

CAPITULO X

LOS SISTEMAS JURÍDICOS EN ESTADO DE DESEQUILIBRIO. UN FENÓMENO DEL MUNDO POSMODERNO

Hemos dicho que considerábamos a los sistemas jurídicos como abiertos. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que para poder definir un sistema abierto se requiere la definición de una función del sistema, vale decir, del objetivo general del mismo. Asimismo, corresponderá delimitar la estructura del sistema, compuesta de sus elementos permanentes que se relacionan con la función. Y deberá prestarse atención al entorno, es decir, a todo aquello que desde afuera del sistema interactúa con él, tanto sea lo que permita su funcionamiento o que tiende a impedirlo. Por otra parte, la investigación debe encaminarse hacia los mecanismos de entrada y salida (o ingresos y egresos, *input* y *output*) del sistema y al flujo de los elementos dentro de él, siempre en relación con la función prefijada. Finalmente, la atención habrá de dirigirse hacia el equilibrio dinámico de los elementos intrasistémicos, lo que permite determinar su límite mínimo de estabilidad y coherencia.

Si realizamos tales investigaciones sobre los sistemas jurídicos existentes y actuantes en la actualidad, especialmente en los países desarrollados y en algunos en desarrollo, y también en el sistema del derecho internacional, observaremos que ellos tienen las características que, para otras áreas de la realidad,

exhiben lo que el profesor Ilya Prigogine¹ denomina “sistemas lejos del equilibrio” y que por ello se producen bifurcaciones que hacen que cambien sus características y adquieran nuevas y distintas.

Por ello debemos caracterizar, aunque sea brevemente, qué es esto de un “sistema lejos del equilibrio”, en qué consisten las “estructuras disipativas” y cuál es el fenómeno de las “bifurcaciones”. Nociones todas estrechamente vinculadas y desarrolladas en años recientes, entre otros, especialmente por Prigogine, cuyas investigaciones se han aplicado gradualmente a otras esferas de la naturaleza y la sociedad (aun cuando las nuevas ciencias de los sistemas fuera del estado de equilibrio remontan sus orígenes a la TGS de Ludwig von Bertalanffy, la cibernética de Norbert Wiener y la teoría de la información de Claude Shannon).

Ante todo debemos interiorizarnos de lo que Prigogine denomina “estructuras disipativas”. La teoría de este autor es un trabajo que demuestra científicamente lo que ya sabían los antiguos chinos: que la tensión y la crisis desempeñan un papel decisivo en el proceso de transformación. Prigogine estudiaba lo que en física y en química se llama “sistemas abiertos”. También las obras humanas, como los pueblos, las ciudades, los grupos y las organizaciones son sistemas abiertos. Una ciudad, por ejemplo, no es algo aislado y excluido del resto de la vida: sus industrias utilizan la energía y las materias primas de las áreas circundantes y las devuelven al medio transformadas. De acuerdo con la teoría de Prigogine, siempre que las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema

¹ Premio Nobel de Química en 1977, recientemente fallecido. Sus investigaciones sobre termodinámica llevaron a una concepción generalizada de la misma, con aplicaciones, entre otras múltiples áreas, sobre la actividad humana, tanto individual como social.

abierto se mantengan dentro de cierto límite, las propiedades de auto regulación del sistema permiten que éste mantenga en términos generales su función y su identidad. En otras palabras, el sistema puede hacer frente a cierta cantidad de alteración y perturbación sin desbaratarse por completo. Sin embargo, si las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema abierto se incrementan más allá de cierto límite, empujan al sistema a un estado de “caos² creativo”. Lo que había allí antes, y que hasta ese momento había funcionado, ya no puede seguir de la misma manera. El sistema se ve forzado a asimilar o adaptarse a una influencia perturbadora demasiado grande para que pueda sobrevivir en su antiguo formato y se produce una crisis; si el sistema no se adapta —evoluciona o muta— puede ser destruido. Para que el sistema pueda funcionar de la manera que sea, se ha de establecer un nuevo orden de cosas. Dicho con otras palabras, la ruptura del sistema hace que a éste le sea posible avanzar hacia una forma completamente diferente de organizarse. En su mayor parte, las fluctuaciones son pequeñas y pueden ser fácilmente ajustadas por vía de la retroalimentación negativa. Sin embargo, en ocasiones las fluctuaciones pueden convertirse en tan grandes que el sistema no es capaz de ajustarse y la retroalimentación positiva se hace cargo. Las fluctuaciones, entonces, se alimentan a sí mismas y la amplificación puede fácilmente aplastar todo el sistema. Cuando esto sucede, el sistema puede o bien colapsar, o reorganizarse a sí

