

Los límites del Derecho administrativo

Lineamientos para identificar su autonomía a partir de la teoría de sistemas

Ronald Pacheco Reyes

TESIS DOCTORAL UPF / AÑO 2023

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Oriol Mir Puigpelat

DEPARTAMENTO DE DERECHO

SUMARIO

Agradecimientos

Resumen / *Abstract*

Índice

Abreviaturas

Aclaraciones terminológicas

Introducción

Capítulo 1

La indefinición doctrinal del Derecho administrativo: un problema de enfoque teórico

Capítulo 2

El enfoque de la tesis: la teoría de sistemas de Niklas Luhmann

Capítulo 3

El Derecho como sistema social autopoietico

Capítulo 4

La explicación de la autonomía del Derecho administrativo, a través de la comunicación jurídico-administrativa

Capítulo 5

Separación de poderes, administración pública y función ejecutiva, bajo un enfoque sistémico

Conclusiones / *Conclusions*

Bibliografía

Agradecimientos

Antes de comenzar mi maestría en Derecho no tenía entre mis planes cursar un doctorado. A pesar de todas las dificultades, ha sido una de las experiencias más importantes de mi vida y por ello debo agradecer a las personas e instituciones que me apoyaron en esta aventura. En primer lugar, a mis amigos de la Universidad Externado de Colombia por haberme motivado y permitido comenzar a discutir sobre esta bonita materia. Especialmente, a Alberto Montaña quien despertó en mí el interés por los fundamentos del Derecho administrativo, me impulsó a explorar caminos epistemológicos poco transitados y me dio la oportunidad de enriquecer mi pensamiento a través de la docencia. También debo agradecer a Jorge Iván Rincón por confiar en mí, por mantenerme en el camino académico que había iniciado y por una larga caminata en Barcelona que me recargó de energía en un momento difícil. A Aníbal Zárate también tengo mucho que agradecerle por sus clases, por impulsarme a escribir y, especialmente, por su rigor y exigencia a la hora de evaluar mis escritos. Gracias a estas personas di el paso a la etapa del doctorado.

En mi etapa de doctorado no pude haber sido más afortunado. Mi director de tesis, Oriol Mir Puigpelat, me acompañó en este proceso brindándome un apoyo que no me esperaba. Sus consejos y orientación me pusieron en el camino adecuado y, sin cortarme las alas, me aterrizó cada vez que me veía perdido en el amplio y denso tema que investigaba. Si hay algo de claridad y sentido de practicidad en una tesis sobre un tema abstracto como los límites del Derecho administrativo se debe a la exigencia de mi director.

También debo agradecer a Mariela Morales y a Armin von Bogdandy por haberme abierto las puertas del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado en el que pude hacer una estancia de investigación de casi seis meses que enriqueció enormemente el trabajo. En Heidelberg tuve la fortuna de encontrar personas maravillosas que siempre escucharon, comentaron amablemente las ideas en que trabajaba y me hicieron sentir en casa. Debo agradecer por esto especialmente a Lavinia Francesconi, Catalina Botero, Rubén García, Mónica Mazariegos y Henry Jiménez.

Expreso igualmente mis agradecimientos a los profesores Javier Torres Nafarrate y Giancarlo Corsi. El profesor Torres ha tenido la amabilidad de aclarar las múltiples dudas

que he tenido en mis estudios sobre la teoría de Niklas Luhmann, ha compartido conmigo valiosas referencias y traducciones y ha comentado algunas de mis ideas. El profesor Corsi también me apoyó en mi última etapa de la investigación haciéndome valiosas precisiones sobre mi comprensión del trabajo de Luhmann en aspectos puntuales. Claro está, las imprecisiones que este trabajo mantenga al respecto, obviamente, son absoluta responsabilidad mía.

En este camino también me he beneficiado de la valiosa ayuda de mis viejos amigos Juan Carlos Covilla y Héctor David Rojas, quienes además de darme ánimo y atención, tuvieron la amabilidad de leer y comentar mis primeros borradores de tesis y de escuchar mis presentaciones iniciales. A mis amigos en Barcelona también debo agradecimientos por apoyos similares: Osvaldo de la Fuente, Leonardo García, Álvaro González-Juliana y Jorge Baquerizo. Debo agradecer igualmente a mis amigos que me ayudaron con las revisiones de algunos textos específicos en francés y en italiano, en su orden, a Aníbal Zárate y Lavinia Francesconi y a Daniel Castrillón a quien también agradezco por leer y comentar mi primer borrador de tesis.

El apoyo institucional para cursar este doctorado también ha sido fundamental. Por ello agradezco al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a su formidable equipo humano, e igualmente, a Colfuturo, de cuyos programas de becas me pude beneficiar.

Toda esta experiencia no habría podido vivirla y cursarla exitosamente sin el apoyo incondicional de mi madre y de mi padre, mis hermanas y de mis tías.

Por último, debo hacer un agradecimiento especial a Ana María y a Juan Manuel. Renunciaron a sus propios intereses y metas para acompañarme en esta difícil, pero estimulante aventura. Me recargaron siempre de amor y energía para poder cerrar esta investigación. A ellos les dedico este esfuerzo y, claro, también a Federico. No ha llegado completamente a este mundo y ya me ha hecho concesiones para que yo pueda terminar los ajustes finales.

Resumen

La tesis busca explicar cómo se determinan los límites del Derecho administrativo para derivar de allí una respuesta al asunto práctico del ámbito de aplicación de esta rama del Derecho. Se argumenta que la incompleta explicación de los límites del Derecho administrativo se relaciona con la metodología tradicional usada por la doctrina. Esta metodología se resume en la fórmula “el Derecho administrativo es el derecho de la administración pública”. Esta fórmula ha dificultado comprender un hecho evidente: los límites del Derecho administrativo los fija el mismo Derecho administrativo y para explicar esta formación autónoma se acude a la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann. Con base en esta teoría se explica el establecimiento de los límites del Derecho administrativo como una operación propia de este Derecho y evita la fórmula tradicional. Desde el enfoque socio-jurídico acogido el Derecho administrativo termina siendo, no el Derecho de un órgano o una función, sino el espacio en el que el uso del poder para disponer de la fuerza y de los recursos públicos encuentra sus condiciones.

Abstract

This thesis seeks to explain how the limits of Administrative Law are determined to provide an answer to the scope of this branch of law. The thesis argues that the incomplete explanation of the limits of Administrative Law is related to the traditional method used by the doctrine. This method is condensed in the formula “Administrative Law is the law of Public Administration”. This formula has made it difficult to understand a clear fact: the limits of Administrative Law are set by Administrative Law itself, and to explain this autonomous formation, we draw on Niklas Luhmann’s systems theory. Based on this theory, the definition of the limits of Administrative Law is explained as an operation of this law, avoiding the traditional formula. From the socio-legal approach adopted, Administrative Law is understood, not as the law of an organisation or a function, but as the space in which the use of power to dispose of force and public resources finds its conditions.

ÍNDICE

Introducción	22
1. Objeto de la tesis	23
2. Delimitación espacial, temporal y material de la investigación	24
3. Estado del arte	26
4. Pregunta de investigación, hipótesis y objetivo de la tesis.....	30
5. Plan de redacción.....	32
Capítulo 1. La indefinición doctrinal del Derecho administrativo: un problema de enfoque teórico	36
1. El estado del arte sobre las explicaciones del Derecho administrativo: la permanente insatisfacción	37
2. La divergencia entre los conceptos de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo	41
3. El Derecho administrativo estadounidense: ¿excepción a la regla de la divergencia?.....	45
4. Las explicaciones doctrinales sobre la divergencia entre sus conceptos de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo: “la extensión práctica del Derecho administrativo” y la “libertad de configuración del legislador”	47
5. Objeciones sobre las posiciones de las tesis explicativas del Derecho administrativo	54
6. La (in)distinción entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo	58
7. Toma de posición frente a las explicaciones del Derecho administrativo dominantes	64
8. El concepto de sistema: un problema transversal a todo el estudio del Derecho	71
8.1. El concepto de sistema en la historia del pensamiento jurídico	72
8.2. El sistema jurídico de Hans Kelsen	74
8.3. El sistema jurídico hartiano	75
8.4. El ¿sistema jurídico? De Dworkin	76
9. La distinción del sistema jurídico: un problema común a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho	78
10. El callejón sin salida de la doctrina del Derecho administrativo: un problema de enfoque teórico	85
Capítulo 2. El enfoque de la tesis: la teoría de sistemas de Niklas Luhmann	88
1. Introducción.....	89
1.1. Un breve acercamiento a la obra de Niklas Luhmann.....	89
1.1.1. Breve reseña biográfica	90
1.1.2. El proyecto académico de Luhmann a través de algunas de sus obras.....	92
1.1.3. Antecedentes –y prevenciones– sobre la teoría de Niklas Luhmann.....	96
1.2. Presupuestos epistemológicos y líneas teóricas de base.....	98
1.2.1. El constructivismo sistémico	99
1.2.2. Algunas líneas teóricas subyacentes a la teoría luhmanniana.....	103
1.2.2.1. La teoría del sentido	103

1.2.2.2. La teoría de la diferenciación	105
1.2.2.3. La teoría de la evolución	107
1.2.2.4. La teoría de los medios de comunicación.....	109
2. El punto de partida: los sistemas son operaciones.....	111
2.1. La diferencia sistema/entorno.....	112
2.2. La observación como operación especial	114
2.3. Observaciones de primer y de segundo orden	116
3. La autopoiesis.....	117
3.1. Conectividad: operación tras operación.....	119
4. Clausura operativa y apertura al entorno.....	120
5. El entorno de los sistemas	123
6. Los tipos de sistemas.....	125
7. El lugar del ser humano en la sociedad	127
8. La comunicación como unidad básica de los distintos tipos de sistemas sociales	131
8.1. El concepto de comunicación: una síntesis de tres selecciones.....	132
8.1.1. Selección de la información	133
8.1.2. Dar-a-conocer la información.....	134
8.1.3. Entendimiento o comprensión.....	135
8.2. La comunicación de seguimiento: el cuarto acto de la comunicación.....	137
9. Los medios de comunicación simbólicamente generalizados y su operación mediante el código y la programación	139
10. Acoplamientos estructurales.....	140
Capítulo 3. El Derecho como sistema social autopoiético	147
1. La teoría jurídica de Luhmann como alternativa a los caminos trazados para explicar la unidad del Derecho.....	149
2. La clausura operativa del Derecho y su apertura cognitiva.....	154
3. Comunicaciones y operaciones jurídicas: la unidad elemental del sistema jurídico.....	157
4. Las normas jurídicas como expectativas	160
4.1. La formación de las expectativas.....	161
4.2. Expectativas normativas y expectativas cognitivas.....	162
5. La función del Derecho y las prestaciones del Derecho.....	163
5.1. La función exclusiva del Derecho: la estabilización de las expectativas normativas	164
5.2. Prestaciones del Derecho	167
6. El código del sistema jurídico y la programación	168
6.1. El código del sistema jurídico.....	169
6.2. Programación en el sistema jurídico	173
6.2.1. Programas condicionales.....	176
6.2.2. Programas orientados por fines	177
7. Procesos jurídicos.....	181
8. La relación entre legislación y jurisdicción y la posición de los tribunales en el Derecho...	182

8.1. La comprensión dominante de la relación legislación/jurisdicción: relación jerárquica	183
8.1.1. La distinción entre legislación y jurisdicción en la antigüedad europea	183
8.1.2. Legislación y jurisdicción en Roma	184
8.1.3. Legislación y jurisdicción en la Edad Media	184
8.1.4. Legislación y jurisdicción en la modernidad.....	185
8.2. La relación cibernética entre legislación y jurisdicción y la posición de los tribunales en el sistema jurídico	186
8.3. Posibles efectos de los fenómenos de la constitucionalización del Derecho, de la europeización y de la convencionalización del Derecho en la teoría jurídica de Luhmann	189
9. El Derecho como sistema autopoietico	192
10. Evolución del Derecho	196
10.1. Variación: expectativas normativas	197
10.2. Selección: procedimientos	198
10.3. Estabilización: dogmática jurídica.....	201
10.4. Presiones evolutivas para la positivización del Derecho	203
Capítulo 4. La explicación de la autonomía del Derecho administrativo, a través de la comunicación jurídico-administrativa.....	207
1. El punto de partida para explicar el Derecho administrativo desde la teoría de sistemas.....	208
2. La comunicación jurídico-administrativa: el uso del poder político conforme a Derecho ...	211
2.1. La autopoiesis del Derecho administrativo y el establecimiento de sus límites.....	212
2.2. ¿Eso es todo?, ¿no hay nada más?	215
2.3. El concepto de uso del poder político conforme a una norma jurídica: un intento de abarcar las nociones de Administración pública y función o potestad administrativa sin contradicción.....	217
2.4. El uso de poder político conforme a una norma jurídica en el marco de la teoría de sistemas.....	218
2.5. El uso del poder político de acuerdo con los códigos, programas y niveles de operación del Derecho administrativo.....	220
2.6. La posición de la <i>Neue Verwaltungswissenschaft</i> sobre la comprensión binaria legal/ilegal como esquema de control de la administración	226
3. El concepto de poder en la doctrina administrativista.....	229
3.1. El ejercicio de prerrogativas	229
3.2. La teoría clásica del poder	231
4. El concepto de poder desde la teoría de sistemas.....	235
5. La formación del poder legítimo en el sistema político	238
5.1. La toma de decisiones colectivamente vinculantes: el resultado del procedimiento especializado para la formación del poder legítimo en la sociedad.....	239
5.1.1. Procesos de elección política.....	241
5.1.2. Proceso de legislación	241
5.2. Política y administración pública: subsistemas del sistema político	242
6. La fusión inicial entre política y Derecho	245
7. La política y el Derecho como sistemas separados	248

7.1. La diferencia entre el sistema político y el sistema jurídico.....	248
7.2. Algunas dudas (y aclaraciones) que surgen de la separación entre administración pública y Derecho	251
8. El Estado de Derecho y la Constitución como acoples estructurales	256
8.1. El Estado de Derecho como acoplamiento estructural	256
8.2. La Constitución como acoplamiento estructural entre política y Derecho.....	258
9. Los acoplamientos del Derecho administrativo y la política.....	263
10. Una relectura del concepto de poder	267
10.1. Las relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho penal y entre el Derecho administrativo y el Derecho tributario.....	268
10.1.1. Relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho penal	268
10.1.2. Relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho tributario	270
10.2. La parte sumergida del iceberg: la doble presencia de los recursos públicos en el marco del uso del poder político.....	272
10.3. Una comprensión amplia o abstracta del concepto de recursos públicos	278
10.4. Consecuencias de la tesis en relación con la discrecionalidad administrativa	286
Capítulo 5. Separación de poderes, administración pública y función ejecutiva, bajo un enfoque sistémico	291
1. El uso del poder y la separación de poderes.....	292
1.1. La función administrativa, ¿una función estatal?	293
1.2. Las dudas sobre el concepto de función administrativa	295
1.3. La potestad administrativa o el ejercicio de autoridad como nociones funcionales: dudas sobre el concepto, no sobre el fenómeno	296
1.4. La noción de función administrativa negativa como cuasiconcepto	299
2. La indistinción de la función ejecutiva y la función administrativa en la doctrina.....	301
3. La función administrativa en <i>El espíritu de las leyes</i> : uso del poder para disponer de los recursos públicos.....	304
4. El concepto de función ejecutiva como sistema de comunicación entre la política y la organización administrativa.....	308
5. Una visión sistémica de la separación de poderes.....	311
5.1. La separación temporal del ejercicio de funciones estatales	313
5.2. La determinación estructural de las funciones estatales	314
6. El concepto de administración pública que deriva de la tesis: la organización como medio de las funciones estatales.....	316
7. Un intento de armonizar la función ejecutiva, la administración pública y la separación de poderes.....	320
7.1. Los tipos de función ejecutiva y las organizaciones a su medida: modelos de racionalidad plural (abiertos) y modelos de racionalidad, científica, técnica o económica (cerrados)	320
7.2. Reorganización del poder introducida por el Estado regulador.....	323
7.3. La relación entre la función ejecutiva, la administración pública y la separación de poderes	328

8. Derecho administrativo y el Derecho privado: el uso del poder político como criterio de distinción	331
8.1. Los antecedentes para los acoplamientos estructurales entre política, economía y Derecho	332
8.2. Los acoplamientos estructurales entre la economía y Derecho	335
8.2.1.La propiedad como acoplamiento estructural entre Derecho y economía	335
8.2.2.El contrato como acoplamiento estructural entre Derecho y economía.....	338
8.3. Los efectos del acoplamiento estructural del Derecho y la economía en el sistema político	341
8.4. La distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado	344
8.4.1.Las tesis tradicionales sobre la distinción entre Derecho público y Derecho privado	345
8.4.2.La separación entre Derecho público y Derecho privado existe en la realidad y no es un mero concepto analítico	346
8.4.3. Las bases teóricas para la distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado propuesta en esta tesis	349
8.4.4. La distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado que deriva del concepto de autorregulación.....	353
8.4.5. Las funciones indelegables y delegables en los particulares.....	355
9. La explicación del Derecho positivo, mediante la reconceptualización derivada de la investigación.....	358
10. Una relectura: la evolución del Derecho administrativo a partir del uso del poder	362
10.1. Una contralectura del Fallo Blanco	362
10.2. El uso del poder antes del Fallo Blanco.....	366
10.3. La competencia de la jurisdicción ordinaria sobre los llamados “actos no autoritativos” de la Administración: ¿ausencia de uso de poder?	368
Conclusiones/Conclusions	373
Bibliografía.....	391

Abreviaturas

EOP	Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto (Colombia)
Ley 5	Ley 5 de 1992, Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes (Colombia)
Ley 142	Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones (Colombia)
Ley 270	Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (Colombia)
Ley 489	Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones (Colombia)
Ley 610	Ley 610 de 2000, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías (Colombia)
Ley 1437	Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Colombia)
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (España)
LFTC	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (España)
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (España)
LOTIC	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (España)
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (España)
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (España)
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (España)

LTAIPBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (España)
EOP	Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto (Colombia)
Ley 5	Ley 5 de 1992, Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes (Colombia)
Ley 142	Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones (Colombia)
Ley 270	Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (Colombia)
Ley 489	Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones (Colombia)
Ley 610	Ley 610 de 2000, Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías (Colombia)
Ley 1437	Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Colombia)
EBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
LFTC	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (España)
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (España)
LOTG	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (España)
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (España)
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (España)
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (España)

LTAIPBG Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (España)

Aclaraciones terminológicas

La expresión “administración pública”, sin mayúsculas, se utiliza como expresión genérica que puede comprender tanto a la Administración pública (que sería una comprensión orgánica o subjetiva de la expresión) como a la función administrativa (que sería una comprensión funcional de la expresión).

La expresión “tribunales” o “tribunales administrativos” no se utiliza en un sentido técnico o jerárquico, sino como un término genérico que incluye todas las instancias que desarrollan función judicial.

La expresión “parlamento” (o su plural) se utiliza como término general para hacer referencia a los órganos de representación popular que expiden leyes como los congresos o las cortes legislativas.

Introducción

“De la cuna a la tumba”, como el poema sinfónico de Franz Liszt de 1881, es una expresión que han utilizado algunos juristas para expresar la omnipresencia del Derecho administrativo en la vida de las personas. Aunque hay que resaltar que, cuando apenas se formaba el Derecho administrativo, Macarel reflejaba en sus escritos la omnipresencia, no del Derecho administrativo, sino de la administración pública.¹ En todo caso, si luego se presentó un reemplazo de términos -con la consolidación del Derecho administrativo- o si existe una contradicción, parece que el asunto se ha solventado fácilmente con una fórmula armonizadora: el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública. Esta fórmula se ha convertido en una premisa esencial para la doctrina administrativista de tradición francesa, y no es para menos, debido a uno de sus efectos más útiles: determinar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

Aunque siempre han existido críticas y excepciones a la mencionada fórmula, identificar a la administración pública equivale a identificar el régimen jurídico aplicable a esta y, de paso, ofrece una explicación a la existencia de un área especializada del Derecho.

Es innegable la utilidad heurística de la fórmula: “el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública”. Sin embargo, ¿son el Derecho administrativo y la administración pública una misma cosa? Aunque la respuesta parece obvia, la doctrina administrativista implícitamente se niega a reconocerla en el momento en que, para explicar los límites del Derecho administrativo, se parte de una premisa que no se cuestiona: el objeto del Derecho administrativo es la administración pública.² Este Derecho no puede ser nada más que el Derecho de la administración pública.

Para saber cuáles son *los límites del Derecho administrativo* la doctrina jurídica define primero a la administración pública, sin embargo, está claro que esta tarea nunca ha

¹ La administración tiene necesariamente una fisonomía general que te es conocida; desde que la razón te ha iluminado, te has encontrado constantemente con ella. M. Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif, Tomo I* (Paris: Libraire de Jurisprudence de Plon Frères, 1852), p. 5.

² La explicación de los límites del Derecho administrativo en la doctrina administrativista se busca en el marco de la construcción del concepto de administración pública y del concepto de Derecho administrativo.

podido cumplirse. Esta tarea incumplida, en consecuencia, ha mantenido la explicación de los límites del Derecho administrativo sin una explicación doctrinal satisfactoria.

1. Objeto de la tesis

El propósito de esta investigación es ofrecer una explicación a los límites del Derecho administrativo. Con la expresión “límites del Derecho administrativo” se hace referencia a las fronteras que distinguen entre lo que es Derecho administrativo y lo que no es Derecho administrativo. Esta explicación, a su vez, permitirá explicar cómo se determina el ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

Aunque esta tesis tiene que ver con las obras dedicadas al estudio del objeto del Derecho administrativo o al estudio del concepto de Derecho administrativo, en rigor, no es una tesis más en este sentido, ya que las analiza y comenta, pero, precisamente, para explicar por qué se toma distancia de ellas.

Aunque esta investigación coincide con las obras de la doctrina administrativista en el efecto de ofrecer una explicación al Derecho administrativo y, por consiguiente, a la cuestión práctica de su ámbito de aplicación, acude a una metodología distinta que termina arrojando comprensiones diversas de las explicaciones tradicionales. Esta metodología será la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann.

En esta tesis se argumenta que haber asumido ciegamente la fórmula “el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública” o, en sentido contrario, que la administración pública es el objeto del Derecho administrativo, es un problema metodológico que ha impedido observar los límites del Derecho administrativo.

Lo anterior, desde luego, no quiere decir que los diversos fenómenos que han sido identificados con el concepto de administración pública no sean relevantes, de hecho, como consecuencia de la explicación de la manera en la que el Derecho administrativo establece sus límites, será necesario presentar una relectura de algunas nociones clásicas de la disciplina, sencillamente, porque el Derecho positivo hace referencia a tales nociones y, por lo tanto, deben estar explicadas.

2. Delimitación espacial, temporal y material de la investigación

El Derecho administrativo que se estudia en esta tesis no está restringido a algún ordenamiento jurídico particular, aunque, obviamente utiliza ejemplos del Derecho positivo de varios países, especialmente, se analizan disposiciones jurídicas de los ordenamientos español, colombiano, alemán, francés e italiano, sin que, en todo caso, se aspire a un análisis de Derecho comparado.

Desde un punto de vista temporal, la investigación abarca algunos de los textos sobre Derecho administrativo (incluyendo Derecho positivo y obras académicas) que se consideran fundacionales de la materia, esto es, se analizan textos desde comienzos del siglo XVIII hasta la actualidad. Además de textos específicos de Derecho administrativo, también se estudian algunas obras que se consideran los fundamentos de estos textos sobre Derecho administrativo. *El espíritu de las leyes* es un ejemplo de estas obras.

La materia a la que se dedica esta investigación es el conjunto de normas jurídicas que hacen referencia al Derecho administrativo como régimen jurídico aplicable a un caso concreto, las explicaciones que sobre tales disposiciones del Derecho positivo ofrece la doctrina administrativista y la teoría de sistemas como enfoque para explicar el Derecho y la ciencia del Derecho.

Frente al primer ámbito material de estudio, se aclara que, debido al énfasis sobre la importancia del Derecho positivo que parece emerger de la tesis, puede resultar sorpresivo que el número de normas jurídicas que se citan en esta investigación parezca bajo. Sin embargo, es una exigencia de la propia investigación: la materia principal de estudio está conformada por todas aquellas normas jurídicas que establecen cuándo se aplica el Derecho administrativo (y cuándo no se aplica) y estas son relativamente pocas y generalmente están contenidas en los códigos de procedimiento administrativo, de procedimiento judicial y estatutos de contratación de las entidades públicas.³

³ Aunque no se mencionen de forma expresa en la investigación, también se han tenido en cuenta las normas jurídicas que disponen la aplicación del Derecho privado a las entidades estatales.

El segundo ámbito material de estudio también es bastante acotado ya que se limita a la revisión de las explicaciones que sobre el Derecho administrativo ha planteado la doctrina y que están contenidas generalmente en los capítulos iniciales de los manuales y tratados de Derecho administrativo. Por regla general, estas mismas obras parten por reconocer que ninguna de las explicaciones tradicionalmente ofrecidas ha sido completamente satisfactoria para explicar por qué, si “el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública”, este Derecho también se aplica a sujetos o materias distintas de la administración pública o por qué se aplica el Derecho privado a la administración pública.

Por último, el tercer gran ámbito material de estudio de la tesis es la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann, ya que es el camino metodológico que se toma para ofrecer una explicación a los límites del Derecho administrativo. A diferencia de los dos primeros ámbitos materiales de investigación, que están acotados a unas pocas normas jurídicas y a los capítulos iniciales de los tratados de Derecho administrativo, este ámbito exigió un estudio amplio de la compleja teoría social de Luhmann.

Podría pensarse en una exposición mucho más sencilla del ámbito material de estudio de esta investigación y formularse así: “se estudiará el objeto del Derecho administrativo”. Se ha tomado un camino un poco más complicado para resaltar algunos elementos que normalmente permanecen ocultos bajo la metodología dominante y que, precisamente, son los que han dificultado una explicación más completa del ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

La premisa tradicional “el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública” reconoce implícitamente la distinción Derecho administrativo/administración pública, pero al mismo tiempo la ignora cuando equipara ambos lados. Por otra parte, la misma premisa deja oculto a quién observa tal distinción. Es decir, en los tratados de Derecho administrativo no se toma consciencia de que el lugar desde el que se escribe está circunscrito en un dominio existencial con una racionalidad distinta de la que tiene la esfera de la realidad que se busca explicar. Por esta razón, en esta tesis las distinciones entre Derecho administrativo, su objeto y la ciencia del Derecho administrativo son puntos elementales de la investigación.

Aunque en esta investigación las distinciones de los sistemas son cruciales, las relaciones entre los mismos son de primer orden.

3. Estado del arte

Para explicar los límites del Derecho administrativo, en la doctrina jurídica existe prácticamente una sola vía: definir la administración pública y, a partir de esa definición, determinar qué es y qué no es el Derecho administrativo. Esto equivale a fijar sus fronteras. Mediante el concepto de administración pública la doctrina ha intentado distinguir al Derecho administrativo de otros tipos de Derecho, en otras palabras, los límites del Derecho administrativo han intentado explicarse tradicionalmente mediante el concepto de administración pública.

Los intentos que se han llevado a cabo mediante esta vía son varios, pero los más conocidos son aquellos que definen la administración como uno de los tres órganos o poderes del Estado y aquellos que definen la administración como una de las tres funciones del Estado. Esto ha dado lugar a las denominadas explicaciones subjetivas u orgánicas y a las materiales o funcionales del Derecho administrativo.

Como consecuencia del éxito incompleto de estos caminos explicativos,⁴ parte de la doctrina considera que el Derecho administrativo no se puede definir. Sin embargo, desde esta esquina no se han planteado alternativas teóricas para explicar cómo se fijan los límites del Derecho administrativo, así que, a pesar de la insatisfacción, en la doctrina administrativista de tradición francesa no hay una vía alternativa a la dominante para explicar cómo se determinan los límites del Derecho administrativo.⁵

⁴ Sobre este problema en el Derecho alemán cfr. Armin von Bogdandy y Peter M. Huber, «Evolution and Gestalt of the German State», en *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol I, The Administrative State*, eBook (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 234 y ss.

⁵ Una propuesta que no ha sido desarrollada es la de Oriol Mir, quien plantea abordar la definición del Derecho administrativo a partir de la filosofía analítica. Luego de estudiar las clásicas tesis doctrinales sobre el concepto de Derecho administrativo, Mir destaca que “las definiciones son totalmente convencionales, no tratan de reflejar ni aprehender ninguna «esencia» inmanente al concepto definido y que supuestamente lo asocie de forma necesaria a la parcela de la realidad por él denotada. No tiene sentido, por tanto, seguir aferrándose a la concepción platónica de la relación existente entre el lenguaje y la

A fines del siglo XX surgió en Alemania un enfoque doctrinal que, sin desprenderse de los asuntos clásicos del Derecho administrativo, hacía énfasis en el estudio científico del Derecho administrativo y en su necesidad de reforma teniendo en cuenta las transformaciones sociales recientes.⁶ Este enfoque, en todo caso, no ofrece una explicación a los límites del Derecho administrativo positivo, sino, más bien afirma que el Derecho administrativo “debe” construirse científicamente, para evitar que termine desintegrándose.⁷ Esta perspectiva será discutida en esta tesis, pero se tomará distancia de la misma, no solo porque no ofrece una posición sobre el ámbito de aplicación del Derecho administrativo positivo,⁸ sino porque acá se entiende que el Derecho positivo y la ciencia del Derecho son dos esferas separadas que se construyen de forma independiente, en otras palabras, se entiende que el Derecho administrativo no es construido por la ciencia del Derecho administrativo.

Aunque la ciencia del Derecho administrativo alemán ha hecho grandes aportes al estudio del Derecho administrativo, el asunto de la explicación de los límites del Derecho administrativo sigue en suspenso. En esta investigación se vincula la incompleta explicación de los límites del Derecho administrativo con el método seguido por la

realidad: ni las palabras reflejan una presunta esencia de las cosas; ni la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres no podemos crear o cambiar, sino simplemente reconocer; ni existe una sola definición válida para cada concepto.” Oriol Mir Puigpelat, «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», *Revista de administración pública*, 162, 2003, 47-87. Esta propuesta encuentra eco en la perspectiva que se acoge en esta tesis de dos maneras. En primer lugar, en términos generales, el Derecho administrativo, como sistema social, se forma mediante comunicaciones, en este sentido, es la interacción real entre los participantes de la comunicación la que da forma a las instituciones que conocemos [Ver Capítulo 2, núm. 8]. En segundo lugar, las comunicaciones jurídicas no hubieran sido posibles sin el lenguaje y la escritura que sirvieron como materia para la formación de un dominio especializado de interpretaciones y formación dogmática de conceptos [Ver Capítulo 3, núm. 10].

⁶ Se hace especial referencia a la serie de estudios sobre reforma del Derecho administrativo alemán dirigidos por Wolfgang Hoffmann-Riem y Eberhard Schmidt-Aßmann. Las líneas conceptuales de esta serie se trazan en el tomo 1. Eberhard Schmidt-Aßmann et al., *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1* (Baden-Baden: Nomos, 1993).

⁷ Eberhard Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial Pons, 2003), p. 2.

⁸ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 5.

doctrina administrativista para tal efecto, por esa razón, acá se plantea un camino alternativo al ampliamente transitado. Como se ha señalado, para explicar los límites del Derecho administrativo en esta tesis se acudirá a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.

La teoría de sistemas de Niklas Luhmann ha tenido muy poca repercusión en la doctrina del Derecho administrativo. Solo se han tomado algunas de sus ideas –de manera separada de su aparato conceptual– para incorporarlas al aparato jurídico-administrativista tradicional con el propósito de explicar temas más o menos concretos.⁹ No obstante deben hacerse dos salvedades, una de ellas significativa para esta investigación porque es un interesante trabajo que relaciona el Derecho administrativo y la teoría de sistemas de Luhmann.

El primer trabajo al que se ha hecho referencia es la tesis de doctorado del año 2014, defendida en la Universidad de Lisboa por Luís Heleno Terrinha,¹⁰ en la que se exploran los rendimientos que la teoría de sistemas como un todo puede ofrecer al estudio del Derecho administrativo.

Como ocurre con todo camino nuevo por explorar o por abrir, siempre se presentan serias dificultades y se corren riesgos. Sin embargo, parece claro que sin riesgo hay pocos avances. En el caso de la teoría de Luhmann las dificultades son más que conocidas: su teoría y su lenguaje es altamente complejo. A pesar de esta complejidad Heleno Terrinha ha intentado llevar todo el aparato conceptual de Luhmann al Derecho administrativo y ha dado un paso fundamental: traer a la discusión de la doctrina administrativista una consecuencia de la teoría de Luhmann, esto es, separar con claridad el Derecho y la administración pública,¹¹ entenderlos como sistemas autopoieticos y tratar sus relaciones mediante conceptos sistémicos.

⁹ En la doctrina administrativista alemana y, por esta vía, en la doctrina española, ha sido especialmente influyente la idea de programación y la idea de administración como proceso de manejo de información y toma de decisiones. Ver nota 557.

¹⁰ Luis Heleno Terrinha, «O Direito Administrativo na Sociedade» (Universidade de Lisboa, 2014). Publicado como Luis Heleno Terrinha, *O Direito Administrativo na Sociedade* (Lisboa: Universidade Católica, 2017).

¹¹ Heleno Terrinha, «O Direito Administrativo na Sociedade», p. 48.

Para Heleno Terrinha, la teoría de sistemas le ofrece un lente que permite ver que el elemento irreductible que sustenta lo específico del Derecho administrativo es la existencia de la administración pública.¹² Por administración pública, siguiendo a Luhmann, entiende: todos los procesos de toma de decisiones burocráticamente organizados y programados de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, con lo que –concluye– la administración pública más que un complejo orgánico es una función.¹³

En esta investigación se coincide en buena medida con la tesis de Terrinha, sin embargo, se toman con reserva ciertos puntos. En primer lugar, porque se termina sosteniendo que el objeto del Derecho administrativo es la administración pública, esto, en principio, no es nada distinto de lo que ya ha dicho la doctrina tradicional. Aunque Terrinha no entiende la administración pública como un órgano sino como una función, aun así, no representa un aporte distinto a los ya ofrecidos por la doctrina administrativista tradicional. Y no es que esté mal el hecho de coincidir con la doctrina tradicional, el punto es que con la fórmula “Derecho administrativo como Derecho de la administración pública” (bien sea un órgano o una función) es muy difícil no terminar enredado en la maraña definitoria del concepto de administración pública. En segundo lugar, asumir que el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública no termina de explicar por qué el Derecho administrativo hace presencia aun sin administración pública, por ejemplo, en los casos de los órganos autónomos constitucionales y en las actividades de los particulares. En tercer lugar, el concepto de administración pública que Luhmann ofrece –y que acoge Terrinha– es un concepto político,¹⁴ por lo que no se pueden perder de vista las sensibilidades jurídicas del mismo y sus relaciones y ubicación en el esquema de separación de poderes. Finalmente, al asumir la fórmula “Derecho administrativo como Derecho de la administración pública” el Derecho administrativo permanece como un espejo de una realidad externa o como una esfera que se constituye por la importación de un completo dominio ajeno (que es la administración pública), quedando oscurecidos los

¹² Heleno Terrinha, «O Direito Administrativo na Sociedade», p. 431.

¹³ Heleno Terrinha, «O Direito Administrativo na Sociedade», p. 160 y ss.

¹⁴ Aunque Luhmann siempre estudia los sistemas funcionales teniendo en la mira sus relaciones, el concepto de administración pública que ofrece está enfocado al sistema político. Niklas Luhmann, *Sociología política* (Madrid: Trotta, 2014), p. 151.

rendimientos que ofrecen las explicaciones de los sistemas autopoieticos operativamente clausurados para la autoproducción de sistemas sociales como el Derecho.

Finalmente, hay que hacer referencia a la tesis de doctorado de M^a Mercè Darnaculleta Gardella, titulada *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*,¹⁵ defendida en el año 2003 en la Universidad de Girona y, posteriormente, publicada con algunos ajustes bajo el título *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*.¹⁶ Esta obra explica de manera clara algunos de los conceptos más importantes de la teoría de sistemas de Luhmann y los utiliza para desarrollar el concepto de autorregulación que, posteriormente se relaciona con el concepto de regulación, para ofrecer un interesante marco conceptual, la autorregulación regulada, que ayuda a comprender las complejas relaciones entre el Estado, la regulación y la sociedad. Salvo alguna observación que se hace a esta obra, en relación con la distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado que podría derivar del concepto de autorregulación, esta investigación se vale de la claridad de este trabajo y, especialmente, se apoya en la explicación que ofrece sobre las nuevas condiciones en las que opera el Estado de las últimas décadas. Sobre esta obra se volverá en el Capítulo 5.

4. Pregunta de investigación, hipótesis y objetivo de la tesis

La pregunta que orienta esta investigación es ¿cómo se establecen los límites del Derecho administrativo?

En esta investigación se pretende demostrar que la incompleta explicación sobre los límites del Derecho administrativo se debe, precisamente, a que se ha seguido un camino metodológico equivocado. Los límites del Derecho administrativo no se pueden fijar definiendo la administración pública porque tanto la administración como el Derecho son dos esferas que, aunque mantienen relaciones, son distintas y autónomas. Afirmar esto, por supuesto, implica una posición epistemológica.

¹⁵ Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, «Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada» (Universidad de Girona, 2003).

¹⁶ Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada* (Madrid: Marcial Pons, 2005).

La hipótesis que se desarrolla en esta investigación sostiene que *los límites del Derecho administrativo son establecidos por el mismo Derecho administrativo*, no por lo que sea la administración pública, ni mucho menos por lo que diga la ciencia del Derecho administrativo. Aunque de entrada no lo parezca, esta posición implica un cambio radical en la manera de abordar el Derecho administrativo, especialmente, genera dos puntos de vista novedosos.

En primer lugar, sostener que el Derecho administrativo se construye a sí mismo, implica asumir que el Derecho puede conocer y formarse independientemente del concepto de administración pública y de lo que piense la doctrina. Esta misma independencia y autonomía, en consecuencia, también se predicen respecto de la administración pública y de la ciencia del Derecho. En otras palabras, Derecho administrativo, administración pública y ciencia del Derecho administrativo son sistemas sociales autónomos que, aunque interactúan, se construyen desde adentro, siguiendo sus propias racionalidades.

En segundo lugar, sostener que el mismo Derecho administrativo establece sus propios límites, en principio, no explica mucho, por lo que es necesario estudiar cómo el Derecho administrativo establece sus límites. Para cumplir con esta exigencia, en esta investigación se mostrará que existe una operación elemental que clausura al Derecho administrativo y lo hace distinto de otros tipos de Derecho. Esta operación elemental es la comunicación jurídico-administrativa que emerge cuando se usa el poder –para disponer de la fuerza o de los recursos públicos– con base en una norma jurídica.

El uso del poder para disponer de la fuerza o de los recursos públicos con base en una norma jurídica es la operación jurídica que cierra al Derecho administrativo frente a su entorno y lo hace distinto de otros tipos de Derecho. Comprender esto permite comprender cuáles son y como se forman los límites del Derecho administrativo o, en otros términos, cómo se determina su ámbito de aplicación.

El objetivo principal de la tesis es ofrecer una explicación a la pregunta por el establecimiento de los límites del Derecho administrativo. Sin embargo, el desarrollo de la hipótesis genera varias consecuencias indirectas. Por un lado, –sin buscarlo– se termina ofreciendo un concepto de Derecho administrativo, por otro lado, emerge una posición

frente a conceptos del Derecho positivo como función administrativa, potestad administrativa y separación de poderes y, en consecuencia, frente a las explicaciones doctrinales sobre dichos conceptos.

El desarrollo de la hipótesis tiene solo un propósito principal y práctico: explicar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo tal y como aparece en el Derecho positivo, es decir, explicarlo teóricamente sin que la explicación tenga que ignorar parte del Derecho positivo, ni acudir a fórmulas que califiquen la realidad (el Derecho positivo) como anormal. Sin embargo, desarrollar esta hipótesis exige abordar prácticamente las instituciones básicas del Derecho administrativo y la forma como estas instituciones se han explicado. Este abordaje, en todo caso, no es el propósito primordial de la tesis y, aunque deban fijarse posiciones, acá se consideran, no como hallazgos definitivos, sino solo como puntos de partida para mayores investigaciones.

5. Plan de redacción

Sostener que la ausencia de una explicación completa sobre la determinación de los límites del Derecho administrativo obedece a la metodología o enfoque teórico utilizada por la doctrina administrativista dominante, requiere de un capítulo que sustente esta afirmación. Aunque es claro en la doctrina que el ámbito de aplicación del Derecho administrativo no ha sido completamente explicado, no se ha planteado una explicación para esta falta de explicación.

El primer capítulo tendrá por objetivo profundizar sobre el mencionado aspecto metodológico y para ello se servirá de una exposición que avanza en una especie de espiral que, aunque parece reiterar el mismo punto, da vueltas con distintas perspectivas. Primero se presentan las posiciones de la doctrina para explicar por qué los “conceptos de Derecho administrativo” y el “Derecho administrativo positivo” en no pocas ocasiones son fenómenos divergentes y luego se describen las objeciones que la misma doctrina tiene al respecto. En un segundo giro, se plantea la premisa metodológica en la que se sustenta el capítulo primero de la tesis y, con base en ella, se toma posición regresando críticamente sobre los asuntos tratados en el primer giro.

Analizando las explicaciones que ofrece la doctrina a las realidades que no encajan con sus respectivas tesis se evidencia que hay un problema metodológico que –directa o indirectamente– termina mezclando el Derecho administrativo con sus propuestas de explicación. Esta tendencia muestra que puede haber un problema transversal a todo el estudio del Derecho: establecer los límites del sistema jurídico es un problema común a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho. En este capítulo se argumenta que no se ha podido avanzar en soluciones a este problema por la ausencia de un aparato conceptual lo suficientemente complejo (capítulo 1).

Al identificar que la falta de una explicación completa de la determinación de los límites del Derecho administrativo se relaciona con una falta de explicación sobre la determinación de los límites del Derecho y que ambas se deben a la ausencia de un aparato conceptual adecuado, se hace necesario ofrecer una salida. Esta salida se vale de la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann que, debido a su complejidad, tiene que presentarse en dos capítulos separados. El capítulo segundo de la tesis está dedicado a explicar la teoría general de sistemas sociales de Niklas Luhmann lo más claramente posible, para poder entender la teoría de Luhmann sobre el Derecho como sistema autopoietico operativamente clausurado. Este capítulo permitirá entender cómo un sistema social puede conocer, producirse a sí mismo de forma independiente al entorno, pero en relación y evolución con él.

Con las bases conceptuales ofrecidas por el capítulo segundo, el capítulo tercero se propone explicar la teoría socio-jurídica de Luhmann. De acuerdo con esta teoría, el Derecho es un sistema operativamente clausurado al entorno, pero cognitivamente abierto. El Derecho se produce a sí mismo (autopoiesis) y se relaciona con otros sistemas de su entorno, sin disolverse con él. Esta condición permite explicar cómo el Derecho mismo establece sus propios límites evitando las críticas que pesan sobre teorías como las de Kelsen, Hart y Dworkin cuando intentan delimitar la unidad del Derecho.

Con esta base teórica, en el capítulo cuarto se pasa a explicar la operación que clausura al Derecho administrativo y lo convierte en un sistema autopoietico diferenciado de su entorno. Se plantea que la unidad constitutiva del Derecho administrativo no es la Administración pública ni la función administrativa, sino la comunicación jurídico-administrativa. La comunicación jurídico-administrativa emerge del vínculo entre el uso

del poder y una norma jurídica que autoriza el uso y sus formas de uso. Este vínculo particular es el que especializa temáticamente al Derecho administrativo y lo distingue de otros tipos de Derecho.

Debido a que el poder es un concepto altamente cargado y trajinado en la doctrina administrativista, en el capítulo cuarto se distingue un concepto clásico de poder y un concepto sistémico de poder. Acogiendo esta segunda comprensión del poder se ubica a las administraciones públicas como una –aunque no la única– manera de permitir el cumplimiento de las misiones estatales. La separación entre el Derecho administrativo y la administración pública y cualquier otro sujeto de Derecho habilitado para el uso del poder, en todo caso, no deja libre el ejercicio del poder, sino que lo vincula al Derecho administrativo mediante acoplamientos estructurales, tradicionalmente conocidos como “formas de actuación administrativa”. Explicado el poder desde una perspectiva sistémica y analizadas las consecuencias de esta comprensión se finaliza el capítulo regresando a la idea de uso del poder como la operación jurídica elemental del sistema de Derecho administrativo.

El capítulo cuarto permite tener una posición sobre la determinación autónoma de los límites del Derecho administrativo capaz de ofrecer una alternativa plausible a las explicaciones tradicionales del ámbito de aplicación del Derecho administrativo. Sin embargo, el concepto de comunicación jurídico-administrativa, conformada por operaciones reales de uso del poder para disponer de la fuerza o de los recursos públicos con sustento en el Derecho genera nuevas oportunidades explicativas para comprender conceptos del Derecho positivo como función administrativa, potestad administrativa y separación de poderes. Estas oportunidades se desarrollan en el quinto y último capítulo de la tesis que, más que ofrecer posiciones contundentes, plantea tímidas relecturas de los conceptos elementales del Derecho administrativo y de su historia.

Capítulo 1. La indefinición doctrinal del Derecho administrativo: un problema de enfoque teórico

Una expresión que ya es famosa en la doctrina administrativista fue acuñada por Ernst Forsthoff a mediados del siglo XX: el objeto de la ciencia del Derecho administrativo no se puede definir, solo describir.¹⁷ Esta expresión muestra algo que el profesor Forsthoff pasó por alto: el objeto de la ciencia del Derecho administrativo no es la administración, es el Derecho administrativo. Esta imprecisión pareciera solucionarse aclarando que el objeto de la ciencia del Derecho administrativo es el Derecho administrativo y que la administración es el objeto de este. Aun con este ajuste, la imprecisión de Forsthoff refleja un problema más profundo en la doctrina administrativista en general: la tendencia a confundir ciencia del Derecho administrativo (o doctrina administrativista) y Derecho administrativo y la asunción ciega de la premisa: el objeto del Derecho administrativo es la administración pública.

Se acepte o no, la misma doctrina administrativista ha reconocido que la explicación del Derecho administrativo como el Derecho de la administración pública no funciona. Para percatarse de ello, no solo se puede dar un vistazo al estado del arte que muestra la constante insatisfacción con este tipo de explicación (1), sino, además, contrastarla con el Derecho administrativo positivo de varias legislaciones (2). El patrón común que muestra este contraste es: divergencia entre los conceptos doctrinales de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo. Esta regla, sin embargo, encuentra una excepción en el Derecho administrativo estadounidense y la excepción se presenta, precisamente, porque la doctrina estadounidense no explica el Derecho administrativo como el Derecho de la administración pública (3). Aunque la doctrina administrativista expone razones para justificar la divergencia entre sus conceptos de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo (4), se pueden presentar objeciones que dejan ver que las explicaciones no son satisfactorias (5). Esta insatisfacción muestra un problema más profundo: la tendencia a la confusión entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo (6). Esta tendencia exige a esta investigación

¹⁷ Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho administrativo* (Madrid: Centro de Estudios Políticos, 1958), p. 11.

una toma de distancia respecto de las posiciones tradicionales de la doctrina administrativista para explicar el Derecho administrativo (7). Esta exigencia deriva de un problema que es transversal a todo el estudio del Derecho y se relaciona con el concepto de sistema (8). En concreto, lograr distinguir el sistema jurídico es un problema común a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho (9). Este problema ha conducido a la doctrina administrativista a un callejón sin salida por la ausencia de un aparato conceptual lo suficientemente complejo (10).

1. El estado del arte sobre las explicaciones del Derecho administrativo: la permanente insatisfacción

La mayoría de los tratados de Derecho administrativo de tradición europea en la actualidad parten de la siguiente premisa: para definir y explicar el Derecho administrativo, debe definirse la administración pública.¹⁸ En la tradición del *common law* el tema no resulta tan claro -como se verá en el numeral 3 siguiente-, pero algunos administrativistas abordan el Derecho administrativo a partir del concepto de administración pública.¹⁹ Por eso se considera que el objeto del Derecho administrativo es la administración pública. La historia que está detrás de esta manera de abordar la relación entre la administración pública y el Derecho administrativo se inspira especialmente en dos principios: la separación de poderes y la legalidad.

Cuando a mediados del siglo XIX comenzó a formarse lo que podía llamarse el estudio científico del Derecho administrativo,²⁰ la doctrina jurídica se encontró con que la

¹⁸ Incluyendo en el término “administración pública” sus diversas concepciones subjetivas, objetivas o mixtas. Para un ejemplo reciente en Alemania, cfr. Christian Waldoff, «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I*, ed. Wolfgang Kahl y Markus Ludwigs (Heidelberg: C. F. Müller, 2021), pp. 429-0. Para otros ordenamientos cfr. las obras citadas en la nota 54.

¹⁹ Cane, por ejemplo, busca “to give an account of administrative law as a framework for public administration.” Peter Cane, *Administrative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. v.

²⁰ Sabino Cassese, «The Administrative State in Europe», en *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol I*, ed. Sabino Cassese, Armin von Bogdandy, y Peter Huber (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 60-61. Para la historia de la ciencia del Derecho administrativo español cfr. Marcos Almeida Cerredá, «Historia de la ciencia del Derecho administrativo en España», en *Tratado de Derecho*

administración pública era un fenómeno de creciente poder y relevancia que debía estudiarse, explicarse y controlarse y para ello se delimitó de los otros dos poderes (legislativo y judicial). Hacer esto era precisamente delimitar lo que la doctrina consideraba era el objeto del Derecho administrativo. Hacer esto permitía definir el Derecho administrativo, justificarlo y distinguirlo de otros Derechos, especialmente, del Derecho privado. En términos generales, esta idea y este propósito definitorio perdura en la doctrina administrativista hasta el día de hoy.

En la doctrina jurídica alemana, por ejemplo, se destaca que actualmente se siguen haciendo paráfrasis tanto de la versión negativa como de la versión positiva del concepto de administración pública, sin embargo, se considera que el primer enfoque siempre es insatisfactorio y que el segundo puede considerarse un fracaso.²¹ Algunos autores consideran que ambos tipos de definiciones son incompletas y malinterpretables en sí mismas por varias razones: la administración también se lleva a cabo a través de la legislación (por ejemplo, mediante la promulgación de un reglamento de policía), desligada del caso individual concreto; el Derecho administrativo se configura de forma decisiva mediante actos de jurisdicción, que con bastante frecuencia son provocados deliberadamente por las autoridades administrativas y en los que éstas y otras autoridades se orientan posteriormente. La exclusión del gobierno del concepto de administración puede aplicarse, en el mejor de los casos, a la interacción del gobierno y el parlamento en la legislación, pero no se aplica al gobierno como cima de la jerarquía de autoridades. Por último, las decisiones políticas administrativas no solo se toman a nivel gubernamental, sino, por ejemplo, por parte de cada autoridad de planificación.²²

Las versiones negativas o residuales definen a la administración pública como toda aquella actividad distinta de la legislación y la jurisdicción.²³ Las versiones positivas han

administrativo, Volumen I, ed. José María Rodríguez de Santiago, Luis Arroyo Jiménez, y Gabriel Doménech Pascual (Marcial Pons, 2021).

²¹ Waldoff, pp. 422-26.

²² Walter Schmidt, *Eiführung in die Probleme des Verwaltungsrechts* (München: Verlag C.H.Beck, 1982), p. 1.

²³ Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán, Tomo I, parte general*, 2a ed. (Buenos Aires: Depalma, 1982), p. 10. También Adolfo Merkl, *Teoría general del Derecho administrativo* (Granada: Editorial

sido variadas. Una de las más reconocidas en Alemania fue la planteada por Forsthoff quien, luego de señalar que la administración se puede describir, pero no definir, explicó que la administración de su época tenía como función la conformación de la sociedad en el marco de las leyes y sobre la base del Derecho;²⁴ esta tarea fue acuñada en la expresión *Daseinsvorsorge*, traducida al castellano generalmente como procura existencial.

A pesar de la amplia repercusión del concepto de procura existencial, se siguieron planteando definiciones positivas como la de Hans Julius Wolff, famosa por considerarse bastante complicada²⁵ y mostrar los límites de la labor conceptual.²⁶ “La administración pública en sentido material es, por lo tanto, la asunción de los asuntos de la colectividad y de sus miembros, una asunción multiforme, condicional o solo finalista, esto es, determinada externamente, y solo parcialmente planificadora, de carácter decisorio, ejecutivo y configurador que se lleva a cabo por parte de los administradores de la colectividad nombrados para este fin”.²⁷

Estas definiciones negativas y positivas de la administración pública son mantenidas por la mayoría de la doctrina jurídico-administrativa, salvo en España, donde un sector relevante de la doctrina acoge una vía definatoria distinta. La definición más conocida de Administración pública en este país es la de García de Enterría que afirma que la Administración pública no es “una determinada función objetiva o material (...) no es

Comares, 2004), p. 11. Antes que estos dos autores, Macarel sostuvo que la administración es el gobierno del país menos la elaboración de leyes y la acción de la justicia entre particulares. Macarel, p. 13.

²⁴ Forsthoff, pp. 11-12; 96 y ss.

²⁵ Hartmut Maurer, *Derecho administrativo alemán* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012), pp. 3-5.

²⁶ Waldoff, p. 426.

²⁷ El texto original es: “Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne ist also die mannigfaltige, konditional oder nur zweck-bestimmte, also insofern fremdbestimmte, nur teilplanende, selbstbeteiligt entscheidend ausführende und gestaltende Wahrnehmung der Angelegenheiten von Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter des Gemeinwesens.” Hans J. Wolff, Otto Bachof, y Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10.^a ed. (München: Verlag C.H.Beg, 1994), p. 33. Agradezco a Oriol Mir Puigpelat por la revisión de la traducción al castellano.

tampoco (...) un complejo orgánico (...) la Administración pública es una persona jurídica.”²⁸ Esta definición se remonta a su trabajo clásico publicado en 1960 en italiano.²⁹

Aparte del caso español, la doctrina jurídica en términos generales se inclina por definiciones que hacen énfasis en las actividades. En Inglaterra, algunos autores definen la administración pública como la implementación rutinaria de políticas y programas públicos en ámbitos tan diversos como la inmigración, el bienestar social, la defensa y la regulación económica y, de hecho, en todos los ámbitos de la vida social y económica en los que operan los programas públicos. En términos coloquiales –sostiene Cane– la actividad de la administración pública consiste en ‘*running the country*’.³⁰ Otros autores de esta misma tradición no se refieren al término “administración pública”, sino que consideran que “lo administrativo” –del Derecho administrativo– alude, a grandes rasgos, a toda la acción pública que no se lleva a cabo en la alta jurisdicción o en el parlamento.³¹

Pero no toda la doctrina jurídica acude al concepto de administración pública. En Estados Unidos, algunos tratados de Derecho administrativo omiten el término administración pública y utilizan el término agencia,³² aunque autores de esta misma tradición entienden el término agencia como intercambiable y cercano a nociones como burocracia y administración pública.³³ En todo caso, en estos eventos en los que se utiliza el término agencia –y no el de administración pública–, el Derecho administrativo se define por referencia a la agencia, concretamente a sus actividades, estructura y procedimiento.³⁴

La cantidad y diversidad de las propuestas doctrinales para definir la administración pública de alguna manera muestran la dificultad de la tarea y esta dificultad se ha reflejado en la definición y explicación misma del Derecho administrativo. Al no poderse definir

²⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo I* (Navarra: Civitas, 2020), p. 54.

²⁹ Eduardo García de Enterría, «Verso un concetto di Diritto amministrativo como diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 10, 1960, 317 y ss.

³⁰ Cane, p. 3.

³¹ Timothy Endicott, *Administrative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 10.

³² Stephen Breyer et al., *Administrative Law and Regulatory Policy* (New York: Aspen, 2006).

³³ Cane, p. 3 (nota 1).

³⁴ Breyer et al., pp. 2-3.

con claridad lo que se considera su objeto (la administración pública), no puede encontrarse un concepto de Derecho administrativo. Tal vez la consecuencia práctica más relevante que genera este problema teórico es que los participantes en el sistema jurídico siempre están en permanente incertidumbre sobre cuál puede ser el ámbito de aplicación del Derecho administrativo positivo.

2. La divergencia entre los conceptos de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo

Para identificar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo positivo se acudió principalmente a las leyes que establecen el procedimiento administrativo, el proceso contencioso administrativo y el régimen jurídico de las entidades estatales.

A primera vista, parece que la mayoría de las legislaciones occidentales configuran el ámbito de aplicación del Derecho administrativo siguiendo un determinado concepto de Derecho administrativo, pero, al mismo tiempo, consagran normas jurídicas que disponen la aplicación del Derecho administrativo en contradicción con el concepto de Derecho administrativo que en principio parece acogerse por el Derecho positivo.

En Alemania, por ejemplo, la Ley de procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) utiliza el concepto de administración pública para definir su ámbito de aplicación. El artículo 1.1 de esta ley dispone que se aplica “a la actividad administrativa de Derecho público por parte de las autoridades administrativas (*Behörden*) (...)” y, el artículo 1.4. de la misma ley “considera autoridad administrativa (...) cada sede que ejerza funciones de la administración pública.”³⁵ Este ámbito de aplicación es complementado con otras disposiciones especiales incluidas en el mismo artículo y con un artículo adicional que establece las excepciones al ámbito de aplicación. Se puede ver entonces, que, en principio, se acude al concepto *Behörde* en sentido orgánico y, posteriormente, se comprende a las *Behörden* en sentido funcional. Por esta última vía se aplica el Derecho administrativo, por ejemplo, a sujetos privados

³⁵ Hermann Blanke et al., *Ley de procedimiento administrativo* <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/Ley-Alemana-de-Procedimiento-Administrativo-Version-Castellano-2.pdf>>.

(*Beliehe*) que ejercen funciones administrativas.³⁶ Pero el efecto de darle un sentido funcional al concepto de *Behörde* no se queda solo en la cobertura a sujetos privados, sino que se considera que también incluye a los órganos legislativos o judiciales si realizan tareas administrativas específicas en casos concretos.³⁷

En España, se pueden destacar tres leyes centrales para identificar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA). Estas leyes no establecen un ámbito de aplicación del Derecho administrativo que se corresponda exactamente con el concepto de Derecho administrativo como Derecho de la Administración Pública. En primer lugar, el artículo 2, tanto de la LPAC como de la LRJSP, establece que sus respectivos ámbitos de aplicación son el sector público, dentro del cual se encuentran no solo las Administraciones públicas, sino también otro tipo de organismos públicos y entidades de Derecho privado que estén vinculadas o dependan de aquellas. Pero no solo eso, las mismas leyes establecen que el criterio para determinar la aplicación de la ley en este último caso es el ejercicio de potestades administrativas, no el hecho de la vinculación con una Administración pública (artículos 2, b) de ambas leyes). En contraste con estas dos leyes, la ley que les precedía, esto es, la LRJPAC sí establecía una mayor correspondencia entre el concepto de Derecho administrativo como Derecho de la Administración pública y el ámbito de aplicación de dicha ley (artículos 1 y 2.1). Aun así, la misma ley ampliaba su ámbito de aplicación acudiendo a un criterio funcional, por un lado, en los casos en que otras entidades de Derecho público ejercieran potestades administrativas (artículo 2.2) y, por otro lado, en los casos en que se causaran daños (artículo 144). En sentido similar, la LJCA consagra en su artículo 1 que los jueces “del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho

³⁶ Cfr. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, «La colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas en Europa: Los casos de Alemania e Italia», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (Madrid: Huygens Editorial, 2010), pp. 398-99.

³⁷ Hans-Uwe Erichsen y Dirk Ehlers, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Berlin: De Gruyter, 2010), pp. 678-79.

administrativo...”. Posteriormente, este ámbito de aplicación se amplía mediante otras normas jurídicas que acogen un criterio funcional, no orgánico.³⁸

En Colombia, donde no es claro si existe o no un concepto de Derecho administrativo dominante en la doctrina, porque una parte lo define como el Derecho de la Administración pública y otra como el Derecho de la función administrativa,³⁹ curiosamente esa incertidumbre parece reflejarse en el Derecho administrativo positivo.⁴⁰ En la Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se utiliza el concepto de administración pública tanto en su versión funcional (función administrativa) como en su versión orgánica (Administración pública).⁴¹ La Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que las normas sobre procedimiento administrativo se aplican a todas las entidades del Estado y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas (artículo 2) y, en su artículo 104 dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los asuntos “sujetos al Derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.”

El artículo 7 del Decreto legislativo 104 del 2 de julio de 2010 sobre el proceso administrativo italiano consagra que la jurisdicción administrativa conoce de los litigios –que afecten a los intereses legítimos y derechos subjetivos– concernientes al ejercicio (o no) del poder administrativo por parte de las administraciones públicas, y el artículo 22 de la Ley 241 del 7 de agosto de 1990 señala que por administración pública se entenderá todos los organismos de Derecho público y los organismos de Derecho privado limitados a su actividad de interés público regulada por el Derecho nacional o comunitario. De manera similar a lo que ocurre en Colombia surge la pregunta: ¿qué concepto doctrinal

³⁸ Artículo 1.3.

³⁹ Entre las obras más relevantes están las de los autores citados en la nota 54.

⁴⁰ Probablemente puede tratarse de un proceso de retroalimentación mutua entre el sistema de la ciencia del Derecho y el sistema jurídico.

⁴¹ El término Administración pública es protagonista en la Ley 489, sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, aunque esta norma jurídica también acude a la noción de función administrativa.

de Derecho administrativo puede derivarse de esta consagración del Derecho administrativo positivo?

Estos ejemplos muestran que existe una distancia importante entre los diferentes conceptos de Derecho administrativo ofrecidos por la doctrina y las normas jurídicas de Derecho administrativo positivo. Distancia no en el sentido de que el Derecho administrativo positivo utilice otros términos diferentes, sino en la forma en la que se comprende el Derecho administrativo. Mientras que para la doctrina el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública o de la función administrativa o de la potestad administrativa, para el Derecho administrativo positivo el Derecho administrativo se aplica a todos ellos. Mientras que esta combinación es inexplicable teóricamente, en la práctica mantiene operando al Derecho administrativo.

Probablemente la comprobación de esta realidad ha llevado a parte de la doctrina a señalar que ya no puede predominar un criterio sobre otro, sino que la tendencia es: “inexistencia de regla predominante, juego simultáneo e igualitario de todos los criterios para la conceptualización del Derecho administrativo y de su objeto, la administración pública.”⁴² Esta es una descripción cercana a la realidad. Sin embargo, no ofrece una explicación teórica a la pregunta ¿qué es el Derecho administrativo? Esta tesis no aporta conocimiento porque deja la realidad (el Derecho positivo) tal cual como está, es decir, con una variedad de criterios que no tienen relación de coherencia entre sí. Esa variedad es precisamente la que hay que explicar, no solo describir. Descriptivamente, es decir, desde el ordenamiento jurídico positivo ya se sabe que el Derecho administrativo se aplica a sujetos, a actividades, a privados, etc., pero teóricamente no se tiene claro por qué se aplica a todos ellos. Una tesis mixta podrá acertadamente señalar que el Derecho administrativo se aplica a la Administración pública como órgano y como actividad, pero cuando no coincidan órgano y actividad la tesis dejará de funcionar.⁴³

⁴² Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), p. 129.

⁴³ Sobre esto cfr. André Laubadère y Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif* (Paris: LGDJ, 2001), pp. 10-16.

Aunque algunas legislaciones parecen ordenarse a partir de un concepto de Derecho administrativo determinado, terminan contemplando un amplio espectro de aplicación del Derecho administrativo. Se puede decir que en buena parte de los ordenamientos jurídicos el Derecho administrativo se aplica principalmente a la rama ejecutiva o a la Administración pública, pero también es claro que se aplica a los parlamentos, a los tribunales, a los órganos constitucionales independientes⁴⁴ y a los particulares. Pero el asunto no solo se queda en un amplio margen de aplicación del Derecho administrativo, las legislaciones además contemplan la aplicación del Derecho privado a las actividades administrativas en determinados supuestos y también liberalizan actividades anteriormente regidas por el Derecho público.

En la actualidad, el amplio ámbito de aplicación del Derecho administrativo y la ausencia de un régimen jurídico particular para la actividad estatal desafía la idea misma de Derecho administrativo de la doctrina administrativista de la tradición europea.

3. El Derecho administrativo estadounidense: ¿excepción a la regla de la divergencia?

El único de los Derechos analizados en donde el concepto de Derecho administrativo doctrinal y el Derecho administrativo positivo parecen coincidir es el Derecho estadounidense. En Estados Unidos, el ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo (APA) no se establece a partir del concepto administración pública, sino del concepto de agencia que, en términos generales, es definida como cada autoridad del gobierno sin incluir el congreso y los tribunales.⁴⁵ Los tribunales ejercen control judicial sobre la actividad de las agencias.⁴⁶

⁴⁴ Y se aplica no como una “anormalidad” o “excepción” sino como atributo propio de cada órgano constitucional. En Colombia, por ejemplo, las leyes 5 y 270 consagran funciones administrativas para el Congreso y para la Rama judicial, respectivamente, además de sus funciones constitucionales. Lo mismo hace la Constitución para los órganos constitucionales independientes. Tiene funciones administrativas además de su función misional. En España esto también se puede deducir del Derecho positivo. Los órganos constitucionales, los parlamentos y los tribunales, tienen potestades administrativas atribuidas por el Derecho positivo (LJCA, LPAC, LRJSP), además de sus funciones misionales.

⁴⁵ Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. §§ 551–559.

⁴⁶ Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. §§ 701.

Aunque el concepto de agencia pareciera acercarse al concepto de administración pública,⁴⁷ obedecen a fenómenos comprendidos doctrinalmente de forma distinta. De forma directa Schwartz afirma que “In this country, administrative law is not regarded as the law relating to public administration”.⁴⁸

La administración pública en la doctrina administrativista europea es entendida como uno de los tres poderes estatales o estrechamente vinculada con uno de estos. Las agencias, también llamadas administraciones públicas, órganos administrativos, o burocracia, por el contrario, no solo son de encaje problemático en la comprensión estadounidense de la separación de poderes y del Derecho público estadounidense,⁴⁹ sino que en algunos casos extremos su actividad es considerada inconstitucional.⁵⁰ Por otro lado, que no se incluya al congreso y a los tribunales dentro del concepto de agencia presenta la ilusión de que las agencias se corresponden con uno de los tres poderes estatales, sin embargo, es una ilusión, no solo porque no se consideran parte del esquema de separación de poderes, sino porque las agencias no solo son las adscritas a la rama ejecutiva, sino que también hay agencias especiales independientes del presidente, también hay agencias adscritas al congreso y otras a los tribunales.⁵¹

⁴⁷ Parejo ve esta cercanía. Luciano Parejo Alfonso, *El concepto de Derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), p. 270.

⁴⁸ Bernard Schwartz, *Administrative Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1976), p. 2.

⁴⁹ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por ejemplo, señaló que las agencias “*have become a veritable fourth branch of the Government, which has deranged our three-branch legal theories much as the concept of a fourth dimension unsettles our three-dimensional thinking.*” *FTC v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470 (1952). Doctrina sobre este asunto, entre otros, cfr. Elizabeth Fisher y Sidney A. Shapiro, *Administrative Competence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), pp. 106-7. Frank Vibert, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007). James M. Landis, *El poder administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1951).

⁵⁰ Philip Hamburger, *Is administrative Law unlawful?* (University of Chicago Press, 2014). Esta posición ha recibido duras réplicas, una de ellas la de Adrian Vermeule, «“No” Review of Philip Hamburger, “Is Administrative Law Unlawful?”», *Texas Law Review*, 93 (2015).

⁵¹ Sobre esta estructura cfr. Daniel E. Hall, *Administrative Law: Bureaucracy in a Democracy* (New Jersey: Pearson, 2015). “*Generally, the Constitution does not address federal agencies. It creates the three branches of government and all three branches of government are involved with agencies. All three also play a role in checking agency behavior.*” Hall, p. 40. Algunas de las agencias vinculadas al Congreso son: *Congressional Budget Office, Government Accountability Office, Government Publishing Office, Office of*

Por su parte, la doctrina administrativista estadounidense define el Derecho administrativo como la rama del Derecho que establece las condiciones para las operaciones administrativas del gobierno. Establece las facultades que pueden ejercer los organismos administrativos, fija los principios que rigen el ejercicio de dichas facultades y ofrece recursos legales a los perjudicados por la acción administrativa. Esta definición divide el Derecho administrativo en tres partes: (i) los poderes conferidos a las agencias administrativas; (ii) los requisitos impuestos por la ley al ejercicio de esos poderes; (iii) los recursos contra la acción administrativa ilegal.⁵²

Este concepto doctrinal de Derecho administrativo es la explicación más cercana a lo que es el Derecho administrativo positivo en la realidad. En esta tesis se ofrecerá una explicación del Derecho administrativo que en cierta medida tiene en cuenta esos elementos básicos, aunque la explicación no se presentará en esos mismos términos. Esto no significa que la descripción del Derecho administrativo que acá se ofrecerá no pueda explicar los Derechos administrativos positivos de la tradición europea, pero antes de llegar esa explicación, falta mucho por recorrer. Por ahora, será necesario continuar con el análisis de la doctrina administrativista de corte europeo.

4. Las explicaciones doctrinales sobre la divergencia entre sus conceptos de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo: “la extensión práctica del Derecho administrativo” y la “libertad de configuración del legislador”

La tarea de la doctrina administrativista obviamente no se agota en la presentación de conceptos de Derecho administrativo. También plantea explicaciones al hecho de la

Congressional Accessibility Services, Office of the Attending Physician, Office of Congressional Workplace Rights. Además tiene varios organismos administrativos. Algunas de las agencias de la rama judicial: *Marshal of the Supreme Court of the United States, Supreme Court of the United States Police, Administrative Office of the United States Courts, Federal Judicial Center, Judicial Conference of the United States, Judicial Panel on Multidistrict Litigation, United States Sentencing Commission, Probation and Pretrial Services System, Defender Services.* La información sobre cada una de estas agencias se puede consultar en su respectiva página web.

⁵² Schwartz, p. 1. En sentido similar Breyer et al., pp. 2-3.

aplicación del Derecho administrativo a supuestos no previstos en sus respectivos modelos conceptuales, incluyendo explicaciones sobre la relación entre el Derecho administrativo y el Derecho privado.

En los estudios universitarios sobre Derecho administrativo, todavía es prácticamente obligado recorrer el camino de los criterios que a lo largo del tiempo se han planteado para identificar la existencia del Derecho administrativo y para explicar los casos de divergencia entre doctrina y Derecho positivo.⁵³ Son varios, pero se pueden agrupar en tres tipos de criterios: los subjetivos u orgánicos, los objetivos o materiales y los mixtos. No es necesario profundizar acá sobre los problemas de esas posiciones porque no es el objetivo de la tesis y porque es un tema ampliamente documentado en la doctrina administrativista.⁵⁴ Sin embargo, se revisarán dos ejemplos concretos porque parecen

⁵³ En unos manuales se habla de criterios para identificar el Derecho administrativo y en otros de criterios para identificar la administración pública, en este último caso, precisamente para identificar el Derecho administrativo. En Italia cfr. Renato Alessi, *Instituciones de Derecho administrativo* (Barcelona: Bosch, 1970), p. 5 y ss. También Bernardo Giorgio Mattarella, *Lezioni di Diritto Amministrativo* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2018), p. 61. En España cfr. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho administrativo, Vol I* (Madrid: Tecnos, 1986), p. 26. También Juan-Cruz Alli Aranguren, *La construcción del concepto de Derecho administrativo español* (Navarra: Aranzadi, 2006), p. 106 y ss. En Alemania, Maurer, pp. 3-5. En Francia cfr. Laubadère y Gaudemet, p. 31 y ss. En Colombia Alberto Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*, eBook (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010). También Santofimio Gamboa, p. 46 y ss.

⁵⁴ Algunas de las obras que se pueden consultar son, en Alemania: Fritz Fleiner, *Instituciones de Derecho administrativo* (Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933); Forsthoft; Maurer; Mayer; Merkl; Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*; Schmidt; Wolfgang Kahl y Markus Ludwigs, *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I* (Heidelberg: C. F. Müller, 2021); Wolff, Bachof, y Stober.; en Colombia: Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*; Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis, 2011); Santofimio Gamboa; Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho administrativo* (Bogotá: Legis, 2016).; en España: Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho administrativo*, ed. 33 (Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2017); José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, ed. 10 (Madrid: Marcial Pons, 2017); Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 19 ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 2016); García de Enterría y Fernández.; Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo, Vol I, Parte General*, 13a ed. (Madrid: Tecnos, 2002); Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I-1*, 4ª ed. (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015); José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual, y Luis Arroyo Jiménez, *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I* (Madrid:

ofrecer modelos conceptuales opuestos y, en esa medida, dan una idea de los argumentos que las tesis subjetivas y objetivas ofrecen a la divergencia doctrina/Derecho.

Las explicaciones de los modelos conceptuales acogidos en España⁵⁵ y en Colombia pueden servir como un ejemplo de estas tres maneras de comprender la administración pública. Sin embargo, en este punto no interesan los modelos conceptuales sino las *explicaciones ofrecidas a los casos que no encajan en el correspondiente modelo*.

García de Enterría, por ejemplo, parte de su *excursus* sobre la separación de poderes para concluir que la Administración Pública es el único ente que, a diferencia de los órganos legislativos y judiciales, tiene personalidad jurídica, “nota que basta para individualizarla de los órganos que actúan otras funciones públicas.”⁵⁶ Los casos en los que encuentra actividad administrativa en órganos distintos a la Administración pública, según el autor, “no son propiamente actos administrativos, por cuanto no imputables a la organización personificada que es la Administración General del Estado”.⁵⁷ Pero debido a que tales actos afectan a terceros no pueden quedar sin tutela judicial. Esta actividad solo cae en la jurisdicción contencioso-administrativa como “una simple extensión pragmática de un

Marcial Pons, 2021); Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo. Parte general*, 3ª ed. (Madrid: Tecnos, 2017); Alli Aranguren.; en Estados Unidos: Breyer et al.; Schwartz.; en Francia: Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001); Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel, T.I* (Paris: E. de Boccard, 1921); Charles Eisenmann, *Course de droit administratif, Tome I* (Paris: LGDJ, 1982); Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Huitième (Paris: L. Larose, 1914); Laubadère y Gaudemet; Gérard Timsit, *Le role de la notion de fonction administrative en droit administratif français* (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963).; en Inglaterra: Cane; Paul Craig, *Administrative Law* (London: Sweet & Maxwell, 2008); Endicott.; en Italia: Alessi; Sabino Cassese, *Las bases del Derecho administrativo* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994); Massimo Giannini, *Derecho administrativo. Volumen primero* (Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991); Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo, Parte General I* (Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954).

⁵⁵ Aunque García de Enterría aclara que la Administración pública no se identifica por una referencia orgánica (ni tampoco funcional), lo que interesa destacar es que su postura termina identificando la administración con un aspecto subjetivo, esto es, con un sujeto especial.

⁵⁶ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo I* (Navarra: Civitas, 2020), p. 55 y ss.

⁵⁷ García de Enterría y Fernández, p. 61.

régimen de protección a un sector mínimo de la actividad de esos órganos, a los efectos de habilitar para los funcionarios y los terceros una vía efectiva de tutela judicial”.⁵⁸

En uno de los tratados de Derecho administrativo más recientes en España se mantiene vigente la idea de Administración pública para explicar el Derecho administrativo. Se dice que, debido a las dificultades de las tesis objetivas, se ha abierto camino a la teoría subjetiva que “puede deparar enunciados universales, en la medida en que descansa sobre una realidad empírica también universal: la existencia de Administración pública en todos los Estados desarrollados y, desde luego, en todos los Estados que se declaran «Estados de Derecho».”⁵⁹ La Administración pública “entendida esta como una organización propia de los Estados contemporáneos con división de poderes”,⁶⁰ tiene dificultades explicativas, por ejemplo, con la aplicación del Derecho administrativo a órganos distintos de la Administración. Frente a este caso –se dice– “estamos ante una expansión objetiva puramente utilitarista del Derecho administrativo, que sale de su ámbito propio (el poder ejecutivo) y se proyecta sobre la actividad organizativa interna del conjunto del Estado.”⁶¹

En España también hay otras posiciones que, ante las dificultades que ofrece el concepto de Administración pública dominante, plantean definirla no como sustantivo, sino como actividad del poder público sin potestades legislativas ni jurisdiccionales.⁶² De otro lado, un estudio reciente propone alterar la lógica para identificar el Derecho administrativo en España: la verificación del ejercicio de potestad administrativa como poder jurídico

⁵⁸ García de Enterría y Fernández, p. 62.

⁵⁹ Francisco Velasco Caballero, «Introducción al Derecho administrativo», en *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I*, ed. José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual, y Luis Arroyo Jiménez (Madrid: Marcial Pons, 2021), p. 40.

⁶⁰ Velasco Caballero, «Introducción al Derecho administrativo», p. 43.

⁶¹ Velasco Caballero, «Introducción al Derecho administrativo», p. 48. En el mismo sentido María Mercé Darnaculleta Gardella, «Rasgos del Derecho administrativo contemporáneo», en *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I*, ed. José María Rodríguez de Santiago, Luis Arroyo Jiménez, y Gabriel Doménech Pascual (Madrid: Marcial Pons, 2021), pp. 418-19.

⁶² Jose Luis Martínez López-Muñiz, *Introducción al Derecho administrativo* (Madrid: Tecnos, 1986), p. 83.

identificada a partir de su “naturaleza o finalidad”.⁶³ Para plantear este concepto el autor destaca que “la evolución del sistema ha deparado que las potestades públicas no permanezcan nítidamente compartimentadas conforme a criterios orgánicos. Los nuevos mecanismos constitucionales de articulación del poder reposan sobre bases diferentes, y deparan un entrecruzamiento orgánico de las potestades públicas, que no resultan adscritas individualizadamente a un órgano constitucional concreto, sino que se distribuyen y compartimentan entre varios de ellos.”⁶⁴

De manera resumida podría decirse que la aplicación del Derecho administrativo a sujetos distintos de la Administración pública se procesa de dos maneras en la doctrina española: o como una extensión práctica o utilitarista o se refleja en el planteamiento de tesis que abandonan el concepto de Administración pública acogido mayoritariamente.

El hecho de que en Colombia la legislación parezca inclinarse por un modelo conceptual funcional –sin consideraciones subjetivas– podría llevar a pensar que el ámbito de aplicación extensivo del Derecho administrativo no sería problemático. Sin embargo, en la práctica sí se plantean problemas derivados de la ausencia de una definición positiva de la función administrativa o de cualquiera que sea el criterio para identificar cuáles son los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones “sujetos al Derecho administrativo”.⁶⁵

Frente a esta problemática la doctrina administrativista parece converger últimamente en la necesidad de acoger un criterio mixto.⁶⁶ Se sostiene que, ante la complejidad del mundo actual, ya no puede predominar un criterio sobre otro, sino que la tendencia es: “inexistencia de regla predominante, juego simultáneo e igualitario de todos los criterios para la conceptualización del Derecho administrativo y de su objeto, la administración pública.”⁶⁷ Se argumenta que “[l]a dificultad por la doctrina de Derecho público de

⁶³ Eduardo Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), p. 70.

⁶⁴ Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», p. 69.

⁶⁵ Artículo 104 de la Ley 1437.

⁶⁶ Vidal Perdomo y Molina Betancur, p. 4 y ss; Santofimio Gamboa, p. 126 y ss.

⁶⁷ Santofimio Gamboa, p. 129.

encontrar criterio único obliga en los tiempos que corren a ser mucho más prácticos y a utilizar varios criterios de definición, según las diferentes escuelas que trataron de explicar la naturaleza del Derecho administrativo.”⁶⁸

Un sector minoritario que se inclina por un criterio funcional considera que “la complejidad del fenómeno administrativo y la dificultad de trazar siquiera unas características que logren de manera inequívoca diferenciar las actividades que lo conforman, nos conduce a seguir esta lógica”⁶⁹ residual o negativa del concepto de función administrativa, pero resalta: “[s]omos conscientes de la trascendencia que representaría hacerlo de manera positiva”.⁷⁰

Otra manera de explicar un ámbito de aplicación amplio del Derecho administrativo en Colombia opta por desafiar la idea de separación de poderes. Se sostiene que la función administrativa debe entenderse como ejercida no de forma separada sino multiorgánica y concurrente con otras funciones.⁷¹ Algunos casos de acumulación de funciones por las llamadas autoridades reguladoras serían muestra de que el poder no se ejerce de forma separada.⁷² Se afirma que “la acumulación de funciones diversas, normativas, de gestión, de resolución de litigios y controversias, entre otras, genera condiciones adecuadas para una actuación pública eficaz. De esta manera, al superar la idealización de la separación de poderes, en su concepción de exclusividad monopolística de funciones y de aislamiento recíproco, se pone en evidencia que la mezcla de “poderes”, antes considerados como debiendo estar separados, se erige en instrumento necesario para una actuación administrativa eficaz.”⁷³

⁶⁸ Vidal Perdomo y Molina Betancur, pp. 5-6.

⁶⁹ Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*.

⁷⁰ Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*.

⁷¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-630-2014.

⁷² Andrés Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1 (2020), 223-70 (pp. 92-94). En sentido similar en cuanto a la acumulación de funciones cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-222-1996; Sentencia de la Corte Constitucional C-630-2014.

⁷³ Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», p. 92.

En la doctrina colombiana también parece observarse una tendencia similar a la evidenciada en la doctrina española. El ámbito de aplicación amplio del Derecho administrativo se explica acudiendo al argumento de la practicidad o utilidad –aunque no como aspecto accidental al modelo conceptual sino como necesidad que empuja a no tomar partida por un único modelo conceptual– o se explica acudiendo a tesis minoritarias que desafían la explicación tradicional.

Por último, tanto la doctrina española como la colombiana parecen coincidir en sus posiciones respecto de cómo explicar el dilema entre la aplicación del Derecho administrativo o del Derecho privado. La tendencia en ambos países es a considerar que la complejidad del mundo actual impide trazar una línea divisoria entre uno y otro Derecho, que habría más bien que hablar de Derecho público *más* Derecho privado⁷⁴ o que incluso se debe superar la división Derecho público/Derecho privado. En los casos en los que no es claro el régimen jurídico y el control judicial se argumenta que “[l]a tajante división entre Derecho público y privado de origen pandectista no existe en nuestros días,⁷⁵ y las relaciones intersubjetivas ofrecen porciones distintas de reglas de Derecho público y privado, la intensidad de las mismas, le corresponde entonces trazarla, las más de las veces al legislador”.⁷⁶ La explicación para este caso consiste en afirmar que se trata de una opción de política legislativa o que son eventos que caen bajo el margen de libertad de configuración del legislador.

Ante la incertidumbre que reina en la doctrina del Derecho administrativo, una de las obras de Derecho administrativo de los últimos años sostiene que solo si se construye el Derecho administrativo de forma sistemática, podrá evitarse la desintegración que produciría la evolución misma de los diferentes sectores especiales del Derecho.⁷⁷

⁷⁴ Francisco Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado* (Madrid: Marcial Pons, 2014).

⁷⁵ Schmidt-Aßmann reconoce la vigencia de esta distinción y explica el rol del Derecho privado en la Administración, especialmente, en los casos en los que esta participa en el tráfico económico. En todo caso, destaca ámbitos en los que la Administración no puede acudir al Derecho privado. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 293.

⁷⁶ Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*.

⁷⁷ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 2.

5. Objeciones sobre las posiciones de las tesis explicativas del Derecho administrativo

Aunque en este apartado se hagan críticas a las principales tesis explicativas del Derecho administrativo, el propósito de las críticas es preparar el terreno para mostrar un problema metodológico. La verdadera crítica a las diferentes posiciones doctrinales sobre la explicación del Derecho administrativo se presentará en los siguientes dos puntos. En todo caso, las críticas que acá se presentan son realmente críticas que ya se han presentado en el marco de la misma doctrina administrativista o que derivan de sus argumentos. En ese sentido, es suficiente un breve resumen de algunas de las principales objeciones a los criterios explicativos del Derecho administrativo.

Para comenzar, ya se ha reconocido que no es cierto que el Derecho administrativo esté presente únicamente cuando está presente una administración pública. La realidad muestra que el Derecho administrativo también se aplica a sujetos jurídicos diversos de la tradicional Administración pública, por ejemplo, tribunales, parlamentos, órganos autónomos de rango constitucional, autoridades administrativas independientes, e incluso, a particulares.

Por otro lado, no siempre es viable identificar la presencia del Derecho administrativo mediante el concepto de función administrativa, porque dicho concepto no es claro. Algunos doctrinantes llegan al punto de negar que exista algo que se pueda conceptualizar como función administrativa.⁷⁸ A esta crítica se le ha salido al paso afirmando que la función administrativa es todo aquello que no sea ni legislación ni jurisdicción. Aunque la incertidumbre se reduce un poco, aún sigue siendo poco claro el concepto para identificar con precisión el Derecho administrativo porque hay actividades normativas o de resolución de conflictos que no está claro si pertenecen o no al ejercicio de una función administrativa y, además, hay casos en los que el Derecho administrativo se aplica a sujetos privados que desarrollan actividades empresariales, técnicas, regulatorias, en fin,

⁷⁸ García de Enterría y Fernández, p. 54.

actividades tan variadas que tampoco resulta claro que se puedan englobar en el concepto de función administrativa.⁷⁹

Se puede decir que todos los problemas anteriores están relacionados con el principio de separación de poderes, que pareciera establecer un marco en el cual debe encajar adecuadamente el Derecho administrativo. Para evitar este marco, parte de la doctrina administrativista ha propuesto una salida sacrificando, restándole racionalidad o declarando la obsolescencia del principio de separación de poderes. En pocas palabras, se considera un esquema que dificulta la explicación de la presencia del Derecho administrativo en todos los niveles estatales, lo cual parece ir en contra del propio Derecho positivo. Algunos consideran que, para entender el Derecho administrativo actual, es necesario superar el “mito” de la separación de poderes⁸⁰, ya que “la mezcla de poderes”, antes considerados como debiendo estar separados, se erige en instrumento necesario para una actuación administrativa eficaz.”⁸¹ Autores como Gamero sostienen que hoy las potestades públicas se ejercen de manera entrecruzada y que la manera de distinguir las “no es orgánica, sino que se efectúa en razón de su respectiva naturaleza o finalidad”.⁸² Posteriormente define “la potestad administrativa como un poder jurídico unilateral, atribuido conforme al principio de legalidad para la satisfacción del interés

⁷⁹ Es probable que para evitar imprecisiones o evadir el debate sobre el concepto de función administrativa, la doctrina prefiera referirse a la delegación del ejercicio de “funciones públicas” (y no de funciones administrativas) en sujetos privados o en colaboradores. Dolors Canals, «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (Madrid: Huygens Editorial, 2010). Aunque esto puede conducir a otras imprecisiones. Cfr. Alberto Montaña Plata, «Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Concepto de función administrativa», en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, ed. Andrés Ospina Garzón (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), p. 283 y ss.

⁸⁰ Andrés Fernando Ospina Garzón, «Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios», en *La constitucionalización del Derecho administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo*, ed. Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014), pp. 119-42.

⁸¹ Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», p. 92.

⁸² Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», p. 70.

general, sometido a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional).” Este concepto permitiría entonces identificar la procedencia del Derecho administrativo.⁸³

Frente a estas posiciones que intentan superar las dificultades conceptuales derivadas del principio de separación de poderes, paradójicamente se opone no solo el Derecho positivo, que eleva a rango constitucional este principio en la mayoría de los ordenamientos jurídicos,⁸⁴ sino la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, que acude frecuentemente a la separación de poderes para declarar ajustado o no a la Constitución determinadas configuraciones legales. Así que no parece una salida muy segura hablar de la superación del “mito” de la separación de poderes.

En relación con la segunda postura, ignorando lo curioso que en el Derecho actual resultan las explicaciones sustentadas en la “naturaleza”, desde hace mucho tiempo se ha dicho que las funciones estatales no se pueden distinguir por el criterio de la finalidad.⁸⁵ Pero, más allá de eso, el concepto de potestad administrativa que se plantea para delimitar el Derecho administrativo no es suficiente porque no solo la potestad administrativa, en realidad, todo poder en el Estado atiende al principio de legalidad, todos los poderes

⁸³ Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», p. 73.

⁸⁴ Incluso en el Reino Unido, donde no hay Constitución escrita, se considera que hay varios propósitos en el Derecho administrativo para los que puede ser necesario clasificar los poderes del gobierno como de carácter legislativo, administrativo o judicial. Aunque se reconoce que algunas veces es difícil clasificar los poderes dentro de esta tridivisión, muchos poderes pueden describirse sin dificultad como legislativos (en particular, la facultad de dictar reglamentos), administrativos (por ejemplo, la facultad de decidir dónde debe ubicarse una oficina gubernamental) o judiciales (por ejemplo, la facultad de decidir el significado de una ley controvertida). A.W. Bradley, K.D. Ewing, y C.J.S. Knight, *Constitutional & Administrative Law* (Edinburgh: Pearson, 2015), pp. 576-77.

⁸⁵ Aunque se reconocían como autores con posiciones diametralmente opuestas, curiosamente, Duguit y Carré de Malberg coinciden en la improcedencia de delimitar las funciones estatales mediante el criterio de los fines. Sobre el primero cfr. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, troisième (Paris: E. de Boccard, 1928), pp. 291-92. Sobre el segundo cfr. Carré de Malberg, p. 427. No solo es que el criterio de los fines no logre distinguir las funciones, es precisamente la racionalidad teleológica la que hace parte de los detonantes para que se propusiera la separación de poderes. El poder para establecer y definir qué era el “bien común” o “el interés general” y luego la “razón de Estado” fue precisamente lo que se buscó racionalizar mediante la separación de poderes. Niklas Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas* (Madrid: Editora Nacional, 1983), p. 88 y ss. Ni siquiera –dice Giannini– “la noción de “tutela concreta de intereses públicos” [...] es idónea para caracterizar nada concreto.” Giannini, p. 107.

deben satisfacer el interés general, ningún poder tiene un interés particular, incluso una empresa estatal cumple un interés público (generar dinero para el Estado) y todo poder se somete al Derecho y al control judicial. Lo interesante de la obra de Gamero es que, a diferencia de la doctrina dominante en España, no considera que la realidad que muestra el Derecho positivo sea defectuosa o anormal porque no encaje en una tesis doctrinal. Aunque no tiene a la mano un aparato conceptual que favorezca su visión, se rescata su olfato para notar que en el propio Derecho administrativo positivo está la clave para entender el Derecho administrativo. Más adelante destacaremos cómo algunas de las ideas de Gamero se reflejan en parte de la operatividad del Derecho administrativo.

En síntesis, ni el concepto de Administración pública como órgano, ni el concepto de función administrativa, ni los intentos por encontrar un criterio al margen del principio de separación de poderes han conseguido una adecuada descripción del Derecho administrativo. Por último, la propuesta de pensar que el Derecho administrativo positivo solo es viable si se construye científicamente no parece tener mucha evidencia empírica.

Que ninguna de las explicaciones del Derecho administrativo logre ser satisfactoria muestra un problema más profundo. El conjunto de posiciones doctrinales explica la realidad que no encaja en el respectivo concepto, con varias expresiones o fórmulas que muestran, precisamente, que no están “explicando” la realidad sino confundiendo la esfera explicativa con la esfera que debe ser explicada.

En términos generales, todo el Derecho administrativo positivo actual pone en aprietos a las comprensiones dominantes de la doctrina, pero, en concreto, puede decirse que el fenómeno que en mayor medida desafía las tesis doctrinales es el de la aplicación del Derecho administrativo positivo a sujetos distintos de la Administración pública, incluyendo dentro de este fenómeno el de la regulación de las zonas fronterizas entre Derecho administrativo y Derecho privado. Las fórmulas “para explicar” este fenómeno se pueden agrupar en cuatro tipos.

Unas sostienen: hay casos en los que el Derecho administrativo (lo que debe explicarse) se aplica solo “por puros efectos prácticos”, o como una anomalía o desvío (la explicación); otras, por el contrario, ven totalmente normal esa “aplicación multiorgánica del Derecho administrativo” (la explicación) y el problema es del principio de separación

de poderes consagrado en el Derecho positivo (lo que debe explicarse); otras sostienen, sin más, que el Derecho administrativo positivo (lo que debe explicarse) “no se puede definir” (la explicación 1) y, otros añaden: porque es pura facultad de libre configuración del legislador (la explicación 2). Finalmente, otras tesis afirman que el Derecho administrativo positivo (lo que debe explicarse) solo se comprende si se construye sistemáticamente (la explicación).

Las fórmulas del primer y del segundo tipo confunden doctrina y Derecho al pretender que este último tiene que ser un reflejo de aquella: o el Derecho administrativo positivo es el de un sujeto especial o el Derecho administrativo positivo es multiorgánico; de lo contrario hay un problema con la realidad (el Derecho positivo). Las fórmulas del tercer tipo confunden doctrina y Derecho porque ignoran que la doctrina existe precisamente para explicar el Derecho administrativo positivo. Resulta contradictorio pararse desde la doctrina para decir que su objeto no se puede explicar y, a continuación, escribir tratados sobre Derecho administrativo. El último tipo de fórmula confunde doctrina y Derecho al considerar que el Derecho administrativo positivo solo puede tener la forma que le da la ciencia del Derecho administrativo. Todas estas fórmulas tienen algo en común: todo lo que no sea como lo afirman estas fórmulas es un problema de la realidad (Derecho administrativo positivo) y no un problema de las explicaciones (doctrina del Derecho administrativo).

6. La (in)distinción entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo

Que la doctrina administrativista no haya podido definir el Derecho administrativo mediante una conceptualización no quiere decir que el Derecho administrativo no exista. Esta afirmación que parece tan obvia ha mantenido al ámbito de enseñanza del Derecho administrativo en una perplejidad de cerca de dos siglos. La respuesta que acá se ofrece es simple: el Derecho administrativo es lo que diga el Derecho administrativo, no la doctrina.⁸⁶

⁸⁶ Adelantándose a esta idea ya decía Hauriou: “Es el Consejo de Estado quien ha hecho el Derecho administrativo francés.” Maurice Hauriou, «Précis de Droit Administratif. Prefacio a la primera edición,

Una investigación sistémica del Derecho administrativo exige distinguir radicalmente entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo positivo.⁸⁷ Esta

1892», en *Obra escogida*, ed. Santiago Muñoz Machado y Juan Alfonso Santamaría Pastor (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976).

⁸⁷ Esta no es una distinción que deriva exclusivamente de optar por una perspectiva sistémica. La distinción entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo es una variante de la distinción elemental que se hace en los libros de introducción al Derecho entre doctrina o ciencia del Derecho y Derecho. (cfr. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley: University of California Press, 1967), p. 70 y ss; Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho* (Bogotá: Temis, 2002), p. 41 y ss; Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003), p. 315 y ss.). La principal diferencia entre la distinción doctrina/Derecho que se realiza entre la teoría general del Derecho y la teoría de sistemas es el enfoque epistemológico. Desde la teoría del Derecho, la distinción deriva de constatar que los trabajos académicos tienen un objeto constituido por las normas jurídicas. En todo caso, distinguir entre doctrina y Derecho, muchas veces no es fácil, no solo porque un concepto doctrinal puede convertirse en Derecho positivo y viceversa, sino porque muchas veces, la frontera que permite distinguir entre doctrina y Derecho es borrosa (Manuel Atienza, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Fontanamara, 2007), p. 163 y ss.). Dentro de la teoría del Derecho, en todo caso, se han presentado avances metodológicos como los presentados en las teorías analíticas del Derecho que hacen énfasis en el lenguaje. Las teorías jurídicas de corte lingüístico distinguen entre el “Derecho” como un constructo lingüístico que manejan los distintos operadores jurídicos (funcionarios, jueces, abogados, profesores y legisladores) y el “Derecho” como referencia que, de forma excepcional, realiza el propio Derecho positivo. Para un ejemplo aplicado al Derecho administrativo cfr. Mir Puigpelat, «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional». Este enfoque, aunque muestra que doctrina y Derecho son dos esferas distintas (el constructo lingüístico y el objeto del constructo lingüístico) hace énfasis en el elemento estipulativo de la explicación genera la impresión de que toda realidad es, en última instancia, un acuerdo entre hablantes. Esta premisa, si bien no es equivocada, no es por sí sola suficiente para explicar la distinción entre Derecho y doctrina. Es cierto que la mayoría de los fenómenos sociales tienen una base lingüística, pero si no hay marcos de referencia que permitan distinguir entre contextos existenciales, sería muy difícil notar las diferencias que presenta, por ejemplo, la expresión “Derecho administrativo” en un Manual o en una cátedra, en una ley o en unos alegatos dentro de un proceso judicial. La estrecha relación que hay entre estas esferas existenciales puede dar la impresión de que el “Derecho administrativo” es simplemente lo que se enseña en clase y termina convertido en ley o en sentencia judicial por los funcionarios enseñados. Esa impresión no es totalmente equivocada, pero es solo una parte o una vista unilateral de un fenómeno alimentado desde diferentes frentes. Puede ser también que los profesores aprendan lo que enseña el Derecho positivo y lo transmitan a sus estudiantes. Por muy estipulativo que sea el Derecho, no se puede estipular que el Derecho sea cualquier cosa porque los conceptos doctrinales están limitados por la realidad que observan e intentan explicar. La teoría de sistemas, por su parte, también tiene como base, a su manera, el lenguaje, ya que la comunicación es el elemento de todo sistema social. Sin embargo, su enfoque cambia la manera de ver el fenómeno ya

distinción implica que la doctrina del Derecho administrativo (si pretende aspirar a teoría) solo puede describir el Derecho administrativo, no crearlo, y, para describirlo, simplemente tiene que observar su forma de operar.

La distinción entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo es un hecho verificable. En la realidad se puede observar que los muchos, pocos o contradictorios conceptos de Derecho administrativo, incluso sus negaciones, no han impedido que el Derecho administrativo positivo siga operando. En contraste, la operación muchas veces indiferente del Derecho administrativo tampoco ha impedido la continuidad de la enseñanza del Derecho administrativo.⁸⁸

Como la doctrina administrativista y el Derecho administrativo existen en ámbitos distintos no se puede esperar que la existencia del Derecho administrativo dependa de las definiciones ofrecidas por la doctrina. Esta distinción solo se puede comprender si se reconoce que, a diferencia de la sociedad premoderna, la sociedad actual está plenamente diferenciada en sistemas funcionales [Ver Capítulo 2, núm. 1.2., b)].⁸⁹ Existen diversos

que ubica y organiza los diversos fenómenos sociales en distintos sistemas funcionales que, interactúan entre sí, pero que tienen racionalidad propia (Este enfoque será desarrollado en el capítulo 2). Bajo esta perspectiva, aunque la expresión “Derecho administrativo” sea un constructo estipulativo, resaltar el espacio existencial dentro del que esta se utiliza ayuda a comprender que una cosa es lo que un profesor piense del concepto de Derecho administrativo y otra muy distinta es lo que sobre el mismo fenómeno puede resultar reflejado en un acto administrativo, en una ley o en una sentencia judicial. Conceptos doctrinales, actos administrativos, leyes y sentencias judiciales, todos son conceptos íntimamente relacionados, pero son productos de procesos, procedimientos, instituciones y dominios existenciales distinguibles en la realidad.

⁸⁸ Hauriou reconocía la diferencia entre doctrina y Derecho positivo, por ejemplo, cuando destacaba en los prefacios de sus *Précis* que su objetivo era “mantener la obra al día en cuanto a la legislación, la jurisprudencia y los sucesos acaecidos en la administración; es por ello por lo que, en su lugar correspondiente, se hallará un comentario de la ley de asociaciones y de la ley sobre la salud pública; el análisis de las nuevas líneas jurisprudenciales inauguradas por el Consejo de Estado, como el *arrêt* Casanova de 29 de marzo de 1901, que ha declarado admisible el recurso por exceso de poder interpuesto por el simple contribuyente”. Maurice Hauriou, «Précis de Droit Administratif. Prefacio a la quinta edición, 1903», en *Obra escogida* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976), p. 47.

⁸⁹ Comprender la diferenciación funcional entre el Derecho y el sistema educativo y sus mecanismos de irritación mutua, me permiten corregir y aclarar una posición anterior. Cfr. Ronald Pacheco Reyes,

sistemas sociales encargados de cumplir cada uno con una función para la sociedad. La distinción entre la doctrina del Derecho y el Derecho, por ejemplo, implica aceptar que el sistema educativo –en algunos casos en acople estructural con el sistema de la ciencia– produce conocimientos y no leyes, actos administrativos, contratos, sentencias judiciales, etc.; y, a su vez, que el sistema jurídico no se dedica a la producción de tratados de Derecho administrativo o monografías sobre instituciones jurídicas concretas, sino a garantizar las expectativas que se tienen en la sociedad sobre las normas jurídicas.⁹⁰

Que en esta tesis se acuda a la teoría de sistemas funcionales no implica tampoco una preferencia eurocéntrica del Derecho administrativo; simplemente, no se puede desconocer que el Derecho administrativo y la ciencia del Derecho administrativo se formaron principalmente en Europa, en el tránsito de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada.⁹¹ En la medida en que el Derecho administrativo que acá se estudia es básicamente el Derecho que se formó en ese contexto, debe tenerse

Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado: hacia el sistema de la comunicación audiovisual (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), p. 324.

