DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

#43

Número 43, Época II, junio 2020

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

2019 CALIDAD REVISTAS CIENTÍFICAS ESPAÑOLAS FECYT

Nº DE CERTIFICADO: FECYT-008/2019
FECHA DE CERTIFICACIÓN: 20 de mayo 2011 (1ª convocatoria)
ESTA CERTIFICACIÓN ES VÁLIDA HASTA EL: 12 de julio 2020

FUNDACION CULTURAL ENRIQUE LUÑO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 43, Época II, junio 2020

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: *publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf*

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones

Dykinson, S.L.

Suscripción en papel
Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)
Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
ISSN: 1133-0937
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por Gregorio Peces-Barba

Director:
Fco. Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:
Javier Dorado Porras (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:
Oscar Pérez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

Fco. Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid)
Rafael de Asís Roig (Universidad Carlos III de Madrid)
Ricardo Caracciolo (Universidad de Córdoba, Argentina)
Paolo Comanducci (Università di Genova)
J. C. Davis (University of East Anglia)
Elías Díaz García (Universidad Autónoma de Madrid)
Ronald Dworkin (†) (New York University)
Eusebio Fernández García (Universidad Carlos III de Madrid)
Carlos Fernández Liesa (Universidad Carlos III de Madrid)
Vincenzo Ferrari (Università di Milano)
Juan Antonio García Amado (Universidad de León)
Peter Häberle (Universität Bayreuth)
Massimo La Torre (Università Magna Graecia, di Catanzaro)
Mario Losano (Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogrado")
Javier de Lucas Martín (Universidad de Valencia)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad de Cantabria)
Gregorio Peces-Barba (†) (Universidad Carlos III de Madrid)
Antonio E. Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Pablo Pérez Tremps (Universidad Carlos III de Madrid)
Michel Rosenfeld (Yeshiva University)
Michel Troper (Université de Paris X-Nanterre)
Agustín Squella (Universidad de Valparaíso)
Luis Villar Borda (†) (Universidad Externado de Colombia)
Yves-Charles Zarka (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)
Gustavo Zagrebelsky (Università di Torino)
Virgilio Zapatero Gómez (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

María José Añón Roig (Universitat de València)
Federico Arcos Ramírez (Universidad de Almería)
María del Carmen Barranco Avilés (Universidad Carlos III de Madrid)
María de los Ángeles Bengoechea Gil (Universidad Pontificia de Comillas)
Diego Blázquez Martín (Universidad Carlos III de Madrid)
Ignacio Campoy Cervera (Universidad Carlos III de Madrid)
Patricia Cuenca Gómez (Universidad Carlos III de Madrid)
Javier Dorado Porras (Universidad Carlos III de Madrid)
María José Fariñas Dulce (Universidad Carlos III de Madrid)
José García Añón (Universitat de València)
Ricardo García Manrique (Universitat de Barcelona)
Cristina García Pascual (Universitat de València)
Ana Garriga Domínguez (Universidad de Vigo)
Jesús González Amuchastegui (†) (Universidad Complutense)
Rafael González-Tablas (Universidad de Sevilla)
Roberto Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid)
Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III de Madrid)
Ángel Llamas Cascón (Universidad Carlos III de Madrid)
Fernando Llano Alonso (Universidad de Sevilla)
José Antonio López García (Universidad de Jaén)
Ángel Pelayo González-Torre (Universidad de Cantabria)
Oscar Pérez de la Fuente (Universidad Carlos III de Madrid)
Miguel Ángel Ramiro Avilés (Universidad de Alcalá)
Alberto del Real Alcalá (Universidad de Jaén)
José Luis Rey Pérez (Universidad Pontificia de Comillas)
Silvina Ribotta (Universidad Carlos III de Madrid)
Jesús Primitivo Rodríguez González (Universidad Rey Juan Carlos)
María Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III de Madrid)
José Manuel Rodríguez Uribes (Universidad Carlos III de Madrid)
Mario Ruiz Sanz (†) (Universitat Rovira i Virgili)
Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén)
Olga Sánchez Martínez (Universidad de Cantabria)
Javier Santamaría Ibeas (Universidad de Burgos)
Ángeles Solanes Corella (Universitat de València)
José Ignacio Solar Cayón (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas, Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

Nota del Director 11

ARTÍCULOS

La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos 19
The implementation of the 2030 Agenda using a human rights-based approach

Ángeles Solanes Corella

Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del Derecho penal liberal 55
Legality and guarateeism. A fullerian vision of the principles of liberal criminal Law

Antonio Manuel Peña Freire

El malestar de la laicidad: algunas reflexiones sobre el caso italiano 85
The malaise of secularism: some reflections on the Italian case

Paola Chiarella

El coste de una decisión que se no quiere tomar. Observaciones acerca de la introducción del delito de tortura en el ordenamiento italiano y un esbozo de reformulación de la idea de legislador racional 109
The cost of an unwanted legislation. Critical remarks about the enactment of the crime of torture in Italian law and a realistic sketch of the idea of rational legislator

Francesco Biondo

Analíticos y/o latinos. En torno al método de la filosofía jurídica.....145
Analytics and/or Latins. On the method of legal philosophy

Ilario Belloni

El derecho a la filosofía: sobre la necesidad y urgencia de pensamiento crítico como cauce del derecho a la educación y freno del fracaso cultural.....159
The right to philosophy: about the need and urgency of critical thinking as a channel for the right to education and a brake on cultural failure

Angelo Anzalone

Normas indispensables. Notas sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría sistémica de Niklas Luhmann.....197
Necessary norms. Notes on fundamental and human rights in Niklas Luhmann's systemic theory

Arianna Maceratini

Sobre la pluralidad actual de las formas de familia: un asunto de derechos y tolerancia democrática.....219
On the current plurality of family forms: a matter of rights and democratic tolerance

Mª Dolores Pérez Jaraba

Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....241
Kant and human dignity in the Inter-american Court of Human Rights

Jesús Ignacio Delgado Rojas

***Ethos* democrático y *Ethos* colonial: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida**..273
Democratic Ethos and colonial Ethos: human rights education and democracy as a way of life

Eduardo C. B. Bittar

ISSN: 1133-0937

Reflexiones sobre la institución de la ciudadanía 303
Reflections on institution of citizenship

Laura Zavatta - Antonio Scaramozza

RECENSIONES

Thomas CASADEI y Gianfrancesco ZANETTI,
Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti 333
Gaetano Antonio Gualtieri

Alexander SUNGUROV, Carlos Ramón FERNÁNDEZ LIESA,
María del Carmen BARRANCO AVILÉS, María Cruz LLAMAZARES
CALAZADILLA y Oscar PÉREZ de la FUENTE (eds.),
Current issues on human rights 341
Renato Sotelo Torres

Luca BARBARI, Francesco De VANNA (ed.),
Il "diritto al viaggio". Abbecedario delle migrazioni 353
Sebastián Pattin

NOTICIAS

I Congreso Internacional de Alumnos y Alumnas
del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas,
Universidad Carlos III de Madrid, 22, 23 y 24 de enero 2020 361

Noticias de la unidad académica de DERTECNIA,
Derechos Humanos, Diversidad y Nuevas Tecnologías,
septiembre 2019 – febrero 2020.....364

Participantes en este número 367

NOTA DEL DIRECTOR

El número 43 de "Derechos y Libertades" se inicia con el trabajo *La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos*, en el que Ángeles Solanes asume la perspectiva de género como transversal e integrada. Tras los errores detectados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, como precedente de los actuables Objetivos de Desarrollo Sostenible, se proponen herramientas para llevar a la práctica las propuestas de la Agenda a nivel nacional. En este sentido, se considera imprescindible implicar al conjunto de los actores, con especial atención al sector privado, y reforzar la rendición de cuentas como elemento de control y supervisión. Apostar por el mencionado enfoque en la implementación dinámica de la Agenda 2030, supone adoptar una perspectiva de análisis que afecta a todas las dimensiones a partir de los estándares internacionales de derechos humanos.

En *Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del Derecho penal liberal,* Antonio Manuel Peña Freire analiza las relaciones entre la teoría del Derecho de Lon Fuller y el garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, señalando que comparten fundamento y, por esa razón, los segundos pueden ser leídos a la luz de los primeros. A lo que hay que añadir que los principios garantistas tienen una dimensión constitutiva del Derecho penal, que va más allá de la que Ferrajoli les atribuyó. En este sentido, rupturas y excepciones significativas a principios como la culpabilidad, la presunción de inocencia o el exclusivo sometimiento del juez al Derecho, dan lugar no a manifestaciones iliberales o autoritarias de Derecho penal, como Ferrajoli sostuvo, sino a formas de control social extrapenales e incompatibles con la forma del Derecho.

Paola Chiarella reflexiona sobre algunas dimensiones de la relación entre laicidad y espacio público en su trabajo *El malestar de la laicidad: algunas reflexiones sobre el caso italiano.* En el mismo, se asume como punto de partida el reconocimiento de que la delimitación de las fronteras del poder religioso y del poder civil es un proceso complejo y diferenciado en Europa que se completa con el reconocimiento del principio de laicidad como un pilar de los sistemas jurídicos modernos. Gracias a su fuerte poder emancipador, las

cuestiones jurídicas y políticas se deciden en contextos discursivos que están cada vez menos influenciados por la referencia al concepto de una verdad superior e indiscutible, y se refieren al principio de autoridad y autonomía de lo político. Sin embargo, ningún principio jurídico está a salvo de ataques peligrosos que, en el caso de la laicidad, volverían a proponer un discurso político lleno de simbolismo y referencias religiosas que violan, como en el caso italiano, la libertad de conciencia y el ideal de una sociedad inclusiva.

