que al Estado se le está aplicando el derecho privado de manera creciente y que, por esa sola circunstancia, esa área del derecho también pasó a formar parte del principio de legalidad que debe observar el Estado actualmente. No obstante, acorde con su juicio, lo que no puede darse es una aplicación irreflexiva del derecho privado en el campo de lo público pues, de lo contrario, se estaría abriendo la brecha a que principios como la igualdad, la moralidad, la transparencia y la publicidad pierdan su sustento o razón de ser, en la medida que:

«[...] i) el derecho privado puro no es legalidad suficiente para el Estado, porque no garantiza los principios constitucionales mínimos de lo público —por tanto, los afecta negativamente— porque: a) no está diseñado, construido o pensado en función de lo público sino de lo privado; además, b) no asegura —y en realidad no tiene por qué hacerlo—, valores como la publicidad, transparencia, moralidad, entre otros. ii) También es cierto

¹³ Ibid., p. 112.

que el derecho privado perturba los derechos humanos, en forma permanente, y él mismo no lo percibe»¹⁴.

Si bien se respaldan dichas afirmaciones de Marín Cortés respecto a las transformaciones que puede suscitar la aplicación del derecho privado al derecho del Estado, considero, apoyada en Krasner, que «[...] no existen pruebas de que la globalización haya minado sistemáticamente el control del Estado o conducido a la homogeneización de políticas y estructuras»¹⁵, pues si bien tal fenómeno ha implicado transformaciones en la concepción histórica de la soberanía —y, por ende, del derecho y del principio de legalidad—, asiento en el hecho de que ello ha permitido que la misma pueda coexistir y adaptarse —pero no ser desplazada— con arreglos institucionales, políticos y jurídicos que sean alternativos. Y, por ende, no es que los movimientos o transformaciones que se gestan en el entorno del «sistema jurídico» debido a la interacción entre globalización y soberanía no hayan tenido un impacto sobre el derecho del Estado, sino que se trata más bien de que el flujo de estas interacciones siempre se ha constituido como un desafío que implica la periódica adaptabilidad del «sistema jurídico» ante un entorno que es por completo dinámico, al igual que la sociedad y sus necesidades.

2.3. Sobre el Estado de derecho público o privado

Marín Cortés considera que la circunstancia de que el Estado se sujete con mayor intensidad al derecho privado pone en riesgo la calidad con la que se manifiesta el principio de legalidad pues: *i)* el derecho privado inicia un movimiento colonizador; y *ii)* el derecho público-administrativo inicia un movimiento de migración o éxodo¹⁶.

Bajo esa lógica, el autor considera que la conversión de los Estados de derecho público a los Estados de derecho privado ha supuesto pérdidas irreparables para el principio de legalidad, tras abandonarse ciertos principios y valores, para dar lugar a la incorporación de otros que pueden ser menos valiosos. Empero, considero que la creciente aplicación del derecho privado al Estado ha sido una respuesta a las diferentes necesidades sociales que se gestan y que requieren de una respuesta ágil y eficiente por parte del órgano estatal, lo cual me permite concluir que, al haber dispersión en las fuentes del derecho, paralelamente habrá dispersión del propio derecho y de sus medios o formas para configurar diferentes realidades normativas.

Y, esto, puede dar perfecta claridad sobre el hecho de que otro cambio al interior de los elementos del «sistema jurídico» sea la creciente importancia que ha

¹⁴ Ibid., p. 122.

¹⁵ KRASNER, Stephen. *Soberanía. Hipocresía Organizada*. Barcelona: Editorial Paidós S.A, 2001, p. 313.

¹⁶ MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Op., cit. p. 127.

adquirido la jurisprudencia, donde Marín Cortés afirma que «[...] el poder judicial trascendió la actitud tradicional y simple de aplicar reglas, para inclinarse por una concreción más creativa, añadiendo otras fuentes del derecho a los mismos casos»¹⁷, a partir del cambio de: *i*) legalidad por supremacía de las normas constitucionales; y *ii*) legalidad a partir de una relectura de todo el derecho.

Así las cosas, el autor expone que estamos en un escenario donde la perspectiva constitucional ha agitado los elementos del «sistema jurídico», dado que se trata de reconocer que han surgido nuevos contenidos normativos que se han vuelto vinculantes para el Estado y que, poco a poco, han adquirido la misma vinculatoriedad que ostenta una norma positiva, al encontrarse vertidos en sentencias. En últimas, se trata de efectos cada vez más *erga omnes* de la hermenéutica judicial.

Al respecto, Marcilla Córdoba considera, refiriéndose al ocaso de la ley y al lugar ocupado por la Carta Política, que la manera como la Constitución limita la libertad de configuración del poder legislativo admite grados, los cuales, de cierta manera, expresan la «constitucionalidad de la legislación» porque, en primer lugar, aun cuando la Constitución incorpore normas preferentemente formales –que determinan cómo se legisla–, también incluye mandatos materiales –que determinan el contenido de la legislación–, los cuales, conjuntamente, señalan que en el Estado no solo el legislador sino también los jueces y los tribunales, siguen estrechamente vinculados a la ley, exaltando su valor normativo.

Sin embargo, dando apoyatura a las ideas también expresadas por Marín Cortés, Marcilla Córdoba asiente en el hecho de que el creciente rol de la jurisprudencia al interior del «sistema jurídico» supone un problema de legitimidad democrática que, en ningún momento, puede suponer el paso irreflexivo del positivismo de la ley al positivismo de la Constitución pues, para la autora, estos cambios exigen la necesidad de replantear la discrecionalidad interpretativa del juez constitucional, considerando, al igual que Marín Cortés, que es necesario profundizar en los límites de las actuaciones judiciales, teniendo presente el entorno político-social en el que se gestan dichas transformaciones¹⁸.

Bibliografía

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. Barcelona: J.M Bosch Editor S.A, 1993.

¹⁷ Ibid., p. 130.

¹⁸ MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 232.

KRASNER, Stephen. La soberanía imperdurable. Buenos Aires: Departamento de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad Torcuata Di Tella, 2000.

KRASNER, Stephen. Soberanía. Hipocresía Organizada. Barcelona: Editorial Paidós S.A, 2001.

LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

LUHMANN, Niklas. El Derecho de la sociedad. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. 1ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—, 2021.