⁹⁰ Esto equivale también a aceptar, por ejemplo, que las enfermedades no se curan en el sistema de la religión sino en el sistema de la ciencia médica o que el dinero no puede comprar una sentencia judicial. Desde luego, que una sentencia judicial sea comprada por el dinero o que una enfermedad trate de curarse mediante oraciones no es algo que no suceda en el mundo. Lo que afirma la teoría de sistemas funcionales es que eso representa una desdiferenciación funcional o la inexistencia de sistemas plenamente diferenciados o que entre los sistemas hay un co-rompimiento, es decir, un rompimiento mutuo de fronteras. Eso sucedía o sucede en las sociedades que se diferencian en forma de estratos porque el Derecho depende en gran medida de la posición social y económica. Sobre la diferenciación funcional en América Latina cfr. Aldo Mascareño, «América Latina en la sociedad mundial», en *Observaciones Latinoamericanas* (Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2012), pp. 97-112.

⁹¹ Que la teoría de sistemas funcionales lleve a mostrar realidades sociales en las que unos estratos se imponen sobre otros podrá juzgarse como una teoría que favorece una mirada opresiva o podrá juzgarse como una herramienta que muestra cómo funcionan en la realidad y se diferencian las sociedades. Una teoría de sistemas funcionalmente diferenciados, por ejemplo, parece conducir a negar que en Venezuela – desde hace algún tiempo– existe Derecho administrativo entendido como un sistema que se distingue de la política o de la economía. Aunque no necesariamente se necesita de la teoría de sistemas para llegar a conclusiones similares: José Ignacio Hernández, «La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el Derecho administrativo fallido en Venezuela», *Revista Electrónica de Derecho administrativo Venezolano*, 23 (2021), 137-65.

en cuenta la diferenciación funcional de la sociedad bajo la que se formó el Derecho administrativo que aún se enseña en Europa y en América Latina.⁹²

Cuando la doctrina administrativista comenzó su carrera por definir el Derecho administrativo, el Derecho administrativo ya existía.⁹³ Con la definición del Derecho administrativo la doctrina administrativista simplemente estaba buscando su objeto de estudio y ello evidencia la formación más o menos completa de un sistema social funcional más: el sistema educativo que en la sociedad moderna ya hacía notar su autonomía, especialmente, de sus antecedentes y relaciones teológicas.⁹⁴

⁹² En esta investigación, tan solo podrá avanzarse hasta uno de los aspectos iniciales del Derecho administrativo y de la teoría del Derecho administrativo que aún son comunes para Europa y América Latina, esto es, el tema de la identidad del Derecho administrativo. Sin embargo, la misma teoría de sistemas muestra que el Derecho en realidades latinoamericanas muestra derivas evolutivas distintas a las europeas y que, a su vez, presentan desarrollos que se toman en cuenta como casos de estudio en Europa. Sobre este asunto ya se mencionó la obra de Neves (Marcelo Neves, *La constitucionalización simbólica* (Lima: Palestra Editores, 2015)). Deberá profundizarse en otro espacio monográfico, por ejemplo, cómo el Derecho administrativo, entendido como un sistema social, se adapta en las sociedades latinoamericanas, cómo responde, por ejemplo, frente a las constantes presiones de corrupción o frente la permanente carencia de recursos.

⁹³ Cfr. Jean-Louis Mestre, «Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le "Cours de législation administrative" de Portiez de l'Oise», *RFDA*, 9.2 (1993); Reinhart Koselleck, «Verwaltung, Amt, Beamter», en *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 7*, ed. Otto Brunner, Werner Conze, y Reinhart Koselleck (Stuttgart: Klett-Cotta, 2004); Luca Mannori y Bernardo Sordí, *Storia del diritto amministrativo* (Roma: GLF, 2001); Almeida Cerredá.

⁹⁴ Más detalles sobre la relación entre la dogmática teológica y la dogmática jurídica en Mario G. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1* (Sao Paulo: wmf martinsfontes, 2008), p. 291 y ss. Losano resalta que hay que ser cautos en el sentido de no asumir un simple trasplante de la teología al Derecho. Sin embargo, frente a la dogmática, resalta que los paralelismos en el contexto de la viva interacción entre la jurisprudencia y la teología explican que el término fuera recibido también por los juristas para indicar la actividad de coordinación de los preceptos de ese evangelio jurídico que, durante siglos, fue el *Corpus iuris*. Con el advenimiento del culto a la sistemática, característico del siglo XIX, el término se encuentra en cualquier tratado jurídico de cierta dimensión. La dogmática se convierte en el orgullo y el preconceito de la Escuela Histórica del Derecho: el hecho de haber elaborado un orden de materias diferente al de Justiniano le lleva a formular un juicio de valor negativo, primero respecto a todo lo que no coincide con su propio sistema y después respecto a todo lo que no es un sistema. Dado que la ciencia jurídica moderna, en este como en otros puntos, es hija de la Escuela Histórica, todavía hoy forma parte del *bon ton* académico

Precisamente, el surgimiento del Derecho administrativo en una época de transición también puede explicar que aún hoy se busque la identidad del Derecho administrativo en las definiciones que del mismo ofrece la doctrina. El hecho de que el Derecho administrativo haya comenzado a formarse en un momento en el que la dogmática jurídica (forjada por funcionarios ministeriales, políticos, juristas, jueces, profesores, abogados) fue decisiva para la organización del Derecho premoderno en Europa, puede contribuir a explicar por qué en la actualidad aún se entiende que el Derecho administrativo es algo que se construye “desde afuera” por una élite de eruditos.⁹⁵

No hay que confundir, en todo caso, las condiciones de posibilidad de un sistema con el sistema. A pesar de que la doctrina, la política, la economía, la religión y el Derecho tuvieron un pasado estrechamente vinculado, la diferenciación funcional ha llevado a que estos ámbitos se separen y operen de forma independiente.

En esta investigación, se aclara, la plataforma de observación es la del sistema científico-educativo y el objeto de observación, el Derecho (no la administración), se intenta explicar tal cual como es en la realidad: un sistema que se auto-produce y que produce sus propias descripciones para operar, por ejemplo, la distinción entre hechos y normas.⁹⁶ Bajo esta posición, si se pretende un estudio científico del Derecho hay que evitar dos extremos: confundir teoría del Derecho con Derecho y entender el Derecho como

disertar sobre los nobles temas de la dogmática jurídica antes de arremangarse para afrontar los problemas cotidianos del Derecho positivo. Losano, *Sistema e estrutura no direito*, Vol 1, p. 295.

⁹⁵ Este proceso se describe con claridad en Losano, *Sistema e estrutura no direito*, Vol 1.

⁹⁶ Esta es una posición basada en la teoría sistémica acogida en esta tesis. Niklas Luhmann, *El Derecho de la sociedad* (México: Herder, 2016), pp. 85-88. La discusión se ha dado en la filosofía y especialmente en el Derecho alemán. Cfr. en orden cronológico de edición: Theodor W. Adorno et al., *La disputa del positivismo en la sociología alemana* (Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973). Karl R. Popper, *Objective knowledge* (Oxford: Oxford University Press, 1979). Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1980). Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983); Claus-Wilhelm Canaris, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (Madrid: Civitas, 1995). Luhmann, *El Derecho de la sociedad*. Matthias Ruffert, *The Transformation of Administrative Law in Europe* (München: Sellier, 2007). Hans Albert, «La ciencia del Derecho como ciencia real», 2007.

hechos.⁹⁷ En el primer lugar estaría, por ejemplo, la dogmática jurídica de inicios de la modernidad y, en el segundo, las teorías sociológicas empíricas, el movimiento de los *Critical Legal Studies* y el análisis económico del Derecho.

Que la ciencia del Derecho (o la doctrina jurídica con aspiraciones científicas) estudie un objeto fáctico-normativo, es distinto a que la ciencia sea normativa. Si la ciencia del Derecho pretende beneficiarse de la etiqueta “ciencia” debe asumir la carga de ofrecer teorías que expliquen la realidad tal cual como es, en el caso del Derecho, incluyendo la distinción ser/deber-ser. Que el objeto de estudio (Derecho) tenga elementos normativos (deber ser) no autoriza al observador (ciencia del Derecho) a incorporar los suyos, por lo menos no estando parado desde un contexto científico-educativo. Bajo estas condiciones, quien manifieste ofrecer una teoría del Derecho con carácter científico debe presentar explicaciones basadas en la realidad, no en su valoración de la realidad o en una mezcla de datos empíricos con valoraciones personales. Esta premisa teórica –que será explicada con mayor detalle en el capítulo siguiente– conduce a tomar distancia de tres tipos de posiciones doctrinales.

7. Toma de posición frente a las explicaciones del Derecho administrativo dominantes

En primer lugar, se toma distancia de aquellas tesis doctrinales que contribuyeron a fundar el Derecho administrativo en la medida en que derivaban el Derecho administrativo de las manifestaciones de la actividad estatal y lo justificaban en un racionalismo

⁹⁷ De acuerdo con Losano, parece que, para Raz, el Derecho pertenece al mundo empírico. Considera que el Derecho tiene una “naturaleza” sistémica lo que, de acuerdo con Losano, causa perplejidad, ya que afirmar que el “Derecho” tiene alguna “naturaleza” es decir una cosa notablemente ambigua. A pesar de que Raz utiliza el término “sistema”, no explica qué entiende por sistema. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, p. XXXIII. En todo caso, hay que aclarar que Losano no estudia en profundidad la teoría de Raz, precisamente por su falta de posición en relación con el término sistema.

posrevolucionario⁹⁸ o en un racionalismo histórico.⁹⁹ Se toma distancia, no como crítica a estas tesis, sino porque, precisamente, en ese momento el Derecho administrativo se estaba formando, es decir, la sociedad moderna apenas comenzaba a diferenciarse funcionalmente entre distintos ámbitos como la política, el Derecho, la economía, la ciencia, la educación, etc., y por otro lado, en buena parte de Europa, la unificación del Estado territorial se logró gracias a una comprensión que equiparaba las manifestaciones del Estado con manifestaciones jurídicas.¹⁰⁰ Por eso era comprensible que el Derecho administrativo estuviera explicado como un orden derivado de la actividad de un gobierno

⁹⁸ Portiez de l'Oise, en su *Curso de legislación administrativa*, reconocido como el primer curso de Derecho de la administración impreso en Francia, apoya sus ideas afirmando que las *disposiciones beneficiosas* del nuevo sistema administrativo se percibirán mejor y que el gobierno no tiene nada que temer del examen de este sistema, ya que los actos detallados de la administración están marcados con el sello de una *raison profonde* y del bien general, al igual que los actos de la administración superior están marcados con el *genio* del gran hombre que dirige los destinos de Francia. Mestre, p. 241. Por su parte, Macarel, uno de los Padres fundadores del Derecho administrativo sostenía, por ejemplo, que quienes han sido *iluminados por la razón* podían conocer la fisonomía general de la administración, o que *la razón y los primeros publicistas coinciden en establecer* que el poder y la felicidad de los Estados dependen principalmente de tres cosas, o que *la razón y la naturaleza de las cosas* dictan que el juicio de los conflictos debe pertenecer al rey o que, tan pronto como se establece el poder ejecutivo y se le confía la tarea de ejecutar las leyes por delegación general, *la razón indica* que el poder que constituyó la sociedad no tiene nada más que hacer, al menos en lo que respecta a las personas. Macarel, pp. 31, 62 y 65.

⁹⁹ Mientras en Francia el Derecho administrativo se explicaba con base en una razón natural, en Alemania se hacía lo propio con una razón histórica. Losano explica que el abandono de las concepciones iusnaturalistas elaboradas por Pufendorf y Wolff que ocurrió en la segunda mitad del siglo XVIII, no se presentó como un corte radical. Sin embargo, se puede señalar que Pütter (alumno de Wolff) inauguró un nuevo método de ciencia del Derecho (en su Enciclopedia de 1767). Pütter instó a abandonar el orden justiniano de las materias y sustituirlo por un nuevo orden sistemático. Así comienza la reconstrucción del Derecho romano, continuada luego por Hugo y que culminó con la Escuela histórica. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol I*, p. 303.

¹⁰⁰ Por la necesidad de unificación del Estado territorial alemán, el Derecho “se construyó sobre la base de la personalidad jurídica, anexando a las personas individuales las personas morales corporativas y, también, la más notable de todas ellas: la persona Estado. Se tuvo la pretensión de convertir esas personas y sus voluntades subjetivas, en el sostén de todas las situaciones jurídicas durables y, aun, de las normas de las reglas del Derecho. Algunos autores alemanes como Gerber, Laband, Jellinek, para hacer entrar por fuerza la “reglamentación” dentro del sistema del Derecho subjetivo, imaginaron que las reglas del Derecho debían considerarse como voluntades subjetivas de la persona Estado.” Maurice Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968), p. 33.

iluminada por la razón natural¹⁰¹ o como un orden que obedecía a la lógica de un sistema abstracto con raíces históricas.¹⁰² Sería un anacronismo criticar estas tesis porque tales estudios tenían en frente un panorama distinto al que años más tarde tuvieron otros doctrinantes. En sentido contrario, hoy, los elogios pomposos y rimbombantes a ciertos principios y las explicaciones basadas en la razón o la naturaleza no pasan un examen en una revista jurídica científica.

Un segundo grupo de tesis doctrinales de las que se toma distancia son aquellas que, a pesar de presentarse en un panorama social funcionalmente diferenciado, aún hoy parecen no distinguir entre la doctrina del Derecho administrativo y el Derecho administrativo.¹⁰³ Cuando se sostiene que no distinguen, no se afirma que los autores no sepan que doctrina y Derecho son dos cosas distintas, más bien parece que la necesidad de mantener determinadas tesis conduce a la indistinción.

Las tesis de las que se deriva esta desdiferenciación funcional son especialmente aquellas tesis que, cuando resultan desvirtuadas por la realidad, crean un argumento *ad hoc* para explicar esa realidad. Las explicaciones más típicas plantean que si el Derecho administrativo se aplica a sujetos jurídicos distintos de la Administración pública se trata de un caso excepcional o anormal del Derecho que sucede por puros efectos prácticos.¹⁰⁴ No se tiene en cuenta que el Derecho puede decidir a quién se le aplica y a quién no. El Derecho no es “práctico” ni “teórico”, el Derecho es Derecho. Lo teórico y lo pragmático se predica de la ciencia, no del Derecho.

¹⁰¹ Desde el punto de vista de la diferenciación funcional la separación de las esferas académica, política y jurídica en esta época era apenas embrionaria. En la obra de Portiez se nota la estrecha cercanía del autor con el gobierno y la explicación de la materia con base en las disposiciones beneficiosas del gran sistema que tiene el sello de la razón profunda de quien dirige la nación. Mestre.

¹⁰² En Alemania fue notable el trabajo de Gerber, quien no solo era un iuspublicista, sino un importante político. Se dice que Gerber contribuyó notablemente a poner en orden el Derecho público común alemán, aplicándole la noción de sistema y que, en cierta medida, consistía en una construcción jurídica que cumplía la función de legitimar la monarquía. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, pp. 381-84.

¹⁰³ Esta tendencia se ha destacado en el Derecho administrativo. Cfr. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho administrativo general, Tomo I* (Madrid: Iustel, 2018), p. 34.

¹⁰⁴ García de Enterría y Fernández, p. 54 y ss.

En España todavía se mantiene la tesis de García de Enterría, si bien ya no con los fundamentos de tipo racional-natural,¹⁰⁵ sí mediante la tendencia de explicar lo que no encaja en la tesis como algo que sucede “por pura practicidad”.¹⁰⁶ En uno de los tratados más recientes sobre Derecho administrativo, se considera que el Derecho administrativo es el Derecho de la Administración Pública y los casos en los que no se aplica a la Administración Pública se explican como una “expansión” del Derecho administrativo “puramente práctica”. El fundamento para esto se considera empírico. Se afirma que la comprensión subjetiva del Derecho administrativo “descansa sobre una *realidad empírica también universal*: la existencia de Administración pública en todos los Estados desarrollados”.¹⁰⁷ Esta afirmación tiene algunos problemas. El primero es que desconoce que, pegado a la administración, viene otra “realidad empírica universal”: la función administrativa.¹⁰⁸ El segundo problema es que la aplicación del Derecho administrativo también se explica teóricamente por la presencia de una función administrativa,¹⁰⁹ no como un suceso práctico. La consecuencia indirecta de esto es una confusión entre doctrina y Derecho, porque al utilizar la fórmula “por efectos prácticos” se presenta como

¹⁰⁵ Para García de Enterría el Derecho administrativo es el Derecho propio de un sujeto especial (Administración Pública) y tal especialidad la encuentra mediante una comparación de las raíces medievales inglesas de la separación de poderes. Esta posición es comprensible porque su tesis se escribió en un momento en el que el Derecho positivo, si bien estaba ya alejado del Derecho natural, no estaba distante del Derecho racional, donde el intelecto –que muchas veces se hacía sentir en la expresión y escritura pomposa– era el mecanismo normal para explicar el Derecho. García de Enterría y Fernández, p. 54 y ss. En la actualidad, no obstante, es bastante difícil sostener que la personalidad jurídica sea un atributo “natural” de un sujeto en especial, simplemente porque el Derecho de hoy es “positivo”.

¹⁰⁶ Parece claro que la referencia a la “practicidad” no se basa en el pragmatismo como corriente de pensamiento porque este pragmatismo es una “teoría” que explica cómo suceden cosas en el mundo a partir de un esquema conceptual que lo sustenta. La máxima de Peirce, uno de los fundadores del pragmatismo es: “Consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.” Charles Sanders Peirce, «How to Make Our Ideas Clear», *Popular Science Monthly*, 12 (1878), 286-302 (p. 283). En pocas palabras, pragmatismo no se opone a explicación teórica. El pragmatismo es una forma de explicación de los fenómenos, no una negación de la teoría.

¹⁰⁷ Velasco Caballero, «Introducción al Derecho administrativo», pp. 40-41.

¹⁰⁸ Su equivalente en el Derecho español es la potestad administrativa. Así lo reconoce Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», p. 70 nota 30. La equivalencia entre los conceptos de función administrativa y de potestad administrativa se explicará en el siguiente capítulo.

¹⁰⁹ Cfr. Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*.

explicado algo que en realidad no lo está y, al tiempo, se ignora que hay explicaciones teóricas de ese hecho (que se afirma ocurrir por efectos prácticos).¹¹⁰

Finalmente, el tercer grupo de tesis de las que se toma distancia son aquellas tesis doctrinales que podrían calificarse de tipo sistemático porque consideran que el Derecho es una especie de orden lógico construido por la ciencia del Derecho administrativo. En concreto, se toma distancia de la tesis de Schmidt-Aßmann porque, a pesar de que distingue entre ciencia del Derecho administrativo y Derecho administrativo, su tesis termina mezclando ambas esferas.

Schmidt-Aßmann distingue entre ciencia del Derecho administrativo y Derecho administrativo porque en la obra se pretende una “teoría” *del* “Derecho administrativo” y se habla constantemente de la “ciencia” *del* “Derecho administrativo”. Sin embargo, cuando presenta su tesis central deja ver que distingue entre estos dos ámbitos, pero incluye elementos valorativos que no están en la realidad que estudia (el Derecho administrativo). Afirma Schmidt-Aßmann que “solo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento.”¹¹¹

Con su tesis, Schmidt-Aßmann expresa una posición valorativa respecto del Derecho administrativo. A pesar de que afirma estar parado en la “ciencia” del Derecho, plantea cómo *debería ser* el Derecho administrativo para que no termine desintegrado por la evolución de los distintos sectores del Derecho.¹¹² Para Schmidt-Aßmann el Derecho

¹¹⁰ Ante la decepción de la expectativa cognitiva [Ver Capítulo 3, núm. 4.2.] normalmente procede el aprendizaje mediante el hecho decepcionante y consecuentemente el ajuste de la expectativa. No obstante, parte de la doctrina administrativista, en vez de ajustar la explicación, le pasa el problema a la realidad que intenta explicar. Ante el derrumbe de los edificios que no soportan los temblores hay dos salidas: culpar del derrumbe al temblor o intentar unos mejores fundamentos que soporten temblores. Reconocer esto es precisamente lo que ha permitido el desarrollo doctrinal y el aprendizaje en general. Ante la falla de tesis hay que seguir probando explicaciones más precisas.

¹¹¹ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 2.

¹¹² La predicción que hace Schmidt-Aßmann (la desintegración del Derecho administrativo si no se construye sistemáticamente) suscita varias inquietudes: ¿con base en qué datos se predice el futuro?, es

administrativo debería ser un objeto construido de forma sistemática y ordenada y la explicación de cómo se logra tal orden es su teoría del Derecho. Acá se toma distancia de la posición de Schmidt-Aßmann por la perspectiva teórica acogida en esta investigación: una teoría no consiste en señalar cómo deben ser las cosas, sino en explicar cómo funcionan las cosas en la realidad, y en la materia que nos ocupa, no todo el Derecho administrativo de la realidad funciona en forma sistemática y ordenada.¹¹³

En el centro del sistema jurídico, la dogmática jurídica sí es una herramienta crucial y, como dice Luhmann, no se debe “entender como si se tratara de una resistencia profesional a la crítica, de una función defensiva de carácter simbólico y legitimatorio”,¹¹⁴ tal como lo pensó en un tiempo el movimiento de los *Critical Legal Studies* y también el análisis económico del Derecho. En este punto acierta Schmidt-Aßmann, porque parte del Derecho, específicamente su centro, sí necesita herramientas para justificar sus decisiones. Su teoría funciona bien, entendida como la descripción de lo que hacen los jueces para motivar sus decisiones. En la realidad, la mayoría de los jueces intentan decidir pensando en un orden, en conceptos, en principios, razones, etc. Sin embargo, hasta ahí funciona la teoría de Schmidt-Aßmann. Afirmar que el resto de las decisiones que se toman en la sociedad, por ejemplo, en la política y en su ejecución, se toman de forma sistemática y ordenada no parece contar con mucha evidencia empírica. En consecuencia, pretender que las decisiones de otros sistemas se tomen razonando como razonan los jueces implica dejar de lado la teoría para pasar a los deseos.

La misma obra de Schmidt-Aßmann permite confirmar que no todo el Derecho administrativo funciona de forma ordenada y sistemática cuando distingue el uso de la dogmática que se presenta en la práctica judicial (el centro del sistema jurídico) y el uso que se presenta en el resto de las esferas sociales (la periferia del sistema jurídico).

decir, ¿cómo se puede saber que el Derecho administrativo se va a desintegrar?, ¿no lleva acaso dos siglos operando?, ¿no existe Derecho administrativo positivo cada vez más en el mundo?, ¿cómo saber que la teoría de Schmidt-Aßmann evitará que pase algo que no se sabe si pasará?

¹¹³ Esta no es una posición exótica derivada de la teoría sistémica acogida en esta investigación. En 1913 decía Berthélemy que para estudiar el mecanismo administrativo y las normas que rigen su actividad, basta con tomar las funciones de la administración por lo que son, sin preguntarse por lo que deberían ser. H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Septième éd. (Paris: Arthur Rousseau, 1913), p. 2.

¹¹⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 63.

Mientras que, en el primer caso, la dogmática “consiste en examinar la legalidad o conformidad a Derecho de una determinada actuación”,¹¹⁵ en el segundo caso, la dogmática es una herramienta accesoria, debido a que “las Administraciones, los despachos de abogados o los parlamentos necesitan un asesoramiento jurídico más amplio, que no se detiene en determinar la conformidad a Derecho o a la legalidad aplicable de un determinado acto o actuación.”¹¹⁶ En la periferia del Derecho, se puede actuar teniendo en la mira el Derecho, pero con una lógica distinta a la judicial, no se busca la unidad del Derecho (decidir qué es legal e ilegal), sino operar conforme a la lógica de cada sistema social, sin violar el Derecho o, incluso, buscando estrategias para evadirlo. En la periferia se puede buscar simplemente un intercambio y para ello celebrar un contrato, se puede buscar la forma de no pagar tantos impuestos, se puede solicitar una pensión, constituir una sociedad, etc., y para ello no se necesita operar de forma sistemática y ordenada. “El código –conforme con el Derecho/no conforme con el Derecho– solamente puede ser manejado en el plano de la observación de segundo orden”,¹¹⁷ es decir, en el plano judicial y, en todo caso, “[e]sta observación es indiferente respecto al hecho de si los observadores de primer orden –actores o víctimas–, clasifican su relación con el mundo de acuerdo al Derecho o en desacuerdo a él”.¹¹⁸ En pocas palabras, en la periferia del Derecho, no importa si se razonó o no sistemática y ordenadamente porque en la periferia hay sistemas con racionalidades distintas a la jurídica.

Si se acepta que una teoría consiste en la explicación de cómo funciona cierto ámbito de la realidad, debe basarse en todo ese ámbito de la realidad, no solo en parte de ese ámbito. En sentido contrario, no se puede tomar solo una parte de la realidad para explicar la totalidad de la realidad investigada.¹¹⁹

¹¹⁵ Eberhard Schmidt-Aßmann, *La dogmática del Derecho administrativo* (Sevilla: Global Law Press, 2021), p. LXIV.

¹¹⁶ Schmidt-Aßmann, *La dogmática del Derecho administrativo*, p. LXIV.

¹¹⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 126.

¹¹⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 126.

¹¹⁹ “Each theory is a highly condensed description of a whole class of a situations and, as such, needs to be supplemented with the details of one or more situations in order to make specific predictions.” Murray Gell-Mann, *The quark and the jaguar: adventures in the simple and the complex* (New York: W.H. Freeman and Company, 1994), p. 75.

A pesar del título que lleva su obra en castellano,¹²⁰ Schmidt-Aßmann no explica el Derecho administrativo que existe en la realidad “como un sistema”, al menos no como un sistema operativamente clausurado (Derecho) que se produce por sí mismo y que, por tanto, no es producido desde otro sistema (ciencia jurídica). Bajo la concepción de Schmidt-Aßmann, el Derecho administrativo parece más una masa amorfa que solo adquiere la calidad de sistema si se ordena como dice la ciencia del Derecho administrativo. Lo paradójico es que ni aun ordenado en la forma pretendida –dice Schmidt-Aßmann– se puede delimitar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo,¹²¹ que es a lo mínimo a que aspira una comprensión del Derecho (o de cualquier objeto de la realidad) como sistema. Si no se puede hacer una distinción entre el sistema y su entorno, no hay sistema [Ver Capítulo 2, núm. 2].

8. El concepto de sistema: un problema transversal a todo el estudio del Derecho

Que la expresión “sistema” sea frecuentemente utilizada en la obra de Schmidt-Aßmann no quiere decir que su obra sea la única que acude a un método sistemático para explicar el Derecho administrativo. En el fondo, la mayoría de las tesis doctrinales del Derecho administrativo son sistemáticas porque intentan construir un aparato conceptual a partir de un principio explicativo del que se derivan el resto de las explicaciones. Esto ocurre tanto en las llamadas tesis subjetivas como en las llamadas tesis objetivas. Todas intentan “cerrar” el concepto de Derecho administrativo a partir del concepto de administración pública (subjetivo u objetivo).¹²² De la misma manera, en la teoría jurídica –tanto en la más antigua como en la más reciente– se intenta “cerrar” el concepto de Derecho bien

¹²⁰ El título original en alemán es Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 2006. En la misma obra se ofrece la expresión “idea ordenadora” como otra traducción posible del título del libro. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, nota 1 de la presentación de la traducción.

¹²¹ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 5.

¹²² Un sistema era la comprensión que ya tenía Gérando sobre lo que podía ser el Derecho administrativo. Gilles J. Guglielmi, «Vu par ses pères fondateurs, le Droit administratif», en *Le Droit administratif en mutation*, ed. Jacques Chevallier (Paris: puf, 1993), p. 42.

mediante la idea de *Grundnorm*,¹²³ bien mediante una regla de reconocimiento¹²⁴ o bien mediante la interpretación correcta del Derecho.¹²⁵

8.1. El concepto de sistema en la historia del pensamiento jurídico

Para explicar la clausura del Derecho, esto es, para poder distinguir entre el Derecho y el no-Derecho, la herramienta por antonomasia utilizada en la teoría jurídica ha sido el concepto de sistema. Acá se tiene en cuenta el estudio de Losano sobre el concepto de sistema en la ciencia del Derecho.¹²⁶ Este autor explica que el Derecho romano clásico comenzó a desarrollar un embrión de orden sistemático, que se trasladó al *Corpus iuris* y luego a la cultura jurídica europea. Con la Edad Media, el *sistema* se consolidó en el Derecho y la teología. La lógica de los griegos, filtrada a través de los humanistas, se convirtió en el canon de exposición de los juristas de 1500. La materia era organizada de lo general a lo particular, sin embargo, buscaban una *mathesis universalis*, casi una premonición del futuro pensamiento sistemático. Con el siglo XVII, el uso de “sistema” ya estaba consolidado y varios autores comenzaron a reflexionar sobre el concepto expresado por este término. En general, se derivaron dos tipos de conceptos de sistema que perduran hasta nuestros días. Estas dos concepciones de sistema que se extienden hasta la actualidad fueron agrupadas por Losano bajo las etiquetas de sistema externo y de sistema interno.¹²⁷

¹²³ Kelsen, *Pure Theory of Law*. Acá también hay escépticos. Una corriente importante de la época la representa el realismo jurídico. Para una presentación panorámica cfr. Nino, p. 44.

¹²⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

¹²⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986).

¹²⁶ Por supuesto, no es el único estudio dedicado a este tema. También se puede confrontar el trabajo de Paolo Cappellini, *Systema iuris* (Milano: Giuffrè Editore, 1984). En filosofía del Derecho hay un interesante trabajo que expone el sistema detrás del pensamiento de Dworkin, quien se supone trae un pensamiento radicalmente distinto al de teóricos como Hart y Kelsen. Juan Manuel Pérez Bermejo, *Coherencia y sistema jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2006).

¹²⁷ Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, p. 3 y ss.

Por sistema externo se entiende la organización lógica de la exposición de una disciplina: en este sentido, el término ha permanecido hasta nuestros días.¹²⁸ Los presupuestos del sistema externo son la caoticidad del mundo exterior, sobre la que, por tanto, el sistematizador puede imponer su orden desde fuera. El sistema está en el discurso de la ciencia y no en el objeto estudiado. Los requisitos del sistema externo son: coherencia, completitud, independencia y necesidad de los axiomas de los que parte el razonamiento lógico.¹²⁹

La teoría del sistema jurídico externo tiene origen en la ciencia romanista alemana, que analiza sistemáticamente el Derecho antiguo para adaptarlo como Derecho común a la sociedad alemana del siglo XIX. Este proceso comienza con la actividad dogmática, que reúne en los institutos jurídicos los elementos comunes a cada norma. Con el mismo método, se pueden hacer más abstracciones (unificando institutos) para llegar a la construcción de un sistema jurídico unido bajo un único principio, según los cánones de la filosofía clásica alemana.¹³⁰

El siglo XX heredó de la filosofía y la teología clásica alemana el concepto de sistema externo. Dicho concepto es una técnica didáctica o expositiva que permite poner orden en los datos caóticos de la realidad.¹³¹

En el mismo siglo XX se afirma la investigación del sistema interno, ejemplificada por teorías como la del filósofo Adolf Trendelenburg y la del jurista Gustav Radbruch, aunque el ejemplo más exitoso de sistema interno es el de Hans Kelsen.¹³²

¹²⁸ Las historias jurídicas universales de inspiración hegeliana tratan de construir un sistema que comprenda no solo los Derechos actuales, sino también los Derechos históricos; no solo los Derechos europeos, sino también los extraeuropeos. Se funden, así, una visión sistemática del Derecho, una filosofía de la historia y una filosofía del Derecho. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, p. 141 y ss.

¹²⁹ Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, p. 249 y ss.

¹³⁰ Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, p. 215 y ss.

¹³¹ Ya con Aristóteles, sin embargo, se había planteado el problema de establecer si el orden está en la mente del observador (que lo utiliza para ordenar la realidad caótica) o si está dentro de la propia realidad, de modo que el observador solo tiene la tarea de sacarlo a la luz.

¹³² Mario G. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 2* (Sao Paulo: wmf martinsfontes, 2010), p. 1.

8.2. El sistema jurídico de Hans Kelsen

La teoría de Kelsen tiene sus raíces tanto en el positivismo jurídico como en el neokantianismo. Con estos instrumentos, Kelsen lleva a cabo la construcción de un sistema interno de Derecho que constituye el más riguroso sistema jurídico formulado en lenguaje natural. Distinguiendo claramente la ciencia del Derecho del Derecho mismo (que es el objeto del Derecho), Kelsen ofrece tanto un sistema externo del Derecho (una descripción sistemática del Derecho) como un sistema interno del Derecho, en el que identifica el vínculo unificador específico de las normas de un ordenamiento positivo en el deber ser (*Sollen*). Con la teoría pura del Derecho se concluye la investigación decimonónica sobre el sistema jurídico interno: a partir de entonces, o bien se construirán sistemas de Derecho axiomatizados (lógico-formales), o bien se intentará descubrir nuevas formas de sistema jurídico interno.¹³³

Aunque la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen es uno de los ejemplos de este segundo tipo de sistemas, “está sólidamente anclada en el pensamiento del siglo anterior.”¹³⁴ A Kelsen le llegó la concepción sistemática del siglo XIX a través de Jellinek, alumno de Gerber quien, a su vez, trasladó al Derecho público la concepción sistemática que el “primer” Jhering había concebido para el Derecho privado.¹³⁵

La obra de Kelsen es considerada una de las más grandes obras del siglo XX y, al mismo tiempo, caracterizada peyorativamente como formalista y encerrada en sí misma, sin contacto con la realidad. A pesar de esto, las tesis que siguieron a la de Kelsen han seguido usando la noción de sistema.¹³⁶ Siguen en esta línea las tesis de Hart y Raz y, lo más interesante, es que se sostiene que incluso la teoría del Derecho de Dworkin, considerada

¹³³ Losano, *Sistema e estrutura no direito*, Vol 2, p. 2.

¹³⁴ Texto original: “*ela é a mais relevante teoria jurídica do século XX, mas está solidamente ancorada no pensamento do século anterior.*” Losano, *Sistema e estrutura no direito*, Vol 2, p. XXIX.

¹³⁵ Losano, *Sistema e estrutura no direito*, Vol 2, p. 37 y ss.

¹³⁶ No solo las preponderantemente discutidas en la cultura jurídica anglosajona, sino también las que se concentran en la cultura jurídica europea-continental. Luhmann destaca que un ejemplo de tesis jurídicas que se construyen alrededor de la teoría de sistemas se puede encontrar en la revista jurídica alemana *Rechtstheorie* que tiene dentro de sus fundadores a H.L.A. Hart, Hans Kelsen, Werner Krawietz y Karl R. Popper. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 5.

como paradigma que rompe con la tradición del positivismo y del iusnaturalismo, se estructura bajo la idea de sistema.¹³⁷

8.3. El sistema jurídico hartiano¹³⁸

Hart caracteriza el Derecho como un sistema de reglas “sociales” porque es un sistema que regula el comportamiento humano en la sociedad y porque encuentra su origen en las interacciones sociales. Las reglas jurídicas comparten clase con otro tipo de reglas como la moral, los usos o el lenguaje, pero se diferencian de estas últimas en razón de dos características. Por un lado, al igual que la moral, tienen que ver con los “deberes” en el sentido de que atribuyen vinculatoriedad a ciertas conductas. Por otro lado, se diferencian de la moral por su carácter sistémico, que deriva de la interacción entre dos clases de reglas: las reglas primarias y las reglas secundarias. Las reglas primarias consagran obligaciones, deberes y conductas. Estas reglas primarias se vinculan con las reglas secundarias y de tal vínculo se predica el carácter sistemático del Derecho. Las reglas secundarias son de tres tipos: reglas de adjudicación (o enjuiciamiento), reglas de cambio y regla de reconocimiento. Las reglas de adjudicación confieren competencia a las autoridades para juzgar y aplicar la legislación. Debido a que las reglas primarias y las reglas de adjudicación pueden cambiar, existen las reglas de cambio, que atribuyen poder para dictar la legislación. Estas reglas de cambio incluso autorizan a los particulares a que se impongan obligaciones a sí mismos (mediante contratos, testamentos, etc.). Por último, está la regla de reconocimiento que contempla los estándares de validez de todas las reglas del sistema jurídico.¹³⁹ Esta regla de reconocimiento impone obligaciones especialmente dirigidas al juez porque es quien debe aplicar el conjunto de reglas que cumplan los requisitos de validez. Este conjunto de reglas, que es el que los jueces deben aplicar, constituye pues el sistema jurídico compuesto por la regla de reconocimiento, las reglas de adjudicación, las reglas de cambio y las reglas primarias. Para Hart, un sistema jurídico real es aquel que es efectivo, esto es, aquel en el que la mayoría de la población cumple

¹³⁷ Para profundizar sobre la idea de sistema detrás de la teoría del Derecho de Dworkin cfr. Pérez Bermejo.

¹³⁸ Para este resumen se consultó: Neil MacCormick, *H.L.A. Hart* (Madrid: Marcial Pons, 2010); Hart.

¹³⁹ Se identifica al observar ciertas prácticas sociales de los jueces que cumplen determinadas exigencias como ser proferidas por un órgano legislativo y que llevan a concluir que son válidas y por tanto que deben aplicarse. Nino, pp. 110-11.

las reglas. En todo caso, Hart considera que las reglas no pueden preverlo todo, debido a que son constructos lingüísticos y por tanto tienen una textura abierta. Esto explica que el Derecho no pueda entenderse como un sistema completo que pueda determinar el Derecho en todos los eventos. De esta posición Hart reconoce que existe cierta discrecionalidad principalmente judicial para resolver los problemas de incompletitud del Derecho. Es precisamente este argumento de Hart, relacionado con la discrecionalidad judicial, el que abre la puerta para la crítica de Dworkin. Según este autor, “el Derecho determina completamente los derechos todos.”¹⁴⁰ La labor de los jueces, por lo tanto, consiste en garantizar los derechos de todos los sujetos y esa labor no comporta la discrecionalidad que señala Hart, porque, por difícil que sea, los jueces deben hacer su mejor esfuerzo para encontrar la decisión más correcta.

8.4. El ¿sistema jurídico? De Dworkin

La teoría del Derecho de Ronald Dworkin se considera una concepción significativamente distinta de la teoría jurídica tradicional (incluyendo acá el iusnaturalismo y el positivismo jurídico) construida de la mano del concepto de sistema. Se podría pensar, en consecuencia, que su planteamiento jurídico escapa al pensamiento en términos de sistemas. Sin embargo, no es este el caso.¹⁴¹ También en la obra de Dworkin subyace la necesidad del pensamiento estructurado. Mientras que en los modelos de tipo kelseniano y hartiano el Derecho se concibe como un sistema de normas o reglas, en el modelo dworkiniano se considera que “*is in legal argument that the most consistent, coherent and advanced systematization of real moral argument takes place.*”¹⁴² En el epílogo de *Law’s Empire*, Dworkin responde a la pregunta ¿qué es el Derecho? Sosteniendo que el Derecho es una labor interpretativa que los jueces hacen de la práctica jurídica; solo que esa práctica no es libre, está condicionada por una comprensión que llama el Derecho como integridad.¹⁴³ En la teoría de Dworkin late

¹⁴⁰ MacCormick, p. 100.

¹⁴¹ Pérez Bermejo, p. 22.

¹⁴² Stephen Guest, *Ronald Dworkin* (Stanford: Stanford University Press, 2013), p. 5. Dworkin sostiene que se opone a la idea de que el Derecho sea un conjunto fijo de normas de cualquier tipo, con lo que se entiende que sí hay un sistema jurídico, solo que no se compone únicamente de reglas, sino también de principios. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 76.

¹⁴³ Dworkin, *Law’s Empire*, p. 410 y ss.

entonces un concepto de sistema que algunos consideran radicalmente distinto del concepto de sistema del pensamiento jurídico tradicional.¹⁴⁴ ¿Qué es lo radical de la teoría del Derecho de Dworkin?

El pensamiento jurídico de Dworkin se da a conocer por su crítica a la concepción hartiana del Derecho. Sostiene que el positivismo desconoce un tipo de normas muy importante: los principios. Al incluir los principios en la órbita del Derecho considera Dworkin que la teoría positivista se queda corta como explicación por la cualidad que tienen los principios. Los principios, que son de primer rango en el sistema de Derecho, incorporan la moral y la política al ordenamiento jurídico. Son abstractos y tienen un ámbito de aplicación tan amplio que en su aplicación generalmente hay conflictos entre principios. Este hecho hace que la aplicación del Derecho bajo la lógica positivista del todo o nada (propia de las reglas) no funcione porque los principios se ponderan. Si los principios son Derecho, pero son generales, innumerables, introducen consideraciones morales y políticas y producen disputas, el dogma del positivismo no funciona, esto es, definir qué es –o no– Derecho mediante una regla de reconocimiento (o una norma básica) que permita tal identificación.¹⁴⁵ Debido a que los principios tienen carácter moral y son incontables, el sistema jurídico no se cierra, sino que se define y se reconstruye en cada caso particular. De acuerdo con Dworkin, su comprensión del Derecho es mucho más acorde con la práctica jurídica que la que plantea el positivismo porque los conflictos jurídicos no se resuelven como una simple verificación de la adecuación de los hechos al lenguaje, como usando un diccionario.¹⁴⁶ ¿Cómo se identifica entonces el Derecho de acuerdo con la tesis de Dworkin? Para responder pueden destacarse al menos dos pasos. En primer lugar, Dworkin comprende el Derecho como un fenómeno argumentativo que se produce y reproduce a medida que se interpreta y se aplica. Por lo tanto, el Derecho se identifica a partir de casos concretos y la teoría del Derecho se evalúa en el marco de la

¹⁴⁴ Sobre lo radical de este cambio cfr. Pérez Bermejo, p. 118. Discutir este asunto escapa a esta investigación, sin embargo, queda la duda de si, desde un punto de vista abstracto, no se presenta una sustitución de un modelo algorítmico por otro, es decir, de la regla de reconocimiento por la teoría de la interpretación.

¹⁴⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 44.

¹⁴⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 248.

aplicación de las normas.¹⁴⁷ Pero esta actividad no es irracional ni arbitraria; el segundo paso comprende la interpretación del Derecho enmarcada como una actividad orientada por lo que llama el Derecho como integridad; dentro de esta idea la metáfora de la “novela en cadena”¹⁴⁸ explica cómo se identifica el Derecho en cada caso concreto. El punto de partida es cada caso individual ya que el caso le permite al juez delimitar el contexto y la dimensión de espacio y tiempo sobre la que recaerá la actividad interpretativa. De este modo, cada caso será un capítulo nuevo que formará parte de la “novela en cadena”. Cada novelista debe escribir su capítulo para elaborar la novela de la mejor manera posible y, si bien tiene la libertad de adecuar la novela a las particularidades de caso, no puede interpretar el Derecho de cualquier manera, debe respetar dos dimensiones: la primera es una concordancia en la que la interpretación elegida fluya a través del texto y la segunda consiste en elegir, teniendo todo en cuenta, cuál es la mejor interpretación que se adapta a la novela en desarrollo.¹⁴⁹

9. La distinción del sistema jurídico: un problema común a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho

Como se puede ver, la distinción entre el sistema y su entorno, es decir, la distinción entre lo que es Derecho administrativo y lo que no es Derecho administrativo, no es un problema exclusivo de la doctrina administrativista, también la teoría del Derecho tiene este mismo problema.

Puede ocurrir que al interior de la doctrina administrativista la pregunta por el concepto de Derecho no sea frecuente, bien porque se asume que todo el mundo tiene claro qué es el Derecho o porque sencillamente no parece probable que una especialidad avance si no se enfoca en sus propios problemas. ¡Suficientes problemas hay con el concepto de Derecho administrativo para preocuparse ahora por el concepto de Derecho!

¹⁴⁷ Dworkin comprende que las teorías se juzgan por su capacidad para resolver problemas, por eso, no parte de modelo abstracto para aplicarlo a un caso concreto, sino que el comienzo es un problema práctico y la salida es la teoría que mejor lo resuelva. Pérez Bermejo, p. 120 y ss.

¹⁴⁸ Dworkin, *Law's Empire*, p. 228 y ss.

¹⁴⁹ Dworkin explica en detalle este método y plantea algunos ejemplos para desarrollarlo. Cfr. Dworkin, *Law's Empire*, p. 229 y ss.

Desafortunadamente – o ¿afortunadamente? – parece que entre los problemas conceptuales del Derecho administrativo y los problemas conceptuales del Derecho hay una relación estrecha.

En lo que respecta al Derecho administrativo, la literatura estándar explica que, en los orígenes de la modernidad, este Derecho se formó con el propósito de controlar al poder ejecutivo, que posteriormente cederá su importancia a otro aparato: la Administración pública. Con la profundización del Estado de Derecho, la Administración pública dejó de identificarse con una institucionalidad externa al Derecho y pasó a entenderse como una función estatal y, por tanto, totalmente juridificada.¹⁵⁰ Al quedar el Derecho administrativo sin un referente externo, su identidad dependerá de lo que diga el soberano legislador. Sin embargo, ante los problemas derivados de la doctrina de la supremacía legislativa, entre estos la preocupación por la arbitrariedad, emergió el constitucionalismo en la última parte del siglo XX y estableció, nuevamente, referentes para la configuración del Derecho administrativo.

La mayoría de las constituciones reafirman el principio de separación de poderes y, al mismo tiempo, someten a todo el poder público, no solo al Derecho, sino a la Constitución. El Derecho administrativo entonces ya no será una pura decisión legislativa, sino que deberá atender los referentes constitucionales, especialmente, la separación de poderes y la aplicación del Derecho público a todo ente estatal. Desde la llegada del constitucionalismo parece entonces surgir nuevamente la idea de que el Derecho administrativo tiene alguna racionalidad y la consagración constitucional del esquema de separación de poderes parece confirmarlo. Sin embargo, deducir la racionalidad ya no es tan sencillo como a comienzos de la modernidad, porque parece que la ecuación *Derecho administrativo = uno de los poderes estatales* no funciona, ya que todos los poderes se someten en buena medida al Derecho administrativo. En todo caso, quedaba una carta bajo la manga: el Derecho administrativo es el Derecho de las organizaciones de carácter público.¹⁵¹ Pero el problema se complica aún más.

¹⁵⁰ Sobre el tema de la vinculación negativa y la vinculación positiva de la administración cfr. Eduardo García de Enterría, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *Revista de administración pública*, 27, 1958, 63-88. En Alemania cfr. Forsthoff.

¹⁵¹ Geroges Vedel, *Droit administratif* (Paris: Presses Universitaires de France, 1976), p. 50 y ss.

Las constituciones de la última parte del siglo XX se han abierto a un modelo llamado social de mercado que ha generado procesos recíprocos de intervención de los privados en algunas esferas estatales y del Estado en esferas de los privados. Estas interacciones se relacionan con procesos colaterales a nivel político, que se conocen en el Derecho público con las diversas etiquetas que han acompañado al Estado (liberal, prestador, interventor, benefactor, garante, regulador, inversor, etc.). Todos estos procesos han conducido, igualmente, a una aplicación del Derecho administrativo a las actividades privadas y a una aplicación del Derecho privado a las actividades de entes públicos. Con lo que se llega nuevamente al callejón sin salida mencionado párrafos atrás: el Derecho administrativo no se puede explicar como un Derecho puramente estatal, pero tampoco parece claro que su configuración sea arbitraria. *¿Cómo adquiere entonces la unidad el Derecho administrativo? Es decir, ¿cómo encontrar la frontera que permite distinguir qué es y qué no es Derecho administrativo?*

Si de la doctrina administrativista se pasa a la filosofía del Derecho, el debate sobre la explicación del Derecho en principio se estructuró alrededor de un enfrentamiento de dos posiciones: la que busca definir el Derecho por referencia a un orden natural y externo al Derecho –*iusnaturalismo*– y la que busca definir al Derecho desde sí mismo, sin ninguna referencia al exterior –*positivismo jurídico*–.¹⁵²

Antes de la Segunda Guerra Mundial el positivismo jurídico era la explicación del Derecho dominante. El estudio del Derecho se había independizado de otras ciencias y la materia se había autonomizado, era definida desde sí misma. Luego de la guerra surgieron las preocupaciones sobre la concepción positivista del Derecho debido a que permitió el uso de la ley para crímenes en contra de la humanidad. La discusión de la ciencia jurídica sobre el concepto de Derecho después de Kelsen tomó un nuevo aire y la idea del Derecho como pura voluntad, es decir, puramente positivo comenzó a revisarse con el constitucionalismo. Desde este movimiento la filosofía jurídica se encuentra en un debate que, en el fondo, busca determinar –de manera similar al debate antiguo– si el Derecho

¹⁵² La presentación dicotómica de estas dos corrientes de pensamiento tiene una función holística porque, en términos generales, ayuda a los juristas recordarlas como posiciones contradictorias. No obstante, en muchas tesis, tanto *iusnaturalismo* como *iuspositivismo* coinciden. Cfr. Nino, p. 16 y ss.

se define por referencia a sí mismo (reglas de reconocimiento)¹⁵³ o si se define por criterios puramente morales y políticos.¹⁵⁴ La pregunta que este debate arroja es la misma del Derecho administrativo: *¿Cómo adquiere unidad el Derecho?, es decir, ¿Cómo se establece la frontera que permite determinar qué es Derecho y qué no es Derecho?*

Los debates de la filosofía del Derecho y los de la doctrina administrativista han recorrido un camino similar: de una conceptualización definida por referencia a algo externo (un sujeto especial en el Derecho administrativo y un orden natural o racional en el Derecho), se pasa a una conceptualización puramente positivista (el Derecho administrativo como Derecho de una función jurídica y el Derecho como Derecho del Estado), que conduce a una especie de escepticismo (el Derecho administrativo no se puede definir y el Derecho positivo es pura facultad de configuración del legislador) que, aunque parece reducirse con la emergencia del constitucionalismo, aún mantiene en incertidumbre tanto a la doctrina administrativista como a la doctrina jurídica, ya que no se ha podido definir si el Derecho y el Derecho administrativo dependen de una referencia interna o externa para poder construirse.

Es posible que el enfrentamiento dicotómico de posiciones –Derecho natural/Derecho positivo y positivismo jurídico/constitucionalismo– en la teoría del Derecho, no se perciba como comparable al enfrentamiento propio de la ciencia del Derecho administrativo. El enfrentamiento al que nos tiene acostumbrada la doctrina administrativista es el de la disputa entre posiciones subjetivas u orgánicas y posiciones objetivas o funcionales. Sin embargo, si se mira con detalle, la mayoría de estas tesis (subjetivas y objetivas) emergieron antes de que el *iuspositivismo* jurídico se consolidara.¹⁵⁵ En las cercanías del positivismo jurídico kelseniano, Duguit rechazaba fuertemente las concepciones finalistas y orgánicas y se acercaba al positivismo.¹⁵⁶

¹⁵³ Hart.

¹⁵⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*; Dworkin, *Law's Empire*.

¹⁵⁵ Las obras de Carré de Malberg y Duguit, por ejemplo, a pesar de sus diferencias ya mostraban un tránsito al positivismo jurídico.

¹⁵⁶ En Duguit ya se observa la distancia con el iusnaturalismo (criticaba fuertemente la idea de conceptos basados en fines o actividades) y su cercanía a la tesis de Merkl (las funciones del Estado son funciones jurídicas. Las que le interesan a la administración, por ejemplo, son las que se concretan en los denominados actos-subjetivos o condición y actos materiales). Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, p. 155 y ss.

Curiosamente, Carré de Malberg también discutía con Kelsen y su posición orgánico-formalista fue basada en el Derecho positivo francés.¹⁵⁷ En términos generales, las posiciones clásicas en las que aún hoy se funda el concepto de Derecho administrativo surgieron antes del positivismo jurídico puro y duro y finalizaron con la que podría ser la primera obra que consolida el positivismo jurídico en la ciencia del Derecho administrativo: la *Teoría general del Derecho administrativo* de Merkl.¹⁵⁸

Se puede decir que luego del trabajo de Merkl –o sea, después de la llegada del concepto de sistema jurídico de Kelsen a la ciencia del Derecho administrativo–, rara vez aparecieron trabajos con repercusión similar a la de los clásicos del Derecho administrativo. Desde Merkl, toda función estatal es función jurídica. Después de Merkl es extraño encontrar conceptos de Derecho administrativo fundados en objetos externos al Derecho.¹⁵⁹ Incluso, después de Merkl es extraño encontrar obras dedicadas a ofrecer un concepto de Derecho administrativo,¹⁶⁰ la mayoría de los manuales después de la vigencia del positivismo jurídico destacan el histórico problema del objeto del Derecho administrativo, algunas acogen una postura y en muy pocas ocasiones se observan teorías nuevas sobre el concepto de Derecho administrativo. La tendencia es que, cuando un autor desea tomar posición, termina presentando una mixtura o –según Waldoff– una paráfrasis de los conceptos que emergieron en la época clásica del Derecho administrativo.¹⁶¹

¹⁵⁷ El concepto de Derecho administrativo, según la explicación jurídico-formal de Carré de Malberg, dependía del Derecho positivo francés, no de funciones materiales (aludía a la teoría de Duguit). Carré de Malberg, p. 427 y ss.

¹⁵⁸ Merkl.

¹⁵⁹ Probablemente el concepto de Derecho administrativo de García de Enterría sea una excepción a esta regla. Aunque afirmar esto tampoco es preciso porque García de Enterría consideraba que la personalidad jurídica era atribuida por el Derecho positivo.

¹⁶⁰ Tal vez Luciano Parejo es una notable excepción: Parejo Alfonso, *El concepto de Derecho administrativo*. Frente a una obra relativamente reciente que se titula “La construcción del concepto de Derecho administrativo español”, en el prólogo del trabajo, García de Enterría elogia la obra del autor destacando una “muestra de excesiva modestia, a mi entender, ha renunciado casi enteramente a ofrecer una opinión propia”. Alli Aranguren, p. 23.

¹⁶¹ Waldoff, p. 426.

Después del positivismo jurídico y sus problemas, la dificultad para construir conceptos de Derecho administrativo fundados fue señalada contundentemente por administrativistas en Francia,¹⁶² en Alemania¹⁶³ en España¹⁶⁴ y en Italia.¹⁶⁵

Finalmente, en épocas más recientes, el debate en la teoría jurídica parece retornar a la discusión sobre si el Derecho se explica desde adentro o desde afuera, pero ahora cuenta con un elemento que complejiza el debate: las constituciones. En el marco –al menos temporal– de este debate, la doctrina más reciente del Derecho administrativo, especialmente aquella que intenta desmarcarse de los criterios clásicos (subjetivos y objetivos), también refleja lo paradójico que resulta el constitucionalismo de los últimos años. Por un lado, hay posiciones que tienden a desmarcarse de los esquemas tradicionales, especialmente de la separación de poderes porque, básicamente, no permite un ejecutivo o una Administración pública eficaz¹⁶⁶ o porque su comprensión tripartita dificulta una identificación del ámbito de aplicación del Derecho administrativo.¹⁶⁷ Por otro lado, se buscan esquemas para poder contar con la posibilidad de un Derecho administrativo ordenado y las esperanzas se depositan en una ciencia del Derecho administrativo que aconseje a los demás sistemas sociales cómo deben tomarse las decisiones administrativas.¹⁶⁸

¹⁶² Rivero lo puso en estos términos: “Los especialistas en Derecho administrativo en Francia merecen cierta simpatía. Tan pronto como creen haber encontrado el terreno sólido de una certeza, cuando empiezan a construir el edificio coherente de sus sueños sobre ese terreno, prontamente éste se muestra inestable, no apto para sostener una gran arquitectura. Por lo tanto, tienen que reanudar su búsqueda y buscar en otra parte.” Jean Rivero, «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 59 (1953), 279-96.

¹⁶³ En relación con el objeto del Derecho administrativo Forsthoff apuntó la imposibilidad de una definición. Forsthoff, p. 11. Un poco más pesimista Maurer: “Los intentos definatorios expuestos muestran, en suma, que todavía no se ha alcanzado un resultado plenamente satisfactorio, y que dicho resultado, probablemente, no se alcanzará nunca.” Maurer, pp. 3-5.

¹⁶⁴ Frente a los intentos de conceptualización, sostiene Santamaría que “las soluciones apuntadas no soportan un mínimo análisis crítico.” Santamaría Pastor, p. 33.

¹⁶⁵ Alessi, pp. 6-13.

¹⁶⁶ Eric A. Posner y Adrian Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (New York: Oxford University Press, 2010), p. 4; Andrés Ospina Garzón, «De la separación al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 1 (2020), 1-26.

¹⁶⁷ Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa».

¹⁶⁸ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*.

Época del <i>iusnaturalismo</i> y tránsito hacia el <i>iuspositivismo</i>	Merkl-Kelsen	Positivismo jurídico/constitucionalismo
Surgimiento de las concepciones subjetivas y objetivas del Derecho administrativo		“ <i>lo administrativo</i> ” como función jurídico-positiva – Imposibilidad de definición por referencia externa – Derecho administrativo sin separación de poderes y Derecho administrativo científico

El problema actual que enfrentan tanto las teorías jurídicas como la doctrina del Derecho administrativo es el mismo. Cómo encontrar la frontera que permite distinguir qué es y qué no es Derecho y cómo distinguir lo que es Derecho administrativo de lo que no lo es. Este es un problema que, sin éxito, se ha intentado resolver mediante el concepto de sistema que obedece al modelo parte/todo que generalmente se ordena bajo un principio.¹⁶⁹ Bajo esta concepción del Derecho, parte de la doctrina jurídica intenta ordenar el mundo caótico.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Esta concepción tiene un fundamento muy fuerte debido a que sociedad, política y Derecho llegaron a una especie de fusión con la aparición del “Estado de Derecho”. Esta fusión se volvió dominante en la doctrina iuspublicista con obras como las de Merkl y Kelsen que equipararon funciones estatales con funciones jurídicas. Hans Kelsen, *Compendio de teoría general del Estado* (México D.F.: Colofón, 1992), pp. 105-6. La consecuencia de esta doctrina es que se comprende el Derecho (previamente fusionado en una idea que incluye la sociedad y la política) como el todo en el que se ordenan las distintas partes sociales. La característica que distingue el Derecho de otros órdenes normativos (como la moral, la religión, etc.) estaba en el carácter coactivo del Derecho. Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 33. Esta idea de partes sociales organizadas en un todo, no obstante, venía siendo desmentida por la división del trabajo (desde Smith, pasando por Marx y Spencer hasta Durkheim) y, posteriormente, por la profunda diferenciación de la sociedad en distintos sistemas funcionales sin un orden central (Luhmann). Niklas Luhmann, *La Economía de la Sociedad* (México D.F.: Herder, 2017), p. 19.

¹⁷⁰ En la ciencia del Derecho administrativo, para Schmidt-Aßmann, la teoría general del Derecho administrativo constituye una idea ordenadora que consiste “en la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que presentan cada uno de los sectores del Derecho administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones singulares hacia principios generales del Derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca. Desde el punto de vista metodológico, tal idea ordenadora tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o postulado sistemático.” Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 2. Aunque esta versión parece corresponder con el modelo parte/todo, no es clara la presencia del principio a través del cual se ordene el Derecho administrativo. Dos podrían ser algunas de las explicaciones para

10. El callejón sin salida de la doctrina del Derecho administrativo: un problema de enfoque teórico

La doctrina administrativista ha intentado explicar el Derecho administrativo a través de dos tipos de sistemas conceptuales que han resultado insuficientes. Esa insuficiencia justifica que acá se acuda a la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann, que será desarrollada en los capítulos 2 y 3 de esta tesis.

El primer sistema conceptual intenta explicar el Derecho administrativo positivo de abajo hacia arriba, esto es, partiendo de una realidad empírica. Acá se han intentado dos caminos: fijar la atención en un sujeto especial o fijar la atención en una actividad especial. El problema de estas aproximaciones ya es conocido. En la práctica, no hay un sujeto exclusivo al que se le aplique el Derecho administrativo y, por otro lado, tampoco hay una actividad exclusiva que conduzca necesariamente a la aplicación del Derecho administrativo. En pocas palabras, el concepto de administración pública (orgánico o funcional) no permite identificar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

El segundo sistema conceptual intenta explicar el Derecho administrativo positivo de arriba hacia abajo, esto es, a partir de un sistema conceptual abstracto. Se parte de la idea de que el Derecho administrativo positivo, incluso la sociedad, son un mundo caótico que debe ser ordenado por la ciencia del Derecho administrativo. Este tipo de enfoque se entiende mejor si se tiene en cuenta la manera en la que el Derecho alemán se formó a partir del Derecho romano: el Derecho nacional, que terminaría siendo el Derecho positivo una vez unificado territorialmente el Estado, fue una construcción de eruditos. Esto puede explicar una de las tendencias aún vigentes de la doctrina administrativista: pensar que el Derecho administrativo positivo todavía es una construcción de la ciencia del Derecho administrativo. Por eso no resulta extraño que Forsthoff haya afirmado que

responder la duda. La primera es que quien ordena el Derecho administrativo acá es el observador externo (la ciencia del Derecho) y el observador externo no queda incluido en la teoría. La segunda es que, como se mencionó en el numeral 7 de este capítulo, no se pretenda ordenar el Derecho administrativo como un sistema que se distinga de otros Derechos. Esto se reconoce por Schmidt-Aßmann. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 5.

el objeto de la ciencia del Derecho administrativo es la administración y no el Derecho administrativo. Probablemente el profesor alemán entendía este último y aquella como un mismo proceso.

Aunque ambos enfoques conceptuales tienen sus problemas para definir el Derecho administrativo positivo, no se puede decir que sean totalmente equivocados. Por un lado, la práctica jurídica muestra que no cualquier cosa puede regularse –o dejar de regularse– por el Derecho administrativo, es decir, pareciera que sí hay un fenómeno fáctico que tiene relación directa con el Derecho administrativo. Sin embargo, ese fenómeno fáctico no es ni un sujeto especial ni una actividad especial. Por otro lado, a pesar de que existe una realidad empírica que se vincula con el Derecho administrativo, esa realidad no se puede comprender sino es mediante una racionalidad sistémica que, en todo caso, no la impone la ciencia del Derecho administrativo, sino el mismo Derecho administrativo positivo, es decir, el Derecho administrativo positivo no necesita permiso de la ciencia del Derecho administrativo para existir.

Lo que este dilema refleja es que la doctrina administrativista no cuenta con un aparato conceptual que explique cómo el objeto que estudia se construye desde adentro (Derecho administrativo positivo) y no desde afuera (ciencia del Derecho administrativo) y cómo ese objeto no se corresponde con una simple representación de la realidad (administración pública), sino que realiza un tratamiento selectivo de la misma. En consecuencia, la falta de una explicación del Derecho administrativo podría obedecer a la ausencia de un aparato conceptual lo suficientemente complejo para dar cuenta de la realidad que se busca explicar. En otras palabras, el concepto de sistema utilizado en el Derecho, que obedece al esquema parte/todo ordenado mediante un principio específico, ha sido insuficiente. Esa ausencia es lo que justifica que esta tesis aborde un tema tan antiguo mediante una teoría tan compleja: la teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann.

Capítulo 2. El enfoque de la tesis: la teoría de sistemas de Niklas Luhmann

Para comprender la teoría socio-jurídica de Niklas Luhmann (que será explicada en el siguiente capítulo) es imprescindible entender algunos conceptos básicos de su teoría de sistemas¹⁷¹ y tratar de explicarlos será el propósito de este capítulo.

Para comenzar es necesario un breve acercamiento a la obra de Luhmann y así poder pasar a conocer los presupuestos epistemológicos y algunas líneas teóricas que son premisas en la obra de Luhmann, estos son, el constructivismo operativo y las teorías del sentido, de la diferenciación, de la evolución y de los medios de comunicación (1). Con esos presupuestos es posible tener un punto de partida para comprender la teoría de Luhmann, que podría formularse resumidamente con la fórmula: “los sistemas son operaciones” (2) que se reproducen a sí mismos, de allí que respondan al concepto de autopoiesis (3). Que un sistema se autoproduzca significa que es capaz de operar de forma cerrada mediante la producción de una frontera que impide que se disuelva en su entorno. Esta característica se conoce como la “clausura operativa” que, en todo caso, no significa cerradura al entorno (4). Estas descripciones, a su vez, indican que los sistemas no navegan sobre la nada, sino que existen gracias a que tienen un entorno (5), en el que existen diferentes tipos de sistemas (6). Luhmann ha sido ampliamente criticado por ubicar al ser humano en el entorno de los sistemas sociales, por lo que vale la pena revisar cómo explica el lugar del ser humano en la sociedad (7). La respuesta básica tiene que ver con el concepto de comunicación: la sociedad no está compuesta por seres humanos, sino por comunicaciones (8) que logran su éxito gracias a la existencia de los medios de comunicación simbólicamente generalizados que operan mediante un código binario orientado bajo una programación (9). Aunque pareciera que lo más relevante de la teoría de Luhmann es el interior del sistema, en realidad la potencia explicativa de toda su teoría no se termina de comprender sino es estudiando –dicho de forma poco técnica– las vías

¹⁷¹ Quien quiera profundizar sobre la teoría de sistemas sociales de Luhmann puede consultar su programa teórico en Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general* (México: Anthropos, 1998). Luego se puede complementar con la concreción de ese programa: Niklas Luhmann, *La sociedad de la sociedad*, Herder (México, 2006).

que establecen puentes comunicativos especiales entre los distintos sistemas, esto es, los acoplamientos estructurales (10). Pero, de manera previa a estos puntos, es importante comenzar con una breve reseña introductoria sobre Niklas Luhmann y su obra.

1. Introducción

1.1. Un breve acercamiento a la obra de Niklas Luhmann

En la actualidad parece estar claro que el estudio del Derecho se interesa más por identificar los límites del Derecho que por tratar de encontrar su “naturaleza” o “ser”.¹⁷² En los numerales 8 y 9 del capítulo precedente se describió que –por lo menos desde Kelsen– lo que interesa a la teoría jurídica es definir la frontera que permite distinguir lo que es Derecho de lo que no es Derecho. Partiendo de que esta es una cuestión decisiva en la actualidad, Luhmann describe dos vías mediante las cuales la teoría del Derecho ha intentado definir los límites del Derecho.

La primera vía para definir los límites del Derecho es hacerlo de manera analítica, esto es, desde afuera mediante una observación de la realidad. El problema de este enfoque es que “se concede a cualquier observador el Derecho a su propia objetividad.”¹⁷³ En los numerales 5, 6 y 7 del Capítulo 1 se intentó mostrar que esta es la vía que ha tomado la doctrina administrativista para explicar el Derecho administrativo.

La segunda manera de explicar los límites del Derecho es acogiendo un aparato conceptual que describa “cómo algo produce sus propios límites en relación con el entorno”,¹⁷⁴ sin que esa descripción sea impuesta por un observador externo y sin desconocer “que todo lo que se dice es dicho por un observador”.¹⁷⁵ Luhmann explica el Derecho como un sistema que produce sus propios límites sin explicar esta autoproducción desde afuera, sino desde la misma racionalidad del sistema jurídico. El capítulo tercero estará dedicado a explicar esta comprensión, pero para explicar esa

¹⁷² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 67.

¹⁷³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 67.

¹⁷⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 68.

¹⁷⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 68.

comprensión deben definirse algunos conceptos básicos de la teoría de sistemas de Luhmann. Ese será el propósito del siguiente capítulo.

A modo de transición, se hará un breve acercamiento a este autor para mostrar que no solo vale la pena acudir a su obra por su aparato conceptual, sino también por su cercanía con los problemas que acá se estudian.

1.1.1. Breve reseña biográfica

Niklas Luhmann nació el 8 de diciembre de 1927 en la ciudad de Lüneburg (Alemania) y murió el 6 de noviembre de 1998. Estudió Derecho en Friburgo de 1946 a 1949. Intentó trabajar en Lufthansa como abogado de Derecho aéreo y Derecho internacional y al no conseguir este propósito entró en contacto con el Derecho administrativo al trabajar como abogado y asistente del presidente del Tribunal Administrativo Superior de Lüneburg. De 1956 a 1962 trabajó como asesor en el Ministerio de Cultura de Baja Sajonia,¹⁷⁶ siendo responsable, entre otras cosas, de los asuntos relacionados con la reparación de la injusticia nacionalsocialista y finalmente se desempeñó como alto consejero del Gobierno. Su experiencia como funcionario ministerial le sirvió para publicar sus primeros artículos (entre 1954 y 1960) relacionados con el Derecho, la teoría de la organización y la administración pública.

Entre 1960 y 1961 Luhmann acudió a la Escuela de Gobierno de la Universidad de Harvard con una beca del gobierno estadounidense que invitaba a los administradores alemanes a Estados Unidos. Allí buscó contacto con Talcott Parsons y discutió con él su concepto de función¹⁷⁷ en el marco de los seminarios de Parsons, a los que también asistía Jürgen Habermas. Luhmann regresó a Alemania en 1962 y se incorporó a la Escuela de Administración de Speyer. En esta época comenzó a publicar escritos sobre el funcionalismo, dándole un giro al estructuralismo funcional de Parsons para ensayar su

¹⁷⁶ Paralelamente a sus prácticas, Luhmann trabaja en una tesis doctoral sobre los cuerpos consultivos, en la que, sin embargo, “pierde el interés”, lee a Hölderlin, Descartes, Malinowski, Radcliffe-Brown y Husserl y crea un primer cuaderno, que precede al segundo, con el que trabaja hasta el final de su vida. Oliver Jahraus et al., *Luhmann Handbuch* (Stuttgart: J.B. Metzler, 2012), p. 1.

¹⁷⁷ Jahraus et al., p. 1.

idea del funcionalismo estructural. A partir de este momento la carrera de Luhmann se torna exitosa.¹⁷⁸

En 1965 se vinculó –en calidad de jefe de departamento– al Instituto de Investigación Social de Dortmund y en 1966 recibió el título de Doctor en Ciencias Sociales y presentó la Habilitación para el ejercicio de la docencia en universidades alemanas.¹⁷⁹ Su conferencia inaugural en la Universidad de Münster en 1967, titulada “Ilustración sociológica”, marcó el inicio de un proyecto de investigación que Luhmann perseguiría hasta su muerte. En el invierno de 1968 Luhmann sustituyó la cátedra de Theodor W. Adorno en la Universidad de Fráncfort del Meno con un seminario sobre teoría de sistemas y sociología del amor y el mismo año se convirtió en profesor de sociología en la recién fundada Universidad de Bielefeld.¹⁸⁰

En 1971 se publicó el libro *¿Teoría de la sociedad o tecnología social?: ¿Qué aporta la investigación de sistemas?*¹⁸¹ con aportaciones de Habermas y Luhmann. Los papeles estaban claramente distribuidos: la “teoría de la sociedad” era la parte de Habermas y la

¹⁷⁸ En 1964 publica, el libro de Luhmann *Funktionen und Folgen formaler Organisation* (Funciones y consecuencias de la organización formal), y, en 1968, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* (Concepto de finalidad y racionalidad del sistema: sobre la función de las finalidades en los sistemas sociales). Ambos libros contribuyen a que sea recibido en el gremio sociológico sobre todo como sociólogo de la administración y la organización. Jahraus et al., p. 1.

¹⁷⁹ Se dice que cuando recibió la invitación para vincularse como profesor de la Universidad de Münster, Luhmann no tenía los requisitos mínimos: tener un doctorado y la habilitación. “Cada uno de estos implica escribir una tesis que demora habitualmente más de tres años. Luhmann hizo ambos trabajos en seis meses, caso único en la historia de la universidad alemana.” Cfr. Marcelo Arnold y Darío Rodríguez, «Teoría de los sistemas sociales: las bases de la perspectiva luhmanniana», *Estudios Sociales*, 69 (1991), 93-110. Para profundizar sobre datos biográficos Cfr. Jahraus et al., pp. 9-15. Christian Borch, *Niklas Luhmann* (London: Routledge, 2011), p. 5. Arnold y Rodríguez. Hans-Georg Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems* (Chicago: Open Court, 2006), p. 273 y ss.

¹⁸⁰ En su fase preliminar, varias universidades –entre las que estaban la Universidad de Edmonton en Canadá y el Instituto Universitario Europeo de Florencia– estuvieron interesadas en vincularlo, sin embargo, rechazó las ofertas con el argumento de que no podía arriesgarse a perder su Zettelkasten en un accidente de coche, barco, tren o avión. Jahraus et al., p. 2. El Zettelkasten era un fichero mediante el cual Luhmann organizaba sus notas.

¹⁸¹ Jürgen Habermas y Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Socialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?* (Frankfurt: Suhrkamp, 1971).

“tecnología social”, aunque en contra de su propia intención, la parte de Luhmann. La controversia hizo que Luhmann se hiciera repentinamente famoso.¹⁸²

Entre 1986 y 1987 Humberto Maturana fue profesor visitante en la Universidad de Bielefeld y ofreció un seminario junto con Luhmann. Poniéndolo de forma aproximada, se puede decir que Luhmann desarrolló su pensamiento inspirado en las obras de varios maestros: Husserl desempeñó este papel en los años 50, Parsons en los 60, mientras que Maturana, Heinz von Foerster y Gotthard Günther lo hicieron en los 70 y 80, y finalmente George Spencer-Brown inspiraría el Luhmann de los 90.¹⁸³

En 1988, Luhmann recibió el Premio Hegel con el que también han sido galardonados autores como Habermas, Gadamer, Ricœur y Bobbio. Fue profesor invitado en las facultades de Derecho de las universidades Northwestern de Chicago (1989) y Yeshiva de Nueva York (1992), en el Centro de la Commonwealth de la Universidad de Virginia (1993), y en otras universidades, pero desarrolló la mayor parte de su investigación en la Universidad de Bielefeld, en donde enseñó hasta su jubilación en 1993.¹⁸⁴

1.1.2. El proyecto académico de Luhmann a través de algunas de sus obras

La producción bibliográfica de Luhmann puede presentarse destacando tres fases:¹⁸⁵ una fase preliminar que va desde fines de los años 50 hasta 1984. En esta fase, el Derecho y

¹⁸² Jahraus et al., p. 2. De 1970 a 1973 Luhmann se convirtió en miembro de una comisión para la reforma de la función pública que contaba entre algunos de sus miembros con Renate Mayntz.

¹⁸³ Jahraus et al., p. 2. Luhmann socava los rasgos evidentes de las demás teorías socio-científicas y del pensamiento cotidiano hasta ese momento, por lo que es todo menos conservador. De forma absurda, a raíz de 1968, se le puso precisamente este sello, combinado con la acusación de que era “antihumanista”. Esta crítica político-moral la experimenta en el debate con la “teoría crítica” de la Escuela de Fráncfort, especialmente con Jürgen Habermas, conocido bajo el lema “controversia Luhmann-Habermas”. Luhmann y Habermas dan conferencias juntos en Fráncfort, publican conjuntamente el libro “Teoría de la sociedad o tecnología social” (1971) y, a partir de entonces, se refieren mutuamente de forma explícita o indirecta en sus obras. Margot Berghaus, *Luhmann leicht gemacht* (Köln: Böhlau Verlag, 2011), p. 20 y ss.

¹⁸⁴ Luhmann llegó a escribir alrededor de 75 libros y 500 artículos. Borch.

¹⁸⁵ Sobre el programa teórico de Luhmann y sus distintas etapas Cfr. Sergio Pignuoli Ocampo, «El programa sociológico de Niklas Luhmann y su contexto», *Revista Mexicana de Sociología*, 77.2 (2015), 301-28. La

la administración sobresalen como temas de interés para Luhmann.¹⁸⁶ Entre los escritos más representativos de estos temas se pueden destacar:¹⁸⁷ Errores administrativos y protección de la confianza legítima;¹⁸⁸ Derecho y automatización en la administración pública;¹⁸⁹ El concepto de función en la ciencia administrativa;¹⁹⁰ Concepto y función de la oficial cargo;¹⁹¹ ¿Puede la administración actuar económicamente?;¹⁹² El nuevo jefe;¹⁹³ *Los derechos fundamentales como institución*;¹⁹⁴ Legitimación mediante procedimiento;¹⁹⁵ *Sociología del Derecho*;¹⁹⁶ *Sistema jurídico y dogmática jurídica*;¹⁹⁷ Reforma de la administración función pública;¹⁹⁸ entre otros.

Aunque podría decirse que, en algún momento de su vida, y parece que no por gusto,¹⁹⁹ Luhmann fue un administrativista, terminó interesado en otros temas. En todo caso, sus

obra de Luhmann también se ha dividido en dos etapas: antes y después del llamado giro autopoiético. Cfr. Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. IX y ss (Presentación a la traducción al castellano, Darío Rodríguez).

¹⁸⁶ Hugo Cadenas, «El paradigma perdido de la institucionalización en la sociología del Derecho de Niklas Luhmann», *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies.*, 10.1 (2019), 98-107.

¹⁸⁷ Los títulos que no están en itálica son traducción libre, no tienen traducción al castellano.

¹⁸⁸ Niklas Luhmann y Franz Becker, *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz: Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten* (Berlin: Duncker & Humblot, 1963).

¹⁸⁹ Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997).

¹⁹⁰ Niklas Luhmann, «Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft», *Verwaltungsarchiv* 49, 1958, 97-115.

¹⁹¹ Niklas Luhmann, «Begriff und Funktion des Amtes», en *Schriften zur Organisation I* (Wiesbaden: Springer VS, 2018).

¹⁹² Niklas Luhmann, «Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln?», *Verwaltungsarchiv* 51, 1960, 97-115.

¹⁹³ Niklas Luhmann, «Der neue Chef», *Verwaltungsarchiv* 53, 1962. Reimpreso como libro: Niklas Luhmann, *Der neue Chef* (Berlin: Suhrkamp, 2016).

¹⁹⁴ Niklas Luhmann, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política* (México: Universidad Iberoamericana, 2010).

¹⁹⁵ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (Frankfurt: Suhrkamp, 1983).

¹⁹⁶ Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law* (New York: Routledge, 2014). Hay versión en castellano: Niklas Luhmann, *Sociología del Derecho* (Bogotá: Universidad Libre, 2012).

¹⁹⁷ Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*.

¹⁹⁸ Niklas Luhmann, «Reform des öffentlichen Dienstes», en *Politische Planung* (Opladen: Springer, 1971).

¹⁹⁹ En una entrevista Luhmann cuenta que ingresó a la administración pública porque se aburría de las peticiones imposibles que le hacían en un bufete de abogados y que, estando en la administración, un

trabajos han dejado huella en la ciencia del Derecho administrativo alemán, en la que se reconoce, por ejemplo, que el mérito de los primeros trabajos de Luhmann es haber conceptualizado el marco general para una discusión fructífera con la elaboración de las nociones de programación condicional y programación de fines.²⁰⁰ Desde este mismo sector doctrinal también se reconoce la importancia de los aportes de Luhmann a la teoría de la decisión y a la ciencia administrativa.²⁰¹

Por si quedan dudas de la pertinencia de estudiar a Luhmann para abordar los problemas del Derecho administrativo, se destacan otros escritos:²⁰² El “oficio” como concepto de rol de la política; Responsabilidad y rendición de cuentas; Perspectivas de la ciencia administrativa comparada; La ciencia administrativa en Alemania; Teoría sistemática de la administración: estado de la investigación y perspectivas; Los límites de una teoría gerencial de la administración; Participación de los trabajadores en la toma de decisiones; Información y estructura en las organizaciones administrativas; Implicaciones constitucionales del tratamiento electrónico de datos; Planificación Política; Observaciones sobre la Reforma de la Función Pública; Bases de trabajo para la Comisión sobre Cuestiones de Adaptación de la Función Pública al Desarrollo Social; La Importancia de los Resultados de las Ciencias Sociales en la Organización y Gestión de la Administración; El “Problema del Status” y la Reforma de la Función Pública; Oportunismo y Programática en la Administración Pública; Reforma de la Función Pública: Sobre el problema de sus problemas; Los conceptos políticos y la “politización” de la administración; La reforma de la administración pública: un ejemplo de las dificultades de la reforma administrativa; La gobernanza política: una contribución al

funcionario de un ministerio le comenzó a dar consejos sobre cómo hacer una auténtica carrera de funcionario. La respuesta de Luhmann fue “Leo a Hölderlin”. El extracto de la entrevista está en Niklas Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate* (México: Universidad Iberoamericana, 2002), p. 24.

²⁰⁰ Rainier Wahl, «Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht», en *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1* (Baden-Baden: Nomos, 1993), pp. 197-98.

²⁰¹ Rainer Pitschas, «Neues Verwaltungsrecht im reflexiven sozialen Rechtsstaat», *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae*, 54 (2013), 33-60 (pp. 225-26).

²⁰² Todos estos escritos se encuentran reimpresos y compilados en: Niklas Luhmann, *Schriften zur Organisation 1. Die Wirklichkeit der Organisation*, ed. Ernst Lukas y Veronika Tacke (Wiesbaden: Springer VS, 2018); Niklas Luhmann, *Schriften zur Organisation 4. Reform und Beratung* (Wiesbaden: Springer VS, 2020).

debate; La capacidad de gobernanza política de una comunidad; Los medios organizativos del estado de bienestar y sus límites; La burocracia y la socialdemocracia; La burocracia como caja negra; Un fenómeno se vuelve inatacable porque todos se benefician de él: La burocracia en el Estado de bienestar; La impopularidad de los partidos políticos; Autoorganización e información en el sistema político.

El comienzo de la segunda fase se marca en 1984 con el libro *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*.²⁰³ Se dice que en esta etapa Luhmann plantea las bases abstractas para su teoría sociológica que, luego va concretando con el análisis de los distintos sectores de la sociedad. Este desarrollo se fue conformando con sus más reconocidas obras, entre las que están: *La economía de la sociedad*;²⁰⁴ *La ciencia de la sociedad*;²⁰⁵ *El Derecho de la sociedad*;²⁰⁶ *El arte de la sociedad*;²⁰⁷ *La política de la sociedad*;²⁰⁸ *La religión de la sociedad*;²⁰⁹ y *La moral de la sociedad*.²¹⁰

La última fase de Luhmann –que integra completamente a su obra el aparato conceptual de Maturana y Georg Spencer-Brown– se marca como el regreso de todo el trabajo concreto sobre los distintos sectores de la sociedad a su obra cumbre: *La sociedad de la sociedad*,²¹¹ publicada un año antes de su muerte.

Además de esta clasificación organizada para efectos expositivos, son de interés jurídico-administrativo los siguientes trabajos de Luhmann que se han ido publicando con posterioridad a su muerte: *Sociología política*;²¹² *Contingencia y Derecho*;²¹³ y *Los límites de la administración*.²¹⁴

²⁰³ Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*.

²⁰⁴ Luhmann, *La Economía de la Sociedad*.

²⁰⁵ Niklas Luhmann, *La Ciencia de la Sociedad* (México: Anthropos, 1996).

²⁰⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*.

²⁰⁷ Niklas Luhmann, *El arte de la sociedad* (México: Herder, 2005).

²⁰⁸ Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (Frankfurt - Main: Suhrkamp, 2002).

²⁰⁹ Niklas Luhmann, *La religión de la sociedad* (Madrid: Trotta, 2007).

²¹⁰ Niklas Luhmann, *La moral de la sociedad* (Madrid: Trotta, 2013).

²¹¹ Luhmann, *La Soc. la Soc.*

²¹² Luhmann, *Sociología política*.

²¹³ Niklas Luhmann, *Contingencia y Derecho* (Madrid: Trotta, 2019).

²¹⁴ Niklas Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*, E-Book (Berlin: Suhrkamp, 2021).

1.1.3. Antecedentes –y prevenciones– sobre la teoría de Niklas Luhmann

Por trabajar con la noción de sistema, la teoría de Luhmann carga con los prejuicios que normalmente se asocian a dicha noción. El término “sistema” –como se mencionó anteriormente– tiene connotaciones negativas porque se vincula con la idea de máquina, de conservadurismo y de basarse en analogías biológicas. A estos prejuicios se le debe sumar la crítica a la complejidad del aparato conceptual de Luhmann, que presenta una resistencia a los lectores con prisa, y también la crítica de “antihumanista” que algunos lanzan a su teoría.

En cuanto a los prejuicios asociados a la teoría sistémica de Luhmann, hay que destacar que la idea de sistema que Luhmann acoge es bastante lejana de la idea de sistema como orden o máquina sistematizadora que favorece el *statu quo* y que convierte al ser humano en el simple piñón de una maquinaria. El programa sistémico del que parte Luhmann no se remonta a las ideas kantianas y hegelianas²¹⁵ del racionalismo de la modernidad temprana y mucho menos al concepto de sistema del formalismo jurídico alemán, sino a una segunda generación de sistemas posterior a la teoría general de sistemas que surgió luego de la Segunda Guerra Mundial, bajo los impulsos de la *Society for General Systems Theory*.²¹⁶

²¹⁵ Esto no quiere decir que no mantenga un diálogo con las filosofías de pensadores como Kant, Hegel, Marx o Husserl. Sobre estas relaciones cfr. Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 163 y ss.

²¹⁶ Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 18. Se ha dicho que la postura de Luhmann es una síntesis de varias tradiciones intelectuales entre las cuales pueden resaltarse cuatro: (1) la aproximación sistémico-teórica a la acción social que se encuentra en los escritos de Talcott Parsons; (2) la interpretación cibernética de la relación entre sistema y entorno; (3) un entendimiento fenomenológico del sentido y de su importancia para la relación de los componentes de los sistemas sociales; y (4) un entendimiento autopoietico de la organización del sistema. John Bednarz, «Introduction», en *Ecological Communication* (Chicago: The University of Chicago Press, 1989), p. viii. A esta síntesis debe agregarse otra corriente muy relevante para el último Luhmann: la teoría de la forma de Georg Spencer-Brown “que le permite describir la operación de observar y al observador, sin necesidad de aludir a un sujeto cognoscente ni tampoco a la habitual dicotomía de sujeto/objeto.” Darío Rodríguez Mansilla, «La sociología y la teoría de la sociedad», en *La sociedad de la sociedad* (México: Herder, 2006), p. XI.

Las propuestas de las teorías de sistemas posteriores a la Segunda Guerra Mundial observan una regularidad: cada disciplina científica comienza a especializarse²¹⁷ y a considerar sus objetos como sistemas.²¹⁸ Se propone el desarrollo de una disciplina nueva que se construya a partir del isomorfismo de conceptos y modelos en distintos campos disciplinarios.²¹⁹ Es decir, no se trata de la importación de conceptos biológicos a las ciencias sociales²²⁰ –como lo hicieron muchas teorías sociales y jurídicas de comienzos de la modernidad–,²²¹ sino de la identificación de problemas –y soluciones– comunes a distintos campos de estudio.²²² Luego de este proyecto, el pensamiento de autores –de diferentes disciplinas– como Bateson, Varela, Maturana, von Foerster y Spencer-Brown, contribuyeron para la aparición de una segunda generación de sistemas caracterizada por la autorreferencia, la autoorganización y la autoproducción.²²³ La idea de sistema que emerge de esta generación es la que toma Luhmann para crear su propia variante de teoría de sistemas.²²⁴

²¹⁷ Este patrón tiene antecedentes remotos en la modernidad que rompe con la idea de una sociedad estratificada para dar paso a una sociedad diferenciada funcionalmente.

²¹⁸ La biología, se ocupa de los organismos, las células y los cuerpos físicos como sistemas; la ecología, de los biotopos como sistemas; la psicología, de la conciencia como sistema; la psicoterapia, de los sistemas familiares; y la sociología, de la sociedad y los hechos sociales como sistemas sociales. Berghaus, p. 24.

²¹⁹ Ludwig von Bertalanffy, *General System Theory* (New York: Georg Braziller, 1969), p. 15.

²²⁰ F.W. Coker, *Organismic theories of the State* (New York: Columbia University, 1910).

²²¹ Gerber tenía esta preocupación, acepta el sistema, pero rechaza las comparaciones con el organismo. Sostenía que no se ha pensado en la profundidad sobre esta comparación porque se ha abierto un camino, pero quien cede a estas consideraciones de utilidad didáctica solo construye un sistema externo. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol 1*, p. 387.

²²² Sobre pautas que conectan a distintos campos de conocimiento: Gregory Bateson, *Mind and Nature* (New York: E.P. Dutton, 1979). Frente al uso del concepto de “autopoiesis”, Luhmann afirmó que utilizaba el concepto no para hacer una analogía. Señalaba que su argumento no es: debido a que los organismos biológicos tienen cierta estructura y forma de auto-reproducción, debe seguirse que los sistemas sociales hacen lo mismo. Insistió en que no era un uso metafórico de términos biológicos y tampoco un argumento utilizando analogías. Sostuvo que se trata de la simple idea de que hay un problema muy general que es importante tanto para biólogos como para sociólogos. Niklas Luhmann, «Conferencia sobre las nociones de autopoiesis y clausura operativa», *Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati* (Oñati, 1990).

²²³ Javier Torres Nafarrate y Omar Ruiz Charre, *La sociología jurídica de Niklas Luhmann (Manual operativo)* (Trabajo sin publicación, 2019), p. 27.

²²⁴ Berghaus, p. 24.

Luhmann es ampliamente reconocido en el campo de la sociología por haber presentado una de las teorías de la sociedad más importantes y controversiales de las últimas décadas. Su teoría está integrada por un marco general que se conecta con los distintos ámbitos concretos de la sociedad. Uno de esos ámbitos especiales es el Derecho. Este hecho sería suficiente justificación para tenerlo en cuenta en una investigación sobre el Derecho. Sin embargo, como se puede evidenciar de su producción bibliográfica, la especial atención que Luhmann puso en el Derecho y en la administración pública, hace pensar que tener en cuenta este autor –para investigaciones relacionadas con el Derecho administrativo– no solo está justificado, sino que incluso puede ser una deuda pendiente.²²⁵

1.2. Presupuestos epistemológicos y líneas teóricas de base

Luhmann construyó su teoría con base en la realidad, pero no la realidad entendida como la representación que un sujeto hace del mundo, sino como una realidad construida (1.2.1.). La construcción de la realidad no se da en el vacío y cuatro líneas teóricas explican cómo sucede (1.2.2.). Tanto los sistemas mentales²²⁶ como los sistemas sociales se orientan bajo el sentido (1.2.2.1.), ese sentido expresado en comunicaciones puede dar lugar a la diferenciación de objetos y temas (1.2.2.2.), que van evolucionando (1.2.2.3.) y que, gracias a la existencia de unos medios semánticos especializados, logran que la comunicación social sea exitosa y se organice en diversos dominios diferenciados (1.2.2.4.).

²²⁵ En una oportunidad anterior el autor de esta tesis intentó este acercamiento, pero hay que reconocer que el manejo de la teoría luhmanniana fue bastante pobre. Pacheco Reyes, *Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado: hacia el sistema de la comunicación audiovisual*. Al igual que han sido incompletas las comprensiones sistémicas plasmadas en Ronald Pacheco-Reyes, «How do Rights Become Probable in the Global Context?», *Liverpool Law Review*, 42 (2021), 313-38; Ronald Pacheco Reyes, «Los conceptos de función administrativa y servicio público en la jurisprudencia y en la doctrina iuspublicista colombiana», *Revista Digital de Derecho administrativo*, 26, 2021, 11-48; Ronald Pacheco Reyes, «Aproximación al estudio del objeto del Derecho administrativo», *Revista Digital de Derecho administrativo*, 18, 2017, 23.

²²⁶ En la teoría luhmanniana unas veces se utiliza el concepto sistemas psíquicos y otras veces el concepto sistemas de consciencia. Para tratar de mantener un solo uso acá se utilizará el concepto sistemas mentales.

1.2.1. El constructivismo sistémico

Luhmann es un constructivista, pero no niega que exista la realidad. De hecho, considera que los distintos sistemas (biológicos, mentales y sociales) son reales, pero su descripción está mediada por la estructura cognitiva de quien los observa.²²⁷

Para Luhmann los sistemas existen en la realidad. No asume la idea –a lo Parsons– de sistema como un mero instrumento analítico de la realidad. “Es obvio que no hay que confundir las afirmaciones con sus propios objetos”,²²⁸ pero considera que el “concepto de sistema designa lo que en verdad es un sistema y asume con ello la responsabilidad de probar sus afirmaciones frente a la realidad”.²²⁹ Él mismo existe en la realidad, de lo contrario no podría tener percepciones ni observar ni compartir sus observaciones con otros. Para Luhmann existe una realidad y en realidad hay sistemas.²³⁰ Sin embargo, Luhmann también es un constructivista.²³¹

Los constructivistas cuestionan el reconocimiento de la realidad externa, creen que las afirmaciones sobre la realidad son solo construcciones.²³² ¿Cómo conciliar esto con la

²²⁷ El constructivismo no es una especie de idea extraña posmodernista, por el contrario, tiene raíces fuertes en la tradición de la filosofía occidental y Kant podría ser uno de sus iniciadores. Al respecto Moeller señala que Kant ya no se centró en la estructura general del mundo, sino en la estructura del conocimiento que le permitía operar y concebir un mundo. Kant aceptó el argumento escéptico de que nada podría ser realizado por cognición independientemente de la cognición y llegó a la conclusión de que para comprender la realidad debemos primero comprender la cognición que nos la proporciona. Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 168 y ss.

²²⁸ Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 37.

²²⁹ Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 37.

²³⁰ Berghaus, p. 26.

²³¹ En relación con aspectos filosóficos, sostiene Moeller que, si bien Luhmann se relaciona así con los elementos cognitivos y constructivistas en Kant, se abstiene de cualquier comprensión esencial o trascendental de la cognición: la cognición no es “ideal”, solo puede definirse funcional u “operacionalmente” porque consiste en una observación que es definida sobre la base de los conceptos de distinción e indicación. Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 169.

²³² La postura de Luhmann sobre este punto es llamada constructivismo operativo y se basa en el constructivismo de autores como Ernst von Glasersfeld, Jean Piaget y Humberto Maturana. Maturana explica esta idea bajo la fórmula de “objetividad entre paréntesis”. Humberto Maturana, *La objetividad: un argumento para obligar* (Santiago de Chile: Dolmen, 1997). Esta explicación de la realidad –desde niveles

posición de Luhmann sobre la realidad? Luhmann no niega el mundo externo, sino la manera en la que tradicionalmente se entiende la relación entre mundo y cognición, es decir, como si las cogniciones fueran imágenes del mundo. Así como no hay duda de que el mundo exterior existe, tampoco hay duda de que el contacto con la realidad es posible solo gracias a las distinciones que añade quien la observa.²³³ Las afirmaciones sobre la realidad hechas por un observador pueden compararse con las afirmaciones sobre la realidad hechas por otro observador, pero no con la realidad misma. Nunca se trata de la realidad representada en los enunciados, sino siempre y exclusivamente de la realidad construida por los observadores.²³⁴

Que la realidad exista y que los enunciados sobre la realidad sean contruidos no es contradictorio. La clave es no asumir que “realidad construida” significa afirmaciones sobre la realidad construibles arbitrariamente. Las construcciones deben ser adecuadas a la realidad y eso es algo que sí se puede comprobar.²³⁵

Para aclarar su punto sobre el constructivismo Luhmann pone como ejemplo la siguiente afirmación: “sin agua, la medusa se pone flácida”. Es una afirmación indudablemente cierta y obviamente corresponde a la realidad, pero sigue siendo una construcción porque se basa en observaciones que se sirven de distinciones que no existen en la realidad. La

biológico-químicos, psicológicos y sociológicos– acaba de ser confirmada a nivel de la física, con el premio Nobel de física concedido a tres científicos. Una de las implicaciones de los trabajos de estos científicos es que comprueba que el mundo no es localmente “real”, en otras palabras, la realidad no es independiente de la observación. <https://www.scientificamerican.com/article/the-universe-is-not-locally-real-and-the-physics-nobel-prize-winners-proved-it/#>

²³³ Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven* (Wiesbaden: Springer, 2005), p. 39. El constructivismo de Luhmann se basa en las diferencias, es decir, de un constructivismo que no parte de la unidad o la identidad (un objeto o concepto que se da por sentado) sino de la diferencia. Por eso, su punto de partida no es “el sistema”, sino la diferencia sistema/entorno. Bajo esa lógica Luhmann aborda la realidad, con otras distinciones, como por ejemplo, operación/observación, identidad/diferencia, real/posible. La distinción sería una “forma de dos caras”. Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, y Elena Esposito, *Unlocking Luhmann* (Bielefeld: Bielefeld University Press, 2021), p. 101 y ss.

²³⁴ Berghaus, p. 27. Esta comprensión tiene antecedentes en Kant, quien llegó a la conclusión de que para comprender la realidad debemos primero comprender la cognición que nos la proporciona. Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 168 y ss.

²³⁵ Niklas Luhmann, *The Reality of the Mass Media* (Stanford: Stanford University Press, 2000), p. 76 y ss.

caracterización “sin agua” no existe en la realidad, el mundo exterior no contiene ninguna negación. Las distinciones “con/sin agua” o “flácida/no-flácida” no forman parte del mundo, sino que residen en la mirada de un observador. La observación siempre significa que se utiliza una distinción para designar algo como “esto” y “no aquello”.²³⁶ Estas distinciones son en sí mismas codificaciones específicas de la cognición y operan de forma indiferente al entorno en la medida en que no hay equivalentes para ellas en el entorno.²³⁷

Todas las descripciones de la realidad se basan en distinciones hechas por los observadores, es decir, son construcciones. Sin embargo, el material al que se refieren las distinciones debe ser real, existir en el mundo. El asunto no es si se construye o no, sino cómo se construye, en ese sentido, se requiere pasar de las preguntas sobre el *qué* a las preguntas sobre el *cómo*.²³⁸

Si se sostiene que nada en el mundo es accesible a la cognición directa, sino que todo puede ser captado solo desde el punto de vista de un observador, se generan enormes consecuencias, una de estas es que la afirmación “el mundo es de tal o cual manera” se sustituye por la afirmación “hay un observador que afirma que el mundo es de tal o cual manera”.²³⁹ De acuerdo con esto, observar significa hacer distinciones, por esta razón, “observación de las distinciones” sería otra forma de referirse a la teoría de Luhmann.²⁴⁰

²³⁶ Berghaus, p. 28. Para profundizar cfr. Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, p. 46 y ss.

²³⁷ Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven*, p. 47.

²³⁸ Berghaus, p. 29.

²³⁹ Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, p. 54 y ss. Berghaus.

²⁴⁰ El concepto de ilustración sociológica describe el programa general de la sociología de Luhmann. La ilustración requiere una observación. Toda observación se basa en una distinción. Las operaciones de la ilustración utilizan una distinción específica en la observación: la distinción consciente/inconsciente en la observación de los sistemas psíquicos, y la distinción manifiesto/latente en la observación de los sistemas sociales. La distinción manifiesto/latente indica la ilustración sociológica. La Ilustración surge históricamente en el siglo XVIII cuando la sociedad europea experimenta la transición de la diferenciación estratificada a la diferenciación principalmente funcional. En este periodo histórico, la Ilustración se entiende como el despliegue de la razón humana, que llevó a que la racionalidad y la justicia se impusieran en la sociedad. A diferencia de esta primera Ilustración, la ilustración sociológica presupone la capacidad

De ahí que para Luhmann una teoría debe comenzar con la distinción y no con la unidad, por eso se cuestiona cómo y con qué distinciones se observa la sociedad y se describe el mundo y a sí mismo.²⁴¹

Resaltar al observador, a su vez, conduce a la pregunta: ¿Por qué tanto “auto...” en la teoría de Luhmann? Autorreferencia, autopoiesis, autoobservación, etc. Lo “auto” no es un prefijo inventado por Luhmann, sino que hace parte de los hallazgos y construcciones del programa científico de la teoría general de sistemas.²⁴² En Luhmann se entienden estas referencias a un “sí mismo” cuando –siguiendo a Maturana y Varela–²⁴³ sostiene que todo lo dicho es dicho por un observador; y un observador, a menos que sea Dios –dice Luhmann–, no es un ente externo a la sociedad, sino que opera dentro de ella. Por esto, Luhmann entiende su teoría de la sociedad como una contribución a la “autodescripción” de la sociedad porque considera que es imposible observar y describir la sociedad desde afuera, como un extraño, ya que todo el mundo es parte de la sociedad.²⁴⁴

La posición epistemológica de Luhmann, en resumen, consiste en aceptar que existe una realidad externa, que hay sistemas en la realidad, pero que la realidad solo puede reconocerse y describirse mediante distinciones que no están en la realidad, sino que son añadidas por un observador; por consiguiente, todas las descripciones de la realidad son construcciones.²⁴⁵

de reflexión, que resulta del desarrollo de la sociedad funcionalmente diferenciada. La ilustración sociológica se entiende como la ampliación de la capacidad de observación de los sistemas sociales, es decir, su capacidad de comprender y reducir la complejidad del mundo. Así, los medios de esta ilustración son los sistemas sociales capaces de observar. Baraldi, Corsi, y Esposito, pp. 225-26.

²⁴¹ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 157 y ss.

²⁴² Mientras que la autorreferencia era un problema para la lógica lineal, para las nuevas generaciones de sistemas es la normalidad.