El escenario italiano también es tomado en consideración por Francesco Biondo en *El coste de una decisión que se no quiere tomar. Observaciones acerca de la introducción del delito de tortura en el ordenamiento italiano y un esbozo de reformulación de la idea de legislador racional.* Como es sabido, el 5 de julio de 2017 el Parlamento italiano aprobó la Ley 110/2017, que introdujo el delito de tortura en el ordenamiento jurídico. La tesis que se defiende en el trabajo es que la falta de voluntad de legislador en insertar en el Código Penal un delito específico de tortura obliga a reformular el modelo del legislador racional. En realidad, el legislador italiano ha actuado no tanto movido por la voluntad de resolver un problema como por el intento de evitar pagar un alto coste electoral cuando ya es evidente que debe tomar una decisión al respecto porque así lo exige el Tribunal de Estrasburgo. A pesar de esto, y aunque el texto legal finalmente aprobado es ambiguo y presenta un notable déficit de determinación, puede ser considerado "éticamente racional" en la medida en que mejora las garantías legales frente a los actos de tortura. Así se puede concluir que una reformulación en sentido realista de la idea de legislador racional no implica la asunción de algún tipo de no cognitivismo ético.

En *Analíticos y/o latinos. En torno al método de la filosofía jurídica*, Ilario Belloni propone una reflexión metodológica sobre la filosofía del Derecho dirigida a superar, armonizándolo, el contraste tradicional entre una perspectiva típicamente "analítica" y una "histórica". Para ello reconsidera las formas de hacer filosofía del Derecho propuestas por estudiosos como Uberto Scarpelli y Guido Fassò dentro de la filosofía *jurídica* italiana a mediados del siglo XX y evalua la síntesis de estas formas de cara a ofrecer una visión "integrada" a los filósofos del Derecho de diferentes orígenes.

La consideración de la filosofía como elemento esencial de la actividad humana constituye el punto de partida del trabajo de Angelo Anzalone, *El derecho a la filosofía: sobre la necesidad y urgencia de pensamiento crítico como cauce del derecho a la educación y freno del fracaso cultural.* En el artículo se retoman tesis de Derrida para reivindicar la necesidad de personas capaces y deseo-

sas de pensar y reflexionar. Así, el autor se detiene en la consideración de un derecho a la filosofía, entendido como el contenido concreto del derecho a la educación, necesario para asegurar la participación del ser humano en sociedad, e imprescindible en la idea de un ser humano formado no solamente en competencias técnicas sino también filosóficas, que puede y debe comprometerse sentimentalmente con los demás para un correcto ejercicio de su estatus ciudadano en el horizonte democrático.

La propuesta de Arianna Maceratini gira en torno al pensamiento de Niklas Luhmann. En *Normas indispensables. Notas sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría sistémica de Niklas Luhmann*, la autora se centra en el análisis luhmanniano de los derechos, de acuerdo con el cual los derechos desarrollan una función en relación con el sistema jurídico y con el sistema social en su conjunto. Esa función consiste en asegurar el nexo y la diferenciación comunicativa entre sistema político y sistema jurídico, que refleja la que existe entre sistema político y sociedad. Los derechos permiten que el sistema político evite extender su esfera de competencia a las diferentes esferas de la comunicación pública, al liberar de su potencial dominio fenómenos sociales ajenos a él, y al consolidar la estructura burocrática estatal. De esta manera, puede afirmarse que los derechos constituyen un momento crucial en la teoría de Luhmann dado que, al insertar una fuente de legitimación normativa externa al sistema jurídico, identificada en el escándalo generado en la opinión pública por la vulneración de los derechos humanos, expone el sistema jurídico al riesgo de pérdida de su especificidad funcional.

En *Sobre la pluralidad actual de las formas de familia: un asunto de derechos y tolerancia democrática*, María Dolores Pérez Jaraba reflexiona sobre la evolución que la institución familiar a lo largo de la historia originada por los cambios culturales, sociales y legales, siendo determinantes para ello los nuevos valores democráticos, la globalización y el reconocimiento de los derechos humanos de sus miembros. Desde esta perspectiva se plantea la necesidad de reconsiderar el valor de la tolerancia democrática en la institución familiar, para que la misma funcione como posible modelo de ciudadanía democrática.

Jesús Ignacio Delgado Rojas, en *Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* recupera el tratamiento clásico kantiano de la dignidad y ofrece una lectura contemporánea aplicable a problemas actuales. En el trabajo se analiza cómo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza la idea de la dignidad huma-

na para justificar muchas de sus decisiones, mostrando que las democracias latinoamericanas, a pesar de algunas fragilidades heredadas de su reciente historia convulsa, asumen la fuerza e importancia que tiene la dignidad para la garantía de los derechos humanos.

El contexto latinoamericano también constituye el escenario en el que Eduardo C. B. Bittar, en Éthos *democrático y* éthos *colonial: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida,* discute el desarrollo del éthos democrático, concepto opuesto al de éthos colonial, y que se encuentra en la raíz de los procesos sociales jerárquicos que dificultan los avances de la cultura democrática. En el trabajo, a partir del concepto de esfera pública y su relación con el mundo de la vida, se desarrolla la relación de co-dependencia entre democracia y respeto a los derechos humanos. Ante estos desafíos, la tarea de la educación en derechos humanos pasa a ser la de desenmascarar, por un lado, y de otro lado la de promover, cultivar y fomentar valores democráticos y republicanos. Desde esta perspectiva, la educación en derechos humanos es analizada como una potente forma de cultivar la democracia y la cultura de derechos humanos.

Cerramos la sección de artículos de este número con el trabajo de L. Zavatta y L. Scaramozza, *Reflexiones sobre la institución de la ciudadanía*. En el mismo, se toma constancia de que tras un tiempo de cierta estabilidad, los debates sobre la cuestión de la ciudadanía vuelven con fuerza a la escena política y social europea, perfilándose en el horizonte un cambio de esta institución jurídica, o al menos la necesidad de adoptar una postura al respecto. La cuestión se refiere tanto a la evaluación, en curso en varios países europeos, de la adopción del criterio del *ius soli* en lugar del *ius sanguinis* predominante a efectos de la concesión de la ciudadanía, como a la complejidad de la demanda de independencia de un pueblo o una minoría de un Estado soberano, lo que implica la transición de este último a un nuevo Estado, es decir, de una ciudadanía a otra.

* * *

Para cerrar esta nota introductoria, me gustaría señalar una doble circunstancia por la que, los que trabajamos directamente en la revista, recordaremos este número. Como el lector podrá observar, este número 43

de "Derechos y Libertades" abre una nueva etapa en la revista, ya que nos transformamos en una revista plenamente electrónica. La posibilidad de llegar a más lectores, de aumentar la difusión y conocimiento de sus contenidos, junto a la necesidad de asegurar la supervivencia del proyecto desde el punto de vista económico, nos han llevado a la conclusión de que la decisión que tomamos en estos momentos es la más conveniente. La difusión del pensamiento y de la investigación, y el acceso al conocimiento, exige en nuestros días asumir nuevas estrategias y no hemos querido dar la espalda a la realidad que nos rodea. Pero además, estos son los días en los que España, Europa y el Mundo entero sufre una pandemia que, sin duda, va a marcar a las generaciones presentes y futuras y que sin duda también va a provocar profundos cambios de todo tipo. Desde los económicos y sociales, a los políticos y morales. Cambios que sin duda afectarán al modo de reivindicar, ejercer y garantizar los derechos. Ya lo están haciendo, en días, semanas y meses en los que surgen los sentimientos de incertumbre, fragilidad y la sensación –que se transforma en realidad- de vulnerabilidad; aquellos frente a los que los derechos están llamados a garantizar a la persona. Ya habrá tiempo de reflexionar sobre ello. Lo que en estos momentos quiero señalar es que los que trabajamos en la revista recordaremos este número también por esta circunstancia y también por el esfuerzo que, comenzando por el trabajo y dedicación del Secretario, Oscar Pérez de la Fuente, se ha hecho para que "Derechos y Libertades" acudiera puntual a la cita con los interesados en el análisis del discurso de los derechos.