² La investigación del caos no se interesa simplemente por el desorden sino que distingue entre “caos ordenado” y “desordenado”. El puro desorden también permanece impenetrable y no es objeto de tales investigaciones. Entre ambas formas del caos se halla el orden del mundo como una “capa del sandwich”. Solamente el caos turbulento (el activo, lejos del equilibrio) es interesante para la aparición del orden espontáneo. Distinguimos, pues, el simple ruido blanco del ordenado desorden de un caos determinístico.

mismo. Si es capaz de reorganizarse, la nueva estructura disipativa siempre exhibirá un mayor orden de complejidad, integración y flujo de energía que su predecesor. Cada sucesivo reordenamiento, porque es más complejo que el precedente, es más vulnerable a fluctuaciones y reordenamientos. De esta manera, la complejidad incrementada crea la condición para el desarrollo evolutivo. Las estructuras disipativas son sistemas capaces de mantener su identidad sólo si permanecen continuamente abiertos a los flujos del medio ambiente. De acuerdo con las ideas de Prigogine, la evolución de los sistemas complejos es siempre irreversible, porque las únicas alternativas disponibles para el sistema son las de creciente complejidad o, de lo contrario, la extinción total. “Yo creo —dice Erwin Laszlo, un importante sistemista— que este mismo proceso se aplica a los sistemas sociales. Habrá —dice— un período de transición en el que los sistemas complejos que hemos creado se bifurcarán... Familiarizarse con el nuevo significado de la palabra bifurcación es uno de los conocimientos fundamentales de nuestra época... el significado básico de bifurcación es un súbito cambio de dirección en la manera en que los sistemas se desenvuelven. En la mayoría de la clase de sistemas complejos el caos da paso, por último, a una nueva variedad de orden... Nosotros mismos y las estructuras ecológicas, sociales, económicas y políticas en que vivimos constituimos sistemas complejos. Estas estructuras se desenvuelven y tarde o temprano sus vías evolutivas se bifurcan. Nuestro mundo está sujeto a súbitos y sorprendentes cambios de fase...”³.

Los sistemas sociales, económicos y políticos en los que vivimos inmersos están crecientemente “estresados” y, tarde o temprano, sus caminos evolutivos tienen que bifurcarse. Ahora

³ LASZLO, Erwin, *La gran bifurcación*, Gedisa, Barcelona, 1990.

bien, lo que Prigogine denomina el punto de bifurcación es el momento en que un sistema salta a un nivel superior de organización o se desintegra por completo.

El nivel más alto de todo sistema social, el nivel de control (nivel en el cual se encuentra entre otros sistemas [o subsistemas] como la religión, la moral, uno fundamental, el jurídico), es siempre conservador y tratará de mantener el sistema existente. No obstante, puede haber fluctuaciones, nuevos movimientos que surgen en los niveles más bajos. Y algunos de éstos, si concurren en acciones significativas, pueden extenderse con rapidez suficiente como para que el sistema no pueda eliminarlos. Cuando el sistema en conjunto está suficientemente afectado por la crisis como para ser vulnerable, estos movimientos alternativos tienen posibilidades de reemplazar al sistema. Éste es el modelo de cambio en los últimos diez años en teoría macroevolucionaria en biología, y también se vincula con los estudios de Ilya Prigogine sobre termodinámica. Él sostiene que las fluctuaciones en un sistema inestable pueden amplificarse muy rápidamente hasta que se establece un nuevo régimen dinámico.