²⁴³ Humberto Maturana y Francisco Varela, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano* (Buenos Aires: Lumen, 2003), p. 14.

²⁴⁴ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 687 y ss.

²⁴⁵ Berghaus, p. 30. Sobre el asunto de la realidad como construcción Cfr. Humberto Maturana, *La realidad ¿objetiva o construida? I* (Barcelona: Anthropos, 2009); Humberto Maturana, *La realidad: ¿objetiva o construida? II* (México: Anthropos, 2009).

1.2.2. Algunas líneas teóricas subyacentes a la teoría luhmanniana

Tal y como se pudo notar de su producción bibliográfica, la obra de Luhmann tiene un nivel abstracto, en el que se plantea su teoría –por decirlo de alguna manera– “general” de sistemas y un nivel concreto en el que la teoría general se encuentra conectada con –y desarrollada en– los distintos sistemas de la sociedad (política, Derecho, ciencia, religión, arte, etc.).

Una buena manera de hacer el tránsito de la postura epistemológica de Luhmann a su teoría general de sistemas es acudiendo a una clasificación de Huber, en la que se resaltan cuatro líneas teóricas generales que dan cohesión a la obra de Luhmann.²⁴⁶ Estas líneas teóricas son: la teoría del sentido, la teoría de la diferenciación, la teoría de la evolución y la teoría de los medios de comunicación.

1.2.2.1. La teoría del sentido

Como se mencionó anteriormente, Luhmann fue influido por el pensamiento de Husserl, especialmente, por su teoría del sentido (*Sinn*).²⁴⁷ Para el fenomenólogo Husserl, los sujetos encuentran “sentido” en sus acciones porque se desarrollan en un mundo que es dado y que no se cuestiona, por ejemplo, que al levantarse de una silla el sujeto tiene la certeza de que encontrará el suelo y que al salir de su casa encontrará un mundo.²⁴⁸ De acuerdo con el ajuste introducido por Luhmann, el sentido, como horizonte orientador de las acciones, deja de tener un referente exclusivamente subjetivo para pasar a ser un referente que comparten tanto los sistemas mentales como los sistemas sociales. Aunque operan de forma distinta, ambos sistemas se orientan con el sentido.

²⁴⁶ Thomas Huber, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtslehre Niklas Luhmanns* (Baden-Baden: Nomos, 2007), p. 26 y ss.

²⁴⁷ Un gran trabajo en el que se compara las obras de Husserl y Luhmann es el de Lionel Lewkow, *Luhmann, intérprete de Husserl: El observador observado*, E-Book (Buenos Aires: Miño y Dávila editores, 2017).

²⁴⁸ De acuerdo con Smith, según la fenomenología husserliana clásica, nuestra experiencia se dirige hacia (representa o “pretende”) las cosas solo a través de determinados conceptos, pensamientos, ideas, imágenes, etc. Estos constituyen el sentido (o contenido) de una experiencia dada, y son distintos de las cosas que presentan o significan. David Woodruff Smith, «Phenomenology», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer, 2018.

El sentido, en términos luhmannianos, se explicaría como la “arena” en la que cada pensamiento (sistemas mentales) o cada comunicación (sistemas sociales) imprime una huella específica; consiste en una selección dentro de un horizonte de lo posible. En el primer caso, por ejemplo, al pensar, un pensamiento específico (“debería irme ahora, sino beberé demasiado”) excluimos otro pensamiento (“debería quedarme porque está divertido”) que está igualmente dentro del horizonte de lo posible.²⁴⁹ O, en el segundo caso, por ejemplo, al dictarse una ley sobre la mayoría de edad (18 años), se excluyen otras posibilidades que no son imposibles (17 o 19 años). Esto implica, a su vez, que el sentido no es preexistente en el mundo, sino que depende de las selecciones que haga un observador (mental o social).

Aparentemente, hay un número infinito de posibilidades de considerar algo como “con sentido”, porque hay un número infinito de observadores, cada uno con un número infinito de sus propias posibilidades de diferenciar y seleccionar. Sin embargo, según Luhmann, todas las asignaciones de sentido contienen tres líneas fundamentales de distinción o “dimensiones de sentido”. Estas son: *dimensión objetual (o temática)*, *dimensión temporal* y *dimensión social*. En la primera, se distingue entre el interior y el exterior, es decir, lo que pertenece y lo que no (por ejemplo, esto es Derecho o esto no es Derecho); los temas que se discuten actualmente frente a los que no. En la segunda, se clasifica en función de antes/después, anterior/posterior o pasado/futuro (por ejemplo, de acuerdo con mis decisiones pasadas, cómo estaré luego de esta decisión); y, en la dimensión social se distingue entre la perspectiva propia y la de los demás, es decir, entre Ego (yo) y Alter (los otros).²⁵⁰

De acuerdo con Huber, estas tres dimensiones de sentido están relacionadas con las otras tres teorías. La teoría de la diferenciación se relaciona con la dimensión objetual o temática, en donde el horizonte de referencia se estructura según la diferencia esto/lo-otro; la teoría de la evolución con la dimensión temporal porque se articula en los

²⁴⁹ Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 225. Según Espósito, el sentido –en Luhmann– es el *medium* que permite la creación selectiva de todas las formas sociales y psíquicas. Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 146.

²⁵⁰ Cfr. Baraldi, Corsi, y Esposito, pp. 141-43. Berghaus, p. 124.

horizontes de pasado y futuro; y la teoría de los medios de comunicación está relacionada con la dimensión social porque se basa en los horizontes de posibilidad disponibles a los participantes en la comunicación (“alter” y “ego”).²⁵¹

Teoría del sentido		Teorías relacionadas
Dimensión objetual	Interno/externo	Teoría de la diferenciación
Dimensión temporal	Antes/después	Teoría de la evolución
Dimensión social	Yo/otros	Teoría de los medios de comunicación

Figura 1: Elaboración propia

1.2.2.2. La teoría de la diferenciación

Bajo la teoría de Luhmann hay sistemas biológicos, mentales y sociales que existen como los conocemos hoy gracias a su co-evolución. Que haya existido co-evolución implica otro concepto básico de la teoría luhmanniana: la diferenciación sistema/entorno. Cada sistema (lo interno) tiene su entorno (lo externo) y, en ese entorno, hay otros sistemas con los que se mantienen relaciones recíprocas. El cómo se coordinan u organizan esas relaciones lo explica la *teoría de la diferenciación*.

Aunque la teoría de Luhmann incluye un aparato conceptual transversal que conecta interactivamente a los sistemas sociales con los sistemas mentales y biológicos, estos dos últimos tipos de sistemas solo se tratarán superficialmente porque el propósito de esta tesis es profundizar sobre uno de los sistemas sociales: el sistema jurídico (y también sobre su entorno). La teoría de Luhmann es una teoría para explicar la sociedad moderna, esto es, aquella diferenciada en distintos sistemas funcionales integrantes de la sociedad.

Durante la evolución se han identificado cuatro formas de diferenciación social: la diferenciación en sistemas similares (subsistemas) llamada segmentación; la diferenciación centro/periferia; la diferenciación jerárquica o estratificada; y, la diferenciación funcional.²⁵²

²⁵¹ Huber, p. 26.

²⁵² Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 65.

Los distintos tipos de diferenciación han sido característicos en diversos periodos de la sociedad. Por ejemplo, la diferenciación segmentaria se presentaba esencialmente en las sociedades tribales y de clanes, la diferenciación centro/periferia se presentó cuando la sociedad tribal creció y se formaron distintos centros de importancia y la diferenciación jerárquica se presentó especialmente en la Edad Media. En la historia del Derecho administrativo, especialmente en el marco de la Revolución Francesa, se estudia mucho –indirectamente– esta forma de diferenciación porque se describe la sociedad como organizada por castas o estratos, en cuya cúspide estaba el monarca y la nobleza y en la base el pueblo. Finalmente, la diferenciación funcional es la forma preponderante de la sociedad moderna. Acá el sistema total (la sociedad) “renuncia a establecer un orden de relaciones (por ejemplo, el rango) entre los sistemas de función. La metáfora del “equilibrio” tampoco es útil ya que solo disimula el hecho de que la sociedad ya no es capaz de regular las relaciones entre los sistemas parciales y que debe confiarlas a la evolución”.²⁵³

Javier Torres Nafarrate y Omar Ruiz la definen con claridad: la diferenciación funcional implica que la unidad o subsistema bajo el cual se separa un ámbito de comunicación autónomo (por ejemplo, la economía) es la función que ese subsistema desempeña para toda la sociedad como sistema abarcador. Por consiguiente, la función emerge en referencia a un problema o necesidad social que requiere solución. Esto significa que el subsistema correspondiente monopoliza la función y, al mismo tiempo, significa que en el entorno no hay otro dominio competente para atender dicho requerimiento. Para la ciencia, por ejemplo, el entorno es “científicamente” incompetente, no políticamente incompetente ni económicamente incompetente, etc. De acuerdo con esto, cada subsistema social se relaciona con un entorno –interno de la sociedad– en el que hay otros subsistemas con otras funciones.²⁵⁴ En todo caso, Luhmann destaca que, si bien la diferenciación funcional es la forma predominante en la modernidad, ello no implica que no se presenten otras formas de diferenciación. De hecho, considera que en la actualidad se combinan diversas formas de diferenciación.

²⁵³ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 591.

²⁵⁴ Torres Nafarrate y Ruiz Charre, p. 60.

La diferenciación funcional al implicar especialización (complejización) operativa permite que dentro de los mismos sistemas funcionales se formen nuevos subsistemas encargados de cumplir una función para el sistema en el que está contenido. Así, la política podría ser un subsistema del sistema social y, dentro de la política se podrían, diferenciar nuevamente otros subsistemas.

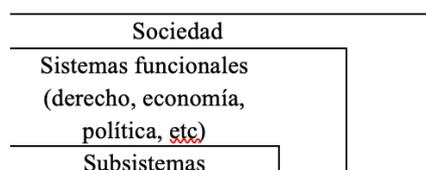


Figura 1²⁵⁵

1.2.2.3. La teoría de la evolución

Huber destaca que la teoría de la evolución, que se presenta como una alternativa a los conceptos de creación o planificación, considera que la sociedad es resultado de la evolución. En realidad, se puede decir que –bajo la teoría luhmanniana– no solo la sociedad es un resultado evolutivo, sino la sociedad junto con los demás sistemas que integran la teoría general de Luhmann: los sistemas biológicos y los sistemas mentales. Por eso se sostiene que luego de los sistemas biológicos, emergieron los sistemas mentales y sociales mediante la coevolución. En el curso de la evolución los sistemas se han ido diferenciando progresivamente en referencias mutuas, ya que ningún sistema podría evolucionar por sí mismo. Si el entorno no variara de forma diferente al sistema, la evolución acabaría en una coincidencia entre los elementos del sistema y el entorno, lo que llevaría a la disolución de la frontera entre sistema y entorno.²⁵⁶

²⁵⁵ Elaboración propia con base en la adaptación típica del esquema “draw a distinction” de Spencer-Brown a la teoría de sistemas sociales. George Spencer-Brown, *Laws of Form* (Leipzig: Bohmeier Verlag, 2011).

²⁵⁶ Berghaus, p. 54 y ss.

Berghaus explica la coevolución con el ejemplo del paramecio. Un paramecio opera ya aislado de su entorno, “extrae” información²⁵⁷ del entorno en la medida de sus posibilidades –de captar temperaturas, presas y evadir enemigos– y evoluciona dentro de sus posibilidades formando nuevos comportamientos. Esto se aplica tanto a los sistemas biológicos más desarrollados, como a los sistemas mentales y sociales.

Los medios de comunicación, por ejemplo, se han diferenciado enormemente en el curso de su evolución desde los inicios de la imprenta hasta la actualidad, siempre en paralelo a la evolución de la sociedad (incluyendo la economía, la tecnología, el desarrollo de la población, etc.), es decir, en paralelo a su entorno. Si el sistema político decide restringir la publicidad del alcohol y el tabaco, los medios de comunicación toman esa decisión como una irritación proveniente del entorno y cambian (evolucianan). Esto significa que los sistemas están causalmente conectados a su entorno, es decir, son “ambientalmente abiertos” y, al mismo tiempo, “operativamente cerrados”, porque solo se reproducen mediante sus propias operaciones y componentes.²⁵⁸ El –relativamente– reciente caso de la enfermedad por coronavirus es un ejemplo contundente de cómo los sistemas biológicos (incluyendo virus, bacterias, animales) están relacionados con los sistemas mentales y sociales. Un cambio en un sistema genera efectos en otros sistemas, aunque –de acuerdo con la teoría de Luhmann– no se trata de efectos directamente exportados o importados, sino de efectos mediados por el diseño interno de cada sistema.

La teoría evolutiva explica cómo un sistema estructuralmente determinado puede cambiar sus estructuras a través de operaciones. Luhmann destaca que se utilizan tres mecanismos evolutivos: variación, selección y (re)estabilización. La *variación* consiste en una reproducción desviada de los elementos por los elementos del sistema, es decir, en una comunicación inesperada y sorprendente. La *selección* elige ahora entre las comunicaciones aquellas que son adecuadas para la construcción de estructuras de sistemas (*vrg.* las expectativas que controlan la comunicación). Por último, durante la

²⁵⁷ Dice Berghaus que la expresión “extraer información” es una vergüenza lingüística porque en estricto sentido solo se estimula desde el exterior y aparte de ese estímulo se le asigna valor informativo. Berghaus, p. 55.

²⁵⁸ Berghaus, p. 55.

reestabilización se comprueba, se cuestiona, por así decirlo, la selección que ha tenido lugar.

1.2.2.4. La teoría de los medios de comunicación

Para Luhmann la sociedad emerge a partir de comunicaciones y, por lo tanto, su inquietud es ¿cómo se salvan las diferencias de opinión e interés en la comunicación?, es decir, ¿cómo se puede motivar al menos una selección? O dicho de forma más dramática: ¿cómo es posible el orden social?

Cuando Luhmann habla de “medios de comunicación” no debe entenderse que se refiere únicamente a los medios de comunicación de masas, sino que este concepto tiene un significado más amplio. Se incluyen los medios de comunicación de masas, pero no se limitan a ellos. Para Luhmann, dentro de los medios de comunicación están: el lenguaje, los medios de difusión (escritura, impresos, medios electrónicos o masivos) y también los llamados medios de comunicación simbólicamente generalizados como la “verdad”, el “amor”, la “propiedad”, el “dinero”, el “poder”, el “Derecho”, etc., también llamados medios de éxito, porque incentivan la comunicación, es decir, que ocurra la comunicación, que sea exitosa.

La improbabilidad de la comunicación –del orden social– se salva por los medios de comunicación. Los medios de comunicación hacen que lo improbable (comunicarse y entenderse) se vuelva probable. Gracias al medio de comunicación dinero/propiedad, por ejemplo, un extranjero puede comprar pan en un país con un idioma distinto al suyo. Basta con que señale en la vitrina un producto y espere la cifra en la máquina registradora. El medio ofrece una amplia variedad, aunque limitada, de opciones combinatorias para hacer que haya comunicación, es decir, para que opere recursivamente la sociedad.

Los medios de comunicación hacen probable lo improbable, pero ¿cómo surgieron los medios de comunicación? De acuerdo con Luhmann, como resultado de un largo proceso evolutivo. Por ejemplo, frente a la improbabilidad de comunicar a otro (de forma comprensible) más allá de la percepción, surgió el –medio de comunicación del– lenguaje; frente a la improbabilidad de liberar la comunicación de la oralidad, de la presencialidad y de la memoria, surgieron los medios de difusión como la escritura, la

imprensa y la radio; frente a la improbabilidad de aceptar ofertas de comunicación, surgieron los medios de comunicación simbólicamente generalizados y también los medios de comunicación de masas.²⁵⁹ Es decir, los medios de comunicación son el resultado de la *co-evolución* entre sistemas biológicos, mentales y sociales.²⁶⁰

Para Luhmann, la sociedad está conformada exclusivamente por comunicaciones que son contingentes. Contingentes porque las selecciones que pueden hacer los participantes en la comunicación pueden ser “así”, pero también “de otra manera”, es decir, que se pueda seleccionar “esto” (lo actual) y dejar “esto otro” aparte (lo potencial).²⁶¹ Lo *contingente* es que “esto es así”, pero también “puede ser de otra manera”.²⁶² Si se tiene en cuenta que en la comunicación estas selecciones de posibilidades –de comportamiento y acción– se llevan a cabo por dos instancias, entonces la contingencia se duplica, por eso Luhmann acude al término *doble contingencia*.²⁶³

²⁵⁹ Berghaus, p. 117 y ss.

²⁶⁰ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 60 y ss.

²⁶¹ De acuerdo con esto el sentido también se puede definir como la distinción entre lo actual y lo potencial. El sentido no se contrasta con el “sin sentido”, porque todo tiene sentido. Sostener que algo no tiene sentido, presupone algún sentido. El contraste del sentido es actual/potencial o real/posible. Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 146.

²⁶² La comprensión del concepto de contingencia se complementa entendiendo el concepto de complejidad. De acuerdo con Luhmann, aunque el hombre/mujer vive en un mundo que le presenta una multitud de posibilidades de experiencia y acción, solo tiene un potencial muy limitado para la percepción consciente, el procesamiento de la información y la acción. En cada experiencia se encuentra con posibilidades de selección que son complejas y contingentes. Complejas porque siempre hay más posibilidades de las que se pueden realizar, contingentes porque la selección realizada –con base en lo percibido– puede resultar de manera diferente a lo esperado. Cualquier posibilidad seleccionada en un mundo contingente mantiene latente a las demás (lo contingente será lo no necesario o lo no imposible). Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, p. 24 y ss.

²⁶³ Luhmann toma esta idea de Parsons, pero la modifica. No es necesario entrar en el detalle de este ajuste, pero es útil la comprensión de Parsons cuando se analice la de Luhmann. Al analizar la normatividad, Parsons sostiene que, desde que varios agentes, que pueden elegir cada uno subjetivamente su sentido de la acción, quieren actuar en relación con los demás en una situación, las expectativas de comportamiento recíprocas deben integrarse y esto ocurre con la ayuda de la estabilidad de las normas permanentes y aprendibles que pueden interiorizarse. De lo contrario, no se puede superar la *doble contingencia* de la determinación del sentido de dos sujetos. Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, p. 17.

¿Cómo se soluciona entonces el problema de la contingencia y de la doble contingencia? En este punto es donde entra la teoría de los medios de comunicación, en concreto, los llamados medios que impulsan el éxito de la comunicación. Aunque en la comunicación social todo puede ser de otra manera, es decir, doblemente contingente (porque hay dos participantes en la comunicación), medios como el poder o el dinero ayudan a resolver el problema de la doble contingencia.

Teniendo en cuenta estas cuatro líneas teóricas de Luhmann y también sus bases epistemológicas (sobre la realidad y el conocimiento), a continuación se expondrán los conceptos básicos de su teoría, antes de pasar a su concepto de sistema jurídico. De acuerdo con las cuatro líneas teóricas, la exposición partirá de la idea de sistema –en general– como operaciones que distinguen entre lo interno y lo externo, para después ir precisando cómo los sistemas operan, cómo se conectan con el entorno y, por tanto, cómo pueden cambiar. Luego de esto se hará énfasis en los sistemas sociales, su composición y sus relaciones.

2. El punto de partida: los sistemas son operaciones²⁶⁴

Para Luhmann, los sistemas no consisten en órdenes estáticos sino en *operaciones* constantes que mantienen estructuras y fronteras relativamente invariables.²⁶⁵ En ese sentido, decir que un sistema existe significa decir que un sistema opera. Una medusa, como sistema biológico, no consiste en su cuerpo material, sino en las operaciones vivas que tienen lugar en ese cuerpo. Obviamente su cuerpo es un requisito previo, pero sin operación un cuerpo no se distinguiría de otro elemento material. Operación es, por tanto, el término clave para comprender las actividades con las cuales el sistema se autoproduce.

²⁶⁴ Que este sea el punto de partida no esconde ninguna ideología “antihumanista”, simplemente es un orden que va de conceptos transversales a todos los sistemas a sistemas específicos. Este capítulo también podría leerse en otro orden, por ejemplo, comenzando por los puntos 7, 8 y 9.

²⁶⁵ La teoría de sistemas de Luhmann trata la cuestión de la densidad de contactos y la interdependencia en un sistema como una variable. El grado de interdependencia puede variar mucho por lo que la concepción ontológica de sistema se derrumba. La atención ahora se centra en las operaciones y en los procesos funcionales que mantienen las estructuras invariables y los límites del sistema. Desde el punto de vista funcional, la identidad del sistema ya no se entiende como sustancia, sino como invariabilidad (siempre relativa) Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*.

Los distintos tipos de sistemas (biológicos, mentales y sociales) se producen de forma específica y característica, pero también comparten algunas operaciones básicas.²⁶⁶ Entre estas se puede destacar la operación que distingue a los sistemas de su entorno.

2.1. La diferencia sistema/entorno

De acuerdo con Corsi, en la expresión, “diferencia sistema/entorno”, “diferencia” quiere decir ausencia de correspondencia directa entre los procesos que ocurren al interior del sistema y lo que sucede en su entorno.²⁶⁷

La concepción sistema/entorno es una comprensión alternativa a la visión tradicional de los sistemas como un todo compuesto de partes, en la que hay un énfasis en el interior del sistema y se ignoran sus límites o fronteras. A este tipo de comprensión tradicional se le pueden hacer dos observaciones. En primer lugar, no está claro cuál es el “todo”, por eso muchas concepciones terminan juridificando a toda la sociedad manteniendo ideas – aceptadas como ficciones– que afirman que la sociedad es contrato. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, el “todo” se convierte en una especie de jerarquía bajo el cual se deben ordenar todas las partes, dentro de las cuales se encuentran los seres humanos. La concepción dominante aún hoy en día es que la sociedad está compuesta por seres humanos y se tacha la concepción de Luhmann de “antihumanista” por pretender excluir al ser humano de la comprensión totalizadora de sistema.²⁶⁸

²⁶⁶ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 235 y ss. “Producir” tiene significados muy diferentes según se refiera a procesos químicos, orgánicos, conscientes o comunicativos (es decir, sistemas químicos, orgánicos, mentales o sociales). Niklas Luhmann, «The Unity of Legal System», en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, ed. Gunther Teubner (Berlín: Walter de Gruyter, 1998), p. 14.

²⁶⁷ Giancarlo Corsi, «Futuro y temporalización», en *Conferencia magistral en el marco del Seminario Internacional TGSS*, ed. Raúl Zamorano, 2018 <<https://www.youtube.com/watch?v=zWZDIbdPc0s>>.

²⁶⁸ Luhmann sostiene que el enfoque tradicional sobre el concepto de sistema presupone la distinción entre el todo y la parte. Los sistemas son relaciones que, por su coherencia, hacen que las partes se unan para formar un todo. Este enfoque se puede llamar ontológico porque parte de una determinada concepción del ser y se caracteriza por su problemática. El ser es la sustancia real e inmutable, algo que existe de tal manera que su propio no-ser queda excluido. Por lo tanto, sus relaciones con otras sustancias no tocan su identidad. El problema con esta concepción es que excluye otras posibilidades de ser, es rígido y cerrado al entorno, no tiene lugar para los cambios. No contiene ninguna referencia al entorno, se ignora como si no existiera. Bajo esta perspectiva el sistema seguiría existiendo aunque se eliminara el entorno. La única referencia al

Luhmann no solo no comparte la concepción tradicional de sistema, sino que también rechaza la idea de que primero existe un entorno y luego el sistema se adapta a este. En contra de estas dos ideas, Luhmann considera que sistema y entorno son dos caras de la misma moneda, un sistema es una diferencia con el entorno. El entorno es el exterior del sistema, es siempre relativo al sistema y, por lo tanto, es diferente para cada sistema.²⁶⁹ Pero ninguno puede existir sin el otro lado. ¿Cómo llegan entonces a existir los sistemas (con sus entornos)?

Como se dijo anteriormente, Luhmann no niega la realidad, parte de ella. Existe materia física, aire, calor, gravedad, sustancias químicas, condiciones físicas de diversa índole, clima templado, etc., pero todo eso no es sino la condición previa de los sistemas y de sus entornos. El mundo existe y aunque epistémicamente sea inaccesible, no es una construcción de nuestra imaginación. Cuando se distingue algo, se generan dos lados: el sistema (interior) y su entorno (exterior):

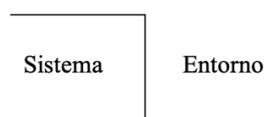


Figura 2²⁷⁰

entorno que hace esta perspectiva viene por el concepto de "interdependencia", es decir, la dependencia mutua de las partes que forman el todo. En estricto sentido, interdependencia significa que ninguna parte puede cambiar sin que todas las demás tengan que cambiar. El problema es que no hay sistemas en el mundo en los que todo el sistema pueda cambiar desde adentro, por una orden interna. Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*.

²⁶⁹ Por ejemplo, cuando un óvulo es fecundado y comienza a vivir como sistema biológico propio, se separa del cuerpo materno en el mismo acto. Todo lo demás afuera -incluso el cuerpo materno- se convierte en entorno para él, sin tener en cuenta que es extremadamente dependiente de él como requisito previo. El sistema es "operativamente cerrado" porque solo existe hasta donde llegan sus propias operaciones; en el ejemplo del óvulo fecundado: hasta donde vive la propia célula. Lo mismo ocurre con los sistemas mentales y sociales: una persona -un sistema mental- hace que todo lo que percibe sea su entorno. Una conferencia editorial -un sistema social- hace de todo lo demás su entorno en su reunión matinal. El sistema de medios de comunicación de masas hace que la sociedad sobre la que informa sea su entorno. Berghaus, p. 42.

²⁷⁰ Adaptación típica del esquema "draw a distinction" de Spencer-Brown a la teoría de sistemas sociales. Spencer-Brown, *Laws of Form*.

Este esquema es una abstracción matemática²⁷¹ significativamente real. Los seres vivos (sistemas biológicos) aparecen cuando existe una membrana que los separa de su entorno,²⁷² no es algo que alguien imagina, sino que es una operación real que se lleva a cabo. Las percepciones y la conciencia (sistemas mentales), por ejemplo, son operaciones reales que ocurren “al interior” de una identidad, de un “yo” (o Ego) que es distinto de “otros” (o Alter) que estarían en el “exterior”. Así mismo, el Derecho, la economía, etc. (sistemas sociales) existen (tienen identidad, son unidades, sistemas) cuando se distinguen de lo que no son, es decir, cuando se diferencian de su entorno y esa distinción se traza con operaciones reales, esto es, mediante operaciones jurídicas y transacciones financieras. Pero, aunque todas estas operaciones sean reales, es necesario que alguien se refiera a ellas, es decir, es necesario un observador.

2.2. La observación como operación especial

Se ha dicho que los sistemas no son cosas sino operaciones, es decir, los sistemas son lo que hacen. También se ha planteado que las operaciones se dan distinguiendo el entorno, por consiguiente, *un sistema opera y al hacerlo genera su diferencia con el entorno*. Además de operar, los sistemas también observan, aunque, en estricto sentido, la observación es una forma especial y compleja de operar.²⁷³ Observar significa distinguir y designar, no de forma pasiva –como implica el término observación en sentido cotidiano–, sino incluyendo el reconocimiento y la actuación. *En la observación, los sistemas copian la diferencia sistema/entorno y la utilizan como demarcación básica para orientarse.*²⁷⁴

²⁷¹ La formalización de esta distinción sistema/entorno la toma –el último– Luhmann del matemático inglés Georg Spencer-Brown.

²⁷² Humberto Maturana y Francisco Varela, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo* (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1998), p. 45.

²⁷³ De acuerdo con la teoría de la observación, la observación solo es posible cuando se interrumpe una continuidad, trazando una distinción entre lo observado y el fondo (ver la Figura 2). Para hacer referencia a algo hay que indicarlo, al indicar ese algo, aparece el fondo en el que está ese algo. La observación incluye tanto la indicación como la distinción (lo interno y la diferencia entre lo interno y externo). Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 101.

²⁷⁴ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 28.

El sistema económico, por ejemplo, en un nivel *opera* mediante transacciones –dinero y propiedad– y al operar de esta forma genera su entorno (todo lo que está fuera de la economía) y se distingue del mismo. En otro nivel, esta distinción es copiada por el mismo sistema para realizar observaciones. El sistema económico *observa/distingue* según el dinero y la propiedad, es decir, hace auto-referencias y hetero-referencias para orientarse.²⁷⁵ Esta sería la “auto” descripción que hace el mismo sistema económico, es la que hace una empresa (autorreferencia), por ejemplo, para aumentar sus clientes (heteroreferencia).

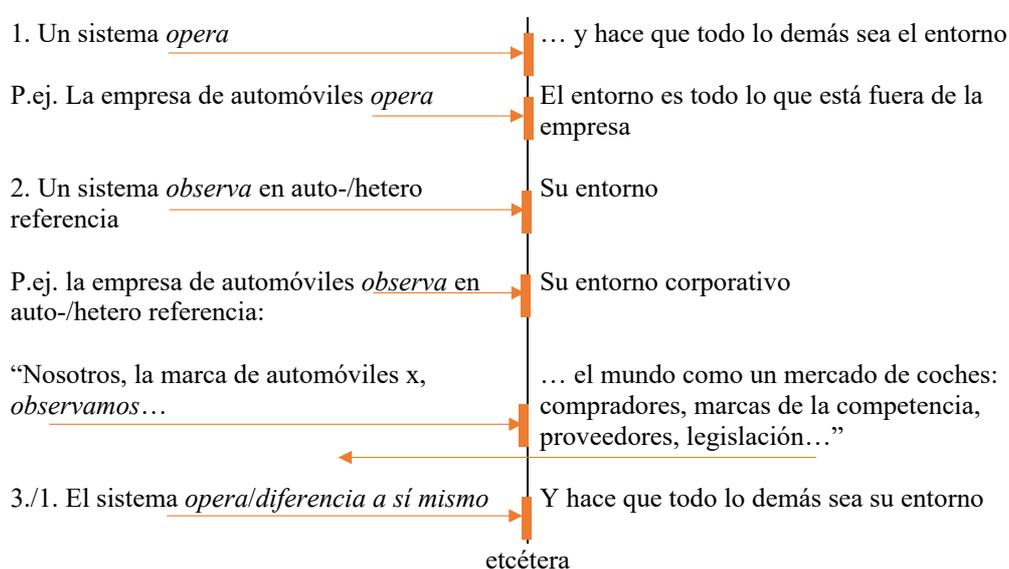


Figura 3²⁷⁶

Operar y observar (es decir, distinguir entre uno mismo y todo lo demás), por lo tanto, ocurre en todos los sistemas. Los sistemas mentales y sociales, por ejemplo, construyen esa distinción mediante referencias como “yo mismo” o “nosotros mismos” frente al “no-yo” o “no-nosotros”. Por esto los sistemas pueden observar distinguiendo entre la auto-referencia y la hetero-referencia.²⁷⁷

²⁷⁵ Berghaus, pp. 43-44.

²⁷⁶ Tomada de Berghaus: Berghaus, p. 55.

²⁷⁷ Berghaus, p. 45. Para poner otro ejemplo, las teorías del Derecho que provienen tanto de la práctica jurídica como de la enseñanza del Derecho, junto con los textos de Derecho vigente, representan la manera en la que el Derecho aparece como producto de las interpretaciones. Se puede decir, por tanto, que son interpretaciones resultado de la autoobservación del Derecho. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 4-5.

2.3. Observaciones de primer y de segundo orden

La distinción sistema/entorno se da dos veces. Una, en un nivel operativo: operación tras operación se va distinguiendo entre el sistema y el entorno, esta recursividad operativa genera la unidad del sistema; en este nivel operativo, se da la unidad del sistema, pero las operaciones no necesariamente tienen la capacidad de observarla. Para poder observar la unidad, en principio, se requiere un observador externo, sin embargo, y acá es donde aparece por segunda vez la distinción sistema/entorno, si el observador es el propio sistema, ya no se habla de unidad, sino de identidad. La identidad de un sistema surge, por tanto, cuando el sistema reflexiona (autorreferencia) sobre su propia unidad.²⁷⁸

Esta doble distinción sistema/entorno se organiza diferenciando entre dos niveles de observación: observación de primer y observación de segundo orden.

La observación de los observadores (observación de segundo orden) se superpone a la observación de la realidad (observación de primer orden). En el caso del sistema jurídico, por ejemplo, lo que es Derecho (o no), esto es, la identidad del sistema jurídico, emerge en el nivel de observación de segundo orden.²⁷⁹ El observador de primer orden, es decir, la víctima o el ejecutor, pueden ver en su comportamiento contenidos distintos al jurídico, por ejemplo, económicos o de otro tipo.²⁸⁰ En el nivel de la observación de segundo orden, un tribunal decidirá sobre tal o cual comportamiento y su observación se orienta por el código conforme/no-conforme a Derecho. Se considera una autoobservación (autorreferencia) porque la hace el mismo sistema jurídico con base en su propia estructura.

Una consecuencia de esta manera de operar de los sistemas es que siempre permanecerá un punto ciego, algo que el observador no puede ver porque él mismo está incluido en lo

²⁷⁸ Baraldi, Corsi, y Esposito, pp. 103-4.

²⁷⁹ Se aclara que la teoría de la observación de Luhmann no implica que “se conced[a] a cualquier observador el Derecho a su propia objetividad”, es necesario abordar el tema de los límites y puntos de referencia para las observaciones. Esto implica abordar la pregunta ¿cómo el Derecho determina cuáles son sus propios límites? Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 6-7. Esto se abordará más adelante.

²⁸⁰ Torres Nafarrate y Ruiz Charre, p. 96.

que se observa. Si bien el observador no puede evadir su punto ciego, sí lo puede hacer un observador externo, es decir, un observador del observador. En ese sentido, el observador de segundo orden tiene la ventaja de poder reconocer el punto ciego de los observadores de primer orden. Sin embargo, inevitablemente la observación segundo orden también genera su propio punto ciego y para verlo se necesitaría un tercer nivel de observación.²⁸¹ Esta es una regresión sin punto final. Todos pueden observar y comparar observaciones, sin embargo, nadie tiene “todo” a la vista, siempre solo “algo”. Todas las observaciones son construcciones desde un punto de vista relativo al sistema. Esto implica la constante corregibilidad y criticabilidad de todas las descripciones del mundo.²⁸²

Los cuatro puntos anteriores dan alguna idea de las condiciones para poder hablar de sistemas bajo la teoría de Luhmann. Una vez un sistema ha emergido y opera distinguiéndose de su entorno, se puede profundizar un poco sobre la manera de operar de los sistemas.

3. La autopoiesis

Que los sistemas se distingan a sí mismos de su entorno al operar es una realidad que se ha descrito mediante el concepto de autopoiesis. La autopoiesis, como su nombre lo indica [auto (sí mismo) + poiesis (producción)] identifica a los sistemas que se producen a sí mismos sobre la base de sus propios elementos.²⁸³ El concepto de autopoiesis ayuda a explicar la operación mediante la cual un sistema, al operar/observar, se distingue del entorno y, por lo tanto, se produce como unidad. La arista de la operación sistémica que el concepto de autopoiesis alumbró es la de la auto-referencialidad de las operaciones.²⁸⁴

²⁸¹ Luhmann también concibe observaciones de tercer orden. En el caso del sistema jurídico se presentan en el marco de la argumentación jurídica. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 266 y ss.

²⁸² Berghaus, pp. 47-50.

²⁸³ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 44 y ss.

²⁸⁴ Sobre las discusiones respecto del uso del concepto de autopoiesis en las ciencias sociales cfr. Maturana y Varela, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*, pp. 19 y ss; 34 y ss. Maturana, *La realidad ¿objetiva o construida? I*, p. XXVI y ss (Introducción de Javier Torres Nafarrate).

Los cuerpos vegetales y animales (sistemas biológicos) solo se reproducen a partir de cuerpos vegetales y animales y solo son sistemas mientras ellos mismos operan (viven). El operar de un animal, por ejemplo, no produce una planta y viceversa. A su vez, el operar de una ballena no produce un perro. Un “sí-mismo”, “desde-sí-mismo” se produce a “sí-mismo”. Luhmann trasladó el concepto a los sistemas no biológicos como los mentales y sociales.²⁸⁵ Los procesos de conciencia (sistemas mentales) surgen de sí mismos y se reproducen exclusivamente dentro de la misma conciencia.²⁸⁶ No se “aprende” en el mundo “captando” la realidad sino reaccionando a ella desde adentro con las estructuras mentales disponibles.²⁸⁷ De la misma manera, la comunicación (sistemas sociales) surge y continúa únicamente dentro del proceso de comunicación. El conocimiento científico solo se produce con base en las comunicaciones propiamente científicas (estructuras que establecen qué se considera ciencia y qué no). Una pócima de yerbas para curar una hernia cervical no es conocimiento científico si no se procesa por la estructura de producción de conocimiento científico. Es bastante improbable que se

²⁸⁵ La concepción luhmanniana de autopoiesis se aparta del modelo biológico porque distingue sistemas que constituyen la conciencia (psíquicos y sociales) de sistemas orgánicos y neurofisiológicos. Según Luhmann, la teoría biológica de la autopoiesis defiende una concepción radical de clausura porque, para la producción de relaciones entre sistema y entorno, se requiere un observador (del propio sistema o de otro sistema). Marcelo Neves, «De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19 (1996), 403-20 (pp. 403-4).

²⁸⁶ “Por lo general, en la comprensión más usual sobre el sistema nervioso, se tiene la idea de que se trata de un instrumento que obtiene información del medio ambiente, que luego utiliza para construir una representación del mundo y, con ello, poder responder con una conducta adecuada para sobrevivir en él. Sin embargo: «el sistema nervioso no “capta información” del medio ambiente, como a menudo se escucha sino que, al revés, trae un mundo a la mano al especificar qué configuraciones del medio son perturbaciones y qué cambios gatillan éstas en el organismo». El rendimiento evolutivo del sistema nervioso consiste en que posibilita la expansión del campo de estados posibles del organismo. De esta manera se trata de un aumento de configuración de los estados internos que, después, un observador puede enjuiciar de correlación acoplada con el mundo, pero que, en sentido restringido, no son sino formas cristalizadas del modo interno de operación de un sistema.” Maturana, *La realidad ¿objetiva o construida? I*, p. XVI (Introducción de Javier Torres Nafarrate).

²⁸⁷ Las ciencias cognitivas de punta cuestionan la comprensión representacionista del mundo y plantean que la cognición no es la representación de un mundo pre-dado por una mente pre-dada, sino más bien la puesta en obra de un mundo y una mente a partir de una historia de la variedad de acciones que un ser realiza en el mundo. Francisco Varela, Evan Thompson, y Eleanor Rosch, *The Embodied Mind* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2016), p. 9.

puedan obtener acciones de una empresa si no es mediante las comunicaciones económicas (dinero/propiedad) que se aceptan en el mercado financiero (sistema económico).

En síntesis, la autopoiesis implica que el entorno no puede operar dentro del sistema, solo puede alterar o destruir las condiciones de existencia del sistema. No se puede entrar en los pensamientos de otro y no se puede comunicar si no es con las reglas de la comunicación.²⁸⁸ Según la concepción tradicional de sistema, un reloj, por ejemplo, es un sistema porque está formado por partes que conforman un todo que opera sistemáticamente. Para Luhmann este ejemplo no representa un sistema porque al reloj lo hace el relojero, su conjunto de reglas viene de fuera del reloj. En otras palabras, para Luhmann los sistemas son autopoieticos o no son sistemas, los sistemas no nadan en el mundo como gotas de grasa en la sopa.²⁸⁹

3.1. Conectividad: operación tras operación

Del concepto de operación autopoietica se deriva otra característica básica de los sistemas. Ya se había anunciado: los sistemas no son cosas estáticas, sino operaciones – por tanto, dinámicas– que deben seguir operando para existir. La auto-reproducción constante va más allá de la idea de reemplazo de piezas moribundas y de la idea de adaptación al entorno. Esta característica se puede describir como una especie de compulsión a la autonomía porque el sistema simplemente dejaría de existir si no dotara a los elementos momentáneos que lo conforman de la capacidad de conectarse y así reproducirse.²⁹⁰

²⁸⁸ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 37 y ss. La idea que refleja el concepto de autopoiesis tampoco es una sorpresa para la teoría jurídica. Los conceptos de sistema de Kelsen y Hart describen una operación autorreferencial del Derecho.

²⁸⁹ Berghaus, p. 50.

²⁹⁰ “Esto va mucho más allá de una sustitución de las partes que mueren, hecho además no suficientemente aclarado por la referencia a las relaciones con el entorno. No se trata de adaptación ni de metabolismo; se trata más bien de una coacción especial hacia la autonomía, con el resultado de que el sistema simplemente dejaría de existir, aun en un entorno favorable, si en la reproducción no proveyera a los elementos momentáneos de que consta de esa capacidad de anexión, es decir, de sentido.” Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 35.

Para garantizar la conectividad, los sistemas autopoieticos controlan sus operaciones en relación con los resultados y, en consecuencia, construyen estructuras adecuadas. Se trata de una especie de auto-referencia que distingue entre “antes” y “después”, formando algo parecido a una memoria. El sistema registra: así era yo antes de la operación y así soy yo después. A esta característica Luhmann la llama reflexividad.²⁹¹

4. Clausura operativa y apertura al entorno

La operación autopoietica de los sistemas conduce a resaltar otro rasgo llamado clausura operativa. Los sistemas autopoieticos funcionan de forma cerrada porque dependen de sus propias operaciones para producir sus propias operaciones. Sin embargo, que los sistemas estén operativamente clausurados no significa que sean –por decirlo de alguna manera– insensibles al entorno.²⁹²

Se ha dicho que los sistemas necesitan requisitos previos en su entorno para existir. Por ejemplo, los sistemas biológicos necesitan oxígeno, agua, alimentos, etc.; los sistemas mentales necesitan sistemas biológicos y un mundo que percibir; y los sistemas sociales requieren vida y conciencia.²⁹³ Estas condiciones previas no se discuten, lo que interesa

²⁹¹ “Hablaemos de reflexividad (autorreferencia procesal) cuando la diferenciación entre el antes y el después en los acontecimientos elementales constituya la base. (...) es, por lo general, un proceso determinado en sus acontecimientos elementales por la expectativa de una reacción y por la reacción de una expectativa.” Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 395.

²⁹² Que los sistemas sean cerrados y abiertos al mismo tiempo es una de las características más difíciles de explicar. Se puede decir que esta característica es la que en la ciencia jurídica ha mantenido la eterna discusión *iuspositivismo/iusnaturalismo* o las versiones renovadas de esta discusión positivismo/neoconstitucionalismo. Sobre estas discusiones cfr. Fernando Atria, *La Forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), pp. 29-46. La cita solo reconoce una descripción de estas discusiones, no un compromiso con la comprensión del Derecho planteada en esta obra.

²⁹³ “Así como la autorreproducción de los sistemas sociales transcurre, por decirlo así, por sí sola debido a que de la comunicación se desprende más comunicación, a no ser que de pronto cese; así también hay en el hombre reproducciones autorreferenciales cerradas que al considerarse globalmente (lo que basta para el caso) pueden dividirse entre reproducción orgánica y reproducción psíquica. En el primer caso, el medio y la forma de manifestación es la vida; en el segundo, la conciencia. La autopoiesis, *qua* vida y *qua* conciencia, es la condición previa de la formación de los sistemas sociales; es decir, los sistemas sociales

es que, una vez el sistema emerge, es decir, una vez existe un conjunto de operaciones circulares que generan una distancia con el entorno (organismos, conciencias, sociedades que se distinguen de sus respectivos entornos), el punto que interesa es: ¿cómo el sistema que opera clausurado se relaciona o se abre al entorno?

Tanto los sistemas mentales como los sociales pueden operar más allá de sus fronteras, o mejor, estos sistemas pueden expandirse y también contraerse. La pregunta es ¿cómo trascender las fronteras sin trascenderlas? Dicho de otro modo, estar en el sistema y a pesar de ello tener acceso al ambiente o producir apertura mediante clausura.²⁹⁴

Para evadir los problemas de concebir los sistemas como cerrados, la teoría de sistemas de primera generación planteó la idea de sistemas abiertos, sosteniendo que los sistemas mantenían un continuo intercambio con el entorno mediante la transformación de *inputs* en *outputs* de acuerdo con un parámetro específico de transformación.²⁹⁵ El problema de este aparato conceptual es que dificulta notar la importancia de las fronteras del sistema porque hasta antes de la aparición del concepto de autopoiesis los primeros escritos de Luhmann requerían de extendidas argumentaciones para poder explicar un fenómeno que muestra cerradura y apertura simultánea.²⁹⁶ El concepto de autopoiesis ayudó a Luhmann a reformular sus ideas de forma más clara en este aspecto.

La reformulación de Luhmann ya se esbozó parcialmente cuando se explicó el punto de *observación como operación especial*. Luhmann destaca la capacidad de los sistemas de internalizar la distinción sistema/entorno convirtiéndola en la distinción autorreferencia/heterorreferencia para operar. Los sistemas no pueden operar en el

solo pueden autorreproducirse si la continuación de la vida y de la conciencia está garantizada.” Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 206.

²⁹⁴ Luhmann, «Conferencia sobre las nociones de autopoiesis y clausura operativa».

²⁹⁵ En los escritos tempranos de Luhmann se acude a esta formulación hasta que aparece el concepto de autopoiesis y Luhmann lo incorpora a su programa. Este hecho es el que hace hablar de un primer y un segundo Luhmann. Cfr. Ricardo Arenas Ávila, *Del primer al segundo Luhmann: las consecuencias del giro autopoietico en su teoría sociológica del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020).

²⁹⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 27-29.

ambiente, pero pueden utilizar la distinción autorreferencia/heterorreferencia para guiar las operaciones internas. Berghaus puede ayudar con otro gráfico:

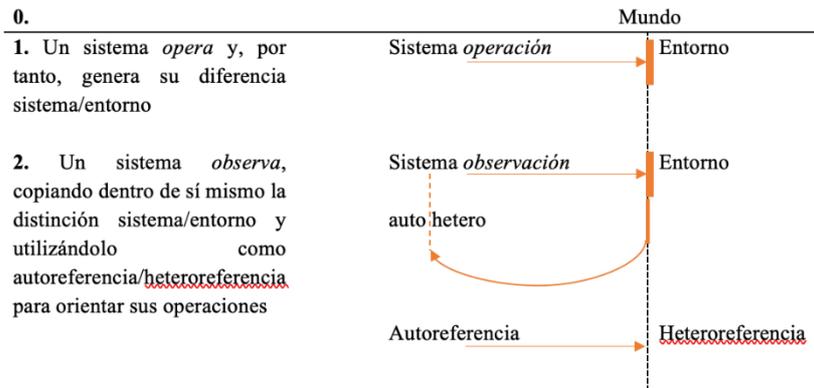


Figura 4²⁹⁷

El punto sobre la *observación como operación especial* se enfocó en la explicación de cómo los sistemas operan en una especie de doble nivel. El nivel de operación que los distingue del entorno y el nivel de operación en el que el sistema observa su distinción con el entorno para operar. La hiena siendo hiena por su estructura biológica-cognitiva (operando), distinguiéndose de un pollo o de una vaca (entorno) por ejemplo, y la hiena (observando) siendo “consciente” de la información biológica incrustada en su organismo cazando presas y comiendo carne. O retomando el ejemplo del sistema económico: la empresa operando económicamente y por lo tanto distinguiéndose de su entorno (lo que no es económico) y la empresa utilizando la distinción dinero/clientes para orientar su propia operación.

Estas explicaciones pueden usarse para ilustrar la “apertura” de los sistemas “clausurados” porque en el nivel de observación (al tener en cuenta la distinción sistema/entorno que se da en el nivel de operación), el sistema “sabe” cómo actúa (autorreferencia) y con quién se relaciona (heteroreferencia) en su operar. La empresa opera mediante el dinero (sistema) que obtiene de los clientes (entorno) y en su operar económico (autorreferencia) tiene en cuenta que consigue el dinero de sus clientes

²⁹⁷ Tomada –con algunos ajustes– de: Berghaus, p. 44.

(heterorreferencia). Al incluir la heterorreferencia en su operar clausurado la empresa logra contacto con la realidad a pesar de que se distingue de ella.²⁹⁸

En todo caso, para una mejor comprensión del fenómeno de los sistemas operativamente clausurados, pero sensibles al entorno, es necesaria una breve referencia al entorno, porque en el entorno de cada sistema hay sistemas de distinto tipo, entre estos, los sistemas sociales a los que Luhmann dedicó su investigación.

5. El entorno de los sistemas

En términos sistémicos, el entorno por sí solo no existe porque el entorno siempre es el exterior de algún sistema, el entorno es todo lo que no hace parte de un sistema. Se dice que el entorno no existe por sí mismo porque siempre está construido como el exterior, por las operaciones de un sistema. Los electores (entorno) no existen sin los candidatos políticos (sistema). Cuando el sistema distingue lo interno de lo externo, lo externo es el entorno; el entorno es un mecanismo para que el sistema gestione su complejidad, esto es, “para seleccionar qué conexiones implementar y qué conexiones no implementar.”²⁹⁹ Esta selectividad implica que hay que negar posibilidades que, por lo tanto, quedarán en el entorno. El candidato político (sistema), al distinguir sus posibles electores (entorno), para obtener más votos, tendrá que centrarse en cierto tipo de electores y descartar otros.

Que el entorno sea siempre el entorno de un sistema, sin embargo, no significa ni su devaluación ni tampoco una subordinación de su rol. La teoría de Luhmann no tiene como comienzo ni el sistema ni el entorno, sino su diferencia, para la cual ambos lados son necesarios.³⁰⁰

²⁹⁸ Darío Rodríguez lo dice de forma clara: “Los sistemas sociales necesitan desarrollar una descripción de sí mismos —una autodescripción— para aplicarla luego en su propia autopoiesis, vale decir, para reconocer lo perteneciente y lo no perteneciente.” Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. IX (Darío Rodríguez, Presentación a la traducción al castellano).

²⁹⁹ Corsi.

³⁰⁰ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 235 y ss.

Luhmann aclara que, en términos sistémicos, el concepto de entorno implica que: i) cada sistema tiene un solo entorno y que en él hay otros sistemas; ii) el entorno en sí mismo no es un sistema, es más bien el mundo mismo; iii) cada sistema tiene su propio entorno, que no es idéntico a los de otros sistemas porque, por un lado, con las referencias del sistema también cambian las referencias del entorno y, por otro lado, el sistema es, para esos otros sistemas, a su vez, parte del entorno.³⁰¹ Complementado con ejemplos: i) una empresa de armas tiene un solo entorno (todo lo externo a la empresa) y en ese entorno hay organizaciones públicas (ministerio de educación) y privadas (una empresa de vigilancia), sistemas jurídicos, medios de comunicación masiva, etc.; ii) el ministerio de educación, empresas, sistemas jurídicos, medios de comunicación no son, en conjunto, para la empresa de armas un sistema, sino el mundo mismo, la cantidad de clientes posibles, que debe observar la empresa para orientar su operación; iii) el entorno de la empresa de armas no es idéntico al entorno del ministerio de educación porque, por un lado, lo que le interesa a la empresa de armas (los sistemas a quienes busca venderle), no necesariamente le interesa al ministerio de educación y, por otro lado, para el ministerio de educación la empresa de armas es solo uno más de los sistemas de su entorno.

Este planteamiento permite afirmaciones básicas como: (i) el entorno es siempre más complejo que el sistema, aunque en el entorno puede haber sistemas menos complejos que el sistema de referencia; (ii) el entorno como unidad siempre tiene un grado de orden inferior al sistema, aunque en el entorno puede haber sistemas con un grado de orden más elevado.³⁰²

Teniendo claro que el entorno está poblado por sistemas, es necesario pasar a los distintos tipos de sistemas que Luhmann concibe para comprender mejor cómo los sistemas desarrollan su autopoiesis (clausuradamente) en evolución con su entorno (abiertamente), esto es, en evolución con otros sistemas.

³⁰¹ Niklas Luhmann, «Nomologische Hypothesen», funktionale Äquivalenz, Limitationalität: Zum wissenschaftstheoretischen Verständnis des Funktionalismus», *Soziale Systeme*, 16.1 (2010), 3-27.

³⁰² Luhmann, «Nomologische Hypothesen», funktionale Äquivalenz, Limitationalität: Zum wissenschaftstheoretischen Verständnis des Funktionalismus».

6. Los tipos de sistemas

Que el entorno influya en el sistema depende del sistema. Los efectos se producen solo a través de la co-ejecución del sistema que sufre la influencia. Ningún sistema (vivo, mental o social) puede abarcar “todo”. Cada sistema hace sus distinciones dentro de sus propias posibilidades y esto obedece a la diferencia estructural propia de los distintos sistemas que estudia Luhmann.

La presentación de los diferentes conceptos luhmannianos se ha desarrollado exponiendo la formulación general que define cada concepto y a continuación se ha intentado ejemplificar cada formulación, viéndola reflejada en distintos tipos de sistemas. Esta estrategia obedece a que Luhmann contempla una teoría operativa general para todos los sistemas y una teoría especial que distingue los diversos sistemas que comparten esa manera de operar definida de forma abstracta.

Luhmann aspiró a una teoría social universal y cumplió esa tarea –independientemente de las objeciones a la teoría– de forma sobrada. Luhmann no solo distingue “sistemas sociales” como el fenómeno central de la sociología, sino que, junto con ellos, también distingue “sistemas biológicos” y “sistemas mentales”. Pero no solo eso. Luhmann también distingue “máquinas”.³⁰³

³⁰³ Luhmann tomó la idea algorítmica de la programación y destacó su capacidad explicativa en un tipo especial de sistema social: la administración pública. En 1966 Luhmann se preguntaba lo siguiente: ... la automatización debería incitar al jurista atento a reconsiderar su base de juicio: no tanto por lo insólito, el peligro o la amenaza de la competencia de las máquinas, sino porque la programación de la máquina exige un análisis profundo del proceso de decisión (no solo, sino también: del contenido de la norma), lo que obliga al jurista a reflexionar sobre su propia lógica de decisión. ¿Decide con menos reflexión, con menos prudencia, con menos racionalidad que la máquina? Y si sigue los mismos principios, ¿puede transferir todos o parte de sus pasos deliberativos a la máquina? ¿Existen diferentes tipos de racionalidad, la de la máquina y la del abogado? Ambos tienen la misma función en un sistema administrativo. De modo que, en principio –al margen de cuestiones de eficiencia económica–, pueden sustituirse entre sí... ¿O son diferentes sus funciones, sus aportaciones a la toma de decisiones, y si es así: ¿son contradictorias, de modo que el abogado debe desconfiar de la máquina, o complementarias? Esto lo hizo Luhmann hace más de medio siglo y mucho antes de la publicación de su programa teórico de 1984, concretamente en: Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*.

7. El lugar del ser humano en la sociedad

¿Qué es el ser humano?³⁰⁶ ¿Un organismo vivo?, ¿un organismo psíquico?, ¿la suma de lo anterior?, ¿un organismo *más* un sistema psíquico constituyen la sociedad?, ¿cuántos seres humanos conforman la sociedad, dos, tres...?, ¿cuál es el criterio para determinar la emergencia de lo social? Si se asume que la sociedad emerge de la comunicación entre –mínimo– dos seres humanos, ¿cuál es la unidad mínima de la sociedad? Si se responde que la unidad mínima es el ser humano, ello es contradictorio porque se ha dicho que la sociedad emerge de la “comunicación” entre más de un ser humano. Por esa razón, para Luhmann la unidad mínima de la sociedad no es el ser humano, sino la comunicación; por eso sostiene que la sociedad está compuesta por comunicaciones y no por seres humanos; por eso se sostiene que el ser humano está en el entorno de la sociedad.

Luhmann no desconoce que existan los seres humanos, simplemente considera que no son la unidad mínima de lo social, sino parte de su condición previa. Así como no hay seres vivos sin condiciones físicas y químicas, y así como no hay conciencia sin seres vivos, no hay sociedad sin seres humanos. Pero que este sea el caso no debe confundirse con las unidades mínimas de cada nivel sistémico. Una cosa son las condiciones previas para la existencia de un sistema y otra cosa es lo que emerge con participación de esas condiciones previas. En la historia del pensamiento ese fenómeno se ha percibido mediante la vieja idea de que “el todo es más que la suma de sus partes” y en los últimos

³⁰⁶ Frente al concepto del ser, Heidegger ya destacaba que no era un concepto resuelto ni por Platón ni por Aristóteles (y tampoco por Kant ni por Hegel). Por eso, Heidegger sostenía que “[e]l hecho de que ya siempre vivamos en una comprensión del ser y que, al mismo tiempo, el sentido del ser esté envuelto en oscuridad, demuestra la principal necesidad de repetir la pregunta por el sentido del ‘ser’”. Martin Heidegger, *Ser y tiempo* (Madrid: Trotta, 2002), p. 15. Para Heidegger, “[l]o único que puede inferirse es que el ‘ser’ no es algo así como un ente.” Heidegger, pp. 14-15. Y, dice Heidegger, esto “lo sabe” todo el mundo cuando “comprende: ‘el cielo es azul’; ‘soy feliz’, y otras cosas semejantes.” Lo sabe entre comillas porque ¿cómo pueden dos cosas como el cielo y la felicidad compartir el “ser”? La dificultad del concepto del ser, por tanto, explica que se mantenga la pregunta por el ser en las diversas disciplinas como algo que todo el mundo sabe o como algo que no es necesario preguntarse o como un error metodológico. Heidegger, pp. 13-22. Si a esta dificultad se le agrega el modo de ser *humano*, la dificultad de la cuestión aumenta.

años se estudia bajo una corriente de ciencias cognitivas llamada emergentismo o conexismo.³⁰⁷

Varela ha señalado que investigaciones relativamente recientes de las ciencias cognitivas muestran que la mente no se reduce a los componentes y símbolos cerebrales, sino que la mente está descentrada. Varela lo describe así: la mente no está en la cabeza, la mente es un nivel emergente en el que las condiciones internas (del cuerpo) se entrelazan en una especie de abrazo con las condiciones externas (del cuerpo).³⁰⁸ La explicación de cómo pasar del todo a las partes era un asunto misterioso y sumamente extraño. Sin embargo, para Varela, con el desarrollo de la noción de emergencia –y las hipótesis a su alrededor– se ha dado un paso fundamental en la ciencia. Los fenómenos emergentes representan, para decirlo en términos filosóficos, una categoría ontológica nueva en el que las unidades no son ni sustancialmente existentes –en el sentido de poder cogerlas y ponerles una cinta para señalar allí están–, pero, al mismo tiempo, tampoco se puede decir que no existan porque son eficaces. Se trata de una idea radicalmente distinta que consiste en una especie

³⁰⁷ Varela, Thompson, y Rosch. Especialmente el capítulo 5. En las llamadas ciencias duras las tesis de Varela siguen siendo fuente de desarrollos científicos y académicos (cfr. Gordon, Susan “Neurophenomenology, Enactive Cognition, and the Embodied Mind” en Gordon, Susan, *The Mind-Brain Continuum*, eBook, Springer Cham, 2023, p. 33-49). Institucionalmente sus ideas siguen viviendo a través de las conferencias periódicas que realiza el *Mind and Life Institute* (<https://www.mindandlife.org/>). En el ámbito de la filosofía y de la historia y filosofía de la ciencia existe una revista llamada *Constructivist Foundations* también influida, entre otras, por las ideas de Varela. Para mayor información: <https://constructivist.info/>

³⁰⁸ El maestro Francisco Varela explica que “hasta hace muy poco tiempo... la neurobiología (el estudio del cerebro) pensaba el concepto de la percepción como precisamente bajo ese concepto de que yo veo allí una silla roja, entonces hay una imagen en la retina y se hace un tratamiento de la información [*en el cerebro*] del color rojo.” Destaca Varela que “una de las cosas más fascinantes en los últimos cinco años en la neurociencia [*hablaba en 1999*] es que hay una evidencia monstruosa que, en realidad, cuando yo veo un color rojo el sistema motor se activa antes de que yo diga “rojo”, es decir, el rojo es como un abrazo a lo que llega... y en el abrazo se le da forma y aparece “rojo”. El sistema motor, en otras palabras, la postura, la intensión, lo que podríamos decir la voluntad –en el lenguaje de la filosofía del 19–, es lo que le da sentido a la percepción y no que la percepción llega, después se analiza y después hay un gesto de respuesta...”. Francisco Varela, «Conferencia: aprender a aprender» (Chile, 1999). Estas pruebas científicas de nivel biológico, neurobiológico y psicológico confirman la explicación mediante la distinción sistema/entorno. Los entes son unidades y en ese sentido están cerrados, pero no existen sin un entorno. El sistema y el entorno se relacionan –para seguir con la metáfora de Varela– mediante abrazos mutuos.

de “estado de ser” o de “aparecer en el mundo” que no es ni lo clásico de lo físico, de la sustancialidad, ni tampoco es una especie de alma o espíritu profundo [*Kant - Hegel*]. El fenómeno no es no-material y al mismo tiempo no es sustancial. El ser humano no es un conjunto de carne y huesos y, desde luego, no se reduce a una neurona o a un jugo sináptico y, al mismo tiempo, tampoco se eleva a una especie de vapor elusivo en el mundo. Esta idea abstracta –sostiene Varela– se puede vivenciar simplemente preguntándose ¿quién soy yo? ¿Un nombre, un *curriculum vitae*? Señala: no se le puede poner el dedo al “yo”, pero su eficacia se experimenta a diario.

Francisco Varela hace parte del grupo de pensadores que Luhmann tuvo en cuenta para la construcción de su obra y en su concepción de lo social se evidencian estos trabajos de las ciencias cognitivas de punta. Por decirlo de alguna manera, Luhmann plantea lo social bajo esta idea de fenómeno emergente. No solo la mente y el ser humano es un fenómeno emergente, la sociedad es también otro fenómeno emergente. Frente a esto último también dice Varela: *La France* no es un ente que se puede reducir a sus ciudadanos, pero tampoco se puede decir que no exista, por el contrario, es un fenómeno social bastante eficaz. Luhmann no se queda en el simple uso de la noción de emergencia, sino que crea su propio aparato conceptual para explicar en qué consiste este nivel de emergencia, es decir, en qué consiste lo social. Estos desarrollos son los que llevan a Luhmann a plantear que la sociedad, su unidad básica, no son los seres humanos ni la mente humana (que, a su vez, también, son fenómenos emergentes que no se pueden reducir a sus partes), sino la comunicación.

Que los seres humanos estén en el entorno de la sociedad no significa que Luhmann sea un misántropo ni que considere que los seres humanos no sean importantes.³⁰⁹ Su preocupación es, por el contrario, ofrecer un marco más rico para evaluar la realidad humana y social y para eso ha tenido que alejarse del marco conceptual humanista,³¹⁰ lo

³⁰⁹ Berghaus, p. 33.

³¹⁰ Moeller explica que las filosofías veteroeuropeas –desde Platón y Descartes–, aunque admitían que el ser humano no estaba formado simplemente por un “alma”, sino también por un cuerpo, tendían a considerar que el alma es la sede de la “individualidad” humana, lo cual sigue siendo evidente en muchas religiones occidentales. Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 80. En relación con esto, sostiene Harari que “Las religiones teístas se centran en el culto de los dioses (de ahí que sean llamadas «teístas», del griego theós). Las religiones humanistas adoran a la humanidad o, más correctamente, a Homo

cual no es sencillo porque implica ir en contra de la tradición y de la forma en la que está configurado el lenguaje mismo.³¹¹ “Quien considera seriamente al ser humano como una unidad concreta y empírica formada física y química, orgánica y psicológicamente, no puede concebir al individuo como parte del sistema social.”³¹² La complejidad de la realidad humana, por tanto, explica la razón por la cual Luhmann ubica al “ser humano” en el entorno de los sistemas.³¹³

Moeller explica que Luhmann no intenta simplemente “eliminar” al ser humano, sino superar los límites conceptuales de las nociones humanistas, que son demasiado simples para captar la complejidad de la realidad. Para esto Luhmann sustituye la noción de ser humano unitario por un esquema de –al menos– tres niveles sistémicos: el cuerpo, la conciencia y la comunicación. Más que unidimensionales, “somos” un conjunto complejo que participa en diversas funciones corporales, operaciones mentales y actuaciones

sapiens. El humanismo es la creencia de que Homo sapiens tiene una naturaleza única y sagrada, que es fundamentalmente diferente de la naturaleza de todos los demás animales y de todos los otros fenómenos. Los humanistas creen que la naturaleza única de Homo sapiens es la cosa más importante del mundo, y que determina el significado de todo lo que ocurre en el universo. El bien supremo es el bien de Homo sapiens. El resto del mundo y todos los demás seres existen únicamente para el beneficio de esta especie. Los humanistas adoran a la humanidad, pero no se ponen de acuerdo sobre su definición. El humanismo se ha dividido en tres sectas rivales que luchan por la definición exacta de “humanidad”, de la misma manera que las sectas cristianas rivales luchaban por la definición exacta de Dios. En la actualidad, la secta humanista más importante es el humanismo liberal, que cree que la “humanidad” es una cualidad de los humanos individuales, y que la libertad de los individuos es por lo tanto sacrosanta.” Yuval Noah Harari, *Sapiens. De Animales A dioses: Una breve historia de la humanidad*, eBook (Barcelona: Penguin Random House, 2014).

³¹¹ Luhmann tiene que expresarse dentro del corsé del lenguaje existente y su comprensión cotidiana implícita. Esto le obliga a veces a utilizar formulaciones engañosas. Así, cuando tiene que referirse a las “personas” como “participantes en la comunicación”, hay que tener en cuenta que en su teoría las personas son “referencias externas” de la comunicación. Y si elige formulaciones teóricamente correctas tienden a ser complicadas. Sobre este problema cfr. Berghaus, p. 35 y ss.

³¹² Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 15.

³¹³ “Gracias a la distinción entre sistema y entorno se gana la posibilidad de concebir al hombre como parte del entorno social de manera más compleja y, a la vez, más libre que si se le concibiera como parte de la sociedad, puesto que el entorno, en comparación con el sistema, es el campo de distinción de mayor complejidad y menor orden.” Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate*, p. 192.

sociales y estas dimensiones no se encuentran en perfecta armonía. No podemos traducir exactamente nuestros contenidos mentales en comunicación y tampoco los pensamientos de nuestra mente pueden traducir los procesos físicos exactos del cerebro, no hay, por tanto, un tipo de sistema concreto que aglutine a todos estos sistemas. Esto ya lo ha percibido la filosofía de la mente a partir del problema mente-cuerpo. Luhmann no pretende ofrecer una solución a este problema, simplemente sugiere que la “realidad humana” es aún más compleja: no solo tenemos que abordar la mente y el cuerpo, sino también la comunicación y por esa razón es que se aleja de la tradición humanista de considerar al ser humano como una unidad de análisis.³¹⁴

8. La comunicación como unidad básica de los distintos tipos de sistemas sociales

Si la sociedad no está compuesta por ser humanos, ¿cómo se conforma? La respuesta de Luhmann es: de comunicaciones.

La sociedad moderna se ha diferenciado en sistemas funcionales independientes –o subsistemas– como los medios de comunicación, la economía, la política, el arte, la ciencia o el Derecho. Todos ellos son *sistemas sociales*. Además de estos subsistemas, Luhmann destaca otros dos tipos de sistemas sociales. Por un lado, están las *organizaciones* (por ejemplo, un noticiero o una empresa), que son sistemas menos complejos que los anteriores y, por otro lado, están las llamadas *interacciones*³¹⁵, que son

³¹⁴ Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 80 y ss.

³¹⁵ La interacción es un sistema social que requiere la presencia física de los participantes. Las interacciones se forman cuando la comunicación se basa en la percepción de la presencia, que se deriva de la doble contingencia. La percepción reflexiva (la percepción de la percepción) es el requisito previo a la interacción. La comunicación exige la percepción mutua de la percepción: los participantes perciben que ellos mismos son percibidos. Si perciben que son percibidos, y que su propia percepción también es percibida, los participantes en la comunicación pueden observar que su comportamiento se entiende como información. Esto hace que la comunicación sea inevitable, ya que incluso la no comunicación se observa como comunicación, es decir, como rechazo a la comunicación. Por lo tanto, es imposible no comunicarse en los sistemas de interacción. Cfr. Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 111 y ss.

un tipo de sistemas sociales más pequeños y fugaces o de corta duración.³¹⁶ Lo que tienen en común todos estos sistemas es que están conformados por comunicaciones.

El concepto de comunicación generalmente se explica mediante la metáfora de la “transmisión”. En la comunicación –se dice– se transmite información del emisor al receptor. Sin embargo, Luhmann sostiene que “[l]a metáfora de la transmisión es inservible porque implica demasiada ontología. Sugiere que el emisor transmite algo que es recibido por el receptor. Este no es el caso, simplemente porque el emisor no da nada, en el sentido de que pierda él algo. La metáfora del poseer, tener, dar y recibir no sirve para comprender la comunicación. La metáfora de la transmisión pone lo esencial de la comunicación en el acto de la comunicación. Dirige la atención y los requerimientos de habilidad hacia el emisor. El acto de comunicar, sin embargo, este no es más que una propuesta de selección, una sugerencia. Solo cuando se retoma esta sugerencia, cuando se procesa el estímulo, se genera la comunicación.”³¹⁷ Por ejemplo, entre este texto y el lector del texto se forma un sistema social porque entre ellos hay una comunicación, pero esta no consiste en la “transmisión” de información del escritor (emisor) al lector (receptor), sino que la comunicación tiene lugar si el lector entiende. ¿Entiende qué? La propuesta de comunicación que lleva dentro de sí un proceso de seleccionar información y luego darla-a-conocer.

A continuación, se expone el concepto de comunicación de forma analítica para efectos expositivos, pero es necesario tener en cuenta que su comprensión adecuada requiere de la continuidad de la comunicación.

8.1. El concepto de comunicación: una síntesis de tres selecciones

Luhmann define la comunicación como “una síntesis resultante de tres selecciones: información/darla-a-conocer/entenderla.”³¹⁸ Esta manera de definir la comunicación parece innecesariamente compleja en comparación con la comprensión tradicional (comunicación como transmisión de información), pero, alumbrando muchos rincones

³¹⁶ Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 27 y ss.

³¹⁷ Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, pp. 141-42.

³¹⁸ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 145.

inalcanzables para la definición cotidiana de comunicación y para la comprensión de la unidad básica de la sociedad.

Para entender esta idea es importante destacar que la comunicación se caracteriza por su selectividad debido a que comunicar significa tener que elegir entre diferentes posibilidades, lo que implica “contingencia”, ya que siempre es posible elegir otra cosa. Por consiguiente, la comunicación consiste en tres selecciones contingentes (lo seleccionado/lo que pudo seleccionarse en el acto de información, en el acto de dar-a-conocer y en el acto de comprensión). Berghaus explica esto con el ejemplo de la comunicación con una novia(o): una confesión “te quiero” es, al mismo tiempo, una decisión frente a un número enorme de otras selecciones posibles: “te necesito”, “me gustas mucho”, “no te quiero”, “me pones nervioso”, “pásame la mantequilla”, etc. Todo tipo de selecciones es posible, pero “todo” al mismo tiempo no puede seleccionarse.³¹⁹ Siempre hay que seleccionar entre un horizonte de posibilidades. Ese horizonte de posibilidades está limitado por el “sentido”, porque no todo se puede comunicar “con sentido”. No toda palabra, no toda frase, no toda expresión, tiene sentido. (Ver teoría del sentido)

Bajo la comprensión dominante, la comunicación consta de dos acciones: enviar (emisor) y recibir (receptor). Luhmann no le asigna a la comunicación dos acciones, sino tres: (8.1.1.) la selección de la información, (8.1.2.) darla-a-conocer, y (8.1.3.) entenderla. Los conceptos de emisor y receptor son reemplazados en la concepción luhmanniana por los de Alter (el otro) y Ego (yo), respectivamente. (Alter y Ego pueden ser tanto personas como sistemas sociales). Alter lleva a cabo las dos primeras selecciones y Ego la tercera.³²⁰ La comunicación es la unidad básica, solo que posteriormente un observador la descompone en acciones que se atribuyen a los participantes en la comunicación.

8.1.1. Selección de la información

Alter selecciona la información, esto significa: juzga algunas cosas de su entorno como información –y otras no–. Aunque esta etapa no se incluye en las definiciones habituales

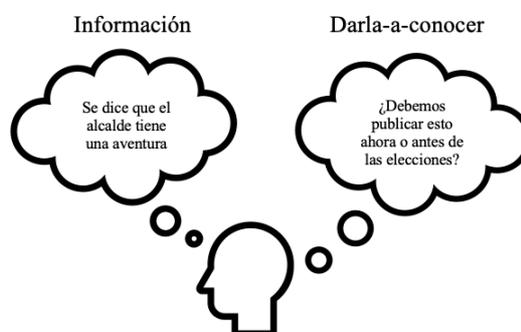
³¹⁹ Berghaus, p. 75.

³²⁰ Berghaus, p. 77.

de comunicación, para Luhmann es importante porque la información –como momento de la comunicación– no es una cosa del mundo como un paquete hecho que alguien puede coger, sino que la información la construye el observador. Algo del mundo –que podría llamarse ruido o perturbación– que, en todo caso, todavía no es información, estimula al sistema observador y solo allí adquiere valor informativo. El mundo, como repertorio inconmensurable de posibilidades, se vuelve realidad una vez es convertido en información por la selección que de ella hace Alter. La información entonces es un producto interno del sistema y, por tanto, no puede ser importado desde el entorno al sistema como paquetes de unidades idénticas. Un observador puede describir los hechos como si fueran así (y hablará de entrada y salida de información), pero, en realidad solo puede decir eso a partir de un esquema de observación creado por el mismo que tiene un diseño que le permite una selección de posibilidades (y no otras).³²¹

8.1.2. Dar-a-conocer la información

El segundo acto consiste en dar a conocer la información, lo que implica que Alter debe elegir un comportamiento que comunique esa información. La comunicación sin comunicarse no se puede concebir, sin embargo, el acto de comunicar, es decir, de dar-a-conocer la información por sí solo no es todavía comunicación. El acto de dar-a-conocer la información, al igual que la información, se basa siempre en la selección. Por lo general, Alter dispone de grandes cantidades de información, al menos mucho más de lo que expresa en sus comunicaciones. No está, por tanto, en capacidad de comunicar (de dar-a-conocer) toda su información. Siempre hay que elegir y entre las opciones para elegir también está la de no comunicar nada.³²²



³²¹ Berghaus, pp. 78-79. Huber, p. 63.

³²² Huber, pp. 63-64.

Figura 7³²³

La selección de la comunicación, es decir, del acto de dar-a-conocer se refiere tanto al qué como al cómo. El primero se vincula con el contenido (te quiero/no te quiero) y el segundo se relaciona con la elección del medio y la forma (escrito, verbal, texto, imagen, etc.).³²⁴

8.1.3. Entendimiento o comprensión

Este tercer acto recae en Ego (convencionalmente el receptor). Ego puede entender la comunicación o no entenderla. Este es el acto más importante de todo el proceso de comunicación, ya que la comunicación se produce en la comprensión o entendimiento y no en el acto de comunicar (dar-a-conocer). Si se concibe la comunicación como una síntesis de tres selecciones, es decir, como una unidad de información/darla-a-conocer/entender, la comunicación se produce siempre que hay entendimiento. Ahora, ¿qué entiende Luhmann por comprensión? De nuevo, no es lo habitual. No es “ponerse de acuerdo”, llegar a un consenso o entender correctamente un contenido. Para Luhmann entender es entender que se trata de una comunicación. Ego interpreta lo que escucha o ve de Alter como una comunicación, por lo tanto, como intensional. Lo que entiende en términos de contenido es de importancia secundaria para efectos de la definición de comunicación.³²⁵



³²³ Re-elaborada a partir de Berghaus, p. 81.

³²⁴ Berghaus, pp. 80-81.

³²⁵ Berghaus, pp. 82-83. Luhmann, *La Soc. la Soc.*, pp. 50-51.

Figura 8³²⁶

En cuanto algo se entiende como comunicación, se entiende que el comunicador tiene una diferencia entre información y comunicación, esto es, se entiende que Alter tiene una variedad de información, que solo selecciona una parte para comunicarla de determinada manera, y que, por consiguiente, no se recibe mucha otra información. Por esto Luhmann sostiene que la comunicación es una “síntesis” de las tres selecciones y, por tanto, diferente de la suma de las acciones de los actos individuales. No es que la selección de Ego se venga a sumar a las dos selecciones de Alter. La tercera selección consiste en comprender las diferencias entre las selecciones uno y dos que hizo el otro y, en ese sentido, la selección tres contiene las selecciones de Alter (uno y dos).³²⁷ Por eso es una síntesis, no una suma.³²⁸

³²⁶ Re-elaborada a partir de Berghaus, p. 83.

³²⁷ Si se recuerda la exposición de los puntos 1 y 6, es decir, la *distinción sistema/entorno* y *clausura operativa y apertura al entorno*, se puede notar un patrón similar entre esos dos puntos y el presente punto. Cómo lo que está adentro, a pesar de su operar cerrado, puede tener acceso a lo que está afuera. Con el concepto de comunicación se observa que Ego, aunque opera cerrado, tiene acceso al mundo haciendo una síntesis de las selecciones de Alter; selecciones en las cuales Alter, a su vez, ha tenido en cuenta el mundo externo a él.

³²⁸ Entender una comunicación es, por tanto, entender siempre una diferencia. Esto lleva la marca de un posible factor de riesgo: ¿Qué ha elegido la otra persona para comunicarse y por qué? ¿Qué no ha elegido? ¿Por qué me dice esto justo ahora? Probablemente tenía una razón específica, ¿qué quería que entendiera realmente? ¿Quizás ha elegido para el mensaje cosas demasiado escasas, inexactas o erróneas, sin importancia, sin sentido, engañosas o malinterpretadas? ¿Quizás no comunicó algo esencial, pasó por alto u olvidó algo? ¿Posiblemente ocultado deliberadamente? ¿Acaso perseguía una intención manipuladora? Etc. Estas posibilidades de irritación recaen en el Ego, el receptor. Pero también influyen en las selecciones de Alter de antemano, porque el emisor ya basa el qué y el cómo de su comunicación en ellas. Explica Berghaus que el sistema mental obtiene información sobre el mundo a través de la percepción directa. El resultado es información percibida, por eso, uno tiene la impresión de que esta información es completa y correcta, hasta donde llegan los propios ojos y oídos y las posibilidades de percepción y la atención. A fin de cuentas, uno confía en sí mismo y en sus propios sentidos. Sin embargo, esto es diferente de la información comunicada, puesto que se basa en la selección realizada por otra instancia (una persona o un noticiero). Por eso es lógico que lo que dicha instancia ha percibido y los aspectos que ha comunicado, por la razón que sea, no deben considerarse en absoluto como completos y necesariamente verdaderos. Berghaus, pp. 84-86.

Para Luhmann, en conclusión, la comunicación no es transmisión de información de un emisor a un receptor, sino una síntesis de actos selectivos. La comunicación tampoco se define por el consenso, ni por el disenso. La comunicación no tiene ningún propósito inmanente, simplemente ocurre o no ocurre, eso es todo. La comunicación, por tanto, es exitosa cuando continúa, es decir, cuando se da lo que Luhmann llama la comunicación de continuidad o de seguimiento.³²⁹ De hecho, el concepto de comunicación no se puede captar completamente mediante la exposición anterior porque esta simplemente representa una especie de unidad de comunicación, un recorte artificial para efectos expositivos.

8.2. La comunicación de seguimiento: el cuarto acto de la comunicación

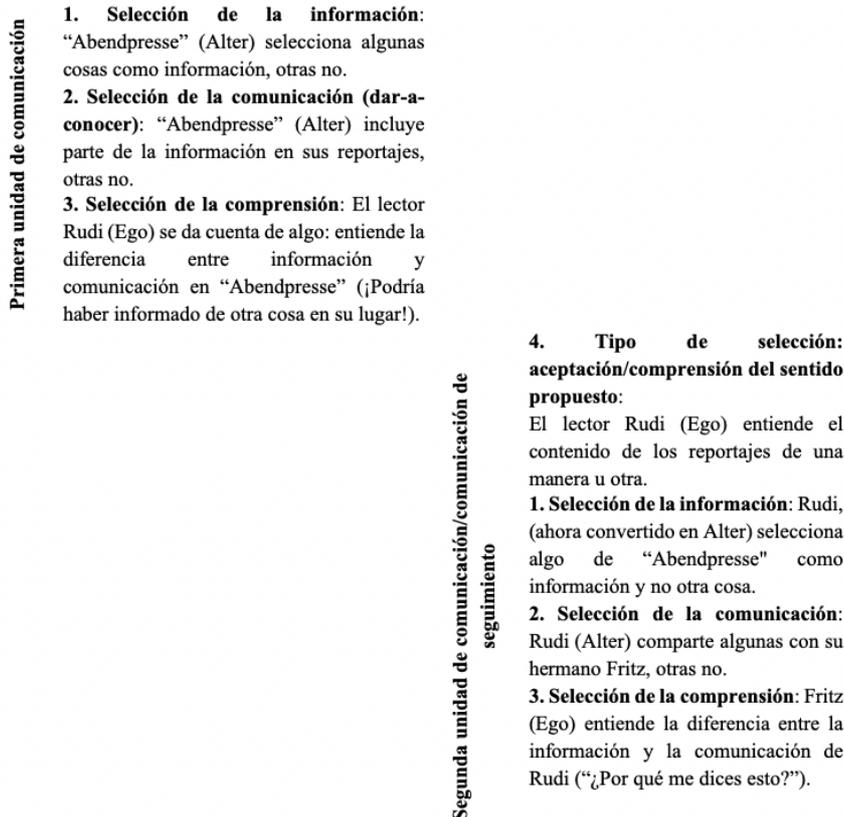
Este rasgo del concepto de comunicación luhmanniano se conecta con una característica de los sistemas autopoiéticos anteriormente mencionada: la conectividad recurrente de las operaciones sistémicas. Esta característica lo que destaca es que, cuando se interrumpe el flujo de comunicación, el sistema social correspondiente deja de existir. El análisis de la comunicación como unidad es, por tanto, un eslabón de una cadena a la que le siguen (o le deben seguir) otras comunicaciones.

La unidad básica de los sistemas sociales es la comunicación y esta se puede analizar en tres actos desarrollados por dos instancias. Para explicar la comunicación de seguimiento, esto es, la conectividad entre comunicaciones que se requiere para que un sistema social exista, se puede imaginar un cuarto acto de la comunicación. En este último acto entra en escena el aspecto relacionado con el contenido del mensaje –que se ha dicho es irrelevante para el concepto de comunicación como unidad básica–, ya que, por ejemplo, a las personas les interesa que sus contenidos se entiendan y entender contenidos. Las personas preguntan ¿me has entendido? O ¿te he entendido bien? Estas cuestiones fomentan la comunicación de seguimiento. De esta manera, la aceptación o el rechazo de la comunicación no son parte del evento comunicativo (que acaba en la comprensión de Ego), sino actos de conexión.³³⁰

³²⁹ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 86 y ss.

³³⁰ Berghaus, p. 71.

De acuerdo con esto hay que distinguir entre la unidad de la comunicación y la comunicación de seguimiento. En la primera, Ego debe entender algo como comunicación (tercer acto); en la segunda, Ego debe comprender el contenido de la “oferta de sentido” de la comunicación y aceptarla o rechazarla, lo que supone comprender –o no– el contenido. Ego puede aceptar o rechazar las propuestas de sentido de Alter (contenidos, afirmaciones, evaluaciones, etc.), comprenderlas o malinterpretarlas, mostrar consenso o disenso, en fin, posicionarse frente a ellas y esto supone un enlace o evento de conexión. Cuando Ego utiliza la oferta de sentido comunicada por Alter para comunicar algo, cambia de posición, es decir, de receptor pasa a emisor. La comunicación de seguimiento se convierte en una nueva unidad de comunicación.



Así puede continuar recursivamente...

Figura 9³³¹

³³¹ Re-elaborada a partir de Berghaus, p. 103.

El concepto de comunicación de Luhmann está tan cargado de contingencias –por la cantidad de selecciones que las dos instancias deben hacer– que surge el interrogante: ¿cómo es posible que haya sistemas sociales tan influyentes como la política, el Derecho, la economía o la ciencia que se reproducen sin aparentes dificultades?

9. Los medios de comunicación simbólicamente generalizados y su operación mediante el código y la programación

Ante la improbabilidad de aceptar una oferta de comunicación (tercera selección dentro del proceso de comunicación), en el curso de la evolución social se han desarrollado un conjunto de medios de comunicación simbólicamente generalizados que conducen a algo que de otra manera no se conseguiría: hacer probables comunicaciones improbables. Hacer probable, por ejemplo, la verdad, el amor, la propiedad, el poder, el Derecho, la fe religiosa, el arte, etc.

Los medios de comunicación simbólicamente generalizados terminan siendo la temática a la que se dedican los sistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad. Estos sistemas han convertido estos temas en un código que opera para todo el ámbito del medio respectivo y que consiste en dos valores opuestos. “Con ello, la posibilidad indeterminada (tendencialmente en aumento) de rechazar una propuesta de sentido comunicada se convierte en un duro *o-esto-o-lo-otro*; es decir, una situación “análoga” se transforma en “digital”, y con ello se gana una pregunta de decisión clara que resulta ser la misma para alter y para ego.”³³²

Explica Luhmann que en el transcurso evolutivo se ha formado “una semántica de criterios adicionales para determinar en qué condiciones la clasificación del valor positivo o negativo se lleva a cabo correctamente.” A estas condiciones las llama programas. Sostiene que “mientras los códigos logran sencillez e invariabilidad, el ámbito de sus programas se carga –casi como suplemento– de complejidad y variabilidad.”³³³

³³² Luhmann, *La moral de la sociedad*, pp. 280-81.

³³³ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 282.

Como en toda la teoría de Luhmann, el hecho de que todos los sistemas funcionales tengan códigos y programas para decidir el valor del código, no quiere decir que los códigos y los programas sean los mismos para cada sistema. Los sistemas se mantienen operativamente clausurados porque es cada sistema (y no otro) el que fija su programa y lo ejecuta. “Para el médium de la verdad, por ejemplo, los programas toman la forma de teorías y métodos; para el poder jurídicamente codificado toman la forma de leyes, de decisiones de los tribunales, con efectos prejudiciales y contratos; el médium del dinero se reespecifica en la forma de programas de inversión o programas de consumo, que luego se controlan por medio de balances o presupuestos; para el médium del amor parece que el recuerdo de una historia común asume la función correspondiente de delimitar las posibilidades.”³³⁴ Sin embargo, los sistemas se dejan influenciar por “intereses” en la medida en que los programas son relativamente sensibles al entorno social.³³⁵ En el siguiente capítulo, tomando como ejemplo el sistema jurídico, se profundizará sobre estos dos conceptos.

Los anteriores puntos intentaron explicar qué se entiende por sistema (1 a 4), cómo operan y cómo se relacionan con el entorno (5 a 8) y, finalmente, cómo se constituyen los sistemas sociales –y por qué el ser humano no hace parte del sistema social– (9 a 12). Al sostener que todos los sistemas sociales se reproducen mediante comunicaciones, pero que todos ellos son distintos y que, además de sistemas sociales hay otro tipo de sistemas con los que la sociedad interactúa, surgen dos cuestiones ¿Cómo se comunican los sistemas de diferente orden? Y ¿cómo se logran comunicar diversos sistemas sociales – con códigos y programas– distintos?

10. Acoplamientos estructurales

La respuesta a cómo pueden interactuar y co-evolucionar sistemas tan distintos como los biológicos, los mentales y los sociales, la ofrece Luhmann, de nuevo, con base en la teoría de Maturana y Varela, particularmente con base en el concepto de acoplamiento

³³⁴ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 294.

³³⁵ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 446.

estructural.³³⁶ El acople estructural define lo que para un sistema es relevante de su mundo circundante, siendo compatible con la autopoiesis: el sistema selecciona aquello con que se deja “irritar”.³³⁷

Los sistemas social y mental operan de forma separada (pensamiento-a-pensamiento y comunicación-a-comunicación), pero eso no quiere decir que no estén relacionados, de hecho, se trata de dos sistemas dependientes el uno del otro.³³⁸ La relación entre mente y sociedad es posible gracias a dos tipos de acoplamientos estructurales: el sentido y el lenguaje. Tanto los sistemas mentales como los sistemas sociales operan con los medios del “sentido” y el lenguaje. El hecho de que el sentido y el lenguaje sean aptos para su uso en lo mental y en lo social hace posible una coordinación fluida, incluso desapercibida y sin ruido entre los dos tipos de sistemas.³³⁹

³³⁶ “... dos (o más) unidades autopoieticas pueden encontrarse acopladas en su ontogenia cuando sus interacciones adquieren carácter *recurrente* o muy estable. Esto es necesario entenderlo bien. Toda ontogenia se da dentro de un medio que, nosotros como observadores, podemos a la vez describir como teniendo una estructura particular, tal como radiación, velocidad, densidad. Como también describimos la unidad autopoietica como teniendo una estructura particular, nos resultará aparente que las interacciones, mientras sean recurrentes entre unidad y medio, constituirán perturbaciones reciprocas. En estas interacciones la estructura del medio solo gatilla los cambios estructurales de las unidades autopoieticas (no los determina ni instruye) y viceversa para el medio. El resultado será una historia de mutuos cambios estructurales concordantes mientras no se desintegren: habrá *acoplamiento estructural*.” Maturana y Varela, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, p. 50.

³³⁷ Lewkow.

³³⁸ Frente al acoplamiento estructural de los sistemas mentales y sociales mediante el sentido, Luhmann sostiene que “conciene tanto a los sistemas psíquicos como a los sociales (...). Los sistemas psíquicos y sociales surgieron en el camino de la coevolución. Un tipo de sistema es entorno imprescindible del otro. Las razones de esa necesidad radican en la evolución misma que posibilita ese tipo de sistemas. Las personas no pueden permanecer ni existir sin los sistemas sociales, y viceversa. La coevolución condujo hacia ese logro común que es utilizado por los sistemas tanto psíquicos como sociales. Ninguno de ellos puede prescindir de ese logro común, y para ambos es obligatorio como una forma indispensable e ineludible de complejidad y autorreferencia. A este logro evolutivo le llamamos sentido.” Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, p. 77.

³³⁹ “[E]l lenguaje funciona psíquicamente sin reflexión y socialmente sin comentarios, lo que no excluye que se delibere la elección de las palabras cuando la conciencia lo juzga necesario, o que se hable acerca de modos de expresión cuando para el sistema social surge un problema de entendimiento. Pero tales cometidos —más bien excepcionales— presuponen sobre todo que el lenguaje funciona inadvertidamente;

La capacidad de percepción de objetos depende de la capacidad de percepción actual que el sistema mental tenga en un momento dado.³⁴⁰ Esto implica que hay un *sentido* actual y, a la vez, que también hay un *sentido* potencial que puede volverse actual si el sistema cambia su diseño perceptual. Si no comprendo algo, en principio no tendrá *sentido*. De la misma manera, las comunicaciones sociales continúan en la medida en que se trata de comunicaciones con *sentido*. Si un cliente llega a una empresa a comprar un coche ofreciendo a cambio oraciones, la comunicación (religiosa) para el sistema económico no tiene *sentido*. “No hay sistemas psíquicos (ni sociales) que no puedan en el médium del sentido distinguir entre ellos mismos y los otros”.³⁴¹ Por eso, para Luhmann, tanto los sistemas mentales como los sistemas sociales son sistemas que operan con el medio del sentido.

¿Pero cómo un concepto que fue creado para los sujetos terminó extendido a los sistemas sociales? En la formulación husserliana, el sentido era siempre el sentido para un sujeto, por tanto, no podía explicarse cómo hay cosas que socialmente tenían –o no– sentido, porque las sociedades no son sistemas perceptuales. Para una comunidad religiosa no tiene sentido que un feligrés lleve arequipe para untarle a la ostia en el momento del sacramento. ¿Cómo podría explicarse entonces que los sistemas sociales operen con –o sin– sentido? Para resolver esta cuestión Luhmann acude a la teoría del medio y la forma.³⁴²

o, en otras palabras, que está en relación “ortogonal” con los procesos autopoieticos de los sistemas que participan en él.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 80.

³⁴⁰ El sentido reemplaza la comprensión ontológica de la tradición filosófica europea del mundo como objeto, es decir, como algo que está allí afuera que se puede agarrar y empaquetar. De acuerdo con la fenomenología, el mundo es un horizonte de posibilidades, es decir, es inalcanzable. Luhmann, *The Reality of the Mass Media*, p. 6. Por eso, para Husserl, el objeto (el mundo) es el sentido con el que alcanzamos el objeto (el mundo), es como se nos presenta el mundo de acuerdo con las posibilidades y condiciones para procesarlo y esto es así –de acuerdo con Luhmann– no solo para los sujetos (sistemas mentales), sino también para los sistemas sociales. Sobre el concepto de sentido en Husserl, cfr. Lewkow.

³⁴¹ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 32.

³⁴² Luhmann pone “de manifiesto la dificultad de hacer depender el sentido de la noción de sujeto. Todo tratamiento ontológico del sentido remite necesariamente a la relación con un alguien”, por lo que plantea una noción abstracta de sentido que no dependa exclusivamente de un sujeto. Para esto acude a la distinción entre medio y forma. Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier*

El medio (como espacio de posibilidades de pensamientos y comunicaciones) siempre está en relación con una forma. El medio “en sí mismo” es cognitivamente inaccesible, solo las formas lo hacen perceptible. Un medio es como una masa de cera en la que se pueden imprimir, borrar y volver a imprimir formas (como pensamientos o comunicaciones). El material de las formas limita las opciones de las formas y, al mismo tiempo, las permite. Las reglas del fútbol (medio) limitan las jugadas aceptadas y, al mismo tiempo, permiten las más diversas jugadas (formas).³⁴³

Explica Berghaus que algunas cosas son un medio desde una perspectiva y una forma desde otra; por ejemplo, el lenguaje es un medio que puede ser vinculado en diferentes formas y, al mismo tiempo, es una forma en la que los sistemas mentales piensan y los sistemas sociales se comunican.³⁴⁴ Por esto, el lenguaje es también un acoplamiento estructural entre los sistemas mentales y los sistemas sociales. De acuerdo con Luhmann, “[e]l médium fundamental de comunicación –el que garantiza la regular y continua autopoiesis de la sociedad– es el lenguaje.”³⁴⁵ Pero el lenguaje no es el único acoplamiento estructural que permite la interacción entre sistemas.

Torres Nafarrate, pp. 171-72. Luhmann formó esta explicación a partir de una idea de Fritz Heider quien, en un texto llamado *Thing and Medium*, planteó que existen características estructurales del mundo físico que son importantes para la percepción. Percibimos cosas a través del contacto que tienen con nuestra piel y somos conscientes de una cosa a través de otra. p. ej., vemos las estrellas a través del espacio vacío, oímos el sonido de una campana a través del aire, medimos la presión del aire mediante un barómetro, los movimientos expresivos de una persona nos dicen algo de esa persona, etc. Fritz Heider, «Thing and Medium», en *On Perception and Event Structure, and the Psychological Environment. Selected Papers, = Psychological Issues* (München: Wilhem Fink Verlag, 1959). Como destaca Rodríguez “Luhmann cambia el término “cosa” por el de forma y de esta manera puede decir que el sentido es el médium sobre el que se imprimen formas, sin agotar al médium del mismo modo como no se agota la luz al reflejar los objetos ni el aire al transportar los sonidos.” Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. XII (Darío Rodríguez, Presentación a la traducción al castellano).

³⁴³ Este ejemplo es una simplificación de un ejemplo similar que plantea Luhmann con las reglas del ajedrez. Niklas Luhmann, *Das Erziehungssystem der Gesellschaft* (Frankfurt: Suhrkamp, 2002), p. 89.

³⁴⁴ Berghaus, p. 117.

³⁴⁵ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, p. 157.

Otro tipo de acoplamiento estructural, que puede considerarse una de las mayores conquistas evolutivas en la sociedad, es la escritura. La escritura también permite que sistemas distintos puedan interactuar. El medio escrito permite, por ejemplo, que el Derecho y las personas³⁴⁶ se relacionen. El Derecho tiene su propia semántica, su particular escritura especializada que lo distingue de otros sistemas, pero, en todo caso, tiene un nivel de lenguaje escrito lo suficientemente amplio para mantener intercambios con las personas.³⁴⁷

Entre los distintos tipos de sistemas sociales también se han generado otros acoplamientos estructurales resultado de la co-evolución. Luhmann señala algunos ejemplos: (i) la política y la economía se acoplan mediante impuestos; (ii) el acoplamiento entre política y Derecho se regula mediante la Constitución; (iii) el acoplamiento estructural entre Derecho y economía se consigue mediante la propiedad y el contrato; (iv) entre el sistema de la ciencia y el sistema educativo se logra un acoplamiento a través de las universidades; (v) entre la política y la ciencia se ha generado en los últimos años un acoplamiento mediante los asesoramientos externos; y como último ejemplo, Luhmann menciona que (vi) entre el sistema educativo y el sistema de la economía (empleos en organizaciones) se logra un acoplamiento estructural mediante las calificaciones y los certificados.³⁴⁸

Para tener un panorama general de la estructura teórica luhmanniana el siguiente cuadro tomado de Moeller³⁴⁹ puede resultar de utilidad:

³⁴⁶ Otro ejemplo que funcionaría como un acoplamiento estructural entre los sistemas mentales y los sistemas sociales es el concepto de persona. Persona no como sinónimo de ente de carne y hueso, sino como punto de atribución de roles y expectativas. Persona no solo como registro civil, identidad, etc., sino como garante de identidad en la relación social y, por lo tanto, en la posibilidad de exigencias sociales. Huber, p. 56 y ss. Por esto Luhmann señala que “[l]a escritura (como los sonidos de la comunicación verbal) es -de manera muy efímera-, un mecanismo de acoplamiento estructural (físico, perceptivo y comunicacional) entre la realidad física, la psíquica y la social. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 176.

³⁴⁷ Sobre la importancia de la escritura en el Derecho cfr. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 175 y ss.

³⁴⁸ Luhmann, *La Soc. la Soc.*, pp. 618-25.

³⁴⁹ Moeller, *Luhmann Explained: from souls to systems*, p. 29. Debe tomarse con reserva la expresión “*jurisdiction*” que aparece en el cuadro. Acá prefiere entenderse que el *medium*, corresponde a Derecho en un sentido semántico históricamente construido. Como algo de lo que todo el mundo tiene alguna idea más o menos clara. Otra manera para referirse al *medium* del Derecho podría ser la idea de normatividad jurídica.

<i>System</i>	<i>Function</i>	<i>Efficacy</i>	<i>Code</i>	<i>Program</i>	<i>Medium</i>
Law	elimination of the contingency of norm expectations	regulation of conflicts	legal/illegal	laws, constitutions, etc.	jurisdiction
Politics	making collectively binding decisions possible	practical application of collectively binding decisions	government/opposition	programs of political parties, ideologies	power
Science	production of knowledge	supply of knowledge	true/false	theories, methods	truth
Religion	elimination of contingency	spiritual and social services	immanence/transcendence	holy scriptures, dogmas	faith
Economy	reduction of shortages	satisfaction of needs	payment/nonpayment	budgets	money

Con el siguiente marco conceptual, a continuación se abordará el estudio de un tipo especial de sistema social: el sistema jurídico. Sistema que, de acuerdo con la teoría acogida, tiene un entorno que no se puede ignorar.

Capítulo 3. El Derecho como sistema social autopoietico

Uno de los problemas comunes a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho consiste en la explicación de los límites tanto del Derecho administrativo como del Derecho. Cómo determinar qué hace parte (y qué no hace parte) del Derecho administrativo y qué hace parte (y qué no hace parte) del Derecho es lo que ha mantenido a estas esferas teóricas en constante búsqueda de explicaciones. El concepto de sistema parte/todo que se ordena mediante un principio ordenador ha sido insuficiente y por ello Luhmann acudió al modelo sistema/entorno que, a su vez, hace parte de un aparato conceptual más amplio (la teoría de sistemas sociales).³⁵⁰ En este capítulo se explicará

³⁵⁰ La obra general de Luhmann normalmente se divide en dos etapas: la denominada “etapa cero” de su teoría y la etapa que algunos llaman del “giro autopoietico”. (Ver nota 160 del capítulo 2). Esta división también se hace en la obra jurídica luhmanniana. Cfr. Ralf Dreier, «Niklas Luhmanns Rechtsbegriff», *ARSP*, 88.3 (2002), 305-22. Arenas Ávila. En la etapa cero de su teoría jurídica quedarían comprendidas obras como: Niklas Luhmann, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política* (México: Universidad Iberoamericana, 2010); Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997) [*Derecho y automatización en la administración pública*]; Niklas Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas* (Madrid: Editora Nacional, 1983); Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (Frankfurt: Suhrkamp, 1983); [*Legitimación mediante procedimiento*] El profesor Javier Torres Nafarrate prepara la traducción al castellano. Agradezco su generosidad al compartirme el borrador. Las citas harán referencia a la versión original y los textos que van entre comillas hacen reconocimiento a la traducción del profesor Torres; Luhmann, *A Sociological Theory of Law*. Hay versión en castellano: Niklas Luhmann, *Sociología del Derecho* (Bogotá: Universidad Libre, 2012); y, Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. La segunda etapa teórico jurídica de Luhmann está fundamentalmente representada en Luhmann, *El Derecho de la sociedad*. También hay versión en inglés Niklas Luhmann, *Law as a Social System* (Oxford: Oxford University Press, 2004). Acá se ha trabajado con las dos versiones, pero las referencias se hacen a la versión en castellano. Se dice que el primer Luhmann explica el Derecho como una extensión sociológica y antropológica de las estructuras sociales, especialmente, bajo la idea de expectativas, mientras que poco a poco va abandonando esta idea hasta llegar a la idea de Derecho como un sistema autopoietico constituido por comunicación jurídicas. Cfr. Alberto Febbrajo, «Introduction», en *Law and intersystemic communication. Understanding 'Structural Coupling'* (London: Routledge, 2013), pp. 3-5. En esta tesis se acogerá el aparato conceptual del último Luhmann, sin que eso implique una renuncia a acudir a sus trabajos anteriores. El “primer Luhmann” es un “segundo Luhmann” en potencia y la claridad que le iba ofreciendo la teoría de sistemas poco a poco se iba viendo reflejada en sus trabajos previos al giro autopoietico.

cómo Luhmann describe el establecimiento de límites en el Derecho, bajo una mirada científica, pero sin desconocer el carácter particular del Derecho.