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Director

NORMAS INDISPENSABLES. NOTAS SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS EN LA TEORÍA SISTÉMICA DE NIKLAS LUHMANN*

NECESSARY NORMS. NOTES ON FUNDAMENTAL AND HUMAN RIGHTS IN NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMIC THEORY

Arianna Maceratini
Università di Macerata

Fecha de recepción: 11-2-19
Fecha de aceptación: 11-6-19

Resumen: *Los derechos fundamentales son investigados por Niklas Luhmann a partir de su función en relación con cl sistema jurídico, así como en relación con el sistema social en su conjunto. Su función radica en la aseguración del nexo y de la diferenciación comunicativa entre sistema político y sistema jurídico, que refleja la que existe entre sistema político y sociedad. El sistema político evita, a través de los derechos fundamentales, extender su esfera de competencia a las diferentes esferas de la comunicación pública, al liberar de su potencial dominio fenómenos sociales ajenos a él, y al consolidar la estructura burocrática estatal. Los derechos humanos constituyen un momento crucial en la teoría de Luhmann dado que, al insertar una fuente de legitimación normativa externa al sistema jurídico, identificada en el escándalo generado en la opinión pública por la vulneración de los derechos humanos, expone el sistema jurídico al riesgo de pérdida de su especificidad funcional.*

Abstract: *Fundamental rights are investigated by Niklas Luhmann from the point of view of their function with respect to the legal system as well as to the overall social system. Their function is to ensure the nexus and communicative differentiation between the political and legal systems, which mirrors the one between the political system and the society. Through fundamental rights, the*

* La traducción al castellano es de Michele Zezza.

political system avoids to extend its sphere of competence to the different spheres of public communication, excluding from its potential domination social phenomena that do not belong to it and consolidating the State bureaucratic structure. Human rights play a crucial role in Luhmann's theory insofar as, by including a source of legal legitimacy external to the legal system, consisting in the scandal generated in public opinion by the violation of human rights, they expose the legal system to the potential loss of its functional specificity.

Palabras clave: sistemas sociales, Derecho, política, derechos fundamentales, derechos humanos
Keywords: social systems, Law, politics, fundamental rights, human rights

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

El análisis de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en Luhmann, que dentro de este trabajo se pretende abordar desde una perspectiva filosófico-jurídica, permite al intérprete interrogarse críticamente sobre la indispensabilidad o no de normas jurídicas generalmente consideradas como irrenunciable legado de la modernidad, así como emprender un examen de la función del Derecho y del sistema jurídico en la "sociedad compleja".

Los derechos fundamentales, en la teoría sistémica de Luhmann, son investigados a partir de su función en relación con el sistema jurídico, así como en relación al sistema social en su conjunto[1], entendiéndose por "sistema social" un nexo, dotado de sentido, de comunicaciones funcionalmente orientadas[2] que remiten la una a la otra de modo que puedan ser diferenciadas con respecto a un entorno constituido por comunicaciones inconexas[3].

[1] En el presente estudio se ha optado por seguir la distinción terminológica luhmanniana entre *Grundrechte* y *Menschenrechte* para designar, respectivamente, los derechos fundamentales y los derechos humanos. Para una profundización de esta distinción, véase M. FINCO, "Diritti fondamentali e diritti umani: il contributo della sociologia di Niklas Luhmann", *Revista Direito Mackenzie*, núm. 11, vol. 1, 2017, p. 174.

[2] Sobre la comunicación, como elemento último y no ulteriormente descomponible de los sistemas sociales, unidad elementar de la constitución autopoiética, cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it. de A. Febbrajo y R. Schmidt, Bologna, 1990, en particular pp. 283 ss. Sobre el mismo tema, véase también R. STICHWEH, "Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of 'Communication' as a Theoretical Option", *Acta Sociologica*, núm. 43, 2000, pp. 5-13.

[3] Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, trad. a cargo de R. Schmidt, Il Saggiatore, Milano, 1983, pp. 131-32.

Al respecto, la traducción canónica del concepto de diferenciación funcional o de *autodiferenciación* (*Ausdifferenzierung*), es decir, "desarrollo por medio de diferenciación"[4], parece vehicular la idea de una diferencia procedente de un proceso, a su vez, derivado de la referencia a la función que identifica el sistema social con respecto a todo lo que se distingue de él, a saber, el entorno indiferenciado que carece de peculiares funcionalidades. "La creación del neologismo *ausdifferenzieren* se basa en el particular valor semántico disyuntivo propio del fecundísimo prefijo verbal *aus* –, capaz de destacar en innumerables formaciones lexicales un proceso cuyo resultado consiste en una separación. Se impone, por tanto, una solución traductiva que sepa poner de manifiesto el carácter procesal (la diferenciación) y, por otro lado, la conclusión de este proceso (el formarse de una nueva entidad)"[5]. El sistema expresa, pues, la diferencia entre sí mismo y el entorno libre de funciones, complejo y variable. La diferenciación se produce a "mancha ciega", expresión (frecuentemente utilizada por Luhmann) que acaba oscureciendo la paradoja del origen y de la ampliación de los sistemas sociales. Dicho proceso se realiza produciendo una brecha entre sistema y entorno que es "siempre un no-antes y, por tanto, no coincide con el inicio, sino ya con el encontrarse en un diferenciar iniciado"[6].

La idea de *función*, en particular, indica la relación y las prestaciones proporcionadas por el sistema al contexto ambiental, variables de acuerdo con el problema en cuestión. Característica y consecuencia de la diferenciación funcional son la *universalidad* de la competencia del sistema en relación con el papel desarrollado y, por otro lado, la *especificación* de la prestación, de las relaciones instauradas con el entorno, de las condiciones de comunicación consideradas adecuadas por el sistema para la prosecución de las operaciones[7]. Estas últimas varían de acuerdo con la naturaleza de las comunicaciones puestas en práctica y son elaboradas con la forma del *código binario*[8] ca-

---

[4] Cfr. por ejemplo R. SCHMIDT, *Tradurre la complessità. Note bilingui sul lessico luhmanniano*, apéndice a N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, cit., p. 753.

[5] Ibid., p. 754.

[6] B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann. Il tragico del moderno*, Bulzoni, Roma, 1996, p. 126.

[7] Cfr. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, trad. de F. Pistolato, Armando, Roma, 1995, p. 107.

[8] La esquematización binaria "no es un hecho de la naturaleza ni una ley proporcionada por la lógica divina", sino el resultado de la evolución social, un "universal evolutivo" (N. LUHMANN, *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, New York, 1990, p. 232).

racterizado por un valor positivo, que muestra el nexo entre las operaciones, y por un valor negativo, expresión de la complejidad ambiental[9]. La finalidad del código consiste en informar sobre toda experiencia y acción que entre a formar parte del específico sector funcional, proporcionando al mismo tiempo elementos conectivos para sucesivas comunicaciones. "Estos códigos deben de cumplir una función que podemos identificar con la '*generación de información*'"[10].

Los procedimientos sistémicos se realizan en los movimientos de *referencia* –autorreferencia, cierre operativo, heterorreferencia, apertura informativa–, mientras que los sistemas sociales que se abren al entorno y asumen informaciones, se cierran en sí y reducen complejidades al otorgar materiales a las dos vertientes de la codificación, se abren para introducir en el entorno ciertas decisiones de complejidad simplificada. A través de estos criterios, el sistema marca su propia frontera entre la complejidad ya reducida, pero fijada como posible alternativa de selección, y la complejidad ambiental que exige ser reducida con la transformación de los problemas externos en cuestiones internas de racionalidad procedimental, aumentando la complejidad del sistema. En efecto, cuanto más complejo es un sistema, tanto más complejo puede ser su mundo, en el paralelo incremento de las complicaciones y de los mecanismos de reducción funcional[11], dado que la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia está puesta en práctica reflexivamente en los procedimientos sistémicos[12].

Cabe destacar que la racionalidad del sistema social radica en la contingente verificación de los mecanismos autopoiéticos; en otras palabras, dicha racionalidad sólo está comprobada y justificada a posteriori por el propio permanecer sistémico, en un presente operativo contemporáneo e idéntico al instante que lo precede y lo sigue[13]. El mantenimiento de la cohesión y del

---

[9] Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, Franco Angeli, Milano, 1992, p. 139. "Con la verdad, el amor, la propiedad, el poder, se puede hacer algo. Los correspondientes valores negativos sólo son disponibles a efectos de control y producen el contexto mediante el cual la práctica de la conexión de la parte positiva de los medios de comunicación puede convertirse en selección racional" (ibid., p. 140).

[10] N. LUHMANN, *Amore come passione. La codificazione dell'intimità*, trad. it. de M. Sinatra, Laterza, Roma-Bari, 1985, p. 97, énfasis en el texto.

[11] Cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, trad. it. parcial de F. Spalla, Guida, Napoli, 1978, p. 149.

[12] Cfr. N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 28.

[13] Cfr. N. LUHMANN, *Osservazioni sul moderno*, cit., p. 132. Para una profundización de los conceptos de contingencia y de doble contingencia, cfr. ibid., pp. 61 ss.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

orden social exige, sin embargo, la formación de un consenso difuso sobre las previsiones comportamentales, al señalar la oportunidad de estructuras de expectativas con las cuales situarse desde el punto de vista de las expectativas de los demás[14]. A efectos de la estabilización del comportamiento y para la delineación de un contingente orden social resultan funcionales estructuras de expectativas que consientan la formación de un consenso difuso sobre las expectativas comportamentales[15]. "La sincronización del comportamiento está asegurada, podría decirse, a través de expectativas aprendidas. Estas expectativas deben incluir no sólo el comportamiento, sino también la experiencia interna del otro, sobre todo la expectativa que él mismo dirige a quien espera"[16].