Con relación a esto, Alvin Toffler nos enseña que la democracia en sí ha alcanzado ese momento en que un sistema salta a un nivel superior de organización o se desintegra por completo. Es decir, estamos en presencia de una estructura disipativa, y dice que para captar tanto las oportunidades como las nuevas y extrañas amenazas a las que la democracia se enfrenta, necesitamos considerar la política y el gobierno de una forma nueva. Los científicos que estudian la turbulencia, la inestabilidad y el caos en la naturaleza y en la sociedad saben que el sistema (tanto si se trata de un sistema químico como de un país) se comporta de manera diferente dependiendo de si está en una situación de equilibrio o desequilibrio. Si cualquier

sistema (digestivo, informático o de tráfico urbano) es desplazado demasiado infringirá sus reglas tradicionales y actuará de forma extraña. Cuando los sistemas de poder están lejos del equilibrio pueden producirse cambios repentinos y aparentemente extraños. Esto se debe a que cuando un sistema o subsistema es altamente inestable, los efectos no lineales se multiplican. Grandes aportes de poder pueden producir pequeños resultados. Pequeños acontecimientos pueden desencadenar la caída de un régimen. En un libro más reciente, el mismo autor dice: "...Cuando unos sistemas se hallan 'lejos del equilibrio' se comportan de maneras extrañas que violan las normas habituales. Se tornan no lineales, lo que significa que pequeñas causas pueden desencadenar efectos gigantescos. Un número reducido de votos en la pequeña Dinamarca bastó para retrasar o para hacer descarrilar todo el proceso de integración europea...". El sistema mundial está cobrando características prigoginianas, es decir, se parece cada vez más a los sistemas físicos, químicos y sociales descriptos por Ilya Prigogine⁴.

El mundo posmoderno implica un cambio sustancial con la modernidad, cuyo ocaso podemos situar en los años que siguieron al final de la Segunda Guerra Mundial.

Al respecto, dice Alejandra García Ortiz: "la posmodernidad ya no cree en teorías universales y ahistóricas, hay una rebelión contra la razón demasiado rígida y totalizante que todo lo simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Se busca un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifique o niegue la diversidad, con una razón que respete lo complejo con todas sus gamas, crear un orden abierto a las po-

⁴ TOFFLER, Alvin - TOFFLER, Heidi, *Las guerras del futuro*, Plaza y Janés, Buenos Aires, 1994, ps. 347/8.

sibilidades de cambio, la libertad, la complejidad que significa ser humano sin que ello no conduzca a un desorden”⁵.

En lo que hace al papel del Estado, se observa una desjerarquización del concepto de Estado nacional como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y no gubernamentales y, por el otro, del fortalecimiento de centros de poder infranacionales. Esto resulta muy visible actualmente en Europa, por la federalización de Estados unitarios en curso o en potencia (Alemania, España, Bélgica), por las complejas situaciones producto de la desintegración de la Unión Soviética, etc. La crisis de la noción de “Estado nacional” denunciada por la posmodernidad tiene su correlato en el mundo jurídico en el debilitamiento de la identificación entre derecho y norma jurídica como producto de la facultad monopólica de ese mismo Estado⁶. De allí que en nuestra época, como señala Fernández Vicente, “el derecho en consideración sistémica debe integrarse como sistema normativo (formal), sistema social (real) y sistema axiológico (valorativo), so riesgo de perderse en aproximaciones parciales e incompletas que no permitan su comprensión global. La corriente del pensamiento y la actividad jurídica deja de ser unidireccional como postulaba la teoría tradicional (el silogismo como estructura del pensamiento jurídico de subsunción) para rescatar como específicamente jurídica también la información que le llega al jurista desde la realidad y los no juristas, proponiendo problemas socio-jurídicos constantemente renovados por la experiencia vital, social, así como también proporcionando solu-

⁵ GARCÍA ORTIZ, Alejandra, “Criminología en la posmodernidad”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, nro. 7, p. 38.

⁶ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 1992, cit. por RUSSO, Eduardo A., *Teoría general del derecho en la modernidad y la posmodernidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 254 y ss.

ciones que la experiencia social asume y que pueden diferir de las previstas en el sistema jurídico. De esta manera el sistema queda abierto al reflujo de comunicación con el medio controlado, adquiriendo el orden jurídico flexibilidad y apertura ante el cambio que, como tal, queda incorporado al propio sistema como elemento normal, funcional, del mismo. El concepto de retroalimentación viene de este modo a sustituir al concepto de equilibrio⁷. El análisis tradicional, mecanicista, del equilibrio es sustituido por un sistema móvil, constantemente abierto a la recepción de la comunicación que, a su vez, reciba del medio para adaptarse al mismo transformando, si es preciso, al propio sistema. Mientras el concepto tradicional de "equilibrio" se limitaba a descripciones de estados constantes, el concepto cibernético de retroalimentación se basa en la dinámica plena e incluye al cambio de estado como aspecto inherente y necesario de la operación de sistemas. En rigor, implica el reemplazo del equilibrio *estático* por un equilibrio *dinámico*.