Aunque a veces se presenta la contradicción de las teorías dominantes en la teoría jurídica como teorías que defienden sistemas cerrados versus teorías que defienden sistemas abiertos,³⁵¹ en estricto sentido, ambas son explicaciones que se encuadran en el concepto de sistema cerrado ya que, o se hace parte del sistema o no se hace parte del sistema. La diferencia entre estas teorías realmente radica en el criterio utilizado para cerrar el sistema. Uno se considera de tipo lógico-deductivo y otro de tipo valorativo y argumentativo. Debido a que estas concepciones de sistema no han logrado explicar la clausura del Derecho, esto es, el establecimiento de los límites del Derecho, Luhmann ofrece una explicación acudiendo a la teoría de sistemas (1). Aunque Luhmann desarrolla la conversación con las teorías jurídicas dominantes bajo sus mismos términos, su posición epistemológica y su aparato conceptual hacen emerger una explicación y una manera de ver la misma realidad que se aleja radicalmente de la forma habitual de pensar el Derecho.

Lo que es un problema para las teorías jurídicas, para Luhmann es un hecho de la realidad que hay que explicar. Bajo su teoría, el Derecho es un sistema operativamente clausurado (2) pero no aislado del entorno, que se autoproduce. La clausura y apertura simultánea del Derecho y su autoproducción se explica mediante los conceptos de comunicaciones y operaciones jurídicas (3) que son possibilitadas gracias a las expectativas normativas (4) que se estabilizan mediante la función del Derecho, exclusiva suya, pero que no evita que el Derecho también ofrezca prestaciones a la sociedad (5).

La puesta en marcha de la función del Derecho, por un lado, requiere una codificación que permite ubicar las comunicaciones jurídicas entre lo lícito y lo ilícito y, por otro lado, de un programa jurídico que ofrece los criterios para la anterior ubicación (6). En este punto se hace evidente que la teoría socio-jurídica de Luhmann se estructura en dos niveles de operación. El primer nivel parte de las operaciones jurídicas que se enraízan

³⁵¹ En un sentido similar, la teoría jurídica también suele percibirse como teorías que oscilan entre la idea del Derecho como un dominio cerrado en sí mismo o como un espacio totalmente abierto a la participación social y ciudadana, cfr. Febbrajo, p. 2 y ss.

en una tradición de expectativas normativas, y el segundo nivel se evidencia cuando, presentada una contradicción entre lo lícito y lo ilícito, se hace necesaria una decisión jurídica. Para este propósito el Derecho ha instalado los procesos jurídicos (7) que permiten la toma de decisión. Frente a la controversia presentada en el nivel operativo del Derecho, aparecen los tribunales como estructura central del sistema jurídico que, junto con otras instituciones como la legislación, terminan de estructurar al Derecho como un sistema (8).

Al abordar cada uno de los puntos anteriores, se puede evidenciar que la explicación del Derecho que presenta Luhmann se basa en la operación misma del Derecho. Esto le permite concluir que el Derecho que existe en la realidad opera como un sistema autopoietico que establece sus propios límites y las descripciones necesarias para hacerlo (9). Esta explicación no se queda en un aparato conceptual para explicar la operación empírica del Derecho, sino que, detrás de su explicación, late toda una historia conceptual que se remonta hasta la Edad antigua (10).

1. La teoría jurídica de Luhmann como alternativa a los caminos trazados para explicar la unidad del Derecho

Explicar el Derecho como una red de comunicaciones jurídicas que construye las estructuras que producen sus propias comunicaciones, es decir, como un sistema autopoietico, parece un esfuerzo por evadir una definición clara y directa.³⁵² Pero, si se analiza despacio, la definición de Luhmann tiene cierto aire de similitud con las definiciones de Derecho de las teorías jurídicas más relevantes de las últimas décadas. Pensemos, por ejemplo, en la definición que ya había ofrecido Kelsen: el Derecho es Derecho si hay una norma jurídica que así lo diga.³⁵³

³⁵² Es habitual la crítica al lenguaje de Luhmann. El Jabberwocky es un poema de Lewis Carroll que dice: “Brillaba, brumeando negro, el sol; agiliscosos giroscaban los limazones banerrando por las váparas lejanas; mimosas se fruncían los borogobios mientras el momio rantas murgilaba”. Ese poema fue el comentario que recibió Luhmann –por su artículo “La unidad del sistema jurídico”– por parte de un jurista norteamericano. Gunther Teubner, «El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, 533-71.

³⁵³ Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 4.

Por mucha diversidad conceptual que pueda haber en las posiciones de autores como Kelsen, Hart, Dworkin e incluso como Luhmann, todos se enfrentan a una misma realidad: el Derecho actual es Derecho que se produce mediante referencias al Derecho. El Derecho es lo que diga el Derecho (Kelsen), el Derecho es la interacción entre reglas primarias y secundarias (Hart), el Derecho es el producto de la interpretación del Derecho (Dworkin)³⁵⁴ o el Derecho es un sistema autopoietico (Luhmann). La realidad que afrontan estos autores lleva a que, desde un punto de vista abstracto, sus definiciones terminen reflejando un patrón común del Derecho actual: su autoproducción.

La autoproducción del Derecho –que implica su autojustificación– representa la gran ruptura del Derecho positivo con el Derecho natural y racional. Bajo estas dos últimas concepciones el Derecho positivo se producía justificado con base en un orden divino, natural o racional superior, es decir, con base en el rango. Esto era posible en una sociedad estratificada. Sin embargo, al pasar de una sociedad de estratos, a una sociedad funcionalmente diferenciada el esquema Derecho natural/Derecho positivo (Derecho inmutable/Derecho mutable) perdió vigencia.

En la época del *iusnaturalismo* el Derecho y las normas jurídicas derivaban de Dios, o de Dios y del monarca, y luego, en el tránsito a la modernidad, derivaban de la naturaleza y la razón. En esa época difícilmente se podía preguntar por el principio ordenador del sistema. No era usual cuestionar a Dios, al monarca, a la naturaleza ni a la razón, especialmente, por la forma de diferenciación social vigente en esos momentos. Se nacía y se moría en el mismo rango social.

Con el paso de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada el Derecho no desapareció, pero tampoco vino acompañado de un modelo que reemplazara la jerarquía para explicarlo. De la soberanía del monarca se pasó a la soberanía popular representada en el legislativo, con lo que, en el fondo, la ordenación del Derecho seguía

³⁵⁴ Aunque algunos dworkinianos no lo acepten, por mucha referencia a criterios morales y políticos enfrentados en el caso, en última instancia, están sustentados en el Derecho constitucional y en los mismos antecedentes del sistema jurídico. Lo que se considera derivado de un principio moral o político es, en última instancia, una expectativa normativa con referencia en la Constitución. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 20.

dependiendo de algún principio, porque ¿si las cosas no dependen de algo entonces sobre qué se sostienen?³⁵⁵

Como consecuencia de la pérdida de vigencia de la distinción Derecho natural/Derecho positivo, una parte de la realidad jurídica quedó sin explicación. El binomio se convirtió en una unidad (Derecho positivo) y surgió entonces la pregunta: ¿cuál es la fuente de validez del Derecho y cómo se produce si ya no hay una escala superior de la cual partir? En un principio la metáfora de las fuentes del Derecho, junto con las constituciones, lograron resolver este asunto y el concepto de sistema fue la matriz ideal para la articulación de estas dos figuras.

El concepto de sistema permite explicar las realidades que son unidad-múltiple como el Derecho: el Derecho es *un sistema compuesto* por normas jurídicas. El concepto de sistema permitió responder la pregunta por la unidad del Derecho y explicar su ordenación coherente, debido a que el sistema se entendía como una construcción a partir de un principio ordenador. Luhmann destaca que el neokantismo retomó esta idea y la desarrolló definiéndola como la forma adecuada de ordenar la legalidad de los objetos que reclaman, no la existencia empírica, sino la validez.³⁵⁶

Al amparo del concepto de sistema, las teorías del positivismo jurídico más importantes de los últimos años explicaron el Derecho, bien como un conjunto de normas jurídicas que se ordenaban con base en una *Grundnorm* (Kelsen) o bien como la suma de reglas primarias y secundarias (Hart). Llegados a los llamados casos difíciles, en los que no es

³⁵⁵ Kojève ha realizado un análisis fenomenológico de la noción de autoridad y explica algunas consecuencias en lo político. Sostiene que, con las revoluciones modernas y la separación de poderes, el Presente terminó siendo *humano*. Al romperse con el pasado, con la tradición, “Political Authority amputated of its ‘Father’ limb necessarily becomes (...) an Authority of the Leader (...). It is thus that the ‘constitutional’ theory, in and by its ‘bourgeois’ revolutionary *realization*, necessarily terminates in the ‘Dictatorship’ of a Napoleon or a Hitler. But since the Present, deprived of a Past, must necessarily imply the Future so that it can be human, or even political, the Leader-Dictator must always represent a ‘revolutionary project’ in the process of being implemented. Thus, the logical culmination of the ‘constitutional’ theory of a Montesquieu is the theory of ‘permanent revolution’ of a Trotsky. Alexandre Kojève, *The Notion of Authority: A Brief Presentation*, eBook (London: Verso, 2014), p. 64 y ss.

³⁵⁶ Luhmann, «The Unity of Legal System», p. 12.

clara la presencia o no del Derecho, Dworkin resalta lo alejado de la realidad que significa concebir al Derecho como un sistema ordenado de normas y, por el contrario, muestra que en la práctica jurídica la mayoría de los casos implica un enfrentamiento de principios morales y políticos y que, en esa medida, la razón y la argumentación, más que los algoritmos, son la manera de encontrar la identidad del Derecho.

Los dos tipos de teorías jurídicas (Kelsen-Hart vs Dworkin), en todo caso, convergen en el mismo problema: cómo delimitar el Derecho en la actualidad, es decir, cómo determinar qué hace parte (y qué no) del Derecho, en otras palabras, cómo explicar la unidad del sistema jurídico.

Luhmann destaca que “en el Derecho moderno impresiona el descubrimiento de que, al parecer, hay dos teorías que no se dejan disolver en una: racionalismo, positivismo; principios (aunque modernamente se hable de procedimientos) y fuentes del Derecho. En una, el déficit se encuentra en los casos en los que se tiene que fundamentar la validez, abriéndose paso entre principios que entran en conflicto. En la otra, el problema está en aquellos casos en los que se requiere de justificación última de lo que ha de considerarse como Derecho válido. Ninguna de estas posiciones hace justicia a la descripción del sistema a partir de la unidad misma del sistema. Validez y fundamentación acabada del Derecho no llegan a coincidir y uno se tiene que decidir por el primado de alguna de estas versiones.”³⁵⁷

Ambas teorías buscan la unidad del sistema de forma diversa. Unas pretenden explicar la unidad del sistema en la jerarquía y otras en la razón. Para Kelsen, el Derecho es un sistema de normas jurídicas que se ordenan a partir de la *Grundnorm*. La *Grundnorm* le da unidad total al sistema jurídico y, a partir de ella, se ordena el sistema en unidades más

³⁵⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 384. Frente al problema de la unidad del sistema jurídico las teorías del Derecho de las últimas décadas conducen a un dilema que obliga a tomar partido por una –y solo una– de dos comprensiones del Derecho: como un sistema cerrado o como un sistema abierto. El problema es que las explicaciones no funcionan. Tanto la jerarquía que –se supone– cierra el Derecho, como la razón que –se supone– resuelve el problema de la jerarquía no describen adecuadamente los límites del sistema jurídico. Ambas explicaciones tienen que dejar la determinación de la unidad del Derecho en manos de fuentes externas al Derecho que son, o bien presupuestas (*Grundnorm*) o incuestionables (regla de reconocimiento) o bien sobrehumanas (Hércules).

pequeñas, es decir, en normas jurídicas. En Hart la unidad básica son las reglas jurídicas y la unidad del sistema se construye a partir de la regla de reconocimiento. En contra de esta idea, para Dworkin la unidad del sistema jurídico no se determina a partir de una ordenación lógica, sino mediante la argumentación que defina la respuesta correcta.

En todas estas posiciones, los conceptos que explican la unidad del sistema dejan algunas cuestiones sin resolver. Para Kelsen, la *Grundnorm* había que suponerla y aunque Hart rechaza el camino de Kelsen, su propuesta fue una regla de reconocimiento que no podía ser válida ni inválida, sino que simplemente tenía que aceptarse.³⁵⁸ Dworkin, por su parte, exigía a un juez Hércules una interpretación para encontrar el Derecho correcto.³⁵⁹ Ninguna de estas dos posiciones permite encontrar la unidad del sistema jurídico porque siempre podrá preguntarse por el fundamento de la jerarquía o por la razón de la razón.

Desde el punto de vista epistemológico, la necesidad en el pensamiento occidental de encontrar un principio ordenador de todas las cosas podría explicarse como consecuencia de una presión derivada de la lógica. Esta necesidad, a su vez, implica el rechazo de aquello que no tenga un principio. De acuerdo con Teubner, la doctrina jurídica, la teoría del Derecho y la sociología jurídica han considerado la circularidad como un tema que no se debe abordar. Los argumentos circulares han sido considerados como *petitio principii* prohibidos por la ley de hierro de la lógica jurídica. Por eso la necesidad de un principio.³⁶⁰ En este preciso punto epistemológico comienza la diferencia de Luhmann con los demás teóricos del Derecho.

Para Luhmann, “[e]l verdadero asunto del “positivismo del Derecho” no está en el problema de la legitimación y tampoco, en primera línea, en la diferencia respecto al

³⁵⁸ Hart, p. 109.

³⁵⁹ Sobre este método cfr. Dworkin, *Law's Empire*, p. 313 y ss.

³⁶⁰ Gunther Teubner, «Introduction to Autopoietic Law», en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, ed. Gunther Teubner (Berlín: Walter de Gruyter, 1998). Oren Pérez explica por qué pretender trasladar los análisis lógicos y lingüísticos al Derecho es impreciso. Oren Pérez y Gunther Teubner, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law* (Portland: Hart Publishing, 2006), p. 4 y ss. Hart comienza a reconocer esto al entender que el Derecho no es un sistema exhaustivo, completo, que pueda determinar los derechos en todo tipo de situaciones. De esta posición deriva una doctrina de la discrecionalidad judicial, que sería el punto de partida para la crítica de Dworkin a la teoría de Hart. MacCormick, pp. 91-101.

Derecho natural o al Derecho racional. Está más bien en que el concepto de positividad, desde el punto de vista teórico, no es suficiente.”³⁶¹ En otras palabras, la discusión actual sobre el Derecho positivo no es un tema de cómo se legitima el Derecho positivo sin un orden superior. Eso ya está resuelto desde la aparición de las constituciones. El punto es cómo explicar que el Derecho positivo de hoy produce sus propias condiciones de cambiabilidad.³⁶² Esta realidad no es para Luhmann un problema que la lógica jurídica bajo esfuerzos argumentativos y conceptuales debe superar. El mensaje –aclara Teubner– es que la circularidad no es un defecto del pensamiento jurídico que deba evitarse, sino que la realidad del Derecho consiste en una multitud de procesos circulares. Esta ley de hierro es la que el concepto de autopoiesis pretende desafiar, precisamente, trasladando la circularidad del mundo de las ideas al de los hechos concretos.³⁶³

Para explicar los límites del sistema jurídico, es decir, la definición de lo que hace parte y lo que no hace parte del Derecho, Luhmann abandona el modelo de sistema parte/todo, en el que algún principio ordenador (jerarquía o razón) encaja las piezas en el todo y acoge el modelo sistema/entorno.³⁶⁴ A Luhmann no le interesa el *qué* sino el *cómo*, no parte de la unidad como algo dado, sino que le interesa saber *cómo* se produce esa unidad. En el modelo sistema/entorno no se parte de una jerarquía de normas jurídicas ni de la razón, sino de las operaciones reales que distinguen lo que es Derecho de lo que no lo es, clausurándolo en su operación, aunque no aislándolo de la sociedad.

2. La clausura operativa del Derecho y su apertura cognitiva

Si el Derecho operara con reglas morales, hábitos sociales, etiqueta, etc., no podría distinguirse de todas esas esferas. El Derecho se distingue de la moral, por ejemplo, porque la moral no tiene la capacidad de crear, modificar o cambiar el Derecho positivo. Esto no niega que las reglas morales o los usos y costumbres puedan terminar convertidas en Derecho, pero que eso ocurra, precisamente, demuestra que esas reglas no son Derecho, sino que tienen que convertirse en Derecho. Si el Derecho no pudiera

³⁶¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 24.

³⁶² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 25.

³⁶³ Teubner, «Introduction to Autopoietic Law».

³⁶⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 8.

discriminar qué datos del entorno tener –o no tener– en cuenta, para interiorizarlos y procesarlos en términos jurídicos, terminaría fundido con el resto de las reglas que existen en la sociedad. Este proceso es llamado reducción de complejidad. Al reducir la complejidad del mundo (en el que puede haber otro tipo de normatividad) el Derecho se convierte en una esfera, con sentido específico, que lo hace distinto de otras esferas (que tienen otros sentidos). De acuerdo con la teoría de sistemas, para que un sistema pueda construir su propia complejidad se requiere la clausura de su operación. En términos abstractos esto significa que la diferencia del sistema con el entorno solo se adquiere “cuando se renuncia a que cada uno de los elementos quede enlazado con cada uno de todos los otros”.³⁶⁵ Esto implica que la producción de comunicaciones jurídicas solo se produce con comunicaciones jurídicas, no con comunicaciones de otros órdenes. Este vínculo entre comunicaciones del mismo tipo es lo que cierra el Derecho a la conectividad de comunicaciones de otro tipo. En esto consiste la clausura operativa. Dicho de forma sencilla: mientras la sociedad se compone por comunicaciones sociales, el Derecho hace lo mismo mediante comunicaciones jurídicas, como estas últimas ocurren dentro de la sociedad, son comunicaciones sociales de un tipo especial (jurídicas). La especialidad forma una frontera que separa las comunicaciones sociales generales y las comunicaciones sociales jurídicas. Por eso también se dice que la sociedad constituye el entorno interno del Derecho. El Derecho está dentro de la sociedad, pero al especializarse se cierra y lo que queda afuera es el resto de la sociedad.

Las esperanzas basadas en normas jurídicas no producen dinero, ni salvación, ni arte, así como las esperanzas económicas, religiosas o artísticas tampoco producen Derecho. Así se espere –con base jurídica– dinero de un proceso judicial, lo que resulta –en caso de éxito– es “Derecho” al dinero, no dinero como operación económica. Que las personas puedan escoger su religión no implica que la religión se vincule con el Derecho, sino simplemente el “Derecho” a la libertad religiosa. Estos ejemplos, en términos sencillos, se pueden resumir diciendo que el lenguaje del Derecho solo entiende el lenguaje del Derecho y de esa manera se cierra a otros lenguajes, como el económico, el político, el religioso, etc. Para obtener un “Derecho” no basta con enseñar una pistola al juez, o entrar con un fajo de dinero a un ministerio o implorar piedad en un establecimiento

³⁶⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 28.

carcelario.³⁶⁶ Por supuesto, el Derecho no es sordo ni ciego a la realidad, pero esa realidad siempre se traduce, se analiza y se interpreta jurídicamente por el mismo sistema [Ver Capítulo 2, núm. 1.1.].

Que el Derecho solo se comunice con el Derecho implica que el Derecho opera de forma cerrada o clausurada. Esta forma de operar no se la inventó Luhmann, es tan solo la descripción de cómo opera el Derecho positivo de hoy y quien quiera comprobarla, basta que intente mover el Derecho sin sustento jurídico-normativo. El enlace para una comunicación jurídica solo puede ser una comunicación jurídica y así continúa la reproducción del Derecho.

Que el Derecho sea un sistema clausurado no impide que, al mismo tiempo, esté abierto al entorno. En palabras de Luhmann, “la apertura es viable solo sobre la base de la cerradura.”³⁶⁷ El concepto de clausura operativa explica cómo el Derecho se cierra mediante operaciones exclusivamente jurídicas y la apertura queda asegurada mediante la traducción de la realidad que el mismo Derecho lleva a cabo de varias maneras.³⁶⁸ Lo que es Derecho (o no) lo definen decisiones jurídicas –lo que implica una operación cerrada–, pero, para llegar a esa conclusión antes debe verificarse que haya una conexión entre el Derecho y la realidad. El Derecho se abre al entorno cuando se debe verificar si

³⁶⁶ Si esto ocurre, implica que los diversos sistemas sociales –política, Derecho, economía, etc.– no están funcionalmente diferenciados, probablemente están fusionados u operan en forma estratificada. Que en la sociedad moderna un sistema se imponga sobre otro podría entenderse como corrupción. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 55. Las condiciones de la presencia de los postulados sistémicos en Brasil son analizadas por Neves, *La constitucionalización simbólica*.

³⁶⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 51.

³⁶⁸ Esto es resumido bajo la fórmula clausura normativa más apertura cognitiva. Neves señala que lo primero permite la autoproducción del Derecho de forma diferenciada del entorno, mientras que lo segundo permite que ese proceso concuerde con el entorno del sistema. “De ahí que resulte una conexión entre concepto e intereses en la reproducción del Derecho positivo. Al tiempo que el sistema jurídico procesa la autorreferencia por medio de conceptos, construye su heterorreferencia mediante la asimilación de intereses. En ese contexto, el sistema jurídico puede asimilar, de acuerdo con sus propios criterios, a los agentes del medio ambiente, sin ser directamente influido por esos agentes.” La vigencia de las expectativas normativas no se determina automáticamente por intereses económicos, políticos, éticos o científicos, sino que “depende de los procesos selectivos de filtración conceptual en el interior del sistema jurídico.” Neves, «De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho».

el supuesto de hecho de una norma efectivamente ocurre en la pretensión jurídica de alguien. Esta apertura cognitiva³⁶⁹ está garantizada mediante los llamados programas condicionales que establecen “si está presente la realidad *a*, entonces la decisión *x* es conforme con el Derecho”.³⁷⁰ Los programas condicionales no solo garantizan la apertura por su estructura formal, sino porque ellos mismos contienen información de los demás sistemas funcionales (medio ambiente, economía, política, deporte, religión, etc.). El mundo entero puede entrar en el Derecho mediante los programas condicionales. Sobre esto se profundizará en el punto 6.2., a).

La operación clausurada del Derecho aparece en la teoría del Derecho cuando se utiliza el concepto de norma jurídica, ya que el Derecho aparece como un compuesto exclusivo de normas jurídicas. Para escapar a esta realidad circular, se acude a la idea de fuentes del Derecho.³⁷¹ El problema es que “[l]a metáfora funciona solamente cuando no se pregunta qué hay entre el antes-de-la-fuente y el después-de-la-fuente.”³⁷² Por esta razón Luhmann no explica la clausura operativa desde la norma jurídica, sino desde la comunicación jurídica.

3. Comunicaciones y operaciones jurídicas: la unidad elemental del sistema jurídico

Para comprender la idea de comunicación jurídica es necesario entender el concepto de operación jurídica. La operación jurídica permite detectar la unidad elemental del sistema

³⁶⁹ Apertura cognitiva significa que la información sobre el mundo la produce el mismo sistema con su propia estructura (procesos jurídicos, pruebas, proyectos de ley, etc.) con una actitud referida al entorno. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 58. Para la clausura y apertura simultánea de los sistemas [Ver Capítulo 3, núm. 2].

³⁷⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*.

³⁷¹ “Aunque todavía, dentro de la teoría del Derecho, el concepto de fuente del Derecho se utiliza por parte de los juristas, hace ya tiempo que se le viene sustituyendo por figuras que se podría designar como figuras de disolución de aquellas paradojas que tienden a la externalización (desdoblamiento de la tautología). Aquí se trata, siguiendo los desarrollos de la lógica y de la lingüística, de un metanivel en el que las reglas regulan las reglas. La "norma fundamental" de Kelsen es una oferta semejante de teoría; las "secondary rules of recognition" de Hart es otra.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 69.

³⁷² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 380.

jurídico. Frente a la unidad elemental del Derecho, Luhmann destaca que, mientras en la teoría del Derecho la unidad elemental es la norma jurídica, en la sociología jurídica dominante se entiende que los sistemas jurídicos se componen de seres humanos o, cuando menos, de roles. Sin embargo, resalta que el ser atropellado, por ejemplo, no es un rol ni es un evento del sistema jurídico (aunque sea relevante). La unidad elemental del Derecho no se explica ni desde la primera ni desde la segunda perspectiva. La unidad elemental del sistema jurídico son operaciones jurídicas, esto es, operaciones reales – cualquier cosa que ocurra en el mundo– que, indicando la norma correspondiente, pretenden una modificación del Derecho. Una operación jurídica consiste en una comunicación cuando un comportamiento (operación) se considera conectado con una norma jurídica (estructura).

Luhmann se pregunta: “¿Son los contratos operaciones internas al sistema del Derecho? ¿Pertenece al sistema jurídico el contrato que se hace equivocadamente, creyendo que solo es válida la forma escrita? ¿Es una operación jurídica el que un criminal se oculte de la policía? ¿Un descubrimiento es un acto jurídico como para que se tenga que registrar como patente?”³⁷³ La respuesta es: “Todos los comportamientos son o permitidos o prohibidos. Pero no por ello, todos los comportamientos son operaciones internas del sistema del Derecho.”³⁷⁴ Para que estos eventos sean parte del sistema jurídico deben ser comunicaciones que firmemente indiquen su conformidad con el Derecho. “La propuesta de modificación del Derecho se convertirá, tan pronto como se indique qué norma debe ser modificada, en comunicación dentro del sistema legal (...).”³⁷⁵ De acuerdo con Teubner, aquí encontramos la circularidad básica que define al sistema jurídico: la relación circular entre las operaciones jurídicas (*legal acts*) y las normas jurídicas. Las operaciones jurídicas serían aquellos acontecimientos comunicativos que modifican las estructuras jurídicas.³⁷⁶

La operación jurídica corresponde al tercer acto selectivo del proceso de comunicación. Para entender esto, hay que recordar el concepto de comunicación. [Ver Capítulo 2, núm.

³⁷³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 44.

³⁷⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 44.

³⁷⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 45.

³⁷⁶ Teubner, «Introduction to Autopoietic Law», pp. 3-4.

8] La comunicación no es la transferencia de información de un emisor a un receptor, sino que la comunicación ocurre en el tercer acto, es decir, en la comprensión de que hay una oferta de comunicación (la comprensión de que alguien seleccionó información y seleccionó un medio para dar a conocer esa información). La comunicación es la unidad básica de los sistemas sociales (como el Derecho), pero en el nivel de observación de segundo orden se descompone de forma retroactiva para poder realizar atribuciones (asignar deberes, responsabilidades, etc.) a los participantes en la comunicación.

Cuando un participante acepta una oferta de comunicación se produce realmente la comunicación, cuando una empresa concede vacaciones a un empleado, por ejemplo, se produce una comunicación jurídica y si se quisiera descomponer el proceso comunicativo la operación jurídica ocurre cuando la empresa (Ego) acepta que la solicitud de su empleado (Alter) referencia un Derecho que conecta con otro Derecho. En todo caso, hay que recordar que comunicación no es sinónimo de consenso, comunicación consiste en comprender que hay una oferta de comunicar independientemente de que entre los participantes haya o no un acuerdo. En el ejemplo, la empresa puede responder que el empleado no tiene Derecho a vacaciones. En este caso aún sigue existiendo comunicación jurídica porque lo que interesa es que se comprenda la solicitud de un Derecho con base en el Derecho. Cuando la empresa responde la solicitud se convierte en Alter y podrán ocurrir tres cosas: i) que la comunicación jurídica se detenga, porque realmente el empleado estaba equivocado, ii) que suceda la comunicación de continuidad [Ver Capítulo 2, núm. 8.2], es decir, que el empleado dé continuidad a la comunicación, por ejemplo, completando el documento que le hacía falta para tener Derecho a las vacaciones, iii) que el empleado considere que está en su Derecho y que la empresa no lo está y, en consecuencia, acuda a los tribunales para que resuelvan el conflicto.

Bajo esta comprensión del Derecho, aunque los profesores en las cátedras universitarias discutan sobre casos legales o los periodistas informen sobre casos jurídicos, estas comunicaciones no disponen de los valores jurídicos, no consisten en una oferta de comunicación que reclame su conformidad con el Derecho, es decir, no tienen

conectividad al sistema jurídico, sino que se realizan en sus respectivos ámbitos funcionales.³⁷⁷

Esta explicación, por supuesto, requiere de más explicaciones. Las operaciones jurídicas, por un lado, no son estables, sino que consisten en acontecimientos sin duración, pero son tan relevantes que si dejaran de ocurrir el Derecho dejaría de existir. Por otro lado, para que puedan ocurrir se necesitan estructuras que las hagan posibles. Las normas jurídicas son estas estructuras y su rol consiste en condicionar la conectividad de las operaciones jurídicas. En síntesis, visto en retrospectiva desde el nivel de observación de segundo orden, las operaciones jurídicas serían la unidad elemental del Derecho y las normas jurídicas serían su estructura.

Aunque no puede haber sistemas sin estructura y estructuras que no se formen dentro del sistema, estructura y sistema no son intercambiables. El sistema está producido por operaciones fugaces continuas, mientras que las estructuras son condensaciones³⁷⁸ de operaciones que se van volviendo estables con la repetición de operaciones idénticas.³⁷⁹ Para comprender mejor este punto es necesario abordar el tema de las expectativas normativas.

4. Las normas jurídicas como expectativas

Luhmann se aparta de la comprensión dominante de las normas jurídicas. En su lugar, explica las normas jurídicas desde abajo, esto es, desde la posición de las personas y de la sociedad en el mundo real y para construir su explicación se vale de desarrollos de la

³⁷⁷ “Se nota claramente la diferencia cuando los profesores o los periódicos explícitamente hablan “de lo suyo”.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 49.

³⁷⁸ Desde el punto de vista de la teoría de sistemas el término “condensación” puede entenderse como la reducción de la redundancia (repetición de elementos en un mensaje). Debido a la constante redundancia en las comunicaciones sociales, la condensación puede ser útil tanto para un uso óptimo del canal de comunicación como del trabajo del decodificador de los mensajes. Una señal de tránsito es un ejemplo de una condensación. Se trata de un breve signo o símbolo que representa todo un mensaje. Para la definición técnica cfr. Charles François, *International Encyclopedia of Systems and Cybernetics, Part I* (München: K.G. Saur Verlag, 2004), p. 114.

³⁷⁹ Sobre estructura y elementos del sistema en general cfr. Baraldi, Corsi, y Esposito, pp. 227-28.

psicología y la sociología, entre otras disciplinas.³⁸⁰ Para esto parte de las expectativas y de la distinción entre expectativas normativas y expectativas cognitivas.

4.1. La formación de las expectativas

De acuerdo con Luhmann, vivimos en un mundo que ofrece un amplio rango de posibilidades de experiencia y acción y frente a esto nos encontramos dotados de un limitado potencial de percepción, procesamiento de información y acción consciente.³⁸¹ Cada experiencia indica que siempre hay más posibilidades de las que pueden realizarse y que siempre las selecciones realizadas pueden resultar distintas a lo esperado. A lo primero, Luhmann lo llama complejidad y a lo segundo contingencia.

Para vivir en un mundo complejo y contingente hemos desarrollado estructuras para procesar la experiencia y facilitar el comportamiento. Estas estructuras son las expectativas de comportamiento y consisten en condensaciones de sentido que muestran cómo se construye una determinada situación y qué se puede esperar. En palabras sencillas, esto quiere decir que las expectativas se forman cuando se selecciona un número limitado de posibilidades que permiten orientarnos. De la experiencia en la vida diaria sabemos que mañana saldrá el sol o que lloverá, pero no que caerá un meteorito. En todo caso, suceden terremotos y tragedias personales. Siempre hay otras posibilidades, pero

³⁸⁰ Luhmann señala que uno de los obstáculos para el estudio de los aspectos experienciales de la conducta es que las propuestas de profundización “son demasiado fácilmente caracterizadas y rechazadas como “psicológicas” y de esa forma menospreciadas. Este es un grosero malentendido.” Luhmann, *Sociología del Derecho*, pp. 40-41. En primer lugar, tanto la psicología como la sociología, cada una con sus particularidades –sostiene Luhmann– son ciencias de sistemas muy complejos y, de otro lado, los “desarrollos más recientes en psicología, psicología social y sociología excluyen la posibilidad de diferenciar completamente el objeto de las áreas de estas disciplinas en el nivel ontológico, es decir, distinguir entre el individuo y la sociedad o entre la experiencia y la acción.” Luhmann, *Sociología del Derecho*, p. 41.

³⁸¹ En estricto sentido, no es una idea original de Luhmann, es la expresión de la investigación de las ciencias cognitivas que Luhmann seguía de cerca. Esto se ha comprobado con estudios empíricos de autores que hoy son *bestsellers* en ciencias del comportamiento y teoría de la decisión. Cfr. Amos Tversky y Daniel Kahneman, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases Amos», *Science*, 185.4157 (1974), 1124-31. El mérito de Luhmann es, a través de la teoría de sistemas, llevar estos descubrimientos al Derecho, por ejemplo.

echamos mano de las expectativas más o menos estables para poder seguir viviendo mediante selecciones de sentido. Este nivel de experiencia es llamado por Luhmann de contingencia simple.

Pero la contingencia del mundo no es únicamente la contingencia simple. Las personas no existen solas en el mundo. Existen otros “yo” que entran en mi radio de visión como un “yo” (Ego) que es fuente de experiencia y de acción, es decir, como un segundo “yo” (Alter ego). En estos casos, a diferencia de esperar que mañana saldrá el sol o que en el verano hará calor, debemos esperar que los otros tengan sus propias selecciones. Debemos esperar la variabilidad e imprevisibilidad de sus selecciones. En estos casos el mundo no es contingente, sino doblemente contingente. Los otros pueden variar, pueden equivocarse o pueden engañar. Por esta razón, para la formación de estructuras sociales no basta la expectativa de las acciones de otro, sino que es necesario una expectativa sobre las expectativas del otro o una expectativa reflexiva (expectativas que remiten a otras expectativas). Las expectativas que permiten el tráfico rodado no están estructuradas a partir de la forma: *yo* espero que *otro* no se pase el semáforo, sino *yo* espero que *otro* espere que *yo* no me pasará el semáforo en rojo.

La comunicación en los sistemas sociales se basa en esta posibilidad de estructurar las expectativas sobre las expectativas, en otras palabras, las expectativas de las expectativas son la estructura de los sistemas sociales porque permite coordinar las selecciones de los participantes, permite que una operación se enlace con otra operación porque establece conectividades entre ellas.³⁸²

4.2. Expectativas normativas y expectativas cognitivas

³⁸² ¿Cómo se explicaría el Derecho de propiedad bajo la comprensión de la teoría jurídica dominante? No es fácil hacerse una idea a partir de los conceptos de Derecho y de norma jurídica mencionados en este capítulo. Para Luhmann, la norma jurídica que establece el Derecho de propiedad no podría explicarse si no es como una justificación de la defensa contra ella. El Derecho de propiedad es una expectativa normativa generalizada que incluye no solo mi yo, sino mi comprensión de otros yo –tan libres como yo–. Esta explicación tiene la forma de expectativas de expectativas. Lo que es posible para mí, lo es a través de los demás, en la medida en que experimento lo que los demás experimentan. Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, pp. 25-26.

En situaciones de doble contingencia, es decir, en donde no solo hay que esperar el comportamiento de otro sino la posibilidad de sus selecciones, las expectativas pueden resultar defraudadas. La decepción de las expectativas cumple un rol muy importante en los sistemas mentales y en los sistemas sociales porque permite procesar las sorpresas del entorno. Ante la decepción de expectativas en la sociedad existen dos posibilidades de reacción: o cambiar la expectativa para ajustarse a la realidad decepcionante, o mantenerse en la expectativa a pesar de la realidad decepcionante. En el primer caso se habla de expectativas cognitivas y en el segundo caso se habla de expectativas normativas. De esta manera en los sistemas existen dos mecanismos para reaccionar ante la decepción de las expectativas: pueden estar dispuestos a aprender (expectativas cognitivas) o pueden escoger no aprender (expectativas normativas).

A nivel social las expectativas normativas y las expectativas cognitivas se logran generalizar mediante sistemas separados. La generalización de las expectativas normativas se realiza a través del sistema jurídico y la de las expectativas cognitivas mediante el sistema de la ciencia a través de la verdad científica. Se dice que las expectativas normativas y las expectativas cognitivas son dos maneras distintas de manejar la decepción porque ante esta, en el primer caso, la expectativa se mantiene por el sistema jurídico, mientras que, en el segundo caso, la expectativa cognitiva se cambia mediante la formulación –o ajuste– de la hipótesis científica. Frente a los hurtos reiterados, la expectativa normativa se mantiene, incluso contra la realidad,³⁸³ frente a las nuevas variantes del coronavirus y las fallas de las vacunas iniciales, la expectativa se cambia y se ajusta la vacuna. Por esta razón, en el Derecho la diferencia entre cumplimiento y decepción corresponde con la distinción conforme/no-conforme (con la expectativa), mientras que en la ciencia corresponde con la distinción saber/no-saber.

5. La función del Derecho y las prestaciones del Derecho

En la teoría de sistemas hay que distinguir entre la función que aporta cada sistema a la sociedad y las prestaciones mutuas que se ofrecen entre sistemas. El Derecho, por su

³⁸³ La defraudación constante de expectativas normativas muestra la vigencia del Derecho y, a la vez, muestra que también hay algún otro problema social relevante.

parte, cumple su propia función social (5.1.), que se distingue de las prestaciones que ofrece a otros sistemas sociales (5.2.)

5.1. La función exclusiva del Derecho: la estabilización de las expectativas normativas

Para que las normas jurídicas –en esta teoría– lleguen a serlo se requiere de la participación del sistema jurídico. Por eso se dice que la función del Derecho es la estabilización de las expectativas normativas de comportamiento, pero, para que esto ocurra, las expectativas deben presuponer una generalización fáctica y un grado mínimo de institucionalización.

Hay que recordar, por un lado, que las expectativas se forman mediante el sentido que los sistemas mentales y sociales dan al mundo [Ver Capítulo 2, núm. 1.2., a)] y, por otro lado, que el sentido es la diferencia entre lo real y lo posible en tres dimensiones: la fáctica, la social y la temporal [Ver Capítulo 2, núm. 1.2].

En la dimensión fáctica la expectativa se forma distinguiendo entre esto y aquello. Se toma un lado y se niega otro. En los sistemas mentales la dimensión fáctica se refiere a los objetos de la atención consciente (veo cine, no bailo, no...) y en los sistemas sociales se refiere al tema de la comunicación (Derecho, no arte, no...).³⁸⁴ Por eso se dice, por ejemplo, que los sistemas trabajan bajo la distinción sistema/entorno. Al distinguir un tema (economía, política, religión, etc.) se marca el ámbito de referencia que orienta la operación del sistema. El ámbito no marcado es el entorno.

La dimensión social, por su parte, implica expectativas de expectativas, implica más de un *yo*. En este caso las expectativas se institucionalizan cuando hay un consenso sobre las expectativas de las expectativas y ese consenso se extiende a terceros no presentes. No me paso el semáforo en rojo esperando que otros esperen que yo tampoco me lo pasaré. En este nivel no se trata de un tema de acciones individuales, sino de comunicaciones que vinculan a las personas. De esa manera quedan obligadas a continuar

³⁸⁴ Tanto los objetos de atención como los temas de referencia indican una diferencia entre lo interno y lo externo. Al indicar un lado de la selección lo otro queda en un segundo plano.

con el reconocimiento de expectativas en las que no se participa. Se está en el nivel de existencia social. Se espera que un bombero apague un incendio independientemente de la persona que sea el bombero. El sentido social se relaciona con la noción de comunicación, unidad básica de los sistemas sociales que implica la comprensión a nivel de Alter [Ver Capítulo 2, núm. 8.1., c)].

En la dimensión temporal del sentido se distingue entre el antes y el después y entre pasado y futuro. Aquí es donde el Derecho cumple su función social. Para Luhmann, “el Derecho resuelve un problema temporal que se presenta en la comunicación social”,³⁸⁵ pero no simplemente en el sentido de la vigencia de las normas, sino en su función de ofrecer expectativas estables ante el futuro incierto. El sentido temporal que estabiliza el Derecho mediante normas jurídicas se evidencia en la conectividad que garantizan las normas jurídicas entre las operaciones jurídicas. Vale la pena aclarar que para Luhmann, las normas jurídicas no solo son los típicos productos legislativos, sino que también incluye los precedentes judiciales que operan como premisas para otras decisiones. Las expectativas normativas realizan una especie de fijación de sentido que permite que una operación se conecte con otra. Las operaciones jurídicas ocurren en el tiempo, incluso duran un instante, pero para que puedan ocurrir necesitan de las expectativas normativas que permiten determinar “el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación.”³⁸⁶ El sentido que se fija “se empleará para un uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas. A esta fijación de sentido le llamaremos semántica.”³⁸⁷ Quien quiebra a un competidor en el ámbito económico sabe que causa una lesión que no constituye un daño desde el punto de vista jurídico porque hay un sentido semántico fijado para un evento real que, fuera del Derecho, sería un daño. De esta manera, las empresas tienen la seguridad de que un comportamiento que, desde el punto de vista práctico implica un daño, será considerado conforme a Derecho (operación jurídica) porque esa operación se conecta a una

³⁸⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 85.

³⁸⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 87.

³⁸⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 87.

expectativa normativa que tiene un sentido semántico fijado temporalmente (norma jurídica).³⁸⁸

Que se descomponga el sentido en estas tres dimensiones, no obstante, es para efectos analíticos. En la operación empírica todas las dimensiones están implicadas y el Derecho se encuentra en el medio de una tensión entre la dimensión temporal y social. Por eso Luhmann considera que la función del Derecho consiste en la “estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetual y social.”³⁸⁹ De ahí que el sistema jurídico sea la base de toda confianza.³⁹⁰ Su función principal no es la de provocar determinados comportamientos ni la de resolver conflictos, sino la de reforzar determinadas expectativas. Es precisamente en esto donde se demuestra el carácter fundamental del Derecho, ya que mientras se puede tolerar un grado considerable de incertidumbre sobre el comportamiento fáctico de los demás, sobre las expectativas normativas solo se tolera un grado muy pequeño de incertidumbre.³⁹¹ Aunque el Derecho no pueda garantizar un comportamiento acorde con la norma jurídica, sí puede proteger lo que se espera de ella. Por esta razón, el hecho de que alguien se pase un semáforo en rojo no solo no desvirtúa la norma del sistema jurídico que prohíbe

³⁸⁸ Una explicación desde la física que –alcanza un nivel psicológico e incluso sociológico– podría ayudar a entender esta idea de Luhmann: “To note that the thing I call my individuality is only a pattern or dance, *that* is what it means when one discovers how long it takes for the atoms of the brain to be replaced by other atoms. The atoms come into my brain, dance a dance, and then go out — there are always new atoms, but always doing the same dance, remembering what the dance was yesterday.” Richard P. Feynman, *What Do You Care What Other People Think?* (New York: Bantam Books, 1989), p. 244. En todo caso esta explicación deja por fuera la explicación de cómo se componen las estructuras que permiten la danza de los átomos. La teoría de Luhmann, por su parte, explica que las estructuras se componen, a su vez, de los elementos que danzan en ellas. La diferencia es que las estructuras son condensaciones de elementos que requieren operaciones de sentido generalizadas a nivel fáctico, social y temporal. Esto es lo que intenta explicar Luhmann mediante el concepto de autopoiesis: el Derecho construye las normas y las operaciones con las que el mismo Derecho se construye.

³⁸⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 91.

³⁹⁰ Este es el único fundamento de los costes sociales de dicha vinculación temporal, que consisten predominantemente en la limitación de las posibilidades de comportamiento futuro de un individuo: el Derecho corre el riesgo de etiquetar a las personas como desviadas, incluso criminales, sin conocer de antemano las intenciones o los motivos de su posible comportamiento desviado. Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 125.

³⁹¹ Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt - Main: Suhrkamp, 1999), pp. 118-19.

pasarse los semáforos en rojo, sino que, además, el Derecho ratifica la vigencia de la expectativa normativa mediante una reacción en contra de la conducta contra la norma.

Para sostener que la estabilización de expectativas normativas es la función exclusiva del Derecho, Luhmann parte de dos argumentos generales. En primer lugar, considera al Derecho no como un fin en sí mismo, ni como el sistema que ordena toda la sociedad, ni como una rueda suelta en el mundo; el Derecho es un sistema más de la sociedad que cumple una función en ella, de la misma manera que otros sistemas (economía, política, religión, etc.) cumplen una función social. Esta comprensión del Derecho como un sistema social, a su vez, sirve como horizonte de referencia para las reflexiones sobre el Derecho, por eso, la función del Derecho es una función que cumple en servicio de la sociedad. El otro argumento que le permite a Luhmann concluir que la estabilización de expectativas normativas y no otra es la función del Derecho se sustenta en una indagación que no le permite encontrar equivalentes funcionales que desarrollen la misma función en la sociedad. El único sistema social que estabiliza de manera contrafáctica las expectativas normativas en la sociedad es el Derecho.

5.2. Prestaciones del Derecho

Que el Derecho tenga una sola función en la sociedad no impide que cumpla prestaciones para la sociedad que, a su vez, también pueden ser desarrolladas en su entorno. Dos de las prestaciones más conocidas que ofrece el Derecho a la sociedad es la dirección de comportamientos y la resolución de conflictos. En la doctrina jurídica, estas prestaciones son normalmente consideradas como funciones³⁹² del Derecho. Sin embargo, para Luhmann –partiendo de la base de que para la teoría de sistemas la función de cada sistema social es una sola–, prestaciones como la dirección de comportamientos o la solución de conflictos son cumplidas en la sociedad a través de otro tipo de mecanismos diversos al Derecho (poder, costumbre, ética, normas morales, etc.).

En todo caso, que la dirección de comportamientos y la solución de conflictos no sean consideradas la función del Derecho no quiere decir que no se trate de mecanismos

³⁹² Esto también sucede porque los juristas normalmente entienden el término “función” en su sentido biológico, como una relación entre dos elementos.

sociales relevantes. La dirección de comportamientos, por ejemplo, es una prestación fundamental para el Derecho y la sociedad y el estudio del concepto de expectativas normativas debió dejarlo claro. El punto es que la sociedad cuenta con equivalentes que cumplen esa misma prestación; las normas para dirigir comportamientos no se agotan en las jurídicas. Por eso, la dirección de comportamientos no es la función del Derecho en la sociedad. Esta misma argumentación se aplica a la resolución de conflictos. A diario ocurren conflictos que se resuelven por vías distintas al Derecho, basta pensar en las diferencias de opinión que se zanján acudiendo a referencias morales o al respeto a autoridades celestiales o terrenales.³⁹³

Puede decirse que tanto la dirección de comportamientos como la resolución de conflictos son prestaciones que ofrece el Derecho a su entorno, pero que también ocurren en el entorno por otros mecanismos. En otras palabras, tanto la orientación del comportamiento como la solución de conflictos pueden darse dentro y fuera del Derecho. Cuando se resuelven recurriendo a las normas jurídicas y al código jurídico, estamos dentro del sistema jurídico. Si, además, se recurre al poder judicial, estamos dentro del sistema jurídico en su pleno centro: el poder judicial. Sin embargo, si las prestaciones se proporcionan recurriendo a mecanismos extrajurídicos como la moral o el poder, el sistema jurídico no se ve afectado; estamos en su entorno.³⁹⁴

El concepto de función no es suficiente para describir por completo el sistema jurídico. Se ha dicho anteriormente que el sistema se autoproduce y se delimita frente a su entorno operando clausuradamente a través de comunicaciones jurídicas que, vistas analíticamente, consisten en operaciones jurídicas conectadas por expectativas normativas y que, estas expectativas, a su vez, son estabilizadas por el Derecho. Pero esta explicación no deja claro cómo ocurre esa autoproducción.

6. El código del sistema jurídico y la programación

La formación de expectativas normativas conduce a una distinción entre comportamientos acordes con las expectativas normativas y comportamientos

³⁹³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 111 y ss.

³⁹⁴ Huber, p. 107.

decepcionantes de las mismas, lo que sugiere la formación de una bifurcación en el sistema jurídico: conforme o no conforme con el Derecho, esto es, un código binario (6.1.) que, en todo caso, es solo una forma mediante la cual se decide la conformidad o no con el Derecho gracias a la orientación que ofrecen los programas del Derecho (6.2.)

6.1. El código del sistema jurídico

Luhmann destaca que la emergencia de esta bifurcación y los problemas que suscita ya se han planteado en la teoría jurídica.³⁹⁵ Bentham había señalado que el valor de orientación para ubicarse en uno de los dos lados se asegura mediante los *commands* de un legislador con capacidad de mando y, mucho antes, Cicerón detecta esta bifurcación cuando explica que el Derecho es la razón suprema, innata en la naturaleza, que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario.³⁹⁶

Luhmann se aparta de la idea de *commands* porque, al igual que la mayoría de las explicaciones de la teoría jurídica dominante, conlleva el mencionado problema sobre la fuente de la validez jurídica. Para Luhmann la validez³⁹⁷ la da el mismo sistema jurídico, no está afuera y “estas decisiones no se encuentran solo en las decisiones del legislador y

³⁹⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 117.

³⁹⁶ Traducción tomada de la versión de Cicerón, *On the Commonwealth and On the Laws*, ed. James E. G. Zetzel (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), p. 111.

³⁹⁷ Debido a su alta carga histórica, es importante dejar sentado el significado de la noción de validez jurídica para la teoría de Luhmann: “De la misma manera que el dinero, la validez es un símbolo sin valor intrínseco. La validez no remite a la calidad de la ley, ni a la reglamentariedad de un juicio o de un contrato. La validez esquivada cualquier ponderación cualitativa, ya que esto conduciría a una mejor (o peor) validez. Una disposición de la Comisión de la Comunidad Europea -que modifica la tercera disposición de la misma Comisión- acerca de los procedimientos que son admisibles para determinar el sexo de los reptiles en propiedad de personas físicas es válida, independientemente de que no esté claro que existan casos para aplicar tal disposición e independientemente de si los reptiles que se encuentran en los zoológicos caigan dentro de ese ordenamiento. “Validez” significa, de nuevo como el dinero, únicamente la aceptación de la comunicación: la autopoiesis del sistema jurídico. Esto de ninguna manera excluye la reglamentariedad de contratos inmorales o de leyes anticonstitucionales -pero entonces no sobre base de la cualidad intrínseca de la norma, sino solo en referencia al Derecho vigente, y bajo las condiciones que él prescribe en calidad de validez jurídica.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 67. En pocas palabras “consideramos el símbolo de la validez jurídica solamente como la transición de una situación de Derecho hacia otras” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 70.

las de los tribunales, sino también, y en más amplio grado, en la conformación de las corporaciones y en los contratos que afectan y modifican la situación legal.”³⁹⁸

La solución para encontrar el criterio para atribuir uno de los dos lados de la bifurcación se encuentra en la formación de un segundo nivel de observación que permite resolver el enfrentamiento decidiendo entre lo conforme o lo discrepante con el Derecho.

En un primer nivel de operación del sistema jurídico (observación de primer orden) la bifurcación surge no solo de comportamientos conformes o discrepantes con las expectativas normativas, sino, además, de los casos en los que un comportamiento discrepante con la expectativa normativa alega normas jurídicas para alegar que se encuentra en su Derecho. En palabras sencillas, la bifurcación surge cuando dos personas alegan –respecto de un mismo caso– estar en su Derecho.³⁹⁹ En este nivel de operación se presenta una contradicción interna, hay un punto ciego y la manera de decidir y disolver estos enfrentamientos consiste en la introducción de una observación de segundo orden dentro del sistema jurídico. En esta observación de segundo orden el sistema jurídico se orienta decidiendo mediante el código binario Derecho/no-Derecho.⁴⁰⁰ “Gracias al código binario existe un valor positivo que llamamos Derecho, y un valor negativo que llamamos no-Derecho. El valor positivo se aplica cuando un asunto coincide con las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando un asunto infringe las normas del sistema.”⁴⁰¹

Aunque parece que la formación del código binario del Derecho obedeciera a la presión que genera la existencia de conflictos, “la evolución va, como suele suceder, en contra de

³⁹⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 164. Luhmann resalta que “desde el siglo XVIII y en reacción a la economía monetaria diferenciada, el símbolo de la validez también se pone a disposición de los particulares, y, a pesar de ello, no pierde nada de su eficacia”. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 164.

³⁹⁹ También se presentan enfrentamientos en los casos en los que se afirma una transgresión sin sustento, o se niega la atribución de un comportamiento a un determinado infractor. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 117-18.

⁴⁰⁰ En alemán el código es *recht/unrecht*, en inglés se traduce como *legal/illegal* y castellano como Derecho/no-Derecho. Se seguirá la traducción del profesor Javier Torres Derecho/no-Derecho debido a que en castellano los términos legal e ilegal no son suficientes para expresar la idea de sistema jurídico.

⁴⁰¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 126-27.

la probabilidad”⁴⁰² de imponer un código binario. Por un lado, cada árbitro decisor de un conflicto puede tender a mermar la discrepancia y, por otro lado, su posición neutral pone precisamente de manifiesto que no está obligado a tomar partido por uno e irse en contra del otro. Para Luhmann, esto muestra que la existencia de conflictos y la consecuente presencia de un tercero neutral “hacen poco probable una codificación estrictamente binaria del Derecho”.⁴⁰³

Para Luhmann la formación del código binario se debe a un desarrollo evolutivo vinculado con la instalación de un segundo nivel de observación en el Derecho. Esta formación evolutiva la explica Luhmann como soluciones a tautologías, paradojas y contradicciones vistas en retrospectiva.⁴⁰⁴ Para efectos explicativos desarrolla su argumento en cinco pasos⁴⁰⁵ y lo apoya con un gráfico.⁴⁰⁶ Como esta idea de Luhmann resulta de difícil comprensión, acá se intentará complementar con un ejemplo:

⁴⁰² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 119. De acuerdo con Luhmann, el código binario del Derecho “se trata de un logro tardío que presupone la existencia previa de normas.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 118.

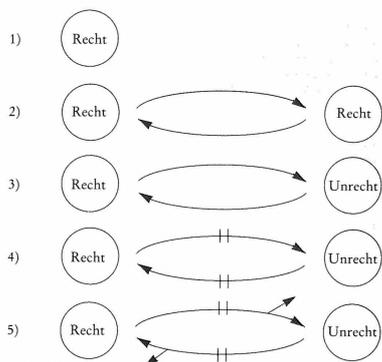
⁴⁰³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 226.

⁴⁰⁴ Luhmann aclara que “no se trata de pasos empíricos en la constitución de un sistema, ni tampoco de estados históricos del sistema jurídico. Se trata de una reconstrucción lógica de la autopoiesis del sistema”. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 120.

⁴⁰⁵ “Lo que desde siempre se había constituido como Derecho, y designado como tal y que, por lo mismo, se habría distinguido de otras cosas (1), se duplica, se reafirma enfáticamente y se convierte así en la tautología “Derecho es Derecho” (2). Mediante la introducción de una negación, la tautología se convierte en una paradoja: “el Derecho es no-Derecho” (3); en el sistema de la sociedad, eso quiere decir que ambos aparecen en una correlación inevitable: el Derecho de uno es el no Derecho del otro, aunque no obstante, ambos sean miembros de la sociedad. Mediante otra negación, esta forma conduce hacia un antagonismo: “el Derecho no es un no-Derecho (4), de manera que tanto aquel que está en lo justo como aquel que no lo está, puede y debe contar con ese status, tanto en el sentido temporal como en el contexto social. La afirmación de que alguien que está en su Derecho está en su no-Derecho, sería una contradicción impedida por la lógica. Finalmente, este antagonismo queda excluido mediante condicionamientos (5), y no es sino hasta entonces que se desdobra la tautología o se disuelve la paradoja: derecho es derecho, o bien derecho no es no-derecho, cuando se cumplen las condiciones indicadas en los programas del sistema jurídico.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 226-7.

⁴⁰⁶ El gráfico que presenta Luhmann es el siguiente:

A solicita su pensión de jubilación (operación jurídica) con base en el régimen jurídico pensional (norma jurídica). Esto significa que lo *lícito es lo lícito*, lo cual es una tautología. En conexión con esto, *B* despliega una operación jurídica, con sustento en una norma jurídica, negando la licitud de la operación de *A*. Con lo que del mismo caso surge una correlación inevitable: la licitud de la operación de *A* es la ilicitud de la operación de *B* (o viceversa). Es decir, una misma situación resulta distinguida como lícita e ilícita al mismo tiempo,⁴⁰⁷ lo cual es una paradoja porque implica que *lo lícito* (de *A*) *es lo ilícito* (de *B*) o viceversa. No solo es una paradoja, sino que conlleva a una contradicción porque una cosa no puede ser, al mismo tiempo, dos cosas distintas. Es decir, lo lícito no puede ser lo ilícito. Para resolver esta contradicción, en el sistema jurídico se ha instalado un nivel de observación de segundo orden, en el que se establecen las condiciones para determinar definitivamente quién está en lo lícito y quién no. En el nivel de observación de segundo orden, el sistema jurídico, utilizando el tiempo, “sabotea” la contradicción de valores (lícito/ilícito) que aparece en el nivel operativo. La contradicción se genera



Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 120.

⁴⁰⁷ Que el sistema jurídico haga estas distinciones entre comportamientos lícitos e ilícitos implica que ambos estatus, el lícito y el ilícito, están comprendidos dentro del Derecho. Como antecedentes, señala Luhmann que “una de las categorías más importantes del Derecho civil romano, la *obligatio*, parecer haber surgido porque alguien, o bien ex delicto, o bien ex contractu, estaba en lo *injusto*, y que había que darle forma jurídica a esta situación para someterla a un *tratamiento jurídico* - precisamente como vinculum, como adstrictio, con la especificación de la culpa como resultado ineludible.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 121. De manera similar el Derecho penal y el Derecho contractual con sus tipificaciones muestran este desdoblamiento. Sin embargo, esto no quiere decir que lícito e ilícito se fundan, sino que “a partir de cada obligación hay que volver a decidir de nuevo” qué comportamiento es lícito y cuál ilícito. En todo caso, Luhmann destaca que esta duplicidad no significa que todo el Derecho tenga que estar desdoblado porque “tendrían que prohibirse demasiadas conductas”, lo cual sería incompatible con el riesgo y, por tanto, con la exploración del futuro. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 121-22.

cuando los valores se enfrentan en un mismo momento. Pero si el Derecho ordena sus operaciones en una secuencia en la que se pueda distinguir la contradicción de valores como pasado y la asignación del código, de acuerdo con las condiciones del programa, como presente, la contradicción (*lo lícito es lo ilícito*) se resuelve permitiendo la unidad del sistema jurídico (*lo lícito es lo lícito*), es decir, se puede afirmar que el Derecho es un sistema que se autoproduce distinguiendo lo lícito de lo ilícito. Por eso Luhmann sostiene que la unidad del sistema jurídico se determina en el nivel de observación de segundo orden.⁴⁰⁸ Mientras que en el primer nivel de observación la unidad es una consecuencia de las operaciones jurídicas, en el segundo nivel de observación la unidad es producida por la propia autoobservación del sistema. En este último caso Luhmann prefiere hablar de identidad⁴⁰⁹ del sistema [Ver Capítulo 2, núm. 2.3.].

Una vez proferida una comunicación jurídica en el nivel de observación de segundo orden, esa comunicación puede dar lugar a un nuevo ciclo. En un nivel operativo con base en esa comunicación jurídica se puede actuar lícitamente y esa actuación lícita igualmente puede ser negada, con lo que nuevamente aparece la contradicción y nuevamente la necesidad de una observación de segundo orden. “Por lo mismo, el Derecho es una historia sin fin, un sistema autopoietico que solo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos: la codificación binaria es la forma estructural que garantiza precisamente eso.”⁴¹⁰

6.2. Programación en el sistema jurídico

Debido a que los valores del código lícito/ilícito no son, en estricto sentido, estándares para distinguir entre lo ilícito y lo ilícito, el sistema jurídico ofrece una perspectiva que indica cómo se atribuyen los valores del código. Esa plataforma orientativa es llamada

⁴⁰⁸ “Esta tesis se puede reformular con la afirmación de que la codificación presupone la posibilidad de la observación de segundo orden en el sistema. Eso no excluye el operar en el nivel de primer orden; i.e., operar con afirmaciones no reflexivas sobre el Derecho o el no-Derecho. También estas afirmaciones son operaciones del sistema en el sistema. Pero la clausura del sistema, como hemos anotado ya en el segundo capítulo, solo se produce si toda observación en el sistema se sujeta a una observación de segundo orden.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 130.

⁴⁰⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 131; 574.

⁴¹⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 127.

programa. El código no existe por sí mismo porque exige instrucciones para poder operar.

411

Aunque escuchar que el Derecho está “programado” puede resultar inusual en la teoría jurídica, Luhmann señala que la existencia de códigos y programas en el Derecho – aunque nadie los reflexionara de esa forma– se puede rastrear incluso en la premodernidad. Básicamente el Derecho natural funcionaba como programa del Derecho positivo. Lo que era Derecho positivo se definía mediante la interpretación de la naturaleza. En el paso a la modernidad y con la desaparición del Derecho natural, los programas quedan integrados en el sistema jurídico como semántica para orientar la operación del código.⁴¹²

La autoproducción del Derecho positivo y los cambios que en ella se presentan se ha explicado por la teoría jurídica dominante mediante la identificación de esquemas jerárquicos en el Derecho. Los cambios se explican por referencia a una norma superior, aunque a veces este esquema no logra explicar cómo sin cambios (con referencia a las mismas normas) el Derecho cambia. En cierta medida Luhmann plantea la distinción entre códigos y programas como una alternativa a la explicación jerárquica habitualmente ofrecida.⁴¹³ La invariabilidad se representa en el código y la transformación del Derecho en la programación. Esto explica la estabilidad dinámica del Derecho, esto es, que el

⁴¹¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 135.

⁴¹² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 136.

⁴¹³ La diferencia código/programas también ayuda a distinguir dos problemas distintos relacionados con la seguridad jurídica. Uno alude a la resolución de asuntos jurídicos con la aplicación de códigos de otros sistemas, como el poder o la economía. Esto se relaciona con la desdiferenciación de los sistemas funcionales de la sociedad, con una “co-ruptión”, esto es, como un rompimiento mutuo de fronteras entre los sistemas. Este problema normalmente hace pensar en los países en proceso de desarrollo. Marcelo Neves estudia este asunto, pero ofrece una interesante perspectiva en la que el problema parece devolverse a la “modernidad central” debido a la expansión del código de la economía en la sociedad mundial. Neves, *La constitucionalización simbólica*. El otro problema se relaciona con el asunto de, hasta qué punto, con base en los programas del Derecho, las decisiones judiciales se vuelven previsibles. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 138.

Derecho cambie sin perder identidad.⁴¹⁴ Un día solo los animales humanos tienen derechos, pero mañana otras especies de animales también pueden tenerlos, incluso un río podría llegar a tener Derecho.⁴¹⁵ En síntesis, la posibilidad de cambio del Derecho se garantiza con la presencia de programas, pero, en todo caso, no de cualquier tipo de programa.

A pesar de las protestas, del enfoque de la ingeniería social⁴¹⁶ y del auge de la planificación –en los años sesenta–, no se puede desconocer que los programas del Derecho son siempre *programas condicionales*. Esta afirmación de Luhmann, no quiere decir que en el Derecho no puedan existir programas finalistas, sino que su propósito es aclarar que el Derecho está fundamentalmente estructurado de forma condicional y se ha combinado, especialmente con el auge del Estado de bienestar, con programas teleológicos. Mientras que los *programas por fines* son idóneos, por ejemplo, para las

⁴¹⁴ En un orden de Derecho positivo todo puede cambiarse por medio de una decisión, pero no todo al mismo tiempo. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 149. Hay una traducción de este libro de Javier Torres Nafarrate en preparación.

⁴¹⁵ Manifestaciones del Derecho positivo en este sentido, entre otras, cfr. Constitución Ecuatoriana. En Nueva Zelanda se ha otorgado personalidad jurídica a un río y a lo que era un Parque Nacional, y se han nombrado guardianes humanos para proteger sus intereses, cfr. Catherine Iorns Magallanes, «Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand», *Vertigo*, 22 (2015). En sentido similar: Sentencia de la Corte Constitucional T-622-2016. Esto se puede explicar de dos maneras. La primera es afirmando que todo este Derecho positivo es equivocado, argumentando naturalezas, esencias jurídicas, racionales, etc., que hacen que el Derecho únicamente pueda ser una y solo una cosa. Aunque acá puede parecer que hay dos bandos (por ejemplo: el Derecho es solo para humanos vs el Derecho es Derecho también para otros animales o también para la naturaleza), pero, en el fondo, convergen porque se entiende el Derecho dependiente de una materia particular (sea la que sea). La otra manera de explicar este Derecho positivo es entender el Derecho como un sistema de comunicaciones jurídicas que tiene en frente un horizonte abierto de posibilidades que, en todo caso, se condicionan a los estados históricos del sistema. La decisión de mañana tiene que tener en cuenta la de ayer y tiene que tener en cuenta el futuro. Bajo esta explicación el Derecho no es un sistema ordenador del deber ser en el mundo, sino un sistema que ofrece una función social, de la misma manera que otros sistemas sociales también ofrecen funciones.

⁴¹⁶ En este enfoque, visto desde el punto de vista de su fin, el Derecho se define como una tarea de ingeniería social destinada a eliminar la fricción y el despilfarro en la satisfacción de intereses y demandas humanas ilimitadas a partir de un acervo limitado de bienes existentes. Linus J. Mcmanaman, «Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound», *St. John's Law Review*, 33.1 (1958), 1-47.

decisiones de inversión, de un médico o “para las decisiones de planificación de una instancia administrativa.”⁴¹⁷

6.2.1. Programas condicionales

Los programas condicionales son aptos para el Derecho porque facilitan el enlace entre la autorreferencia y la heterorreferencia al permitir al sistema jurídico una evaluación deductiva del entorno.⁴¹⁸ Este tipo de programas opera determinando, al “interior” del sistema, lo que serían causas “externas” para producir efectos jurídicos derivados de tales causas. El Derecho se construye como una máquina predecible a pesar de que su entorno es impredecible. Un programa condicional representado en leyes, por ejemplo, convierte demandas sociales en supuestos de hecho normativos, en condiciones, que deben comprobarse para que se produzca el correspondiente efecto jurídico. Este desarrollo contribuye al orden social en una sociedad que cambia rápidamente, ya que los programas condicionales permiten proyectar puentes fijos en forma de normas. En otras palabras, estos programas “[e]stablecen las condiciones de las que depende si algo es conforme con el Derecho (o discrepante): con estas condiciones se hace referencia a hechos pasados, actualmente verificables.”⁴¹⁹

En el marco de una discusión sobre el Derecho (o no) a obtener la reparación de un daño, por ejemplo, la atribución del valor positivo o negativo del Derecho (presente) dependerá —entre otras cosas— de si la víctima percibió una lesión (pasado). Los hechos también pueden ser jurídicos. La decisión sobre la conformidad (o no) con el Derecho de un decreto (presente), dependerá, por ejemplo, de si la autoridad que lo expidió tenía competencia para ello (pasado). O puede ocurrir que precisamente la inexistencia del hecho sea la condición para determinar la conformidad (o no) con el Derecho (la Administración no contestó la petición del ciudadano). Lo determinante es que la

⁴¹⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 139.

⁴¹⁸ De acuerdo con Luhmann, los programas condicionales aparecieron mucho antes de los enunciados lógico-explicativos bajo la forma “si esto/entonces esto”. Estos programas son un desarrollo social muy antiguo, aparecieron después de la escritura en Mesopotamia, en textos sobre temáticas médicas y jurídicas. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 141.

⁴¹⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 139-0.

atribución de valores en el momento de la decisión dependa de algo considerado como pasado.⁴²⁰

Obviamente el programa condicional no garantiza de antemano que las condiciones se realizarán, “tan solo se excluye que hechos futuros, aún no determinados en el momento de la decisión, sean determinantes para la decisión entre Derecho y no-Derecho”.⁴²¹

6.2.2. Programas orientados por fines

Al contrario de lo que sucede con los programas condicionales, los programas orientados por fines se configuran a partir de hechos futuros, aún no determinados en el momento de la decisión. “Los programas conforme a fines están atados a logros que deben alcanzarse y a partir de allí, considerando las condiciones secundarias, buscan encontrar los medios favorables. Se racionalizan en virtud de un cálculo de rentabilidad.”⁴²² Al ver la forma de esta estructura se comprende por qué los programas de fines resultan problemáticos dentro del Derecho. Los “medios favorables” pueden terminar siendo cualquier cosa y la conformidad (o no) con el Derecho de un comportamiento (elección de un medio) sería difícilmente evaluable por el sistema jurídico. Pero esta indeterminación no es el único inconveniente que Luhmann encuentra en los programas finales.

La visión moderna del concepto de fin es una simplificación que encubre una comprensión compleja que resulta relevante para la decisión de incluir o no programas de fines en el Derecho. “La simplificación consiste en que los fines solo se ven como ideas actuales (intenciones), en oposición polémica con la tradición europea antigua (aristotélica) que había pensado los fines (télé) como estados finales de un movimiento, y por lo tanto, vistos desde el movimiento, como futuro.”⁴²³ Entender el fin “como estado presente de un sistema orientado por los fines” oscurece la diferencia entre futuro presente y presente futuro;⁴²⁴ “los presentes futuros no van a coincidir con el futuro que se proyecte

⁴²⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 140.

⁴²¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 141.

⁴²² Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 130. Traducción de Javier Torres Nafarrate.

⁴²³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 141.

⁴²⁴ El futuro presente o futuro que se piensa estando en el presente consiste en un análisis con base en lo probable/improbable, mientras que los presentes futuros “serán siempre exactamente tal como serán, y

actualmente”⁴²⁵ debido a que los sistemas sociales son dinámicos y no-triviales.⁴²⁶ La decisión de orientarse conforme a fines, por tanto, está incompletamente informada si no se tiene en cuenta que el fin al que se piensa llegar estando en el presente seguramente será otra cosa en el presente de ese futuro.

La distancia entre presente futuro y futuro presente, sin embargo, no ha paralizado el desarrollo social y ha conducido a la emergencia de mecanismos como la corrección continua, la disposición de reservas y, en general, el manejo del riesgo.⁴²⁷ Estos mecanismos, obviamente, no se han formado tratando de estabilizar el futuro mediante normas jurídicas, sino, precisamente, apostando al futuro y asumiendo el riesgo que implica. Estas son condiciones propiciadas, por ejemplo, en sistemas como el económico o el científico.

Que Luhmann tenga reservas frente a la inclusión de programas de fines en el sistema jurídico no implica que no los considere importantes, especialmente, en una sociedad funcionalmente diferenciada y altamente compleja, en la que los fines, al contrario de la premodernidad, son contingentes. El hecho de que se puedan establecer fines –como mentalización presente del futuro– permite que la orientación de decisiones pueda utilizarse como mecanismo para la búsqueda de soluciones a problemas. “Los problemas

nunca de otro modo.” Niklas Luhmann, *Modernidad y complejidad: de la unidad a la diferencia* (Madrid: Trotta, 1998), p. 116.

⁴²⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 141.

⁴²⁶ En un sistema no-trivial “Their input-output relationship is not invariant, but is determined by the machine’s previous output. In other words, its previous steps determine its present reactions. While these machines are again deterministic systems, for all practical reasons they are unpredictable: an output once observed for a given input will most likely be not the same for the same input given later.” Heinz von Foerster, *Understanding: Essays on Cybernetics* (New York: Springer, 2003), p. 208.

⁴²⁷ “[L]a forma del futuro es la forma de la probabilidad, que, por su parte, dirige el observar como forma-con-dos-lados: como más o menos probable o como más o menos improbable, los cuales son dos modalidades que se distribuyen sobre todo lo que puede ocurrir. Precisa y oportunamente, la modernidad ha creado el cálculo de probabilidad para poder dirigirse a una realidad ficcionalmente producida, duplicada. En virtud de ello, el presente puede calcular un futuro que siempre puede acontecer también de forma diversa, y de esta manera acreditar que se ha actuado correctamente, aunque los acontecimientos hayan transcurrido de modo distinto al esperado.” Luhmann, *Modernidad y complejidad: de la unidad a la diferencia*, p. 116.

prestan contexto y estructura a las consideraciones decisorias que se ocupan de su solución; vistos desde el fenómeno de la decisión, integran un complejo de condiciones limitativas y disciplinantes: solo cuenta aquello que en una u otra forma contribuye a la solución del problema”,⁴²⁸ en este caso, a la consecución del fin.⁴²⁹

En la combinación de los programas condicionales y los programas finales se encuentra la clave para afrontar las complejas demandas de una sociedad como la actual.⁴³⁰ En concordancia con esto, Luhmann acepta que los programas de fines pueden juridificarse incluyendo programas condicionales como subprogramas.⁴³¹

Antes de que Luhmann llegara a la anterior comprensión, ya había avanzado en la relación entre la programación condicional y la programación final, especialmente, dirigida a la administración pública en *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*,

⁴²⁸ Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 238. Luhmann también aclara que “La fijación del Derecho en programas condicionales no excluye de ninguna manera que programas finalísticos de otros sistemas funcionales se remitan al Derecho: por ejemplo, los programas orientados hacia fines de la política que remiten al Derecho constitucional”. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 145.

⁴²⁹ De acuerdo con el primer Luhmann, mientras que el Estado policial, el Estado planificador socialista o el Estado que hace del desarrollo industrial de un país su principal tarea proceden de una programación de primacía de fines, los programas condicionados parecen prevalecer en el Estado constitucional. Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997), p. 38.

⁴³⁰ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 130 y ss. Traducción de Javier Torres. En esta investigación no hay el espacio ni los conocimientos para avanzar sobre el asunto, pero esta afirmación de Luhmann parecería reflejarse también en otros tipos de sistemas de comunicación como la mente o como los algoritmos computacionales de aprendizaje automático. Ambos tipos de sistemas, que pueden considerarse como paradigmas de sistemas no condicionados, no escapan a la idea que expresa el concepto de programación algorítmica. Tanto la toma de decisiones humanas como la toma de decisiones de sistemas de aprendizaje automático parten de condiciones para poder decidir. En el primer caso, las decisiones humanas -sin entrar a discutir el concepto de libre albedrío- dependen en muy buena medida de condiciones genéticas y, en el segundo caso, para que los sistemas de aprendizaje automático puedan tomar decisiones, incluyendo dentro de estas el establecimiento de reglas para tomar decisiones, deben estar diseñados y constituidos con una regla que precisamente les permita crear sus propios parámetros de decisión. Si esta comprensión es precisa, se confirma entonces que todos los sistemas de toma de decisiones operan sobre la base de una combinación -en mayor o menor medida- de programación condicional y final.

⁴³¹ Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, p. 39.

publicado por primera vez en 1966. La editorial presenta hoy este libro en su web afirmando que “Con este estudio, Niklas Luhmann predijo en 1966 que la estructura de la administración se vería revolucionada por la automatización.”⁴³² Hoy efectivamente vemos que la automatización de las Administraciones públicas mediante la introducción de la inteligencia artificial es un tema en boga en los últimos años. Especialmente, el desarrollo y uso de sistemas algorítmicos de aprendizaje automático genera inquietudes sobre la posibilidad y alcance de uso en la Administración pública.⁴³³

En conclusión, y para destacar la conexión de los programas con el código, se puede decir que los programas normativos son estructuras (normas jurídicas) que permiten comunicaciones jurídicas (operaciones jurídicas). Al mismo tiempo, como estas estructuras están formadas por comunicaciones jurídicas, pueden cambiar. El sistema jurídico observa la conformidad o discrepancia de las operaciones jurídicas con el Derecho a través del código lícito/ilícito y asigna los valores del código con base en el programa normativo en el momento de la observación. A su vez, pero no en el mismo momento, puede observar su propio programa normativo cuando el programa se tematiza en el marco de otra observación. Cuando el Derecho hace esto, observa la norma jurídica (programa) como pasado, para identificar si la operación jurídica presente se conecta (o no) con aquella. Este tipo de observación que hace el Derecho termina en nuevos programas normativos.⁴³⁴ En un momento determinado, para determinar si alguien cometió un homicidio (operación jurídica) o no lo cometió, se acudió al tipo penal

⁴³² https://www.duncker-humboldt.de/buch/recht-und-automation-in-der-oeffentlichen-verwaltung-9783428009602/?page_id=1

⁴³³ Las dudas que estas cuestiones planteaban y aún plantean y algunas respuestas pueden encontrarse en la mencionada obra de Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*.

⁴³⁴ Al respecto cfr. Richard Nobles y David Schiff, «Introduction», en *Law as a Social System* (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 11. Solo que acá se hace un pequeño ajuste: De la redacción contenida en la *Introduction* se podría entender que el código del Derecho puede ser cambiado. Acá se entiende que lo que puede ser cambiado son los programas, no el código. El código es una cáscara vacía que siempre se repite. “*Seen from a temporal perspective, the code is and remains unchanged (invariant) even when specified transformation is applied to it.*” Luhmann, *Law as a Soc. Syst.*, p. 190. En todo caso, más adelante, los profesores Nobles y Schiff vuelven sobre el código y aclaran que se trata de una forma en la que no se puede apelar a un valor superior. De forma aislada, saber que algo ha sido codificado como legal no nos dice nada, salvo que no ha sido codificado como ilegal, y viceversa. Nobles y Schiff, p. 18.

homicidio (programa normativo). En otro momento, ante otro homicidio, se observó el programa normativo (tipo penal homicidio) como pasado, para ver si se conecta con la operación jurídica presente, debido a que el acusado alegó defensa personal. El resultado de esta observación es que la operación jurídica termina en un nuevo –o ajustado– programa normativo: matar está prohibido excepto en defensa propia (delitos + causales de exclusión de responsabilidad). La estructura que en un momento sirvió para observar y distinguir entre lo lícito y lo ilícito, ahora fue observada y modificada.⁴³⁵

7. Procesos jurídicos

Que el código lícito/ilícito sea parte del Derecho es una paradoja que se resuelve por los programas, pero solo en parte. Por otra parte, la paradoja se resuelve porque existe la necesidad de llegar a una decisión, esto quiere decir que la contradicción (Derecho es no Derecho) existente en un momento, se resuelve en otro momento con una única decisión que resuelve la contradicción. En el nivel de operación, el sistema puede operar un tiempo bajo incertidumbre, ¿quién está en lo lícito y quién en lo ilícito? La respuesta –ya se dijo– se determina mediante códigos y programas, pero la respuesta misma implica que debe haber una decisión y esa decisión se tramita a través de los procesos jurídicos.

Los procesos jurídicos, por tanto, estructuran la separación temporal que hace el Derecho entre una situación conflictiva (o contradictoria) y su solución. Entre la demanda para determinar quién tiene la razón (en la operación de primer nivel) y la decisión (observación de segundo orden) existe un tiempo que se estructura mediante los procesos jurídicos.⁴³⁶

⁴³⁵ Se aclara que este es solo un ejemplo altamente simplificado de una fenomenología que seguramente implicó una larga evolución jurídico-social llena de detalles concretos. Es probable que la licitud de los primeros homicidios en defensa personal no resultara clara, incluso que terminara en condenas. Si esta falta de claridad se presentó repetidamente, la inconformidad con esas decisiones (con ese Derecho vigente) pudo haber movido no solo recursos procesales, sino también presiones de diverso tipo para cambios de legislación hasta que, finalmente, la expectativa de actuar conforme a Derecho cuando se mata para defender su propia vida termina en una norma jurídica.

⁴³⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*.

Además de operar como espacio temporal para el trámite de la decisión, el proceso abre las puertas a los interesados en la decisión, y ello garantiza no solo la posibilidad de una decisión aceptable, sino también una oportunidad para enriquecerse de información introducida desde el entorno. De acuerdo con Febbrajo, al igual que los juegos sociales, los procedimientos pueden “innovar” y producir resultados inciertos. Así, adquieren una función de autolegitimación porque los participantes, al haber tomado parte en un juego, quedan desacreditados si intentan desacreditar su resultado: el perdedor solo tiene la culpa de no haber jugado mejor sus cartas.⁴³⁷

De acuerdo con Luhmann, el Derecho es el único orden normativo que ha desarrollado una reflexividad que se manifiesta a través de los procesos. Estas reglas procesales ya habían sido tratadas desde Hart mediante la idea de reglas secundarias. El proceso permite que el Derecho dude de sí mismo y, al mismo tiempo, “asegurar a alguien legamente de su situación ilegal”.⁴³⁸

8. La relación entre legislación y jurisdicción y la posición de los tribunales en el Derecho

Para que el Derecho pueda distinguirse de otros ámbitos de la sociedad, como la economía, la política, la religión, etc. (diferenciación externa), ha debido desarrollar, a su vez, un proceso de diferenciación interno que le permita ser “consciente” de sí mismo (diferenciación interna). En otras palabras, en un primer nivel, la actividad operativa del Derecho lo distingue de otras esferas sociales. Cuando se actúa jurídicamente (por ejemplo, celebrando contratos, haciendo peticiones a las autoridades, en fin, operaciones jurídicas con capacidad de modificar el Derecho) no se actúa económicamente, políticamente, artísticamente, etc. Al operarse jurídicamente se marca una distinción entre un sistema (lo jurídico) y un entorno (lo no-jurídico). Pero ese operar jurídico no se puede observar a sí mismo, si no es por medio de otra operación que es la observación de segundo orden. La estructura que permite al sistema jurídico tomar “consciencia” de sí mismo son los tribunales. En otras palabras, la observación de segundo orden en el Derecho se realiza mediante los tribunales.

⁴³⁷ Febbrajo, p. 11.

⁴³⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 150.

Que los tribunales sean el centro del sistema jurídico implica que son un subsistema del Derecho. Sin embargo, esta concepción no implica jerarquía alguna de los tribunales respecto del resto de instituciones sociales. Algunas teorías jurídicas y socio-jurídicas han vinculado a los tribunales con el acceso al Derecho y en sus versiones más extremas consideran que el Derecho es lo que digan los tribunales.⁴³⁹ Estas teorías se presentan como una reacción a la otra comprensión tradicional de tipo jerárquico en la que los tribunales se dedican a encontrar y aplicar la ley y en ese sentido son inferiores al legislativo que puede hacerla y modificarla.⁴⁴⁰

Para tener una idea sobre la comprensión de la relación entre legislación y jurisdicción de nuestros días (8.1), es necesario una breve mirada panorámica a la historia, comenzando por la antigüedad europea (8.1.1.), pasando por la época romana y la pervivencia de sus ideas (8.1.2.), hasta llegar a la modernidad temprana (8.1.3.) y, finalmente, a la comprensión dominante de la relación legislación/jurisdicción (8.1.4.). A partir de esta historia evolutiva Luhmann plantea su propia posición, en la que los tribunales ocupan el centro del sistema jurídico (8.2).

8.1. La comprensión dominante de la relación legislación/jurisdicción: relación jerárquica

8.1.1. La distinción entre legislación y jurisdicción en la antigüedad europea

La distinción entre legislación y jurisdicción puede rastrearse en la antigüedad europea. Aristóteles se planteó el problema de apartar al juez de las influencias familiares y de amistad y la solución propuesta consistió en separar la legislación de la jurisdicción. El legislador se encargaría de establecer normas generales, lo que implicaba que no se

⁴³⁹ Nobles y Schiff.

⁴⁴⁰ Como ejemplo de esta comprensión, Luhmann destaca la institución del *référé législatif* de las primeras leyes revolucionarias francesas en las que se prohibía a los tribunales que interpretaran las leyes, ya que esa tarea era competencia del legislador. En casos de duda, por tanto, los tribunales debían consultar a la Asamblea legislativa. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 216.

distinguía entre amigos, enemigos, familiares, etc., mientras que los jueces simplemente deberían cumplirlas en cada caso “sin acepción de personas”.⁴⁴¹

8.1.2. Legislación y jurisdicción en Roma

En Roma se distinguió entre la legislación popular y una especie de condicionamiento a la misma en el momento de la ejecución judicial por parte del magistrado (Praetor) correspondiente. Esto implicaba que el poder político se ponía a disposición del Derecho. La idea de que legislar y juzgar eran dos especies de una misma actividad, la *jurisdictio*, se mantuvo hasta bien entrada la modernidad. El competente de la *jurisdictio* era el poder político, esto significa, el príncipe del correspondiente Estado territorial. De acuerdo con este orden, la actividad judicial seguía dependiendo del poder político. En todo caso, la jurisdicción local quedó en manos de la nobleza.⁴⁴²

8.1.3. Legislación y jurisdicción en la Edad Media

En la segunda mitad del siglo XVI y por completo en el siglo XVII se presenta un cambio importante que comienza a notarse con la “potestad legislativa”, entendida como componente del concepto de “soberanía”. Se pasa de la comprensión de la legislación como parte de la *jurisdictio* a la legislación como parte de la soberanía. Este tránsito se explica en lo que se podría llamar prácticamente la fusión entre la soberanía política y la soberanía legislativa. Bajo este marco, la potestad legislativa incluye la de anular y cambiar la ley y la de interpretarla en casos similares a los que hoy se llamarían *hard cases*. Estos cambios se dieron de la mano de otros cambios, especialmente, la reforma del Estado territorial y la necesidad de unificar la idea de justicia. El Estado absoluto desplazó al Estado estamentario y por esta vía la terminología del Derecho antiguo se fue fracturando. En todo caso, en relación con la distinción legislación/jurisdicción el esquema permaneció similar debido a que ambas actividades estaban unificadas, si bien, no en la *jurisdictio*, sí en la soberanía.⁴⁴³

⁴⁴¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 213-14.

⁴⁴² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 214.

⁴⁴³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 215.

8.1.4. Legislación y jurisdicción en la modernidad

En el siglo XVIII se produce un cambio radical que conduce a la relación legislación/jurisdicción propia de nuestros días. Luhmann señala que Bentham fue uno de los primeros en exigir una separación clara entre jurisdicción y legislación, aunque su exigencia no penetró en el Common Law.

A partir del siglo XVIII se abandona el concepto *jurisdictio* como concepto integrador entre legislación y jurisdicción, pero no se encuentra un sustituto para el mismo. Desde entonces, se comienza a pensar desde el Derecho positivo “independientemente de lo que las figuras causales de la naturaleza o de la razón pudieran todavía aportar”⁴⁴⁴, aunque no hay una explicación clara de la relación entre legislación, jurisdicción y Derecho. La explicación vigente aún hoy en día acude al concepto de fuentes del Derecho y, por tanto, a una arquitectura jerárquica.

La doctrina dominante construyó la relación legislación/jurisdicción de manera jerárquica: los tribunales se entienden como órganos ejecutivos de la legislación y el método jurídico como una simple deducción. Se partía de la idea de la racionalidad del legislador y de la necesidad de interpretar sus textos acordes con esa racionalidad. En principio, se consideraba que la deducción era perfecta y, por tanto, los jueces lo único que hacían era ejecutar la ley. En concordancia con las concepciones iniciales de la separación de poderes, los jueces no podían inmiscuirse en los demás poderes estatales,⁴⁴⁵ aunque después se acepta que la interpretación es una competencia que no se le puede quitar a los jueces. La fórmula que al parecer permitió aceptar que –ante la falta de claridad de la ley– los jueces también crean Derecho, fue la comprensión del Derecho como un sistema completo, sin lagunas. Por eso los jueces debían encontrar el espíritu de la ley. Los métodos jurídicos, la retórica y la tópica se desarrollan hasta tal punto que el Derecho parecía un asunto de pura lógica y, en consecuencia, apareció la crítica realista

⁴⁴⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 215.

⁴⁴⁵ Dimitrios Kyritsis, *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review* (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 36.

que sostenía que la validez no derivaba de estos métodos, sino que el Derecho válido era el que los tribunales consideraran como tal.⁴⁴⁶

Aunque el realismo jurídico ha puesto en cuestión la comprensión tradicional de la relación entre legislación y jurisdicción, aún hoy prevalece “la idea de una superioridad jerárquica del legislador sobre el juez: ya que el juez se sujeta a la ley.”⁴⁴⁷

8.2. La relación cibernética entre legislación y jurisdicción y la posición de los tribunales en el sistema jurídico

La doctrina tradicional, en todo caso, afirma que el hecho de que el juez deba sujetarse a la ley demuestra que la relación es jerárquica. No obstante, Luhmann aclara que la sujeción a la ley no solo incluye al juez, sino también a todas las personas e incluso al propio legislador, ya que si este no fuera el caso ¿cómo se podría hablar de democracia?⁴⁴⁸

De acuerdo con Luhmann, la realidad contradice la explicación jerárquica de la relación entre la legislación y jurisdicción.⁴⁴⁹ Sin embargo, tampoco se alinea con la comprensión de los tribunales como los creadores del Derecho. Para Luhmann, la relación legislación/jurisdicción no es jerárquica, sino cibernética (cada una de las actividades se estimula recíprocamente)⁴⁵⁰, y los procedimientos de cada una de estas esferas contribuyen a su distinción. Esto último, a su vez, supone normas de competencia. Los

⁴⁴⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 217.

⁴⁴⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 218.

⁴⁴⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 218.

⁴⁴⁹ Luhmann aclara que el hecho de que los propios tribunales sigan decidiendo los casos con un estilo jerárquico se explica por la necesidad de disolver la circularidad del Derecho que tanto ruido hace en el pensamiento lógico-jurídico tradicional. En todo caso, los propios jueces no ven esto así, sino como un esfuerzo genuino por explicar el Derecho de forma lógica, lineal, que derive de algún lado. Desde el constructivismo operativo se diría que ver la circularidad del Derecho cae en el punto ciego de los tribunales que, por consiguiente, solo se puede observar con otro nivel de observación.

⁴⁵⁰ Esto quiere decir que “[e]l juez debe tratar de entender qué es lo que quiso el legislador, es decir, cómo observó el mundo. Por eso se desarrollan los métodos correspondientes para “interpretar” la voluntad del legislador. El legislador también debe imaginar cómo serán acogidos y trabajados los casos en el tribunal.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 216.

procedimientos y la competencia operan como un mecanismo que permite la influencia recíproca. Este mecanismo se utiliza en el desarrollo de las dos actividades. Por un lado, los tribunales aplican las leyes de acuerdo con las instrucciones legislativas, mientras que, por otro lado, en su actividad, los legisladores toman en cuenta “las premisas de decisión de los tribunales.”⁴⁵¹

En la actualidad, los jueces están obligados a decidir y para ello determinan hasta qué punto pueden hacerlo apoyándose en la interpretación y hasta qué punto ciertos casos terminan en la exigencia de cambios jurídicos al legislador. Esta comprensión de la labor judicial conduce a la institución de la prohibición de denegación de justicia y a la correspondiente exigencia de llegar a una decisión.⁴⁵²

La explicación jerárquica de la relación legislación/jurisdicción se ha venido debilitando sin que todavía haya sido sustituida por otra. Los tribunales han ampliado sus facultades de interpretación frente al legislador y no precisamente debido a la obsolescencia de las grandes codificaciones. Por otro lado, de forma incremental, los jueces están interpretando contratos, incluyendo la voluntad de los contratantes. La deducción estricta se reduce cada vez más, mientras que emerge una diversidad de métodos de interpretación de las leyes. Finalmente, los tribunales se ven sometidos a una doble exigencia: decidir cada caso y hacerlo de forma justa (entendiendo por justicia la aplicación de las mismas reglas en todos los casos, es decir, tratar igual lo igual y desigual lo desigual).⁴⁵³

La forzosidad de que se decida abre la puerta a que tengan que encontrarse razones para concluir en una decisión y, al mismo tiempo, esas razones se condicionan por la referencia a la justicia. La triada *forzosidad* de decidir, *libertad* para buscar razones y restricción de las razones a partir de la *justicia* es lo que conduce a ubicar a los tribunales en el centro del Derecho.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 215.

⁴⁵² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 216.

⁴⁵³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 217.

⁴⁵⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 217.

A diferencia de la legislación, los tribunales, deben realizar la llamada “aplicación” del Derecho a casos concretos y el hecho de que, en desarrollo de su competencia, surjan reglas de decisión, principios o teorías jurídicas, sucede por la necesidad de argumentar y motivar las decisiones. Por otro lado, a diferencia de la legislación, los tribunales deben decidir cualquier caso que se les presente, mientras que el legislador no tiene que proferir necesariamente leyes; de manera similar, los contratos tampoco tienen que concluirse.⁴⁵⁵

La obligatoriedad de decidir lleva por tanto a que Luhmann ubique a los tribunales en el centro del Derecho y a las demás instituciones relacionadas con el sistema jurídico (legisladores, contratantes, abogados, etc.) en la periferia. En la periferia del Derecho no existe la forzosidad de decidir. La administración pública también está en la forzosidad de decidir, pero como sistema de toma de decisiones políticas, es decir, no decide de forma definitiva sobre lo que es o no el Derecho.

Esta ordenación centro/periferia no quiere decir, en todo caso, que la jerarquía ahora se haya subvertido ni que el centro sea más importante que la periferia. De hecho, en la teoría de Luhmann, el centro no existiría sin periferia. La periferia es relevante y necesaria porque opera como “zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad: economía, vida familiar doméstica, política.”⁴⁵⁶ La periferia permite al Derecho un primer nivel de autonomía al exigirse una decisión. Con la distinción centro/periferia Luhmann pretende explicar cómo es posible la existencia de un Derecho paradójico. En la periferia opera el Derecho en un primer nivel en el que pueden convivir diferentes visiones de la sociedad y el Derecho, aunque sea pagando como costo la posibilidad de contradicciones, es decir, la posibilidad de que sobre una misma situación haya dos posiciones contradictorias. En el centro se resuelve esa paradoja, al llegar a una decisión que disuelva la contradicción.

⁴⁵⁵ Aclara Luhmann que “[p]uede que las leyes y los contratos por razones políticas o económicas estén obligadas a tomar una decisión. Pero estas son coacciones de otro tipo, ante las cuales el sistema del Derecho está en libertad de decidir si son jurídicamente relevantes. En cambio, los tribunales -por razones jurídicas- deben decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 228.

⁴⁵⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 229.

Que los tribunales se encuentren en el centro del Derecho explica por qué dentro de las teorías del Derecho más importantes de los últimos años (Hart/Dworkin) la discrecionalidad judicial sea un asunto central. Aun así, esta centralidad de los tribunales no significa para Luhmann que el Derecho es lo que digan los jueces. Esta concepción del realismo le resta importancia a los demás participantes del sistema jurídico (parlamentos, funcionarios no judiciales, abogados, etc.), sin los cuales el Derecho no se explica completamente.⁴⁵⁷ Pero la posición de Luhmann frente al realismo no busca congraciarse con la periferia, simplemente, deriva de su teoría porque, en estricto sentido, los tribunales no son una especie de punto final en una escala de “creación” del Derecho, sino que son el nivel en el que el Derecho adquiere unidad sistémica porque –desde una perspectiva distinta a la de su propia operación– logra disolver la contradicción que frecuentemente se presenta a nivel de unidades elementales del sistema.

Que el Derecho no sea lo que digan los tribunales tampoco quiere decir que el Derecho entonces venga de la periferia, es decir, que el Derecho sea lo que digan las leyes, los contratos, etc. Hay que recordar que bajo la teoría del Derecho de Luhmann el Derecho solo está conformado por comunicaciones jurídicas y nada más. Que el Derecho no esté constituido por leyes, por ejemplo, no quiere decir que la legislación no sea importante. La legislación es importante pero no en el sentido esquemático de que crea el Derecho. Cuando se presenta un proyecto de ley, eso ya es, de antemano, una comunicación jurídica. Visto de forma analítica desde el sistema jurídico un proyecto de ley: sería una operación jurídica que alega conexión con una norma jurídica. Dicho en otras palabras, las operaciones jurídicas pueden tener como puntos de conexión diversas estructuras jurídicas (leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.) para poner en movimiento el Derecho.

8.3. Posibles efectos de los fenómenos de la constitucionalización del Derecho, de la europeización y de la convencionalización del Derecho en la teoría jurídica de Luhmann

La teoría jurídica de Luhmann, en concordancia con su teoría de sistemas sociales, contempla dos niveles de operación en el sistema jurídico y esta forma de organización

⁴⁵⁷ Nobles y Schiff, p. 274.

aún se confirma en una gran medida. Sin embargo, debido a que tales fenómenos no estaban presentes de forma tan clara en la época en la que Luhmann escribió, parece no haber estado forzado a explicar lo que parecería ser un nuevo nivel de operación en los sistemas jurídicos con el auge de la europeización y de la convencionalización del Derecho en uno y otro lado del Atlántico. Uno de los efectos que este fenómeno puede generar en la teoría jurídica de Luhmann es que, además de los dos niveles de operación tradicionales del sistema jurídico, puede agregarse otro nivel de observación enfocado en las constituciones supranacionales. Teóricamente esta posibilidad no iría en contra de la teoría luhmanniana [Ver Capítulo 2, núm. 2].

Con el auge de la constitucionalización del Derecho podría pensarse que ha ocurrido un fenómeno similar al anterior, esto es, la agregación de un nuevo nivel de operación del Derecho, adicional a los dos normalmente contemplados. En principio, el Derecho constitucional, especialmente, en lo relacionado con el control judicial de las leyes, podría considerarse un nivel superior al de las demás ramas del Derecho, en la medida en la que tendría “la última palabra” frente a todas las especializadas del Derecho. Sin embargo, esto puede entenderse de otra manera.

El Derecho constitucional tiene como objeto directo el establecimiento de las condiciones para la creación de normas jurídicas de rango legal conforme a la Constitución y el correspondiente control judicial de tales normas, en ese sentido, si bien es cierto que el proceso de creación (y también del control) de una ley implica que la ley normalmente debe referirse a algún contenido que generalmente se ubica en alguna especialidad del Derecho, esa referencia no implica un nivel superior sobre las distintas especialidades del Derecho, sino que la referencia a un contenido es un medio para alcanzar el propósito del Derecho constitucional, esto es, el de establecer las condiciones (y el control) para la toma de las decisiones colectivamente vinculantes que produce el sistema político, normalmente conocidas como leyes en el lenguaje del Derecho. En este sentido, el Derecho constitucional, más que un nuevo nivel de operación del Derecho, por encima de las distintas especialidades del Derecho, es un sistema jurídico especializado al lado de los demás sistemas jurídicos especializados, solo que en su operar tiene que referirse a las demás especialidades, pero tal referencia es a manera de tema, no de objetivo directo del Derecho constitucional.

Al Derecho constitucional le interesa únicamente la constitucionalidad de las leyes, independientemente de su contenido, y no interfiere en el operar de las demás especialidades si no aparece el cuestionamiento de la constitucionalidad de determinada ley. Todas las especialidades del Derecho que han alcanzado su autonomía tienen su segundo nivel de operación configurado, esto es, tienen su correspondiente tribunal temáticamente especializado, independientemente de cómo se organicen esas especialidades en la rama judicial. Esto comprueba que el control de las comunicaciones jurídicas de las especialidades del Derecho tiene su propia estructura de control y solo intervendrá un tribunal constitucional en la medida en que determinada norma jurídica se considere contraria a la constitución. Si esto no pasa, las especialidades jurídicas siguen su operación normal.

Este fenómeno tiene una justificación ampliamente conocida: el control al legislador que, antes del auge de la constitucionalización del Derecho, era considerado un poder soberano omnímodo. El poder político que tiene como función, nada más y nada menos, que la toma de decisiones colectivamente vinculantes, desde la constitucionalización del Derecho y el surgimiento de los tribunales constitucionales, tiene ahora que someterse al Derecho. Esto, visto desde la óptica del sistema jurídico, implica que las leyes deben respetar el sentido jurídico de la Constitución. Este fenómeno muestra la importancia de las leyes en el Derecho moderno ya que, si bien es cierto que -al estilo clásico- eran una expresión de la voluntad popular, ahora están sometidas al Derecho constitucional, sin dejar de seguir siendo de vital importancia ya que, entre otras cosas, no solo programan en gran medida las condiciones de operación del Derecho, sino también de otros sistemas sociales.