La función del Derecho, de la cual el sistema jurídico obtiene su propia diferenciación, consiste en la generalización y en la estabilización de las expectativas comportamentales. "Con respecto al orden global adquiere significado confrontar el individuo con alternativas de comportamiento abiertas y estructuradas, para que se convierta en algo de relativamente irrelevante para la sociedad en su conjunto cuál alternativa sea privilegiada"[17]. Más precisamente, al Derecho, que también participa en la formación de las expectativas cognitivas, atañe la específica función de garantizar las expectativas normativas de modo que estas resistan a la decepción, y, de esta manera, consiente "inversiones" en el esperar[18]. La normatividad constituye "la forma de una expectativa de comportamiento a través de la cual se indica que la expectativa debe de ser mantenida incluso en caso de decepción"[19]. Sin

---

[14] Cfr. G. MARRAMAO, "Teorici della società complessa e dei sistemi: Niklas Luhmann", en: A.NEGRI (a cura di), *Novecento filosofico e scientifico*, Marzorati, Milano, 1991, p. 509.

[15] Cfr. ibid.

[16] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. de R. De Giorgi, M. Silbernagl, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 104.

[17] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, trad. de S. Magnolo, Dedalo, Bari, 2002, p. 140. La generalización *material* se obtiene a través de actitudes de rango, objetivos comunes, pertenencia a grupos; la generalización *temporal* se obtiene de las normas; la generalización *social* queda avalada por las instituciones, cfr. *ibid.*, pp. 142-44. "En la medida en que la relevancia material puede ser especificada, también las *necesidades de consenso pueden ser limitadas a lo que es específicamente relevante*", *ibid.*, p. 144. Por tanto, el Estado puede esperarse de los ciudadanos una actuación individualista y, al mismo tiempo, un nivel eficaz de generalización de las expectativas comportamentales, apoyando también los empujes comunicativos divergentes (cfr. ibid., p. 155).

[18] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 109.

[19] Ibid., p. 41. "Si mi análisis relativo a la combinación de los caracteres que están en la base de nuestra cultura jurídica es correcto, entonces esa cultura se apoya en un forzado

embargo, desde una perspectiva crítica que pretenda situarse más allá de la descripción sociológica, cabe observar que la expectativa normativa en Luhmann está autorreferencialmente confirmada por automatismos procedimentales. La función normativa surge, en todo caso, de la exigencia de seguridad, por el hecho de que cada uno debe tener la certeza de sus propias expectativas, incluso en el caso de decepción, y debe poder reconectarlas con las expectativas de los demás[20].

Las normas representan expectativas de comportamiento que exigen ser observadas también en caso de decepción; es más, incluso su incumplimiento es objeto de la expectativa de la que derivan precisas consecuencias[21]. "Al menos una consecuencia forma parte necesariamente del estilo específico que caracteriza a la expectativa normativa, es decir, el hecho de que quien espera no acaba siendo considerado como ingenuo e inexperto en caso de decepción, sino que puede sentirse como quien lleva razón con respecto a sus propias expectativas. La 'culpa' está claramente en el otro lado"[22]. Esta función, en la dimensión temporal del sistema jurídico, se dirige principalmente al futuro allí donde el Derecho mira a garantizar de la realización de los efectos de la normativa por medio de una evolución de las probabilidades de comportamiento, con la previsión de una eventual sanción[23]. La función del Derecho presenta inmediatas implicaciones, asimismo, en las dimensiones materiales y sociales de la coexistencia conservando con el tiempo una forma contingentemente reconocible, idónea para distinguir el comportamiento conforme de aquello desviado y relacionando con este esquema las expectativas sociales[24]. "En este sentido, la relación entre vida jurídica y sistema jurídico adquiere la forma de una anticipación de eventuales decisiones sobre los conflictos, que son consideradas como *posibilidad* y sólo se determinan con *certeza* en los casos concretos de conflicto"[25]. El nexo entre contingencia y norma, entre "de-diferenciación" y decisión, constituye la razón de la

normativismo. Todo lo demás, es decir, esquematización, universalismo y diferenciación de un sistema del Derecho, dependen de aquel normativismo: dependen, dicho de otra manera, de la fundada decisión legitima de no corregir sus propias expectativas en caso de decepción, sino de resistir y de hacerlas valer reaccionando" (ibid., p. 88).

[20] Cfr. ibid., p. 81.

[21] Cfr. N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., p. 107.

[22] Ibid.

[23] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 81-82.

[24] Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it. de G. Corsi, Mondadori, Milano, 1996, p. 67.

[25] Ibid., p. 60, énfasis en el texto.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

diferenciación funcional del sistema jurídico y muestra la especificidad del Derecho a la hora de limitar la contingencia social mutando las expectativas fácticas en expectativas normativas: la eventual decepción de las primeras se inscribe[26] en la experiencia jurídica y es elaborada por el código Derecho/no-Derecho[27].

El proceso de diferenciación implica, además, que las normas y las tomas de decisiones sean automizadas de conformidad con la función, como estructuras y procesos particulares y reconocibles, a fin de distinguir el Derecho de otros tipos de normas sociales[28]. Este proceso de autonomía comunicativa se radicaliza con la positivación del Derecho, o sea, a través de la misma constitución normativa[29]. El Derecho positivo coincide, en efecto, con el derecho que ha sido puesto y que es válido en virtud de una decisión[30]. La relación entre el Derecho positivo y los demás modelos normativos (por ejemplo, morales, sociales, religiosos) se basa ahora no tanto en la complementariedad funcional de las esferas, sino más bien en la reciproca indiferencia e irrelevancia[31].

La positivación del Derecho lleva el sistema jurídico a renunciar a conmistiones con los diferentes contextos sociales por medio de operaciones de especificación funcional y de descongelamiento comunicativo, ya que el mismo sistema jurídico establece, por medio de autónomos procesos y de

---

[26] Sobre el concepto de *re-entry*, véase N. LUHMANN, "Observing Re-entries", *Graduate Faculty Philosophy Journal*, núm. 16, vol. 2, 1993, pp. 485-98.

[27] En el sistema jurídico, el código binario está representado por los valores opositivos derecho/no-derecho. La oposición conceptual '*Recht/Unrecht*' presenta notables problemas de traducción, los cuales descienden de la dúplice caracterización semántica del binomio que designa tanto la antítesis entre "tener razón" y "equivocarse" como la oposición entre Derecho y no-Derecho. Este último vocablo no es jurídicamente en la lengua italiana, ni siquiera como término jurídico especializado. Cfr. al respecto R. SCHMIDT, *Tradurre la complessità*, cit., p. 758.

[28] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 130.

[29] Según Ferrari, la concepción luhmanniana del sistema jurídico no explicaría suficientemente las múltiples situaciones en las que el elemento jurídico se combina con el moral, el religioso, el social, infravalorando las mismas potencialidades comunicativas del Derecho; cfr. V. FERRARI, "Sul futuro della sociologia del diritto", *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 2, 2012, pp. 271-72. Sobre las tareas de reducción de la complejidad de lo real, adscritos a la moral, cfr. N. LUHMANN, *Il paradigma perduto*, trad. it de S. Rodeschini, Meltemi, Roma, 2005.

[30] Cfr. N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 113.

[31] Cfr. K.H. LADEUR, "Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 73, vol. 3, 1996, pp. 482-483.

manera vinculante, lo que pueda definirse derecho. En particular, sobre las relaciones entre sistema jurídico y sistema político escribe Luhmann:

> *[s]i la legislación y la coerción constituyen momentos esenciales del derecho, al menos en las sociedades que disponen de un ordenamiento estadual, y el Estado se considera esencialmente como aparato que funciona de acuerdo con el derecho, entonces no es para nada posible imaginar una diferenciación entre sistema jurídico y sistema político […]. Por otro lado, sin embargo, existen hoy claros síntomas de una mayor diferenciación entre sistema jurídico y sistema político […]. Quien habla, al respecto, de de-diferenciación no ha entendido la especificidad de la diferenciación de los sistemas, que es la de incrementar las independencias y las dependencias reciprocas*[32].

Se deberá, pues, renunciar a la idea de una relación de supraordenación jerárquica entre el sistema jurídico y el sistema político, habida cuenta de su reciproca diferenciación funcional: el concepto de *apareamiento estructural*[33] parece el más idóneo para describir las relaciones entre los dos sistemas. El sistema jurídico es utilizado políticamente en el proceso de consolidación de las públicas instancias y, por otra parte, la influencia social sobre el sistema jurídico está limitada a aquellas instancias que asumen una forma política entendida como decisiones colectivamente vinculantes[34]. En este caso, la política asume el control de la *fuerza física* –que Luhmann distingue de la *violencia física* tout court, siendo la primera una tipología de ejercicio de poder que no depende de las formas de diferenciación social, sino trasversal a diferentes períodos históricos y capaz de poner en relación el plano simbólico del sistema político con la fisicidad de los organismos sin involucrar necesariamente otros ámbitos sistémicos, como por ejemplo el económico o el familiar–, a través de la autorización a hacer ejecutiva la legitima pretensión jurídica[35].

La organización del poder en el sistema político está orientada a hacer superflua la utilización de la fuerza física, al temporalizar su intrínseca violencia: los horizontes temporales –la inicial amenaza del recurso a la fuerza y el evento futuro que actualizará esta amenaza– son mutados, por el medio del sistema político, en regulación efectiva de la codificación secundaria de la ley[36]. El sistema jurídico y el sistema político aparecen, pues, recíproca-

---

[32] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., pp. 147-149.