Es decir, nos encontramos en una situación en la que el sistema puede encontrarse fácilmente lejos del equilibrio.

A través de la historia del derecho podemos observar varios momentos en que se dio una situación lejos del equilibrio, como cuando se pasó del derecho consuetudinario al judicial, luego al legislado, y cuando aparecieron las universidades y la enseñanza del derecho por medio de los juristas. Hoy nuevamente nos encontramos en esta situación. En efecto, para no citar sino algunos de los más notorios, actualmente se producen varios fenómenos en el ámbito del derecho, en forma simultánea: por una parte, el derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos

⁷ FERNÁNDEZ, Vicente A., *El revés del derecho*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientan rápidamente a constituir un sistema jurídico mundial. De la noción del derecho internacional como un “derecho primitivo”, expresado a través de la *comitas gentium* y el principio de *pacta sunt servanda*, en pocos decenios se ha pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, etc., estructuras jurídicas que poseen inclusive tribunales con *imperium* no solamente sobre los Estados nacionales, con diversa intensidad, sino aun sobre los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) de esos Estados. Esto se ve claramente en la reforma constitucional argentina, a través de varias de sus normas y en jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia argentina. Muchas otras constituciones muestran similares características de subordinación a pactos, tratados o instituciones supranacionales.

Pero, por otra parte, y simultáneamente, también se produce el fenómeno de la “regionalización”, es decir, del fraccionamiento de las naciones tradicionales, p. ej., los movimientos en este sentido en Italia, Québec (Canadá), el sur del Brasil, el País Vasco, la desintegración de Yugoslavia, etc., con sus secuelas jurídicas.

Y, desde otro ángulo, el derecho empieza a dejar de ser una estructura monolítica de grandes conjuntos de normas generales legisladas por distintos órganos y de aparatos genéricos para administrar justicia, como los tribunales, para “minimizarse”, y quizá bifurcarse, a través de mecanismos alternativos para la solución de conflictos como la negociación, el arbitraje, la mediación y otros que apuntan a una individualización creciente de las decisiones, antes adoptadas desde una posición jerárquica (jueces, legisladores).

Surgen instituciones impensadas hasta hace poco, como el “derecho ambiental”, cuyas características hacen que no sea una “rama del derecho” más sino algo estructural y funcionalmente diferente; la noción de los “derechos difusos”, la acción popular, etcétera.

Por su parte, surgen sistemas jurídicos propios del mundo globalizado, como veremos más adelante.

Mientras esto sucede, ¿qué es lo que pasa a nuestro alrededor? Al respecto, dice Alejandro Piscitelli que las crisis de los grandes sistemas complejos pueden ser desagradables si el sistema no ha tenido tiempo de hacer madurar dentro de sí una cantidad de controles y equilibrios: la política se está quedando muy atrás respecto de las necesidades humanas y ello tanto en Occidente como en el resto del planeta, pero sobre todo aquí. Seguimos analizando y planificando el derrotero de los sistemas complejos basándonos en modelos lineales y reduccionismos explicativos incapaces de aprehender sus rasgos básicos (autonomía, hipercomplejidad, autoencastramiento, paradojas). Y, ácidamente, comenta algo que debe hacer pensar a quienes ejercen la docencia universitaria: que los profesores universitarios enseñan lo que aprendieron hace veinte o treinta años, un ciclo civilizatorio atrás, incapaces plenamente de aprehender su contemporaneidad. Cada generación se percibe a sí misma como completamente diferente de la anterior —dice— pero planifica como si la que le va a suceder fuera igual. Y esto, con el vertiginoso cambio que se produce actualmente en todos los ámbitos de lo humano, es inadmisibile⁸.

Por eso es imprescindible analizar y describir ahora el fenómeno más notorio en el ámbito jurídico de nuestro tiempo: la globalización jurídica.

⁸ PISCITELLI, Alejandro, *Ciberculturas*, Paidós, Buenos Aires, 1995.