Sobre los efectos de la constitucionalización del Derecho en el sistema jurídico en todo caso, puede decirse mucho más, especialmente, desde una perspectiva de sistemas. No obstante, debido a las limitaciones de tiempo y espacio de esta investigación, por el momento solo se puede concluir que lo que la constitucionalización del Derecho muestra con claridad -más que el surgimiento de un nivel superior de operación en el sistema jurídico-, es que el proceso de producción y control del Derecho, a nivel legal, puede considerarse como el objeto del Derecho constitucional y que, en ese proceso, las demás especialidades jurídicas ya no operan como sistemas sociales autónomos, sino como espacios de sentido temático, esto es, como dominios existenciales a los cuales una ley o

un tribunal constitucional pueden referirse como contenido de análisis para efectos del contraste constitucional.

9. El Derecho como sistema autopoietico

La autopoiesis resume el hecho de que “el Derecho mismo es quien produce todas las distinciones y descripciones que utiliza”.⁴⁵⁸ La autopoiesis no introduce nada extraño a la vasta historia conceptual construida por la tradición jurídica, su propósito únicamente es llamar la atención de un hecho que pasa desapercibido, probablemente, por estar tan cerca, es decir, por caer en el punto ciego del respectivo nivel de observación. “Lo que nos ofrece la tradición no son distinciones constituyentes del Derecho, sino distinciones que son producidas en el ejercicio mismo del Derecho”.⁴⁵⁹

Luhmann reconoce que “[l]o que es desconcertante en el concepto de autopoiesis (...) es que el efecto revolucionario del concepto se encuentra en una relación inversamente proporcional a su valor de aclaración. El concepto lo único que afirma es que en el sistema solo existen los elementos y las estructuras en la medida en que se mantiene la constante autopoiesis.”⁴⁶⁰ Para entender esto, por tanto, fue necesario estudiar cuáles son los elementos, las estructuras y cómo se mantienen en constante producción. En otras palabras, fue necesario estudiar, entre otras cosas, cómo el Derecho se distingue de otras esferas refiriéndose a sí mismo (operaciones jurídicas), cómo el Derecho se reproduce constantemente mediante la conexión entre operaciones jurídicas y expectativas normativas (comunicaciones jurídicas) y cómo el Derecho resuelve comprensiones contradictorias mediante los procesos jurídicos que, separando entre “antes” y después”, permiten llegar continuamente a una nueva comunicación jurídica (clausura operativa).⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 18.

⁴⁵⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 18.

⁴⁶⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 29.

⁴⁶¹ Resaltando estos tres movimientos básicos, Neves destaca que el concepto de autopoiesis de Luhmann se observa en las distinciones entre sistema/entorno que se traduce en reflexión (Derecho reflexionando sobre lo que no es Derecho), entre elemento/relación que se traduce en autorreferencia (Derecho refiriéndose al Derecho) y entre antes/después que se traduce en reflexividad (Derecho viéndose entre el pasado y el futuro). Neves, «De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho». La pretensión del concepto de autopoiesis permite distinguirlo de las nociones de autoorganización y autonomía que hacen referencia al

La clausura operativa no es una norma o una regla del Derecho, sino el concepto que la teoría de sistemas utiliza para describir dominios de la realidad que se reproducen siempre de la misma manera. Lo mismo ocurre con el resto de los conceptos sistémicos expuestos. Las comunicaciones jurídicas son el término para describir que la unidad básica del Derecho consiste en la conexión entre operación jurídica y norma jurídica. La distinción expectativa normativa/cognitiva describe cómo se espera el Derecho y qué se puede esperar del Derecho ante los comportamientos que infringen normas jurídicas. En fin, todos estos conceptos estudiados son términos creados con referencias en operaciones de la realidad y, por lo tanto, pueden refutarse o verificarse.

Debe distinguirse, entonces, entre el aparato conceptual para describir al Derecho como un sistema y las descripciones que utiliza el mismo Derecho en su operar. Se puede estar o no de acuerdo con la idoneidad científica de los conceptos utilizados por Luhmann para describir la realidad jurídica. Se puede pensar que la clausura operativa, por ejemplo, está normalizando una aberración del pensamiento jurídico (la circularidad) o se puede reafirmar que la unidad básica del Derecho son las normas jurídicas (aunque sería difícil imaginar la existencia del Derecho sin un mecanismo que utilice y ponga en movimiento las normas), pero sería una crítica mal formulada afirmar que las comunicaciones jurídicas o la clausura operativa no existen porque el Derecho no habla de ellas.⁴⁶² Nadie critica las teorías de Kelsen, Hart o Dworkin, por ejemplo, con el argumento de que en el

cambio de estructuras y a la autorregulación del Derecho, respectivamente. La autopoiesis incluye esto, pero va más allá, su nivel de reflexión es del Derecho como unidad. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 29.

⁴⁶² Un artículo en la *Michigan Law Review* criticaba la distinción entre expectativas normativas y expectativas cognitivas señalando que no había evidencia empírica que mostrara que esos términos se utilizaran dentro del Derecho. Luhmann mostró perplejidad por la crítica, ya que “[d]ebería ser obvio que lo decisivo no puede estar en la utilización de las palabras normativo/cognitivo. No obstante, se podría fácilmente verificar (y refutar) la tesis, si se recopilaran casos en los que la forma de un ámbito no jurídico se hiciera relevante, sin estar autorizada para ello por medio del Derecho; o casos en los que la mera violación de la norma dejara sin efecto la norma, dado que el juez estaría obligado a aprender de la violación. En todo caso, una prueba empírica debe tomar en consideración la capacidad de resolución de la teoría, en caso de que quiera verificar o demostrar su falsedad. Por lo tanto, no es suficiente la observación de que en la vida cotidiana no se utilizan distinciones semejantes.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 52.

sistema jurídico no se utilizan las palabras “norma presupuesta”, “reglas primarias y secundarias” o “novela en cadena o Juez Hércules”. Criticarlas con fundamento en ese argumento es confundir la descripción con la operación del Derecho.⁴⁶³

En este punto es necesario introducir el concepto de “descripción”. La descripción es la elaboración de un escrito a partir de la observación.⁴⁶⁴ Recordemos que la observación en el sistema jurídico se da en dos niveles: en la operación (observación de primer orden) y en la forzosidad de decidir sobre las operaciones (observaciones de segundo orden). Esas observaciones, a su vez, pueden ser descritas y tales descripciones generalmente vienen en forma de teorías jurídicas que se dan dentro del mismo sistema jurídico. La distinción entre observación y descripción permite entonces distinguir entre el Derecho operando y la descripción del Derecho –en su operar– por el mismo Derecho.

La *observación de primer orden* es la que hacen los participantes en las operaciones jurídicas, la *observación de segundo orden* es la que se realiza a través de los tribunales y la *descripción* correspondería a la elaboración de textos y similares sobre la operación del Derecho, dentro de los espacios para tomar decisiones jurídicas (procedimientos jurídicos, procesos judiciales, alegatos, demandas, sustentación de sentencias, etc.).

Además de las autodescripciones del Derecho, Luhmann señala que existen descripciones externas del Derecho, como las que realizan otros sistemas sociales. El problema con estas descripciones es que algunos estudios sociológicos, por ejemplo, al buscar una base más científica para la observación del Derecho –como la investigación empírica–, pierden de vista la racionalidad propia bajo la cual el Derecho opera en la realidad.⁴⁶⁵ Algo similar ocurre con el análisis económico del Derecho, que no solo pretende reducir todas las

⁴⁶³ La distinción entre observación y descripción permite evidenciar que, en estricto sentido, la diferencia de la teoría del Derecho de Luhmann con la de los teóricos jurídicos más influyentes no radica en el aparato conceptual. A fin de cuentas, cada teoría está obligada a utilizar conceptos para realizar descripciones de la realidad del Derecho. El verdadero punto que distingue a Luhmann de la tradición jurídica es de carácter epistemológico. El constructivismo operativo lleva a Luhmann a describir al Derecho como un sistema que se construye y se observa a sí mismo, pero no solo eso, sino que también se autodescribe [Ver Capítulo 3, núm. 9].

⁴⁶⁴ Huber, p. 156 y ss.

⁴⁶⁵ Nobles y Schiff, p. 47.

decisiones jurídicas a cálculos de utilidad, sino que también asume que toda la actividad que rodea al Derecho es de naturaleza económica.⁴⁶⁶ Lo que distingue el enfoque de Luhmann con enfoques externos como los mencionados es que Luhmann considera que solo se puede hacer una descripción adecuada del Derecho si se describe respetando su propia forma de autodescribirse, por ejemplo, que los juristas operan con la distinción entre hechos y normas y su propia forma de autoproducirse. Este respeto por la autonomía del Derecho permite a Luhmann, por ejemplo, no incurrir en el sincretismo metodológico “*which obscures the essence of the science of law and obliterates the limits imposed upon it by the nature of its subject matter*”.⁴⁶⁷

La teoría de sistemas permite a Luhmann eludir el sincretismo metodológico y, al mismo tiempo, aprovecharse de los desarrollos de otras disciplinas (no solo de la sociología). Para lograr tener un pie acá (Derecho) y otro allá (sociedad), agrega un nivel adicional de observación, se trataría de una observación externa al Derecho, al entenderlo como subsistema de la sociedad, pero explicado –por decirlo de alguna manera– desde sus propias leyes. Tener un pie acá y otro allá es una consecuencia de su programa científico. Luhmann plantea una teoría jurídica que –como cualquier otra– tiene en cuenta cómo opera el Derecho en todos sus niveles, pero, al tener como plataforma teórica una teoría sistémica de la sociedad, debe responder a un nivel de referencia adicional. En este nivel el Derecho, junto con la economía, la política, la ciencia, etc., aparece como un sistema que cumple una función en la sociedad y que solo puede entenderse completamente como un sistema que interactúa con otros sistemas. De hecho, es la interacción con otros sistemas, mediante mecanismos como los acoplamientos estructurales, los que permiten entender formaciones temáticas especiales del sistema jurídico como el Derecho administrativo.

⁴⁶⁶ Nobles y Schiff, p. 6.

⁴⁶⁷ Kelsen se quejaba de la mixtura en la que se había convertido el Derecho –de su época– en la que había elementos de la psicología, sociología, ética y teoría política. Por eso, con lo primero que comienza su *Teoría pura del Derecho* es con la siguiente aclaración: “*The Pure Theory of Law undertakes to delimit the cognition of law against these disciplines, not because it ignores or denies the connection, but because it wishes to avoid the uncritical mixture of methodologically different disciplines (methodological syncretism)....*” Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 1.

10. Evolución del Derecho

No debería ser un motivo de desprecio adicionar un nivel social de observación en una teoría jurídica. No solo por las ganancias y miradas alternativas que ofrece sobre el fenómeno jurídico, sino porque el Derecho “puro y duro” es fundamentado desde la misma historia jurídico-conceptual que se discute por la tradición jurídica.⁴⁶⁸

Para intentar comprender cómo se llegó al Derecho positivo actual, Luhmann acude a la teoría de la diferenciación social [Ver Capítulo 2, núm. 1.2., b)] y estudia las relaciones entre los tipos de sociedad y los tipos de Derecho. Resalta tres grandes etapas sociales con sus respectivos tipos de Derecho. En las sociedades arcaicas –ante la decepción– el Derecho se hacía valer con la ayuda del mismo implicado o de su clan; en las sociedades más avanzadas de la premodernidad, el Derecho ya contiene un procedimiento institucionalizado para la aplicación del Derecho,⁴⁶⁹ hasta que en las sociedades modernas funcionalmente diferenciadas se llega a un Derecho que se autoproduce.⁴⁷⁰

El toque que agrega Luhmann a los estudios históricos es que analiza la historia conceptual bajo la teoría evolutiva [Ver Capítulo 2, núm. 1.2., c)], que le permite identificar los hitos fundamentales del Derecho, a partir de la visión que le ofrecen tres mecanismos: la *variación*, la *selección* y la *estabilización*.⁴⁷¹ La *variación*, como parte del proceso evolutivo, implica una reproducción inesperada que da lugar a posiciones sorprendidas; la *selección* conduce a elegir, a favor o en contra, entre las posiciones disponibles luego de la variación; y, finalmente, la *estabilización*, verifica la selección

⁴⁶⁸ El amplio conocimiento del Derecho romano por parte de Luhmann se destaca en Hans-Georg Moeller, *The Radical Luhmann*, eBook (New York: Columbia University Press, 2012).

⁴⁶⁹ Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, p. 103 y ss.

⁴⁷⁰ Este desarrollo –de acuerdo con la teoría de sistemas– no se orienta hacia un objetivo concreto y tampoco busca una adaptación a un entorno determinado. El resultado de la evolución del Derecho es, por tanto, una mayor complejidad y no una mejor adaptación a su entorno. Huber, p. 81 y ss.

⁴⁷¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 15.

que se ha llevado a cabo y, si se selecciona lo nuevo, qué tanto el sistema debe adaptarse.⁴⁷²

A continuación –a manera de guía de lectura– se destacarán tres hitos generales formativos del Derecho. Sin embargo, la exposición requiere cuatro aclaraciones previas: i) que se expongan esos tres hitos no significa que ellos fueron los únicos que condujeron al Derecho positivo; ii) tampoco deben entenderse como desarrollos nítidamente separados de la historia –porque en las fracturas los detalles siempre están mezclados–, más bien se requiere cierta distancia para poder encontrar las variaciones relevantes en el paisaje; iii) se aclara que figuras como las de los jueces aparecen en distintos estadios evolutivos, con sus respectivas particularidades, pero eso no impide que se analicen como una formación que acumula rasgos de estadios anteriores; y, finalmente, iv) los jueces o tribunales no aparecen como un hito particular, no porque no sean importantes, sino, precisamente por ello, es decir, porque aparecen sobreentendidos, especialmente, en los dos últimos hitos.

10.1. Variación: expectativas normativas

Luhmann explica que la variación, “decisiva para la evolución del Derecho, tiene que ver con expectativas normativas inesperadas.”⁴⁷³ Estas solo se identifican “mirando hacia atrás”, donde se muestra un comportamiento como la decepción de una expectativa. En este evento es el caso el que confiere notoriedad a la norma, “ya que antes del caso la norma no existe como estructura de comunicación social: *ex facto ius oritur*.”⁴⁷⁴ Una variación de este tipo no requiere de la distinción entre acciones y reglas, es suficiente con que el “comportamiento se reconozca como razón para el rechazo”⁴⁷⁵ y eso se haga

⁴⁷² Bonfilio Zanazzi, «Variación/selección/reestabilización en el sistema social de la ciencia: la socioepistemología evolutiva de Niklas Luhmann», *Epistemología e Historia de la Ciencia*, 13 (2007), 542-49.

⁴⁷³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 184.

⁴⁷⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 184. El aforismo *ex facto ius oritur* significa que “*the law goes into effect after the fact*” Jon R. Stone, *The Routledge Dictionary of Latin Quotations* (New York: Routledge, 2002), p. 29. o que el Derecho surge del hecho. Richard A Branyon, *Latin Phrases & Quotations, Most* (New York: Hippocrene Books, 1997), p. 77.

⁴⁷⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 184.

saber de forma exitosa. En una sociedad arcaica todavía no es posible distinguir la variación y la selección, el establecimiento de la norma (expectativa normativa) y su transformación son prácticamente inseparables. Que la norma se imponga depende de las condiciones particulares del caso, de los involucrados, de su estatus, etc. En estas sociedades, en las que el mecanismo de surgimiento del Derecho es *ex facto ius oritur*, se presenta la tendencia a las “ambivalencias a través de acusaciones y contraacusaciones.”⁴⁷⁶ Se plantean constantemente hechos y causas con el propósito de que el otro no gane.

La tendencia a la ambivalencia en la que continuamente resultan situadas las normas – según Luhmann– pudo haber sido un mecanismo de presión para otro desarrollo evolutivo que busca resolver esta situación. Para poder decidir quién tiene la razón surgen procedimientos de negociación que, por esa vía, permiten llegar a una decisión,⁴⁷⁷ aunque todavía no existe una autoridad con poder político o jurídico vinculante para hacer valer esa decisión.⁴⁷⁸

10.2. Selección: procedimientos

Los procedimientos conducen a la separación de las funciones evolutivas de *variación* y *selección* porque, mientras la variación se identifica con el cambio del Derecho, la

⁴⁷⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 184.

⁴⁷⁷ De esta manera, “se vuelve posible una comunicación que, de pronto, persiga simplemente fines de conciliación (como las negociaciones que llevan a la rescisión de un contrato) y que, en condiciones diferentes, persiga también el fin de constatar quién tiene razón y quién no.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 186.

⁴⁷⁸ Luhmann aclara que la “evolución depende de cómo se resuelve el problema de la concertación social, sin que necesariamente intervenga el consenso. Y es hacia eso precisamente que tiende la evolución de las normas de competencia y los procedimientos que las delimitan.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 187. El consenso no pudo haber dado lugar al Derecho, precisamente, porque ante el conflicto, cada persona tiene sus propias razones y justificaciones, por eso la tendencia a la ambivalencia de las normas. En contraste fueron los procedimientos los que permitieron que “unos cuantos (jueces, legisladores, etc.) en lugar de todos” decidieran la validez de las normas. No es que el consenso sea irrelevante, es solo que no es suficiente porque es cuestionable. En todo caso, procedimientos de este nivel no aparecen hasta la presencia de sociedades estratificadas en donde se van perfilando roles –vrg. juristas– que están ligados a la clase social. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 187.

selección que se facilita en los procedimientos permite determinar qué posición es la que corresponde al Derecho. Sin embargo, la ruptura categórica con las formaciones sociales antiguas solo aparecerá hasta que la selección de las decisiones –permitidas mediante el procedimiento– dejen de basarse exclusivamente en argumentos *ad hoc* ni *ad hominem* y comiencen a sustentarse en la formulación de conceptos y reglas específicamente jurídicas.⁴⁷⁹

Neutralizados los argumentos *ad hoc* y *ad hominem* mediante formas concretamente jurídicas, se llega a la neutralización de la influencia extrajurídica (clases sociales, parentesco, amistad, clientelismo, etc.). El Derecho solo se refiere argumentativamente al material jurídico y esto es lo que conduce a un proceso de diferenciación del Derecho como esfera social. En el momento en el que existe suficiente material jurídico no solo se satisface la necesidad de fundamento –por referencia a ese material–, sino que se dan las condiciones para el surgimiento de una idea de justicia que, como ya se ha mencionado, “exige que los casos iguales se traten como iguales y los desiguales como desiguales.”⁴⁸⁰ Esta base de desarrollo permitió que en Occidente se diera una evolución particular, el Derecho civil romano, que gracias a su operación con base en abstracciones jurídicas se pudo hacer independiente de los hechos concretos.⁴⁸¹ Para Luhmann, un punto decisivo para la evolución del Derecho se encuentra en la variedad de la praxis romana, especialmente, en la expedición instrucciones –por parte de las autoridades competentes– que luego servían como premisas de decisión. Ese conjunto de instrucciones se fue coleccionando a manera de edictos, que se redactaban y refinaban si era necesario. Esta práctica se volvió compleja y creció tanto que ameritó la formación de una especialidad que se dedicó al reconocimiento y clasificación del acontecer, con apoyo de fórmulas.⁴⁸² Finalmente, desarrollos más complejos de esta práctica terminaron en la formación de

⁴⁷⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 187.

⁴⁸⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 188.

⁴⁸¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 189.

⁴⁸² En todo caso, aunque esta práctica condensaba una perspectiva abarcadora, no quiere decir necesariamente que había llegado a formarse un orden autocomprendible. En todo caso, este material sí se aprovechó en la Edad Media, que ya contó con un mecanismo de transformación jurídica fundamental: la dogmática jurídica. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 189.

conceptos jurídicos como el de propiedad y contrato,⁴⁸³ que posteriormente serán clave para el acoplamiento estructural entre el Derecho y la economía.

A pesar de estos desarrollos, la función de *estabilización* no se distingue todavía porque la selección se realiza con base en un Derecho que se considera estable por tratarse de un Derecho antiguo que ante fallas termina siempre respaldado por la idea de naturaleza o divinidad. Sin embargo, la fijación por escrito de los dictámenes jurídicos –que había comenzado en época tardía republicana– hizo evidente que el Derecho antiguo no permitía generar nuevo Derecho, por lo que se intentó conservar entonces mediante un método de sistematización conceptual.⁴⁸⁴ En este momento, aunque había escritura,⁴⁸⁵ no había suficientes libros (no existía la imprenta), por eso, para una fácil recordación, los conocimientos jurídicos adoptaron la forma de proverbios –buena parte de ellos provenientes del *Corpus Iuris Civilis*– y se ponían en operación mediante vías formularias.⁴⁸⁶

El desarrollo que alcanzó la praxis romana fue tan relevante para la evolución del Derecho que vale la pena un párrafo más sobre ella. En síntesis, el método no consistía en la deducción de principios, ni en la generalización a partir de casos, sino en una constante

⁴⁸³ Luhmann resalta la operatividad que aún hoy tienen los conceptos de propiedad y contrato, pero destaca que la facilidad de formación del Derecho legislado genera una sensación de naturalidad que conduce a ignorar la complejidad de la praxis de formación de institutos jurídicos y que promueve un acercamiento a las arcaicas formas de argumentación *ad hoc* y *ad hominem* mediante el caballo de Troya de la “ponderación de intereses”. Por eso Luhmann insiste en que la formación del Derecho no es un proceso planificado, el Derecho no puede controlar los motivos de disputa que terminan en decisiones jurídicas. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 191.

⁴⁸⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 192-93.

⁴⁸⁵ Luhmann señala que la escritura supuso una ruptura de gran magnitud con el Derecho de las sociedades orales, ya que permitió un registro de reglas transparente, independiente del tiempo y de la persona. La escritura operó como memoria social que ayudó a mantener los conocimientos disponibles para acceder a ellos en cualquier momento. Además, permitió establecer los textos que servían de base para las interpretaciones, es decir, liberó la comunicación de la dependencia del tiempo y, en buena medida, de las intenciones del comunicador. Como no todo el mundo dominaba la escritura se facilitó el tránsito de una sociedad segmentaria hacia una sociedad estratificada, e igualmente, se favoreció el uso de la escritura de forma elitista dando lugar a la profesionalización de la disciplina jurídica en dos sentidos: la interpretación de los textos y el dominio de la escritura. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 175 y ss.

⁴⁸⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 194.

prueba del alcance de las deducciones analógicas con el propósito de llegar a decisiones basadas en casos. Lo interesante de este método es que cada nueva decisión no necesariamente está determinada de antemano por conocimientos jurídicos previos, sino que la presión de decidir conduce al reconocimiento de la novedad de uno de los casos dentro del vasto repertorio de los casos existentes. Este método terminó impulsando una evolución en el mecanismo de *selección* del Derecho: la subsunción y la justicia como deber de igualdad. ¿Por qué? Por la formación de dos elementos clave interrelacionados. Por un lado, la praxis del Derecho se orienta por las reglas que surgieron de ella misma y, por otro lado, la praxis consiste en calibrar el caso con reglas y las reglas con el caso. Esto condujo a “preguntarse si el caso, visto desde la mirada de las reglas, se parece a otros casos. Solo si el caso es igual (y solo entonces) se puede “subsumir”. Si es desigual, se deberá desarrollar una nueva regla, partiendo del caso. Esta praxis es la que da motivo para que se conciba la justicia no simplemente como idea de igualdad, sino como la forma normativa de la igualdad.”⁴⁸⁷

Con el surgimiento de la imprenta desaparece el carácter formulario de los conocimientos jurídicos y el Derecho medieval comienza a aparecer como algo intrincado por la integración de glosas, comentarios, privilegios y obligaciones pactadas. Al mismo tiempo, la impresión de textos jurídicos abrió dos posibilidades: la primera, simplificar y sistematizar metódicamente al punto de que la concreción de esta posibilidad se volvió la marca de reconocimiento de la ciencia jurídica continental. La segunda, aprovechada también por el *Common Law*, recuperar la artificialidad de la praxis orientada por los casos y su legitimación mediante la historicidad y la racionalidad. La admiración ideológica de esta praxis romana, en el siglo XVIII, terminó trasladada en ámbitos nacionales y llegados a ese punto, “se puede ahora hablar de dogmática jurídica que toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica.”⁴⁸⁸

10.3. Estabilización: dogmática jurídica

Con la dogmática jurídica se da una acelerada expansión de los institutos jurídicos que, a su vez, abarcan una cantidad innumerable de experiencias. Este desarrollo de los institutos

⁴⁸⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 194.

⁴⁸⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 195.

jurídicos llega a tal complejidad, difícilmente comprimible en forma de definiciones, que se entiende por qué se decía, respecto de la dogmática, que “solo los que se dedican a la praxis ‘entienden’ su relevancia.”⁴⁸⁹

Solo a fines del siglo XIX se comienza a rechazar la jurisprudencia conceptual y las innovaciones en el Derecho progresivamente se empiezan a justificar como ejecución de normas del legislador y en mayor medida del juez. Aunque esto permitió un movimiento más libre del Derecho, existían considerables acumulaciones de semántica jurídica que permitían a la dogmática jurídica tener cierto control para futuras sentencias. De esta manera, el Derecho introducido quedaría como un Derecho disponible que aparecería actualizado como resultado de las decisiones judiciales. Detrás de este juego se encuentra la diferenciación de la función de *estabilización*, gracias a la diferenciación de la dogmática jurídica. Si bien el sistema político comienza a introducir legislación, las innovaciones deben tener en cuenta la estabilidad alcanzada por el Derecho; “por ejemplo, con el concepto de propiedad, el concepto de Derecho subjetivo, la posibilidad de entablar juicio por contratos realizados informalmente y, por último, la idea innovadora –que no tuvo la Edad Media– de un ‘Derecho público’”.⁴⁹⁰ Con la dogmática jurídica la validez del Derecho deja de ser simple y religiosa para convertirse en validez por consistencia, por eso se habla de “método sistemático”.

La dogmática, en un primer estadio, permitió que el Derecho cambiara de forma consistente. Para esto, se consideró el Derecho como un sistema sin vacíos. La idea de la completitud del Derecho permitía que, ante la ausencia de regla clara aplicable, se interpretara la ley suponiendo que el legislador quería proceder de tal o cual manera, y también que, en el caso de no encontrarse ninguna regla, el juez introdujera una adecuada al caso que pudiera generalizarse.⁴⁹¹ Esto –señala Luhmann– se puede entender como

⁴⁸⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 195. La formación llegó a tal punto que, en el siglo XIX, Jhering llegó a exigir que el sistema jurídico debía respetar una “ley de belleza jurídica”. Losano, *Sistema e estrutura no direito, Vol I*, p. XXVIII.

⁴⁹⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 196.

⁴⁹¹ “Con todo, esto no requiere de ninguna reflexión sobre la unidad del sistema, no requiere de ninguna orientación en el sentido omniabarcador del sistema, sino únicamente de un esfuerzo para encontrar la solución consistente a partir de casos ‘similares’.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 196. Por eso Schmidt-Aßmann reconoce que con la dogmática “no se trata tampoco de delimitar rígidamente y de una

adaptación del Derecho a las exigencias de cambio. Aunque, más que la determinación del Derecho por el entorno, lo que ocurre es que “el sistema reconoce sus propios defectos en su pantalla y, para remediarlos, solo puede utilizar medios propios y adecuados.”⁴⁹² Adicionalmente, el Derecho contaba con la legislación para compensar los defectos insalvables. Estos mecanismos concedieron al Derecho la posibilidad de innovación (buscando soluciones desde dentro) y, al mismo tiempo, la conservación de la estabilidad (buscando soluciones consistentes).

10.4. Presiones evolutivas para la positivización del Derecho

Posteriormente, la expedición masiva de las legislaciones de los siglos XIX y XX, junto con la democratización de la política y el sometimiento de esta al modelo constitucional, se desembocó en un cambio evolutivo del Derecho. El mecanismo de evolución ahora se describe mejor con la palabra “circular” que con la palabra secuencial, debido a que el Derecho ya no espera que las personas entren en conflicto para encontrar soluciones de acuerdo con la ley (mecanismo de variación inicial), sino que es el mismo Derecho por medio de la intervención legislativa el que produce los motivos de conflicto. La enorme cantidad de directrices provenientes del sistema político genera un impacto de gran magnitud en el sistema jurídico al tener que “integrarlas, comprenderlas y procesarlas.”⁴⁹³

Aunque la variación sigue siendo producida desde el Derecho, ya no son los conflictos los que generan el “ruido” que el Derecho procesa como Derecho, sino que el ruido ahora viene de la política, que persigue sus propios objetivos. Este mecanismo de variación del

vez por todas el ámbito o esfera de vigencia y aplicación del Derecho administrativo, sino más bien de elaborar una dogmática cuya consistencia y solidez derive de una constante revisión de las categorías y de los valores en presencia y que por ello sea capaz de poner de relieve los nuevos valores emergentes, su interacción, las contradicciones y sus crisis.” Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 5. Por eso mismo se aclaró en el Capítulo 1 que esta última obra no ofrecía a esta tesis un concepto de sistema capaz ofrecer criterios para poder determinar qué hace parte (y qué no hace parte) del Derecho administrativo. El “método sistemático” en todo caso sigue siendo relevante como un componente del sistema jurídico que se encarga de proveer –como señala Schmidt-Aßmann– una plataforma para evaluar contradicciones y valores emergentes.

⁴⁹² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 197.

⁴⁹³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 198.

Derecho “lo que hace es echar leña al fuego”.⁴⁹⁴ A diferencia de las grandes codificaciones de los siglos XVIII y XIX, las leyes actuales no pueden comprometerse con la consistencia, razón por la cual los métodos de interpretación de los jueces terminan ampliados porque ya es prácticamente imposible encontrar consistencia a partir de los textos. Se termina flexibilizando la dogmática y se promueve la ambigüedad mediante conceptos jurídicos indeterminados y los métodos de ponderación.⁴⁹⁵

Los efectos que genera esta situación se traducen en que el Derecho actual difícilmente puede comprometerse con la consistencia, y la respuesta evolutiva del sistema jurídico parece manifestarse en la facilidad de cambiar. La producción de legislación se vuelve masiva, constante y normalizada, y la consistencia que ya no se puede alcanzar se compensa con la “inconsistencia temporal” del Derecho. Estas condiciones –destaca Luhmann– llevan a Karl-Heinz Ladeur a sostener que la unidad del sistema jurídico no se puede garantizar y, por tanto, propone una visión pluralista del Derecho. Frente a esta opinión –responde Luhmann– “se opone el hecho” de que el sistema jurídico actual, al igual que antes, se produce desde sí mismo: solo el Derecho produce Derecho y en esa autopoiesis “no se llega a confundir con ningún otro orden.”⁴⁹⁶

El estado evolutivo actual del Derecho impide entenderlo como un sistema lógico completamente cerrado porque ningún sistema escapa a las contradicciones, por eso, no ha sido posible encontrar la unidad del Derecho mediante una referencia externa. “La ‘razón’ del sistema no se encuentra en la bondad asegurada de los principios, sino en la pregunta que se plantea en cada situación: si el Derecho vigente se ha de cambiar frente a lo que se ha vuelto un problema. Por consiguiente, la validez del Derecho no radica en

⁴⁹⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 199.

⁴⁹⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 199.

⁴⁹⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 199. Para Luhmann el Derecho actual adquirió variedad –reflejada en la cantidad y heterogeneidad de operaciones– pero perdió redundancia –reflejada en la falta de economía de la información, la falta de investigación y la propensión a los errores–, lo que lleva a una baja transparencia y seguridad para los sistemas del entorno con los que se relaciona. Por eso, “se pregunta de manera desesperada, siempre de nuevo, por la legitimidad del Derecho: con sobrecarga de valores, con enojos, con inexactitudes.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 200.

la unidad sino en la diferencia. La validez no se puede ver, no se puede encontrar: se da simplemente en la reproducción permanente.”⁴⁹⁷

Este capítulo cierra con la presentación evolutiva que sustenta histórica y empíricamente la comprensión del Derecho como un sistema autopoietico. Sin embargo, justo antes de comenzar este acápite, se aclaró que el Derecho –desde una perspectiva sistémica– solo se comprende completamente en su interacción con otros sistemas. En el siguiente capítulo se desarrollará ese análisis precisamente para explicar el surgimiento del Derecho administrativo.

⁴⁹⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 200.

Capítulo 4. La explicación de la autonomía del Derecho administrativo, a través de la comunicación jurídico-administrativa

Este capítulo busca explicar cómo el Derecho administrativo determina sus límites. Dicho en términos sistémicos, busca describir cómo se clausura operativamente. Comprender esto permite entender cómo el Derecho administrativo se distingue de su entorno y, de esa manera, cómo se fija su ámbito de aplicación.

El punto de partida para explicar el Derecho administrativo desde de la teoría de sistemas (1) es el sentido temático que especializa a las comunicaciones jurídicas (Derecho) en comunicaciones jurídico-administrativas (Derecho administrativo). La comunicación jurídico-administrativa emerge del vínculo entre el *uso del poder* y una norma jurídica que autoriza y condiciona el uso. Este vínculo particular es el que especializa temáticamente al Derecho administrativo y lo distingue de otros tipos de Derecho (2). La comprensión que se le da al poder en esta tesis tiene algunas variaciones respecto de la comprensión dominante del poder en la doctrina administrativista (3), por lo que se requiere una explicación del poder desde la teoría de sistemas (4). Esta comprensión no solo varía algunas de las premisas de la teoría clásica del poder (poder como posesión de alguien y orientación hacia la violencia y el conflicto), sino que hace énfasis en las condiciones de posibilidad del poder legítimo en la sociedad actual: el poder no es el poder de alguien, sino el poder en el sistema político (5). Esta comprensión lleva a identificar dos subsistemas dentro del sistema político: la política en estricto sentido y la concreción caso a caso de esa política a través de las clásicas administraciones públicas o a través de otras formas organizativas [Ver Capítulo 5, núm. 7.4. y 7.5.]. Al ubicarse la administración dentro del sistema político, surge la necesidad de explicar esta posición debido a que en la doctrina del Derecho administrativo la administración y el Derecho parecieran pertenecer a una misma unidad (*positive Bindung*). Esta comprensión se debe a la fusión inicial entre política y Derecho impulsada por la necesidad de unificación del Estado territorial (6).

La fusión entre la política y el Derecho termina ocultando que ambos sistemas operan con diferentes racionalidades; estas solo se explican si se entienden como sistemas separados (7) pero no incomunicados. Para entender el fuerte vínculo entre política y Derecho como sistemas separados hay dos acoples estructurales básicos: el Estado de Derecho y la Constitución (8) y para entender el vínculo entre el poder político en acción y el Derecho administrativo también existen importantes acoplamientos estructurales, agrupados por la doctrina del Derecho administrativo bajo el título de “formas de actuación administrativa” (9).

Una vez explicado el poder desde la teoría de sistemas y analizadas las consecuencias de esta comprensión se finaliza el capítulo regresando a la idea de uso del poder como operación jurídica elemental del sistema de Derecho administrativo para ofrecer una relectura de la noción de poder dentro del Derecho administrativo (10).

1. El punto de partida para explicar el Derecho administrativo desde la teoría de sistemas

Para Luhmann, entender el Derecho como un sistema social compuesto por comunicaciones jurídicas exige explicar sus formaciones internas acudiendo a los diversos tipos de diferenciación social, ya que sería insuficiente una explicación abarcadora “haciendo alusión a los diferentes campos jurídicos”.⁴⁹⁸ En palabras sencillas esto quiere decir que no es posible explicar *el Derecho* como institución social a partir de las especialidades jurídicas. Esta no es una actitud metodológica extraña. También las teorías jurídicas tradicionales, para conceptualizar y explicar el Derecho permanecen en un nivel abstracto, es decir, no van hasta la explicación de las diferentes ramas del Derecho. Por eso, Luhmann opta por el camino de la teoría de la diferenciación que permite conocer qué tipo de estructura social tiene el Derecho. Luego de un análisis histórico evolutivo de la relación entre legislación y jurisdicción, concluye que el sistema jurídico moderno es un sistema funcional que, desde el punto de vista interno, adopta la forma de diferenciación centro/periferia [Ver Capítulo 3, núm. 8.2]. Los tribunales son

⁴⁹⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 360-61.

subsistemas del Derecho y estarían en el centro del sistema jurídico, mientras que la legislación, junto con el resto de institucionalidad jurídica, se ubicarían en la periferia.⁴⁹⁹

Que Luhmann considere que el sistema jurídico está diferenciado bajo la forma centro/periferia, en todo caso, no significa que desconozca la existencia de los diversos campos especiales del Derecho. A lo largo de su obra hace referencias a ámbitos específicos como “Derecho constitucional”, “Derecho público”, “Derecho privado”, “Derecho administrativo”, “Derecho civil”, “Derecho penal” y “Derecho laboral”. No solo eso, para explicar la operatividad del Derecho, Luhmann se basa en ejemplos concretos que provienen de diversos campos del Derecho.⁵⁰⁰ Sin embargo, la referencia a los diversos campos del Derecho, aunque solo tenga el propósito de ejemplificar, abre la puerta al planteamiento de preguntas que la misma teoría de Luhmann puede ayudar a responder.

Desde el punto de vista de su unidad, el Derecho está conformado por comunicaciones jurídicas y estas, a su vez, por operaciones jurídicas que se conectan a normas jurídicas. Desde el punto de vista de su función, el Derecho garantiza expectativas normativas y, para ello, cuenta con mecanismos como los tribunales. Hasta acá todo está bien. Sin embargo, el compromiso con la realidad que la misma teoría de sistemas exige obliga necesariamente a preguntarse: ¿qué tipo de comunicaciones jurídicas desarrolla el Derecho? y ¿qué tipo de expectativas normativas protege el Derecho? No se trata de preguntar por preguntar, debido a que las comunicaciones jurídicas que se presentan en la práctica jurídica y las expectativas normativas que se protegen no son idénticas, para la muestra basta con ver los ejemplos que utiliza Luhmann o basta con verificar que son tribunales con distintas especialidades los encargados de tratar distintos tipos de comunicaciones y garantizar distintos tipos de expectativas.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 361.

⁵⁰⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 122.

⁵⁰¹ Incluso fuera del ámbito específico del Derecho, la influencia de participar en un campo jurídico especializado se refleja en las conversaciones típicas que se mantienen en cada campo, en sus chistes o en las formas de vestir.

La teoría de Luhmann exige ser complementada porque el Derecho abstracto, por sí solo, no se manifiesta en la realidad. Es fundamental entender la estructura del Derecho en términos operativos, pero esta comprensión se vuelve más nítida cuando se conecta con ejemplos concretos de la vida real que, por su semejanza, permiten agrupaciones temáticas. Por lo general, las operaciones y las normas jurídicas siempre están referidas a un campo temático o pueden ubicarse en uno; los tribunales, por ejemplo, siempre son tribunales constitucionales, administrativos, civiles, penales, laborales, etc., no existen los “tribunales abstractos”.⁵⁰²

Esta tesis pretende seguir la teoría sistémica del Derecho para explicar la identidad del Derecho administrativo y, a la vez, convertirse en un ensayo de respuesta a las preguntas que surgen de la explicación abstracta del sistema jurídico ofrecida por Luhmann. Partiendo de la comprensión del Derecho como un sistema social diferenciado en la forma centro/periferia se intentará derivar de la teoría del Derecho de Luhmann las condiciones para responder a las preguntas sobre el tipo de comunicaciones jurídicas que constituyen el Derecho administrativo y sobre el tipo de expectativas normativas que estabiliza.⁵⁰³

De acuerdo con Teubner, del circuito de comunicación general de la sociedad se han diferenciado circuitos de comunicación especializados, algunos de los cuales se han vuelto tan independientes que pueden considerarse sistemas sociales autopoieticos de segundo grado. Todos los componentes de su sistema son autoproducidos: comunicaciones especiales como elementos, expectativas autogeneradas como estructuras, procesos independientes, *límites definidos temáticamente*, entornos de sistema autoconstruidos e identidad autodefinida.⁵⁰⁴ Si se utiliza esta idea de Teubner, especialmente, el elemento de “límites definidos temáticamente” de forma reflexiva (aplicada a sí misma), no es descabellado, desde la teoría de sistemas, entender el Derecho administrativo como un sistema especial del sistema jurídico que se clausura por la operación temáticamente especializada.

⁵⁰² Ni siquiera en Inglaterra existe un control judicial que no se haya ido especializando en atención al tipo de temáticas que debe atender. Al respecto Cane destaca: “In recent years, it has become popular to talk about the ‘administrative justice system’ in much the same way that we talk about the ‘criminal justice system’ or, less often perhaps, the ‘civil justice system’.” Cane, p. 18.

⁵⁰³ Con el Derecho constitucional esto ya lo consiguió Neves. Neves, *La constitucionalización simbólica*.

⁵⁰⁴ Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt: Suhrkamp, 1989), p. 87.

Dicho en términos sencillos, en esta tesis se explicará el Derecho administrativo como la especialización que adquiere el sistema jurídico⁵⁰⁵ a partir de la identificación de operaciones jurídicas reales y expectativas normativas reales que son internas al Derecho administrativo y no a otras ramas del Derecho. Puesto en términos de la teoría de sistemas, acá se pretende explicar el Derecho administrativo a partir de la identificación de un horizonte de sentido temático especial en la operación del sistema jurídico.

Esta propuesta tiene el problema –o la ventaja– de abrir la puerta para derivar conclusiones no planteadas expresamente en la teoría socio-jurídica de Luhmann. Sin embargo, acá se intentará mostrar que, aunque no esté expresado de manera directa, de las relaciones entre política, economía y Derecho plasmadas en la obra luhmanniana es posible identificar las condiciones de surgimiento del tipo de operación que distingue al Derecho administrativo de otros sistemas, entre estos, del Derecho constitucional y del Derecho privado. Y no en un sentido taxonómico sino operativo-temático. Dicho de otra forma: se intentará mostrar que el Derecho administrativo, al igual que el Derecho, es un sistema autopoiético que se clausura a partir de una comunicación jurídica especial y que se refleja en la función particular que cumple para la sociedad. El esfuerzo en este capítulo estará dedicado a mostrar cuál es esa comunicación jurídica especial que, gracias a un esquema formalizador (si/no), permite distinguir al Derecho administrativo.

2. La comunicación jurídico-administrativa: el uso del poder político conforme a Derecho

En el capítulo anterior se identificó la unidad elemental del sistema jurídico: la comunicación jurídica. Se explicó que una comunicación jurídica es la relación entre una

⁵⁰⁵ Habrá que dejar abierta la cuestión de si el Derecho administrativo es un subsistema funcional del Derecho, no solo porque no está claro cómo compatibilizarlo con la diferenciación centro/periferia que tiene el sistema jurídico, sino porque tampoco es claro que el Derecho administrativo cumpla una función al servicio del Derecho y no directamente a la sociedad. El Derecho administrativo ya es Derecho. En todo caso, si hay desarrollos de la teoría de Luhmann que entienden los campos temáticos como subsistemas del Derecho. El Derecho administrativo es considerado un subsistema del Derecho en Luis Heleno Terrinha, «The Intersystemic Rationality of Administrative Law: Reflexiveness, Structural Couplings and Environmental Observation», en *Law as Passion* (eBook: Springer, 2021), p. 222.

operación jurídica y una norma jurídica, esto es, el vínculo entre un comportamiento real que alega una modificación del Derecho con base en una expectativa normativa. Mediante este ocurrir permanente entre operaciones jurídicas y normas jurídicas el Derecho se clausura operativamente a su entorno como un sistema de comunicaciones jurídicas, es decir, como un tipo particular de comunicaciones sociales especializadas [Ver Capítulo 3, núm. 3]. También se explicó que esta clausura solo es posible con base en la apertura cognitiva del sistema jurídico y que esta ocurre cuando se debe verificar si el supuesto de hecho de una norma efectivamente concurre en la pretensión jurídica de alguien.

Llegados a este punto, ya es posible comenzar a conectar el aparato conceptual de la teoría de sistemas con la hipótesis de investigación: partiendo de las dimensiones del sentido [Ver Capítulo 2, núm. 1.2., a)] se sostiene que el Derecho administrativo consiste en un sistema específica y evolutivamente tematizado del Derecho. Tratando de ponerlo más simple: el Derecho administrativo es un ámbito de relaciones reales, con una semántica especial que activa un circuito concreto del sistema jurídico. Esa semántica adquiere su especialidad por constituir el marco para la fluidez del uso del poder conforme a Derecho. Todas las comunicaciones jurídico-administrativas tienen en cuenta este marco en su operación real. Por eso se ha sostenido que el Derecho administrativo se construye como un espacio de sentido temático especializado dentro del Derecho, pero no en un sentido taxonómico, es decir, no es el Derecho administrativo como tema especializado al estilo de los programas universitarios. Por sentido temático, se hace alusión a la relación entre cierto tipo de comunicaciones sociales que se dan en la práctica jurídico-administrativa y un tema concreto de la realidad: las condiciones para el uso del poder político. Este es un sentido al que se ha llegado como resultado de un proceso evolutivo [Ver núm. 8 y 9].

2.1. La autopoiesis del Derecho administrativo y el establecimiento de sus límites

La afirmación que acá se hace con seguridad, partiendo de la teoría de sistemas, es que el Derecho administrativo se crea a sí mismo a partir de comunicaciones jurídico-administrativas. Esto quiere decir que siempre que Alter actúe pensando que opera dentro del Derecho administrativo y lo haga con referencia a una norma jurídica que sustente esa selección, utilice el medio jurídico adecuado para dar a conocer su selección de información y esa propuesta de comunicación sea entendida por Ego, el resultado es que habrá comunicación jurídico-administrativa y así se habrá autoproducido el Derecho

administrativo. Ni es lo que piensa Alter, ni es lo que piensa Ego, sino la comunicación entre estos, facilitada por un sistema social funcionalmente especializado.⁵⁰⁶

La pregunta inmediata que surge es: ¿cómo es posible que la emergencia de toda una rama del Derecho quede en manos de lo que alguien piensa, da a conocer y otro comprende? La respuesta es: gracias a los medios de comunicación simbólicamente generalizados, como lo es el Derecho. Todos nacemos en un mundo que ya está dado. Desde la modernidad, en la sociedad en la que nacemos se han ido formando sistemas funcionales que han conformado toda una semántica propia y a lo largo de su evolución han ido desarrollando unos criterios para clasificar qué queda dentro o afuera de su ámbito existencial. Estos criterios son los códigos y los programas. Los códigos permiten que los sistemas reduzcan la complejidad del mundo y puedan actuar o decidir *esto-o-lo-otro*, es decir, ayudan a que no se paralicen y, al lado de los códigos están los programas que son los que permiten adjudicar uno de los dos lados del código. Los códigos permiten reducir la complejidad y los programas permiten introducirla porque contienen las referencias del mundo que en un momento determinado se tienen en cuenta en el sistema. [Ver Capítulo 2, núm. 9 y Capítulo 3, núm. 6].

La explicación anterior encuentra un sustento completo en la realidad. Piénsese en un ciudadano, en una empresa, en un servidor público, en un legislador o en un juez como el Alter que, dentro de su dominio existencial, *selecciona una información*. Pensemos en el ciudadano que considera que una decisión de una empresa privada es ilegal porque se impuso de manera unilateral, lo cual está prohibido por la norma jurídica *x*; luego escoge un medio para *dar-a-conocer la información*, por ejemplo, un escrito dirigido a la empresa; y posteriormente, Ego (la empresa) puede *entender o no* la comunicación de Alter. Recordemos que entender -bajo la teoría de la comunicación de Luhmann- no es ponerse de acuerdo en algo. Entender significa comprender que se trata de una comunicación. [Ver Capítulo 2, núm. 8.1.3.] Independientemente del contenido de la comunicación, la empresa comprende cuando reconoce que el ciudadano está haciendo un reclamo y este se lo ha hecho saber. La empresa puede considerar que su actuación sí fue ilegal y, a pesar de eso, no aceptar el reclamo del ciudadano. ¿Qué pasó acá en

⁵⁰⁶ Este párrafo resultará incomprensible si no se han leído, al menos, los numerales 8 del Capítulo 2 y 3 del Capítulo 3.

términos de la teoría acogida? El ciudadano vive en un mundo en el que no es difícil entender que las empresas privadas, por regla general, no se imponen unilateralmente sobre los ciudadanos sin existir, al menos, una norma jurídica que lo permita. Así actúa este ciudadano en el mundo, orientado por un sentido y un código que tiene la forma lícito/ilícito y asistido por un programa -que puede ser una norma jurídica- que le indica que tal o cual comportamiento es ilícito. En este nivel de operación social ya hay operación jurídica y operación jurídica especializada porque hace referencia a una dimensión del sentido temática que se ubica dentro de lo que socialmente se conoce como Derecho administrativo. Si el ciudadano obtiene una respuesta favorable de la empresa y la empresa revoca su decisión se comprueba que en ese nivel de operación se aplicó el Derecho administrativo y se aplicó, no porque alguien en concreto lo decidiera, sino porque el mismo Derecho administrativo tiene las estructuras para su autorreproducción con base en la interacción de otros sistemas (mentales o sociales) [Ver Capítulo 2, núm. 10].

Ahora, si el ciudadano no obtiene respuesta favorable, hay dudas de si se aplica o no el Derecho administrativo en el primer nivel operativo, porque Alter piensa que sí se aplica y Ego piensa que no. Aunque no hubo acuerdo entre ellos, sí hay comunicación, y si Alter insiste, se presentará la llamada comunicación de seguimiento [Ver Capítulo 2, núm. 8.2] y habrá lugar a nuevo nivel de operación del sistema jurídico. La situación contradictoria se resolverá normalmente en el segundo nivel de operación del sistema jurídico, igualmente, con base en los códigos y programas del Derecho administrativo, mediante la decisión de los Tribunales administrativos [Ver Capítulo 3, núm. 6]. Por eso se dice que el Derecho, en este caso, el Derecho administrativo, es un sistema en constante autopoiesis. Cada comunicación opera como un enlace para una nueva comunicación.

Lo expuesto en estos párrafos se volverá a desarrollar en el numeral 2.5. con otro ingrediente: el poder y, posteriormente, también se tratará en el numeral 9 del siguiente capítulo con el resto de los ingredientes que a continuación se irán incluyendo. Por ahora interesaba destacar lo que se ha sostenido anteriormente: el Derecho administrativo no es lo que diga la doctrina, ni simplemente lo que digan las normas jurídicas. Lo que diga la doctrina del Derecho administrativo es una descripción o una explicación de este, pero el Derecho administrativo es una realidad distinta a sus descripciones o explicaciones. El Derecho administrativo tampoco se reduce a normas jurídicas porque si no hay quien las

opere, esta especialidad simplemente no existe. Por eso se ha planteado la complicada explicación de definirlo como un sistema social autopoiético que tiene como unidades básicas a las comunicaciones jurídicas. Es a través de las comunicaciones jurídicas que converge todo un mundo de posibilidades, mentes, empresas, instituciones, normas jurídicas, interpretaciones, etc., y terminan reconducidas a un ámbito existencial, dependiente de todo lo anterior, pero, a la vez, distinto.

2.2. ¿Eso es todo?, ¿no hay nada más?

Al llegar a este punto, es posible tener una sensación de decepción o de incredulidad. ¿Después de tantos esfuerzos doctrinales por encontrar el objeto del Derecho administrativo resulta que no hay nada más que una comunicación jurídica que, para colmo, es contingente?

¿Acaso no es real el Derecho administrativo positivo que afirma que su ámbito de aplicación es el que cubre a las Administraciones públicas o el que rige el ejercicio de función administrativa? ¿Dónde está la norma jurídica que diga que el Derecho administrativo se reduce a una comunicación jurídico-administrativa?

Responder estas preguntas permite confirmar lo sostenido en el Capítulo 1: el Derecho administrativo no es lo que diga la doctrina, es lo que el mismo Derecho establece. Por eso, explicar el establecimiento de los límites del Derecho administrativo como algo que produce el mismo Derecho administrativo no es más que una explicación desde la ciencia jurídica. Por eso, no hay una norma jurídica que diga que la comunicación jurídico-administrativa es la unidad básica del Derecho administrativo, porque esto se dice desde la ciencia, no desde el Derecho positivo. Se trata de la típica relación entre *explanan* y *explanandum*. No obstante, esto no significa que la ciencia jurídica pueda decir lo que quiera en sus explicaciones. Debe haber una conexión entre el *explanan* y el *explanandum*. ¿Cuál es esa conexión de acuerdo con lo sostenido en esta tesis?

La conexión entre la explicación teórica que acá se ofrece del ámbito de aplicación del Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo la constituyen palabras clave como “Administración pública”, “función administrativa”, “potestad administrativa” o “ejercicio de autoridad”, entre otras. La comunicación jurídico-

administrativa, entendida como un espacio en el que se desenvuelve el uso del poder político conforme a una norma jurídica, es una abstracción que abarca todas las palabras clave anteriormente mencionadas.

Es cierto que el Derecho administrativo positivo establece que su ámbito de aplicación abarca a las Administraciones públicas y que también abarca el ejercicio de función administrativa, es cierto, pero todo ello, al mismo tiempo [Ver Capítulo 1, núm. 2], por esa razón, explicar el Derecho administrativo como el Derecho de una u otra no es una explicación completa. Por explicar, se entiende acá, formular una proposición que, con base en la observación de la realidad y sin contradicciones, señale cómo algo se produce. Cualquiera puede decir que el Derecho administrativo de determinado país establece que se aplica a las Administraciones públicas y que también se aplica al ejercicio de potestades administrativas. La tarea de la doctrina es explicar por qué ocurre eso, no simplemente describirlo.

Buena parte de la doctrina explica el ámbito de aplicación del Derecho administrativo mediante el esquema regla/excepción ubicando cada uno de los conceptos Administración pública o función administrativa en uno u otro lado del esquema. La crítica que plantea esta tesis es que, en la actualidad, el esquema regla excepción no parece tan claro y por eso se ha ofrecido una explicación alternativa. Explicación que no desconoce que las normas jurídicas establecen que el Derecho administrativo se aplica a las Administraciones públicas y al ejercicio de función administrativa, sino, todo lo contrario, reconoce que se aplica en ambos casos y el esfuerzo teórico consiste en explicar por qué se aplica en ambos casos y que ello no resulte teóricamente contradictorio ya que, aunque se han presentado algunas tesis denominadas mixtas, estas, en el fondo no explican sino que reconocen que una sola de las dos tesis (órgano o función) no es suficiente [Ver Capítulo 1, núm. 2].

El camino explicativo que acá se propone consiste en integrar las palabras clave que utiliza el Derecho administrativo positivo para delimitar su ámbito de aplicación, especialmente, las palabras Administración pública, potestad administrativa y función administrativa, con el concepto de comunicación jurídico-administrativa como el espacio en el que se desenvuelve el uso del poder político conforme a una norma jurídica.

En síntesis, se ha intentado presentar un escalón que pueda englobar sin contradicción a las “palabras” Administración pública y función administrativa. Se resalta “palabras” porque lo que acá se engloba son las expresiones tal y cómo aparecen en el Derecho positivo y no el significado que les ha dado a estas la doctrina administrativista. Dicho de otro modo, acá se pretende vincular las expresiones clave que utiliza el Derecho administrativo positivo al concepto “uso del poder político conforme a una norma jurídica”. Este vínculo exige una especie de redefinición de las comprensiones doctrinales de la administración pública que será intentada en el siguiente capítulo. En lo que sigue, será necesario profundizar en el concepto de comunicación jurídico-administrativa.

2.3. El concepto de uso del poder político conforme a una norma jurídica: un intento de abarcar las nociones de Administración pública y función o potestad administrativa sin contradicción

Que acá se critiquen las posiciones doctrinales que definen el Derecho administrativo con base en los conceptos de Administración pública o de función administrativa, no quiere decir que se niegue la importancia de tales expresiones. De hecho, las críticas no están enfocadas en la capacidad descriptiva de los conceptos Administración pública o función administrativa. Acá se comparte, hasta cierto punto, que el Derecho administrativo se aplica a estructuras organizaciones y también al ejercicio de funciones administrativas. La diferencia de esta tesis respecto de las posiciones doctrinales radica en la capacidad de delimitación del Derecho administrativo que tienen los conceptos de Administración pública y de función administrativa.

Está claro que el Derecho administrativo positivo señala que su ámbito de aplicación abarca a las Administraciones públicas y abarca el ejercicio de potestades o de funciones administrativas, pero que este sea el caso no se puede explicar, al menos no de forma completamente satisfactoria, señalando que unas veces, o la mayoría de las veces, se aplica a la Administración pública y que otras veces se aplica al ejercicio de función o potestad administrativa o viceversa. Tampoco se puede salir del paso, al menos si se pretende explicar teóricamente, intentando una fusión o mixtura afirmando que se aplica a la Administración pública y a la función administrativa porque muchas veces el Derecho administrativo se aplica a órganos que no son Administración pública y muchas veces se aplica a actividades que no está claro si son o no función o potestad administrativa.

¿Cómo explicar entonces que el Derecho administrativo positivo se aplica tanto a Administraciones públicas como a funciones o potestades administrativas, al mismo tiempo y también de forma separada? y, ¿cómo explicar todo esto sin tener que negar el esquema de separación de poderes contemplado en el Derecho positivo? La respuesta es: porque debajo de las Administraciones públicas y debajo del ejercicio de funciones o potestades administrativas hay un elemento común subyacente: el uso del poder político conforme a una norma jurídica.⁵⁰⁷

Cuando el Derecho administrativo se aplica a una Administración pública se aplica, no porque ella sea una persona dotada de personalidad jurídica o porque se esté ejerciendo una función administrativa en sus diversas acepciones doctrinales conocidas [Ver Capítulo 5, núm. 1]. Cuando se aplica el Derecho administrativo a una organización de carácter privado tampoco es que se aplique porque ella sea una Administración pública y tampoco es claro que se aplique porque ejerce una función administrativa, a menos que se entienda que todo lo que haga un sujeto privado que se rija por el Derecho administrativo es una función administrativa. Además, está la conocida pregunta: si el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública ¿por qué la administración pública también se rige por el Derecho privado?

La explicación que acá se ofrece es: el Derecho administrativo se aplica a todos los casos mencionados porque, detrás de todas esas nociones, está implicado el uso del poder político con base en una norma jurídica. Sea el sujeto jurídico que sea, público o privado, si usa el poder con base en una norma jurídica, es destinatario del Derecho administrativo.

2.4. El uso de poder político conforme a una norma jurídica en el marco de la teoría de sistemas

Se podría afirmar que no es necesario acudir a la teoría de sistemas para formular que el uso de poder político conforme a una norma jurídica explica el ámbito de aplicación del Derecho administrativo. No obstante, recorrer ese enfoque y entender cómo explica el

⁵⁰⁷ En el siguiente capítulo se explicará cómo esta posición se articula con la separación de poderes y con la distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado.

sistema jurídico fue lo que permitió llegar a la concepción que acá se ofrece, concepción que no hace otra cosa que recrear el concepto de comunicación jurídica: operación jurídica (uso de poder político) conforme a una norma jurídica (Derecho administrativo).

La expresión “uso” del poder político, de entrada, puede generar la idea de que el Derecho administrativo tiene lugar únicamente en una etapa del proceso de producción jurídica.⁵⁰⁸ Esto es parcialmente cierto. Ciertamente porque acá se entiende el Derecho administrativo como un hito evolutivo de la sociedad, esto es, como un mecanismo para habilitar que se puedan tomar decisiones colectivamente vinculantes para toda la sociedad (poder político), pero respetando ciertas condiciones (Derecho). De acuerdo con esto, por un lado, la toma de decisiones vinculantes, fenomenológicamente hablando, implica el “uso” de algo que se tiene permitido: el poder político; pero, por otro lado, determinar si ese uso fue conforme (o no) con el Derecho implica fenomenológicamente un “control” de ese uso. De acuerdo con esto, el Derecho administrativo generalmente tiene presencia bajo los procesos de uso y de control del Derecho, por esa razón, los sistemas sociales, incluyendo el sistema jurídico, opera en dos niveles [Ver Capítulo 2, núm. 2 y Capítulo 3, núm. 8.2].

La anterior explicación requiere dos advertencias. En primer lugar, puede haber una ilusión de que este esquema coincide con las explicaciones de los doctrinantes clásicos del Derecho administrativo que se basaban esquemáticamente en la separación de poderes. Estos doctrinantes, partiendo del principio de separación de poderes, intentaron explicar el Derecho administrativo como aquel que regía el comportamiento de uno de los tres poderes, esto es, del poder que ejecutaba las leyes. Sin embargo, pronto surgieron las preguntas: ¿Acaso las leyes que se refieren al Derecho administrativo no son Derecho administrativo? ¿Acaso las sentencias que se refieren al Derecho administrativo no son Derecho administrativo?⁵⁰⁹ Esta idea de vincular el Derecho administrativo con una etapa concreta del proceso de producción jurídica, aunque parece haberse superado, indirectamente sigue presente en la doctrina, especialmente en las tesis que explican el

⁵⁰⁸ Por proceso de producción jurídica se entiende aquel esquema que distingue entre la creación, el uso y el control del Derecho.

⁵⁰⁹ Para una exposición detallada de este debate, con sus respectivas críticas, cfr. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado...* p. 260 y ss.

Derecho administrativo como el Derecho de uno de los tres poderes, entiéndase este poder como un órgano o como una función. Los cuestionamientos a esta posición han generado una reacción extrema: desconocer que la separación de poderes existe o reinterpretarla de una manera en la que no hay separación sino una especie de fusión de poderes. El problema de esto ya se ha resaltado previamente [Ver Capítulo 1, núm. 4].

Que se afirme que el Derecho administrativo se presenta, generalmente, en los procesos de uso y control del Derecho, no quiere decir que el Derecho administrativo sea el Derecho de uno de los tres poderes (sea un órgano o una función). Debido a que el Derecho moderno es reflexivo (se aplica a sí mismo) y, además de ser un sistema social, es un medio de comunicación simbólicamente generalizado, el Derecho administrativo se aplica a todos los poderes estatales en razón a que todos los poderes estatales, a pesar de que tienen una función específica, para cumplir esa función, se valen también de los procesos de uso del Derecho. Esto se explicará con más detalle en el Capítulo 5.

La segunda advertencia que se hace es que, en los procesos de creación del Derecho de nivel legal, puede hacer presencia el Derecho administrativo, pero, en este caso, hace presencia en un sentido temático y no como un sistema jurídico especializado autónomo [Ver Capítulo 3, núm. 8.3].

2.5. El uso del poder político de acuerdo con los códigos, programas y niveles de operación del Derecho administrativo

En línea con lo anterior, Luhmann sostiene que el Derecho administrativo, aunque constitucional, no “se puede comprender adecuadamente como limitación de la arbitrariedad del gobernante soberano. Al contrario, se trata en la actualidad de un Derecho que otorga poderes (condicionados) que sin este tipo de Derecho ni siquiera existirían.”⁵¹⁰

Con esta claridad se puede comprender que, una vez creado el poder y autorizado genéricamente su uso por el Derecho en general, se puede plantear otra pregunta: ¿cómo se debe usar ese poder? En el sistema jurídico se ha formado un circuito especializado

⁵¹⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 193.

para responder a esta pregunta y ese espacio de operatividad condensada⁵¹¹ se llama Derecho administrativo. En términos sistémicos lo que ha ocurrido es que dentro del lado interno de una distinción (Derecho) se ha creado otra distinción (Derecho administrativo). La distinción que orienta la reproducción del Derecho administrativo es la misma que guía la producción del Derecho en general, solo que se especializa por estar referida a una operación real: es el uso del poder con base en una norma jurídica. Gráficamente⁵¹² el proceso de diferenciación se presenta así:

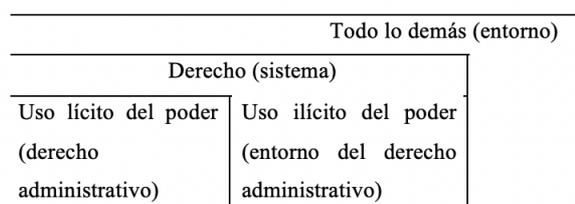


Figura de elaboración propia

El gráfico muestra la operatividad de primer orden, por ejemplo, la que ocurre en la periferia del Derecho, pero hay que recordar que la distinción sistema/entorno se da dos veces. En su operatividad práctica, el Derecho se reproduce mediante la distinción sistema/entorno, esto es, mediante la distinción Derecho/todo-lo-demás. Esa distinción se copia dentro del sistema jurídico y se utiliza en el nivel de operación de segundo orden por los tribunales que distinguen o, mejor, observan mediante el código lícito/ilícito y atribuyen los valores del código de acuerdo con los programas del Derecho. Con el Derecho administrativo ocurre lo mismo.

En el nivel de operación de primer orden [Ver Capítulo 2, núm. 2.3. y Capítulo 3, núm. 9], los participantes en el sistema jurídico-administrativo orientan su comportamiento distinguiendo entre el uso lícito e ilícito del poder. Cuando surgen controversias sobre el uso del poder, en el nivel de observación de segundo orden los tribunales deciden el uso lícito o ilícito del poder con base en el código del Derecho (lícito/ilícito) y el programa que establece las condiciones para el uso del poder.

⁵¹¹ Sobre la noción de condensación ver nota 432.

⁵¹² No debe entenderse este gráfico como una ilustración estática que refleja distintas las especialidades del Derecho. Se trata simplemente de la representación de la manera en la que se formaliza la operación de la distinción sistema/entorno.

El ministerio de transporte, por ejemplo, se ha creado para dirigir la política vial y para ello se le han dado poderes. El uso de esas facultades, sin embargo, no se puede materializar de cualquier manera. Si se pretende un uso lícito del poder se debe acudir a las condiciones previstas por el Derecho administrativo. Esto, por supuesto, no impide que los sujetos de Derecho –públicos o privados– actúen válidamente sin acudir al uso del poder, solo que, cuando esto ocurre no se estará en presencia del Derecho administrativo, sino en presencia de otro tipo de Derecho.

Quien pretenda usar el poder –sea quien sea– determina su comportamiento orientado en alguna norma jurídica que le permite ese uso y le indica cómo debe expresarlo jurídicamente. Esto puede entenderse como una habilitación y como una limitación al mismo tiempo. Esta especialización temática es la que distingue al Derecho administrativo (sistema) de cualquier otro tipo de Derecho (entorno). Además del Derecho administrativo no hay ningún otro tipo de Derecho en la sociedad que opere como el espacio para el desenvolvimiento del uso del poder político. Ese espacio, como se verá en el numeral 9 de este Capítulo, está conformado por las diversas instituciones e instrumentos que ofrece el Derecho administrativo para que todo aquel que utilice el poder político, lo tenga que hacer de acuerdo con las vías del Derecho administrativo que, basados en la teoría de sistemas, acá se han calificado como acoplamientos estructurales [Ver núm. 9].

En síntesis, las operaciones jurídico-administrativas de primer orden se orientan bajo la distinción *lícito/ilícito*, pero se caracterizan por estar referidas a operaciones reales de uso del poder. De acuerdo con esto, se preguntará por el *uso-lícito-del-poder/uso-ilícito-del-poder*. Esta distinción orienta la reproducción del Derecho administrativo. Si se usa lícitamente el poder, el comportamiento será-conforme al Derecho administrativo y, si se usa ilícitamente el poder, el comportamiento será discrepante con el Derecho administrativo. Pero, antes de llegar a esta distinción, debe haber uso del poder con base en una norma jurídica. La observación de lo lícito e ilícito en el Derecho administrativo no se decide en el nivel de operación de primer orden. Acá los participantes se orientan teniendo en cuenta esa distinción, pero no tienen interés en observar todo el Derecho administrativo, incluso la pueden tener en cuenta justamente para analizar la manera de

evadirla. La decisión sobre el uso lícito o ilícito del poder se establece en la observación de segundo orden por parte de los tribunales administrativos.⁵¹³

Describir el comportamiento de los participantes de este dominio semántico como orientado por la distinción uso-lícito-del-poder/uso-ilícito-del-poder no es difícil de verificar en la práctica, basta con que se observen, por ejemplo, las justificaciones para el comportamiento plasmadas en los actos administrativos y en los contratos estatales. Los actos y los contratos administrativos son, precisamente, el reconocimiento de que se está usando el poder de una manera que se considera lícita. Si no fuera necesario el uso del poder, no haría presencia el Derecho administrativo.

⁵¹³ Alberto Montaña parece tener una postura similar cuando –refiriéndose al objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa– sostiene que “[l]a evidente ambigüedad y las dificultades interpretativas que afronta el objeto de esta jurisdicción en el Derecho positivo colombiano las deben resolver quienes tienen que operar en el día a día estos mandatos normativos: los jueces.” En todo caso, aunque acepta un vínculo estrecho, parece que Montaña considera que el Derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa son separables, al afirmar que el “Derecho administrativo ha sido y sigue siendo el norte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero no su horizonte único” porque hay “casos en que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe resolver controversias con fundamento en normas civiles y comerciales”. Alberto Montaña Plata, «¿Para qué sirve delimitar el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y quién lo hace o lo está haciendo? Un intento de respuesta a partir de un análisis de jurisprudencia reciente del Consejo de Estado», en *Horizontes del contencioso administrativo Tomo II El Contencioso Administrativo jurisdiccional. Volumen II: El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, eBook (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022). Acá no solo se comparte con Montaña la estrecha relación entre el Derecho administrativo y la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que se va más allá, porque se considera que el Derecho administrativo es un sistema que adquiere su unidad, precisamente, gracias a las decisiones de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando los tribunales administrativos tienen en cuenta normas jurídicas de Derecho civil y comercial para declararse sin competencia no quiere decir que los tribunales administrativos también decidan sobre el Derecho civil o comercial, sino que, precisamente, distinguiendo entre normas de Derecho administrativo y otros tipos de normas jurídicas, determinan qué hace parte y qué no hace parte del Derecho administrativo. Los jueces, además de ser jueces especializados, son jueces, es decir, su especialidad se basa en una distinción sistema(Derecho administrativo)/entorno(otros Derechos) que les permite ver, dentro del Derecho administrativo, qué hay afuera del Derecho administrativo, para saber si la realidad se ordena o no dentro del Derecho administrativo. Este es, en pocas palabras, el sentido de formarse primero como abogados generales y luego especializarse.

Cuando existen controversias sobre una comunicación jurídico-administrativa, porque, por ejemplo, el sancionado piensa que antes de la sanción debió habersele escuchado, el asunto se decide con la ayuda de un código binario (lícito/ilícito) que permite ordenar los comportamientos de quien impone una sanción y del sancionado en uno u otro lado del código. Esta ordenación se determina con la ayuda de un programa que permite decidir en qué lado del código quedan ubicados los comportamientos. Si quien impuso la sanción tiene razón, habrá usado el poder de manera lícita y, en consecuencia, su comportamiento será conforme con el Derecho administrativo. Si el sancionado tiene razón, quien impuso la sanción habrá usado el poder ilícitamente y su comportamiento será discrepante con el Derecho administrativo. En otras palabras, la distinción uso-lícito-del-poder/uso-ilícito-del-poder orientará nuevamente al sistema jurídico-administrativo, para determinar de forma definitiva, mediante la distinción *código*(lícito-ilícito)/*programa*(condiciones para el uso del poder), si el poder se usó lícita o ilícitamente.

El código lícito/ilícito –recordemos– no es un valor, ni un principio, ni una norma jurídica para decidir las diferencias presentadas en el nivel de observación de primer orden. El código jurídico es una estructura que permite decidir –asignando los comportamientos jurídicos a sus correspondientes lados– gracias a la existencia de programas jurídicos. En el ejemplo de la sanción, se decidirá si el uso del poder fue o no lícito acudiendo al programa jurídico que establecía cómo debía usarse el poder en ese caso. Se verificará si la operación jurídica se realizó conforme al supuesto de hecho normativo. Para entender esto habría que explicar la codificación y la programación en el Derecho administrativo, pero no hay espacio en esta tesis para ello. Una idea se puede obtener de la codificación y la programación del sistema jurídico [Capítulo 3, núm. 6], aunque aquí solo interesaba mostrar, primero, que para poder entrar en los dominios del Derecho administrativo habrá que identificar el uso del poder con base en una norma jurídica y, segundo, estando presente el uso del poder con base en una norma jurídica, se darán dos niveles operativos: el primero en el que se reproduce el Derecho administrativo mediante operaciones recurrentes de este tipo (uso-lícito-del-poder) y, el segundo, cuando hay dudas sobre la licitud del uso del poder y el sistema tiene que auto-observarse (tribunales administrativos) para decidir definitivamente si el uso del poder fue lícito o no.

De antemano se aclara que no acudir al Derecho administrativo, sino a otro tipo de Derecho, estando presente el uso del poder, generalmente representa -para la

jurisprudencia- un uso ilícito del poder. En otras palabras, si se obliga a alguien a hacer o aceptar algo que por su propia voluntad no haría o aceptaría mediante formas jurídicas del Derecho privado, por ejemplo, será un uso ilícito del poder. Esto quedará un poco más claro en el numeral 10.

Que los observadores de primer orden se orienten por la distinción uso-lícito/uso-ilícito del poder no exige que estos tengan que ser expertos en el Derecho administrativo, ni que se orienten hacia el Derecho administrativo como unidad, es más, no es necesario, ni siquiera, que realicen reflexiones profundas sobre la juridicidad de su comportamiento. El policía de tránsito no necesita de la dogmática jurídica para imponer una multa, y que no acuda a la dogmática tampoco se percibe mal, al menos no en su ámbito existencial, ni tampoco en el nivel del control de los actos del policía.⁵¹⁴ Su comportamiento es orientado por el sentido temático propio del mundo en el que desarrolla su rol. La observación del Derecho administrativo como un todo, es decir, su identidad, solo se determina en el nivel de observación de segundo orden. En ese nivel los tribunales administrativos tendrán que decidir definitivamente qué se ordena conforme a Derecho administrativo y qué no. Mientras que en la observación de primer orden se interpretan las normas jurídicas para orientar el comportamiento, en la observación de segundo orden se observa la interpretación de las normas jurídicas que hicieron los observadores de primer orden.⁵¹⁵

Se puede pensar en un ejemplo más complejo que el de un policía. Puede ocurrir que una entidad de vigilancia y control del medio ambiente necesite tomar una decisión compleja con muchos efectos ambientales y consecuencias para los intereses económicos de

⁵¹⁴ Luhmann destaca que “[e]stamos en una época distinta a la del ejercicio legal formalista cuasi mágico. Pero por lo menos se debe comunicar y comprender implícitamente que se trata de una comunicación que exige validez contrafáctica, que está apoyada jurídicamente y que con ello se presupone que Derecho y no Derecho se excluyen. Esto puede suceder hasta en la comunicación cotidiana, ya que en la sociedad moderna no existen esclavos y cualquiera tiene el Derecho de estar incluido en el Derecho, así como el Derecho de utilizar los símbolos jurídicos.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 130.

⁵¹⁵ En el transcurso de este tipo de observación se han ido formado reglas de interpretación, aparece la argumentación jurídica para apoyar la decisión jurídica, la dogmática para dotar de consistencia a las decisiones, entre otros mecanismos para la toma de decisiones jurídicas. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 401 y ss.

muchas empresas y de los ciudadanos. En este caso, se contratan asesores expertos en Derecho administrativo para tomar la decisión, incluso, los asesores tienen que reflexionar sobre la identidad del Derecho administrativo para justificar la decisión de la autoridad ambiental y muestran cómo mediante una interpretación dogmática se llega a la decisión correcta. En este caso hay que hacer dos aclaraciones. La primera, los asesores no están tomando la decisión. Seguramente, su concepto será muy importante para decidir, pero la modificación del Derecho la logra el acto administrativo de la autoridad ambiental, no el concepto de los asesores, en otras palabras, el concepto de los asesores no mueve el símbolo de validez del Derecho. El Derecho solo se reproduce mediante comunicaciones jurídicas [Ver Capítulo 3, núm. 3]. En segundo lugar, y en relación con lo anterior, la observación que hacen los asesores de la identidad del Derecho administrativo es una observación externa al sistema jurídico, es decir, no es una autoobservación, ya que la autoobservación la hacen los tribunales.

2.6. La posición de la *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* sobre la comprensión binaria legal/ilegal como esquema de control de la administración

Vale la pena destacar que la *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* de Schmidt-Aßmann *et al* cuestiona precisamente el enfoque binario tradicional lícito-ilícito propio del control contencioso-administrativo, considerando que el Derecho administrativo es mucho más rico y no se agota con su control judicial (p. ej., las normas sobre organización y procedimiento son muy importantes para la dirección de la actuación administrativa aunque su incumplimiento no comporte la anulación de esta). Sobre este cuestionamiento, totalmente comprensible teniendo en cuenta la simpleza que parece reflejar la presencia de un código del estilo si/no, es necesario hacer algunas aclaraciones.

En primer lugar, una crítica a la existencia del código binario propio de la teoría de sistemas es imprecisa si se entiende que el código lícito/ilícito es incompatible con una actividad administrativa eficaz y eficiente, pero también es imprecisa si se entiende que –parados en el Derecho– puede haber una actividad administrativa eficaz y eficiente, sin que importe su legalidad. Una crítica en este sentido implica una confusión entre la organización administrativa y el sistema jurídico [Ver núm. 10.4.]. Para la teoría de

sistemas de Luhmann, la actividad administrativa no solo debe ser eficaz y eficiente, sino también conforme a Derecho.⁵¹⁶

En todo caso, no parece que Schmidt-Aßmann critique el concepto de códigos binarios de la teoría de Luhmann, sino la comprensión propia de una doctrina jurídica que asumía que el parámetro de control de la administración era la pura legalidad. Tampoco se puede decir que Schmidt-Aßmann afirme que ahora el parámetro de control de la administración ya no sea la legalidad. Lo que sostiene Schmidt-Aßmann es que las técnicas de control y evaluación de la administración deben ir más allá del análisis de legalidad y tener en cuenta otros factores, pero no sostiene que la legalidad deba ser ignorada.⁵¹⁷

En segundo lugar, que se afirme la existencia de un código binario lícito/ilícito operado por los tribunales no implica que el único Derecho administrativo que existe sea el que controlan los jueces. La existencia de los tribunales tampoco niega la importancia de las normas jurídicas que dirigen la actuación administrativa,⁵¹⁸ tan solo confirma el hecho de que la última palabra sobre la validez de estas normas jurídicas de dirección la tienen los tribunales, independientemente de si algún día se cuestionan o no tales normas de dirección o si son eficaces o no para dirigir la actividad administrativa.⁵¹⁹

⁵¹⁶ Y no solo para la teoría de sistemas de Luhmann, desde hace un buen tiempo es difícil encontrar una posición doctrinal que sostenga que el Derecho administrativo debe contentarse con ser legal sin importar si es eficaz y eficiente. De otro lado, que Luhmann utilice el código binario lícito/ilícito tampoco quiere decir que mantiene o retoma las posiciones doctrinales de la época de vigencia del Estado de Derecho. Afirmar eso implica que esta tesis no ha sido exitosa en la exposición de la teoría jurídica luhmanniana.

⁵¹⁷ Schmidt-Aßmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 117, 217, 266.

⁵¹⁸ De hecho, el primer nivel de operación se vale de instituciones jurídicas tan importantes como los procedimientos administrativos que preparan decisiones administrativas. Sobre esto cfr. Oriol Mir Puigpelat, «Procedimientos administrativos», en *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Francisco Velasco Caballero y Maria Mercè Darnaculleta i Gardella (Madrid: Marcial Pons, 2023).

⁵¹⁹ La diferenciación centro/periferia (con los tribunales en el centro) no afirma que el Derecho administrativo se agota con el control judicial. En el Capítulo 3 se explicó que este tipo de diferenciación del sistema jurídico no implica que un lado sea más importante que el otro porque ambos lados se requieren mutuamente para existir. Simplemente implica que el Derecho administrativo opera tanto en la periferia como en el centro del sistema jurídico y ninguno es más o menos Derecho administrativo que el otro.

Ya se ha explicado que los sistemas sociales [ver Capítulo 2, núm. 3], el Derecho [ver Capítulo 3, núm. 8.2.] y, en ese mismo sentido, el Derecho administrativo, operan en dos niveles, uno de estos es el del control judicial, en el cual se confirma la conformidad o discrepancia de una norma jurídica con el Derecho administrativo. Pero el código binario no solo orienta la actividad de los tribunales, también orienta la actividad administrativa ya que esta, busque lo que busque, debe hacerlo siempre cuestionándose si lo que quiere hacer es o no conforme a Derecho.

En tercer lugar, los códigos binarios no se pueden entender si no se entiende que hacen parte de otra distinción, esto es, la distinción código/programas, que permite que el sistema jurídico pueda operar decidiendo si/no [Ver Capítulo 3, núm. 6.2]. Decidir o-lo-uno/o-lo-otro es posible gracias al código binario, pero escoger uno de los dos lados es posible gracias a los programas. La combinación código/programa es la que permite que el Derecho pueda operar continuamente de forma clausurada, sin desconectarse de la complejidad del mundo. Si no se tiene en cuenta esta segunda distinción es comprensible que se entienda que el código lícito/ilícito parece una reducción que ignora la complejidad del Derecho.

En síntesis, los códigos binarios y los tribunales del sistema jurídico son mecanismos que ayudan a la toma de decisiones y no discuten la riqueza o pobreza del Derecho. De manera similar al sistema jurídico, las mentes o los sistemas informáticos, tienen que lidiar con una infinidad de datos para tomar decisiones y que las decisiones se manifiesten mediante un frío si/no, no quiere decir que las mentes o los sistemas informáticos sean sistemas de poca riqueza. Todo lo contrario, la existencia de un código binario es el reflejo de la complejidad de un sistema que es capaz de captar un mundo rico en posibilidades y seleccionar entre ellas para poder seguir operando. Sin un código binario sería imposible la existencia de sectores o ámbitos especializados del Derecho. Por esta razón los diversos regímenes jurídicos se organizan mediante normas jurídicas que establecen su respectivo ámbito de aplicación.⁵²⁰ Estas normas jurídicas, desde un punto de vista abstracto, tienen la forma de un se-aplica/no-se-aplica.

⁵²⁰ Incluso las normas jurídicas constitucionales, con texturas tan amplias y abiertas, terminan siendo reconducidas a un duro código si/no, independientemente de si se llega a ese resultado ponderando o

Aclarado lo anterior, es posible concluir que la comunicación jurídico-administrativa, que constituye al Derecho administrativo como un sistema jurídico especializado y distinto de otros tipos de Derecho, se forma gracias a la presencia de un código binario que permite la distinción entre uso lícito e ilícito del poder.

Probablemente el lector experto en Derecho administrativo habrá identificado un problema en esta argumentación y pensará que los ejemplos usados anteriormente muestran el error: el Derecho administrativo no se relaciona únicamente con el uso del poder, incluso, la mayor parte del Derecho administrativo no tiene que ver con el poder. Debido a que esta es una comprensión dominante en la doctrina administrativista, habrá que abordar el concepto de poder generalmente acogido en los estudios de Derecho administrativo e igualmente el concepto de poder desde la teoría de sistemas, con el propósito de comprender cómo se usa el concepto de poder en esta tesis.

3. El concepto de poder en la doctrina administrativista

La explicación planteada en el punto anterior seguramente será evaluada por un administrativista como el uso de un criterio superado, prácticamente, desde los primeros años de estudio del Derecho administrativo. Se describirá brevemente el concepto de prerrogativa o poder público (*puissance publique*) propio de la doctrina administrativista (3.1) y se revisará su fundamento teórico (3.2). Para posteriormente contrastar este concepto de poder con el acogido en esta tesis.

3.1. El ejercicio de prerrogativas

En el siglo XIX se consideraba que el Derecho administrativo se basaba en la idea del poder público que tiene el Estado y que lo caracteriza. Se entendía que la actividad del poder público era aquella en la que los órganos del Estado proceden mediante órdenes, prohibiciones, reglamentos unilaterales y, en definitiva, manifiestan una voluntad de mando; realizan entonces “actos de poder público” o “actos de autoridad”. Toda esta

argumentando y que se termine con un parco “constitucional/inconstitucional” no desconoce la complejidad tratada para llegar a ese resultado.

actividad está sujeta a las normas especiales del Derecho administrativo y, desde el punto de vista del litigio, a la jurisdicción administrativa. Berthélémy formuló claramente la explicación: Los actos en los que la administración actúa en virtud de su poder de mando la sitúan fuera del Derecho común... ya que no existen actos similares realizados por particulares.⁵²¹

Junto a esta comprensión del poder público, la idea de gestión o actividad de tipo privado era el binomio que permitía distinguir entre el Derecho administrativo y el Derecho privado. El Estado no siempre hace uso de su poder de mando, a veces se comporta como podría hacerlo un particular en la administración de sus bienes, actuando de igual a igual con los ciudadanos; este es el caso en particular de los contratos que celebra. Estos actos son actos de gestión, están sujetos a las normas del Derecho privado y a la jurisdicción de los tribunales judiciales y escapan al régimen exorbitante del Derecho administrativo.⁵²²

De acuerdo con Laubadère, la teoría de los actos de autoridad y de gestión fue finalmente abandonada en su formulación inicial. Por un lado, se constató que desde un punto de vista práctico era difícil e incierta de aplicar, y, por otro lado, desde un punto de vista científico que se basaba en una duplicidad inadmisibles del Estado. Pero fue sobre todo por sus consecuencias por lo que se abandonó el criterio: se reconoció que reducía excesivamente el ámbito de aplicación del régimen administrativo porque, aparte de los casos en los que los agentes públicos actúan mediante órdenes unilaterales, las condiciones particulares y las necesidades específicas de la actividad administrativa pueden hacer conveniente la aplicación de un Derecho especial interpretado por jueces especializados. En la segunda mitad del siglo XIX, las profundas transformaciones de la vida administrativa francesa impusieron este punto de vista y provocaron el desarrollo de la teoría del servicio público.⁵²³

⁵²¹ La teoría de los actos de autoridad y de gestión fue una de las ideas fundamentales de los principales autores del siglo XIX: Batbie, Ducrocq, Aucoc, Laferrière y Berthélémy construyeron sobre ella todo el Derecho administrativo. Laubadère y Gaudemet, p. 33.

⁵²² Laubadère y Gaudemet, p. 33.

⁵²³ Laubadère y Gaudemet, p. 34.

Con posterioridad a su crisis, parte de la doctrina intentó construir el Derecho administrativo acudiendo nuevamente a la idea de poder público. Sin embargo, se trata de un concepto de poder que ya no se identifica necesariamente con el “poder de mando” y la “actividad de autoridad”, sino que es sinónimo de la acción ejercida en condiciones exorbitantes para el Derecho común. Esto es lo que también se llama “gestión pública” en lugar de “poder público”. El criterio para definir el régimen administrativo depende de las características jurídicas de los actos realizados por la administración y no de los objetivos perseguidos con estos actos.⁵²⁴

En síntesis, estas concepciones del poder, tanto la inicial como la renovada, se soportan en las siguientes premisas: i) asumen que el poder es el poder de alguien, en concreto, el poder de la administración o del Estado; ii) el poder se define, por lo tanto, mediante su opuesto: poder es aquella prerrogativa que no tienen los particulares; iii) y, por consiguiente, se consideran como prerrogativas aquellas actividades de imposición unilateral y de carácter sancionatorio.

3.2. La teoría clásica del poder

La comprensión del poder de la doctrina administrativista, en buena medida, se basa en lo que Luhmann llama comprensión clásica del poder. Luhmann aborda las principales definiciones de poder⁵²⁵ y destaca que todas estas definiciones muestran unas premisas comunes, de las cuales resalta seis: (i) la suposición de una relación causal, (ii) que es fija y predecible tanto en lo positivo como en lo negativo, (iii) en la presuposición de ciertas

⁵²⁴ Laubadère y Gaudemet, p. 39.

⁵²⁵ Destaca las siguientes definiciones: el poder del hombre es su medio presente, para obtener algún bien aparente futuro (Thomas Hobbes); poder significa toda posibilidad de hacer valer la propia voluntad dentro de una relación social, incluso contra la oposición, independientemente de en qué se base esta posibilidad (Max Weber); el poder está presente siempre y cuando las presiones sociales operen sobre el individuo para inducir una conducta deseada (Karl Mannheim); *A* tiene poder sobre *B* en la medida en que puede conseguir que *B* haga algo que de otro modo no haría (Robert Dahl); el poder del actor *A* sobre el actor *B* es la cantidad de resistencia por parte de *B* que puede ser potencialmente superada por *A* (Richard Emerson); el poder es la capacidad de influir porque se producirían consecuencias indeseables para la persona influenciada si no cede (Georg Karlsson); se puede decir que una persona tiene poder en la medida en que influye en el comportamiento de los demás de acuerdo con sus propias intenciones (Herbert Goldhamer). Niklas Luhmann, *Macht im System*, eBook (Berlin: Suhrkamp, 2013).

necesidades, (iv) en la orientación hacia el caso de conflicto, (v) en la visión del poder como un bien poseíble y (vi) en la presuposición de que, de un lado, la suma de poder permanece constante y, de otro lado, las relaciones de poder son transitivas y suponen un orden jerárquico. Todas estas premisas son interdependientes y se apoyan mutuamente, y su interrelación constituye lo que sería la teoría clásica del poder.⁵²⁶ Cada una de las premisas en las que se apoya la teoría clásica del poder tiene críticas, pero Luhmann no se queda en la referencia a las críticas, sino que hace su propio análisis premisa por premisa.

(i) Todas las teorías del poder se basan en un supuesto causal. Se supone que el poder es una causa que produce efectos: el poder domina el comportamiento de otras personas, lo que significa que sin el poder (causa) el comportamiento de otras personas sería diferente (efecto). El problema de esta asunción es que, en la realidad, los efectos no son producidos por una sola causa y, cuando se elimina el poder como causa de ese comportamiento, muchas veces el comportamiento se sigue produciendo. Si se tienen en cuenta la totalidad de causas para la producción del efecto, la teoría clásica no explica por qué el poder debe tenerse como la única causa.⁵²⁷

(ii) Se presupone que el poder genera un efecto determinado y que eso hace la diferencia a la hora de explicar el comportamiento del sujeto al poder. En esta medida se considera que el ejercicio del poder consiste en un análisis de cómo actuaría el gobernado si no fuera influido por el poder del gobernante. Esto implica que el mundo se concibe como un mundo fijo en que el poder puede o no cambiar. En situaciones reales, las acciones de otras personas no siempre son fijas de antemano y muchas veces quien está en el poder no sabe con claridad cómo actuaría el sometido al poder si no se ejerciera el poder. Además, en muchos casos el poder también se despliega sobre los indecisos, lo que muestra que no se puede entender el mundo como algo fijo de antemano que el poder puede cambiar. Es decir, muchas veces, no solo el titular del poder no sabe cómo se actuará, sino que muchas veces el dueño del comportamiento tampoco sabe cómo el mismo actuará. Esto muestra que ni la planificación del uso del poder ni la evaluación

⁵²⁶ Luhmann, *Macht im System*. Se acaba de publicar recientemente la traducción al castellano de esta obra a cargo de Aldo Mascareño. Cfr. Niklas Luhmann, *Poder en el sistema* (México D.F.: Herder, 2022).

⁵²⁷ Luhmann, *Macht im System*.

posterior pueden explicar si el poder tuvo o no que ver con el comportamiento. Con lo que la comprensión del poder en este sentido de causalidad fija y predecible tiene bastantes problemas.

(iii) La antigua concepción europea del hombre suponía que existía una naturaleza humana con ciertas necesidades esencialmente fijas que el hombre trataba de satisfacer mediante la acción intencionada. La sociedad y su Derecho estaban ancladas en la naturaleza del hombre como racionalidad animal y relacionadas con sus acciones. Había dos problemas principales que el hombre, como ser social, podía encontrar para satisfacer sus necesidades: amenaza de los demás y dependencia de los demás. El poder político era entonces necesario para resolver ambos problemas. Aunque la teoría clásica del poder actualmente no niega la variabilidad de las necesidades, sigue presuponiendo sistemáticamente la existencia de unas necesidades fijas. Se ignora la radicalización del problema de la complejidad social de los últimos años. El hombre es un ser social no solo en la satisfacción de sus necesidades, sino en el diseño de estas. En la actualidad, casi todo lo que se piensa que puede ser de una manera, también puede ser de otra, especialmente, en el terreno social [Ver doble contingencia en Capítulo 3, núm. 4]. Así que no existe una especie de freno “natural” a la posibilidad de que el mundo sea de otra manera, tanto en las causas como en los efectos.⁵²⁸

(iv) Al partir de unas necesidades determinadas, la teoría clásica del poder disponía al mismo tiempo de una concepción que explicaba qué y por qué debían producirse los conflictos. En un mundo de escasas posibilidades de satisfacción, las necesidades se contradicen entre sí, por lo que se puede llegar a una lucha entre las personas por los bienes escasos y, en última instancia, al uso de la violencia física entre ellas. Este hecho es indiscutible, la cuestión es cómo entra en la teoría y qué función cumple en ella. Al igual que, en el argumento de la satisfacción de necesidades, la idea de conflicto sirve para simplificar la complejidad social, sin embargo, la representación física de un conflicto polariza la situación y deja a un solo bando como vencedor. Esta es una simplificación excesiva de la realidad porque neutraliza una gran cantidad de diferencias fácticas y temporales en la vida social. Las necesidades de todos son distintas, dependientes de otras, cambian con el tiempo, etc.

⁵²⁸ Luhmann, *Macht im System*.

(v) La concentración en la situación de conflicto (puntual) se compensa en la teoría clásica con el hecho de que el poder se considera un bien poseíble que se puede “tener” como los bienes materiales y, por tanto, también perder. La categoría del “tener” en el pensamiento es importante para el pensamiento moderno y sus premisas se pueden resumir en tres: la posibilidad de uso de la posesión sin una nueva adquisición continua (sin el esfuerzo original); la limitación de los peligros que pueden afectar a la propiedad y el consecuente aseguramiento de esta; y, por último, su transferibilidad. La teoría clásica del poder se vale de estas premisas para explicar el poder,⁵²⁹ sin embargo— considera Luhmann—, no llega lo suficientemente lejos para aclarar cómo esa estructura del “tener” opera como una influencia en el comportamiento.

(vi) Desde la teoría clásica del poder se ofrecen respuestas a las críticas sobre la metáfora del poder como tenencia, pero no resisten un análisis detenido. Por un lado, se sostiene que como el poder se puede “tener”, se puede transferir con su posición jerárquica. No obstante, esta transitividad del poder no se verifica en la realidad. El poder es transitivo si el poder de A sobre B y el poder de B sobre C aseguran también que A tiene poder sobre C. En la vida real estas jerarquías se evidencian, pero se evidencia asimismo que también existen círculos de poder. El jefe, por ejemplo, tiene poder sobre su subordinado, el subordinado sobre su mujer, la mujer sobre su amiga y la amiga sobre el jefe.⁵³⁰ Por otro lado, la teoría clásica del poder, basada en la categoría de la tenencia, entiende que el poder permanece constante porque nadie puede transferir más de lo que tiene. De aquí se asume que se puede calcular la magnitud del efecto que produce el poder sobre la

⁵²⁹ El valor de uso de las posesiones puede acumularse y hacerse permanente, por así decirlo. De esta manera, las fuentes de perturbación y peligro para la propiedad se vuelven determinables, y solo es necesario eliminar estas perturbaciones específicas para asegurar la propiedad. Todas las tácticas racionales para mantener y aumentar el poder, como las observadas y descritas por Maquiavelo, se basan en esta premisa de peligros especificables y, por lo tanto, defendibles. Luhmann, *Macht im System*.

⁵³⁰ Luhmann sostiene que, desde el punto de vista de la teoría clásica del poder, estos círculos de poder podrían descartarse inicialmente como desagradables y patológicos. Sin embargo, recientemente, bajo la influencia del pensamiento circular de la cibernética, se ha empezado a reconocer su función. Los sistemas políticos democráticos, por ejemplo, pretenden dar al público poder sobre la política, a ésta poder sobre la administración y a ésta poder sobre el público, es decir, crear un circuito de comunicación influyente en un sistema funcionalmente diferenciado para hacer posible una especie de suprapoder incluso de los más altos gobernantes. Luhmann, *Macht im System*.l

acción de otros y saber qué consecuencias se derivan del ejercicio del poder. Esto en la realidad, sin embargo, se desvirtúa frecuentemente. Muchos de los cálculos de los efectos del poder terminan sobrepasados por los efectos de la acción. Un uso excesivo de la fuerza, por ejemplo, puede terminar en una revuelta que supera ampliamente la magnitud del poder ejercido.

Luhmann, en todo caso, no descarta completamente la metáfora del poder como posesión, sino que insiste en que la metáfora por sí sola no explica con suficiencia la realidad actual y, sobre todo, deja oculto precisamente el dato más relevante en cuanto al poder: ¿qué se requiere para que el poder se convierta en algo parecido a una posesión que se puede administrar, transferir, aumentar, disminuir y defender frente a las amenazas?⁵³¹ La doctrina clásica del poder y, dentro de esta, la comprensión administrativista del poder, asumen el poder como una posesión que, en virtud del Estado de Derecho, le fue transferida a las organizaciones estatales, especialmente a las administraciones públicas. Aunque esto no es equivocado, deja lo más importante sin explicar: qué condiciones se han cumplido para que se pueda afirmar que las organizaciones administrativas “tienen” poder o prerrogativa pública.

4. El concepto de poder desde la teoría de sistemas

Luhmann entiende el poder como un medio simbólico generalizado [Ver Capítulo 2, núm. 1.2., d)] que hace probable la aceptación de las acciones de *Alter* como premisas de las acciones de *Ego* [Ver Capítulo 2, núm. 9]. De acuerdo con esto, el poder, más que la propiedad de “alguien”, es un mecanismo social que se utiliza para coordinar las selecciones de *Alter* y *Ego* y, en consecuencia, producir las expectativas correspondientes.⁵³² En otras palabras: el poder en la sociedad moderna ya no es una propiedad que posea la persona *X* o *Y* o la familia *X* o *Y*, sino un símbolo que facilita la toma de decisiones en la sociedad, en concreto, un símbolo que hace probable que la selección de comportamiento realizada por *Alter*, se tome también como la selección de comportamiento de *Ego*.

⁵³¹ Luhmann, *Macht im System*.

⁵³² Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 175.

El medio simbólico del poder hace probable que la orden de confinamiento social dictada por el gobierno se cumpla por los ciudadanos. Si no existiera el símbolo del poder, sería poco probable que se aceptara una orden de este tipo. Obviamente, tendrá que existir una situación real que justifique la orden de confinamiento, por eso, el poder –se reitera– no es una “propiedad” de la que alguien pueda disponer como quiera. La posibilidad de “usar” el poder está condicionada, por tanto, no solo a la realidad, a la justificación técnica del uso del poder, sino, especialmente, a la aceptación por parte de *Ego*. Esto es lo más sugerente de la perspectiva sistémica: el poder no está en *Alter*, sino en *Ego*, y no se trata de una propuesta de inspiración revolucionaria, sino simplemente la consecuencia del concepto de comunicación de la teoría de sistemas:⁵³³ la comunicación social no ocurre con la selección de *Alter*, sino con la comprensión de *Ego* [Ver Capítulo 2, núm. 8.1., c)]. Seguramente se tendrá en mente al policía con la porra en la mano dominando el comportamiento de un ciudadano como ejemplo que desvirtúa lo que acá se acaba de afirmar. Sin embargo, ese ejemplo lo que precisamente muestra es la retirada del poder y la aparición de la violencia.⁵³⁴ Por ello se dice que el poder termina cuando se realiza la sanción, ya que el uso de la fuerza física demuestra que no hay poder. Para mantener el poder, el uso de la fuerza física debe seguir siendo una alternativa a evitar: la capacidad del poder para imponerse se demuestra cuando no se le contradice.⁵³⁵

El poder existe cuando la acción de *Alter* motiva a *Ego* a actuar, por tanto, el poder no se basa en motivaciones predefinidas, sino que es él mismo el generador de la motivación. El poder requiere tanto la libertad de *Alter* (que podría actuar de esta manera o de otra) y

⁵³³ Es probable que Luhmann haya sido influenciado por el concepto de autoridad de Barnard (a quien leía por sus escritos sobre la organización). Para Barnard, la autoridad, más que algo que se tiene, es algo que hay en el marco de una organización, por eso sostiene que el carácter autoritativo que hay en las comunicaciones de una organización reside en la potencialidad del asentimiento de aquellos a quienes se envían. Chester I. Barnard, *The Functions of the Executive* (Cambridge: Harvard University Press, 1971), p. 173. También acudiendo al concepto de autoridad, Kojève estudia las teorías de la autoridad teológica, platónica, aristotélica y hegeliana y concluye que cada una solo reconoce como autoridad lo que plantea cada teoría y que cualquier otra manifestación se desviaría de la autoridad para convertirse en una simple manifestación de la fuerza. Comprimido en palabras clave, lo que plantean estas teorías es que la autoridad es, en su orden, la que deriva de Dios, la que deriva de la justicia o equidad, la que deriva de la sabiduría y la que deriva de la relación amo-esclavo. Kojève.

⁵³⁴ Niklas Luhmann, *Poder* (México D.F.: Anthropos, 1995), p. 14.