[33] Para profundizar en el concepto de aparejamiento estructural, con una atención especial al sistema jurídico, cfr. N. LUHMANN, *Il diritto della società*, trad. it. de L. Avitabile, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 411-464.

[34] Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., pp. 189-191.

[35] Cfr. N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., pp. 70-71.

[36] Cfr. ibid., pp. 79-80.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

mente *irritables*[37] y la Constitución es lo que lleva a su aparejamiento funcional[38], allí donde '*irritación sistémica*' indica una "forma de percepción *sin elementos correlativos en el entorno*"[39].

En este sentido, la función de los derechos fundamentales radica en asegurar el nexo y la contemporánea diferenciación comunicativa que subsiste entre sistema político y sistema jurídico, que refleja la establecida entre sistema político y sociedad.

> *Al igual que muchas otras instituciones funcionalmente equivalentes del orden social burocrático-industrial, los derechos fundamentales sirven para regular la comunicación a fin de que, en general, permanezca disponible para la diferenciación […]. Los derechos impiden que todas las comunicaciones se orienten a finalidades específicas de la burocracia estadal y hacen por tanto posible la racionalización de estos objetivos en el sentido de una prestación especificada funcionalmente que siempre debe presuponer la existencia en el orden social de prestaciones, de otros sistemas de consecución de los intereses, de otras fuentes de poder y de prestigio social*[40].

La función de los derechos fundamentales tiene que hallarse, por tanto, en la delineación y en la estabilización de la necesaria distancia que debe transcurrir entre el sistema político –cuya función está representada por la producción de decisiones colectivamente vinculantes– y los diferentes contextos sociales funcionalmente diferenciados. Este procedimiento se realiza, por un lado, impidiendo que el sistema político invada comunicativamente otros ámbitos sociales y, por otro lado, asegurando que el sistema político no acabe orientándose de una manera extrínseca respecto a su propia función. Eso significa que, al proteger el ciudadano del predominio estatal, los derechos fundamentales se dirigen, al mismo tiempo, a la conservación de la estructura burocrática, consolidando el Estado como sistema de función. En otras palabras, al evitar indebidas injerencias comunicativas del sistema político en subconjuntos sociales también se evita la de-diferenciación comunicativa de la política entendida como sistema funcional[41].

Es preciso destacar, ahora, el utilizo *multifuncional* de la institución de los derechos fundamentales en relación tanto con la complejidad medioam-

---

[37] Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., pp. 189-191.

[38] Cfr. N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., p. 258. Sobre el sistema político como *medium* de aparejamiento estructural entre sistema jurídico y sistema económico, cfr. ibid., p. 438.

[39] Ibid., p. 414, énfasis en el texto.

[40] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 60, énfasis en el texto.

[41] Cfr. G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", en N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 17-45.

biental como con las peculiares exigencias, a veces en recíproco condicionamiento y en contradicción, de los sistemas sociales. "Las formulaciones de los derechos fundamentales se unen a determinados puntos de peligro, en los cuales el sistema político tiende a cruzar su específica función de producción de decisiones vinculantes, a arrastrar en sus interiores procesos sociales y a integrarlos políticamente"[42]. El sistema político, en la diferenciación funcional, evita, a través de los derechos fundamentales, extender su propia esfera de competencia a las diferentes esferas de la comunicación pública, liberando de su potencial dominio fenómenos sociales ajenos a él, aunque estos últimos puedan presentar repercusiones de discusión política.

La función precipua de los derechos fundamentales consiste en "impedir que todas las comunicaciones se orienten a los fines particulares de la burocracia estatal, que haya, en suma, una especie de politización de la comunicación"[43]. Eso en beneficio de preservar el mismo sistema político de la de-diferenciación funcional[44]. "Los eventos sociales, que parecen poder adquirir relevancia política, pueden ser reconocidos y conformados al *modus* aceptado de poner cuestiones políticas, sobre todo en dos aspectos: la elección de los *temas* y de los *interlocutores* de la comunicación"[45]. La elección de los temas y de los interlocutores de la comunicación está remitida al individuo, así como la posibilidad de aprobar o no las argumentaciones y motivaciones de los demás; y eso ocurre independientemente de los procesos comunicativos pertenecientes al sistema político. La libertad de disponer de estas elecciones preserva, pues, la diferenciación del contexto social y del sistema político de las "tendencias expansionistas" autorreferencialmente generadas por ese último ámbito comunicativo[46]. "Los derechos fundamentales sirven para estabilizar, en los puntos críticos, la distancia del sistema político de aquellos procesos sociales que hacen posible la diferenciación, y para evitar que sean integrados políticamente, equiparando así orden político y orden general"[47]. Eso permite crear y experimentar normas, papeles e instituciones funcionalmente equivalentes bajo el perfil de la contribución a la diferenciación funcional sin que la generalidad de las expectativas sociales sea incluida en un orden político dominante[48].

---

42 N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 156.
43 G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., p. 15.
44 Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 157-159.
45 Ibid., p. 158.
46 Cfr. ibid., énfasis en el texto.
47 G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., p. 23.
48 Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 163.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

Los derechos fundamentales –en primer lugar, la libertad de comunicación[49]– se inscriben, por tanto, en las fungibles estrategias sistémicas finalizadas a impedir la de-diferenciación funcional –que procedería de una eventual politización total de la comunicación social– al conferir forma específica al interés estatal para los fenómenos sociales políticamente relevantes, preservando así la discontinuidad de las diferentes esferas de significado. Hay que entenderlos, por consiguiente, como instituciones "correctivas y bloqueantes" de los procesos de de-diferenciación funcional, de indistinción comunicativa, de forma análoga a la separación de los poderes del Estado y a la distinción entre política y administración estatal[50]. "La persistencia de una diferenciación especificada funcionalmente, obtenida por medio de la libertad de la comunicación, no tiene como objetivo […] hacer que el Estado ignore a comunicaciones y grupos políticamente relevantes fuera del sistema político, como si eso no lo afectara […]. Su solución no es dominio, sino sensibilidad"[51].

La especificación funcional del sistema político necesita, en efecto, de una fuerte movilidad comunicativa y, al mismo tiempo, de estabilidad: este sistema sólo puede diferenciarse en un contexto social *ya* funcionalmente diferenciado: "[c]condición necesaria es que las comunicaciones puedan ser suficientemente diferenciadas, especificadas y generalizadas, que puedan ser justificadas por medio de 'sistemas secundarios', es decir, indirectamente, y que no se obstaculice la disposición a la comunicación a causa de vínculos sociales o firmezas emotivas demasiado estrechas"[52]. La evolución de los derechos fundamentales está conectada, en el plano histórico, con la afirmación de los sistemas de Derecho positivo, desvinculados del respeto de principios inmutables y, por tanto, abstractamente reconducibles a arbitrarias simplificaciones de la contingencia interna al sistema jurídico: su justificación se sitúa en la garantía de la autonomía del Derecho, y más en general de la diferenciación funcional sistémica –frente a posibles injerencias comunicativas de orden político[53].

La teoría luhmanniana propone, por tanto, la contingente redeterminación de las normas básicas y de las representaciones de valor en los subsistemas so-

---

[49] Sobre la libertad de comunicación encaminada a la civilización de las expectativas comportamentales, cfr. ibid., pp. 139-169.

[50] Cfr. ibid., p. 60.

[51] Ibid., pp. 159-60.

[52] Ibid., pp. 152-53.

[53] Cfr. ibid., p. 269.

ciales[54] y destaca la inadecuación de las tradicionales dicotomías Estado/persona, pretensión/obligación jurídica, culpables, según el autor, de bloquear el acceso a la complejidad social[55]. Por tanto, los derechos fundamentales, ya no entendidos como normas fundadas en el derecho natural o como valores últimos puestos en defensa del ciudadano frente al Estado, *encuentran su identidad en el problema de referencia*, esto es, al marcar la distancia comunicativa del sistema político de diferentes procesos sociales, asegurando el mantenimiento de la especificación funcional de la sociedad compleja[56] y al ofrecer una tutela que surge en beneficio de la misma estructura burocrática[57]. "Para mantener la diferenciación funcional al nivel alcanzado actualmente son necesarios los derechos fundamentales, o los equivalentes funcionales, aún no descubiertos"[58]. Son, de hecho, las necesarias interdependencias funcionales, características de la sociedad compleja, que reclaman la *institucionalización de una pluralidad de derechos fundamentales*[59] así como, según la teoría sistémica, que exigen una constante investigación sobre sus equivalentes funcionales, sobre las eventuales condiciones de su sustituibilidad[60].

"La sociología –escribe Luhmann–, al interrogarse sobre la función de los derechos fundamentales, abre la mirada sobre otras posibilidades. Trata a estos santuarios como variables, encontrando el sentido de su realidad en las condiciones de su sustituibilidad"[61]. Por tanto, los derechos fundamentales no constituyen, para el autor, principios eternos o inmutables, ya que surgen en una fase histórica determinada, a saber, la modernidad que se caracteriza por la diferenciación funcional de los sistemas y por elevados niveles de complejidad social, y como garantía contra de la posible regresión

---

54 Cfr. ibid., p. 50.

55 Cfr. ibid., pp. 301-315.

56 Sobre la función del sistema político, cfr. ibid., pp. 48-51. Para profundizar los nexos entre sistema jurídico y sistema español, cfr. N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., pp. 379-409.