⁵³⁵ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 176.

de *Ego* (que podría rechazar la selección de *Alter*): si ambos son libres y aun así *Ego* aceptó la orden (como premisa de acción) queda claro que el poder en este caso ha sido exitoso.⁵³⁶ Aunque acá podría hablarse de una causalidad en términos abstractos, para Luhmann es más preciso considerar al poder “como a cualquier otro medio de comunicación, como algo que limita la gama de selecciones del otro... puede comparársele con la función compleja de un catalizador.”⁵³⁷

La concepción luhmanniana del poder no niega que el poder tenga relación con la fuerza, pero la importancia del poder como mecanismo social no se explica por la presencia de la fuerza, sino precisamente por ubicar a la fuerza como una alternativa desagradable, incluso, para quien detenta el poder. Así “el que tiene el poder quiere que alguien realice lo que por sí mismo no hubiera querido realizar. Para eso el que tiene el poder propone paralelamente una segunda (y muy artificial) estructura de preferencias que aparece exactamente como lo contrario. De esta manera se llega a la construcción de una alternativa que el titular del poder no desea realizar, pero cuya realización es menos desagradable para él que para el subordinado”.⁵³⁸

La diferencia entre la obediencia y la sanción motiva a *Ego* a aceptar la orden (es mejor ser obediente que castigado) o, dicho en términos económicos: un análisis costo beneficios en principio indica que es mejor aceptar la orden que ser sancionado. En todo caso, el poder fracasa cuando *Ego* prefiere la alternativa a evitar y *Alter* debe renunciar o hacer cumplir las sanciones.⁵³⁹ Por eso, la gestión del poder es compleja: si se utiliza en exceso es probable que el orden social termine en violencia y si no se explotan todas sus posibilidades es improbable la resolución de los problemas sociales. La resolución de problemas sociales requiere la toma de decisiones complejas y sin el medio del poder es

⁵³⁶ Parte de su éxito se debe a que el poder está simbolizado: los símbolos permiten determinar y aplicar las decisiones (debemos hacer esto o aquello, por esta o aquella razón), así como hacer visible el poder (por ejemplo, los desfiles, las banderas). El lado simbólico del poder siempre desempeña un papel –incluso cuando se amenaza con el uso de la fuerza física– porque siempre requiere una decisión. Incluso cuando se emplea la fuerza física, el efecto del poder no reside en el cambio del estado físico del cuerpo, sino en las consecuencias de dicha fuerza para la aceptación de la comunicación. Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 176.

⁵³⁷ Luhmann, *Poder*, pp. 17-18.

⁵³⁸ Niklas Luhmann, «Poder, política y Derecho», *Metapolítica*, 5.20 (2001), 11-39.

⁵³⁹ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 176 y ss.

poco probable que una decisión que intenta resolver un problema de toda la sociedad sea aceptada como una orden proveniente de uno o unos pocos.

Estas características llevan a Luhmann a sostener que la función del poder puede describirse a grandes rasgos como la generalización de la relevancia de la toma de decisiones individuales, en otros términos, como el mecanismo que hace probable que una decisión individual sea socialmente vinculante. “Para esto se requiere reflexividad, un proceso incremental por medio del cual el poder se aplica a sí mismo y crece en el sistema más allá del poder individual de cada uno. Entonces, ya no es poder que unos ganan y otros pierden, sino que es Poder en el sistema.”⁵⁴⁰ Con el título “Poder en el sistema” lo que Luhmann está indicando es que, aunque el poder pueda existir en distintos ámbitos sociales, en la sociedad moderna funcionalmente diferenciada el poder es el medio propio del sistema político. El poder que resuelve problemas sociales en la modernidad no es el poder de un gobernante, de una familia, de una persona, es el poder que emerge en el sistema político.⁵⁴¹

5. La formación del poder legítimo en el sistema político

Cuando hay que acercarse al concepto de política desde los estudios de Derecho administrativo normalmente se relaciona la política con la actividad de uno de los tres poderes del Estado: la política es cuestión de los parlamentos, quienes reflejan la voluntad popular expidiendo leyes que luego tendrán que ser aplicadas por la administración pública y por los jueces. Esta concepción clásica no es del todo equivocada, pero se queda corta al describir y explicar la realidad actual, especialmente, al explicar una de las cuestiones más relevantes en la sociedad: la formación de poder legítimo en una democracia.

De acuerdo con Luhmann, las teorías sobre la democracia constitucional de los siglos XVIII y XIX acuden inicialmente a la doctrina de las formas del Estado para explicar sus

⁵⁴⁰ Luhmann, *Poder en el sistema*, p. 9 y ss.

⁵⁴¹ Esta idea de Luhmann nuevamente coincide con los estudios de Barnard sobre la teoría de la organización. Para Barnard, la autoridad siempre se refiere a algo *dentro de* un sistema definitivamente organizado. Barnard, p. 173.

cambios y, dentro de estos, la transferencia del poder al pueblo. Como resultado, se plantean preguntas sobre la manera en la que el pueblo ejerce el poder (¿como mayoría, representados, mediante un caudillo?) y sobre los problemas que se derivan de estas formas. El problema general de estas explicaciones es que tratan el poder como una constante transferible “cuando en verdad el problema está en que, con un aumento significativo de complejidad, el poder exige por su amplitud nuevas formas de organización y de modos de comportamiento.”⁵⁴² Estas teorías clásicas cumplieron una misión de transición y eso explica por qué sus doctrinas se reflejaban en la forma de transferencia de un poder constante de un lado a otro, pero se han quedado cortas en su explicación de la sociedad actual.⁵⁴³

5.1. La toma de decisiones colectivamente vinculantes: el resultado del procedimiento especializado para la formación del poder legítimo en la sociedad

En el numeral anterior se ha explicado que la verdadera relevancia del poder se encuentra en el uso de la alternatividad (amenaza) sin usarla (violencia). Esto se puede verificar en la práctica ya que, al menos en la sociedad occidental, ningún sistema político se sostiene únicamente mediante el uso de la fuerza, aunque también es claro que del puro consenso tampoco se vive. Por eso se dice que consenso y fuerza deben darse en un cierto equilibrio. Esto es cierto, sin embargo, no explica cuáles son los procesos reales que los producen y que “garantizan que se acepte este sorprendente fenómeno de aceptación general de decisiones estatales.”⁵⁴⁴ Por consiguiente, la pura agregación de intereses o consenso no logra aclarar el concepto de poder legítimo. Luhmann entiende por legitimidad la “disposición generalizada de aceptar, dentro de ciertos límites tolerables, decisiones hasta cierto punto indeterminadas en su contenido”.⁵⁴⁵ Esta legitimidad es la

⁵⁴² Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, pp. 152-53.

⁵⁴³ Con la positivización del Derecho en el siglo XIX (el Derecho cambia por pura decisión, no requiere nada externo) la idea de “legitimidad” del poder –como concepto para rechazar la tiranía– perdió relevancia. La legitimidad debe entenderse como una cuestión puramente fáctica, esto es, como la convicción de la validez del Derecho y de su obligatoriedad, surgiendo así la cuestión de cómo es que la decisión de solo unos pocos termina amparada por esa convicción de validez de la decisión. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 27.

⁵⁴⁴ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, pp. 27-28.

⁵⁴⁵ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 28.

que logra el sistema político, por eso se finalizaba el acápite anterior distinguiendo entre el poder concebido como poder de alguien y el poder como poder en el sistema.

En una sociedad altamente compleja y variable y, sobre todo, valorativamente plural, es difícil concebir la legitimación del poder basado en la moral de alguien o algunos. Lo que parece ocurrir en la realidad es que la legitimidad del poder se trabaja en el propio sistema político. El mecanismo fundamental para este trabajo lo constituye el procedimiento, que “encuentra una especie de reconocimiento general (que es independiente del valor de satisfacción de cada decisión) y este reconocimiento atrae hacia sí la aceptación y miramiento de las decisiones vinculantes”.⁵⁴⁶ Los procedimientos⁵⁴⁷ han hecho posible un clima social en el que se ha institucionalizado el reconocimiento de las decisiones vinculantes, no por ser el resultado de una decisión de algún ente poderoso, sino por la validez de las decisiones oficiales.⁵⁴⁸

Luhmann aclara que, aunque la legitimación mediante procedimiento requiere de una estructuración jurídica del procedimiento, la legitimación no debe entenderse como una justificación a través del Derecho procesal. El procedimiento –que corre conforme a las reglas jurídicas– es una reconstrucción de un proceso de comunicación real y, por consiguiente, de un suceso verdadero y no de una relación en sentido normativo.⁵⁴⁹ Esta idea se muestra más clara al pensar en los procedimientos de elección política y de legislación. Estos dos procedimientos, bajo la teoría clásica, no son otra cosa que la forma en la que la voluntad popular se materializa. Aquí ya se alcanza a notar que la legitimación no proviene de alguna esfera natural o moral, sino de la decisión del pueblo mediante las vías jurídicamente establecidas para ello.

La metáfora de la voluntad popular, en todo caso, solo alcanza a expresar la idea de la acción particular que debe formarse y luego imponerse, pero no explica cómo esto ocurre. Para hacerlo se requiere explicar cómo una decisión particular termina trasladada a sistemas de alta complejidad. En otras palabras, se requiere una redefinición de la idea de

⁵⁴⁶ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 30.

⁵⁴⁷ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 37.

⁵⁴⁸ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 34.

⁵⁴⁹ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 37.

voluntad general porque la realidad que debe explicarse es bastante compleja: por un lado, políticamente todo puede ser posible, discutido, decidido y cambiado y, al mismo tiempo, debe haber una cierta permanencia estructural.⁵⁵⁰ Una explicación en este sentido es ofrecida por Luhmann acudiendo a la teoría de sistemas, en concreto, a la concepción de la política como un sistema con subsistemas en su interior.⁵⁵¹ Dicho en forma muy resumida, dentro del sistema político existe un subsistema encargado del procesamiento de una complejidad altamente elevada, de la relación entre el público y los partidos políticos y, de otro lado, existe otro sistema encargado de procesar toda esa alta complejidad para que pueda convertirse en legislación.

5.1.1. Procesos de elección política

Oficialmente se entiende la elección política como un proceso,⁵⁵² jurídicamente reglado, de reclutamiento para cargos públicos de elección popular, especialmente los del parlamento. Se desarrolla bajo ciertas condiciones objetivas que buscan que, mediante la incertidumbre del resultado, exista un motivo para participar y comprometerse. En sociedades simples, poco diferenciadas, el rol político está vinculado con otros roles sociales. En sociedades más complejas, los procesos de elección sustituyen las conexiones estáticas de los antiguos roles. Esto lleva a la diferenciación del sistema político y a la formación de contextos de roles. Una segunda función básica del procedimiento de la elección es formar alternativas y mantenerlas abiertas, con lo cual se logra formar contraposiciones y soportar conflictos, y una tercera característica es que los sistemas con fuerte diferenciación y alta complejidad deben crear instituciones para diferenciarse internamente y para atender funciones específicas como el reclutamiento y el apoyo.⁵⁵³

5.1.2. Proceso de legislación

⁵⁵⁰ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, pp. 153-54.

⁵⁵¹ Luhmann, *Sociología política*. Sobre el sistema político cfr. todo el libro.

⁵⁵² Luhmann trata el Derecho fundamental al sufragio en Luhmann, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, p. 237 y ss.

⁵⁵³ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 155 y ss.

Luhmann aclara que se debe distinguir proceso de decisión y procedimiento, esto es, el proceso político de formación de la decisión al que se alude en el numeral 5.1.2. anterior y el procedimiento mediante el cual esa decisión políticamente alcanzada se convierte en legislación. La decisión nace con ayuda de arreglos entre poderes políticos relevantes, por fuera del procedimiento formal. Para Luhmann, tomar esto como crítica es partir de una expectativa falsa: equiparar proceso de decisión y procedimiento. Este último no puede verse como el recorrido de pasos determinados para llegar a una consecuencia asegurada, de lo contrario se fundirían el Derecho material y el Derecho procesal. Solo separando decisión y procedimiento se puede analizar de qué manera los procedimientos influyen en la decisión. El procedimiento es un sistema de comportamiento encargado de un determinado acontecimiento único que busca procesar y poner en marcha una ley. Al no estar los procedimientos legislativos programados, su decisión es muy compleja, por lo que se vuelve importante la formación de un sistema que transforme la complejidad indeterminada (procesos políticos) en determinada para que pueda decidirse (legislación).⁵⁵⁴

5.2. Política y administración pública: subsistemas del sistema político

Desde la teoría de sistemas, la política, la administración pública y el público se entienden como tres subsistemas funcionalmente separados dentro del sistema político,⁵⁵⁵ aunque están estrechamente conectados en procesos continuos de tratamiento de la información. Reducen la complejidad de la sociedad mediante la producción y ejecución de decisiones colectivamente vinculantes.⁵⁵⁶ Esta es una idea que proviene de la teoría de sistemas, pero que no ha sido indiferente para parte de la doctrina del Derecho administrativo.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 174 y ss.

⁵⁵⁵ El sistema político y sus tres subsistemas es explicado ampliamente en Luhmann, *Sociología política*.

⁵⁵⁶ Niklas Luhmann, «Politische Planung», *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 17 (1966), 271-96 (p. 285).

⁵⁵⁷ En la colección sobre *Reforma del Derecho administrativo alemán* se reconocen como aportes relevantes de la teoría de Luhmann a la doctrina del Derecho administrativo la idea de programación (Wahl, pp. 197-98.), de procesos de toma de decisiones y el concepto de comunicación (Rainer Pitschas, «Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung», en *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, I* (Baden-Baden: Nomos), pp. 225-26, 251.).

La separación institucional de la política y la administración⁵⁵⁸ permite separar (i) los procesos de construcción y condensación del poder legítimo y (ii) los procesos de uso del poder legítimo, y ordenarlos cada uno por separado según su función. Esta separación genera dos grandes tipos de rendimientos. Por un lado, los procesos políticos previos de articulación y generalización de los intereses, de transformación de los deseos en reivindicaciones políticas, de formación de consensos, de formación y de experimentación de dirigentes, etc., liberan a la administración de tener que garantizar por sí misma el apoyo social necesario al sistema político. Por otro lado, la administración solo puede asumir la ejecución correcta y fiable de programas de decisión muy concretos si no tiene que estar constantemente pendiente de todas las repercusiones políticas, si se hace independiente sobre todo del consentimiento de los círculos interesados. La separación de la política y la administración requiere no solo una separación de funciones, cargos, organizaciones, competencias y finanzas, sino también una separación de los criterios de racionalidad bajo los que se actúa en cada ámbito, porque una división

⁵⁵⁸ Herbert Simon señala que uno de los tratadistas clásicos de política y administración, Frank Goodnow, ya reconocía la importancia de la separación entre política y administración, y para intentar ofrecer claridad sobre esta diferencia planteó distinguir entre decisiones que tienen y decisiones que no tienen un criterio interno de corrección. Las primeras serían aquellas decisiones que son fácticas por naturaleza y las segundas las valorativas. Simon no cree que pueda trazarse una demarcación nítida entre política y administración, entre otras cosas porque, por razones estratégicas, el legislativo muchas veces omitirá decisiones claramente valorativas y buscará transferirlas a la administración y, por razones psicológicas, el administrador resultará un rol muy alejado de la típica imagen del administrador neutral y obediente. “Podría tener (y habitualmente tendrá) su propia y muy definida serie de valores personales, que le agradaría ver logrados por su organización administrativa; y podría oponerse a los intentos del cuerpo legislativo de asumir por completo la función de determinar las normas o sabotear sus decisiones por su manera de ejecutarlas.” No obstante, Simon considera que es necesario distinguir entre la esfera política y la administrativa y sostiene que un criterio metodológico que debe orientar cualquier estudio debe partir de la idea de que el “proceso de validar una proposición fáctica es completamente distinto del proceso de validar un juicio de valor. El primero es validado por su conformidad con los hechos; el segundo, por el principio de autoridad.” Herbert Alexander Simon, *El comportamiento administrativo* (Madrid: Aguilar, 1970), pp. 52-55. Michaud estudia la Carta Magna de 1215, la Revolución Gloriosa y The Bill of Rights como antecedentes remotos de la separación entre las modernas funciones ejecutivas y legislativas. Cfr. Nelson Michaud, «Comprendre l’État et ses fonctions», en *Secrets d’États? Les principes qui guident l’administration publique et ses enjeux contemporains* (Québec: Presses de l’Université du Québec, 2020).

significativa del proceso de tratamiento de la información, desde el punto de vista de la reducción de la complejidad, presupone la diversidad de los principios de selección.⁵⁵⁹

Cuanto más se separe política y administración y se sometan a criterios de selección diferentes, más importantes serán las funciones y los procesos de traducción de una esfera a la otra. Esta transmisión se produce en todos los lugares donde los políticos ocupan puestos del sistema administrativo en los que se puede utilizar el símbolo de “decisión vinculante”, es decir, en los parlamentos y en los altos cargos gubernamentales.⁵⁶⁰

Entender la separación ente política y administración no solo explica la racionalidad diferenciada de cada una de estas esferas, sino que, además, hace manifiesto que, a pesar de la separación, hay puentes o, mejor, sistemas de comunicación que enriquecen el rol de cada una de estas esferas. Probablemente la función ejecutiva es el puente más importante entre la política y la administración. Sin embargo, es una función ignorada en la doctrina administrativista [Ver Capítulo 5, núm. 6].

La doctrina administrativista no ha sido ajena a esta comprensión de la administración como parte del sistema político, pero ha tenido la prevención de no considerarla en ese sentido porque ese fue, precisamente, el pasado que se superó con el Nuevo Régimen. Lo cierto es que juridificar toda la actividad estatal tampoco ha posibilitado una comprensión clara de la administración, ni permite entender las estructuras organizacionales diversas a las clásicas administraciones públicas dirigidas por el Ejecutivo [Ver Capítulo 2, núm. 3.4. y 3.5.].

Normalmente se considera que la denominada vinculación positiva de la administración a la ley es una especie de conquista, ya que toda actividad de la administración queda sujeta al Derecho, pero el precio que se paga por esa comprensión es deformar una realidad convirtiendo un fenómeno político en un fenómeno jurídico. Desde la teoría de sistemas es posible plantear una comprensión que no caiga ni en el extremo de entender la administración como un poder político liberado del Derecho ni el extremo de comprenderla como una organización de producción de funciones puramente jurídicas.

⁵⁵⁹ Luhmann, «Polit. Plan.», pp. 285-86.

⁵⁶⁰ Luhmann, «Polit. Plan.», p. 286.

Para llegar a esta exposición, en todo caso, es necesario comprender las razones por las cuales política y Derecho se entienden todavía como un sistema unificado.

6. La fusión inicial entre política y Derecho

El proyecto revolucionario que impulsó el surgimiento de la sociedad moderna no solo buscó acabar con la sociedad estratificada separando los poderes en tres, sino que, además, estableció que todo poder debía estar sometido al Derecho. Esto condujo paradójicamente a una nueva fusión del poder bajo la fórmula “Estado de Derecho”. Las leyes generales que antes dictaba el monarca, luego de la revolución eran dictadas por el parlamento que era interpretado como uno más de los poderes del Estado. De esta manera el poder político (parlamentario) y el Derecho terminaron fusionados. Todo actuar estatal es actuar jurídico y la dogmática jurídica germana con Kelsen a la cabeza lo defendió contundentemente.

La idea de Montesquieu con la separación de poderes era evitar que la libertad se viera oprimida. Para eso debía separarse la política (la creación de leyes generales) del Derecho (su aplicación por parte de los jueces). Pero con la fórmula “Estado de Derecho” se entendió que la política no era más que una decisión general del Estado en forma jurídica. Esto ha conducido a que hoy generalmente se considere lo político y lo jurídico como un sistema unitario.⁵⁶¹ En todo caso, la idea de Kelsen tiene sustentos históricos que explican la cercanía entre el Derecho y la política.

Una de las características distintivas en la evolución de la sociedad europea radica en la frecuente utilización de sustentos jurídicos como trasfondo de las interacciones sociales. Este trasfondo se conformó básicamente por el Derecho civil romano y por el Derecho natural. Por eso, se puede decir que “el Derecho se encontraba ya presente, cuando el Estado moderno comenzó a consolidarse políticamente.”⁵⁶² Sin embargo, para el siglo

⁵⁶¹ De acuerdo con Luhmann, esto se debe en buena medida “al concepto simultáneamente político y jurídico del Estado. Desde Francisco Suárez, Thomas Hobbes y Samuel Pufendorf ya era esto teoría establecida en el Derecho natural.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 291.

⁵⁶² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 292. Esto se explica por la combinación de varios hechos: la pervivencia de costumbres locales, la presencia de Derecho formalizado, de Derecho feudal, de Derecho

XVI no podía hablarse aún de la existencia de un “Derecho público” que lograra la unidad del poder territorial fragmentado en ese momento. La fragmentación del poder territorial precisamente impulsó al temprano Estado de la modernidad a buscar la unificación tanto del Derecho como de la administración de justicia en su respectivo territorio.⁵⁶³

La tarea de unificación emprendida por el Estado territorial, a su vez, sirve para explicar el concepto de soberanía de la época que, por un lado, afirmaba la capacidad general de dictar órdenes y, al mismo tiempo, la pretensión de dotar de conformidad jurídica a dichas órdenes.⁵⁶⁴ Para Luhmann, la fusión entre Derecho y política podría explicarse en buena medida en el Derecho de oposición que mantuvo a Europa en guerra durante mucho tiempo. “Precisamente si cada quien se remitiera a su razón natural o buscara argumentos en los materiales jurídicos impresos, entonces el Derecho destruiría su propia condición de posibilidad: la paz.”⁵⁶⁵

No obstante, la estrategia para unificar el Derecho y la política mediante el concepto de soberanía, es decir, mediante la idea de imposición del poder político de forma jurídicamente sustentada, no resultó del todo exitosa y no fue suficiente para eliminar el Derecho de oposición, porque si política y Derecho estaban bajo una misma cabeza difícilmente se podía evitar la arbitrariedad.⁵⁶⁶

de las ciudades y de Derechos del rey. Esta situación la destaca Losano aún en el siglo XIX. Losano, *Sistema e estrutura no direito*, Vol 1, pp. 381-82.

⁵⁶³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 293.

⁵⁶⁴ Este doble carácter era necesario porque la jurisdicción estaba dispersa en jurisdicciones feudales, eclesiásticas y corporativas. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 293.

⁵⁶⁵ A esto se le suma, por un lado, que la nobleza prácticamente se apoyaba en su propio juicio y, por otro lado, que la religión, la política y la moral no estaban diferenciadas, por lo que en los juicios jurídicos terminaban influyendo conceptos derivados de estos órdenes. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 294.

⁵⁶⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 294-95. La fragmentación y la inestabilidad de la época también se evidencia en las preocupaciones filosóficas. Pinkard destaca que “Hegel había extraído la idea de que la moderna fragmentación de la sociedad en diferentes estamentos y clases incapacitaba a la vida actual para formarse cualquier concepción del interés común; en este ensayo, la religión subjetiva, la “religión del pueblo”, aparece como el medio a través del cual podrá ser superada esa fragmentación.” Terry Pinkard, *Hegel: Una Biografía* (Madrid: Acento, 2002), p. 80.

La necesidad de unificación reflejaba entonces una oposición entre el Derecho y la política: por un lado, el sistema político del Estado territorial no podía aceptar la intromisión de los súbditos en sus asuntos apelando al Derecho y, por otro lado, el sistema jurídico no permitía excepciones a su vigencia.⁵⁶⁷ Esta oposición, a su vez, muestra que tanto la política como el Derecho exigían clausura operativa, pero, finalmente, con la fórmula “Estado de Derecho” los ánimos lograron calmarse.

En la forma “Estado de Derecho”, el Estado era al tiempo una institución jurídica y una institución de responsabilidad política que debía velar por la imposición y el desarrollo del Derecho de acuerdo con las dinámicas circunstancias sociales.⁵⁶⁸ Con la introducción de textos constitucionales, los asuntos sociales comienzan a ganar influencia y ello condujo a la democratización del Estado de Derecho. Se llega a la idea de que mediante el Derecho se alcanzan los fines políticos que, una vez convertidos en legislación, generarían los conflictos que terminaría resolviendo el Derecho. De esta manera la positivización del Derecho y la democratización de la política alcanzan una influencia recíproca de tal magnitud que hace difícil pensar que los sistemas político y jurídico son dos sistemas separados.⁵⁶⁹

El problema de la separación entre política y Derecho que logró ocultar la fórmula “Estado de Derecho”, no obstante, contribuyó a mantener viva la idea del Derecho natural y –para quienes rechazan esta idea–, la necesidad de legitimación del sistema político. Para Luhmann, los problemas que generan la constante búsqueda para la justificación del Derecho y de la política podrían resolverse si se reformulara la comprensión de estas dos esferas: “no se trata de un sistema único, designado con el concepto de Estado, sino de dos sistemas diversos: clausurados en su operación, con sus respectivas formas, codificaciones y respectivos programas.”⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Luhmann explica que este es precisamente el tema de disputa entre Coke contra los Stuarts: “si tan solo hubiera una instancia (independiente del Derecho) que pudiera disponer de la vida, del cuerpo y de la propiedad, entonces no habría ningún Derecho, ya que toda seguridad quedaría desvinculada de lo jurídico.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 296.

⁵⁶⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 296.

⁵⁶⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 298.

⁵⁷⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 298.

7. La política y el Derecho como sistemas separados

La fórmula “Estado de Derecho” para Luhmann cumplió su rol exigido por las necesidades históricas acabadas de señalar. Especialmente, facilitó que el Derecho se positivizara “a través de la doctrina de las fuentes del Derecho que remitían al Estado”⁵⁷¹ y, al mismo tiempo, permitió al sistema político desarrollar su capacidad de toma de decisiones colectivamente vinculantes sin tener que luchar constantemente contra las estructuras históricamente establecidas. Alcanzado este estado de desarrollo político y jurídico la idea de unidad deja de ser convincente y mirar a la realidad permite confirmarlo: tanto el sistema político como el jurídico funcionan de forma y bajo lógicas separadas.

Para intentar explicar de una manera más precisa la distinción entre política y Derecho, este apartado hará referencia a la relación entre Derecho y política, abordando primero a la política en un sentido amplio o, mejor, como un sistema completo (7.1.), para posteriormente entrar, mediante el planteamiento de dudas y explicaciones, sobre la diferencia entre la administración pública (como subsistema de la política) y el Derecho administrativo (7.2.).

7.1. La diferencia entre el sistema político y el sistema jurídico

Comenzando por sus funciones, la política y el Derecho se diferencian desde la teoría de sistemas. Mientras la primera tiene como función la toma de decisiones colectivamente vinculantes, la segunda se encarga del mantenimiento de las expectativas normativas.

El Derecho ya no solo no requiere de la referencia al soberano para decidir, sino que forzosamente tiene que decidir los casos que se le presentan. La política, por su parte, sí aprovecha la fórmula de la soberanía para hacerla descansar en el pueblo y bajo esta lógica queda “implicado el hecho de que no tiene necesariamente que decidir: es soberano respecto al asunto de decidir/no decidir.”⁵⁷² Mientras que la política no consiste en “una

⁵⁷¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 298.

⁵⁷² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 299.

interpretación ordinaria de una Constitución fijada jurídicamente”,⁵⁷³ el Derecho no está diseñado para la resolución de cuestiones políticas. Luhmann pone como ejemplo el “momento y las condiciones necesarias para la reunificación de Alemania, la homogeneización de las condiciones de vida, casos de desavenencia matrimonial, controversias académicas o religiosas, inversiones económicas.”⁵⁷⁴ Luhmann no niega que existen cuestiones políticas que entran al sistema jurídico, pero aclara que ingresan calificándose como *hard cases* y mediante referencias a la justiciabilidad, en otras palabras, opera una especie de traducción de lo político a lo jurídico.

La separación del Derecho y la política se evidencia en lo distinto de sus códigos. En el Derecho no hay ningún mecanismo análogo que cumpla la formación democrática del poder que ocurre en el sistema político, especialmente, mediante el esquema

⁵⁷³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*.

⁵⁷⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 299. En todo caso, surge la pregunta ¿qué pasa cuando el sistema político no cumple su función, esto es, tomar decisiones colectivamente vinculantes?, ¿qué pasa cuando no se legisla sobre asuntos de interés para toda la sociedad, calificados como controversiales (*vrg.* matrimonio entre parejas del mismo sexo, la adopción de menores por parte de estas parejas, la legalidad o condicionamiento del aborto)? Bajo la teoría de Luhmann está claro que estos son asuntos propios del sistema político y con ello se podría coincidir, pero, el punto es ¿qué pasa cuando el sistema político no hace lo que tiene que hacer? Para la teoría de sistemas funcionales es una inquietud relevante porque se parte de la idea de que ningún sistema está por encima de otro, es decir, no podría simplemente decidirse que, en estos casos, el Derecho “ordenará” a la política hacer su trabajo. La realidad parece mostrar que esto no ocurre así, por ejemplo, mediante la figura de los exhortos de la Corte Constitucional al Congreso de la República en Colombia. Aunque es claro que el problema sigue siendo complejo porque, en no pocos casos, a pesar de los exhortos, el Congreso no legisla en los casos en los que se demanda. Esto lleva a un intenso debate de actualidad y algunos lo abordan bajo el concepto de “activismo judicial” y se termina en una especie de debate en el que se pretende establecer qué institución tiene la última palabra o en el que se intenta justificar la superioridad de una institución sobre otra. Obviamente se trata de un tema que queda por fuera del objeto de esta investigación. En todo caso, analizar estos casos desde una perspectiva evolutiva podría resultar más esclarecedor que seguir peleando por quién tiene la razón o quién tiene la llave de acceso a la verdad. Las condiciones de la realidad colombiana, por ejemplo, pueden presionar cambios evolutivos que no tienen categorías análogas en la cultura europea o anglosajona que, precisamente, es desde donde se toman los modelos para explicar la realidad. Sobre la perspectiva sistémica del Derecho referida a la realidad brasileña cfr. Neves, *La constitucionalización simbólica*.

gobierno/oposición.⁵⁷⁵ Esta explicación requiere una breve referencia al código binario del sistema político.

El código del sistema político se construye por medio del poder, cuya materialización conduce a diferenciar entre inferior y superior. Esta diferencia se fija mediante los cargos estatales que, a su vez, conduce a la diferencia entre gobernantes (titulares de los cargos) y gobernados (excluidos de los cargos). Dado que alguien que ostenta un cargo excluye a otros de ostentar el mismo cargo, se genera una tecnificación del código político (inferior/superior) en la forma gobierno/oposición.⁵⁷⁶ El código no solo no excluye de la participación en el sistema político, sino que además permite al sistema político operar atribuyendo sus decisiones al gobierno o a la oposición.⁵⁷⁷ Cuando se toman decisiones colectivamente vinculantes (gobierno), surgen alternativas (oposición) y a partir de esa dualidad el sistema político se reproduce asignando tendencialmente sus decisiones al lado positivo del código (gobierno), sin descartar la posibilidad de reflexión que conduce a atribuciones que van al lado negativo del código (oposición).⁵⁷⁸

La diferencia entre la política y el Derecho no solo se evidencia en la diversidad funcional y en lo distinto de la codificación. El manejo del tiempo en estos dos sistemas también confirma que se trata de dos sistemas distintos. No es difícil darse cuenta de que la política moderna está constantemente presionada en términos de tiempo para manejar un amplio radio de temas y para no colapsar reacciona acelerando o retardando su operación. En contraste, el sistema jurídico, específicamente en su actividad judicial, es bastante lento, entre otras cosas, por las exigencias de fundamentación, lo cual es relevante, no solo para

⁵⁷⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 301.

⁵⁷⁶ El desarrollo de este código se relaciona con la democratización de la política y se evidencia en la amplia institucionalidad de los partidos políticos. Siempre que existan partidos políticos se garantiza la democracia y la vigencia del código gobierno/oposición. Los partidos políticos permiten conservar y reducir la complejidad política no programada, esto es, permiten ir seleccionando de entre muchos problemas sociales aquellos que se consideran necesarios de abordaje. Sobre el procedimiento legislativo cfr. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 137 y ss.

⁵⁷⁷ Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 171 y ss. Para más detalles cfr. Luhmann, *Sociología política*.

⁵⁷⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*.

la resolución los casos, sino para el manejo de reglas y conceptos que se han formado a lo largo de cientos de años.⁵⁷⁹

Aunque las diferencias temporales llevarían a pensar en distancias insalvables entre estos dos sistemas, sin embargo, existen mecanismos que las evitan. Uno de ellos es la legislación. Si existe suficiente presión política, la legislación llegará a término relativamente rápido. Políticamente, la expedición de una ley “es un símbolo de éxito político: el triunfo del grupo que en ese momento está en el poder.”⁵⁸⁰ Jurídicamente, hay escasa resistencia frente a nuevas leyes debido a que en tales casos “no se trata de procesar experiencias propias, o de la transformación del Derecho, sino de un nuevo Derecho.”⁵⁸¹ El vínculo que la legislación genera entre la política y el Derecho contribuye a comprender estos dos sistemas como unificados, sin embargo, la unificación es una distorsión de la percepción que se puede explicar encontrando “formas más específicas de descripción que expresen con mayor claridad el cómo y el porqué, en la sociedad moderna, política y Derecho se complementan mutuamente y, al mismo tiempo, ocasionan que sus *structural drifts* sean diversos.”⁵⁸² Luhmann es enfático en señalar que el hecho de que la política y el Derecho sean sistemas separados no impide que entre ellos existan relaciones causales relevantes. La organización estatal y la Constitución son dos de los acoplamientos estructurales que permiten la influencia recíproca entre el Derecho y la política.

7.2. Algunas dudas (y aclaraciones) que surgen de la separación entre administración pública y Derecho

La distinción entre política y Derecho, en todo caso, exige otra explicación que se deriva de la diferenciación interna del sistema político. Se ha dicho que el sistema político se ha diferenciado internamente en tres subsistemas: la política propiamente dicha, el público y la administración pública.⁵⁸³ La presentación que se acaba de hacer en el numeral

⁵⁷⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 306.

⁵⁸⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 306.

⁵⁸¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 306.

⁵⁸² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 306.

⁵⁸³ Para la teoría de sistemas “[u]na distinción decisiva en el sistema político es la de política/administración/público. Esta distinción sirve para orientar las interacciones del sistema y expresa

anterior se enfoca en la distinción entre política y Derecho, tomando aquella como un sistema completo, esto es, sin entrar en los detalles de sus subsistemas. Sin embargo, teniendo en cuenta que esta es una tesis sobre Derecho administrativo, es importante explicar de qué manera la administración pública y el Derecho administrativo se relacionan y distinguen.

El hecho de afirmar que la administración pública (como subsistema de la política) y el Derecho sean dos sistemas distintos activa inmediatamente el pensamiento crítico del experto y del académico administrativista. Algunas de las dudas serían, por ejemplo, ¿cómo se califica a los actos administrativos y a los reglamentos elaborados por la administración pública?, ¿son actividad del sistema político o jurídico? Estas dudas son totalmente pertinentes porque, por ejemplo, en España, en Alemania y en Colombia, a los actos administrativos se los califica de actos “jurídicos” porque declaran derechos y obligaciones.

La respuesta que tendría la primera pregunta, partiendo del enfoque acogido es: los “actos administrativos” y los “reglamentos” que elabora la administración⁵⁸⁴ son los nombres que el Derecho le da a las decisiones del sistema político (en el caso de la inquietud, a la Administración pública) que tienen como efecto la toma de una decisión vinculante, bien sea resolviendo una situación concreta o bien sea estableciendo detalles para la debida

además la diferencia que existe en el nivel de las organizaciones, aunque no se deja conceptuar abiertamente como diferenciación sistémica.” La obra Luhmann, *Sociología política*. se divide en cuatro partes, de estas, tres están dedicadas, respectivamente, al sistema político -y a sus tres subsistemas- la política, a la administración y al público.

⁵⁸⁴ Este concepto de administración debe entenderse de acuerdo con lo expuesto en el numeral 7 del Capítulo 5. De acuerdo con la lectura que en este aparte se ofrece del esquema de separación de poderes, se pueden contestar, bajo un argumento similar al ofrecido en este numeral, otras inquietudes como, por ejemplo, ¿cómo se calificaría la actividad de los órganos administrativos independientes de resolución de recursos funcionalmente equiparables a los tribunales? Bajo lo expuesto en el numeral 7 del Capítulo 5, las decisiones de tales órganos, si tienen la calidad de órganos administrativos -porque sus decisiones las revisan finalmente los tribunales- serán, igualmente, actuaciones que tienen una doble connotación. Por un lado, son decisiones que ejecutan una política pública (política debe entenderse en un sentido más amplio que la idea de política partidista), como, por ejemplo, tomar de decisiones vinculantes para garantizar el acceso a la información pública y, por otro lado, serán actos administrativos para efectos del sistema jurídico.

aplicación de las leyes. Vale la pena resaltar que, aunque existan diversos sistemas sociales, estos pueden operar sobre un mismo fenómeno y, en esa medida, ese fenómeno tendrá tratamientos distintos dependiendo del sistema que lo trata. Dicho de forma resumida: una misma conducta cuyo objeto es decidir de forma vinculante sobre la petición subjetiva de una persona o cuyo objeto es establecer los detalles para la aplicación de una ley, son vistos de dos maneras distintas. Para la política son decisiones vinculantes para resolver problemas, para cumplir objetivos, mientras que para el Derecho son actos administrativos o decretos reglamentarios, respectivamente.

Incluso una decisión de la administración pública que resuelve un recurso administrativo es, para el sistema político, una decisión que soluciona un problema propio. Eso sí, esa solución bajo las formas del Derecho y, especialmente, con mayor densidad jurídica que la existe cuando el sistema político ejecuta decisiones bajo criterios técnicos. Este es un ejemplo que muestra que la programación condicional y la programación conforme a fines se presenta de forma mezclada tanto en la política como en el Derecho.

Pensando en otro ejemplo: un acto administrativo por el que la Administración decide motivadamente, tras examinar la normativa aplicable, si corresponde conceder una autorización, el acceso a una determinada información, una pensión o una subvención o imponer una sanción o el derribo de una construcción, tendría la calidad de una decisión vinculante de la Administración que, vista jurídicamente, sería un acto administrativo. En otras palabras, esta conducta sería una comunicación jurídico-administrativa porque expresa el uso del poder político (decisión de la Administración) conforme a una norma jurídica (Derecho administrativo). Esto último sirve para mostrar cómo el concepto de comunicación jurídico-administrativo abarca de manera comprimida el ámbito al que está dedicado el Derecho administrativo.

Ahora, es necesario resaltar que, en la administración pública, las formas del Derecho están completamente normalizadas y la toma de decisiones no necesariamente se piensa de manera analítica, sino como si la política y el Derecho estuvieran fusionados. Aunque, tampoco es extraño que los políticos analicen sus decisiones tomando los asuntos jurídicos como riesgos a asumir; esto muestra de alguna manera que una cosa es la decisión y el propósito que busca el político y otra cosa la conformidad o discrepancia que tal decisión pueda tener respecto del Derecho. Pero, en general, cuando el

administrador público necesita establecer los detalles técnicos para que una ley sobre lucha contra la contaminación ambiental pueda aplicarse, no siempre separa mentalmente su decisión de la forma jurídica que esta debe adoptar.⁵⁸⁵

Luhmann ha utilizado la distinción medio/forma para explicar algunas las relaciones entre sistemas, en algunos casos, un sistema es medio de otro y en otros eventos ocurre lo contrario. [Ver Capítulo 2, párrafo 5]. Los tipos jurídicos “acto administrativo” o “reglamento”, por ejemplo, pueden explicarse como formas que hacen posible que el medio “poder político” se manifieste de manera aceptable para la sociedad. En sentido contrario, se ha dicho que el Derecho en ocasiones se vale de la forma “poder político” para que el medio “decisión judicial” pueda implementarse por la fuerza.

La respuesta a la primera pregunta dejaría contestada la segunda, pues un acto administrativo o un reglamento es, al mismo tiempo, una manifestación tanto del sistema político como del sistema jurídico. El mismo fenómeno será mirado, por unos, como una decisión vinculante para resolver un problema concreto y, por otros, como un acto administrativo o como un reglamento.

La distinción entre el Derecho y la política planteada en esta investigación, en todo caso, no pretende defender la categoría tratada en la doctrina administrativista bajo el nombre de “actos políticos” o de Gobierno, sin embargo, dicha categoría sí resalta, precisamente, que la política y el Derecho son dos sistemas distintos. Aun así, acá se entiende que la preocupación sobre estos actos políticos estaba justificada, sobre todo, en los primeros

⁵⁸⁵ La diferenciación interna de organizaciones estatales como los ministerios y sus procedimientos de expedición normativa también ofrecen una idea de la distinción entre política y Derecho. En el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por ejemplo, la elaboración de un decreto, por regla general, es competencia de las áreas misionales que, luego de estructurar el proyecto normativo de acuerdo con su propósito político (en el sentido de concreción de la política pública), se remite a la Secretaría General para la revisión jurídica, antes de que el proyecto sea firmado por el Ministro y se envíe al Presidente de la República para su firma. cfr. Decreto 4712 de 2008 (estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público) en concordancia con el Decreto 1081 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Presidencia de la República). En la interacción entre las áreas misionales y las áreas jurídicas se evidencia con claridad que los asuntos políticos (técnicos, misionales o de propósito buscado por el respectivo ministerio) y los asuntos jurídicos operan en dos esferas y con dos racionalidades distintas.

momentos del Estado de Derecho. Sobre este asunto, destaca Luhmann que en el paso del Estado de policía al Estado de Derecho se presentó la transición del esquema fin/medios, esto es, aquel en el que “[e]l fin es contemplado como fundamento para la justificación de los medios”,⁵⁸⁶ a un esquema en el que se da un “giro en dirección a la especificación de las condiciones de acción [que] habría de tener como consecuencia un inmenso incremento del cuerpo normativo en el Derecho público.”⁵⁸⁷

Siguiendo la evolución del Estado de Derecho, la consecuente expansión de normas jurídicas por toda la sociedad, e independientemente de las interpretaciones sobre la vigencia o alcance de la existencia de actos políticos, acá se sostiene que, siempre que cualquier sujeto de Derecho (incluyendo a la administración pública) use el poder político conforme a una norma jurídica, hará presencia el Derecho administrativo. Bajo esta tesis, sería muy difícil encontrar un “acto político”, en el sentido temido por la doctrina, debido a que, incluso una reunión protocolaria de un alto funcionario político se valdría del uso del poder para disponer de los recursos públicos. Al menos, en teoría, quedaría abierta la puerta para que los órganos estatales encargados del control de los recursos públicos y, el consecuente control judicial de las decisiones de estos actos de control fiscal, hagan presencia en nombre del Derecho administrativo.

Finalmente, es importante resaltar que las diferencias y relaciones que se hacen en la doctrina respecto de ciertas instituciones jurídicas no resultan problemáticas bajo la tesis acogida, especialmente, bajo la idea de entender la administración y el Derecho como sistemas separados. El acto administrativo, por ejemplo, no se entiende acá como si fuera un producto del sistema político (la administración), sino que es un producto del sistema jurídico y, en ese sentido, no se contrastaría acá con una sentencia judicial porque ambos son instituciones que hacen parte de un mismo espacio semántico. Otro asunto serán sus distinciones dentro del sistema jurídico. En todo caso, para tener una idea -de acuerdo con el enfoque acogido- de las relaciones y distinciones que podría haber entre un acto administrativo y una sentencia judicial,⁵⁸⁸ se hace una remisión a los apartes que explican

⁵⁸⁶ Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 93.

⁵⁸⁷ Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 95.

⁵⁸⁸ En la doctrina administrativista es muy interesante el enfoque que se propone en Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 89. El análisis doctrinal clásico sobre la distinción entre un acto

el doble nivel en el que operan los sistemas sociales [ver Capítulo 2, núm. 3, Capítulo 3, núm. 8.2., núm. 2.4. y 2.5.].

8. El Estado de Derecho y la Constitución como acoples estructurales

La dificultad para concebir a la política y al Derecho como dos sistemas separados, radica, principalmente en la ausencia de un concepto que explique sus relaciones. Tanto el Estado (8.1) como la Constitución (8.2) pueden ser explicados como acoplamientos estructurales.

8.1. El Estado de Derecho como acoplamiento estructural

Luhmann muestra que la fórmula “Estado de Derecho”, aunque parece unir los dos sistemas, en realidad los acopla. El acople se evidencia observando las interpretaciones diversas que surgen dependiendo del sistema desde el que se realice la observación.

Vista desde la perspectiva jurídica, la fórmula “Estado de Derecho” significa que no debe existir espacio descubierto por el Derecho, que no hay que darle cabida a la arbitrariedad,⁵⁸⁹ por eso se invita a “luchar contra las inmunidades del poder”.⁵⁹⁰ Si existe algún espacio indeterminado jurídicamente, ese espacio se califica por el Derecho, normalmente, como libertad jurídicamente concedida. Piénsese en los conceptos jurídicos de libertad privada, contractual, autonomía de la voluntad, etc.⁵⁹¹ El Estado de Derecho, bajo la óptica jurídica, es “la consecuencia de la universal relevancia social del Derecho”.⁵⁹² Desde el Derecho se llega entonces “a un concepto jurídico de Estado como punto conclusivo de todas las decisiones que, vistas desde el sistema político, deban ser

administrativo y una sentencia judicial se enriquece de manera significativa al centrar la atención en las estructuras que toman una u otra decisión. Sobre esta obra, aunque de manera crítica, se volverá en el Capítulo 5, al tratar la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado.

⁵⁸⁹ Luhmann califica como una grandiosa tautología la manera en que esta fórmula se presenta: “rule of law”, esto es, “the law and the rule cover the same ground”. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 302.

⁵⁹⁰ Eduardo García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de administración pública*, 38, 1962, 159-208.

⁵⁹¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 302.

⁵⁹² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 302.

decisiones que vinculen colectivamente. Desde la perspectiva del Derecho estas decisiones tendrán ese efecto vinculante siempre y cuando sean conforme a Derecho y no vayan en contra de él.”⁵⁹³

Desde la perspectiva política, la fórmula “Estado de Derecho” toma otro sentido. La política trata de preparar el terreno mediante el sondeo, el contacto y el trabajo con el público de tal manera que se pueda llegar a la toma de decisiones que vinculen colectivamente. En esta esfera, las decisiones se orientan en el *medio*⁵⁹⁴ de lo políticamente posible (para resolver problemas sociales) y toman su *forma* bajo los instrumentos cuya disponibilidad se debe al Derecho, llegando así a una “despolitización de los problemas.”⁵⁹⁵ Llegar a este punto hace posible que los problemas se sigan tratando bajo criterios jurídicos y que el sistema político se pueda ocupar de nuevos problemas.⁵⁹⁶

El punto de tránsito de lo político a lo jurídico se ubica generalmente en los parlamentos, pero también ocurre en las administraciones públicas y en el ámbito de la contratación estatal. Sin embargo, que ocurra este tránsito no significa que la decisión sea legal (o ilegal),⁵⁹⁷ puede ocurrir que el “sistema político decida involuntariamente en contra del Derecho o que, como pasa con frecuencia, jurídicamente arriesgue algo”.⁵⁹⁸

Visto desde la perspectiva jurídica, la fórmula “Estado de Derecho” es un mecanismo contra la arbitrariedad política, mientras que, visto desde el sistema político, es una

⁵⁹³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 302.

⁵⁹⁴ Ver la teoría del medio y la forma Capítulo 2, núm.10.

⁵⁹⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 303.

⁵⁹⁶ Ese tránsito que culmina en la legislación no impide que un observador pueda identificar un suceso unitario, pero ello no significa la unidad del Derecho y la política. Luhmann señala que basta con mirar la historia de la ley en la política (“*talk*” político, maniobras, negociaciones, declaraciones públicas, etc.) y en el Derecho (¿se ajustó o no el trámite a la ley que establece el procedimiento legislativo?). Además, la ley en la política y en el Derecho desarrolla derivas evolutivas distintas. En la política será un problema más resuelto o un problema más creado, en el Derecho será un nuevo parámetro jurídico a tener en cuenta por los tribunales y otras autoridades. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 311.

⁵⁹⁷ Luhmann aclara que, de hecho, con frecuencia las decisiones políticas se examinan previamente por juristas, no obstante, este análisis es ya una operación dentro del sistema jurídico. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 303.

⁵⁹⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 303.

herramienta que posibilita la realización de fines políticos. La mencionada fórmula garantiza al Derecho su desarrollo en condiciones de paz porque el ejercicio de la violencia ha sido monopolizado por el poder político y facilita a la política un aumento de complejidad mediante el uso del Derecho como forma de concreción de la acción política.

En síntesis, “la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y Derecho.”⁵⁹⁹ La política se beneficia de que en otro lugar (Derecho) se distingue entre lo lícito y lo ilícito y el Derecho se beneficia de que en otra esfera (política) la paz está asegurada. Esta interacción parasitaria en el fondo muestra la condición de toda relación: existencia de, al menos, dos unidades distintas. Que el Estado pueda operar como acople entre estas dos unidades, sin embargo, “necesita una solución altamente artificial que permita observar el Derecho desde el punto de vista de la política, y ésta desde el punto de vista del Derecho. Este arreglo artificial lo conocemos nosotros con el nombre de ‘Constitución’.”⁶⁰⁰

8.2. La Constitución como acoplamiento estructural entre política y Derecho

Las constituciones, a diferencia de los meros textos, se convierten en logros con existencia real cuando se puede verificar que las influencias recíprocas entre Derecho y política están restringidas a los canales previstos en la constitución. Esta ordenación, a su vez, permite aumentar las posibilidades de desarrollo político y jurídico en el marco de la constitución, precisamente porque “otras posibilidades” son excluidas.⁶⁰¹

La limitación de los canales de contacto entre la política y el Derecho permite alcanzar un “inmenso incremento” de la estimulación recíproca. El Derecho tiene más posibilidades de “registrar decisiones políticas en forma jurídica”⁶⁰² y la política más

⁵⁹⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 304.

⁶⁰⁰ Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (México: Universidad Iberoamericana, 2004), p. 368.

⁶⁰¹ Por ejemplo, “utilización de posiciones jurídicas en la economía (riqueza, control jurídico sobre oportunidades de importancia política) para la obtención de poder político; el terror político; la corrupción política.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 540.

⁶⁰² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

posibilidades de “servirse del Derecho para llevar a la práctica sus objetivos”.⁶⁰³ Esto plantea un problema para ambos sistemas: ¿cómo hacer frente estructuralmente a tal incremento de variedad? Luhmann considera que las constantes exigencias de cambio no serían posibles sin la positivización del Derecho, es decir, sin la posibilidad de cambio del Derecho en cualquier momento. Esto, a su vez, permite pensar que la democracia es una consecuencia de la positivización del Derecho.⁶⁰⁴

Obviamente la idea de alcanzar un acoplamiento estructural entre política y Derecho no fue el motivo para la invención de la Constitución desde fines del siglo XVIII. Este mecanismo evolutivo que lleva el nombre de “Constitución” –que se convierte en un acoplamiento entre política y Derecho– se debe a una situación histórica particular y a las concretas condiciones políticas de los estados norteamericanos.⁶⁰⁵

En la Norteamérica posrevolucionaria más que una preocupación dominante por alcanzar un nuevo Derecho o una innovación jurídica,⁶⁰⁶ se buscaba cubrir el vacío que quedó al lograrse la independencia del Reino Unido y eso se logró eficazmente con la Constitución.⁶⁰⁷

La diferencia del Derecho civil y la Constitución como mecanismos evolutivos es que, mientras el primero tuvo un desarrollo de dos mil años, la segunda fue un logro “de imprevisto y en la forma de una innovación conceptual”.⁶⁰⁸ Es cierto que el concepto de *constitutio* tiene antecedentes históricos⁶⁰⁹, pero en esos antecedentes los usos políticos y

⁶⁰³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

⁶⁰⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

⁶⁰⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

⁶⁰⁶ “El material normativo ya existía, la referencia al Derecho natural era supuesta como algo ya dado.”
Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

⁶⁰⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

⁶⁰⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

⁶⁰⁹ Con ella se hacía referencia en ocasiones a la condición (sana o enferma) de un individuo o cuerpo político, también identificaba edictos imperiales, decretos principescos, estatutos, ordenanzas, etc., que se entendían como leyes. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 541.

jurídicos corrían paralelos; fue solo en Inglaterra que se aceptó hablar de la “constitución” como “principio de sustentación del orden jurídico y político del país.”⁶¹⁰

Solo después de los cambios políticos, las revoluciones en el norte de América y en París y la supresión de la supervisión jurídico-erudita en el *Reich* alemán, se fusionaron las tradiciones conceptuales europea y norteamericana en un moderno concepto de constitución. “Desde entonces se entiende por Constitución una ley positiva que sirve de fundamento al Derecho positivo mismo y que determina, a causa de esto, cómo puede ser organizado el poder político y cómo puede ejercerse en forma jurídica y con restricciones de esta misma índole.”⁶¹¹

Visto jurídicamente, una Constitución con ese sentido “solo puede ser un texto autológico”,⁶¹² esto es, un texto que se prescribe a sí mismo como parte del Derecho y que se autoexceptúa de la regla: el Derecho nuevo se impone sobre el Derecho antiguo. Este carácter también le permite regular sus condiciones de alterabilidad y, por esa vía, establecer el encargado de revisar la conformidad del Derecho con la Constitución y, finalmente, el carácter autológico también se refleja en el hecho de que la propia Constitución contiene la proclamación de la Constitución, lo cual se exterioriza simbólicamente por referencia a la voluntad divina o popular.⁶¹³

Con la Constitución, se puso fin al Derecho fundado en el pasado y se sustituyó por una apertura al futuro.⁶¹⁴ Esto significaba no solo que los argumentos basados en

⁶¹⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 542.

⁶¹¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 542.

⁶¹² El inusual carácter autológico que contenía la constitución no era familiar para la tradición jurídica, ni siquiera para los norteamericanos que la formularon inicialmente. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 543.

⁶¹³ Luhmann destaca que las razones históricas y las intenciones que subyacen a la expedición de la constitución se remiten a ésta, si es que lo hacen, solo a través de las reglas de interpretación. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 543.

⁶¹⁴ La Constitución vino a sustituir la metáfora del contrato social y, en ese momento, se hace evidente –lo que Luhmann llama– la “grandiosa tautología” que dicha metáfora implicaba: “la creación de obligatoriedad jurídica a partir de la suposición de la obligatoriedad jurídica de los contratos.” Este acoplamiento no era posible porque solo existía “el reconocimiento legal de las diferencias estamentarias”. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 519. Los acoplamientos entre economía y Derecho y política y

reivindicaciones históricas tenían que medirse con la Constitución, sino también que el cambio continuo del Derecho tenía que seguir los procedimientos constitucionales previstos a tal efecto. Esto exige que la legislación, por un lado, se negocie en el parlamento y que, por otro lado, se forme jurídicamente.⁶¹⁵

El Derecho trata la Constitución como una ley que debe ser interpretada y aplicada. Lo jurídicamente novedoso reside en la positividad de esta ley, que implica la inclusión de la diferencia Derecho constitucional/otro Derecho dentro del Derecho positivo. De esta manera el Derecho puede autoperpetuarse. Otra consecuencia de esta novedad es que conduce al abandono de la tradicional jerarquía de leyes (Derecho divino, natural, positivo); en su lugar, “la Constitución expresa que es en el sistema jurídico mismo donde debe darse la responsabilidad de todo Derecho.”⁶¹⁶

Con el surgimiento del término “inconstitucional” en el siglo XVIII, se comienza a distinguir entre constitucional/inconstitucional y lícito/ilícito y, en ese contexto, la Constitución cobra fuerza. Ahora, cada norma jurídica podría ser inconstitucional, salvo la propia Constitución, ahora el sistema jurídico dispone de un mecanismo –asegurado por la autoexención– para declarar ilícito el Derecho mismo.⁶¹⁷

Luhmann destaca que este desarrollo fue facilitado por la subestimación del carácter jurídico de la Constitución. La Constitución se discutió como un problema de soberanía relacionado con la posibilidad de la violencia política suprema y eso contribuyó a aceptar el argumento de que los tribunales, pese a que pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no pretendían gobernar ni legislar. Esto permitió que “la revolución lógica de

Derecho, a su vez, conducirán al acoplamiento entre política y economía, que se hará notable con los impuestos y en el siglo XX con la figura de los Bancos centrales. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 520. También Luhmann, *La Economía de la Sociedad*, p. 126.

⁶¹⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 543.

⁶¹⁶ Esto podría llevar a pensar que este desarrollo tiene sustento en la tradición del *common law* o en el Derecho civil y, de hecho, durante un tiempo en el siglo XVIII hubo una conexión. Sin embargo, poco a poco el Derecho constitucional adquiere autonomía conceptual fundándose en sí mismo e incorporando contraprincipios, valores, principios morales, pero que, en todo caso, vistos desde el sistema jurídico solo tienen el sentido de normas jurídicas válidas. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 544.

⁶¹⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 544.

sistema jurídico” y su clausura operativa pasara desapercibida o, cuando menos, redujo la presión de tener que responder, antes del desarrollo de los instrumentos jurídicos necesarios para encargarse de las nuevas circunstancias, a lo “catastrófico” que resultaba concebir que el Derecho se producía de forma autorreferencial.⁶¹⁸

Este problema de la autorreferencialidad se había tratado unos dos siglos antes en el contexto del concepto de soberanía, entendida esta, no en su sentido medieval (independencia política frente al emperador y al papa), sino como la unidad del poder estatal dentro de las fronteras territoriales. En ese momento se buscaba que los asuntos religiosos, morales y jurídicos quedaran fuera del juicio de la nobleza; de hecho, ese juicio se consideraba arbitrario y condujo como resultado a que la arbitrariedad se frenara con arbitrariedad, es decir, a que se aceptara únicamente la arbitrariedad soberana del Estado.⁶¹⁹

Desde una perspectiva histórica se puede constatar que “toda posición suprema –la de Dios, al igual que la del Estado soberano– depende de una regla no formulable.”⁶²⁰ Sin embargo, eso no significa, como se pensaba en la época del Estado absoluto, que se puedan tomar decisiones de forma arbitraria en cualquier situación. Fue precisamente la concepción de la soberanía como arbitrariedad la que se abandonó en el Estado moderno constitucional y se reemplazó por un conjunto de esferas con identidades diversas. Esto ocurrió inicialmente mediante el principio de separación de poderes y luego adquirió realidad empírica mediante la diferenciación del sistema jurídico y del sistema político.⁶²¹

En la actualidad esta evolución exige el abandono de una jerarquía fija para establecer la unidad tanto de lo jurídico como de lo político y evidencia cómo operan ambas esferas al mostrar que sus decisiones, más que sustentarse en metarreglas descubiertas por los mismos sistemas, se manejan de manera diversa en cada esfera con la mediación de la Constitución como acoplamiento estructural entre el Derecho y la política.⁶²²

⁶¹⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 544.

⁶¹⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 546.

⁶²⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 546.

⁶²¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 546.

⁶²² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 548.

En síntesis, se puede afirmar que “la Constitución logra soluciones políticas para el problema de la autorreferencia del Derecho y soluciones jurídicas para el problema de la autorreferencia política.”⁶²³ La Constitución es para el Derecho una ley suprema y fundamental, mientras que para la política es un mecanismo para modificar el estado de cosas (política instrumental) y para mantenerlas (política simbólica).⁶²⁴ Estos dos sentidos no se contradicen porque cada sistema opera de forma clausurada.⁶²⁵

9. Los acoplamientos del Derecho administrativo y la política

Se ha señalado que la formación del poder y el uso del poder son medios propios del sistema político que se vinculan, respectivamente, con la toma de decisiones colectivamente vinculantes (para el establecimiento de objetivos) y con la ejecución de estas decisiones (para la consecución de los objetivos). Y se ha explicado que, gracias a acoples estructurales como el Estado de Derecho y la Constitución, el poder se vincula con el Derecho o, mejor, se tiene que valer de las formas jurídicas para tener existencia social. Esta relación entre medio (política) y forma (Derecho) no implica la fusión de ambas esferas, sino una relación de prestaciones recíprocas [Ver Capítulo 2, núm. 5.2].

Los acoples estructurales entre la política y el Derecho facilitados mediante la idea de Estado de Derecho y de Constitución han facilitado la creación del poder. Pero estos no son los únicos acoples estructurales. La ley representa uno de los acoples estructurales más utilizados por ambos sistemas y, aunque tiene distintos significados, tanto para la política como para el Derecho permite que los objetivos políticos y las preocupaciones jurídicas convivan en la sociedad. Esta condición ambivalente de la ley también se puede caracterizar como “el lugar de encuentro que sintetiza los objetivos que subyacen a la garantía que representan tanto la cláusula del Estado de Derecho como el principio

⁶²³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 548.

⁶²⁴ “Es, asimismo, concebible que en muchos países en vías de desarrollo se observe que las constituciones sirven, de manera casi exclusiva, como un instrumento de la política simbólica, porque aún no se ha logrado clausurar operativamente el sistema jurídico y hacerlo impermeable a la influencia de la política y otras fuerzas sociales.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 549.

⁶²⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 548.

democrático: la ley es, a la vez, garante de una conformación social ahormada por los principios propios de un Estado de Derecho y, por otro lado, medio o instrumento de legitimación democrática.”⁶²⁶

Alrededor del concepto de ley se articula el Derecho positivo, por ejemplo, para distribuir competencias entre las autoridades y, especialmente, para determinar responsabilidades y decidir el tipo de control judicial procedente cuando el sistema político crea poder mediante las formas jurídicas previstas. En esta tesis se afirma que el Derecho constitucional (incluyendo dentro de este a los tribunales constitucionales) sería el sistema jurídico especializado que ha ido forjando progresivamente las condiciones para la creación del poder político y para su control y para ello ha tenido como punto de referencia temático al Derecho administrativo [Ver Capítulo 3, núm. 8.2]. De manera similar, el Derecho administrativo representa el lugar en el que el uso lícito del poder ha encontrado sus formas jurídicas más típicas. El hecho de asociar la creación del poder al Derecho constitucional y el uso del poder al Derecho administrativo, en todo caso, no implica que el Derecho administrativo no haga presencia en el proceso de creación del Derecho. Hace presencia de dos maneras. Una como ámbito de referencia temática y otra como sistema jurídico especializado cuando el parlamento usa el poder político conforme a una norma jurídica, no para expedir una ley, sino, por ejemplo, para contratar servicios administrativos o desarrollar actividades similares.

Por el lado de la ciencia del Derecho administrativo, la demarcación puede resultar un poco más clara. Buena parte de los tratados de Derecho administrativo tratan los acoples estructurales entre el Derecho administrativo y la política bajo el título de “formas de actuación administrativa”.

De acuerdo con Forsthoff, es a Otto Mayer a quien se le deben las bases para esta construcción.⁶²⁷ Obviamente Forsthoff no se refiere a las formas de actuación administrativa con la expresión “acoplamiento estructurales”, pero su comprensión muestra que estas formas revisten el carácter de una especie de *punte que une y a la vez separa* a la Administración moderna y al Derecho administrativo. Para Forsthoff, el

⁶²⁶ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 194.

⁶²⁷ Forsthoff, p. 85.

crecimiento y especialización profundo de la Administración moderna conduce a que progresivamente “se hace más difícil abarcar en su totalidad la Administración”⁶²⁸ y “esta tendencia solo puede ser combatida eficazmente por una dirección unitaria y rigurosa que encierre en estrechos límites el egoísmo y particularismo de las ramas administrativas especiales”⁶²⁹, agregando que “no menos importante es también que todas las funciones administrativas diferenciadas se encuentren unidas bajo principios jurídicos generales comunes.”⁶³⁰ Esta explicación de Forsthoff presentada como una especie de lucha entre la malvada administración y el bondadoso Derecho, en el fondo no es más que la muestra de la interacción entre dos esferas totalmente distintas, pero necesitadas de relación. Esta relacionalidad es la que, para Forsthoff, cumplen construcciones como la de las formas de actuación administrativa.

El propósito de este acápite no es discutir sobre estas formas de actuación administrativa sino verlas desde la perspectiva de la teoría de sistemas como acoples estructurales que establecen el uso lícito del poder mediante la forma jurídica adecuada.⁶³¹ No se trata de una tergiversación de las diversas formas de actuación administrativa, porque se dejan tal cual como las ha trabajado la doctrina administrativista –con sus acuerdos y desacuerdos–, simplemente se les da una nueva luz: las formas de actuación administrativa son formas en las que el uso del poder se manifiesta y, también, desde el punto de vista doctrinal ayudan a ordenar el pensamiento, pero, además de esto, también se pueden observar como formas que reflejan la intersección entre la actuación política dirigida al logro de objetivos legislativos y las formas jurídicas previstas para que tales objetivos se vehiculen jurídicamente.

La viabilidad de una comprensión de las formas de actuación administrativa como acoples estructurales entre el uso del poder político y el Derecho administrativo se refleja permanentemente cuando la doctrina administrativista llama la atención sobre las transformaciones del Derecho administrativo, sobre las transformaciones del Estado,

⁶²⁸ Forsthoff, p. 90.

⁶²⁹ Forsthoff, p. 90.

⁶³⁰ Forsthoff, p. 90.

⁶³¹ Para profundizar sobre estas formas cfr. Maurer, p. 183 y ss; Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 317 y ss; Velasco Caballero, «Introducción al Derecho administrativo», p. 73 y ss.

sobre los desafíos del Derecho administrativo, etc. La urgencia con la que se resalta la necesidad de ver las cosas de manera novedosa y de estar al día con la realidad, especialmente, ante unas formas tan antiguas, es directamente proporcional a la contundencia de la vigencia de estas formas, aun en estas realidades que se consideran tan transformadoras. Luego de los llamados de urgencia no queda otra salida que reconocer la importancia de estas formas y actualizar la manera en la que el mundo actual transita a través de ellas.

La separación entre administración (política) y Derecho –acogida en esta tesis– puede explicar este contraste entre lo nuevo y lo viejo que tanto preocupa a los administrativistas. La política (y dentro de esta la administración) y el Derecho, no solo son dos sistemas distintos, sino que operan a velocidades distintas. Por eso, cuando se funda el Derecho administrativo en los órganos políticos, no queda más remedio que estar anunciando huidas o extensiones del Derecho administrativo cada vez que el Estado se contrae o se expande. Vista la unidad operativa del Derecho administrativo como el uso lícito del poder, más que transformaciones, el Derecho administrativo ha tenido estabilidad. El Estado podrá cambiar todo lo que quiera, pero si se quiere usar el poder político de forma lícita se tendrá que acudir a las formas establecidas para el uso del poder por el Derecho administrativo.⁶³² Esta comprensión separada entre política (administración) y Derecho expresa una relación que permite que en la sociedad haya cambio y estabilidad al mismo tiempo. Que las formas de manifestación de la actividad administrativa sean estables, en todo caso, no quiere decir que su comprensión y uso sean estáticos en el tiempo. Para la muestra todas las discusiones sobre la participación ciudadana en la formación de los actos administrativos.

No es necesario ahondar sobre las diversas formas concretas en las que se manifiesta la administración, basta con mencionar que, en la mayoría de los ordenamientos jurídico-

⁶³² Merkl destacó que: “Así como las formas administrativas en sus rasgos fundamentales –como si dijéramos los grandes tipos de actos administrativos– son, en cierto modo, intemporales e internacionales, lo que permanece en el transcurso de las edades y de los Estados, por el contrario el espíritu del tiempo y del pueblo se vacían en forma característica en los contenidos administrativos.” Si no fuera porque es conocido que Merkl consideraba la función administrativa una función jurídica, podría pensarse que esta cita está precisamente reconociendo que la administración no se reduce a una función jurídica. Merkl, p. 289.

positivos, los acoplamientos estructurales entre política y Derecho son básicamente los reglamentos, los actos administrativos y los contratos administrativos. No interesa discutir si los reglamentos son actos administrativos o si hay actos dentro de los contratos y discusiones similares, no es el propósito de la tesis. Simplemente se quería mostrar que estas formas podían verse como las formas típicas mediante las cuales se usa el poder político de acuerdo con las vías jurídicas establecidas y que el uso del poder jurídicamente mediado (decretos, actos administrativos, contratos, etc.) activa simultáneamente al Derecho y a la política, pero no los funde en un solo sistema, cada uno continúa operando de forma clausurada.

Mientras que para el Ministerio de Defensa la compra de un helicóptero busca resolver un problema social, para el tribunal que evalúa la compra es una operación jurídicamente válida (si es que así ocurrió). Un mismo hecho (usar el poder) activa simultáneamente dos sistemas distintos que observan ese mismo hecho bajo su propia racionalidad. El uso del poder es una operación real del entorno del Derecho (política) que el Derecho administrativo traduce a operación jurídica (clausura operativa) a través de los supuestos de hecho de las normas jurídicas (apertura cognitiva) que autorizan el uso del poder conforme a Derecho (código y programas jurídicos).

10. Una relectura del concepto de poder

Se ha dicho que el Derecho administrativo es un sistema social constituido por comunicaciones jurídicas especializadas mediante un sentido temático y que el tema que lo especializa es un tipo de operaciones reales vinculadas con el uso del poder político de acuerdo con una norma jurídica. Por uso del poder político acá se entiende *un comportamiento real que, alegando sustento en una norma jurídica, busca que otro u otros hagan –o dejen de hacer– algo que por sí mismo no harían –o no dejarían de hacer–*. La verificación de esto en la realidad es lo que define la comunicación jurídico-administrativa.

Bajo el concepto de uso de poder político que acá se plantea, la unidad elemental de reproducción del Derecho administrativo no consiste ni en el poder aislado, ni simplemente en la norma jurídica que permite su uso. Si no hay una operación real (uso

del poder) que alegue basarse en una norma jurídica, no emerge el Derecho administrativo. Si una autoridad pretende que alguien haga o deje de hacer algo sin sustento en una norma jurídica, ese comportamiento no se ordenará en el Derecho administrativo, y si la autoridad, además de no alegar la norma jurídica en la que basa su orden, usa la fuerza, ya no está usando el poder sino la violencia. Este evento sale no solo del Derecho administrativo, sino también del sistema político. Si alguien considera que todo eso está mal y denuncia, ahí ya se moverá el Derecho (disciplinario o penal), pero por la comunicación jurídica que otro inicia [Ver núm. 10.1., a)].

En este momento, vale la pena aclarar dos puntos: en esta investigación se hace referencia al “poder político”, no al poder a secas, con el propósito de resaltar que el poder político es aquel que ha transitado por los filtros institucionales [Ver núm. 5], para que el poder no sea simplemente el dominio de la fuerza que generalmente le interesa al Derecho penal. El segundo punto para aclarar es que la expresión “poder político” no debe equipararse con los llamados actos de gobierno o actos políticos que estudia la doctrina administrativista como expresiones del poder que deben estar sometidos al Derecho.⁶³³ Esto es, acá no se entiende el poder político como una esfera que esté libre del Derecho, sino todo lo contrario, se sostiene que el poder político usado con referencia a una norma jurídica es precisamente lo que le interesa al Derecho administrativo.

Para seguir profundizando sobre el concepto de poder que acá nos interesa, es necesario presentar una breve demarcación que permita explicar cómo opera el poder político en el Derecho administrativo y por qué se distingue de la manera en la que el poder opera en otras ramas del Derecho.

10.1. Las relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho penal y entre el Derecho administrativo y el Derecho tributario

10.1.1. Relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho penal

⁶³³ García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)».

El Derecho penal y el Derecho administrativo, especialmente, el Derecho administrativo sancionatorio, tienen una notoria cercanía debido a que ambos resultan manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. No obstante, se destaca que el concepto de poder no se puede comprender de manera reduccionista, esto es, aislada del sistema en el que el concepto es usado, sino que debe entenderse como elemento integrante de una esfera reguladora más amplia. Esta aclaración para destacar que, si bien ambas especialidades jurídicas utilizan el concepto de poder, lo utilizan para efectos distintos.⁶³⁴ El movimiento de la aguja que marca a qué especialidad se apunta, simplemente depende de que el sistema político así lo decida y de que esa decisión se encuentre conforme a Derecho. Lo que hoy es un delito, mañana puede ser una contravención y viceversa. Pero, de nuevo, esta posibilidad de cambio, aparentemente sencilla, lo que muestra es que se trata de dos ámbitos jurídicos distintos con propósitos diversos. Se trata, nada más y nada menos, del reflejo de la manera en la que la sociedad prefiere tratar determinadas conductas.

La creación, uso y control del poder que se puede presentar en el Derecho penal está orientada a un objetivo claro que, dicho de forma muy sencilla, consiste en establecer los delitos, la investigación y el juicio de los mismos, mientras que la creación, uso y control del poder en el Derecho administrativo no tiene ese objetivo. El Derecho penal, desde un punto de vista de su manifestación inmediata, se caracteriza por prohibir conductas, mientras que el Derecho administrativo, aunque también prohíbe algunas conductas, su manifestación inmediata es establecer las condiciones para el ejercicio del poder y, al mismo tiempo y en gran medida, habilitar su uso. El Derecho penal no establece un espacio para el uso del poder político como herramienta para materializar decisiones colectivamente vinculantes, sino que su relación con el poder se enfoca en establecer las condiciones en las cuales el Estado, especialmente las autoridades judiciales, pueden investigar, juzgar y castigar delitos. En la práctica, esta diferencia se manifiesta en que el Derecho penal, por regla general, se manifiesta principalmente a través de instituciones judiciales y no principalmente a través de instituciones de ejecución de políticas públicas.

⁶³⁴ Fenomenológicamente hablando una cortada hecha con un bisturí por un ladrón y por un médico no tienen mayor diferencia, pero jurídicamente hablando se trata de dos hechos totalmente distintos, simplemente porque cada conducta se analiza dentro un dominio existencial con características propias.

Al Derecho administrativo le interesa el poder político que se usa para objetivos estatales, mientras que al Derecho penal solo le interesa este aspecto siempre que ese uso implique un delito. Mientras que al Derecho administrativo le interesa el poder público, al Derecho penal le interesa, no solo el poder público, sino también el poder privado, esto es, aquellas conductas sin autorización política ni jurídica que atentan contra los sujetos de derechos.

Adicionalmente, el Derecho penal y el Derecho administrativo también se relacionan mediante los denominados “delitos contra la administración pública”, pero, esa relación, precisamente, lo que muestra es que se trata de dos esferas distintas. Mientras que el Derecho penal en este caso establece y juzga los delitos que atentan contra la administración pública, el Derecho administrativo habilita la actuación de la administración pública. Aquí resalta la importancia de los acoples estructurales entre el Derecho administrativo y la política (núm. 9): si el poder se usa -en términos de la dogmática penal- de manera dolosa (y demás categorías equivalentes para efectos penales) por fuera de los mecanismos que conectan el poder político y el Derecho en una actuación jurídicamente permitida, la consecuencia es que, además de tratarse de una conducta discrepante con el Derecho administrativo, se tratará de una conducta que entra en los terrenos del Derecho penal porque no se trató del uso del poder político conforme a una norma jurídica, que es la comunicación jurídica que precisamente caracteriza al Derecho administrativo.

10.1.2. Relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho tributario

De manera similar a lo que ocurre con el Derecho penal, el Derecho administrativo tiene un estrecho vínculo con el Derecho tributario en la medida en que comparten una institución: el poder político. También, de forma parecida a la explicación ofrecida en el numeral anterior, se considera que el hecho de que estas dos especialidades compartan el poder político como institución para operar, no quiere decir que no se pueda distinguir entre el Derecho administrativo y el Derecho tributario.

Es conocida en la doctrina tributarista la discusión sobre si el Derecho tributario es una disciplina autónoma o independiente de otras, especialmente, del Derecho administrativo. De acuerdo con esto, una salida fácil a la pregunta sobre la diferencia entre las dos especialidades jurídico-positivas que se analizan en este numeral, teniendo en cuenta que,

en principio, el concepto de comunicación jurídico-administrativa también podría entenderse aplicable al Derecho tributario, sería acoger la posición doctrinal que señala que el Derecho tributario es una subespecialidad del Derecho administrativo y, en esa medida, comparte sus instituciones básicas. Sin embargo, acá no se sigue esa salida.

Independientemente de las discusiones doctrinales sobre si el Derecho tributario es una subespecialidad del Derecho administrativo o una especialidad autónoma -sin que se exprese con total claridad en tales debates doctrinales cuáles son las consecuencias de que el Derecho tributario sea una “subespecialidad” o una “especialidad”-, para esta investigación lo relevante es poder distinguir entre una especialidad y otra o entre una especialidad y cualquier otra cosa independientemente de si es o no una especialidad autónoma.⁶³⁵

En el numeral anterior ya se indicó que para distinguir entre sistemas no se puede acudir a un análisis reduccionista y, de la misma manera en la que se distinguió el Derecho administrativo del Derecho penal, acá el sentido temático es, aunque un punto de partida, la clave para distinguir. De acuerdo con esto, cuando se utiliza el poder político con base en una norma jurídica y el propósito de este uso es crear, ejecutar o recaudar tributos y controlar esa actividad, puede decirse que se estará frente al Derecho tributario. Si este último propósito no se verifica, se estará frente al Derecho administrativo. Para ponerlo en términos metafóricos, es como si el Derecho tributario recorriera una buena parte del camino construido por el Derecho administrativo y, en cierto punto, tomara un desvío del camino para ir a otro lugar. Si el análisis solo tiene en cuenta la parte del camino que recorren ambas especialidades (la institución del poder político), sería difícil distinguir entre ellas. En cambio, si se tiene en cuenta el sentido temático (sobre qué discuten Alter y Ego y sobre qué no) y el propósito de cada especialidad (a qué objetivo apunta), podría llegarse a una distinción clara.

⁶³⁵ Esto por la diferenciación sistema/entorno. Ver Capítulo 2, núm. 2 y 5.

10.2. La parte sumergida del iceberg: la doble presencia de los recursos públicos en el marco del uso del poder político⁶³⁶

En los numerales anteriores se han presentado los acoples estructurales entre el Derecho y la política como los vínculos mediante los cuales se debe desenvolver el uso del poder político para considerarse conforme a Derecho (núm. 9) y se han explicado las concepciones tradicionales del poder (núm. 3) y sistémicas del mismo (núm. 4) para poder tener las bases que permitan -en este numeral- destacar una arista del poder que es tan -o más- importante que el poder en el sentido más conocido.

No obstante, que acá se haga una lectura crítica del poder en sentido tradicional, como el típico uso de la fuerza a través del poder policía, no quiere decir que esa arista del poder no sea importante. Simplemente, para efectos expositivos, se ha tratado de hacer una crítica a un lado para que resalte la importancia del otro. Aun así, para alumbrar la importancia de todos los sentidos del poder político, se intentará mostrar una especie de estructura que subyace a este fenómeno y que comienza cuando termina el proceso de creación del poder en el sistema político.

Una vez el poder político se ha creado mediante los procesos de formación del poder legítimo en el sistema político [Ver núm. 5] entra en escena el Derecho administrativo de manera completa, es decir, no solo como tema de referencia [Ver núm. 2.4], sino como todo un sistema jurídico con sus dos niveles de operación [Ver núm. 2.5].

Usar el poder político implica no solo usar el poder en el sentido tradicional, esto es, como ejercer la capacidad para tomar decisiones unilaterales vinculantes. Para que esto pueda ocurrir es necesario que el uso del poder político disponga de recursos públicos. El uso de recursos públicos en el marco del Derecho administrativo aparece de dos formas: la primera, y más evidente, es el uso de recursos públicos como contenido de una decisión que se vale del uso del poder político, como, por ejemplo, cuando una autoridad

⁶³⁶ La mayor parte de este numeral se desarrolló gracias a la estancia de investigación adelantada en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, adelantada entre los meses de abril a agosto del año 2022, cuyo título fue “*Public resources as a normative criterion. Functional analysis between legal institutions of Colombian, Spanish and European Union law*”.

administrativa ordena que se haga algún gasto con destino a algún sujeto de derechos. La otra forma, menos evidente o, prácticamente, ignorada, es aquella que se presenta en el uso del poder en el que el contenido de la decisión no tiene por objeto directo la disposición de recursos públicos, sino cualquier otro objetivo, como, por ejemplo, resolver un recurso contra alguna decisión administrativa o imponer una sanción a una empresa. ¿De qué manera aparecen acá usados los recursos públicos? La respuesta es: aparecen como medio que permite la toma de decisiones administrativas. Para resolver un recurso contra un acto administrativo o para imponer una multa se requiere de funcionarios, de instalaciones, de computadores, de impresoras, de tiempo, etc. Sin embargo, la atención de la doctrina no se enfoca en este aspecto, tal vez por la misma razón por la que los seres humanos olvidamos que “*we see stars through empty space; [o que] we hear the sound of a bell through the air*”.⁶³⁷

De acuerdo con esto, se puede decir que, el uso de recursos públicos se puede presentar dos veces: como contenido de una decisión administrativa y como medio para que pueda tomarse cualquier decisión administrativa.

Debido a la comprensión clásica del poder, especialmente su orientación al conflicto y a su comprensión como una posesión de quien lo ejerce [Ver núm. 3.2], es difícil no pensar el uso del poder como una especie de potestad inherente a la Administración para imponerse unilateralmente, sancionando al incumplidor y restableciendo el orden perturbado. Esta arista es aún muy relevante, pero no es la única. Desde una visión sistémica este no sería más que un acercamiento a lo que podría ser una de las maneras

⁶³⁷ Las estructuras que median nuestra cognición del mundo se estudia en el estimulante ensayo de Heider.

de usar de poder.⁶³⁸ El uso lícito del poder se puede presentar de formas distintas y acá se intentará resaltar algunas de las menos evidentes.⁶³⁹

El caso de otorgamiento de subsidios, ayudas o subvenciones, por ejemplo, parecería todo lo contrario al ejercicio de poder, ya que el beneficiario desea el subsidio, esto es, no está haciendo algo que no quisiera. Sin embargo, esta es una visión parcial de la realidad, porque el otorgamiento de un subsidio no solo es la disposición de un bien escaso⁶⁴⁰ del que otros quedan excluidos por la fuerza de la decisión, sino porque es la disposición de fondos públicos. Quien otorga el subsidio no está dando nada suyo con base en un poder para disponer de lo suyo.⁶⁴¹ La administración pública, de acuerdo con los hechos y

⁶³⁸ En el ámbito del Derecho internacional público, Von Bogdandy et. al proponen moverse de una concepción clásica del poder (que califican de concepción “funcional”) hacia una concepción que llaman “normativa”. Independientemente de las categorías epistemológicas usadas para referirse a las teorías, es interesante resaltar que, en su concepción de la autoridad (para nuestros efectos equivalente al poder), plantean –para el ámbito internacional– desmarcarse de una idea de poder similar a la de la doctrina administrativista, esto es, como la coerción y el poder soberano que ejerce el Estado sobre los individuos. Von Bogdandy et. al plantean entender el ejercicio de autoridad (de poder) en un sentido más amplio: como la capacidad jurídica para determinar a otros y reducir su libertad mediante diferentes mecanismos, que van desde la producción de decisiones y regulaciones hasta la divulgación de información, como rankings, etc. Armin von Bogdandy, Philipp Dann, y Matthias Goldmann, «Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities», en *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law* (Berlin, Heidelberg: Springer, 2010), p. 11.

⁶³⁹ Gamero destaca que “En nuestra tradición jurídica parece arraigada la idea de que la potestad administrativa es estrictamente un poder coercitivo, desfavorable, de *imperium*: sanciones, expropiaciones, órdenes de policía administrativa... Sin embargo, tanto el Derecho positivo como la jurisprudencia más reciente —se observa una evolución en sus postulados tradicionales— evidencian que cada vez se abre paso con mayor solidez un concepto de potestad más amplio y omnicompreensivo, que abarca manifestaciones de carácter favorable —como las subvenciones, la adjudicación de contratos o incluso el gasto público en su conjunto— a las que no se apareja la nota de la ejecutoriedad, aunque sí la de unilateralidad (y su correlato de ejecutividad).” Eduardo Gamero Casado, «El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), p. 33.

⁶⁴⁰ Luis Arroyo y Dolores Utrilla, *La administración de la escasez* (Madrid: Marcial Pons, 2015), p. 26.

⁶⁴¹ Esto no solo en un sentido empírico, sino también jurídico. En Colombia, cfr. el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

supuestos normativos, decide, y esa decisión implica el uso del dinero público y la exclusión de otros. En el otorgamiento del subsidio, el poder no se ejerce en relación con quien resulta beneficiado del subsidio, sino en relación con todos aquellos que no resulten beneficiados, incluso en relación con todos los que tributan al Estado. Pero no solo esto, se ha resaltado que el ejercicio de las actividades administrativas son estructuralmente mediadas, esto es, requieren de estructuras que normalmente implican el uso de recursos públicos, por eso, en el caso de los subsidios se puede decir que, en pocas palabras, el poder se ejerce contra los terceros (los no beneficiados) que, en virtud del medio simbólico del poder, aceptan la decisión de la autoridad para disponer de los recursos públicos, pero también el poder se ejerce -de manera sobreentendida- porque la actividad administrativa para conceder subsidios implica disponer de un aparato administrativo que se vale de fondos públicos. Si esto no ocurriera, por ejemplo, porque la estructura encargada de otorgar los subsidios fuera un ente privado, la arista del poder político que queda en juego es únicamente la que tiene la organización privada para conceder o negar los subsidios.

De nuevo: el Derecho administrativo no aparece del solo comportamiento ni de la sola existencia de la norma. Si una autoridad dispone de recursos públicos sin fundamento en una norma jurídica y nadie se opone, es probable que se haya valido del poder, pero ese hecho por sí solo no hace emerger el Derecho administrativo. Es como un robo que nadie denuncia. En el mismo sentido, la sola existencia de normas jurídicas que establecen cómo se dispone de los recursos públicos tampoco hace emerger el Derecho administrativo. El Derecho administrativo no se mueve porque existan normas jurídicas, sino porque alguien –por cualquier medio– manifiesta usarlas de forma lícita en el marco de un comportamiento real. Para que emerja el Derecho administrativo es necesaria una operación real conectada a una norma jurídica. En el caso de la autoridad que usa el poder para disponer de recursos públicos sin fundamento en una norma jurídica, el Derecho administrativo –incluso el penal– emerge cuando alguien considera (comportamiento real) que esa disposición de recursos vulnera el Derecho (conectado a norma jurídica).

Veamos otro ejemplo de aplicación del Derecho administrativo explicado por el uso del poder para disponer de recursos públicos. En sus clases sobre servicio público Alberto Montaña destaca un ejemplo de la experiencia colombiana a propósito de la liberalización de los servicios públicos que tuvo lugar a comienzos de los años 90 del siglo pasado. Con

fundamento en la ley,⁶⁴² muchos alcaldes comenzaron a celebrar contratos privados para conceder la prestación de servicios públicos a particulares. El problema fue que, en los contratos privados no se tuvo en cuenta que, dentro de la “concesión” del servicio público (entre comillas porque la prestación ya era libre), se estaba entregando gratuitamente el patrimonio público (infraestructura, terrenos, etc.) a los particulares.

Este ejemplo muestra una primera operación en la que se usó el poder para disponer de recursos públicos con base en una norma jurídica y una segunda operación en la que se consideró que la primera operación violaba el Derecho. En la primera operación se desplegó un comportamiento real (entregar la prestación del servicio) con un sustento jurídico (artículo 31 original de la Ley 142) que terminó ordenando la operación jurídica en el Derecho privado.⁶⁴³ En la segunda operación se desplegó otro comportamiento real (se consideró ilegal la primera operación) fundado en normas jurídicas (ley de contratación pública). En la segunda operación se alegó que, si bien la ley permitía “conceder” la prestación del servicio bajo el Derecho privado, no permitía entregar gratuitamente los recursos públicos (infraestructura) a los particulares. En nuestras palabras, en la segunda operación se alegó que se usó el poder para disponer de recursos públicos sin sustento en una norma jurídica que lo autorizara, en otras palabras, hubo un uso ilícito del poder. El problema terminó en una modificación de la ley⁶⁴⁴ para aclarar que, en esos casos (en los que hubiera infraestructura pública), la concesión tenía que regirse por la ley de contratos públicos. Esto era obvio porque, si bien la liberalización de los servicios públicos en teoría autorizaba el régimen de Derecho privado, la práctica era más compleja porque la prestación del servicio se hacía con base en recursos públicos. En este caso se evidenció que la aplicación del Derecho administrativo no se fundamentó en la idea de fin de servicio público (porque este ya se regía por el Derecho privado), ni de órgano (porque la ley lo autorizaba a acudir al Derecho privado), sino que el Derecho administrativo se aplicó porque se usó ilícitamente el poder para disponer de los recursos

⁶⁴² Artículo 31 (original) de la Ley 142 de 1994.

⁶⁴³ El artículo 31 (original) de la Ley 142 decía: “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios” no se regirán por la ley de contratos públicos.

⁶⁴⁴ Artículo 3 de la Ley 689 de 2001 que modificó el artículo 31 de la Ley 142.

públicos (la infraestructura pública que se estaba entregando por fuera del marco de la ley de contratación pública).

En lo que tiene que ver con el concepto de Derecho administrativo, la doctrina solo se ha enfocado en la punta del *iceberg*: el típico poder de policía vinculado con el ejercicio de la fuerza física. Esta imagen colectiva del poder está fuertemente impregnada en las mentes y en la sociedad porque fue precisamente el tipo de poder del que más se narra haber abusado en la sociedad pre-moderna.⁶⁴⁵ Pero, en una sociedad en la que la violencia ha logrado expropiarse a los individuos y estos han aceptado de manera general su monopolización por parte del Estado, lo que se torna realmente necesitado de atención y estudio es lo que queda oculto, esto es, el poder para usar los recursos públicos.⁶⁴⁶ La disposición de recursos públicos es una operación doblemente vinculada al poder. Si realizar una acción económica consiste, según Weber, en “un ejercicio *pacífico* del poder de disposición”,⁶⁴⁷ cuando esa disposición no la realiza el propio agente, sino un tercero,

⁶⁴⁵ Cualquier persona de la sociedad actual, especialmente que viva en los llamados países en vía de desarrollo, pondría en duda esta afirmación. Todo el tiempo se ve y se presencia abuso del poder. Acá no se trata de afirmar que la sociedad pre-moderna era malvada y que la moderna es benévola o menos malvada. Lo que se destaca es que, desde el punto de vista de la divulgación del conocimiento, especialmente en las ciencias sociales, se ha estudiado y enseñado el poder, el Estado y la sociedad moderna haciendo énfasis en una especie de narrativa en la que la humanidad logró vencer la maldad, se organizó, le quitó el monopolio del poder al hombre y se lo entregó al Estado para que organizara la convivencia. Aunque algunos autores intentan demostrar que el mundo actual es menos violento que el anterior (cfr. Steven Pinker, *The better angels of our nature: why violence has declined* (New York: Viking, 2011).) la concepción sistémica no busca explicar el poder como algo bueno o malo, sino que se esfuerza por describir y explicar el poder como un mecanismo evolutivo de la sociedad. Esto, por supuesto, no impide los juicios morales sobre el uso del poder. Al contrario, cuanto mejor se describa el poder, más crítico se puede ser frente a él.

⁶⁴⁶ Aunque no desarrollada específicamente bajo la idea del uso del poder para disponer de recursos públicos, Montaña ya ha previsto esta posibilidad de que la “función administrativa existe de manera independiente a los mecanismos de su concreción, y por ende, le es ajeno el problema de si su actuación implica autoridad o no.” Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*. También en Alberto Montaña Plata, *El concepto de servicio público en el Derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), p. 212 y ss.

⁶⁴⁷ Citado por Dirk Baecker, «Prefacio a la edición española», en *La economía de la sociedad* (México D.F.: Herder, 2017), p. 57. A propósito de esa cita, destaca Baecker que “con ello [Weber] expresó de manera precisa la ambivalencia de un poder sobre cosas y personas”. Baecker, p. 57.

este ejerce un poder doble: dispone de los recursos del agente y restringe el poder de disposición de este.

Lo que se pretende en este punto es llamar la atención sobre el carácter complejo del poder político y sobre la necesidad de estudiarlo con más detalle. Se ha destacado que la toma de decisiones vinculantes mediante el ejercicio del poder político requiere de recursos públicos, pero, a su vez, para disponer de recursos públicos se requiere del poder político. Al parecer, el concepto de poder político contiene una especie de estructura doble que coincide con el esquema medio/fin y que opera de forma circular e intercambiable. Toda actividad administrativa tiene la forma medio/fin, pero, generalmente, la atención se centra en el fin, en el resultado perseguido (por ejemplo, la multa, la sanción, la autorización, el subsidio, etc.). Con esto no se desconoce que para que se pueda tomar una decisión, es necesario cumplir con un procedimiento administrativo, es decir, no se ignora la forma medio(procedimiento)/fin(acto administrativo). Sobre lo que se llama la atención acá es sobre lo que hace posible todo lo anterior: para que haya un procedimiento y opere y para que se tome una decisión administrativa, es necesario el uso de recursos públicos.

10.3. Una comprensión amplia o abstracta del concepto de recursos públicos

El poder para usar recursos públicos es el poder que más se usa y el que menos se estudia desde la teoría del Derecho administrativo, probablemente por algunas de las siguientes razones: i) el aspecto del poder en el que se ha enfocado la doctrina administrativista [Ver núm. 3]; ii) la desconexión de los fundamentos teóricos del Derecho administrativo con la teoría de las finanzas públicas, con la economía y, especialmente, con la historia de la sociedad; iii) en relación con lo anterior, la asunción de que el uso de los recursos públicos es un objeto de estudio exclusivo tanto de la doctrina del Derecho presupuestal⁶⁴⁸ o de la hacienda pública como de la doctrina del Derecho tributario; iv) adicionalmente, el ruido y la molestia social que genera la corrupción ha contribuido a que el poder para usar

⁶⁴⁸ Aunque Schmidt-Aßmann no acude al uso del poder para disponer de los recursos públicos como elemento configurador del Derecho administrativo, tiene muy clara la importancia del Derecho presupuestal en la teoría del Derecho administrativo y llama la atención sobre la necesidad de mayores estudios en este aspecto del poder. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 34.

recursos públicos se aborde desde una perspectiva principalmente punitiva y que las aristas de creación y uso del poder para disponer del dinero público queden como algo que se da por hecho, que no requiere estudio; y, finalmente, v) el enfoque de toda la atención en las manifestaciones directas de las decisiones administrativas y el consecuente olvido de los medios necesario -al que se hizo referencia en el numeral anterior- para que estas decisiones administrativas puedan tomarse.

Ya se han explicado las relaciones y diferencias que tiene el Derecho administrativo con el Derecho tributario [Ver núm. 10.1., a)] y argumentos similares pueden ofrecerse para las relaciones y diferencias del Derecho administrativo con el Derecho presupuestal.

A pesar de su fuerte relación con el presupuesto público, la distinción entre el uso lícito e ilícito del poder para disponer de recursos públicos como unidad elemental del Derecho administrativo no reduce esta rama al Derecho presupuestal. Mientras que al Derecho presupuestal le interesa identificar las fuentes de los recursos públicos y reunir, ordenar, identificar, clasificar y hacer seguimiento a la ejecución presupuestal de los mismos, al Derecho administrativo solo le interesa el *uso lícito* de esos recursos públicos con base en un *poder* contemplado en una norma jurídica. Mientras que para el Derecho presupuestal el concepto de recursos públicos (o similares) sirve para ordenar el sistema público presupuestal, para el Derecho administrativo sirve para identificar una manera lícita o ilícita de usar el poder.⁶⁴⁹

En síntesis: claro que el Derecho administrativo, el Derecho tributario y el Derecho presupuestal guardan una fuerte relación, de hecho, parte de la doctrina considera que estas dos últimas son partes especiales del Derecho administrativo, pero acá no interesa ese debate. Lo que se quiere resaltar es que el Derecho administrativo se puede distinguir de estas dos especialidades y ello no impide que puedan tener elementos comunes.

⁶⁴⁹ En España esta diferencia se puede evidenciar en la variedad de normas jurídicas presupuestales dependiendo del órgano (cfr. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, artículo 2) y en la unidad del Derecho administrativo (cfr. normas que establecen el ámbito de aplicación del Derecho administrativo, citadas en el Capítulo 1, núm. 2). Esto es, mientras que para el Derecho presupuestal un órgano con autonomía presupuestal puede resultar excluido de las reglas generales de presupuesto, para el Derecho administrativo esto no interesa, solo interesa que se ejerzan potestades administrativas, es decir, uso de poder para disponer de los recursos públicos.

El Derecho tributario y el Derecho presupuestal recorren unos caminos hasta los cuales al Derecho administrativo no le interesa llegar, porque a este solo le interesa dedicarse a un tramo: el uso del poder político conforme a una norma jurídica. En relación con la actividad administrativa, se puede decir que el Derecho administrativo establece las condiciones generales y las derivas evolutivas de esa actividad serían las que dan resultado a otras especialidades jurídicas que se valen del camino construido por el Derecho administrativo, esto es, de sus instituciones básicas.

Partiendo de las relaciones y diferencias entre el Derecho administrativo y el Derecho tributario y el Derecho presupuestal y, justamente, teniendo estas relaciones y diferencias como horizonte de referencia se propone una comprensión amplia o abstracta de la idea de recursos públicos.

Con una comprensión amplia se quiere decir: usar recursos públicos por supuesto que significa usar recursos derivados de los presupuestos públicos, esto es, los contemplados en las leyes anuales de presupuestos públicos; usar fondos que hacen parte del llamado Tesoro de la Nación, es decir, todos aquellos bienes tangibles e intangibles que se consideran de titularidad estatal; y, claro, desarrollar actividades para recabar estos recursos, mediante la actividad tributaria. Pero lo que le interesa al Derecho administrativo no es establecer las condiciones específicas de esos tipos de gestión de recursos públicos, sino establecer las condiciones para el desarrollo de todo lo que tienen de común las anteriores versiones del uso del poder político para disponer de recursos públicos, esto es, crear las condiciones para todo ejercicio del poder político que esté destinado a usar recursos públicos.

En el numeral 9 de este capítulo se hizo referencia a estas condiciones al estudiar las formas a través de las cuales el sistema político puede actuar conforme a Derecho cuando ejerce poder. Se trate de un asunto presupuestal, tributario, de crédito público, etc., siempre que la actividad desarrollada por el sistema político implique el uso del poder conforme a una norma jurídica, aparece el Derecho administrativo ofreciendo los instrumentos de actuación y los mecanismos de control de tales actuaciones. Todo el ejercicio del poder político relacionado con el uso de recursos públicos se debe vehicular a través de las instituciones del Derecho administrativo (reglamentos, actos

administrativos, procedimiento administrativo, contratación estatal, bienes públicos, empleo público, responsabilidad estatal, etc.)

La arista del uso del poder para disponer de recursos públicos se ha venido descubriendo progresivamente desde mediados del siglo XX y se ha hecho evidente en la medida en la que el Derecho administrativo ha venido incluyendo dentro de sus límites el uso del poder para disponer de recursos públicos por parte de poderes estatales como los parlamentos, tribunales y órganos constitucionales. Este proceso ha comenzado internamente en los Estados⁶⁵⁰ y en los últimos años se ha visto reforzado en Europa en virtud de la importancia del régimen presupuestal para el funcionamiento de la Unión Europea.⁶⁵¹ Para la perspectiva presupuestal las organizaciones al servicio de todos los poderes estatales (no únicamente del Ejecutivo) son fuentes de uso de recursos públicos y por ello

⁶⁵⁰ En España la administración parlamentaria ha sido estudiada por Juan Antonio Martínez Corral y Francisco Visiedo Mazón, «Las potestades administrativas del Parlamento», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, ed. Eduardo Gamero Casado (Dir.) (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), p. 555 y ss. En esta misma obra se estudia la administración judicial (Pedro Luis Roás Martín, «El ejercicio de potestades administrativas por el Poder Judicial», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), p. 493 y ss.). En Francia hay normas que, desde 1958, atribuyen al contencioso-administrativo el conocimiento de asuntos administrativos de los parlamentos exteriorizados a través de contratos. El Consejo de Estado francés (Conseil d'État, Assemblée, du 5 mars 1999, 163328.) ha sostenido que los contratos celebrados por las asambleas parlamentarias con vistas a la realización de obras públicas tienen el carácter de contratos administrativos y que, por consiguiente, corresponde al tribunal administrativo conocer de los litigios relativos a las decisiones por las que los servicios de estas asambleas proceden a su adjudicación en nombre del Estado; que lo mismo ocurre con las decisiones relativas a los contratos celebrados con vistas a la explotación de las instalaciones de las asambleas cuando estos contratos tienen el carácter de contratos administrativos. En otra decisión del Consejo de Estado se evidencia cómo el Derecho de la Unión Europea ha impulsado la distinción entre la función estatal y el medio del que se vale para su materialización. Cfr. Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 10/07/2020, 434582. En Alemania este asunto también genera inquietudes similares y se comienza a distinguir entre la función estatal y sus medios. Cfr. Peter Schindler, «Die Verwaltung des Bundestages», en *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis* (Berlin: De Gruyter, 1989), p. 849; Erichsen y Ehlers, pp. 678-79.