57 Cfr. G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., pp. 5-35. Los derechos fundamentales preservan la individualidad, la civilización de las expectativas comportamentales, las dinámicas propias del sistema económico y el fundamento democrático del poder de su eventual, indebida, inclusión en la esfera de competencia del poder político; cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 294.

58 Ibid., pp. 277, 291.

59 Cfr. ibid., p. 294. En *I diritti fondamentali come istituzione* Luhmann analiza, además de la dignidad, de la libertad y de la igualdad frente a la ley, también el derecho a la propiedad, el derecho al trabajo y el derecho al voto.

60 Cfr. ibid., p. 39.

61 Ibid., p. 39.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

a precedentes fases de desarrollo social. "Los derechos fundamentales pertenecen a este contexto problemático de la diferenciación social, tanto por su forma universalista y funcionalmente especificada como por su función particular"[62]. En este sentido, el nexo existente entre Derecho positivo y diferenciación social se profundiza en la temática de los derechos fundamentales, implicados en la conservación de la estructura social diferenciada contra de eventuales tendencias políticas de invasión de los autónomos contextos comunicativos. "La relación entre derechos fundamentales y estructura diferenciada del orden social es dúplice. Los derechos fundamentales no sólo mantienen la separación de las esferas de la comunicación […], sino que, a su vez, son respaldados por esta misma diferenciación"[63].

Hay que destacar cómo tanto el Derecho positivo como los derechos fundamentales no constituyan los únicos instrumentos de garantía de la diferenciación funcional ya que a ellos se añaden las lábiles fronteras comunicativas existentes entre los sistemas sociales que contribuyen a delimitar las posibilidades de injerencia política en el contexto más específicamente jurídico, al asegurar la consolidación de la diferenciación funcional. "El Derecho positivo sólo es un modo para fortalecer la seguridad, a través de la seguridad de aquellas instituciones que el Derecho positivo está llamado a proteger, esto es, de la capacidad de funcionamiento del orden global"[64]. Está aquí ilustrada la paradoja de la circularidad autorreferencial que es intrínseca a la positivación de los derechos fundamentales garantizados por lo que ellos deberían de garantizar[65]. Desde la perspectiva sistémica, la libertad y la dignidad de la persona no son reconducidas a problemáticas individuales, que exigen ser tuteladas recurriendo a las así llamadas libertades negativas: la libertad y la dignidad asumen una connotación intersubjetiva que está relacionada con los mecanismos de elaboración de las expectativas individuales independientemente del contexto político[66]; dicho de otro modo, ellas son institucio-

---

[62] Ibid., p. 269.

[63] Ibid., p. 272.

[64] Ibid., p. 273.

[65] Cfr. ibid. Sobre la función de la tautología y de la paradoja en la teoría sistémica, cfr. N. LUHMANN, "Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society", *Sociological Theory*, núm. 6, vol. 1, 1988, pp. 21-37; N. LUHMANN, "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History", *Journal of Law and Society*, núm. 15, vol. 2, 1988, pp. 153-66.

[66] Cfr. G. PALOMBELLA, L. PANNARALE, "Introduzione", cit., p. 21. Una profundización de la dignidad humana centrada en la esfera de la representación pública individual como capacidad de autodeterminarse y autorrepresentarse en las relaciones sociales y estric-

nalizadas en la teoría sistémica como garantía de la capacidad individual de comunicación[67]. Ambas se configuran, por tanto, como "precondiciones de la posibilidad de socialización del hombre como individuo (más concretamente, para su individualización como interlocutor de la comunicación)"[68].

La libertad y la dignidad aún no habrían de ser entendidas, si fueran colocadas en el plano de los valores, como calidades naturales del hombre o como derechos humanos inalienables; si se sitúan en el marco de procedimientos de diferenciación funcional, son traducidas en elementos de autorreferencia sistémica y de generalización del contexto comunicativo[69]: en esta última configuración, constituyen las precondiciones (internas y externas) de la autorrepresentación de la personalidad individual[70]. En ambos casos, el bien jurídicamente tutelado consiste en la personalidad constituida dentro de la autorrepresentación[71], esto es, en "aquel proceso que convierte en persona al hombre que comunica con otros hombres constituyéndolo en su humanidad"[72]. Observa Luhmann al respecto: "El Estado y la personalidad individual indican direcciones distintas de la generalización de comunicaciones, diferentes formaciones de sistemas, que se presuponen recíprocamente, aunque sin poder producirse y garantizarse de manera completa"[73]. Resulta evidente, una vez más, la función asumida por los derechos fundamentales en el mantenimiento de la diferenciación funcional en respuesta a las amenazas procedentes de los mismos nexos comunicativos sistémicos (en este caso relacionables con el ámbito político y estadual) que podrían detener ulteriores posibilidades de desarrollo y de expresión simbólico-comunicativa[74].

---

tamente relacionada con la libertad subjetiva, se puede encontrar en V. MARZOCCO, "La dignità umana tra eredità e promesse", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 2, 2013, pp. 296-98.

[67] Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 59. "La dignidad debe ser constituida. Es el resultado de representaciones difíciles, relacionadas con intereses generales del sistema de la personalidad, en parte conscientes y en parte inconscientes, y es, en la misma medida, el resultado de una continua cooperación social […]. La dignidad es uno de los bienes más sensibles del hombre, ya que es así fuertemente generalizada que todas sus particularidades se refieren al hombre en su globalidad […]. Por lo tanto, dista mucho de ser 'intangible'" (ibid., p. 120).

[68] Ibid., p. 112.

[69] Cfr. ibid., p. 115.

[70] Cfr. ibid., p. 131.

[71] Cfr. ibid., p. 123.

[72] Ibid., p. 120.

[73] Ibid., p. 124.

[74] Cfr. ibid., p. 138.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

La igualdad expresa, en primer lugar, la exigencia de que el orden jurídico de la sociedad diferenciada sea generalizado según sus propias necesidades estructurales, es decir, mediante la generalización de las expectativas comportamentales, introducida por el sistema jurídico, en el plano temporal, material y social[75]. La distancia entre el concepto de igualdad y los derechos de libertad no radica, por tanto, en la función, sino en la esfera de acción regulada: mientras que estos últimos, al describir los derechos individuales, garantizan esferas de libertad para su cumplimiento, el derecho de igualdad considera, como aspecto especular, la acción estadual en la capacidad de responder a las exigencias y a las incógnitas de la diferenciación social[76]. Es preciso señalar que, en cualquier caso, el mantenimiento de la diferenciación funcional representa el nodo central del análisis sistémico: la igualdad tiene que ser comprendida, al igual que los derechos fundamentales, en el general contexto problemático de la diferenciación social que deriva de la formación en la sociedad de subsistemas funcionalmente especificados y relativamente autónomos[77].

"Se alega que, en relación con la sociedad (o, a menudo con el mismo significado: al Estado), habría que exigir igualdad, y que esta sea sin duda compatible con la diversidad de los seres humanos. En el fondo, detrás de grandes palabras y principios, se trata de reorientar el mundo de las ideas de la estratificación a la diferenciación funcional"[78]. Con la realización de esta última fase de la diferenciación sistémica, y en el momento en que en un orden social se desarrolla el sistema jurídico como ámbito relativamente autónomo de decisiones vinculantes, pueden detectarse dos tipos de peligro: el primero, en contraste con los derechos de libertad, es que las decisiones vinculantes obliguen al ciudadano a comportamientos que no corresponden a la estructura social diferenciada; el segundo, en contraste con el principio de igualdad, se produce cada vez que las decisiones estatales no corresponden a las exigencias estructurales del orden social diferenciado[79]. Éste, respaldado por la de-temporalización de las expectativas comportamentales realizada

---

[75] Cfr. ibid., p. 253.

[76] Cfr. ibid., p. 245.

[77] Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 265.

[78] N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza come norma e come forma*, trad. de S. Magnolo, Armando, Roma, 2017, p. 56. Sobre la incompatibilidad entre estratificación social y principio de igualdad, típico de la sociedad funcionalmente diferenciada, cfr. S. MAGNOLO, "Introduzione" en N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., pp. 18-22.

[79] Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 245.

por el sistema jurídico, permite la reducción de la complejidad ambiental por medio de la misma contingencia normativa. "Lo que pueda ser la justicia en la sociedad moderna no es posible establecerlo a manera de la interpretación de una norma o de un valor, por ejemplo, mediante exégesis del concepto de igualdad, pero sólo puede resultar del acuerdo con otras variables que determinan el sistema jurídico dependiendo de ciertas condiciones ambientales"[80].

El principio de igualdad, entonces, es concebido como *forma* que distingue y, al mismo tiempo, prevé su contrario, es decir, la desigualdad, así como ocurre por la forma razón/injusticia o Derecho/no-Derecho, distinciones que permiten al sistema jurídico reconocer y convalidar elementos y operaciones sistémicas distinguiéndolas de otros factores no pertinentes respecto al específico contexto comunicativo[81].