⁶⁵¹ Esta idea y el impacto del uso de recursos públicos en la configuración del Derecho administrativo español se muestra en Silvia Díez Sastre y Ester Marco Peñas, «La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental», *Revista española de Derecho administrativo*, 205 (2020).

destinatarios de su Derecho. Estas normas de la Unión han conducido a reforzar la aplicación del Derecho administrativo a todos los poderes estatales que se valgan de los recursos públicos para desarrollar sus funciones.

Ahora, aunque el uso de recursos públicos ha generado el efecto –en diversos ordenamientos jurídicos como el colombiano, el español y el de la Unión Europea– del establecimiento y aplicación de reglas de Derecho público, no se puede afirmar que la doctrina reconozca explícitamente el uso de recursos públicos como causa generadora de la aplicación de un régimen de Derecho público especial. En Europa y en España, la aplicación de reglas de Derecho público, independientemente de los conceptos doctrinales clásicos (como el de Administración pública), se ha considerado posible en la doctrina reciente gracias a los denominados “conceptos de carácter funcional, que priman la sustancia económica sobre la forma jurídica.”⁶⁵²

Como señalan Díez y Marco, para que un ente se clasifique en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC-2010), sus normas jurídicas “no toman en consideración la forma legal de la entidad”,⁶⁵³ sino que se acude al concepto de unidad institucional, la cual es definida como “una entidad económica que se caracteriza por su autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal”.⁶⁵⁴

En el Derecho colombiano, se acude a un concepto similar para determinar la aplicación de normas jurídico-presupuestales y, por esa vía, la exigencia de aplicar formas típicas del Derecho administrativo, independientemente de los criterios clásicos para identificar el Derecho administrativo. Mediante conceptos como los de “sección presupuestal” y “unidad ejecutora”, se trate de una Administración pública del Ejecutivo, del Congreso de la República, de la Rama judicial o de órganos constitucionales autónomos, para el uso de recursos públicos deben respetarse reglas del Derecho administrativo.⁶⁵⁵

⁶⁵² Díez Sastre y Marco Peñas.

⁶⁵³ Díez Sastre y Marco Peñas.

⁶⁵⁴ Díez Sastre y Marco Peñas.

⁶⁵⁵ Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Estos ordenamientos jurídicos muestran que, al lado de los criterios clásicos de la doctrina para identificar la aplicación del Derecho administrativo, existen otros criterios que se enfocan en el aspecto económico público de la actividad de los entes estatales.

Por su parte, los trabajos enmarcados en la llamada “administración de la escasez”⁶⁵⁶ pueden ilustrar con más claridad lo que acá se ha pretendido señalar en torno al concepto de recursos públicos. De acuerdo con estos estudios, la resolución de los problemas de escasez de algunos tipos de recursos ha sido desde siempre una actividad a cargo de los entes estatales, pero tras su expansión en las últimas décadas, “parece haberse generalizado la conciencia de las carencias que presentan algunas soluciones proporcionadas desde el Derecho administrativo.”⁶⁵⁷ Como salida a estas carencias, sin desconocer la especificidad que cada sector puede tener dependiendo de sus características especiales, se han identificado problemas y soluciones comunes a todos los sectores especiales que ameritan un tratamiento sistemático. Según estos estudios “[d]esde una perspectiva normativa puede incluso afirmarse que esos elementos homogéneos de carácter transversal representan la materialización sectorial de exigencias constitucionales comunes que, precisamente por ello, deben ser identificadas y elaboradas dogmáticamente desde el Derecho administrativo general.”⁶⁵⁸

En síntesis, se puede ver que todas estas tendencias legislativas y sus correspondientes estudios doctrinales muestran que la aplicación del Derecho administrativo y de reglas de Derecho público no se puede explicar completamente mediante los criterios tradicionales de la doctrina y, en consecuencia, plantean metodologías en las que se acude a conceptos funcionales y a sistemas basados en los aspectos comunes que comparten las distintas especialidades sectoriales del Derecho administrativo.

Esta investigación coincide con estas nuevas tendencias en la necesidad de explorar nuevos caminos para explicar de una manera más completa el ámbito de aplicación de reglas especiales como las del Derecho administrativo o del Derecho público y como

⁶⁵⁶ Arroyo y Utrilla.

⁶⁵⁷ Arroyo y Utrilla, p. 25.

⁶⁵⁸ Arroyo y Utrilla, p. 27.

propuesta alternativa o complementaria a las mencionadas, plantea una comprensión abstracta del concepto de recursos públicos y una visión más amplia del poder y su uso.

El uso del poder para disponer de los recursos públicos puede ser la operación jurídica que en mayor medida mueve y ha movido el Derecho administrativo,⁶⁵⁹ pero esto no se ha podido observar porque la doctrina ha buscado la explicación del Derecho administrativo primero en el poder basado en el uso de la fuerza física y luego en los órganos y sus actividades. Reducido el uso del poder a la fuerza, es comprensible que el poder haya dejado de servir para explicar el Derecho administrativo y que la doctrina considere anacrónico cualquier estudio relacionado con el poder.

Un análisis de supresión mental de causas muestra que el Derecho administrativo no se explica ni por la presencia de la Administración pública ni por la presencia de la función administrativa, entendidas ambas en los términos planteados por la doctrina tradicional [Ver Capítulo 1]. En otras palabras, existe Derecho administrativo sin Administración pública y sin función administrativa. Sin embargo, no hay uso de poder –que disponga de la fuerza o de los recursos públicos– que no venga acompañado del Derecho administrativo. Esto no solo es un hecho verificable en los órganos públicos, sino también en las organizaciones privadas. Si un sujeto privado tiene la posibilidad de usar el poder, siempre hace presencia el Derecho administrativo, con lo que el uso del poder, más que la bondadosa colaboración con el Estado, parece que explica de forma más plausible, o al menos con un referente empírico, la aplicación del Derecho administrativo a los sujetos privados.

El concepto de administración pública funciona para explicar el Derecho administrativo solo hasta cierto punto, pero, cuando desaparece la Administración, el criterio orgánico deja de funcionar, a menos que se “explique” el hecho (la presencia del Derecho

⁶⁵⁹ A mediados del siglo XIX, uno de los padres fundadores del Derecho administrativo afirmaba: es la administración la que crea los medios de recurso, la que organiza los tribunales, la que instituye a los jueces y la que presta su fuerza para la ejecución de sus decisiones. Y preguntaba: ¿No es la administración la que exige y recauda de cada uno de nosotros la parte de nuestros ingresos que la ley exige para la protección de todos, la que la aplica a los servicios públicos y la que da cuenta de ella a los representantes del país? Macarel, p. 7. (Traducción libre)

administrativo sin Administración) como un hecho anormal, es decir, a menos que la explicación consista en afirmar que el mundo está equivocado, no la tesis explicativa.

Un reciente estudio en España de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), ha movido a la doctrina a concebir explicaciones –de temas de interés para el Derecho administrativo– “sin Administración”. Este estudio ofrece una respuesta al amplio ámbito de aplicación de la LTE, que “incorpora no solo a la Administración pública y a otros sujetos públicos, sino también a diversas entidades de naturaleza privada”⁶⁶⁰ con base en dos criterios: el uso de fondos o dinero público y el ejercicio de tareas públicas.⁶⁶¹ La tesis que acá se plantea se encuentra en línea con el primer criterio e intenta incorporar el segundo dentro del primero, básicamente, porque el propósito de esta tesis consiste en explicar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo en general, no solo de un sector. Esta generalidad hace que el concepto de tareas públicas sea demasiado amplio para delimitar el Derecho administrativo.

El concepto de tarea pública puede quedar incorporado dentro del concepto propuesto en esta tesis: el *uso del poder* (tanto para disponer de la fuerza como para disponer de los recursos públicos) y, de esa manera, la tarea pública como desarrollo de una competencia legalmente creada, queda restringida solo al *uso* [Ver núm. 2.4. y Capítulo 3, núm. 8.3.]. Esto es, se excluye a los parlamentos cuando crean el poder (leyes), pero no cuando lo usan; se excluye a los tribunales cuando ejercen su función judicial, pero no cuando usan el poder; se excluye a los órganos autónomos en sus funciones misionales, pero no cuando usan el poder; se excluye al ejecutivo cuando ejerce sus funciones político-constitucionales; pero no cuando usa el poder;⁶⁶² y, en sentido inverso, se incluye a los

⁶⁶⁰ Álvaro González-Juliana Muñoz, *Transparencia administrativa sin Administración. El acceso a la información en poder de sujetos privados* (Cizur Menor: Aranzadi, 2022), p. 32.

⁶⁶¹ González-Juliana Muñoz, p. 355.

⁶⁶² Esto es de alguna manera resaltado por Kirchhof cuando distingue entre los objetivos de la acción estatal y los medios para ello. Por eso destaca que el Estado se constituye o se siente, más que en sus tareas, en sus modos de acción. Paul Kirchhof, «Mittel staatlichen Handelns», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III* (Heidelberg: C. F. Müller, 1988), p. 59. Dentro de lo primero estaría el ámbito de las funciones constitucionales y dentro de lo segundo estará el ámbito de los medios para cumplir las funciones constitucionales. Lo primero se relaciona con la creación del poder o la consecución

particulares que usen el poder tanto para disponer de recursos públicos como para disponer de la fuerza (en los pocos casos en que este último supuesto se verifica). Este arreglo, en todo caso, exige que el concepto de uso de poder propuesto en esta tesis sea explicado en relación con el principio de separación de poderes y, posteriormente, en relación con los conceptos de administración pública, función administrativa y potestad administrativa. Ese será parte del objetivo del siguiente capítulo. Pero antes de pasar a ello, es necesario finalizar con un asunto de vital importancia para el Derecho administrativo y aunque ya se ha tocado en algunas apartes de la tesis, no se le ha dado el nombre con el que la doctrina lo identifica: la discrecionalidad administrativa.

10.4. Consecuencias de la tesis en relación con la discrecionalidad administrativa

Hablar de “uso del poder” lleva a preguntarse sobre las condiciones de ese uso. La doctrina tradicional, se refiere a estas condiciones como el ejercicio de facultades regladas y de facultades discrecionales y el debate más álgido se ha centrado en estas últimas. Este es un debate bastante conocido en la doctrina administrativista, así que no se replicará en este punto y tampoco hay espacio para hacerlo.⁶⁶³ En este numeral simplemente se explicará cómo se articula la discrecionalidad administrativa bajo el enfoque acogido en la tesis.

Aunque no se ha utilizado la expresión “discrecionalidad administrativa”, en apartes anteriores ya se han sentado algunas premisas para abordar este tema, especialmente, cuando se trató la programación del sistema jurídico [Ver Capítulo 3, núm. 6.2.], la

de objetivos previstos en la Constitución, lo segundo se relaciona con el uso del poder (previamente creado) para cumplir con lo primero.

⁶⁶³ Sobre la discrecionalidad administrativa pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: Mariano Bacigalupo Saggese, «La vinculación de la Administración pública a la Ley y el Derecho», en *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Francisco Velasco Caballero y Maria Mercè Darnaculleta i Gardella (Madrid: Marcial Pons, 2023). Especialmente la Parte I de Eva Desdentado Daroca, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico* (Navarra: Aranzadi, 1999). También el libro de Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid: Tecnos, 1993). En Colombia puede consultarse el trabajo de Hugo Alberto Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007).

relación entre política y Derecho [Ver Capítulo 4, núm. 7] y los niveles de operación del sistema jurídico [Ver Capítulo 2, núm. 2.3., Capítulo 3, núm. 8.3. y Capítulo 4, núm. 2.4.].

A partir de las mencionadas premisas, se realizarán dos aclaraciones principales en relación con la discrecionalidad administrativa debido a las dudas que pueden surgir del enfoque teórico acogido en esta investigación.

La primera aclaración, que en cierta medida ya se planteó en el numeral 2.6., es que el hecho de que en la teoría sistémico-jurídica de Luhmann se planteen dos niveles de operación, con los tribunales en el centro del segundo nivel de operación, no quiere decir que toda la actividad administrativa tenga que estar judicialmente controlada. En otras palabras, el enfoque acogido en esta tesis no plantea una especie de fijación por el control judicial de la actuación administrativa debido a que el sistema jurídico puede operar normalmente en la periferia o en un primer nivel de operación sin ningún problema. Lo que se defiende es que, bajo el enfoque acogido, la última palabra en cuanto a lo que es conforme o discrepante con el Derecho administrativo la tienen los tribunales. Por mucho que se defienda la importancia de la discrecionalidad administrativa (la cual no se niega acá), siempre que existan dudas sobre la conformidad o discrepancia con el Derecho de una actuación administrativa desarrollada en el marco de facultades discrecionales será necesaria una decisión judicial. Pero una cosa es que existan facultades discrecionales y otra es la forma de diferenciación del sistema jurídico que se acoge en esta tesis, que, en todo caso, en nada cuestiona la existencia de las llamadas facultades discrecionales.

La segunda aclaración que se hace es que el hecho de que bajo la teoría de sistemas se distinga entre la administración pública y el Derecho⁶⁶⁴ no implica, ni que aquella quede libre del Derecho, ni -como se dijo- que este cubra cada milímetro de su actividad. La administración pública, como subsistema del sistema político, tiene una racionalidad distinta a la racionalidad del sistema jurídico y, en ese sentido, cumplen funciones y desarrollan actividades diferenciadas. El punto clave para este enfoque está, por un lado,

⁶⁶⁴ Bajo la teoría de Luhmann, se recuerda que el sistema político se distingue, a su vez, en tres subsistemas: el público, la política en estricto sentido y la administración pública [Ver núm. 5.2.]. Esta distinción ha sido acogida por Darnaculleta, *Autorregulación y derecho público...*, p. 38 y ss.

en la programación de la administración pública y, por otro lado, en los acoples estructurales entre estos dos sistemas. ¿De qué manera?

Como todos los sistemas sociales, la política y la administración pública están programadas mediante normas jurídicas (generalmente, mediante leyes). Se puede decir que esta es una prestación que cumple el Derecho respecto de otros sistemas sociales [Ver núm. 5.2., Capítulo 3]. Pero, además de la programación procedente del Derecho, todos los sistemas sociales tienen la capacidad de autoprogramarse.⁶⁶⁵

De acuerdo con Luhmann, la programación característica del Derecho es una programación condicional, mientras que la programación de la política, incluyendo dentro de esta, a la administración pública, es una programación finalista [Ver núm. 6.2., Capítulo 3], pero que este sea el caso, no ha impedido que en los sistemas político y jurídico estos tipos de programación se presenten de manera combinada, siendo preponderante, en todo caso, la programación finalista en la política -porque busca resultados, cumplir objetivos- y la programación condicional en el Derecho porque esta subyace a su estructura lógica (si esto/entonces esto).

Siguiendo su programa, la administración pública, como subsistema del sistema político, busca resolver problemas sociales y para esto cumple objetivos, metas. En esta función se distingue del Derecho. Por eso se dice que la administración pública no hace Derecho, sino política. Esto, como ya se ha dicho, no quiere decir que la administración pueda buscar sus objetivos a como dé lugar, sino que su actividad debe ser conforme a Derecho, Derecho que, también se ha dicho, es un sistema distinto porque este no hace política.

En esta investigación lo que se ha sostenido es que la administración pública, aunque no solo ella [Ver núm. 7, Capítulo 5], siempre tiene que actuar observando el Derecho administrativo cada vez que use el poder político conforme a una norma jurídica. Esto quiere decir que, si se va a imponer unilateralmente sobre otro sujeto de derechos para

⁶⁶⁵ Esta característica de los sistemas sociales la aborda Darnaculleta bajo la idea de la capacidad de autorregulación que tienen los sistemas técnicos en la sociedad. Darnaculleta, *Autorregulación y derecho público...*, p. 65 y ss.

disponer de sus recursos públicos o para coaccionarlo, tendrá que hacerlo mediante las instituciones que le ofrece el Derecho administrativo [Ver núm. 9].

¿Y dónde queda la discrecionalidad administrativa bajo la teoría de sistemas? Debido a que la administración pública está programada de forma combinada, desarrolla su actividad buscando alcanzar fines, siempre y cuando esa búsqueda cumpla con las condiciones impuestas por el Derecho. En este sentido, la administración pública tiene discrecionalidad para hacer lo suyo, pero atendiendo siempre algunas reglas básicas que impone el Derecho.

De acuerdo con esta configuración, cada vez que se cuestiona jurídicamente la actuación de la administración, los tribunales resuelven el caso teniendo en cuenta los programas que rigen en cada caso la conducta de la administración cuestionada y, dependiendo de la combinación entre programas finales y condicionales que se presente, se reconocerá mayor o menor grado de actuación a la administración. Esto es lo que se conoce en la doctrina anglosajona bajo el nombre de deferencia judicial. Sin embargo, por cuestiones de espacio, no será posible profundizar más sobre este punto.

Capítulo 5. Separación de poderes, administración pública y función ejecutiva, bajo un enfoque sistémico

La relectura del concepto de poder planteada en el Capítulo anterior y las críticas a las explicaciones basadas en los conceptos subjetivos (como el de Administración pública en España) y en los conceptos materiales (como el de función administrativa) realizada en el Capítulo 1, exigen una explicación sobre la manera en la que el concepto de uso del poder político propuesto en esta tesis se relaciona con los conceptos, ya no doctrinales, sino jurídico-positivos del Derecho administrativo. Esto es, con las expresiones utilizadas en algunos ordenamientos jurídicos como “Administración pública”, “función administrativa”, “potestad administrativa”, “función ejecutiva” y, por supuesto, con el principio de separación de poderes acogido constitucionalmente por la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales.⁶⁶⁶

El desafío de ofrecer una relectura de algunos de los conceptos jurídicos clave del Derecho administrativo, a partir del concepto de uso del poder político y del enfoque sistémico, comienza por el principio de separación de poderes (1). Este esquema clave de organización política ha sido un pilar básico para el desarrollo del Derecho administrativo, pero, al mismo tiempo, ha sido fuente de dificultades, entre otras cosas, porque no es fácil delimitar cada una de las tres clásicas funciones estatales, especialmente, la ejecutiva, muchas veces llamada administrativa. Este uso intercambiable de conceptos lleva a preguntarse: ¿Es la función administrativa una función estatal? Debido a que no hay una respuesta unívoca clara, se ha planteado un concepto negativo de la función administrativa que tampoco parece resolver la incertidumbre. Aquí se intenta una salida que aboga por una necesaria distinción entre la

⁶⁶⁶ Parados en el sistema de la ciencia jurídica, se intentará ofrecer una explicación -alternativa a la doctrinal dominante- de las expresiones mencionadas utilizadas en el Derecho positivo. Que en esta tesis se haya tomado una postura crítica que involucre los conceptos de Administración pública y de función administrativa, no significa que se desconozca que estos conceptos existen en el Derecho positivo. En realidad, las críticas han sido sobre las explicaciones doctrinales y no sobre el Derecho positivo [Ver Capítulo 1, núm. 6].

función ejecutiva y la función administrativa (2), que parte por vincular a esta última con el uso de recursos públicos e intenta mostrar que este vínculo se puede rastrear en obras tan capitales para el Derecho administrativo como *El espíritu de las leyes* (3).

Replanteada la función administrativa, el paso siguiente es darle un lugar claro a la función ejecutiva, esto es, entenderla como un sistema de comunicación entre el poder político creado y las organizaciones administrativas (4). Con la relectura de la función administrativa y de la función ejecutiva, se regresa nuevamente al esquema de separación, para estudiarlo con algunas distinciones propias del enfoque sistémico (5). Esto permite tener un punto de apoyo para explicar cómo se entiende la administración pública en la tesis (6) y, finalmente, poder pasar a ofrecer un intento de cuadro armónico entre la función ejecutiva, la administración pública y la separación de poderes (7). Llegados a este punto, ya es posible utilizar el enfoque sistémico y los conceptos desarrollados en la tesis, para abordar el tema de la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado (8). Con este punto se cierran las principales grietas que se generan de cualquier intento de mover los cimientos de un edificio y se puede mostrar cómo se explicarían algunas de las normas jurídico-positivas del Derecho administrativo que generan incertidumbre (9). Para finalizar con la misma estructura del Capítulo 3, se cierra la tesis proponiendo una relectura de la historia del Derecho administrativo partiendo del concepto de uso de poder como unidad elemental del Derecho administrativo (10).

1. El uso del poder y la separación de poderes

Las explicaciones del Derecho administrativo siempre han estado vinculadas al esquema de separación de poderes, bien porque se sustentan en él o bien porque se apartan de él [Ver Capítulo 2, núm. 5]. Quienes acogen el esquema de separación de poderes asumen que el Derecho administrativo es el Derecho de solo uno de los tres poderes. Aquí se abren dos alternativas: el Derecho administrativo es el Derecho de la Administración pública y el Derecho administrativo es el Derecho de la función administrativa. Ante el fracaso de estas dos vías, se dice: el Derecho administrativo no se basa en la separación

de poderes, sino en el ejercicio multiorgánico del poder. La separación de poderes –se sostiene– es impracticable.⁶⁶⁷

Si se intenta explicar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo desde el concepto de Administración pública, queda una parte de la realidad (Derecho positivo) sin explicar, esto es, el Derecho administrativo aplicado a sujetos distintos de la Administración pública. Si se acude a una explicación desde la noción de función administrativa, tampoco hay una salida porque no se ha delimitado qué fenómenos empíricos entran en esa noción y, por último, si se descarta el principio de separación de poderes para explicar el Derecho administrativo se tiene que desconocer que el Derecho positivo reafirma este principio, incluso constitucionalmente. ¿Cómo salir de esta encrucijada? La respuesta que acá se ofrece es: mediante un cambio de comprensión, que comienza con la pregunta: ¿es la función administrativa una función estatal?

1.1. La función administrativa, ¿una función estatal?

⁶⁶⁷ Se hacen estas afirmaciones a pesar de que se trata de un esquema recogido en muchas de las constituciones del mundo occidental (Ver: <https://www.constituteproject.org/>. Incluso en Reino Unido, en donde se carece de una constitución escrita, se considera que hay varios propósitos que justifican la necesidad de clasificar los poderes del gobierno como de carácter legislativo, administrativo o judicial. Bradley, Ewing, y Knight, p. 576 y s.), usado por los jueces y por los abogados como criterio de decisión y como estándar normativo (Christoph Möllers, «Separation of Powers», en *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, ed. Roger Masterman y Robert Schütze (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), p. 243 y s. Sobre su utilidad como herramienta de razonamiento judicial en el Reino Unido: Roger Masterman, *The separation of powers in the contemporary constitution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), p. 31.). En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional considera que la separación de poderes es uno de los pilares fundamentales de la Constitución de 1991 (Sentencia de la Corte Constitucional C-170-2012. En algunas sentencias ha declarado inexecutable disposiciones que atentan contra la separación de poderes: Sentencia de la Corte Constitucional C-288-2012); en España la idea de separación de poderes es acogida como un principio relevante presente en la Constitución española de 1978 (Cfr. Entrena Cuesta, pp. 27-28. También Oriol Mir Puigpelat, «El Derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo», en *Ius Publicum Europaeum. El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, ed. Armin von Bogdandy y Oriol Mir Puigpelat (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), p. 189.); y en Alemania opera como un principio organizativo de los productos que derivan tanto del principio de Estado de Derecho como del principio democrático (Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 189.)

Una de las maneras intuitivas para explicar el Derecho administrativo es vincularlo con una de las tres funciones estatales. De esta manera el Derecho administrativo se entiende como el régimen jurídico de la función ejecutiva o de la función administrativa.⁶⁶⁸ Esta estrategia funciona como un punto cardinal que evita el problema de las definiciones reduccionistas,⁶⁶⁹ aunque no ha resultado completamente exitosa porque el problema del reduccionismo también afecta a las explicaciones de la separación de poderes. En otras palabras, el esquema de separación de poderes evita que las definiciones del Derecho administrativo se ahoguen en el reduccionismo, pero no puede salvarse a sí mismo de ahogarse.⁶⁷⁰ No se volverá en este punto sobre el problema de los conceptos de Derecho administrativo mencionados en el Capítulo 1. Aquí interesa –de manera muy breve por el espacio y el tiempo disponible para la investigación– los problemas de los conceptos de la separación de poderes.

Los problemas conceptuales con el esquema de separación de poderes comienzan con la dificultad para definir cada una de las tres funciones estatales y se transmiten a las disciplinas jurídicas que se interesan de manera concreta en cada una de las funciones. De acuerdo con esto, para el Derecho administrativo el problema es ¿cómo se puede definir la función en la que tradicionalmente se ha enfocado? La dificultad para encontrar una respuesta muestra que el comienzo del camino del estudio del Derecho administrativo está empantanado. Solo con un paso superficial es posible avanzar porque, de lo contrario, se corre el riesgo de hundirse en las dificultades para encontrar una definición positiva

⁶⁶⁸ Los conceptos de función ejecutiva y de función unas veces se utilizan como conceptos intercambiables y otras veces como conceptos distintos. Sobre esto se volverá en el numeral 4.

⁶⁶⁹ ¿En qué consiste este problema? Cuando se intenta definir un objeto de manera puramente reduccionista, esto es, tratando de descomponerlo en sus partes más pequeñas, la definición puede resultar inútil para distinguir lo definido de otras cosas. Por ejemplo, si se define una casa como un conjunto de ladrillos, pegados con cemento, de acuerdo con unas bases estructurales, etc., es difícil distinguir entre casas, edificios, monumentos, etc.

⁶⁷⁰ El Capítulo 2 –que expone la teoría de sistemas– es una alternativa al reduccionismo que, sin desconocer la existencia de niveles locales, destaca la importancia de los niveles emergentes (sistemas) y aborda la circularidad no como un problema sino como una característica de los sistemas comunicativos. [Sobre la circularidad creativa cfr. Francisco Varela y Jean-Pierre Dupuy, *Understanding origins* (Dordrecht: Springer-Science, 1992); Paul Watzlawick y Peter Krieger, *El ojo del observador* (Barcelona: Gedisa, 1995).] La teoría de sistemas también incluye ideas (o características) tan básicas de la cognición como la observación y el tiempo que generalmente son ignoradas en la teoría del conocimiento dominante.

para esta función. Por eso, una alternativa ha sido acudir a las llamadas definiciones negativas o residuales.

1.2. Las dudas sobre el concepto de función administrativa

Los puntos sin explicar sobre el ámbito de aplicación Derecho administrativo que no resuelven las tesis doctrinales basadas en criterios orgánicos, tampoco son resueltos por las tesis doctrinales basadas en los criterios funcionales. Debido al fracaso de los intentos de definiciones positivas de la función administrativa,⁶⁷¹ en la doctrina permanece una concepción negativa o residual de la función administrativa. Sin embargo, cuando el Derecho administrativo se basa en esta concepción, el problema comienza con la delimitación de aquello que pueda ser la función administrativa.

La noción negativa de función administrativa ha servido para que la presencia del Derecho administrativo en sujetos distintos de la Administración pública no se entienda como si el Derecho positivo –y no su explicación– estuviera equivocado, pero no ha operado como un concepto explicativo. La noción negativa, más que como un concepto, ha operado como la bolsa dentro de la cual se meten todas las actividades “en principio” estatales que no se pueden explicar por referencia a ellas mismas, sino por referencia a otras actividades estatales que sí tendrían una explicación autónoma más o menos clara. “En principio”, porque se piensa que la función administrativa es una de las tres funciones del Estado. Sin embargo, ello no es totalmente claro.

No solo la función original al lado de las funciones legislativa y judicial se denomina función ejecutiva⁶⁷² (o función de gobierno en algunos textos de Derecho positivo), sino que las mismas constituciones políticas así lo reconocen y, al mismo tiempo, también reconocen la existencia de una función administrativa. Esto explica por qué algunos autores tratan de forma diferenciada la función ejecutiva y la función administrativa.⁶⁷³

⁶⁷¹ Ver Capítulo 1, num. 1. Sobre los avances y límites del concepto de procura existencial cfr. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 180.

⁶⁷² Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), pp. 156-57.

⁶⁷³ Para Santi Romano la función administrativa es solo una parte, aunque la mayor, de la función ejecutiva. Santi Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Seconda ed (Milano: Guiffirè, 1946), p. 171. Carré de Malberg, por su parte, explica que, en Francia, a la potestad administrativa se la llama ejecutiva

A esto se suma el hecho de que el Derecho positivo consagra que los particulares desarrollan funciones administrativas, pero no consagra que los particulares desarrollen funciones legislativas, ejecutivas o judiciales,⁶⁷⁴ con lo que permanece un espacio de incertidumbre, no solo frente al contenido de la función administrativa, sino en cuanto a su posición frente a las funciones estatales. En todo caso, que no se pueda encontrar una definición para esa escurridiza función estatal, no significa que en ordenamientos jurídicos en los que no se utiliza el término “función administrativa”, no se acuda a conceptos funcionales equivalentes.

1.3. La potestad administrativa o el ejercicio de autoridad como nociones funcionales: dudas sobre el concepto, no sobre el fenómeno

Antes de continuar con las críticas a la concepción negativa de la función administrativa, es importante resaltar que la noción “función administrativa” no siempre tiene su reflejo en el Derecho positivo. En el Derecho español de las últimas décadas, por ejemplo, en donde buena parte del tiempo ha tenido influencia la concepción subjetiva u orgánica del Derecho administrativo,⁶⁷⁵ la expresión “función administrativa” es extraña o prácticamente inexistente.

porque constitucionalmente toda actividad de la administración está dominada por la ley “en el sentido de que esta última función solamente puede ejercerse, por su misma definición, para la ejecución de las leyes”. Carré de Malberg, pp. 215-16.

⁶⁷⁴ Salvo la justicia arbitral que “supone el ejercicio de la función jurisdiccional por particulares”. Sentencia de la Corte Constitucional C-378-2008. Esto confirma lo sostenido en el capítulo 3 de esta tesis: la función del Derecho, a través de los tribunales, no es la de resolver conflictos (porque estos se pueden resolver de diversas formas), sino la de mantener la vigencia de las expectativas normativas. Resolver conflictos sí es una prestación del Derecho, pero no su función exclusiva. Si se concibe la función judicial como el mecanismo del Derecho para mantener las expectativas normativas no hay particulares que desarrollen una función en este sentido. La justicia arbitral –al menos en el Derecho colombiano– no puede disponer sobre todo el Derecho, sino solo sobre la controversia concreta. A diferencia de los tribunales, los árbitros no pueden cambiar el orden constitucional, temas del estado civil, asuntos de soberanía, etc. En pocas palabras, mientras los tribunales garantizan las expectativas normativas sobre el Derecho, manteniéndolas o cambiándolas, los árbitros solo pueden resolver los conflictos concretos a ellos sometidos con base en el Derecho vigente.

⁶⁷⁵ Al exponer los diversos criterios para explicar el Derecho administrativo, Muñoz Machado señala que “[e]n España, en verdad, todos los autores modernos han sido tributarios de unas u otras de las teorías expuestas. Pero las doctrinas dominantes se han situado más cerca de la caracterización del Derecho

En la doctrina que fue dominante en España desde mediados del siglo XX, la comprensión del Derecho administrativo asume una especie de orden lógico, en el que se crea o aparece la Administración pública y luego se le asignan tareas. La noción de potestad administrativa contribuyó, no solo a explicar este orden lógico al considerarse que la potestad es la atribución con la que cuenta la Administración pública para actuar,⁶⁷⁶ sino que además resaltó la inutilidad de identificar una función administrativa ya que “se trata claramente de relaciones creadas o innovadas por la actuación de dichas potestades que como tales no preexisten a dicha actuación ni son correlativas a la titularidad de las potestades.”⁶⁷⁷ Bajo esta perspectiva, sea lo que sean las actividades administrativas, lo importante es identificar que estas se ejercen en el marco de las potestades con las que cuenta la Administración pública. La noción de potestad administrativa operó como una especie de receptor de la variedad inherente a la acción de la Administración y no solo se convirtió en alternativa al concepto de función administrativa, sino que prácticamente desterró el término “función administrativa” del Derecho positivo y de la estructura teórica fundada en la equivalencia Administración pública = potestades administrativas.⁶⁷⁸

Bajo esta concepción doctrinal, debido a que lo definitorio del Derecho administrativo es la Administración pública, la expresión “función administrativa”, en la medida en que condensa una explicación distinta del Derecho administrativo, sale del entramado semántico e incluso del legislativo, al tiempo que las insuficiencias del concepto

Administrativo atendiendo a la singularidad del sujeto —la Administración— al que se aplican sus instituciones y que utiliza sus técnicas, que cualquier otra.” Por eso se refiere en a la “La singularidad de las construcciones doctrinales españolas: el abandono del concepto de servicio público y de la noción de poder público para sustituirlas por concepciones orgánicas y subjetivas puramente formales”. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. p. 49 y 50.

⁶⁷⁶ García de Enterría y Fernández, p. 488.

⁶⁷⁷ García de Enterría y Fernández, p. 487.

⁶⁷⁸ Antes de la tesis de García de Enterría, en España se habían planteado tesis que explicaban el objeto del Derecho administrativo a partir de actividades y funciones administrativas o ejecutivas. Incluso se destacan algunos autores contemporáneos y posteriores a García de Enterría que intentan retomar esta estrategia funcional. Cfr. Alli Aranguren, pp. 108-9.

“Administración pública” -para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo- se intentan cubrir con otras expresiones distintas.

El concepto de “ejercicio de la autoridad” por resultar “inherente a los poderes públicos”, por ejemplo, se utiliza en la LCSP para excluir los servicios que no pueden externalizarse mediante un contrato (artículo 17). Este mismo concepto se utiliza en la LRJSP para señalar que las sociedades mercantiles no pueden tener “facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública” (artículo 113). En sentido similar, en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP también se utiliza el término “potestades públicas” para identificar las funciones que corresponden en exclusiva a los funcionarios públicos (artículo 9.2) y a los ciudadanos españoles (artículo 57).

Por otro lado, en algunas disposiciones jurídicas elementales del Derecho administrativo español, el concepto de “potestades administrativas”, tradicionalmente representante de lo que hace la Administración pública, ahora también se predica de las entidades de Derecho privado vinculadas a aquella. El ámbito de aplicación de la LPAC (artículo 2), de la LRJSP (artículo 2) y de la Ley 19/2013 (artículo 4) a los sujetos de Derecho privado, por ejemplo, se determina mediante el concepto de “potestades administrativas”.

Estos dos grupos de ejemplos señalados en los párrafos anteriores muestran, no solo que el concepto de Administración pública -por sí solo- es insuficiente para determinar el ámbito de aplicación del Derecho administrativo, sino que el Derecho positivo español también debe acudir a conceptos funcionales que no necesariamente implican actividades imputables a las Administraciones públicas, sino también a otros poderes públicos y a sujetos de Derecho privado.

Para efectos del Derecho administrativo y su relación con las funciones estatales, surge la duda de cómo se podría calificar la función que cumplen estos otros poderes públicos o los sujetos de Derecho privado en estos ejemplos del Derecho español. Surge la duda de si conceptos funcionales, como los de potestad administrativa o ejercicio de autoridad, se pueden ubicar en el esquema de las funciones estatales. Sobre esto se volverá en el numeral 8.4.5. y en el numeral 9. Por ahora es necesario profundizar sobre los problemas que enfrenta la denominada definición negativa o residual de la función administrativa.

1.4. La noción de función administrativa negativa como cuasiconcepto

Desde la teoría de la ciencia una explicación consiste en una formulación que, observando los fenómenos a explicar, genera el fenómeno explicado en una proposición, que se comprime en un concepto que, a su vez, permite deducciones de otros fenómenos no contenidos en la pura descripción.⁶⁷⁹ Por ejemplo, las relaciones entre personas que intercambian cosas (observación del fenómeno a explicar), explicadas como el “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁶⁸⁰ (proposición que reformula el fenómeno observado), se llaman contrato (concepto) y conceden a las partes derechos como la propiedad, el usufructo, etc. (deducción de otros fenómenos). En casos de este tipo, se observa que el concepto (contrato) explica un fenómeno por referencia a hechos de la realidad (relaciones entre personas), que se delimitan (solo aquellas en las que se contraen obligaciones) y que permiten deducir otros fenómenos (propiedad, arriendo, acciones legales, etc.).

Un concepto explicativo divide⁶⁸¹ el mundo⁶⁸² en dos partes: el mundo explicado (lado interno), constituido por relaciones limitadas entre elementos [*un contrato es = a+b-c*] y el mundo no explicado (lado externo). La noción residual de función administrativa

⁶⁷⁹ Maturana y Varela, *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano*, p. 14. Silvia Díez señala que los conceptos explicativos de la realidad son principalmente temas de la ciencia básica y que su aplicación al Derecho (y a otras ciencias afines) tendría que modularse, porque se “trata de analizar el trabajo puramente intelectual que opera sobre realidades creadas por el hombre”. Silvia Díez Sastre, «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31 (2015), 105-35. Para el contraste de esta posición ver capítulo 2, 1.1.

⁶⁸⁰ Artículo 1495 del Código Civil colombiano.

⁶⁸¹ Spencer-Brown lo explica como ningún otro autor: “To *explain*, literally to lay out in plane where particulars can be readily seen. Thus to *place* or *plan* in flat land, sacrificing other dimensions for the sake of appearance. Thus to *expound* or *put out* at the cost of ignoring the *reality* or *richness* of what is so put out. Thus to take a view away from its *prime reality* or *royalty*, or to gain knowledge and lose the kingdom.” George Spencer-Brown, *Laws of Form* (New York: E.P. Dutton, 1979), p. 126. De forma menos metafórica, Díez resalta que “[l]a formación de conceptos selecciona una parte de la realidad y desecha otra.” Díez Sastre.

⁶⁸² Mundo acá es todo lo que puede tener significado para la mente humana. Sobre este concepto de mundo cfr. Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, p. 24 y ss.

(“todo aquello que no sea legislar ni juzgar”) es una estrategia particular, porque no procede identificando relaciones limitadas entre elementos (lado interno), pero tampoco deja el mundo sin explicar (lado externo), por eso se puede decir que el fenómeno que se busca explicar mediante la noción de función administrativa residual no está totalmente explicado o, en otras palabras, está cuasi-explicado.

La consecuencia de acudir a una estrategia de explicación residual es que no queda claro si el fenómeno a explicar queda completamente explicado mediante el término “función administrativa”, por lo que la noción residual de función administrativa ni es un concepto explicativo, pero tampoco es una renuncia a ofrecer una explicación. Quienes estudian los conceptos⁶⁸³ categorizan estos casos como cuasiconceptos, porque “casi” alcanzan a ser un concepto⁶⁸⁴ y, a su vez, aunque no son conceptos en estricto sentido, esto es, conceptos explicativos, sí se pueden considerar como conceptos nominales porque funcionan como un nombre para cosas que tienen cierta semejanza, pero cuya relación no está clara.⁶⁸⁵

Vincular el estatus explicativo de la noción residual de función administrativa⁶⁸⁶ con el de un cuasiconcepto o de un concepto nominal muestra lo que en realidad ocurre con la noción de función administrativa: hay algo que falta para lograr la explicación y, por tanto, que puede seguirse investigando. Hasta el momento la noción de función administrativa como recipiente o puro nombre (no como explicación) ha cumplido un importante rol, pero “[a]l decir de un concepto que es nominal estamos reportando un fracaso interpretativo. Por eso, es una afirmación que está siempre expuesta a ser refutada

⁶⁸³ R. Bartsch, «Concept formation, Truth and Norm», en *Meaning and the lexicon* (Berlín: De Gruyter, 1985), pp. 417-24.

⁶⁸⁴ Refiriéndose a la llamada función cuasijurisdiccional, Andrés Ospina, señala que el “cuasi” determina que faltaría algún elemento de la explicación, que puede ser el procedimiento, el litigio o el órgano jurisdiccional. Esto significaría que la explicación no es satisfactoria y el “cuasi” precisamente lo hace evidente. Andrés Ospina Garzón, «L ‘ activité contentieuse de l ‘ administration en droit français et colombien» (Université Panthéon-Assas - Universidad Externado de Colombia, 2012), p. 370.

⁶⁸⁵ De acuerdo con Moore “A nominal kind is simply a set of individual things that shares no nature save a common name used to refer collectively to the class.” Michael Moore, *Placing blame: a theory of the criminal law* (London: Oxford University Press, 2010), p. 19.

⁶⁸⁶ Destaca Atria que “puede perfectamente haber conceptos jurídicos nominales, pero su identificación es siempre negativa.” Atria, p. 145.

elaborando una teoría de ese concepto, es decir una explicación del mismo”.⁶⁸⁷ Por eso se dice que la noción residual de función administrativa, más que “explicar” la aplicación del Derecho administrativo a sujetos distintos de la Administración pública, permite agrupar bajo un mismo nombre un conjunto de actividades que no parecen representar el ejercicio de función legislativa ni de función judicial, pero deja dudas respecto de otro tipo de actividades estatales y no estatales.

La ventaja de la estrategia residual es que no descalifica la realidad (considerando la aplicación del Derecho administrativo a órganos distintos de la Administración pública como una anomalía) y reconoce implícitamente que debe seguirse investigando.⁶⁸⁸ A continuación, se sostendrá que la falta de un concepto doctrinal para explicar aquello que el Derecho positivo califica como función administrativa radica en una imprecisión histórica: haber asumido que la función administrativa es una de las tres funciones estatales y, haberla confundido con la función ejecutiva. Esto, a su vez, ha conducido a otra imprecisión: pensar que el Derecho administrativo es el Derecho de una de las tres funciones estatales.

2. La indistinción de la función ejecutiva y la función administrativa en la doctrina

La mayoría de los estudios sobre la separación de poderes –en el Estado moderno–⁶⁸⁹ siempre dejan en la sombra una cuestión que es decisiva para entender el Derecho

⁶⁸⁷ Atria, p. 145.

⁶⁸⁸ Alberto Montaña sostiene que “la complejidad del fenómeno administrativo y la dificultad de trazar siquiera unas características que logren de manera inequívoca diferenciar las actividades que lo conforma, nos conduce a seguir esta lógica” residual o negativa del concepto de función administrativa, pero resalta: “[s]omos conscientes de la trascendencia que representaría hacerlo de manera positiva”. Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*.

⁶⁸⁹ Fenske destaca que una historia conceptual de la separación de poderes debe tener cuidado de no retroceder demasiado, no sea que se convierta en una historia de la moderación del poder estatal en general. Hans Fenske, «Gewaltungsteilung», en *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 2. E-G*, ed. Reinhart Brunner, Otto; Conze, Werner; Koselleck (Stuttgart: Ernst Klett Verlag, 1974), pp. 923-24. Esta advertencia es muy relevante porque destaca que la relación es la misma *poder-control del poder*, pero debe analizarse en el tiempo y en el espacio.

administrativo. Los textos que abordan la separación de poderes, especialmente los de Derecho administrativo, estructuran –directa o indirectamente– la exposición del Derecho administrativo a partir de la famosa formulación de Montesquieu: hay en todos los Estados tres clases de poder: el legislativo, el ejecutivo y el judicial⁶⁹⁰ y, poco a poco, comienzan a desaparecer las referencias al poder ejecutivo y aparece el poder administrativo, a veces como sinónimo de aquel, pero generalmente reemplazándolo. ¿Por qué?, ¿cómo?

Uno de los hallazgos más curiosos de esta investigación es haber percibido una especie de contrariedad en relación con la interpretación de las funciones ejecutiva y administrativa: mientras la primera se interpreta de manera puramente fáctica, la segunda se interpreta de manera puramente jurídica. Esto llevó a considerar que la función ejecutiva era “pura aplicación material de la ley” y que la función administrativa no podía ser lo que aparecía en la realidad, esto es, administración de las cosas ajenas, sino que tenía que ser algo puramente jurídico. Como se puede ver en las siguientes referencias, al caerse en estos extremos interpretativos, la función ejecutiva terminó siendo un concepto ignorado o una actividad temida y la función administrativa terminó ocupando su lugar. En la actualidad, muchas obras de Derecho administrativo,⁶⁹¹ especialmente las que siguen la tradición francesa, se refieren sin reservas a la función administrativa o a la Administración pública como si fueran uno de los tres poderes estatales, entendiendo por poder, bien una persona jurídica o bien una función jurídica. ¿qué pudo haber impulsado esta curiosidad?

Es probable que la idea del “Estado de Derecho” haya impulsado esta interpretación extremista. La idea del Estado de Derecho buscaba someter a toda costa al poder, sometiéndolo a las formas jurídicas y al control judicial. Al evidenciarse que el ejecutivo

⁶⁹⁰ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, pp. 156-57.

⁶⁹¹ En España Royo Villanova y Garrido Falla sí distinguen, aunque llegan a definiciones diversas. Para el primero “la función administrativa no puede compararse a la legislativa, ejecutiva y judicial (...) es administrativa toda actividad que se propone la realización de los fines del Estado”. Antonio Royo Villanova, *Elementos de Derecho administrativo* (Valladolid: Librería Santarén, 1940), p. 47. Para el segundo autor, la función administrativa no es una de las tres funciones del Estado, sino que “la Administración pública es un complejo orgánico integrado en el Poder ejecutivo.” Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho administrativo, Vol I, Parte General*, 13a ed. (Madrid: Tecnos, 2002), p. 44.

—también llamado en esa época gobierno— desarrollaba labores políticas y administrativas, aquellas se trataron como labores sin importancia o como labores que no deberían quedar inmunes al Derecho⁶⁹² y de esta manera las funciones ejecutivas o se ignoraron o se trataron de incorporar al Derecho administrativo como un tema puramente administrativo.

Al pretender juridificar toda la esfera política, se ha considerado la función ejecutiva o como una esfera peligrosa⁶⁹³ o como una esfera de menor importancia porque representa la idea de pura ejecución de normas jurídicas.⁶⁹⁴ El método reduccionista empírico llevó a Duguit, a pesar del Derecho positivo francés,⁶⁹⁵ a desconocer que existía una función ejecutiva porque esta era una simple ejecución fáctica que no interesaba al Derecho y que los reglamentos del Presidente eran legislación desde el punto de vista material.⁶⁹⁶ Hauriou, por el contrario, tuvo una percepción más aguda de la función ejecutiva, también llamada función de gobierno.

Hauriou consideraba que la función del ejecutivo era gobernar y administrar; mediante la primera, el ejecutivo participaba en la construcción de soluciones para los problemas generales que día a día iban surgiendo en la sociedad, mientras que, mediante la segunda, el ejecutivo organizaba la operación de los servicios públicos regulares. La diferencia la resumió Hauriou así: hay una diferencia entre gobierno y administración, la diferencia entre lo que es nuevo, improvisado, accidental, y lo que ya se ve, prevalece y es habitual.⁶⁹⁷

⁶⁹² En este sentido García de Enterría, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)».

⁶⁹³ Pierre Rosanvallon, *Good Government. Democracy beyond Elections* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018), p. 29.

⁶⁹⁴ Guido Zanobini, *Curso de Derecho administrativo, Parte General I* (Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954), pp. 25-26.

⁶⁹⁵ Por ejemplo, frente al artículo 3 de la ley constitucional de 25 de febrero de 1875 que establecía expresamente que el Presidente de la República asegura y vigila la ejecución de las leyes, respondía Duguit que el texto solo indica, en una fórmula general de estilo, una serie de atribuciones que corresponden al Presidente de la República. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.I, p. 533.

⁶⁹⁶ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T.I, p. 531 y ss.

⁶⁹⁷ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, deuxième (Paris: Recueil Sirey, 1916), pp. 715-16.

Contrario a la tradición europea continental, en la tradición estadounidense, el poder ejecutivo es una esfera realmente importante, de hecho, se cuestiona constantemente la legitimidad de las agencias o de la burocracia, precisamente porque ni aparecen en la Constitución ni en el esquema de Montesquieu.⁶⁹⁸

A pesar de que en muchos manuales de Derecho administrativo es habitual considerar la función administrativa como una de las tres funciones del Estado a las que aludía Montesquieu, lo más curioso es que, ni siquiera Montesquieu, desconocía que ejecutar y administrar eran dos cosas distintas. En *El espíritu de las leyes* es posible evidenciar que su autor tenía claro que aquella tenía que ver con la política y su ejecución y que esta tenía que ver con lo que acá se ha llamado el uso del poder para gestionar los recursos públicos.

3. La función administrativa en *El espíritu de las leyes*: uso del poder para disponer de los recursos públicos

El espíritu de las leyes fue originalmente publicado en 1748 y se dividió en 31 libros. En 1750 se publicó otra edición con algunas correcciones y una división en seis partes que se había omitido en la primera edición.⁶⁹⁹ Esta división en 6 partes ayuda a comprender mejor el panorama que tenía Montesquieu en mente. En la primera parte, conformada por 8 libros, Montesquieu delimita el plan de su obra. Define qué son las leyes y manifiesta que con la obra quiere estudiar la relación entre las diversas leyes. Las leyes se hacen necesarias –dice Montesquieu– porque una vez el individuo y las sociedades conocen su poder comienza la guerra entre naciones y entre personas. De esas leyes emergen varios tipos de Derecho, entre estos, el Derecho de gentes, el Derecho político y el Derecho civil. El Derecho de gentes se basa en dos principios relacionados entre sí: hacer la guerra para

⁶⁹⁸ Janet Mclean y Mark Tushnet, «Administrative Bureacracy», en *Routledge Handbook of Constitutional Law*, eBook (London: Routledge, 2013). Se destaca que los poderes legislativo, judicial y ejecutivo tienen un hogar explícito en la Constitución, pero el poder administrativo no aparece más allá de una referencia pasajera a los jefes de departamento. Esto ha sido entendido por algunos administrativistas como prueba de que, en el mejor de los casos, el Estado administrativo es una aparición posterior al gobierno constitucional o, en el peor de los casos, que representa una caída precipitada de una posición histórica de la separación de los poderes. Fisher y Shapiro, pp. 105-6.

⁶⁹⁹ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. XXXV.

conquistar y conservar lo conquistado. Por eso regula las relaciones entre las sociedades (la paz y la guerra). Una vez conseguida la victoria, la conquista ingresa a la nación y debe conservarse; ello dependerá del tipo de gobierno.⁷⁰⁰

Para Montesquieu la libertad –incluso la de los pueblos conquistados– es fundamental, pero esta no consiste en hacer cualquier cosa. En un Estado la libertad solo puede consistir en tener el poder de hacer lo que uno debería querer hacer y en ningún caso estar constreñido a hacer lo que uno no debería querer hacer.⁷⁰¹ Definida la libertad, Montesquieu distingue las leyes que establecen la libertad en relación con la Constitución y las leyes que establecen la libertad en relación con el ciudadano. Para referirse al primer tipo de leyes, destaca que todos los Estados tienen diversos objetivos: la grandeza, la guerra, la religión, el comercio, la tranquilidad pública, la navegación, la libertad natural. Asocia estos objetivos a los distintos Estados históricos (Roma, Lacedemonia, Marsella, etc.) y, a continuación, señala que hay un Estado en el mundo que, en virtud de su constitución, tiene por objeto la libertad política: Inglaterra.⁷⁰² Aquí está una de las razones por las cuales Montesquieu se hizo leyenda.

En el capítulo sobre la Constitución de Inglaterra Montesquieu establece su famoso esquema de separación de poderes, cuyo propósito no es otro que mostrar un modelo ideal sobre la forma en que se debe regular la libertad política. Pero, además de la libertad políticamente regulada, Montesquieu se refiere a la libertad en relación con el ciudadano, esta es la que deriva de los usos y costumbres y que pueden tener la protección del Derecho civil.⁷⁰³

La libertad en relación con la Constitución –y el esquema de separación de poderes– la trata en el libro XI, la libertad relacionada con el ciudadano la trata en el libro XII y, en el libro siguiente, trata la relación entre libertad y tributos. Comienza definiendo las rentas públicas como la parte que, de sus bienes, cada ciudadano entrega al Estado para poder

⁷⁰⁰ Montesquieu identificó tres tipos de gobierno: republicanos, monárquicos y despóticos.

⁷⁰¹ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 155.

⁷⁰² Es curiosa la relación objetivo-Estado porque es difícil no pensar que todos los Estados en mayor o menor medida desarrollan varios de los objetivos mencionados.

⁷⁰³ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 187.

vivir seguro respecto de los demás y para poder disfrutarlos agradablemente.⁷⁰⁴ Estas rentas se fijan a partir de las necesidades del Estado y de los ciudadanos, en otras palabras, con las rentas se garantiza el funcionamiento del Estado y la satisfacción de las necesidades ciudadanas a través de este.⁷⁰⁵ Por eso –dice Montesquieu– “[t]here is nothing that wisdom and prudence should regulate more than the portion taken away from the subjects and the portion left to them.”⁷⁰⁶

En los capítulos siguientes del mismo libro estudia la relación entre tributos y tipos de gobiernos y, finalmente, se pregunta ¿qué es más conveniente para el príncipe y para el pueblo: arrendar o administrar los tributos?⁷⁰⁷ Mientras que arrendar los tributos implicaba gestionarlos mediante un contratista externo, administrarlos, responde Montesquieu: “*La régie est l’administration d’un bon père de famille, qui lève lui-même, avec économie et avec ordre, ses revenus.*”⁷⁰⁸ Veamos tres traducciones de este texto: i) “El sistema de administración es el que emplea un buen padre de familia que recauda por sí mismo sus rentas con economía y orden.”⁷⁰⁹; ii) “La administración pública es igual a la privada de un padre de familia, que recauda por sí mismo ordenada y económicamente sus rentas.”⁷¹⁰; y iii) “*Direct taxes are the administration of a good father of a family who levies his revenues himself with economy and order.*”⁷¹¹

De la respuesta que ofrece Montesquieu a la mejor manera de administrar los recursos públicos (en esa época, principalmente los tributos) y del orden de exposición de su obra

⁷⁰⁴ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 213.

⁷⁰⁵ Montesquieu aclara que las necesidades del Estado no deben ser imaginarias ni egoístas. Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 213.

⁷⁰⁶ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 213.

⁷⁰⁷ La *régie* era la administración de los tributos que hacía el Estado y la *ferme* era la administración de tributos mediante una especie de contratistas externos. Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 226 y ss. En los capítulos siguientes Montesquieu aborda ambas posibilidades y se inclina por una administración pública.

⁷⁰⁸ Charles Montesquieu, *Oeuvres complètes de Montesquieu* (Paris: Parrelle, Louis. Editeur scientifique, 1857), p. 299.

⁷⁰⁹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), p. 325.

⁷¹⁰ Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (Ciudad de México: Partido de la Revolución Democrática, 2018), p. 232.

⁷¹¹ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 226.

es posible deducir, primero, que la administración es distinta del poder estatal y, segundo, que aunque administración y poder son dos cosas distintas, aquella es un medio de este.

En primer lugar, la *régie*, traducida como “sistema de administración”, “administración pública” o *direct taxes* (que significa: *the collection of taxes by governmental officials paid to do the task*⁷¹²) era el mecanismo que existía en la época para gestionar las finanzas públicas para poder cumplir las necesidades del Estado. Esta parte de *El espíritu de las leyes* demuestra que Montesquieu no ignoró el fenómeno de la administración dentro del Estado y la trató justamente en el libro siguiente al que trata el esquema de separación de poderes porque los tributos tienen que ver con la libertad, la cual es regulada por este esquema.

En segundo lugar, la administración, que podía ser “pública” o “privada”, estaba al servicio de los objetivos estatales. El objetivo estatal que más destaca Montesquieu es la guerra y la paz, lo cual tiene sentido teniendo en cuenta la época en la que escribió. De acuerdo con la separación de poderes que planteaba, el poder encargado de la guerra y de la paz, esto es, el de ejecutar aquello que corresponde al Derecho de gentes, era el poder ejecutivo.

En esta indagación histórica se puede evidenciar no solo que la función administrativa, al menos para el esquema francés de separación de poderes, no es una de las tres funciones estatales, sino que la administración, entendida dentro del mismo esquema de separación de poderes al que se acude para negarle un sentido empírico, no es otra cosa que el manejo de los recursos públicos.

La administración (que podía ser pública o privada) no tenía significado por sí misma, sino que estaba en relación con las necesidades del Estado. El ejecutivo era el encargado de proveer varias de estas necesidades ganando guerras, manteniendo la paz, conservando la riqueza ganada y disponiendo de esa riqueza mediante el uso de su poder. Los tres poderes estatales entraban en una especie de juego para establecer objetivos, cumplirlos y evaluarlos (Libro XI) y, para materializar este arreglo, se usaba el poder para disponer de la libertad personal (Libro XII) y económica (XIII). Este arreglo puede interpretarse

⁷¹² Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 226.

como un antecedente de lo que más adelante terminará siendo el Derecho administrativo: aquel régimen jurídico interesado en el uso del poder para disponer de la fuerza y de los recursos públicos.

4. El concepto de función ejecutiva como sistema de comunicación entre la política y la organización administrativa

Si es posible entender que el esquema de separación de poderes –desde el que parte la doctrina del Derecho administrativo para hablar de la “función administrativa” como una de las tres funciones estatales– no consagraba la función administrativa como una función estatal, sino como un medio para el funcionamiento del Estado, ¿cómo entender la relación entre la función ejecutiva y la función administrativa?

Los rendimientos de la teoría de sistemas, especialmente, del concepto de comunicación, podrían aportar a una comprensión equilibrada de la relación entre función ejecutiva y función administrativa que funcione tanto para el Derecho público del norte de América como para el Derecho público de tradición europea. Ni la ejecución consiste en una mera actividad material a la sombra del concepto de administración, ni la administración es un cuarto poder sin cabeza. El ejecutivo es un puente comunicativo entre la política, entendida como la fijación de premisas de decisión, y su materialización en la vida real de forma tecnificada mediante organizaciones administrativas.⁷¹³

Que el ejecutivo opere como un sistema de comunicación entre política y organización administrativa se evidencia en sus distintas labores. Entra en contacto con los parlamentos, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, se reúne con la ciudadanía, con los gremios económicos, etc. y, aprovechando los conocimientos técnicos y empíricos de primera mano que le suministra la organización administrativa, activa el sistema político (proyectos de ley). Una vez alcanzada la decisión política, la trae de vuelta a la organización administrativa con el conocimiento de sus

⁷¹³ Esta distinción, aunque con varios matices, guarda cierta relación con la distinción que hace la doctrina española entre Gobierno y Administración. Cfr. Francisco Velasco Caballero, «Administración pública», en *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Francisco Velasco Caballero y Maria Mercè Darnaculleta i Gardella (Marcial Pons, 2023)§ 25-7.

antecedentes, para establecer las premisas básicas (reglamentos) con las que operará la organización administrativa.

Pero una vez el ejecutivo regresa con la decisión colectivamente vinculante y la trae a la organización administrativa, no puede influir en las decisiones de la administración porque, como destaca Neves, como consecuencia de la separación de poderes, aparece la diferencia entre política y administración⁷¹⁴ y, de otro lado, aparece el Derecho administrativo como la forma a través de la cual se debe manifestar el medio del poder político [Ver Capítulo 4, núm. 7.2., párrafo 7]. Esta diferencia inmuniza a la organización administrativa contra los intereses particulares actuando conforme a preceptos generales. Los funcionarios administrativos con frecuencia deben imponerse contra esferas sociales superiores y para ello necesitan decidir a partir de premisas de decisión previamente fijadas y no a partir de órdenes específicas del ejecutivo.⁷¹⁵ Esto explica que exista un régimen de carrera administrativa en el cual los funcionarios públicos son inamovibles o, al menos, gozan de una estabilidad mucho más robusta que la que tienen otro tipo de empleados. Al lado de este tipo de empleados, están los denominados funcionarios de libre nombramiento y remoción, los cuales, al considerarse de confianza de los cargos directivos pueden desvincularse con un amplio margen de libertad.

Debe aclararse que, la separación entre poder ejecutivo y organización administrativa no implica que los ministros o funcionarios de rango similar, por ejemplo, no puedan dictar órdenes vinculantes para sus subordinados. Pero que esto sea posible no es una excepción

⁷¹⁴ Luhmann señala que la separación de poderes, la separación entre política y administración y los derechos fundamentales, son tres formas de diferenciación social que funcionan como instituciones correctivas y bloqueadoras del peligro de la des-diferenciación que se produce con la politización de toda comunicación social. Luhmann, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, p. 8.

⁷¹⁵ Neves, *La constitucionalización simbólica*. Neves destaca que, “en los países periféricos ocurren la particularización y la politización de la administración, con sus condicionamientos e implicaciones negativas en una sociedad mundial cada vez más compleja: partiéndose de "abajo" (sub-integrados), la administración está implicada con necesidades básicas concretas de las camadas inferiores, que, bajo esas condiciones, "no pueden esperar" y, por tanto, son fácilmente manipulables por concesiones administrativas contrarias a los principios constitucionales de la impersonalidad, legalidad y moralidad administrativas; partiéndose de "arriba" (sobre-integrados), la administración es bloqueada por intereses particularistas de grupos privilegiados.” Neves, *La constitucionalización simbólica*.

a la distinción entre función ejecutiva y organización administrativa sino la confirmación de la distinción ya que, ningún ministro, por ejemplo, toma una decisión vinculante –así sea interna a la administración– si esta no ha pasado por un procedimiento administrativo de toma de decisiones. En otras palabras, la función ejecutiva, aunque analíticamente definible, solo existe en la realidad si está mediada por una organización que hace probable la decisión, aunque, política, siempre cuestionable ante al Derecho [Ver núm. 5.2 en concordancia con el núm. 6].

La influencia del ejecutivo sobre la organización administrativa solo se puede llevar a cabo mediante formas jurídicas, y el reglamento de la ley, por ejemplo, es un ejemplo de ello [Ver Capítulo 4, núm. 9]. El hecho de que los decretos reglamentarios sean parte del Derecho administrativo obedece no a la pura presencia del ejecutivo, sino al hecho de que usa el poder con fundamento en una norma jurídica, mediante la forma prevista para el caso: el decreto o el acto administrativo de carácter general. Cuando el ejecutivo forma la política está fuera del Derecho administrativo, cuando se vale de ella y usa el poder para materializarla queda sometido al Derecho administrativo.

Una vez la decisión colectivamente vinculante está vigente, el ejecutivo la acerca – generalmente mediante la fijación de premisas de decisión más concretas (reglamentos)– a la organización administrativa. Desde el sistema político “[a]quello que desde la perspectiva jurídica aparece como aplicación de la ley, la administración pública lo practica, más bien, como un comportamiento orientado hacia la resolución de problemas.”⁷¹⁶ Por esto Luhmann señala que “[e]l gobierno estatal y la administración son, sin embargo, de arriba a abajo, una organización del sistema político. Este sistema realiza política y no Derecho –con la salvedad de que en cualquier momento puede saltar la pregunta de si esto ocurre legal o ilegalmente.”⁷¹⁷

⁷¹⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 495. Luhmann destaca que esto es así, “[e]n especial, desde que la administración pública se extendió inmensamente al orientarse hacia las tareas del Estado benefactor y, más recientemente, hacia las tareas ecológicas, cada vez menos se trata de problemas jurídicos que se presentan bajo la forma de casos, sino de circunstancias sobre las que hay que influenciar: pureza del agua y del aire; establecimiento de industrias; irse de pinta y alcoholismo; aligeración y organización del tráfico.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 495-96.

⁷¹⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 497.

Las organizaciones administrativas no son más que el medio por excelencia –del sistema político– para la consecución de objetivos políticos.⁷¹⁸ En todo caso, la función ejecutiva en esta tesis no se reduce a aquella esfera política que dirige a la Administración pública. Esta aclaración para destacar que la función ejecutiva no es desarrollada únicamente por la figura del presidente del gobierno o de la república; es la más representativa y conocida en la sociedad moderna, pero no la única.

Desde una perspectiva sistémica –esta vez no luhmanniana– el ejecutivo es cualquier sistema de comunicación entre la política y la organización encargada de materializarla. Siguiendo a Barnard, acá se entiende que la función ejecutiva consiste en proporcionar un sistema de comunicación, mantener la voluntad de cooperar y garantizar la integridad continua del propósito de la organización.⁷¹⁹ Sobre esto se volverá en el numeral 7.

5. Una visión sistémica de la separación de poderes

Si se distingue la función administrativa de la función ejecutiva y se reconoce el vínculo de la primera con el uso del poder –dispositivo de recursos públicos o de la fuerza– para cumplir las funciones estatales y el vínculo de la segunda con una función constitucional de enlace entre lo político y lo administrativo, una de las bases para aclarar las comprensiones de la separación de poderes queda fijada. Pero la falta de una explicación satisfactoria de la separación de poderes y, por esa vía, de la función administrativa y del

⁷¹⁸ Una explicación eminentemente jurídica, pero bastante clara, es la de Garrido Falla: “La legislación, decía Ferraris, no ejercita, en estricto sentido, la autoridad del Estado; manifiesta su voluntad, pero no su acción. Por eso se hace necesaria la ejecución de las leyes o, lo que es lo mismo, su puesta en acción. (...) Hay que reconocer que la acción es característica de la función ejecutiva, pero no es rasgo distintivo suficiente para su adecuada delimitación. Cuando el Estado dicta una ley estableciendo un plan quinquenal para la construcción de carreteras, está claro que la función legislativa se agota (...); asimismo, cuando se dicta sentencia condenando a un delincuente a una determinada pena (...) la función jurisdiccional se agota (...) Ahora bien, ni con la ley de carreteras ni con el pronunciamiento judicial quedan totalmente satisfechas las necesidades sociales y jurídicas que justificaron aquellas funciones: es necesario, además, que las carreteras sean construidas y que el delincuente cumpla su condena en una prisión del Estado. He aquí la necesidad de la ejecución (de la ley o de la sentencia), y, por ende, de que el Estado actúe materialmente para que dicha ejecución se realice.” Garrido Falla, pp. 37-38.

⁷¹⁹ Barnard, p. 217.

Derecho administrativo, también se vincula a otro hecho: las interpretaciones extremistas⁷²⁰ de la separación de poderes.

Un extremo fue vincular los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales con tres tipos específicos de funciones (el parlamento solo legisla, el ejecutivo solo ejecuta y los tribunales solo juzgan), mientras que el otro extremo fue desechar el esquema porque legislación, ejecución y juzgamiento se presenta en todos los órganos. El primer extremo pensó la separación de poderes sin tener en cuenta que, en la práctica, todos los poderes, además de su función, toman otro tipo de decisiones. El segundo extremo pensó el esquema de forma reduccionista: legislar es hacer normas, ejecutar es cualquier acto material y juzgar es resolver conflictos. A la dificultad explicativa que producen estos extremismos se les debe sumar la comprensión de la función administrativa como una función estatal.

Apoyados en la teoría de sistemas y partiendo de las premisas fijadas en esta investigación se puede ofrecer una interpretación de la separación de poderes no extremista. La interpretación de la separación de poderes que acá se ofrece podría explicarla así: La constitución establece objetivos sociales generales. Esos objetivos se alcanzan tomando decisiones. Para evitar el riesgo de arbitrariedad, esas decisiones no se pueden tomar todas, al mismo tiempo, por el mismo sujeto. Este es el sentido general de la separación de poderes. Existen tres tipos de decisiones: las decisiones colectivamente vinculantes (función legislativa) que establecen premisas para que otros decidan; las decisiones que detallan esas premisas de decisión para que puedan ser materializadas caso a caso (función ejecutiva). Estos dos tipos de decisiones son decisiones del sistema político que, en virtud de la constitución, deben estar acopladas con el Derecho mediante formas jurídicas, en concreto, tienen la forma de Derecho positivo [Ver Capítulo 3, núm. 10.4]. Mediante el tercer tipo de decisiones se garantiza la estabilidad de las expectativas normativas sobre el Derecho positivo (función judicial) [Ver Capítulo 3, núm. 8].

Las decisiones colectivamente vinculantes, al establecer las premisas de decisión para que otros decidan, crean los medios para que cada función estatal pueda alcanzar sus

⁷²⁰ Extremismo no en un sentido peyorativo, sino un sentido literal, esto es, el sentido de que las interpretaciones van a los polos de las maneras de interpretar: o totalmente fáctica o totalmente jurídica.

objetivos. Esos medios son generalmente organizaciones con el poder para disponer de fuerza y de recursos públicos para cumplir los objetivos de cada función estatal. Cada organización estará diseñada de la manera que, en mayor medida, haga probable la función a la que sirve. Habrá organizaciones que, mediante prestaciones directas, caso a caso, materializan objetivos amplios, y organizaciones cuyo objetivo concreto consiste, no en prestaciones directas caso a caso, sino en regular el espacio en el que se dan esas prestaciones caso a caso.

En síntesis, la interpretación propuesta consiste en un método que permita observar que las funciones estatales se ejercen *temporalmente separadas*⁷²¹ (5.1.) y *estructuralmente determinadas*⁷²² (5.2.).

5.1. La separación temporal del ejercicio de funciones estatales

La separación de poderes es un conjunto de procedimientos que *separan temporalmente* las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Esto quiere decir que, “en el momento” en el que el parlamento está legislando, no puede ejecutar esa misma legislación ni puede evaluar su conformidad con el Derecho. El mismo esquema se aplica para los casos en los que el parlamento ejerce funciones judiciales: “en el momento” en el que el parlamento juzga no puede crear la ley en la que se basa para juzgar. Pero esto no quiere decir que, “en otro momento”, el parlamento no pueda tomar decisiones con base en una legislación previa ni que tampoco pueda, “en otro momento” modificar la ley para el ejercicio de sus funciones judiciales que, excepcionalmente, contemplan algunos ordenamientos jurídicos como el Colombiano, para este tipo de Corporaciones, Esta es una facultad consagrada en la Constitución política y también en la Ley 5 de 1992.

El mismo esquema se aplica al Ejecutivo: “en el momento” en el que el ejecutivo está reglamentando una ley no puede crear las premisas de su reglamento, ni puede materializar caso a caso el reglamento. Cuando el ejecutivo ejerce funciones judiciales

⁷²¹ Algún antecedente de esta idea ya se puede ver en Locke. Cfr. John Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (New York: Yale University Press, 2003), p. 164 y ss.

⁷²² Los antecedentes para la delimitación objetiva las ofrece el mismo Montesquieu: cada función estatal es diferente de las demás. Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p. 157 y ss.

por autorización legal, como sucede en el derecho colombiano con la Superintendencia de Sociedades, por ejemplo, “en ese mismo momento” no puede reglamentar una ley, ni puede aplicar caso a caso un reglamento. Esto no impide que, “en otro momento”, el ejecutivo reglamente la ley, ni que “en otro momento”, mediante su organización administrativa, aplique el reglamento caso a caso.

Con la función judicial se verifica el mismo método. “En el mismo momento” en el que se está tomando una decisión judicial, no se pueden cambiar las premisas legislativas para la toma de la decisión. “En el mismo momento” en que se toma una decisión judicial tampoco se puede tomar la decisión que se evalúa.

5.2. La determinación estructural de las funciones estatales

Las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales no se pueden explicar mirando el contenido de la función, sino fijando la atención en el efecto que con ellas se busca producir, esto quiere decir que el análisis de las funciones estatales debe *determinarse estructuralmente*.⁷²³ Que se determine estructuralmente quiere decir que para entender qué función estatal se está adelantando, el criterio determinante es el efecto que se busca producir en la sociedad con la respectiva función y para esto hay que interpretar socio-jurídicamente las funciones.

Luhmann destaca que no es posible definir un sistema solo por referencia a una función. Sin ningún concepto estructural, el sistema político, por ejemplo, sería simplemente un conjunto de todo lo que cumple la función de consecución de objetivos, y no un sistema de mantenimiento de límites que, en cierta medida, mantiene la identidad y la estabilidad en un entorno cambiante. Por esta razón, Luhmann propone utilizar el concepto de

⁷²³ Esta idea, aunque de abajo hacia arriba (de la administración a los poderes), es evidente en *Los principios fundamentales del Derecho administrativo* de Romagnosi, considerada la primera obra que contiene la expresión “Derecho administrativo”. Gio Domenico Romagnosi, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (Milano: Cesare Orena nella Stamperia Malatesta, 1814), pp. 18-19.

“cargo” como concepto para la unidad estructural de la política en el nivel de las funciones.⁷²⁴

En esta tesis se toma esa idea, esto es, la necesidad de entender la función en relación con su estructura y por esto se argumenta que las funciones estatales deben entenderse como estructuras sociales para organizar y permitir el tránsito plural de las decisiones jurídico-políticas concretas. En otras palabras, la función legislativa es una forma por la que transitan contenidos jurídico-políticos que buscan fijar premisas de decisión para que otros decidan. Hay leyes de contratos, de carreteras, de mayoría de edad, de penas, de tránsito, etc., pero las leyes son más que esos contenidos, las leyes son la forma para que esos contenidos se fijen como premisas de decisión para otras decisiones.⁷²⁵ Lo mismo puede entenderse para las otras dos funciones. Las funciones ejecutivas no se reducen a la reglamentación de la ley *x*, sino a servir de puente entre la legislación general y su aplicación caso a caso, en otras palabras la función ejecutiva recoge los problemas sociales, los analiza con su aparato administrativo, los lleva al sistema político y luego los recoge convertidos en premisas de decisión, que debe detallar de tal manera que la aplicación técnica y concreta pueda cumplirse de forma más o menos fluida por un órgano vinculado con él, pero sujeto únicamente al Derecho previamente fijado, no a sus decisiones particulares. La función judicial, acá se ha entendido como el mecanismo a través del cual el Derecho garantiza las expectativas normativas [Ver Capítulo 3, núm. 4 y 8]. Cada una de estas funciones tienen por efecto la consecución de un objetivo, pero,

⁷²⁴ Niklas Luhmann, «The “Office” as Role-Concept of the Polity», en *Schriften zur Organisation 1. Die Wirklichkeit der Organisation* (Wiesbaden: Springer VS, 2018), pp. 37-45.

⁷²⁵ El efecto social que se busca con las leyes, esto es, el establecimiento de premisas para la toma de decisiones, lo refleja Schmidt-Aßmann de forma paradójica en la siguiente afirmación: “El pensamiento jurídico-público alemán no permite considerar a las leyes como simples reglas procedimentales, pues deben contener también preceptos materiales; pero tampoco permite limitar la vinculación al Derecho a solo preceptos materiales y programas directivos.” Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 57. A propósito de las paradojas y de la forma de pensar de Luhmann: cuando se encuentran paradojas en el Derecho, es una señal de que probablemente se ha encontrado el lugar adecuado para entender el propósito de una institución jurídica. El uso de las paradojas en este sentido, esto es, no como algo que hay que evitar, sino como la realidad crucial que hay que estudiar se refleja en todo El Derecho de la sociedad, pero, especialmente se utiliza para estudiar la codificación y programación del Derecho. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 226 y ss. Para acercarse a esta forma de pensar el Derecho cfr. Perez y Teubner.

para poder concretarse, limitarse y caracterizarse en la vida real es necesaria una estructura; para Luhmann esa estructura es el cargo. Acá se comparte esa idea, pero se prefiere utilizar la organización (en cierta medida, un entramado de cargos) como elemento estructural de cada función. Por esa razón, tanto la función (el efecto) como la estructura (el medio para que el efecto real se materialice) cuentan a la hora de definir cualquier función.

6. El concepto de administración pública que deriva de la tesis: la organización como medio de las funciones estatales

Para legislar, ejecutar y juzgar se requieren medios, esto es, organizaciones. Sin embargo, hay que distinguir entre la organización *como estructura* idónea para hacer probable la función y la organización *como medio* para que la función pueda operar. En el primer caso la atención se fija en el diseño más o menos adecuado para que una función cumpla con lo que se espera de ella. De la función legislativa se espera que represente una decisión plural y participativamente construida, en ese sentido, se puede indagar por el diseño organizacional que en mayor o menor medida cumpla ese propósito. Sobre esta arista organizacional se hablará en el siguiente punto.

En este acápite no interesa abordar el diseño más adecuado para hacer probable la función, sino el hecho de que cualquier función estatal requiere de una organización que debe disponer de recursos humanos, bienes muebles e inmuebles, dinero y capacidad de decisión unilateral para cumplir los objetivos establecidos para cada función. Esto es lo que le interesa al Derecho administrativo y por eso hace presencia, bien mediante el concepto de Administración pública, bien mediante el concepto de potestad administrativa o bien mediante el concepto de función administrativa. Todos estos conceptos, de manera abstracta, implican el uso del poder político –para disponer de recursos públicos o para tomar decisiones vinculantes– conforme a una norma jurídica [Ver Capítulo 4, núm. 2.3]. El problema con las explicaciones doctrinales de estos conceptos es que, o se enfocan principalmente en los aspectos funcionales o se enfocan principalmente en los aspectos organizacionales, siendo ambos aspectos necesarios y, generalmente, se confunden los aspectos estructurales de la organización con su característica de medio [Ver núm. 5.2., en concordancia con núm. 6].

Cuando el Derecho positivo hace referencia a una potestad administrativa o a una función administrativa es imposible que estas existan en la práctica si no hay una organización que la materialice y lo mismo puede decirse de la expresión Administración pública, ya que esta solo existe mediante el desarrollo de actividades. El problema doctrinal se debe a las explicaciones de estos conceptos, generalmente, a que no se distingue entre funciones ejecutiva y administrativa y a que se considera que la administración pública (en sus dos sentidos usuales) es uno de los tres poderes o funciones estatales.

En las sociedades modernas la operación de las organizaciones administrativas que se valen del uso del poder político conforme a una norma jurídica están programada mediante el Derecho y esa operación programada es lo que muchas veces molesta a los líderes o ejecutivos que dirigen grandes organizaciones, porque se ven como un estorbo para lograr materializar libremente sus ideas.⁷²⁶

Las funciones estatales operan en un nivel constitucional, mientras que los medios para que estas se hagan realidad operan en un nivel administrativo. Cuando instituciones como los parlamentos, tribunales o ejecutivos contratan, organizan su personal, lo sancionan, compran bienes y servicios no están desarrollando su misión constitucional, sino que están manifestando la manera en la que usan sus medios para hacer probable la función que de ellos espera la sociedad.

El Derecho administrativo siempre aparece cuando, en el marco del ejercicio de una función constitucional, se usa el poder para disponer de la fuerza o de recursos públicos

⁷²⁶ “Si se va hacia atrás en la historia se percibe con claridad que la organización está considerada como un lastre en el sistema político. Esto resalta por ejemplo en la organización que se hacía indispensable para preparar la guerra y para allegarse fondos con objeto de financiarla. El hecho de que estos preparativos necesitaban forzosamente quedar organizados, se experimentaba como obligación que apartaba de los fines que habría que alcanzar en primer lugar con la política. Sin embargo, al final de miles de años, la organización ha llegado a colocarse en la cima del sistema político. Los parlamentos, los dictadores, los reyes (si es que todavía hay) gobiernan en términos de posiciones colocadas en la cúspide de una organización. Incluso la formación de opinión política requiere estar organizada. Por eso debemos ver con más detenimiento el tipo de sistema que se logra con la organización, puesto que si se la hiciera a un lado, toda la realidad política se vendría abajo.” Torres Nafarrate, p. 243.

con el objetivo de cumplir una función estatal. Pero hasta ahí llegan sus límites. El Derecho administrativo no ordena la respectiva función constitucional, sino el uso del poder del que –con base en una norma jurídica– estas funciones dispongan. Este esquema no se evidencia con claridad sino hasta avanzado el Estado de Derecho. Al caracterizar el “doble régimen” del monarca en el Derecho alemán, Carré de Malberg deja ver los antecedentes de este desarrollo evolutivo.

Carré de Malberg destaca que el monarca ejercía libremente la potestad administrativa para organizar internamente los servicios, mientras que, para obligar a los súbditos, requería de autorización de los órganos de representación popular.⁷²⁷ Debido a que en esa época los alcances de la distinción y de la relación entre política y Derecho no estaban claros [Ver Capítulo 2, núm. 6 y 7], se entendía que la autorización para desarrollar la función ejecutiva (fin) incluía la autorización para usar libremente la administración (medio).⁷²⁸ Esta “orientación en términos de fin/medios pierde su inmediata relevancia jurídica con el paso al Estado de Derecho, viéndose dejada a un lado por el ahora incipiente Derecho administrativo, y no juridificada, sino entregada a una «esfera discrecional», a la que se contempla con desconfianza y que cada vez resulta más limitada.”⁷²⁹ Pero el esquema fin/medios no se destruye, sino que es reemplazado por una evolución en el pensamiento jurídico y en la estructura del ordenamiento jurídico-público. “Las viejas normas que imponían unas tareas se han visto reducidas prácticamente a normas de competencia. (...) los medios necesarios se atribuyen a los órganos del Estado, de modo específico y bajo unas condiciones programadas (...)”⁷³⁰ y este nuevo enfoque – que buscaba la especificación de las condiciones de acción– trajo “como consecuencia un inmenso incremento del cuerpo normativo en el Derecho público.”⁷³¹

La distinción entre función ejecutiva y función administrativa, sin embargo, no es totalmente clara en la doctrina administrativista y ello se puede ver, precisamente, en la

⁷²⁷ Carré de Malberg, p. 290 y ss.

⁷²⁸ Luhmann explica que esta racionalidad teleológica tenía anclaje legal y cita como ejemplo el Derecho prusiano en el que se afirmaba que “Cuando las leyes otorgan un Derecho, aprueban también aquellos medios sin los cuales no puede ser ejercitado”. Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 93 nota 23.

⁷²⁹ Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 92.

⁷³⁰ Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 94.

⁷³¹ Luhmann, *Fin y racionalidad en los sistemas*, p. 95.

versión moderna del mencionado “doble régimen” del monarca, esto es, en el estudio de la llamada vinculación de la administración al Derecho.

Schmidt-Aßmann resalta que, por un lado, la Administración está vinculada a la ley, al Derecho constitucional, a las decisiones judiciales, al Derecho internacional y al Derecho comunitario y, por otro lado, está vinculada al Derecho dictado por la propia Administración. Muchos manuales de Derecho administrativo presentan esta dualidad vinculatoria como una idea “con cierta capacidad ordenadora” que a veces se expresa en la distinción entre un Derecho administrativo *ad extra* y un Derecho administrativo *ad intra*.⁷³²

La presentación de esta doble vinculación es imprecisa porque, al confundir Administración y Poder ejecutivo, se hacen borrosas las razones que pueden explicar la presencia de dos esferas vinculatorias distintas. No es que la Administración “o” Poder ejecutivo tengan un doble vínculo, en realidad, tanto la Administración como el Ejecutivo, cada uno por separado, tienen un doble vínculo, pero uno es directo y el otro indirecto.

Si se piensa en el contenido del primer grupo de normas jurídicas vinculatorias que menciona Schmidt-Aßmann, parece claro que estas normas no tienen por objeto instruir la organización interna de las administraciones, sino regular la actividad del ejecutivo como poder constitucional. En otras palabras, el primer grupo de normas no es que tengan como propósito vincular a la “Administración”, sino al Poder ejecutivo que, obviamente, tendrá que valerse de una organización para cumplir lo que tenga que cumplir. Al servir de medio al Ejecutivo, su Administración indirectamente está vinculada a este primer grupo de normas.

⁷³² Se dice que “[e]l Derecho *ad extra* se ocuparía de las relaciones de la Administración con los particulares, ora ciudadanos, ora personas jurídicas. El Derecho *ad intra*, también describible como Derecho de organización, se ocuparía de las estructuras internas de cada Administración pública, así como de las relaciones entre las distintas Administraciones y otros órganos públicos.” Velasco Caballero, «Introducción al Derecho administrativo», p. 83 y ss.

En segundo lugar, puede haber normas jurídicas del mismo rango de las mencionadas en el primer grupo dirigidas a aspectos puramente organizativos, en otras palabras, normas jurídicas del rango del primer grupo que vinculan directamente a las organizaciones administrativas. Estas normas jurídicas terminan vinculando indirectamente al Ejecutivo, porque para desarrollar su misión tendrá que aceptar que su organización debe cumplir con este tipo de normas jurídicas.

Al confundirse “Administración” con “Poder ejecutivo” se oscurece el hecho de que un grupo de normas jurídicas sirve para regular el ejercicio de una función estatal y el otro grupo de normas jurídicas sirve para regular el medio al servicio de la función estatal. Pero no solo eso, al confundirse Administración con Poder ejecutivo se confunde el concepto de administrar con el concepto de ejecutar y ello quiebra el pensamiento del jurista que encuentra una administración en un poder distinto del llamado “ejecutivo”. Esto ocurre por tomar los ejemplos como conceptos, esto es, por asumir que la función ejecutiva es definida por la forma específica en la que se manifiesta en la realidad, en otras palabras, esto ocurre por no delimitar estructuralmente las funciones estatales [núm. 5.2.].

7. Un intento de armonizar la función ejecutiva, la administración pública y la separación de poderes

Para poder explicar armónicamente los conceptos redefinidos en este capítulo (7.3), se argumenta que la función ejecutiva, puede ser de dos tipos (amplia o concreta) y que, esta clasificación, a su vez, está dotada de organizaciones acordes con el tipo de función ejecutiva (7.1). Estas tipologías de la función ejecutiva y los respectivos modelos organizacionales, a su vez, obedecen a la evolución del Estado, en especial, a la reorganización del poder introducida por el Estado regulador (7.2).

7.1. Los tipos de función ejecutiva y las organizaciones a su medida: modelos de racionalidad plural (abiertos) y modelos de racionalidad, científica, técnica o económica (cerrados)

A pesar del tratamiento indiferenciado que Schmidt-Abmann hace de la función ejecutiva (Poder ejecutivo) y la función administrativa (Administración), ofrece una clara

explicación sobre la formación del Derecho de la organización.⁷³³ Esta lectura clara se puede enriquecer cuando se distingue entre función ejecutiva y función administrativa y, especialmente, cuando se tiene en cuenta la determinación estructural de la función ejecutiva [núm. 5.2.].

Al estudiar la dogmática de la organización, Schmidt-Aßmann destaca que la organización administrativa es de carácter compuesta, complementada con un criterio de unidad. El carácter compuesto tiene antiguos antecedentes históricos que se reflejan en la existencia de esferas locales y federales en Alemania. Este carácter es el adecuado –dice Schmidt-Aßmann– para absorber la complejidad de la sociedad, pero, para garantizar la eficacia, los parlamentos han dotado de unidad a esta organización compuesta mediante una cadena de mando o jerarquía que sube hasta el órgano de gobierno vinculado al parlamento. Este órgano no es otro que el Poder ejecutivo y muestra, precisamente, que una cosa es el Poder ejecutivo y otra cosa es la organización de la que se vale para desarrollar su función.

Ejecutivo y Administración están relacionados de medio a fin, pero separados en cuanto a la función que cumple cada uno. Pero esto ya se ha dicho. Lo que interesa resaltar es que, además de la organización administrativa típica, esto es, la organización que tiene en su cabeza al Poder ejecutivo, Schmidt-Aßmann reconoce que, aunque es el tipo de organización adecuada para una sociedad pluralista, “los derechos fundamentales también pueden hacer necesario, como ocurre en el caso de la radio o de la ciencia y la investigación, establecer modelos organizativos no basados en la dependencia respecto a los representantes políticos.”⁷³⁴ Este es el modelo de las llamadas autoridades administrativas independientes, que muchos ven como un ataque directo a la separación de poderes y a la democracia.⁷³⁵

⁷³³ También son muy ilustrativos los “Tipos y modelos de Administración pública” que desarrolla Velasco Caballero, «Administración pública»§ 31-7.

⁷³⁴ Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 271.

⁷³⁵ Rosanvallon, pp. 253; 263.

En los sistemas políticos modernos la ejecución de la política⁷³⁶ se ha ido especializando funcionalmente. Las condiciones sociales han llevado a variaciones estructurales en las instituciones políticas que conducen a diseños que se enfocan en obtener resultados concretos de manera focalizada.⁷³⁷ Estos diseños han conducido a diversas maneras de alcanzar objetivos políticos. Aquí destacamos dos: una es la consecución de objetivos mediante el “ejecutivo amplio” y otra es la consecución de objetivos mediante el “ejecutivo concreto”. El primer modelo obedece a un diseño de racionalidad plural porque está abierto a todo lo socialmente posible, mientras que el segundo modelo responde a criterios de racionalidad (científica, técnica o económica) cerrados. El ejemplo típico del primer modelo, esto es, del ejecutivo amplio, es el clásico Poder ejecutivo conformado por la relación entre el ejecutivo-presidente de la república y la Administración pública bajo su dirección. Como ejemplos del segundo modelo, es decir, del ejecutivo concreto, se encuentran aquellas instituciones conformadas por un ejecutivo singular (presidente o director) o plural (juntas directivas) que tiene a su disposición una organización administrativa para el cumplimiento de sus objetivos [ver núm. 7.3.]. Bajo el modelo de observación propuesto, las figuras del presidente de la república o de gobierno son una sinécdoque de la función ejecutiva.

Mientras que el ejecutivo amplio se mueve en el ámbito político en el que se forman las decisiones colectivamente vinculantes para dar respuesta a los problemas sociales de todo tipo, a problemas que reflejan la pluralidad de la sociedad, el ejecutivo concreto se mueve en el ámbito político, pero no de formación de políticas que reflejen la pluralidad democrática, sino en el ámbito de formación y ejecución de políticas que obedecen a la necesidad de cumplir un objetivo concreto: regular un mercado bajo criterios de racionalidad homeostática o regular un asunto bajo criterios científicos, técnicos o económicos. Dentro de los ejemplos de ejecutivos concretos tenemos a las juntas directivas de los órganos autónomos constitucionales como los bancos centrales o los ministerios públicos, contralorías fiscalizadoras o tribunales de cuentas y también a las

⁷³⁶ Política como decisiones colectivamente vinculantes que fijan premisas para la toma de otras decisiones. cfr. Baraldi, Corsi, y Esposito, p. 171 y ss.

⁷³⁷ En el ámbito global estos diseños han sido estudiados por Benedict Kingsbury y Richard B. Stewart, «Introducción: ¿Hacia el Derecho administrativo global? Trayectorias y desafíos», en *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* (Sevilla: Global Law Press - INAP, 2016), p. 65.

juntas directivas o presidentes (o la relación de ambos) de las autoridades administrativas independientes reguladoras de los mercados.

Todos los ejecutivos, tanto los amplios como los concretos, tienen a su disposición una organización *estructuralmente determinada* que requiere de *medios* para que la función ejecutiva se pueda materializar. Por supuesto, cada organización administrativa variará en tamaño, diseño y tareas, dependiendo del ejecutivo de que se trate, por eso, aunque no es lo mismo la Administración pública del Poder ejecutivo que la organización administrativa al servicio de la junta directiva de un banco central, ambas funciones ejecutivas (la amplia y la concreta), se corresponden conceptualmente y ello no desconoce ni la separación de poderes consagrada como principio constitucional de los ordenamientos jurídicos, ni el Derecho administrativo positivo, como se concluirá en el numeral 7.3.

Ahora, la distinción que se acaba de hacer entre ejecutivos amplios y ejecutivos plurales no obedece a un puro ejercicio de clasificación abstracto. Obviamente, tiene su referente empírico en la realidad y, particularmente, se explica, desde una perspectiva histórico-evolutiva, en la industrialización y en el consecuente desarrollo tecnológico que está detrás de muchos de los grandes cambios sociales y jurídicos.⁷³⁸

7.2. Reorganización del poder introducida por el Estado regulador

Hay que resaltar que el Estado regulador, que ha dado lugar a los ejecutivos concretos, también ha implicado la complejización del diseño organizacional clásico. Ya no solo se verifica el modelo: una función estatal + organización estructural y medial a su servicio, sino que ahora aparece el modelo: objetivo político + función estatal + organización

⁷³⁸ Sobre la relación entre cambios sociales, desarrollos tecnológicos, Estado y Derecho, entre otros, cfr. Luca Mannori y Bernardo Sordi, «Science of Administration and Administrative Law», en *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, ed. Damiano Canale, Paolo Grossi, y Hasso Hofmann (Dordrecht: Springer, 2009), p. 252 y ss.; Jacques Chevallier, *El Estado Posmoderno*, eBook (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011).; José Esteve Pardo, «La extensión del Derecho público. una reacción necesaria», *Revista de administración pública*, 189, 2012, 11-40. Sobre los cambios económicos e industriales en el Derecho luego de la primera guerra mundial, cfr. Fleiner, p. 99 y ss.

estructural y medial libre para su consecución + regulación del cumplimiento de objetivos.⁷³⁹

Este segundo modelo se refleja con claridad en el fenómeno de la liberalización de los servicios públicos. Estos dejan de ser una función estatal directa para convertirse en un objetivo político a cumplir. Los objetivos pueden cumplirse directamente por el Estado o por las empresas privadas, la consecuencia es que el uso del poder –para disponer de la fuerza o de los recursos públicos– se abre a organizaciones privadas, aunque no en la misma medida que corresponde a las organizaciones públicas.

En principio, las empresas privadas prestadoras de servicios públicos no disponen de la fuerza ni de recursos públicos, precisamente, por la lógica con la que funciona el Estado regulador y, además, por la sencilla razón de que la función estatal o el objetivo político no se vale medialmente de una organización alimentada de recursos públicos [Ver núm. 8]. Sin embargo, debido a que la evolución del Estado no opera de forma tan simple, como el paso de una forma a otra, olvidando completamente sus evoluciones anteriores, en el Estado regulador se mantienen necesidades que han sido conquistas evolutivas como, por ejemplo, los derechos subjetivos o los derechos humanos. La diferencia es que estas conquistas ahora se mantienen como obligaciones específicas de quien preste un servicio (sea el Estado o sea un sujeto privado).

De esta manera, en el Estado regulador se presenta la confluencia de una tendencia clara a la liberalización de los servicios públicos, sin que desaparezcan determinadas obligaciones concretas. Por esa razón, cuando es necesario cumplir tales obligaciones, la legislación permite a sujetos privados prestadores de servicios ejercer facultades que normalmente son propias de organizaciones públicas. Con el propósito de garantizar a la mayoría de las personas el acceso a los servicios públicos, por ejemplo, el Derecho positivo permite que empresas privadas puedan acudir al uso del poder político conforme a una norma jurídica, por ejemplo, expropiando parcialmente una propiedad para la

⁷³⁹ En Colombia Alberto Montaña parece tener este modelo en la mira al comprender la función administrativa como “actividad para concretar las finalidades del estado consagradas en el ordenamiento jurídico”. Montaña Plata, *Fundamentos de Derecho administrativo*.

extensión de redes de infraestructura.⁷⁴⁰ En este ejemplo, la empresa privada no ejerce, por regla general, el uso del poder conforme a una norma jurídica porque la actividad en su giro ordinario no lo requiere. No obstante, debido a que hay ciertos casos en los que, para garantizar un objetivo político (garantizar el acceso a los servicios y proteger la propiedad), se requiere del uso del poder político conforme a una norma jurídica, se permite el uso del poder político y eso explica por qué el Derecho administrativo también se aplica a los sujetos privados en algunas ocasiones.

El Derecho administrativo no solo permite que la empresa privada cumpla con un objetivo político (garantizar el acceso a los servicios), sino que permite que lo haga de manera que se cumplan sin excluir otros objetivos políticos (la propiedad privada), exigiendo que el uso del poder político (expropiar) se haga conforme al Derecho (procedimientos administrativos, etc.). Este es solo un ejemplo relacionado con el típico uso del poder en el sentido de la fuerza. Pero también es posible que las empresas privadas se valgan de recursos públicos, por ejemplo, a través de figuras como las fiducias, los aportes en acciones, entre otras. En esos casos, también aparece el Derecho administrativo, por medio del control a la gestión fiscal de tales recursos.⁷⁴¹

⁷⁴⁰ En España Gamero identifica diferentes categorías de sujetos privados que ejercen potestades administrativas: 1. Particulares que ejercen funciones públicas: este es un clásico caso de atribución de potestades administrativas a sujetos privados. Ejemplos de este son el régimen de notariado y de registros civiles. 2. Corporaciones de Derecho público: la LPAC establece su régimen jurídico en cuanto al ejercicio de las funciones públicas atribuidas. Dentro de esta tipología se encuentran los colegios profesionales, las cofradías de pescadores y comunidades de usuarios. 3. Actos administrativos proferidos por los concesionarios de servicios que signifiquen ejercicio de potestades administrativas (art. 2 d), Ley 29/1988). 4. Otros casos de privados que ejercen potestades administrativas: actos dictados por las federaciones deportivas que no tengan el carácter de corporaciones (STC 67/1985, F.J.4 B). En Colombia, por su parte el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 señala que “Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.”.

⁷⁴¹ Este marco está regulado en Colombia en la Ley 610 de 2000 y en España mediante la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, LOTC y la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, LFTC.

Pero la transformación que implica el Estado regulador no queda en lo anteriormente descrito. En el Estado regulador se observan dos de las ideas más importantes tratadas en la teoría de sistemas: la observación y la reflexividad. Trasladadas al ámbito jurídico, estas ideas implican que los niveles de operación del Derecho se pueden –mínimo– duplicar y también que sus estructuras se pueden aplicar a sí mismas. En los ejemplos que se vienen tratando sobre la liberalización de los servicios públicos, las Administraciones públicas, antes prestadoras directas de servicios, vigiladas por otras entidades públicas, ahora se convierten en vigilantes y reguladoras de los servicios. La liberalización de los servicios no solo los abrió al sector privado, sino que implicó una complejización del esquema jurídico estatal. Se mantiene el nivel en el que hay prestadores –públicos y privados–, aparece otro nivel en el que hay una estructura estatal para regular el anterior nivel, a veces soportada en organizaciones privadas para certificar actividades técnicamente especializadas⁷⁴² y a veces soportada en ejecutivos concretos para alejarse de la política en el sentido partidista y, finalmente, junto a estos niveles, se mantiene el nivel del control judicial sobre todas estas actividades.

La duplicidad de modelos organizacionales –públicos y privados– una vez más confirma que el Derecho administrativo no tiene que ver con una función o un órgano particular, sino con el uso del poder para disponer de la fuerza o de los recursos públicos. Sea quien sea, si usa el poder, con base en una norma jurídica, para cumplir una función estatal o un objetivo estatal, queda sometido, respecto de esa operación concreta, al Derecho administrativo.

Por otro lado, las organizaciones estructurales y mediales se diversifican: al lado de las organizaciones estructurales y mediales al servicio del ejecutivo amplio, aparecen organizaciones estructurales y mediales al servicio del ejecutivo concreto. Las primeras llevan las premisas detalladas dictadas por el ejecutivo (reglamentos) a la vida real, mediante la concreción, caso a caso. Las segundas hacen lo mismo, pero no

⁷⁴² Sobre esto, cfr. Dolors Canals, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación* (Granada: Comares, 2003). y Héctor Santaella Quintero, «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 2011, 87-105.

materializando políticas plurales, sino regulando las políticas concretas que otros deben cumplir (sujetos regulados).

El estudio de los rasgos del Estado regulador ha dado lugar a interesantes líneas de investigación y trabajos académicos estimulantes. En España, bajo el concepto de la autorregulación regulada se ha explicado con claridad el nuevo tipo de relaciones entre el Estado y la sociedad.⁷⁴³ Vale la pena resaltar –a propósito del enfoque acogido en esta investigación– que algunos de los trabajos que desarrollan el concepto de autorregulación regulada ha sido elaborados con apoyo de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.⁷⁴⁴

El concepto de autorregulación es una ingeniosa alternativa para traducir, de una manera comprensible para los administrativistas, algunas de las ideas de la teoría de sistemas de Luhmann al Derecho administrativo y explicar claramente los efectos del Estado regulador y de la gestión de riesgos en la sociedad actual. Pero el concepto de autorregulación no se queda en el asunto estructural del Estado regulador y la sociedad del riesgo, una de sus consecuencias se manifiesta en una posición sobre la distinción entre el Derecho administrativo y Derecho privado. Sobre esta arista se volverá en los numerales 8.4.4. y 8.4.5.

En este aparato, solo interesaba resaltar los cambios jurídicos que llegaron con el Estado regulador en materia de economía, ciencia y tecnología, para tratar de explicar de forma más completa la idea de ejecutivos amplios y ejecutivos concretos, como respuesta a la necesidad de materializar diversos tipos de políticas públicas. Esto, para poder presentar en el siguiente apartado una formulación conclusiva que intenta articular los conceptos de función ejecutiva, administración pública y separación de poderes.

⁷⁴³ El concepto de autorregulación hace parte ya de manuales modernos de Derecho administrativo y es tratado bajo el tema de las fuentes del Derecho administrativo. Al respecto cfr. Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, pp. 83-87.

⁷⁴⁴ Darnaculleta acude a la teoría de sistemas de Luhmann para explicar el concepto de autorregulación y toma como punto de partida la idea luhmanniana de que, en la sociedad moderna, “no existe una diferenciación entre Estado y sociedad, sino una distinción funcional entre diversos subsistemas que se comunican entre sí.” Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, p. 36.

7.3. La relación entre la función ejecutiva, la administración pública y la separación de poderes

Dejando de lado el complejo debate de qué fenómenos sociales deben quedar en la política o en la técnica,⁷⁴⁵ lo que por el momento acá se puede ofrecer es una explicación para entender la función ejecutiva de manera que tanto el ejecutivo amplio como el ejecutivo concreto no necesariamente impliquen una contradicción con la separación de poderes o con la democracia, ni tampoco con el Derecho administrativo.

Si se acude a un modelo de observación que tenga en cuenta: i) la distinción entre función ejecutiva y función administrativa [núm. 4. y 6.]; ii) si se observa la función ejecutiva como una estructura socialmente determinada [núm. 5.2.]; y, si, además de este aspecto, se tiene en cuenta el carácter medial de las organizaciones [núm. 6], es posible explicar el fenómeno de los órganos constitucionales autónomos y de las autoridades administrativas independientes de manera coherente.