"Si se renuncia a presuponer que, en la naturaleza o en un orden de valores, existan puntos de vista capaces de dictar normativamente lo que debe ser tratado como igual y como desigual, entonces el sentido de este esquema tiene que ser buscado en la misma orientación a la comparación. Tal sentido resulta de la *capacidad que el esquema igual/desigual de aportar una motivación suficiente como esquema predispuesto para este específico problema*"[82]. La forma de la igualdad encuentra su unidad al marcar la diferencia entre sus lados: igual/desigual. Por lo tanto, "quien habla de igualdad, también se refiere a la desigualdad; o, por lo menos, se expone a la pregunta sobre qué es desigual con respecto a lo que él indica como igual"[83]. Esto muestra cómo el principio de igualdad, así como su opuesto, sean elementos internos al sistema jurídico, pertinentes a la específica reproducción funcional y en condiciones de reproducirse autónomamente, sin necesidad de remisiones externos al sistema. "La forma de la igualdad remite los distintos sistemas de función a sí mismos. Nadie debe decirles, nadie puede decirles, lo que 'es' igual y lo

[80] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit., p. 348.

[81] Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 52. Sobre la forma de la igualdad como esquema de observación de lo real funcional a combinar continuidad e innovación, cfr. S. MAGNOLO, "Introduzione", cit., pp. 30-35.

[82] N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 253, énfasis en el texto. El principio de igualdad estaría dirigido, según Luhmann, principalmente al legislador perdiendo, en parte, su relevancia en la fase de la aplicación normativa. "Una decisión es correcta si se ajusta al programa. El programa la protege de la desorientación inherente a la cuestión del *motivo suficiente*" (ibid., p. 254, énfasis en el texto).

[83] N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 44.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

que es desigual"[84]. Los criterios de distinción son de pertinencia sistémica y corresponden a la autonomía de función[85].

"El esquema igual/desigual no sólo es aplicado regularmente y a todos los casos, sino que se reproduce en sí mismo. Vale como bifurcación de la praxis del sistema"[86], donde el concepto de bifurcación alude a los momentos de la apertura informativa y del cierre operativo del sistema. Por tanto, no puede haber, en el sistema, igualdad sin observar, al mismo tiempo, un aumento de las condiciones de desigualdad[87]. Es importante destacar que, una vez que el principio de igualdad esté incorporado en una norma, en condiciones de determinar el igual y el desigual, adquiere el carácter de la universalidad pudiendo ser aplicado a la evaluación de toda circunstancia y, autorreferencialmente, también a sí misma[88]. "En la aplicación del principio de igualdad se suele topar con la particularidad de su aplicación a todos los casos. No existen casos excluidos del principio de igualdad"[89].

La condición de aplicación universal esconde, según Luhmann, la paradoja de la distinción que regresa a sí misma para poder ser distinguida[90], originando una metapreferencia para la igualdad entendida como valor positivo de la forma igual/desigual, en condiciones de respaldar y conectar eficazmente las operaciones sistémicas[91].

Bajo la orientación de la norma del principio de igualdad el sistema trabaja con sí mismo. De esta manera, no se mueve en la dirección de más igualdad

---

84 Ibid., p. 59.

85 Cfr. ibid., pp. 59-60.

86 Ibid., pp. 45-46.

87 Cfr. ibid.

88 Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 49. "El principio de igualdad es una forma cerrada y, además, una forma que contiene sí misma; una regla para el tratamiento de los casos jurídicos, que también es aplicable a sí misma" (ibid., pp. 53-54).

89 Ibid., pp. 49-50.

90 Cfr. ibid., p. 52.

91 Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 50. "La igualdad es aquella forma que cierra operativamente el sistema en el ámbito de la observación de su observar, esto es, que relaciona el sistema con sí mismo" (ibid., p. 66). El autor parece dar prioridad al valor positivo del código, ya que simboliza "la *capacidad de conexión* de las operaciones específicas de los medios de comunicación, mientras que el valor negativo sólo simboliza la *contingencia de las condiciones* a las que se ejerce la capacidad de conexión" (N. LUHMANN, R. DE GIORGI, *Teoria della società*, cit., p. 139, énfasis en el texto). "Con la verdad, el amor, la propiedad, el poder, se puede hacer algo. Los correspondientes valores negativos sólo son disponibles en aras de control y producen el contexto mediante el cual la praxis de la conexión de la parte positiva de los medios de comunicación puede convertirse en selección racional" (ibid., p. 140).

> *y menos desigualdad, sino en la dirección de una complejidad más elevada, que brinda más aspectos para la igualdad y más aspectos para la desigualdad. La asimetría del esquema, la preferencia formal por la igualdad sólo tiene el significado […] de reportar el sistema a su función, a su historia y, sobre todo, a la expectativa de un decidir consistente*[92].

La función de la igualdad, así como de cualquier otro derecho fundamental, radica en estabilizar, en la contingencia operativa, la diferenciación funcional del contexto social[93]. Por estas razones, el principio de igualdad es acercado por Luhmann al principio de causalidad, dado que "su función consiste en reproducir la complejidad del entorno del sistema como una infinidad esquematizada de manera particular, proporcionando para el sistema puntos diferenciados para la superación del problema de la complejidad. En el principio de causalidad la complejidad del entorno se describe como infinidad de causas y efectos interconectados, en el principio de igualdad como infinidad de posibles relaciones de comparación"[94]. Eso hay que conectarlo con el contexto de autopoiesis funcional, de contingencia y fungibilidad procedimental que impregna la teoría luhmanniana en la cual, iniciando un análisis crítico y una reflexión filosófico-jurídica, se detecta la ausencia de fines sistemáticos, puesto que ni la continuación de la autopoiesis puede ser considerada como un fin, al poder tanto ocurrir como no ocurrir[95].

2. DERECHOS HUMANOS

Frente a la incógnita de la reproducción funcional del sistema jurídico, el problema de la indisponibilidad de las normas se disuelve para coincidir con la reproducción comunicativa, reconducida a la búsqueda sistémica de las estrategias de diferenciación funcional[96]. Al respecto, cabe señalar que los elementos principales de estos procedimientos no consisten en los individuos, que en el análisis luhmanniano parecen extraviar su capacidad de influir en lo real[97], sino en los mismos sistemas que se modifican autónoma-

---

92 N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., pp. 66-67.

93 Cfr. N. LUHMANN, *I diritti fondamentali*, cit., p. 265.

94 *Ibid*., p. 258.

95 Cfr. N. LUHMANN, *Il principio di uguaglianza*, cit., p. 60.

96 Cfr. M. FINCO, "Diritti fondamentali e diritti umani: il contributo della sociologia di Niklas Luhmann", cit., p. 179.

97 Cfr. S. BELARDINELLI, "Individuo e bene comune nella società complessa", *Acta Philosophica*, núm. 1, vol. 8, 1999, p. 11. Para profundizar estos temas, véase también S. BELARDINELLI, *Una sociologia senza qualità*, Angeli, Milano, 1999.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

mente y según el saber sectorial interno: en la recíproca separación comunicativa, individuo y sociedad son concebidos por Luhmann como entorno el uno para el otro, en los angostos límites de la diferenciación funcional. "La sociedad ya no puede extenderse más allá de sí misma con sus operaciones y agarrar el individuo; sólo puede reproducir con sus operaciones sus propias operaciones"[98].

En el contexto que se ha venido describiendo, la sociedad compleja rechaza cualquier criterio racional normativo como, por ejemplo, los derechos humanos, al recurrir exclusivamente a los imperativos funcionales, a la capacidad de autorreglamentación de los sistemas sociales, indiferentes a cualquier instancia ética[99]. "El problema puede consistir únicamente en mantener, incluso en el futuro, la autonomía del sistema jurídico, su autodeterminación y su cierre operativo […]. La indispensabilidad de las normas, es decir, la *autopoiesis* del sistema"[100].

Incluso en el caso de las "elecciones trágicas" que problematizan la misma existencia del sistema jurídico[101] –situaciones en las que la distinción binaria del código Derecho/no Derecho parece perder su función distintiva[102]– el Derecho es reconducido a la contingente garantía de las expectativas comportamentales. "De este modo, se convierte en una cuestión de hecho también determinar si la comunicación de 'normas indispensables' encuentre el éxito en la sociedad y frente a cuáles pruebas pueda resistir la aceptación de estas normas"[103]. En las elecciones trágicas, la garantía jurídica es paradójicamente asegurada mediante el Derecho de violar la ley, lo que equivale a afirmar que las normas son reconocidas a través de su manifiesto incumplimiento: en este caso, al llegar a caer la distinción entre Derecho/no-Derecho, se introducen mecanismos sistémicos de "de-paradojificación" que permiten al sistema jurídico reaccionar eficazmente a las fuertes irritaciones procedentes del contexto ambiental, estabilizando sus estructuras[104].

---

98 N. LUHMANN, "The Concept of Society", *Thesis Eleven*, núm. 31, 1992, p. 76.

99 Cfr. S. BELARDINELLI, *Individuo e bene comune*, cit., p. 11.

100 N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, trad. it. de R. Prandini, Armando, Roma, 2013, p. 75.

101 Cfr. *ibid*., p. 50. Para una profundización del papel de la dignidad humana en las elecciones trágicas, véase M. RUOTOLO, "Appunti sulla dignità umana", *Direitos Fundamentais & Justiça*, núm. 11, vol. 4, 2010, 138-148.

102 Cfr. N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, cit., p. 51.

103 Ibid., p. 54.

104 Cfr. ibid., pp. 78-9. Luhmann cita como ejemplo el caso de la derogación, como "ruptura ilegal de la ley por parte de quien posee el poder político", y de las hipótesis de responsa-

En particular, el escándalo generado en la opinión pública por la violación de los derechos humanos acaba surtiendo el efecto de "de-paradojificar" la autorreferencialidad normativa. "Es el escándalo que puede generar una norma (que anteriormente no estaba formulada en absoluto). Quien reacciona con indignación y expresa expectativas contrafactuales no debería tener en cuenta el disenso –casi como si el sentido de la norma fuera asegurado por poderes sagrados […]. Un otorgamiento jurídico de forma, una regulación de acuerdo con el Derecho internacional, sólo puede agarrarse a eso, pero sin actuar como fuente de Derecho"[105].

Se puede observar, al respecto, "una manera muy primitiva de generar normas sobre la base de incidentes escandalosos a los cuales los medios de comunicación dan cobertura global"[106]. Los derechos humanos, por tanto, no constituyen "una cuestión de fórmulas conclusivas para un edificio de normas, ni de principios, ni de una norma básica ni tampoco de un valor preminente que contiene, prevaleciendo, sobre todos los demás. Pero ni siquiera es una cuestión de posponer la decisión hasta que los libres discursos lleven a resultados razonables que generan un consenso entre todos aquellos perspicaces individuos que, para hacerlo, sólo exigen garantías de carácter procedimental"[107]. En definitiva, la temática de los derechos humanos en

bilidad objetiva por daños resultantes de un utilizo no objetable del Derecho (cfr. ibid.). Frente a estas situaciones, el Derecho responde con la asegurabilidad de las partes, entendida como el "tratamiento igual de competidores de mercado" (ibid.).

[105] Ibid., p. 80.

[106] "El fundamento definitivo de todas las decisiones no se encuentra en un principio, sino en una paradoja" (ibid.), p. 81.

[107] Ibid., p. 85. La propuesta de Luhmann consiste en una retrascripción, efectuada a escala internacional, de la semántica de los derechos humanos interpretados como deberes estatales con respecto a la esfera de la dignidad humana (cfr. ibid., p. 8). Evidente es aquí la referencia polémica a la teoría del discurso de Habermas. La tesis central de la teoría de los sistemas, debatida por Habermas, considera el análisis funcionalista como el único camino eficazmente viable para la racionalización decisional. "Una crítica fecunda del existente es posible únicamente como crítica inmanente de los sistemas, incluyendo el sistema global de la sociedad, como análisis sistémico, como desvelamiento y reproblematización de los problemas solucionados por normas, papeles, instituciones, procesos y símbolos arraigados en la realidad social, y como búsqueda de otras posibilidades funcionalmente equivalentes. Es en este sentido que se puede hablar de ilustración sociológica" (N. LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, cit., p. 233).

Una de las principales objeciones formuladas por Habermas a la teoría luhmanniana es la de confundir la dimensión de la experiencia empírica –actuar estratégico– con la dimensión comunicativa –actuar comunicativo–, llevando erróneamente las expectativas comportamentales cognitivas a coincidir con las expectativas normativas (cfr. J. HABERMAS, N. LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale: che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*, trad. it. de R. Di

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

Luhmann resulta eminentemente contingente y resultante de la exigencia de la de-paradojificación de las decisiones sistémicas, que tienen que ser reconducidas a la apertura informativa del sistema jurídico según la cual "*no se puede decir anticipadamente lo que cada uno debe decir o aportar* […]. Los derechos del hombre sirven para mantener funcionalmente abierto el futuro para la reproducción autopoiética de los diferentes sistemas"[108].

El tema de los derechos humanos constituye, por tanto, un momento crucial en la teoría de los sistemas de Luhmann[109] porque, al introducir una fuente de legitimación normativa externa al sistema jurídico, expone este sistema al riesgo de pérdida de su especificidad funcional[110]. De hecho, a pesar del contexto cognitivo –de paradojas solucionables creativamente– desde una perspectiva normativa, los escándalos con potencial generativo de normas asumen el significado peculiar de la apertura sistémica y esta última, en el momento en que sustrae el sistema jurídico a la paradojicidad del principio fundativo, lo aleja de su autorreflexión funcional.

La radical funcionalización del Derecho lleva entonces al sistema jurídico, otra vez paradójicamente, a asumir los connotados de la adaptación cognitiva contradiciendo la función de inmunización de la contingencia operativa que debería, en cambio, definir funcionalmente este sistema, hasta plantear su de-diferenciación[111]. Eso solicita un análisis crítico sobre como

---

Corato, ETAS Kompass, 2ª ed., Milano, 1983, pp. 148-160). "La diferencia entre ser y deber ser, validez y validez normativa, se reduce aquí a dos posibilidades de respuesta, las cuales, en términos de aprendizaje y no aprendizaje, representan una alternativa *sólo* en relación con las expectativas *cognitivas*" (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. de L. Ceppa, Guerini, Milano, 1996, p. 64, énfasis en el texto). Desde la perspectiva de la teoría discursiva, el Derecho se reduce, en Luhmann, al momento de su aplicación normativa, objetivada en sistema autopoiético. La comunicación jurídica aparece, por consiguiente, despojada de la peculiar función de integración social, como las normas resultan ajenas a los procedimientos racionalmente motivados del entendimiento discursivo (cfr. ibid.).

108 N. LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., p. 102.

109 El tema de los derechos humanos en *Esistono ancora norme indispensabili?* se circunscribe a las ofensas a la dignidad humana, "ocurrencias patentemente inaceptables, cuando el balance de los pros y de los contras ya no es una opción y a lo sumo cabe esperar una interpretación de elecciones trágicas. Injusticia, en todos los casos" (N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, cit., p. 84).

110 Una definición de la confianza como "inversión de riesgo" y una profundización de la relación entre riesgo y confianza se pueden encontrar en N. LUHMANN, *La fiducia*, trad. it. de L. Burgazzoli, Il Mulino, Bologna, 2002, espec. pp. 38; pp. 50-70.

111 Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 295-296.

> *justamente en las tendencias que parecen confirmar el triunfo del funcionalismo, debemos saber ver también la señal de su crisis. Cuanto más dichos sistemas se desarrollan según imperativos meramente funcionales tanto más se hacen evidentes los peligros (y las disfunciones) que este desarrollo esconde. No es casualidad que […] deviene cada vez más apremiante el llamamiento al hombre, a sus derechos, así como al "bien común" y a una sociedad más "civil"*[112].

La reflexión filosófico-jurídica llevada a cabo sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría funcionalista luhmanniana pone de manifiesto, por otro lado, que no existen conquistas irreversibles da las que deriva la consiguiente necesidad de desplegar una constante defensa de estas adquisiciones, incluso en las sociedades complejas y funcionalmente diferenciadas donde pueden, apresurada y sumariamente, ser definidas como evidentes e inmutables.

Arianna Maceratini
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Macerata
Piaggia dell'Università, 2
62100 Macerata, Italia
e-mail: arianna.maceratini@unimc.it

[112] S. BELARDINELLI, *Individuo e bene comune*, cit., p. 12.

ISSN: 1133-0937
DOI: 10.14679/1183

DERECHOS Y LIBERTADES
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

INDICE#43

ARTÍCULOS

- Ángeles SOLANES CORELLA: *La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos*
- Antonio Manuel PEÑA FREIRE: *Legalidad y garantismo. Una lectura fulleriana de los principios del Derecho penal liberal*
- Paola CHIARELLA: *El malestar de la laicidad: algunas reflexiones sobre el caso italiano*
- Francesco BIONDO: *El coste de una decisión que se no quiere tomar. Observaciones acerca de la introducción del delito de tortura en el ordenamiento italiano y un esbozo de reformulación de la idea de legislador racional*
- Ilario BELLONI: *Analíticos y/o latinos. En torno al método de la filosofía jurídica*
- Angelo ANZALONE: *El derecho a la filosofía: sobre la necesidad y urgencia de pensamiento crítico como cauce del derecho a la educación y freno del fracaso cultural*
- Arianna MACERATINI: *Normas indispensables. Notas sobre los derechos fundamentales y humanos en la teoría sistémica de Niklas Luhmann*
- Mª Dolores PÉREZ JARABA: *Sobre la pluralidad actual de las formas de familia: un asunto de derechos y tolerancia democrática*
- Jesús Ignacio DELGADO ROJAS: *Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*
- Eduardo C. B. BITTAR: *Ethos democrático y Ethos colonial: la educación en derechos humanos y la democracia como forma de vida*
- Laura ZAVATTA - Antonio SCARAMOZZA: *Reflexiones sobre la institución de la ciudadanía*

RECENSIONES

- *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Thomas Casadei y Gianfrancesco Zanetti
- *Current issues on human rights,* Alexander Sungurov, Carlos Ramón Fernández Liesa, María del Carmen Barranco Avilés, María Cruz Llamazares Calazadilla y Oscar Pérez de la Fuente (eds.)
- *Il "diritto al viaggio". Abbecedario delle migrazioni*, Luca Barbari, Francesco De Vanna (eds.)

FUNDACION CULTURAL ENRIQUE LUÑO PEÑA

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Dykinson, S.L. EDITORIAL