⁷⁴⁵ Ese es un asunto que escapa ampliamente del control de los juristas, se trata, en términos sencillos, del rumbo que está tomando la sociedad. Esto no niega, por supuesto, que este rumbo se concrete en operaciones que terminen siendo consideradas como contrarias a Derecho, pero no se puede esperar nada más allá de declaraciones de este tipo. En todo caso, los análisis de los juristas son enérgicos y firmemente posicionados. Hemos visto que Schmidt-Aßmann analiza el tema de las autoridades administrativas con claridad. Schmidt-Aßmann, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, p. 273 y ss. Kirchhof, por su parte, señala que el poder ejecutivo solo puede transferirse a organismos administrativos independientes en casos excepcionales. En el sistema de gobierno parlamentario de la Ley Fundamental, las actividades de la administración están asignadas a la esfera de responsabilidad del gobierno y están sujetas al control parlamentario a través del gobierno. La actividad administrativa está bajo la responsabilidad y el control de un ministro. Por lo tanto, un “espacio libre de ministerios” no es inadmisibles en sí mismo, pero no debe poner en peligro el poder determinante del Gobierno frente a la Administración y no debe relajar su responsabilidad parlamentaria sobre la acción administrativa. La admisibilidad de las actividades administrativas independientes dependerá, en particular, de la composición del órgano decisorio, de su organización, de su adhesión a las instrucciones y a la normativa administrativa general, de la participación de funcionarios ministeriales o parlamentarios en los órganos de control de estos órganos administrativos, de los derechos de casación, de recusación y de autointervención de la administración ministerial, así como de la importancia y de la amplia repercusión de la actividad administrativa. Kirchhof, pp. 165-66. En el ámbito del Derecho administrativo es particularmente ilustrativo Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 2004).

Bajo la explicación ofrecida, sigue presente la unidad de la función ejecutiva aunque a través de diversas manifestaciones (Presidente de la república o Junta o Presidente de un órgano autónomo independiente), las cuales tienen estructuras que varían dependiendo de sus objetivos (organizaciones administrativas amplias y plurales y organizaciones administrativas reducidas caracterizadas por la especialización técnica).

La misma idea abstracta de relación entre función y estructura, sirve para distinguir entre funciones estatales y, al mismo tiempo, el concepto de organización, no en su sentido estructural (Parlamentos, Congresos, Cortes, Asambleas, Administraciones públicas, Administraciones independientes, Tribunales, juzgados, etc.), sino en su sentido medial, sirve para identificar lo que interesa al Derecho administrativo: que todos los poderes estatales se valen de recursos públicos [Ver Capítulo 4, núm. 10] y es mediante su uso que las diversas funciones se pueden manifestar en la vida real.

Esta conclusión permite que la expresión “administración pública” adquiera un sentido directo y claro, es decir, no contaminado por una comprensión extremista de la separación de poderes [Ver núm. 5], ya que todos los poderes administran lo público. De esta manera, esto es, bajo la reconceptualización ofrecida en esta tesis, la fórmula “el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública” resultaría válida. No se trata de una contradicción sino todo lo contrario, pues una de las premisas de partida de esta investigación fue: la doctrina del Derecho administrativo y el Derecho administrativo son dos esferas, relacionadas, pero distintas. Una es la explicación y la otra es lo explicado y ambas tienen en común la escritura,⁷⁴⁶ esto es, expresiones como “Administración pública” o “función administrativa”, entre otras. La doctrina ofrece explicaciones de estos términos que, independientemente de ellas, existen en el Derecho positivo. Lo que se plantea en esta tesis no es, por tanto, una negación de las expresiones mencionadas, sino una explicación alternativa (Capítulo 5) a las explicaciones dominantes de tales expresiones (Capítulo 1).

Bajo este modelo de observación, la separación de poderes no se desconoce porque la función ejecutiva es una sola y no se confunde con ninguna otra función. ¿Por qué es una

⁷⁴⁶ Sobre la escritura como acoplamiento estructural Ver Capítulo 2, núm. 10.

sola? Porque no hay otra función estatal que haga lo que hace la función ejecutiva: conectar la política con la organización que la concreta caso a caso. Por eso es un sistema de comunicación [núm. 6]. Esto lo hace tanto el ejecutivo amplio como el ejecutivo concreto. La función ejecutiva es una sola, su diseño varía dependiendo del efecto social que se busca (modelos de racionalidad plural y modelos de racionalidad cerrada). La función legislativa acá no se transfiere a los órganos autónomos ni a las autoridades independientes, porque estos actúan siempre bajo premisas de decisión previamente fijadas, bien por el legislador, bien por la propia Constitución, bien por ambos. De otro lado, al comprender la función administrativa no como función estatal, sino como el uso de los medios de los que disponen los ejecutivos (amplios o concretos) para cumplir con Su misión, no hay ningún problema jurídico-conceptual con el hecho de que el Derecho administrativo se aplique a estos órganos, porque el Derecho administrativo no es el Derecho de la administración pública, ni el Derecho de una función estatal, sino el Derecho interesado en el uso del poder (para disponer de la fuerza o de los recursos públicos) con el propósito de cumplir un objetivo (una función estatal).

Desde un punto de vista sistémico, aunque la separación de poderes no consiste en el vínculo inmutable entre un órgano y una función particular, tampoco se puede entender el esquema sin definir un sistema de referencia para la observación. Si se parte del concepto de norma, de administración o de resolución de conflictos, sin establecer y delimitar un ámbito de referencia real (separación temporal, delimitación estructural y medio para el fin) para analizar esos conceptos, el resultado será el mismo al que llegó Duguit: ver funciones normativas y funciones administrativas en todos lados. Según Duguit, con esta comprensión estaba aterrizando el Derecho a la tierra, pero, en realidad, parece que solo planteó un cambio de dogma: del misterio de la trinidad⁷⁴⁷ al misterio de la omnipresencia. Si no se establecen ámbitos de referencia para los análisis, “normar”, “administrar” y “resolver conflictos” serán acciones que se terminen encontrando en todos los órganos, incluso en todas las esferas sociales, piénsese solamente en la religión y en las organizaciones privadas. Si no se tiene en cuenta la separación temporal, la delimitación objetual y el apoyo medial que requieren las funciones estatales, es difícil comprender una ley de presupuesto, por ejemplo, como un acto formalmente legislativo y, al mismo tiempo, sustancialmente administrativo [Ver Capítulo 4, núm. 2.4.].

⁷⁴⁷ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, p. 690.

8. Derecho administrativo y el Derecho privado: el uso del poder político como criterio de distinción

Que se hayan distinguido dos grandes áreas sobre las que recae el uso del poder político no es un ejercicio puramente conceptual [Ver Capítulo 4, núm. 10], sino que está respaldado por un largo desarrollo evolutivo que permite entender, por ejemplo, por qué el uso del poder político para disponer de la fuerza rara vez se ve ejercido por particulares.

El uso del poder para disponer de la fuerza no es más que el objeto de disputa [Ver Capítulo 4, núm. 6] y posterior estabilización entre los sistemas político y jurídico a fines de la Edad media y comienzos de la modernidad [Ver Capítulo 2, núm. 7 y 8]. Sin la estabilización alcanzada mediante los acoplamientos estructurales entre estos dos sistemas a través de la fórmula Estado de Derecho y a través de la Constitución –sostiene Luhmann– no hubiera sido posible la clausura operativa del Derecho. Estos acoplamientos estructurales han normalizado lo que, precisamente, desestabilizaba la sociedad premoderna: la violencia. La violencia fue normalizada de tal manera que en la modernidad se pudo hablar –en términos de Hobbes– de “la omnipresencia de la violencia física”.⁷⁴⁸

Luhmann sostiene que el Derecho moderno solo fue posible una vez la paz fue asegurada,⁷⁴⁹ lo que explica por qué el Derecho terminó siendo dependiente de la evolución del sistema político: en el momento en el que la política sustrajo a la sociedad la disposición del poder de la violencia física, sobre esa expropiación, construyó su propio poder.⁷⁵⁰ Esto implicó para el Derecho que las pretensiones legales podían decidirse definitivamente con referencia a un mismo sistema jurídico y no a una alegación independiente de derechos de diversas fuentes.⁷⁵¹ Sin embargo, este desarrollo no solo

⁷⁴⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 343.

⁷⁴⁹ Un Derecho pre-moderno estaba permanentemente relacionado con la producción de conflictos, ya que cada quien alegaba sus propias fuentes jurídicas.

⁷⁵⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 343.

⁷⁵¹ “La acción penal, ahora, no se concebirá en primer lugar como lesión -que se puede defender o sobre la que se puede demandar satisfacción- a una víctima; sino como lesión a la ley penal misma. (...) Por eso

fue posible gracias a la coevolución entre política y Derecho, coetáneamente fue necesaria la diferenciación del sistema económico.

Antes de la modernidad, la política, la economía y el Derecho se encontraban fuertemente entremezclados y solo su separación en la modernidad hizo posible el orden social que hoy conocemos (8.1.). El Derecho y la economía pudieron separarse gracias a su acoplamiento estructural mediante la propiedad y los contratos (8.2.). Este desarrollo evolutivo generó rendimientos tan importantes y atractivos que comenzaron a verse por el sistema político como una fuente para la solución de sus problemas y, por tanto, como una materia cada vez más intervenida (8.3.), aunque no de manera libre. La intervención de la política en la economía no solo ha requerido la autorización constitucional, sino que ha estado sometida al acompañamiento del Derecho administrativo, que se activa tan pronto el poder político usa el poder para disponer de los recursos públicos. Este diseño permite explicar un asunto por años debatido en la doctrina jurídica: la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado (8.4.).

8.1. Los antecedentes para los acoplamientos estructurales entre política, economía y Derecho

Los tipos de acoplamientos estructurales dependen de la forma de diferenciación que adopte una sociedad. En una *sociedad segmentaria* o tribal –en la que las relaciones sociales son entre segmentos iguales– parece existir únicamente un acoplamiento estructural entre Derecho y violencia. Ante la violencia, se tenía Derecho a reaccionar con violencia. Así se defendía lo de uno. La relación entre Derecho y lo que hoy se llama

ahora se dice: *nulla poena sine lege*. El Derecho original de responder a la violencia con violencia se ha roto: el Estado es el único actor facultado para ello.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 345. Esta independencia del Derecho era la que Lord Coke trataba de explicarle a Jacobo I. Frente a una disputa jurídica, Jacobo I afirmaba que, puesto que el Derecho se basaba en la razón, él podía decidir los casos tan bien como los jueces, a lo que Coke respondió: es cierto que Dios había dotado a su Majestad de una excelente ciencia y de grandes dotes naturales, pero su Majestad no era un experto en las leyes de su reino de Inglaterra, y las causas que conciernen a la vida, a la herencia, a los bienes o a la fortuna de sus súbditos, no deben ser decididas por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio del Derecho, que es un acto que requiere un largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda llegar a conocerla. Charles Fried, «The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know», *Texas Law Review*, 60 (1981), 35-58.

propiedad no tenía la forma de “Derecho de propiedad”, sino que, ante un ataque a la “propiedad”, se tenía el Derecho a defenderla, especialmente con la violencia. En este tipo de sociedad el Derecho y la economía no estaban acoplados estructuralmente, porque la propiedad no se distinguía de los vínculos de parentesco y los contratos consistían en la transacción misma.⁷⁵² En una *sociedad estratificada*, el problema principal es en qué medida la propiedad de la tierra, como fundamento del poder político, se hace compatible con el creciente comercio, es decir, con la riqueza adquirida rápidamente. La interacción entre clases en relación con los bienes no la puede decidir el Derecho, porque el asunto corresponde a una cuestión de economía “casera”,⁷⁵³ por eso, el acoplamiento estructural en esta sociedad recae prácticamente en la institución de la “casa en su totalidad”. En esta sociedad se hace evidente que el acoplamiento estructural privilegia a las clases altas.⁷⁵⁴ Solo con el paso a una *sociedad funcionalmente diferenciada* aparecen las condiciones para un acoplamiento estructural entre los diversos sistemas sociales. Las condiciones parecieron consistir básicamente en que era incompatible la existencia de sistemas económicos y políticos autónomos con una sociedad estratificada.⁷⁵⁵

Hasta la Edad Media, la política y la economía dependieron de la propiedad de la tierra debido a sus características estructurales: i) es divisible y modificable artificialmente, ii) representa un estado de cosas estable, iii) permite la auto-generación de ingresos, iv) sirve como base para la continuidad generacional de las familias, y v) se puede afectar violentamente, pero no por robo o engaño. Estas características dieron estabilidad a la “economía política”.⁷⁵⁶ No obstante, este orden comenzó a desintegrarse en la medida en que se desarrollaba la economía del dinero. La tierra empezó a utilizarse para garantizar créditos y ello condujo a la modificación de las formas jurídicas de la propiedad, básicamente para facilitar su carácter enajenable.⁷⁵⁷

⁷⁵² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 514.

⁷⁵³ Del contexto se entiende que Luhmann se refiere a las casas como las casas reales europeas que fueron grandes terratenientes y centros de poder político y económico en Europa.

⁷⁵⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 515.

⁷⁵⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 515-16.

⁷⁵⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 516.

⁷⁵⁷ En todo caso “[e]l desarrollo conceptual del dinero como institución legal se ve impedido, no obstante, debido a que, en la economía de donaciones y de instituciones de beneficencia de la Edad Media, tanto la iglesia como los señoríos seculares tenían un interés vital en lo relativo a la propiedad de la tierra, por lo

Mientras, de un lado, la riqueza dejó de fundarse exclusivamente en la tierra, se aceptó su generación mediante el intercambio comercial promovido por el dinero y se facilitó la transferibilidad de la propiedad mediante la libertad contractual, de otro lado, la influencia del dinero en la política y en el Derecho, como consecuencia de la tradicional mezcla riqueza-poder político, comenzó a verse como algo corrupto. Estas tendencias condujeron a que desde la segunda mitad del siglo XVIII se comenzara a reconocer a la economía y a la política como dos esferas distintas, aunque relacionadas, precisamente, mediante acoplamientos estructurales.⁷⁵⁸ Hasta antes de la segunda mitad del siglo XVIII, tanto la propiedad como el contrato se fundamentaron en la naturaleza. En cuanto a la primera se decía que los humanos, en principio, eran iguales porque nacían sin bienes, pero el desarrollo social, en especial, la economía y la existencia de gobernantes y gobernados, posteriormente lleva a la desigualdad. Frente al contrato, también se partía de la igualdad de las partes, pero igualdad entendida como igualdad de la libertad para decidir voluntariamente.⁷⁵⁹

La combinación entre “la desigualdad de la propiedad y la igualdad de los contratantes” era vista como una especie de virtud de dicho orden social, sin embargo, de ese esquema se generaron consecuencias relevantes.⁷⁶⁰ En el siglo XVIII la propiedad aún no está abierta a las posibilidades que ofrece el mercado debido a que sigue estrechamente vinculada a lo político. Aunque la propiedad ya no se consideraba una condición indispensable para conseguir el poder político, se concebía como “el único interés legítimo del ciudadano que participa en política mediante representación.”⁷⁶¹ Solo cerca del año 1800 los conceptos de propiedad y contrato logran coordinarse en una forma que

que instituyen jurisdicciones y sistemas legales que compiten entre sí”, aunque esto no detuvo el desarrollo económico paralelo “al adaptar los intereses de la tierra al dinero y al valorar de un modo puramente económico la propiedad de la tierra como una fuente de ingresos y fundamento de crédito.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 516.

⁷⁵⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 517.

⁷⁵⁹ Destaca Luhmann que “[n]o será sino hasta el siglo XIX cuando se plantee, en el ámbito del socialismo, el problema de cómo es, en absoluto, posible tal libertad, en vista de la organización de las fábricas y de la dependencia del trabajo de la clase desposeída.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 518.

⁷⁶⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 518-19.

⁷⁶¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 519.

posibilita el *acoplamiento entre Derecho y economía*. Casi de manera concomitante emerge el concepto moderno de Constitución y, en consecuencia, se dan las condiciones para el *acoplamiento entre Derecho y política* [Ver Capítulo 4, núm. 8.2].

8.2. Los acoplamientos estructurales entre la economía y Derecho

En el momento en el que el Derecho reacciona a los intereses económicos se ocupa de la economía de forma indirecta. Como ocurre con el concepto de intereses, el Derecho forma su propio concepto de intereses, que circula exclusivamente en la red de operaciones propias del Derecho. La misma situación se presenta con los intereses económicos. Los intereses económicos se separan de su específico contexto económico (*vrg.* su valor monetario) y se abstraen en forma de –por decirlo de alguna manera– intereses puros. Estos intereses después serán clasificados –según el código jurídico– en intereses legalmente protegidos e intereses legalmente desprotegidos. Cuando esto ocurre se puede decir que el Derecho y la economía están estructuralmente acoplados,⁷⁶² dice Luhmann, mediante una estación de recepción y transmisión altamente sensible a las noticias económicas.⁷⁶³ Eso que Luhmann llama una estación de alto nivel de absorción de irritaciones mutuas entre el Derecho y la economía no es otra cosa que las figuras de la propiedad y el contrato. Por eso, propiedad y contrato son el punto de partida para entender el acoplamiento entre el Derecho y la economía.

8.2.1. La propiedad como acoplamiento estructural entre Derecho y economía

La economía moderna realiza elevadas o –como diría Luhmann– “impagables” exigencias al Derecho. Para que sea posible la existencia de la economía como un sistema autónomo en constante movimiento, el Derecho está obligado a realizar eficazmente su propia función y no la función de la economía.⁷⁶⁴

⁷⁶² Luhmann aclara que la sociología del Derecho solo investiga la influencia de los intereses económicos en el Derecho o, a la inversa, pero pasa por alto la relación constitutiva entre economía y Derecho. Sobre todo, pasa por alto las condiciones sociales que son necesarias para hacer posible la diferenciación. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 521.

⁷⁶³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 520-21.

⁷⁶⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 522. Para comprender la función de la economía desde la teoría de sistemas cfr. Luhmann, *La Economía de la Sociedad*, pp. 140-42.

La economía se convirtió en un sistema autopoiético gracias a dos desarrollos evolutivos: el surgimiento del concepto moderno de propiedad y la aparición del dinero (o monetización de la economía). Frente a la propiedad, los agentes económicos se encuentran en una posición doblemente excluyente: de un lado, tenerla o no tenerla⁷⁶⁵ y, de otro lado, pagar o no pagar por ella. Para pagar por la propiedad existe un medio universal: el dinero. En consecuencia, los pagos son indicadores decisivos de las operaciones del sistema económico. Lo que circule sin el medio del dinero no sería parte de la economía, “desde la sudorosa excavación en el jardín propio hasta el lavado de platos de la cocina de la casa; excepto en el caso de que se haga esto con el fin de ahorrar gastos de personal o en aparatos.”⁷⁶⁶ Al clausurarse operativamente, la economía excluye operaciones de otro tipo de sistemas. Sin embargo, para que la economía pudiera convertirse en un sistema autónomo fue necesario el surgimiento del concepto jurídico de propiedad.⁷⁶⁷

Jurídicamente la propiedad-de-uno es, a su vez, la no-propiedad-del-resto.⁷⁶⁸ El sentido que produce la propiedad aquí consiste en interrumpir la necesidad de consenso y ese sentido repercutió en una mayor probabilidad de éxito de las comunicaciones económicas. En palabras sencillas, la propiedad moderna (la propiedad-de-uno que es la no-propiedad-de-los-demás) garantiza el constante movimiento de operaciones económicas porque simplemente se requiere la “aquiescencia del propietario y *de nadie más*.”⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ “Simultáneamente, la oposición de tener y no tener remite a todo lo que es susceptible de apropiación y que por ello es denominado bien.” Luhmann, *La Economía de la Sociedad*, p. 282.

⁷⁶⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 521.

⁷⁶⁷ Aunque el concepto de propiedad tardó casi dos mil años para llegar a designar el dominio dispositivo de los propietarios individuales, incluida su disposición sobre la tierra, la dinámica de este proceso es mucho más pronunciada en los cien años de historia colonial durante los siglos XIX y XX. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 527.

⁷⁶⁸ Esta exclusión de todos los que no son propietarios se alcanza gracias al contenido del Derecho de propiedad y su efecto es la prohibición de despojo violento. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 523.

⁷⁶⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 523.

La propiedad se convirtió así en un mecanismo de acoplamiento estructural entre el Derecho y la economía porque, al tiempo que impulsa operaciones simultáneas en el Derecho y en la economía, las operaciones desarrolladas en cada sistema son distintas. El movimiento de la propiedad, por decirlo de alguna manera, activa al mismo tiempo dos visiones distintas sobre un mismo objeto. “El acoplamiento permite que las operaciones económicas propias sean eficaces como irritaciones del sistema de Derecho y que las operaciones jurídicas propias lo sean como irritaciones del sistema económico”⁷⁷⁰ sin que ello rompa el carácter clausurado de la operación de dichos sistemas. El acoplamiento estructural entre estos dos sistemas no impide “que la economía busque ganancias o inversión rentable de capital bajo condiciones que el Derecho ha complicado; y que el sistema de Derecho busque la justicia o decisiones casuísticas suficientemente consistentes bajo condiciones que el sistema económico ha complicado.”⁷⁷¹ Cada sistema hace cosas que facilitan las operaciones del otro. La propiedad, en Derecho, puede establecer la propiedad de las cosas, pero no puede darles valor. La economía puede establecer el valor de las cosas, pero no puede determinar la propiedad.⁷⁷²

Los sistemas sociales de la modernidad, aunque logran estabilidad, no se petrifican, en otras palabras, tienen estabilidad dinámica. Este logro se debe a que no excluyen a nadie, sino que, simplemente, emergen de la conectividad de las operaciones. Para participar en un sistema social simplemente basta con participar del tipo de operación que logra conectarse con la respectiva comunicación sistémica.

Que el sistema económico moderno consista en operaciones constantes indica que la economía no surgió simplemente como una cuestión de reforzamiento de la propiedad – que era el interés predominante en las sociedades estratificadas–, sino que exigió el establecimiento de una red recursiva de transacciones y ello solo fue posible gracias al dinero. Esto indicaba ya que la propiedad se asumía como base en las transacciones y que se medía en dinero.⁷⁷³ De ahí que para el proceso de diferenciación de la economía no

⁷⁷⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 524.

⁷⁷¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 524.

⁷⁷² Nobles y Schiff, p. 44.

⁷⁷³ Señala Luhmann que “[n]o es sino hasta la Edad Media tardía, como es claro en Bartolus, que el rasgo de la dispositio se desliza en el concepto de propiedad, a la manera de un Caballo de Troya de la economía del dinero, transformándola por completo de dentro hacia afuera. Por más absurdo que esto pueda, en

fuera suficiente la propiedad y el establecimiento de su código tener/no-tener, sino que se requirió de un segundo código basado en el dinero (pago/no-pago). La propiedad se utilizó cada vez más como activo en las transacciones o para cubrir ausencia de liquidez.⁷⁷⁴ La consecuencia de este desarrollo evolutivo elimina la relevancia política de la propiedad de la tierra como forma de poder político –similar al dominio de las Casas– “y obliga al Estado (simultáneamente naciente) a adaptarse: cobrando impuestos.”⁷⁷⁵

En todo caso, la propiedad por sí sola no funciona como mecanismo de acoplamiento entre el Derecho y la economía. En la economía es necesario saber quién es (y quién no es) el propietario y por cuánto tiempo. Esa exigencia la suple otro importante concepto jurídico que en la economía se denomina cambio o intercambio, mientras que en el Derecho se denomina contrato.⁷⁷⁶

8.2.2. El contrato como acoplamiento estructural entre Derecho y economía

Luhmann destaca que el contrato representa uno de los logros más relevantes de la evolución social. Gracias a los contratos es posible estabilizar una situación específica durante un periodo de tiempo con *indiferencia* de todo lo demás, incluida la intervención de personas y transacciones que no participan en el contrato.⁷⁷⁷

Los contratos “son el resultado de una evolución de más de dos mil años del Derecho civil romano y, como ahora se ve, una de las ideas más complejas que los juristas han

principio, parecer: el goce y el uso -en el sentido de fructio y usus- de la propiedad pueden consistir precisamente en la renuncia a ellos.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 527.

⁷⁷⁴ “Las formas de utilización del suelo, con frecuencia sumamente dividido, avaladas por la costumbre y literalmente establecidas, pierden su legitimidad debido a la necesidad de nombrar a un propietario y conferirle una designación escrita cuando hay que regular los derechos de disposición, pero también cuando hay que regular las obligaciones fiscales y las posibilidades de crédito.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 527.

⁷⁷⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 525. De aquí que Luhmann sugiera “que los impuestos logran el acoplamiento estructural entre el sistema de la economía y el sistema político.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 525.

⁷⁷⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 525.

⁷⁷⁷ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 528.

sido capaces de producir.”⁷⁷⁸ Uno de los aspectos más notables es que los desarrollos para el trato del problema relativo al contrato de compraventa en el contexto del Derecho de propiedad –transferencia del Derecho de propiedad incluyendo la protección contra la perturbación de terceros–, se haya trasladado al marco del Derecho de obligaciones.⁷⁷⁹

El problema de cómo identificar las perturbaciones y sus efectos y cómo distribuirlos terminaba resolviéndose con apoyo de una construcción jurídica que, eventualmente y *a posteriori*, puede ser vista como un contrato. De esta manera, el concepto de contrato pasó a ser relevante en relación con la causa de las obligaciones y esta comprensión terminó plasmada en teorías del contrato totalmente desarrolladas.⁷⁸⁰ Lo esencial aquí era tratar con equidad las deficiencias en la ejecución de las relaciones recíprocas y de acuerdo con las expectativas estándar de la conducta de las partes.

Inicialmente no existía un concepto general de contrato,⁷⁸¹ sino la cuestión de qué deficiencias, en ejecución del servicio, constituían causas de responsabilidad en el marco de una reclamación derivada de un contrato. Se fue formando entonces un contexto de construcción y clasificación “en lo que respecta a las fórmulas y a los tipos de contrato, que en cada caso tienen nombres propios y que se tratan de acuerdo con sus condiciones particulares.”⁷⁸² Un contrato no era más que “una convención que tiene nombre por

⁷⁷⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 528-29.

⁷⁷⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 529. “Entendido como acuerdo de voluntades, o mejor, como coincidencia de conductas con significado social unívoco de acto dispositivo de intereses, el contrato se presenta como la regulación de los intereses de las partes por ellas mismas, de ordinario patrimoniales, pero no exclusivamente tales”. Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones II* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), p. 235.

⁷⁸⁰ Luhmann cita como ejemplo el Tratado de obligaciones de Pothier (1761).

⁷⁸¹ Sostiene Luhmann que “antes del descubrimiento romano de un contrato de compra con validez civil y jurídica, no existe ni siquiera una demanda derivada del incumplimiento de un contrato de venta.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 529.

⁷⁸² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 530.

Derecho civil, o causa”⁷⁸³, y *causa* no es más que otra palabra para designar ese contexto contractual.⁷⁸⁴

Fue precisamente un cambio en la comprensión de la idea de causa la que permitió la adaptación del Derecho contractual a las cambiantes relaciones económicas modernas. De causa como tipología se pasa a una idea de causa relacionada con el propósito del contrato y con la correspondiente intención de las partes del contrato.⁷⁸⁵ “Definido de un modo extremadamente formal, el contrato no es ahora otra cosa que aquello en lo que coincide la voluntad declarada de los contratantes.”⁷⁸⁶

En todo caso, esta evolución solo alcanzará su conclusión hasta el siglo XIX.⁷⁸⁷ Aunque los tribunales en principio fueron reacios a abandonar sus “instrumentos técnico-conceptuales con los que pueden imponer su juicio con relación a una resolución adecuada tras la conclusión del contrato”,⁷⁸⁸ finalmente los terminaron sustituyendo “por una interpretación de la voluntad de los contratantes a partir de sus hipotéticos intereses”⁷⁸⁹ y el sustento jurídico que sirvió de base a este cambio fue, en el fondo, una regla del Derecho natural: “uno tiene que hacer honor a su palabra (*fides*).”⁷⁹⁰ Este

⁷⁸³ Luhmann usa la frase en latín *conventio nomen habens a iure civili vel causam*. La traducción al castellano es de Alejandro Guzmán Brito, «La doctrina de la “consideration” en blackstone y sus relaciones con la “causa” en el “ius commune”», *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, 28.25 (2003), 375-406.

⁷⁸⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 530.

⁷⁸⁵ Luhmann destaca que “también el Derecho romano -presumiblemente muy temprano, es decir, en la época de la última República- determina el contrato de una manera excesivamente formal, aunque sirviéndose de una distinción completamente diversa, a saber: la distinción entre *contrahere* y *solvere*. El *Digesto* cita a Pomponio en el libro *quarto ad Quintum Mucium*: «Proutquidque contractum est, ita et solvi debet» (D46.3.80) Nótese aquí el «proutquidque». Sin embargo, esta abstracción resulta compatible con una limitación de la dimisión de tipos de contrato y con las inseguridades existentes acerca de la voluntad expresa de los contratantes.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 530 nota 49.

⁷⁸⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 530.

⁷⁸⁷ En Inglaterra esta evolución transcurre con algunas diferencias, pero también se terminan reconociendo “los contratos enteramente orientados al futuro”, es decir “no perjudicados por ningún tipo de hechos consumados y que se apoyan exclusivamente en la voluntad de los contratantes”. Para más detalles cfr. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 532.

⁷⁸⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 530.

⁷⁸⁹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 530.

⁷⁹⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 531.

desarrollo evolutivo del concepto jurídico de contrato terminó corriendo paralelo con el proceso que conllevó a la institucionalización de la libertad contractual, gracias a la cual, precisamente, el Derecho y la economía se terminaron acoplando estructuralmente.

En la economía ya no es necesario considerar una estrecha red de tipos contractuales para la realización de transacciones, y cuando aparecen prohibiciones se aborda el tema de su cumplimiento e incluso evasión. A la inversa, el Derecho adquiere la libertad de interpretar *a posteriori* las intenciones de los contratantes, de añadir más elementos contractuales mediante la “interpretación complementaria” o de descalificarlos por considerarlos como transgresores de las “buenas costumbres”.⁷⁹¹ De esta forma, el Derecho rescata en buena medida el control perdido al concederse la “libertad contractual”.⁷⁹² Visto desde el sistema jurídico, “el contrato persiste como una forma para el surgimiento de obligaciones que, en caso de conflicto, deben ser examinadas con posterioridad”⁷⁹³ y, en paralelo, “el sistema económico modifica su propio estado a través de transacciones, con consecuencias que, de hecho, resultan prácticamente incontrolables (para no hablar de que pudieran ser “dirigidas”) por medio del Derecho.”⁷⁹⁴

8.3. Los efectos del acoplamiento estructural del Derecho y la economía en el sistema político

Que el Derecho y la economía estén estructuralmente acoplados, de nuevo, no fusiona operacionalmente a los dos sistemas. Por el contrario, el mantenimiento de la separación entre ambos sistemas se observa especialmente en el trato diferencial que se hace de la relación entre propiedad y contrato. Para la economía el valor de la propiedad viene –casi que exclusivamente– dado por su uso en transacciones. “Valor es igual a valor de cambio”.⁷⁹⁵ Los juristas, en contraste, “están acostumbrados a considerar separadamente las demandas jurídicas derivadas de la propiedad y las derivadas del contrato”⁷⁹⁶, y

⁷⁹¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 533.

⁷⁹² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 534.

⁷⁹³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 534.

⁷⁹⁴ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 534.

⁷⁹⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 535.

⁷⁹⁶ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 535.

representaría prácticamente una revolución en el Derecho civil abandonar esta distinción.⁷⁹⁷

Sobre esa distinción tajante entre las demandas relacionadas con la propiedad y las demandas relacionadas con los contratos, Luhmann se pregunta si tal división “no constituye otra cosa que una tradición en el sistema jurídico y que se conserva solamente debido a la poca claridad existente en lo que se refiere a las consecuencias que tendría su modificación”⁷⁹⁸ o si realmente debajo de la división rigurosa descansan buenas razones jurídicas para su mantenimiento. Luhmann parece inclinarse por esta última explicación.

El contrato, como fuente de reclamaciones legalmente válidas, proporciona al sector privado poder sobre la aplicación del poder político. El poder político siempre tiene que estar disponible para la aplicación de las reclamaciones contractuales, aunque no haya sido parte del contrato. La audacia de esta configuración no se revela hasta que se comprueba que, a través de ella, el Derecho y la política –en lo que se refiere al uso de la fuerza– pueden ser condicionados por el sector privado, es decir, por el sistema económico.⁷⁹⁹

Los tribunales siguen teniendo la última palabra a la hora de determinar si un contrato se ha redactado de manera que produzca efectos jurídicos, en otras palabras, el sistema jurídico sigue manteniendo la clausura operativa, pero esa clausura solo es posible en conexión con la apertura, en este caso, en conexión con los motivos privados para usar la propiedad y la libertad de contratar, los cuales escapan al control del Derecho.⁸⁰⁰ Esta

⁷⁹⁷ A propósito de una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán que rechazó el Derecho empresarial a fijar la jornada de trabajo porque este Derecho se desprendía de un contrato y no de una propiedad, Luhmann se plantea “si el Derecho constitucional deba servirse también de esta división al interpretar la defensa de la propiedad o si no sería más conveniente una mayor apertura de frente a las realidades económicas -independientemente de sus consecuencias jurídicas.” Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 535.

⁷⁹⁸ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 535.

⁷⁹⁹ El símbolo de la validez jurídica –que tiene la aptitud de mover el Derecho y, por esa vía influir en el sistema político– muestra su lado abierto que se refleja en los condicionamientos que representan los motivos privados que corresponden a una esfera no controlada por el Derecho. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, pp. 535-36.

⁸⁰⁰ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 536.

configuración de clausura y apertura simultánea que ha permitido al Derecho su contacto con los cambios constantes de su entorno no es otra cosa que una manera comprimida de referirse al acoplamiento estructural entre Derecho y economía descrito con apoyo en la evolución histórica.

El acoplamiento estructural entre Derecho y economía y la distinción entre propiedad y contrato condicionan entonces de forma importante la política. De hecho, el condicionamiento político de una vasta circulación de dinero (acá es clave la palabra: tributos) y de la legislación constituyen los instrumentos más importantes de la política.⁸⁰¹

La posibilidad de aprovechar la propiedad y la libertad no constituyó un problema en la Edad Media porque “el dominium equivalía al dominio político y, en esa medida, no se diferenciaba de la *iurisdictio*.”⁸⁰² En el siglo XVIII, en reacción a la libertad política de la propiedad alcanzada, aparecieron nuevas conceptualizaciones para adaptarse a las nuevas circunstancias. Por un lado, se entendió la fuerza política como una administración racional y, en ese sentido, limitada de la propiedad por parte del gobierno. Por otro lado, apareció la teoría de la representación política vinculada a la propiedad, especialmente, en Gran Bretaña y más claramente en Norteamérica.⁸⁰³

Luego, durante un breve momento de la historia, en el que surge el concepto moderno de Constitución, parecía que la política se limitaría a una observación y, en determinado caso, al ajuste de las relaciones entre Derecho y economía. Sin embargo, las irritaciones mutuas entre estos dos sistemas comenzaron a ejercer una atracción irresistible para la política.⁸⁰⁴

El acoplamiento estructural entre el Derecho y la economía se convirtió en un horizonte de posibilidades para la política que comenzó a explorarlo mediante decisiones

⁸⁰¹ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 537.

⁸⁰² Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 537.

⁸⁰³ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 537.

⁸⁰⁴ Por ejemplo, a mediados del siglo XIX no existía la fórmula de la libertad contractual y antes de su aparición solo se hablaba del efecto vinculante de las obligaciones de las partes. Se dice que la nueva fórmula apareció como una reacción ante las intervenciones del Estado, especialmente en el Derecho laboral y en el Derecho de los cárteles. Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 537.

colectivamente vinculantes. En consecuencia, para conseguir los beneficios económicos deseados, el uso de la propiedad y la libertad contractual se intervinieron cada vez más. Desde hace un buen tiempo, la política está experimentando con esta posibilidad. La cuestión es hasta dónde puede llegar con la intervención sin poner en riesgo la producción autónoma del Derecho y la economía. En todo caso, lo que sí parece claro es que los efectos conseguidos con el Derecho y la economía nunca se corresponden con los propósitos que la política plantea alcanzar con ellos, precisamente, porque tanto el Derecho como la economía se determinan no solo de acuerdo con la propia configuración interna de cada sistema, sino de acuerdo con su relación estructural. No obstante, esto tampoco parece afectar a la autoproducción de la política, ya que esta depende únicamente de la continua comunicación de las decisiones colectivamente vinculantes.⁸⁰⁵

8.4. La distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado

El uso del poder político para disponer de recursos públicos –se ha dicho– es, en última instancia, uso del poder. Sin embargo, al tener en el panorama la formación evolutiva del sistema económico como fuente histórica de producción y movimiento masivo de recursos de los que se puede valer el poder (por ejemplo, tributos) y, a su vez, como límite al poder por vía de la propiedad y de los motivos de la contratación, se hace clara una esfera existencial en la que no haría presencia el Derecho administrativo si el poder político no la interviniera.⁸⁰⁶ Dicho de otra forma, las relaciones del sistema económico se desenvuelven jurídicamente mediante el Derecho privado siempre que *en o sobre* esas relaciones no haga presencia el poder político. Esta explicación permite distinguir entre el Derecho administrativo y el Derecho privado a partir de operaciones reales, verificables en la práctica y no exclusivamente a partir de campos conceptuales abstractos. Esta explicación se aparta de las tesis doctrinales que postulan la inexistencia de la separación entre el Derecho público y el Derecho privado,⁸⁰⁷ no solo porque el Derecho positivo la

⁸⁰⁵ Luhmann, *El Derecho de la sociedad*, p. 537.

⁸⁰⁶ La distinción entre el Derecho público y el Derecho privado a partir de operaciones reales se puede ver en M. J. Horwitz, «The history of the Public/Private distinction», *University of Pennsylvania Law Review*, 130.6 (1982), 1423-28.

⁸⁰⁷ Martín Bullinger, *Derecho público y Derecho privado* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976).

reconoce, sino porque operativamente esta distinción se puede comprobar.⁸⁰⁸ Antes de pasar a estas tesis, en todo caso, vale la pena un breve recordatorio de las tesis clásicas que explican la diferencia entre Derecho público y Derecho privado, debido a que resultan útiles para nuestros efectos.

8.4.1. Las tesis tradicionales sobre la distinción entre Derecho público y Derecho privado

Para este apartado se tomará provecho del resumen que ha hecho el profesor Francisco Velasco en su obra *Derecho público más Derecho privado*.⁸⁰⁹ En esta última obra se hace referencia a los criterios que, desde fines del siglo XIX, han tratado de explicar las relaciones y diferencias entre el Derecho público y el Derecho privado. Estos criterios se han ordenado en torno a dos grandes tipos: las tesis objetivas y las tesis subjetivas.

Las tesis objetivas explican la diferencia entre el Derecho público y el Derecho privado enfocándose en el contenido de las normas jurídicas y, por esa vía, se han formulado tesis explicativas basadas en el interés –general o particular– al que sirve cada disposición jurídica; tesis basadas en la autonomía de la voluntad; tesis que distinguen la orientación de las normas: hacia las personas o hacia la comunidad. Por su parte, las tesis subjetivas sustentan la diferencia entre las mencionadas ramas del Derecho, atendiendo al sujeto al que están dirigidas las normas jurídicas que, en última instancia, serían o el Estado o los particulares.⁸¹⁰

Todas estas tesis han ido interactuando y siendo objeto de críticas y ajustes. A pesar de esto, algunos autores, atendiendo a la complejidad de las relaciones en la sociedad actual y, evidenciando que tanto el Estado como los particulares se mueven tanto en la órbita del Derecho público como en la del Derecho privado, dudan de la posibilidad de encontrar empíricamente una distinción tajante entre estas dos ramas y prefieren abordar la

⁸⁰⁸ Una de las dificultades en los estudios sobre la separación entre el Derecho público y el Derecho privado es que se estudia la distinción como si fuera una especie de materia continua que tiene el mismo sentido desde la antigüedad hasta la modernidad.

⁸⁰⁹ Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, pp. 30-45.

⁸¹⁰ Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 31.

distinción de manera analítica, esto es, como un instrumento de análisis de la realidad. Esta es la tesis del profesor Velasco que, a continuación, se resume y se critica.

8.4.2. La separación entre Derecho público y Derecho privado existe en la realidad y no es un mero concepto analítico

En España Francisco Velasco ha planteado uno de los últimos y más interesantes estudios generales sobre la división entre el Derecho público y el Derecho privado. Su tesis sostiene que “en cada sector o ámbito jurídico se da una diferente combinación de Derecho público y Derecho privado. (...) Se parte de la premisa (...) de que las ramas o ámbitos materiales del Derecho no son susceptibles de clasificación en uno de los dos órdenes de la *summa divisio*. Más bien, la *summa divisio* es un instrumento de análisis o disección de cada uno de los sectores normativos. Y con ese objetivo analítico sobre cada sector normativo, la *summa divisio* sirve para identificar en qué medida, en cada sector jurídico, los parámetros de conducta que definen las normas se apoyan, para su efectivo cumplimiento, en el poder judicial o en la Administración pública.”⁸¹¹ De acuerdo con esta idea, se habla de Derecho privado cuando las leyes confían el cumplimiento de sus mandatos al poder judicial, y se habla de Derecho público cuando las leyes encargan a la Administración el cumplimiento del Derecho.

Acá se toma distancia de la tesis de Velasco, pero es necesario simplificar su tesis para explicar las razones del distanciamiento. Su tesis sostiene: i) que el Derecho público y el Derecho privado existen en la realidad, ii) que se verifican, respectivamente, dependiendo de si hace presencia la Administración pública o el juez, iii) pero que el Derecho público y el Derecho privado no se pueden clasificar como Derecho público y Derecho privado porque en realidad esa distinción no existe, sino que es un instrumento de análisis. La tesis parte de una realidad jurídica dividida,⁸¹² la vincula a ciertos fenómenos

⁸¹¹ Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 17.

⁸¹² “[E]n cada sector o ámbito jurídico se da una diferente combinación de Derecho público y Derecho privado” Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 17. A lo largo de la tesis se hace referencia a realidades empíricas que están clasificadas o como Derecho público o como Derecho privado.

(organizaciones de cumplimiento)⁸¹³ y, finalmente se transforma esa realidad jurídica dividida en una masa informe (ámbitos materiales del Derecho) que no está dividida sino a la luz de un “instrumento de análisis”⁸¹⁴ que no se sabe muy bien cómo aparece o que se entiende como un producto cultural o histórico que se independizó de la realidad. Lo que se considera como una explicación de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, esto es, la *summa divisio*, “sirve para identificar en qué medida, en cada sector jurídico, los parámetros de conducta que definen las normas se apoyan, para su efectivo cumplimiento, en el poder judicial o en la Administración pública.” Sin embargo, para identificar esta “medida” no es necesaria ninguna *summa divisio*, basta con mirar lo que dice la norma; lo que sí podría requerir explicación es: por qué una norma jurídica consagra una u otra organización de cumplimiento.

La verdadera propuesta explicativa se encuentra en las razones de la presencia de una u otra organización de cumplimiento. Las razones planteadas son: “la tradición histórica de separación de poderes, el principio de eficacia, la seguridad jurídica, la tipología de intereses públicos en juego, la búsqueda de flexibilidad y el principio de economicidad en la actuación pública.”⁸¹⁵ Al observar las razones se hace evidente que no son razones suficientes, contundentes ni decisivas para explicar la separación entre el Derecho público y Derecho privado.⁸¹⁶ De hecho, directa e indirectamente, algunas de estas razones son

⁸¹³ “Hablamos de Derecho privado (...) cuando las leyes confían el eficaz cumplimiento de sus mandatos al poder judicial. Y hablamos de Derecho público (...) cuando las leyes encargan a la Administración (...) el cumplimiento del Derecho”. Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 17.

⁸¹⁴ Desde la teoría de sistemas la distinción entre lo analítico y lo real es inseparable, no existe la una sin la otra y por eso es inviable explicar algo como “puramente” analítico. Sobre este problema cfr. Capítulo 3, núm. 10.2.

⁸¹⁵ Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 109.

⁸¹⁶ No es posible profundizar, pero pueden plantearse algunas críticas. i) Comenzando por entender la Administración pública como un poder del Estado al lado del legislativo y el judicial que hace cosas que supuestamente otras organizaciones no harían. Basta con pensar en las administraciones de los demás poderes estatales y en la aplicación del Derecho administrativo a tales organizaciones; ii) se asume que la eficacia es una fórmula fija: para mayor eficacia administración pública, para menor eficacia jueces. Esta fórmula se desvirtúa empíricamente en muchas sociedades; iii) se parte del concepto de Administración pública para mostrar que estas ofrecen seguridad jurídica a las relaciones privadas, pero, precisamente las administraciones que pone de ejemplo son administraciones que no encajan en el concepto subjetivo de Administración pública, sino en su concepto funcional; iv) se sostiene que la Administración pública hace

las que precisamente el autor considera como insuficientes en la parte III del capítulo I para justificar la necesidad de otra tesis.

En todo caso, los análisis empíricos de la tesis de Velasco son muy cercanos a la realidad. Es cierto que el Derecho administrativo generalmente aparece cuando hay una administración, pero ello “ocurre” (ocurrir es un efecto) no por su calidad de organización de cumplimiento, sino como “causa” del uso del poder político que, generalmente, las administraciones realizan para servir a alguna función estatal.

La separación entre el Derecho administrativo y el Derecho privado se explica por referencia a operaciones reales. Cuando se usa el poder político –para disponer de la fuerza o de recursos públicos– aparece el Derecho administrativo, cuando no, no. Operaciones que no usen el poder quedarán en el entorno del Derecho administrativo y seguramente serán objeto de otros tipos de Derecho. Cuando las personas se obligan mutuamente no aparece el Derecho administrativo, sino el Derecho privado. Cuando los particulares usan el poder para disponer de los recursos públicos o de la fuerza, aparece el Derecho administrativo.

presencia cuando hay intereses públicos muy relevantes, lo que resulta difícil de probar en la realidad; v) se alega la flexibilidad para explicar la ausencia de la Administración pública y la presencia de los jueces. Se sostiene que la Administración se “degrada” como organización de cumplimiento. Sin embargo, no se tiene en cuenta que este fenómeno se puede explicar por el Estado regulador en donde el prestador estatal deja de serlo –obligatoriamente– y se convierte en garante, con lo que la “huida” acá se explica como una reorganización del poder político y no como una especie de degradación de la Administración pública y como la flexibilización de lo que no debe ser flexible; vi) finalmente se acude al argumento de la economicidad y la eficiencia, sustentando la presencia de uno u otro Derecho en análisis económicos del Derecho que no logran explicar la totalidad de la lógica jurídica. Finalmente, todas estas razones terminan relativizadas a la luz de los principios constitucionales. Se afirma que “Ninguno de los principios constitucionales contiene, en sí, una opción por la Administración o por el poder judicial como organización de cumplimiento de un ordenamiento concreto. Son, más bien, normas principales cuyo alcance imperativo final resulta de procedimientos ponderativos.” (Velasco Caballero, *Derecho público más Derecho privado*, p. 125.) Es decir, se termina pensando que el legislador hace juicios de ponderación cuando va a legislar, lo cual es totalmente alejado de la realidad. Basta con asistir a un proceso de formación de una ley para darse cuenta de que ocurre de todo, menos una ponderación juiciosa de todos los principios en juego.

8.4.3. Las bases teóricas para la distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado propuesta en esta tesis

En primer lugar, tal y como se hizo cuando se trató las diferencias entre Derecho administrativo y Derecho penal y Derecho administrativo y Derecho tributario [Capítulo 4, núm. 10.1 y 10.2], es necesario aclarar que las distinciones que se presentan en el Derecho positivo a manera de especialidades jurídicas no se pueden comprender de manera reduccionista, sino sistémica. Esto quiere decir que la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado no se puede explicar basándose en un solo elemento determinante, como lo intentaron hacer las tesis clásicas resumidas en el numeral 8.4.1. anterior. No obstante, esto no quiere decir que no se pueda distinguir el Derecho administrativo y el Derecho privado como esferas presentes en la realidad.

En segundo lugar, se resalta que, bajo el enfoque teórico acogido, el Derecho se explica como una unidad compuesta por una red que, no obstante, puede alumbrar especializades diversas dependiendo de los elementos en juego en un momento determinado. Esto, para recordar que el Derecho es un constructo histórico que opera en capas superpuestas en las que las instituciones jurídicas van surgiendo de una y otra especialidad y se van convirtiendo en herramientas transversales a todo el Derecho. En este sentido, acá no se considera problemático, por ejemplo, que tanto en el Derecho administrativo como en el Derecho privado exista autonomía de voluntad –con sus correspondientes matices– o que ambos Derechos puedan perseguir tanto, intereses generales como intereses particulares o, por ejemplo, que tanto el Derecho administrativo como el Derecho privado rijan tanto al Estado como a los particulares.

Para esta tesis, la diferencia entre el Derecho administrativo y el Derecho privado no se encuentra en esos elementos individualmente considerados (intereses, autonomía, sujetos, etc.) y tampoco es inexistente, esto es, tampoco se trata de un mero instrumento analítico, sino que se entiende como un fenómeno empírico (Derecho positivo) que se puede explicar (ciencia del Derecho).⁸¹⁷

⁸¹⁷ Una explicación altamente teórica del Derecho privado como un sistema autónomo, pero no desvinculado de la cognición y del mundo, es la de Ernest J. Weinrib, *La idea de Derecho privado* (Marcial Pons, 2017).

La clave de esta tesis para distinguir el Derecho administrativo y el Derecho privado (y cualquier otra especialidad jurídico—positiva) se encuentra, como ya se ha dicho, en la comunicación jurídico-administrativa, la cual, como se ha dicho, consiste en una operación real en la que está presente el uso del poder político —para disponer de la fuerza o de los recursos públicos— conforme a una norma jurídica [Capítulo 4, núm. 2]. Esta fórmula no consiste en una reducción de elementos atómicos, sino que consiste en una relación, y para entender esto hay que recordar el concepto de comunicación acogido en esta tesis [Capítulo 2, núm. 8]. Además, esta tesis recoge de otra manera, especialmente, como condiciones de posibilidad, las ideas que han utilizado las tesis explicativas tradicionales (8.4.1.).

Cuando se habla de uso del poder político para disponer de la fuerza o de los recursos públicos conforme a Derecho, no se puede entender cada elemento de la explicación de forma aislada, sino que hay asumirlos como se presentan en la realidad, es decir, como un conjunto emergente de elementos que se presentan al mismo tiempo bajo cierta articulación.

Cuando se usa el poder político conforme a una norma jurídica, no importa, en principio, quién sea el sujeto (el Estado o un particular), sino la verificación de un hecho real, que alguien esté usando el poder político (esto es, democráticamente autorizado) y alegue para ese uso una norma jurídica que lo permita. En este sentido, la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado no se funda en el sujeto, sino en un conjunto compuesto por un acto real relacionado con una norma jurídica específica.

También se debe recordar que, el uso del poder político conforme a una norma jurídica es una fórmula que condensa un estadio especial del proceso de producción normativa, en el cual hay una norma jurídica —normalmente de rango legal— que actúa como parámetro para que otros sujetos tomen decisiones vinculantes “usando” ese poder político previamente creado. Cuando los particulares ejercen algún tipo de poder en sus relaciones (no nos referimos a los particulares que desarrollan funciones o potestades administrativas) no se presenta el esquema de la comunicación jurídico-administrativa ni el estadio del proceso de producción del Derecho que caracteriza el Derecho administrativo.

Cuando los particulares toman decisiones vinculantes sobre otros particulares (sin estar en el supuesto de ejercicio de funciones o potestades administrativas por particulares, porque acá ya se estaría en la esfera del Derecho administrativo), aunque tal posibilidad sea habilitada también por una norma jurídica (Código Civil, Código Comercio, etc.), la aceptación de esas decisiones es voluntaria y no coactiva. Mientras que, cuando se usa (por un sujeto público o privado, atendiendo los requisitos que se deban atender) el poder político conforme a Derecho, los destinatarios de ese uso, estén o no de acuerdo, no tienen más opción que aceptar la decisión.

El uso del poder para disponer de la fuerza y de los recursos públicos conforme a una norma jurídica permite explicar por qué situaciones que serían fenomenológicamente hablando similares serían regidas por dos especialidades del Derecho distintas. Desde el punto de vista factual, en principio, no habría ninguna diferencia entre el particular que decide contratar o conceder un préstamo u otra ayuda a una persona (y no a otras que participen en el mismo procedimiento selectivo competitivo) y el funcionario público que haga lo mismo. En el mismo sentido, tampoco habría diferencia entre el administrador de una empresa privada que decide el destino de fondos de la empresa (que son ajenos a él, cuando no al mismo tiempo propietario) y el servidor público que hace lo mismo. La clave de la diferencia en estos comportamientos radica en el marco más amplio en el que esos comportamientos fácticos se enmarcan. Mientras que en el segundo tipo de casos, la toma de decisiones vinculantes y la disposición de recursos resulta autorizada por un proceso político que establece unos objetivos que son vinculantes para toda la sociedad, independientemente de si los asociados están o no de acuerdo con tales objetivos [Ver Capítulo 4, núm. 5], para el primer tipo de casos, la disposición de recursos y la toma de decisiones vinculantes no son conductas que resultan impuestas coactivamente sino que solo se aplican a quienes voluntariamente quieren unirse vía contratos; y, el hecho de que esta posibilidad sea establecida por una norma jurídica como una ley, no equipara a las decisiones colectivamente vinculantes destinadas para alcanzar objetivos político concretos con las decisiones colectivamente vinculantes que buscan garantizar que las personas puedan decidir sus destinos a partir de sus propios intereses. Que se pueda diferenciar entre estos dos tipos de decisiones es precisamente lo que garantiza que no se viva en un Estado totalitario y que tampoco se viva en un estado de naturaleza regido por la ley del más fuerte o el más rico.

Por los mismos argumentos acabados de exponer, una empresa, por muy pública que sea, si no usa el poder político –en caso de que lo tenga– conforme a una norma jurídica, para desarrollar su actividad ordinaria, no será destinataria del Derecho administrativo. En todo caso, la existencia de empresas públicas implica, de por sí, una fenomenología bastante compleja y para explicar este evento a cabalidad se requeriría de un trabajo monográfico. Por el momento solo puede destacarse que, aunque las empresas públicas pueden desenvolverse en el ámbito privado sin usar poder político y, por ello, regirse por el Derecho privado, su existencia dependió del uso de recursos públicos y de la toma de decisiones vinculantes. Por eso, lo normal es que, en la práctica las empresas públicas – que no usan el poder político– o las empresas mixtas, terminan siendo sometidas tanto al Derecho privado como al Derecho administrativo. No obstante, que un mismo fenómeno pueda regirse tanto por el Derecho administrativo como por el Derecho privado, no quiere decir que ambos Derechos se hayan fusionado. La operación de ambas especialidades sí es mucho más compleja en la actualidad, pero, en todo caso, es posible distinguir entre estas de acuerdo con el criterio expuesto en esta tesis.

El Código Civil o el Código de Comercio, aunque son productos del proceso político, por ejemplo, no facultan a las personas para imponerse sobre otras unilateralmente para disponer de su voluntad o de sus bienes, si estas no han aceptado que esto suceda. Los vínculos solo ocurren por mutuo acuerdo. Por el contrario, las normas jurídicas sí autorizan para que, de acuerdo con los procedimientos e instituciones del Derecho administrativo, unos sujetos se impongan sobre otros, independientemente de si los destinatarios de la decisión están o no de acuerdo con ella.

Visto evolutivamente, la presencia del Derecho administrativo es una especie de respuesta compensatoria que se ofrece a quien termina siendo despojado de su voluntad y de sus bienes, sin previa aceptación (uso del poder político), para que este despojo no se haga de cualquier manera, sino de acuerdo con unas reglas que derivan de un proceso político (Derecho administrativo). Proceso político que se acepta como el filtro en el que se depuran (política) y habilitan (Derecho) las distintas concepciones del mundo (Constitución como acoplamiento de la política y el Derecho).

8.4.4. La distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado que deriva del concepto de autorregulación

A través del concepto de autorregulación, la doctrina administrativista ha podido ofrecer una posición que permite distinguir entre el Derecho administrativo y el Derecho privado o, al menos, identifica una esfera autónoma que se califica de “privada” para que se encuentra “extramuros de los poderes públicos con facultades normativas y por tanto no se integra por sí misma en lo que conocemos como ordenamiento jurídico”.⁸¹⁸ En relación con esta idea de la autorregulación, también se ha dicho que “[d]esde un punto de vista jurídico, la autorregulación constituye, desde siempre, la forma a través de la cual actúan y se relacionan los particulares y las organizaciones privadas. En todos estos casos, el fenómeno autorregulativo nos remite, indefectiblemente, a la sociedad y, consiguientemente, al Derecho privado.”⁸¹⁹

En esta investigación se comparte la explicación que ofrecen los trabajos enmarcados en la línea del concepto de autorregulación respecto del fenómeno del Estado garante, de la regulación y de la gestión de los riesgos, e igualmente, se reconoce que estas investigaciones arrojan una importante claridad sobre el intrincado panorama de la complejidad social actual. Así mismo, también se comparte, en términos generales, la explicación que algunos trabajos enmarcados en esta línea de investigación, hacen de la obra de Luhmann. No obstante, por la inercia que genera el enfoque acogido, acá se considera relevante hacer algunas apreciaciones respecto de la idea de autorregulación y, especialmente, respecto de la relación y distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado que podría derivar de algunas premisas del concepto de autorregulación.

La tesis de la autorregulación, explica que “la diferenciación funcional de la cultura, de la ciencia, de la técnica, de la industria, o de los medios de comunicación, nos remite a grupos de individuos o a organizaciones –asociaciones e instituciones culturales, asociaciones profesionales, empresas u organizaciones de empresas–, principalmente de carácter privado, que poseen unos códigos internos, un lenguaje y unos procesos de actuación, conocidos y aceptados en el interior de cada subsistema y extraños a los demás.

⁸¹⁸ Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho administrativo*, p. 83.

⁸¹⁹ Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, p. 279.

Los criterios éticos y los criterios técnicos de cada organización denotan una racionalidad interna que es esencialmente distinta de la racionalidad propia de otros subsistemas, como los subsistemas político, administrativo y jurídico, que poseen también sus propios códigos y su propio lenguaje.”⁸²⁰ A esta clara explicación, solo habría que hacerle una aclaración: no es totalmente claro que la teoría luhmanniana distinga a los diversos sistemas funcionales entre “privados” y “públicos” o, principalmente, “privados”. De hecho, si se siguiera la clasificación público/privada, es posible encontrar, en distintas épocas y en distintos lugares, muchas organizaciones dedicadas a la cultura, a la ciencia, a la técnica, a la industria, o a los medios de comunicación que podrían calificarse de “públicas”. Aunque no se niega que sea posible distinguir entre el Derecho público y el Derecho privado, estas distinciones no se ubican a nivel de los tipos de sistemas, es decir, en el sentido de que a nivel de teoría haya unos sistemas públicos y otros privados –sin negar que en la realidad se pueden encontrar muchos institutos científicos públicos y también privados–, sino que la distinción entre estas dos especialidades del Derecho, de acuerdo con lo sostenido en esta investigación, se ubica en un nivel comunicativo [Capítulo 4, núm. 2], esto es, en el mismo nivel en el que emerge el Derecho y se distingue de otros sistemas.

No obstante la observación acabada de hacer, es totalmente acertada la idea central de la diferenciación funcional que plantea la citada obra sobre el concepto de autorregulación: los diversos sistemas funcionales cuentan una programación y con unos códigos que permiten su operación autopoietica [Capítulo 2, núm. 1.2.2.2.]. En el Capítulo 3 se mostró, por ejemplo, cómo el sistema jurídico se distingue de muchas otras esferas sociales que también operan con normas como, por ejemplo, la religión, la ética, las costumbres, los juegos, etc. [Capítulo 3, núm. 2 y 3]. De acuerdo con esto, la autorregulación, vista desde la teoría de sistemas, no sería un atributo exclusivo de los sujetos privados, sino de los sistemas autopoieticos. Todo sistema operativamente clausurado puede producir su propia regulación y tal característica, según la teoría de sistemas, se predica no solo de la ciencia, de la economía, de la cultura, de la religión, del deporte, etc., sino también del Derecho y de la política. Todos estos sistemas se autorregulan, solo que el sistema jurídico aparece, como regulación específicamente jurídica, cuando cualquiera de los sistemas autopoieticos hace referencia al Derecho.

⁸²⁰ Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, p. 64.

La emergencia o no del sistema jurídico, por tanto, no tiene como causa el carácter público o privado del sistema que se autorregula, sino la referencia que cualquier sistema haga al Derecho, esto es, que alguien considere que su conducta es conforme a Derecho [Capítulo 3, núm. 2 y 3, Capítulo 4, núm. 2]. Esto, en todo caso, no lo desconocen las investigaciones de la autorregulación y desarrollan este aspecto mediante el concepto de regulación pública de la autorregulación, entendida esta como una “forma de intervención directa que, bajo el ropaje de una retirada del Estado, esconde niveles de intervención históricamente desconocidos.”⁸²¹

En conclusión, aunque esta investigación se aparta de la relación y distinción entre Derecho administrativo y Derecho privado que podría derivar del concepto de autorregulación, se comparte la idea explicativa detrás del concepto de regulación pública de la autorregulación y se toma como un punto de referencia para una posterior profundización en orden a complementar el concepto de función ejecutiva planteado en esta tesis.⁸²²

8.4.5. Las funciones indelegables y delegables en los particulares

La distinción entre el uso del poder político para disponer de la fuerza y para disponer de los recursos públicos explica otro asunto debatido en la doctrina: ¿qué funciones públicas se pueden delegar en los particulares? Lo que el Derecho positivo muestra es que está restringida la delegación de funciones estatales y permitida la delegación de funciones administrativas. Como ejemplo, se pueden ver algunas normas jurídico-positivas del Derecho colombiano y del Derecho español.

⁸²¹ Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, p. 385.

⁸²² La aparición de nuevos tipos de función ejecutiva –y sus correspondientes organizaciones estructurales– que se identificaron en este capítulo, podrían explicarse, en cierta medida, por la necesidad de “ofrecer seguridad, fiabilidad y equilibrio, en aquellos ámbitos en los que, a pesar de que no puede identificarse directamente la actuación de una Administración pública, se está materializando, a través de la sociedad, una función ejecutiva.” Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, p. 443.

En Colombia el ejercicio de función administrativa por particulares lo permite expresamente el artículo 210 de la Constitución política, e igualmente, por la Ley 489 de 1998. En cambio, a diferencia de la función administrativa, no hay ninguna norma jurídica que permita que las funciones estatales, esto es, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, se pueden delegar en personas privadas.

En España, también se permite la delegación o el ejercicio de potestades administrativas por sujetos privados⁸²³ mientras que –al igual que en Colombia– no existe una norma jurídica que autorice el ejercicio de poderes públicos⁸²⁴ a los particulares. Esta afirmación, que puede resultar controversial, se sustenta mediante la distinción que el Derecho español hace entre potestades administrativas y funciones que implican el ejercicio de autoridad. Mientras que aquellas pueden ser ejercidas por particulares, estas no, debido a que son inherentes a los poderes públicos. Al respecto, refiriéndose al contrato de servicios, la LCSP señala que “[n]o podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” (artículo 17); en concordancia, la LRJSP dispone que las sociedades mercantiles “[e]n ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”, en cambio sí permite que a esas sociedades “excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas” (artículo 113). En sentido similar el EBEP reserva “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas” a los funcionarios públicos (artículo 9.2).

⁸²³ Gamero Casado, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», pp. 105-7.

⁸²⁴ Entendiendo por estos, los poderes legislativo, ejecutivo (o de Gobierno) y judicial y, al mismo tiempo, distinguiendo de estos, las potestades administrativas, de acuerdo con la comprensión que en esta tesis se ha planteado del concepto de administración pública: esta es, una organización o función (como se quiera ver) medial al servicios de las funciones o poderes estatales. Se resalta que en España la doctrina utiliza el concepto “funciones públicas” y se considera que estas pueden ser desarrolladas por particulares [Miriam Cueto Pérez, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas* (Navarra: Aranzadi, 2008).] y también se habla de “funciones de autoridad” ejercidas por particulares [Canals, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación.*] Las funciones que, de acuerdo con estos trabajos, pueden ser desarrolladas por particulares, en todo caso, no parecen ser aquellas clásicas funciones estatales: esto es, la legislativa, la ejecutiva (llamada de Gobierno en España) y la judicial, sino que hacen referencia a típicas actividades administrativas.

Que existan funciones estatales indelegables, se explica por la doctrina con argumentos o razones relacionadas con la soberanía, o por considerarse funciones inherentes al Estado, funciones importantísimas, funciones de interés general, etc. Desde la perspectiva sistémica la explicación es mucho más sencilla.

Las funciones estatales (legislación, ejecución y justicia) no se delegan porque son las estructuras mismas de la sociedad que se forman a partir de las personas de las que se diferencian. Los sistemas políticos, ejecutivos y judiciales se forman de la participación personal (comunicación social), pero una vez formados se independizan de las condiciones de posibilidad (personas). Delegar alguna de estas funciones estatales es disolver las fronteras de cada sistema. Lo que sí se puede delegar es el ejercicio de la función o potestad administrativa porque estas, de acuerdo con lo sostenido en esta investigación, no consisten en una función estatal, sino en un medio para ella.

Delegar la función o la potestad administrativa no pone en peligro las fronteras del sistema, en otras palabras, la creación del poder (función legislativa) su conformación, ejecución y evaluación (función ejecutiva) y el mantenimiento contrafáctico del Derecho (función judicial) no queda en manos de los particulares cuando se les delega función administrativa. Sin embargo, la delegación de la función administrativa relacionada con el uso del poder para disponer de la fuerza violenta, aunque se presenta, es mucho más reducida,⁸²⁵ aunque, en todo caso, cuando un particular está autorizado para ejercer el

⁸²⁵ En Colombia, el artículo 33 de la Ley 142 permite que los operadores (públicos o privados) de los servicios domiciliarios ejerzan prerrogativas que pueden terminar en el uso de la fuerza violenta como, por ejemplo, la expropiación. Jurídicamente puede considerarse una medida válida porque no se está delegando una función estatal (legislar, ejecutar o juzgar), sino una función administrativa. Función administrativa no entendida como se entiende mayoritariamente por la doctrina [Ver Capítulo 5, núm. 1], esto es, como un órgano o función estatal, sino como el uso del poder para disponer de la fuerza o de los recursos públicos para el cumplimiento de un objetivo contemplado en una norma jurídica. Por eso, en principio, no habría problema con esta norma jurídica del Derecho colombiano. No obstante, habrá que indagar en qué medida esta facultad ha sido utilizada por las empresas prestadoras. Como miembro de una junta directiva de una empresa prestadora del servicio de energía eléctrica experimenté un caso relacionado con esta facultad. Para poder extender una red de energía eléctrica y dados los hechos del caso, era viable para la empresa acudir a la ley para imponer medidas de servidumbre e incluso de expropiación, en otras palabras, era viable el uso del poder para disponer de la fuerza para cumplir un objetivo legislativo. Sin embargo, el presidente de la compañía y otros miembros de junta que llevaban mucho más tiempo en la empresa descartaron esa

poder vinculante, lo hace siempre conforme al régimen de Derecho administrativo y no de Derecho privado. Lo restrictivo de esta posibilidad se entiende de manera más clara en términos evolutivos: la expropiación de la violencia para ser ejercida por un tercero distinto a los participantes en la disputa fue lo que permitió la paz social [Ver Capítulo 4, núm. 8.1].

Esta perspectiva sistémica también podría ayudar a explicar dos conceptos utilizados en el Derecho español a los que se acabó de aludir. Se vio que, en el Derecho positivo de este país, además del concepto “potestad administrativa”, se utiliza el concepto “ejercicio de autoridad”. La presencia de ambos conceptos ha causado algo de confusión en la doctrina, porque a veces se entienden como sinónimos y a veces no. De acuerdo con la perspectiva asumida, la potestad administrativa se relaciona con el uso del poder del poder político para disponer de la fuerza o de los recursos públicos, mientras que las funciones de autoridad se relacionan, no con el uso, sino con las típicas funciones estatales, especialmente, con aquellas funciones de Gobierno⁸²⁶ definidas acá bajo el concepto de función ejecutiva [núm. 4].

9. La explicación del Derecho positivo, mediante la reconceptualización derivada de la investigación

En esta tesis se tomó distancia epistemológica y material respecto de la doctrina administrativista dominante. Lo primero porque se argumentó que el Derecho administrativo y su ámbito de aplicación no lo construía la doctrina sino el Derecho administrativo mismo, lo segundo porque se consideró que la operación última que permitía la clausura del Derecho administrativo era la distinción entre el uso lícito e ilícito del poder político. A continuación, se mostrará cómo esta perspectiva logra explicar el Derecho positivo que quedaba parcialmente explicado desde las tesis dominantes.

medida porque, si bien estaba en la ley, en esa zona no se iba a respetar una medida que no viniera acompañada de un uniforme. Aunque en última instancia el uso concreto de la fuerza hubiera sido ejercido por la policía, la fuente directa (empresarial) de la orden parecía tener consecuencias en su efectividad.

⁸²⁶ Constitución española, artículo 97.

Para comenzar, el uso del poder conforme a Derecho no solo es la operación que auto-delimita el Derecho administrativo, sino que es una operación que permite explicar conceptos del Derecho positivo como función administrativa (en el Derecho colombiano) y potestad administrativa (en el Derecho español). La aplicación del Derecho administrativo a la Administración pública y también a órganos distintos de la Administración pública se vehicula a través de los conceptos de función administrativa (en el Derecho colombiano) y de potestad administrativa (en el Derecho español).⁸²⁷ Pero este dato de la realidad no se ha podido explicar porque la función administrativa no se puede definir por las vías tradicionales ensayadas por la doctrina, esto es, ni positiva ni negativamente y, por otro lado, porque el ejercicio de potestad administrativa por parte de órganos distintos a la Administración se “explica” mayoritariamente⁸²⁸ en España como un “fenómeno puramente práctico”.

El concepto de uso de poder –para disponer de la fuerza y para disponer de los recursos públicos– puede explicar los conceptos de función administrativa y de potestad administrativa previstos en el Derecho administrativo colombiano y español, porque ejercer función administrativa o potestad administrativa no es ejercer una de las tres funciones estatales, sino ejercer una subfunción estatal, esto es, aquella que opera como medio para que los poderes estatales puedan funcionar y cumplir sus objetivos. Esta explicación ni desconoce el Derecho positivo, ni desconoce el sistema conceptual desde donde se está observando.

Se puede observar que el Derecho positivo colombiano y español establecen que el Derecho administrativo también se aplica a sujetos distintos de la Administración pública como parlamentos, tribunales y órganos autónomos constitucionales; se puede observar que esta aplicación ocurre, no cuando estos sujetos expiden leyes, sentencias o actos ejecutivos, sino cuando las organizaciones para el funcionamiento de estos entes usan el poder para disponer de la fuerza (sancionan a un funcionario) o de recursos públicos

⁸²⁷ Se remite a todas las normas jurídicas –que disponen la aplicación del Derecho administrativo a diferentes sujetos jurídicos– citadas en el Capítulo 1, núm. 2.

⁸²⁸ En España una posición que parece minoritaria avanza por una explicación preocupada por la realidad, aunque no cuenta con un aparato conceptual suficientemente complejo. Gamero Casado, «El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo».

(compran papelería) con el propósito de que estos entes funcionen. Que los parlamentos o los tribunales expidan actos administrativos o contraten y, en consecuencia, se les aplique el Derecho administrativo, no necesita explicarse ni como un hecho puramente utilitario o excepcional, ni como un ejercicio multiorgánico del poder, porque en esos casos ni los parlamentos ni los tribunales están desarrollando una función estatal distinta a la suya, simplemente, están usando los medios para operar [núm. 6].

Estos mismos ordenamientos jurídicos disponen que los particulares que ejercen función administrativa (Colombia) o que desarrollan potestades administrativas (España) están sujetos al Derecho administrativo, bien porque han recibido algún tipo de delegación jurídica o bien porque tienen algún vínculo con las Administraciones públicas o con el sector público. En estos eventos el Derecho administrativo se aplica, no porque los particulares desarrollen una función estatal distinta a legislar y juzgar o porque estén colaborando con la Administración, sino porque están usando el poder para disponer de recursos públicos.

En el Capítulo 1 (núm. 2) se mostró que las tesis doctrinales no pueden explicar por completo el ámbito de aplicación del Derecho administrativo. Se vio que, en Alemania, por ejemplo, el Derecho administrativo se aplica a la actividad administrativa de las autoridades administrativas y que la ley considera autoridad administrativa (*Behörde*) a cada sede que ejerza funciones de la administración pública. Se mostró que el concepto *Behörde* tiene tanto un sentido orgánico como un sentido funcional; doble sentido que permite la aplicación del Derecho administrativo tanto a sujetos privados que ejercen funciones administrativas (*Beliehene*), como a órganos legislativos o judiciales si realizan tareas administrativas específicas en casos concretos. En España, por su parte, se vio que el Derecho administrativo positivo no solo se aplica a las Administraciones públicas, sino también a otros órganos públicos y a sujetos privados cuando desarrollan potestades administrativas en los términos previstos en las leyes. También se mostró que en Colombia la situación no era diferente. El Derecho administrativo se aplica no solo al Ejecutivo, sino también a los demás órganos estatales y privados que ejerzan función administrativa. El mismo patrón se verificó en Italia. El Derecho administrativo se aplica a todos los organismos de Derecho público y organismos de Derecho privado que desarrollen actividades de interés público de acuerdo con el Derecho positivo. Finalmente se mostró cómo esta transversalidad del Derecho administrativo no podría ser explicada,

salvo el caso de la doctrina administrativista norteamericana, por las tesis administrativistas dominantes.

En el capítulo primero se mencionó cómo la doctrina estadounidense explicaba el ámbito de aplicación del Derecho administrativo [Ver Capítulo 1, núm. 3]. En este punto de la tesis ya se puede ver por qué esta posición coincide en cierta medida con la aquí defendida. Para la doctrina estadounidense el Derecho administrativo no es el Derecho de uno de los tres poderes estatales, sino el de las agencias, que no son otra cosa que medios para el cumplimiento de las funciones estatales o de objetivos legislativos. Los tribunales conocen de cualquier ejercicio de autoridad por parte de estas agencias que pueda vulnerar cualquier Derecho de las personas.⁸²⁹

Desde la perspectiva acogida en esta tesis, esta transversalidad del Derecho administrativo puede ser explicada por completo porque el Derecho administrativo no es el Derecho de un órgano público ni el de una función estatal particular. El Derecho administrativo es el Derecho que se constituye mediante operaciones de uso del poder para disponer de recursos públicos o de la fuerza conforme a Derecho, y todo ello sucede a nivel de uso, no de creación, por eso no hay ninguna contradicción con la separación constitucional de poderes.

El concepto de uso de poder conforme a Derecho es un concepto que engloba todas las realidades empíricas que han intentado traducirse en definiciones doctrinales que pretenden explicar el Derecho administrativo. El ejercicio de poder, los fines del servicio, la intervención de una Administración pública o el ejercicio de una función administrativa, no son más que ejemplos de uso del poder. Son ejemplos de una realidad con una duración histórica relativamente amplia y, por esa razón, es probable que la realidad percibida se haya convertido en explicación del Derecho administrativo de ese momento, es decir, que el ejemplo se haya tomado como concepto. Esto evidencia que, para explicar el Derecho administrativo, es necesaria cierta perspectiva histórica y cierta abstracción. A continuación, se presenta una perspectiva evolutiva con sentido retrospectivo. Se presenta este análisis al final porque desde la perspectiva asumida el

⁸²⁹ 5 U.S. Code § 702 - Right of review.

Derecho administrativo no está predeterminado, sino que ha sido el resultado de un proceso de construcción ciego que solo se puede explicar mirando al pasado.

10. Una relectura: la evolución del Derecho administrativo a partir del uso del poder

La comprensión sistémica del uso del poder y su contraste con el Derecho positivo y con las explicaciones dominantes en la doctrina han permitido presentar una explicación alternativa del ámbito de aplicación del Derecho administrativo: el ámbito de aplicación del Derecho administrativo no se explica completamente desde el concepto de Administración pública, ni desde el concepto de función administrativa (positivo o residual). El ámbito de aplicación del Derecho administrativo lo define el mismo Derecho administrativo al fijar sus límites, y la fijación de sus límites ocurre mediante operaciones jurídicas que distinguen si en cada comportamiento se usa o no se usa el poder alegando sustento en una norma jurídica.

En este acápite se pretende abrir una puerta: mostrar que el uso del poder —en sus dos manifestaciones— se puede encontrar en los orígenes mismos del Derecho administrativo (10.2.) y en el mismo Fallo Blanco (10.1.), incluso se encuentran interesantes detalles en la llamada actividad no autoritativa de la administración (10.3.).

10.1. Una contralectura del Fallo Blanco

El Fallo Blanco⁸³⁰ puede tener otra lectura: el Tribunal de Conflictos transfirió el asunto a la jurisdicción administrativa no *por* el hecho de que estuviera involucrada una

⁸³⁰ Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco. La síntesis de este famoso fallo decía “Considerando que la responsabilidad, que podría incumbir al Estado por los daños ocasionados a particulares, como resultado de la actuación de personas empleadas en los servicios públicos, no puede regirse por los principios que se establecen en el Código Civil para las relaciones entre particulares. Que dicha responsabilidad no es ni general ni absoluta; que se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los Derechos del Estado con los Derechos privados; Que, por tanto, en virtud de las leyes antedichas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer de esta causa;...” *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, ed. Marceau Long et al. (Madrid: BOE, 2012), p. 27.

“finalidad de servicio público”, sino porque la prestación de un servicio público implica el uso del poder para disponer de recursos públicos. Esta conclusión era fácilmente deducible del Fallo, incluso era más fácil deducir esto que la interpretación que se hizo famosa: que la jurisdicción administrativa es competente porque el desarrollo de la actividad (¡una fábrica de tabaco!) implicaba una finalidad especial que era la prestación de servicios públicos. Era aún más plausible interpretar que la jurisdicción administrativa asumía competencia porque, independientemente de que se tratara de una empresa de tabaco, detrás estaba una organización administrativa, funcionando con recursos públicos, mediante trabajadores pagados con recursos públicos.

Habiendo interpretado la actividad de la tabacalera como el desarrollo de un fin especial que justifica las reglas y el control judicial especial, parte de la doctrina consideró haber dado un golpe mortal a la parte de la doctrina que explicaba el Derecho administrativo basado en la distinción entre actividades autoritativas y actividades no-autoritativas: al no haber ejercicio de autoridad, hubo actividad no-autoritativa y, a pesar de esto, el asunto se sometió al régimen y al control judicial especial. Así que para llenar la ecuación se dijo “hay un fin de servicio público”.

Aunque la interpretación que “encuentra” en el Fallo Blanco el criterio de los fines del servicio público se hizo tremendamente exitosa,⁸³¹ con la crisis del concepto de servicio público quedó demostrado que era incorrecta.⁸³² No solo porque en ese fallo no se descubrió que el Estado prestaba servicios públicos (lo que era suficientemente claro),⁸³³

⁸³¹ Una objeción importante a lo que se dice a raíz del arrêt Blanco es que, en España, durante décadas (bajo la vigencia del art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y hasta la aprobación de la Ley 30/1992 o, según algunos, hasta su reforma de 1999), la responsabilidad por daños ocasionados en hospitales públicos (financiados con cargo a los presupuestos públicos) se sometió a las reglas de responsabilidad civil extracontractual del Código Civil y a los tribunales del orden civil (aunque con críticas de muchos administrativistas).

⁸³² Long et al., p. 28.

⁸³³ La expresión servicio público no se la inventó la Escuela de los servicios públicos. Mucho antes del surgimiento de esta Escuela, De Gerando abordaba los distintos servicios públicos del Estado, servicios públicos que eran, precisamente, la materia a la que se dedicaba la administración pública. Guglielmi, p. 43. Lo que hizo la Escuela de los servicios públicos fue considerar que la “prestación” de esos servicios públicos, y no el ejercicio de prerrogativas, era lo que explicaba la razón de ser del Estado.

sino porque la interpretación ignoró los fundamentos legales a los que acudió el Tribunal de conflictos para la remisión del caso a la jurisdicción administrativa.

El Tribunal de conflictos justificó de forma directa y clara su decisión en un grupo de leyes que establecían las reglas y condiciones para el endeudamiento del Estado. A partir de estas premisas normativas señaló, no que el Estado no respondía, sino que su responsabilidad debía declararse teniendo en cuenta las necesidades del servicio, esto es, las necesidades de la Administración que está siendo sometida a juicio, para de esa manera conciliar estos intereses (derechos del Estado) con los derechos privados. En el Fallo no se evidencia un abandono –explícito o tácito– de la idea de poder como elemento conformador del Derecho administrativo,⁸³⁴ por el contrario, en la decisión lo que se deja ver es que el poder no es únicamente el poder para usar la fuerza física mediante órdenes, sino que el poder es también el poder para disponer de recursos públicos.

En el Fallo se explica con claridad que, para que el Estado pueda constituirse como deudor, se deben cumplir unas reglas y condiciones especiales previstas en la ley. Haga lo que haga la Administración, si con su actuación termina endeudando al Estado termina disponiendo de recursos públicos. Tan solo con revisar estas normas se evidencia que la necesidad de un régimen y un control judicial especial no buscaba evadir la responsabilidad estatal, sino controlar el uso del poder para disponer de los recursos públicos por parte de las distintas organizaciones administrativas. El argumento de “la necesidad de conciliar el Derecho público con el Derecho privado”, como muestra de la idea de fin de servicio público que justifica el conocimiento de la jurisdicción administrativa, termina totalmente desinflado cuando se revisa el fin de la historia.

El Consejo de Estado, mediante Fallo del 8 de mayo de 1874 terminó ordenando una indemnización anual y vitalicia a Agnès Blanco que surtía efectos a partir del día siguiente del accidente. El análisis para llegar a esta decisión no consistió en ningún ejercicio de ponderación de intereses por la presencia del fin de servicio público, simplemente se verificó que los empleados de la empresa de tabaco empujaron el vagón sin cerciorarse

⁸³⁴ Se dice que “*En 1873, le juge administratif officierait par conséquent toujours dans une logique de puissance publique.*” Charles Bosvieux-Onyekwelu, «Revenir sur une légende en sociologue : l’arrêt Blanco et le mythe de la “naissance” du droit administratif français», *Droit et Société*, 101, 2019, 159-78.

previamente de que no había nadie en la vía.⁸³⁵ Dicho de forma simple, lo único que hizo distinta la responsabilidad estatal de la civil en este juicio fue que se trató de un daño producido con los recursos de todos.

El mismo Duguit reconoce que la labor de quienes prestan servicios públicos consiste en “el deber de emplear su poder en organizar los servicios públicos, en asegurar y realizar su funcionamiento”,⁸³⁶ esto es, detrás de todo servicio público prestado por el Estado hay un poder para disponer de recursos públicos y, muchas veces, también para usar la fuerza. La prestación de los servicios públicos en ese momento era un efecto perseguido, no la explicación del Derecho administrativo. Al Derecho administrativo no le interesaba lo que buscaba el Estado (eso es cuestión del sistema político), al Derecho administrativo lo que le interesaba era que se usara el poder, bien para disponer de la fuerza, bien para disponer de recursos públicos o bien la convergencia de ambos.

De hecho, resulta –cuando menos– curioso que se siga enseñando que Duguit construyó el criterio del servicio público (o el fin que persigue la administración) para explicar la presencia del Derecho administrativo. Duguit relacionaba el Derecho administrativo con el ejercicio de la función administrativa y esta debía determinarse, no teniendo en cuenta los fines del Estado, sino “*au point de vue de la nature juridique interne de l’acte administratif, sans considérer le caractère de l’organe ou de l’agent qui le fait.*”⁸³⁷ De hecho, consideraba que quienes acudían a los fines para explicar la función administrativa estaban equivocados. Para Duguit, las funciones jurídicas del Estado vienen determinadas por la modificación que se produce en el ordenamiento jurídico tras el acto. Los actos condicionales y los actos subjetivos forman el contenido de la función administrativa.⁸³⁸

Puede verse que la presencia de los recursos públicos detrás de los servicios públicos era un tema de importancia en el estudio del Derecho administrativo. Mestré destaca el uso que Portiez (quien se dice publicó la primera obra sobre Derecho de la administración) daba a la noción de servicio público: “*On appelle exercice, le mouvement des recettes et*

⁸³⁵ *Recueil des arrêts du Conseil d’État* (Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1874), p. 417.

⁸³⁶ Léon Duguit, *Las transformaciones del Derecho Publico* (Madrid: Francisco Beltrán, 1926), p. 47.

⁸³⁷ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, p. 284.

⁸³⁸ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, T. 2, pp. 291-92.

dépenses qui se fait par ministère, dans une année, pour le service public...”,⁸³⁹ es decir, se tenía en la mira que detrás de la prestación de los servicios públicos había ingresos y gastos, esto es, uso de recursos públicos. Pero se puede retroceder aún más en el tiempo para observar con más indicios la idea de uso de poder para disponer de recursos públicos como unidad elemental del Derecho administrativo.⁸⁴⁰

10.2. El uso del poder antes del Fallo Blanco

El Decreto-ley del 16 de fructidor, año III (2 de septiembre de 1795), se ha hecho famoso en la doctrina administrativista por considerarse el fundamento jurídico positivo que separa las funciones administrativas de las funciones judiciales y, además, ha servido a la doctrina crítica de la separación de poderes para mostrar el extremo formalismo que representaba ese principio. Sin embargo, ese Decreto-ley también puede tener otras lecturas, por lo menos dos interrelacionadas. Veamos el texto:

La convención nacional, después de haber oído a su comité de finanzas, decreta que anula todos los procesos y juicios iniciados, en los tribunales judiciales, contra los miembros de los órganos administrativos y comités de vigilancia, sobre reclamaciones de objetos incautados, impuestos revolucionarios y otros actos de administración emanados de dichas autoridades para la ejecución de las leyes y resoluciones de los representantes del pueblo en misión, o por repetición de las sumas y efectos pagados al Tesoro Público. Se hacen llamados iterativos a los tribunales para conocer actos de administración de cualquier especie, con las sanciones legales, salvo que los reclamantes recurran ante el comité de finanzas para que se les haga Derecho, si es necesario, en ejecución de las leyes, y en particular la de febrero 13 pasado.⁸⁴¹

⁸³⁹ Mestre.

⁸⁴⁰ En todo caso, esta idea tendría que verificarse en otros ordenamientos jurídicos ya que, en Alemania, por ejemplo, la responsabilidad patrimonial de la Administración sigue sometida en su mayor parte al *Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB (§ 839 específico sobre los empleados públicos, reinterpretado a la luz del art. 34 GG) y a los tribunales civiles, por mucho que la actividad generadora del daño (y la indemnización misma que deberá pagarse) se financie con recursos públicos.

⁸⁴¹ *Bulletin des lois de la République Française: Volume 5* (Impr. Nat. des Lois, 1839). Agradezco a Lavinia Francesconi por la revisión de esta traducción.

“Contaminados” con el reflejo mental que produce la completa institucionalidad del Estado moderno un siglo después de la Revolución, es comprensible que el decreto parezca una muestra extravagante de una comprensión cuadriculada de la separación de poderes. Sin embargo, visto en retrospectiva, con una perspectiva evolutiva, puede entenderse que el decreto reflejaba la intención de constituir un dominio jurídico especializado distinto del ordinario. El decreto-ley, en estricto sentido, no estaba defendiendo una actividad administrativa sin control, sino que pretendía el auto-control, esto es, el control ejercido por la misma administración y no por los tribunales judiciales. Esto será confirmado con el paso de la justicia retenida a la delegada y finalmente de esta última a la plena jurisdicción.⁸⁴² Pero lo que más interesa resaltar en este acápite es el contenido de la actividad que los tribunales judiciales estaban juzgando.

En línea con el Derecho positivo que sirvió de sustento al Tribunal de conflictos para el Fallo Blanco, acá se confirma que la administración era una actividad que estaba relacionada con el uso del poder para disponer de recursos públicos. Los actos de administración que –al parecer– frecuentemente estaban anulando los tribunales judiciales eran actos de organizaciones administrativas que usaban el poder para extraer y disponer de recursos públicos con el objeto de cumplir con las leyes y resoluciones de los representantes del pueblo. Todos estos no eran más que “los actos de administración” de los que se prohibía conocer a los jueces en el citado decreto-ley.

Pero el Derecho positivo francés y las decisiones judiciales y administrativas de la época no solo permiten desvirtuar la idea del fin de servicio público como criterio identificador del Derecho administrativo, también permiten poner en duda el criterio de la distinción entre actos de autoridad y actos no autoritativos o, cuando menos, muestran que la construcción del Derecho administrativo era mucho más compleja de lo que parece reflejar ese criterio.

⁸⁴² Una visión evolutiva, por supuesto, no es una novedad en la doctrina. Cfr. Leroux de Belaunde Christine, «Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia», *Themis Revista de Derecho*, 3 (1985), 47-51.

10.3. La competencia de la jurisdicción ordinaria sobre los llamados “actos no autoritativos” de la Administración: ¿ausencia de uso de poder?

Antes de la vigencia del criterio de servicio público, para determinar el régimen administrativo –dice la doctrina– dominaba el criterio que distinguía entre actos de autoridad y actos de gestión o no autoritativos. Cuando la Administración desarrollaba actos de este último tipo conocía la jurisdicción ordinaria. Esto es solo parcialmente cierto y es interesante detenerse en unos detalles.

Se cita el Fallo *Planque et Papelard*⁸⁴³ del Tribunal de conflictos del 25 de enero de 1873 como ejemplo de una de las decisiones que, entre otras,⁸⁴⁴ supondría el supuesto abandono de la distinción entre actos de autoridad y actos no autoritativos y su reemplazo por el criterio de la finalidad de servicio público. Se cita como ejemplo porque se dice que este Fallo envió a la jurisdicción ordinaria un caso en contra del Estado por una actividad desarrollada con una finalidad de servicio público.⁸⁴⁵ Esto puede ser cierto, en la medida en que el criterio de servicio público fue una creación doctrinal bien difícil de sustentar empíricamente, pero lo que interesa destacar es otra cosa.

El Fallo *Planque et Papelard* es más que un simple reenvío de un caso de actividad privada de la Administración o de actividad de servicios públicos a la jurisdicción ordinaria. Lo que se decidió y lo que muestra es un poco más complejo. Los hechos que se narran en el Fallo señalan que los señores *Planque et Papelard* demandaron solidariamente al Estado y a la ciudad de Lyon para que se les reparara por los daños sufridos como consecuencia de la ocupación de un establecimiento de su propiedad. Se indica que, como consecuencia de lo anterior y a pesar de la resolución de conflicto dictada por el prefecto de la ciudad, el Estado fue condenado por el Tribunal [ordinario] de Lyon. Se afirma que el establecimiento fue ocupado inicialmente por bandas armadas y desarmadas que tenían o usurpaban la calidad de guardias nacionales y que,

⁸⁴³ *Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et du Tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs. Deuxième Partie* (Paris: Société anonyme du Recueil Sire, 1873), p. 44 y ss.

⁸⁴⁴ Además del Fallo Blanco, los otros son los Fallos *Joannon*, *Denave* y otros del Tribunal de conflictos del 11 de enero de 1873 y *Dugave et Bransiet* del Tribunal de conflictos del 8 de febrero de 1873.

⁸⁴⁵ Bosvieux-Onyekwelu.

posteriormente, el establecimiento fue ocupado por soldados y convertido en un depósito de armas hasta que finalmente el Ministerio de Guerra dio la orden de evacuar el establecimiento.

Ante estos hechos, la decisión del Tribunal de conflictos comprendió varias órdenes. La primera fue confirmar, en parte, la resolución de conflicto propuesta por el prefecto de la ciudad porque la demanda pedía declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados por la ocupación del inmueble y resulta que el Estado –se afirma en el Fallo– no podía ser responsable de estos hechos porque la ocupación no fue ordenada por el Estado, y porque no solo se admite que tal orden no aparece en el proceso, sino que, de acuerdo con la separación de poderes, solo corresponde a la autoridad administrativa reconocer la existencia de una orden emanada de los poderes públicos y apreciar la responsabilidad que esta orden puede imponer al Estado. Pero, al mismo tiempo, anuló, en parte, la resolución de conflicto, porque la ocupación por parte del Ministerio de Guerra forma parte de la naturaleza de un contrato de arriendo y, por eso, es competencia de los tribunales civiles. Además de esto, el Tribunal de conflictos anuló la sentencia del Tribunal de Lyon y remitió el caso al Ministerio de Justicia para los trámites siguientes.

Esta decisión muestra que el Estado solo podía resultar procesado y condenado cuando hubiera usado el poder con base en una norma jurídica que lo autorizara. En este caso se explicó que, como no existió una orden en tal sentido, el Estado no podía ser responsable por la ocupación inicial. Pero, en tanto se demostró que posteriormente el Ministerio de Guerra usó el establecimiento, se consideró que era un asunto contractual de competencia de los tribunales civiles. Esta última resulta una decisión curiosa, porque los hechos muestran precisamente que no hubo contrato, sino una posterior ocupación de hecho por parte del Ministerio de Guerra, y lo más curioso es que el Tribunal de conflictos no remitió el caso directamente a la jurisdicción ordinaria, sino a la Ministerio de Justicia para que se adelantaran los trámites siguientes. ¿Qué podría explicar esta última decisión y cuáles podrían ser esos trámites? Para ofrecer una respuesta se necesitaría mayor investigación; sin embargo, entender un debate que se presentaba unos años antes puede dar una pista.

En su Código Administrativo,⁸⁴⁶ Fleurigeon⁸⁴⁷ explica un debate jurídico que se presentaba mucho antes de los Fallos citados. Señala que la legislación de la época prohibía a los acreedores de las comunas demandarlas sin antes haber obtenido permiso de los intendentes, y establecía que se declararían nulas las sentencias condenatorias que atendieran estas demandas. Destaca un debate jurídico porque algunos intendentes exigían este permiso también para los propietarios de inmuebles y ello se reputaba injusto al considerarse que el propietario tenía un Derecho real y por eso podía demandar directamente. Fleurigeon explica que esta exigencia a los propietarios también tenía sentido porque las comunas eran una especie de menores respecto del Estado, que necesitaban su autorización para actuar. El permiso de los intendentes era necesario, e incluso ventajoso para acreedores y propietarios, porque de esa manera la autoridad podía hacer pagar sus acreencias y, además, el gobierno tendría el Derecho de examinar las razones de la negativa de pago “*et de donner des décisions sur l’emploi des fonds communs, ou sur les moyens extraordinaires à procurer aux communes*”.⁸⁴⁸ De acuerdo con Fleurigeon, estas exigencias jurídicas “*n’ont d’autre objet que de mettre les communes à portée de payer leurs dettes liquidées sans compromettre le service public*”.⁸⁴⁹ Estas comunas –decía Fleurigeon–, siendo menores, no podían crear recursos ni utilizar fondos sin la autorización de las respectivas autoridades del Estado. En todo caso, aclara Fleurigeon que, si surgían disputas en torno al monto o naturaleza del crédito, eso sería un asunto sometido al Derecho común, por lo que la exigencia jurídica estudiada simplemente establecía un requisito de forma para que tanto acreedores como comunas resolvieran luego sus asuntos de fondo en los juzgados.

El debate que ilustra Fleurigeon permite entender que, en el Derecho positivo francés, había un interés marcado en el uso de los recursos públicos como medio necesario para

⁸⁴⁶ Fleurigeon, *Code administratif. De L’Administration. Première partie. A=C* (Paris: L’Auteur - Garnery - Fantin, 1806), p. 116 y ss.

⁸⁴⁷ Fleurigeon era un jefe de oficina del Ministerio del Interior que, además de los Códigos Administrativos, había publicado un Manual Administrativo. Mestre. El trabajo de Fleurigeon fue la base para trabajos como el de Portiez, de quien se dice publicó el primer curso sobre legislación administrativa en 1808. Veinte años después, Portiez sería evocado por quien se considera su sucesor, Gérando, en su *Discurso de apertura del curso de Derecho público y administrativo*. Mestre.

⁸⁴⁸ Fleurigeon, p. 118.

⁸⁴⁹ Fleurigeon, p. 118.

el funcionamiento de unos servicios públicos que, en ese momento, no eran ningún criterio especial del Derecho administrativo, sino simplemente las distintas ramas de servicios que prestaba la administración estatal. Además, permite entender que el interés que mostraba el Tribunal de conflictos en los fallos mencionados se relacionaba con las leyes que prohibían constituir al Estado como deudor sin el cumplimiento de los requisitos previos previstos para el efecto. De acuerdo con lo que explica Fleurigeon, aunque se trate de una materia de Derecho civil, el hecho de endeudar al Estado requiere aviso previo a la autoridad. El hecho de que la justicia ordinaria conociera de los casos en los que la Administración actuaba como un privado se ha entendido como la evidencia de que la Administración tenía un doble régimen. Sin embargo, viendo la complejidad de los detalles, también puede entenderse que, al Derecho administrativo, más que interesarle asumir todo lo que hiciera la Administración, solo le interesaba todo aquello que tuviera que ver con el uso del poder, incluyendo el poder para disponer de los recursos públicos. La Administración podía terminar juzgada por el juez ordinario, pero, antes de eso, debían agotarse trámites para efectos de verificar cómo estaban usando los recursos públicos.

Un análisis bajo los mismos lentes que enfocan la atención en el uso del poder para disponer de recursos públicos también termina mostrando perspectivas diversas en otros fallos famosos, entre estos, el Fallo Terrier del Tribunal de Conflictos de 1903. Normalmente se explica este fallo como un apoyo contundente a la idea de interés general detrás de los contratos del Estado para determinar la competencia de la jurisdicción administrativa, pero, de nuevo, si se analiza este fallo, se puede ver que el Consejo de Estado asumió competencia porque el prefecto no pagó una suma de dinero por ausencia de presupuesto público para ello. No es posible continuar más análisis históricos en este sentido, porque la tesis terminaría desviando su objeto. Simplemente se quería destacar que la propuesta de entender el uso del poder –para disponer de la fuerza o de recursos públicos– como criterio identificador del Derecho administrativo, no es una propuesta sin fundamentos empíricos e históricos.

Conclusiones

La investigación permitió: *explicar el establecimiento de los límites del Derecho administrativo como una operación jurídica desarrollada por el propio Derecho administrativo que consiste en el uso del poder político con base en una norma jurídica.* Cada unidad de esta formulación se relaciona con los puntos abordados en toda la tesis.

1. Se acepte o no, la doctrina administrativista ha reconocido que la explicación del Derecho administrativo como el Derecho de la administración pública no funciona con base en los conceptos que sobre la administración pública tradicionalmente se han ofrecido. La constante insatisfacción con las explicaciones doctrinales ofrecidas se hace aún más evidente al contrastarlas con el Derecho administrativo positivo de varias legislaciones. Este contraste muestra una permanente divergencia entre los conceptos doctrinales de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo.

Aunque la doctrina administrativista expone razones para justificar la divergencia entre los conceptos de Derecho administrativo y el Derecho administrativo positivo, estas razones son susceptibles de objeciones que confirman que las explicaciones no son satisfactorias. Esta insatisfacción muestra que hay un problema más profundo detrás de la tarea definitoria: la tendencia a la confusión entre doctrina del Derecho administrativo y Derecho administrativo. Aunque normalmente es claro para los estudiosos del Derecho administrativo que doctrina y Derecho son dos esferas distintas, muchas veces la distinción se pasa por alto. En la tesis se ha sostenido que esta omisión está en la raíz de las dificultades conceptuales del Derecho administrativo y, por tal razón, se tomó distancia de las posiciones tradicionales de la doctrina administrativista para explicar el Derecho administrativo.

La indistinción entre doctrina y Derecho administrativo, en todo caso, parece estar ligada a un problema transversal a todo el estudio del Derecho y se relaciona con el concepto de sistema. Lograr distinguir el sistema jurídico es un problema común a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho y ello ha conducido a la doctrina administrativista a un callejón sin salida debido a la ausencia de un aparato conceptual lo suficientemente complejo para explicar los fenómenos que estudia.

La dificultad para explicar los límites del Derecho administrativo, esto es, su ámbito de aplicación, se debe a la metodología tradicionalmente utilizada por la doctrina y, por esa razón, en esta tesis se acudió a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann. Para explicar cómo el Derecho y el Derecho administrativo se producen a sí mismos, independientemente de lo que piense la doctrina, fue necesario un cambio de enfoque epistemológico que, aunque complejo, ofrece interesantes rendimientos.

2. Una aproximación a la teoría de sistemas sociales de Luhmann parte de unos presupuestos epistemológicos y de unas líneas teóricas que funcionan como premisas de toda la teoría. Lo primero que hay que tener presente es que Luhmann parte del constructivismo operativo y lo vincula a unas teorías llamadas del sentido, de la diferenciación, de la evolución y de los medios de comunicación.

Con esos presupuestos es posible abordar la teoría de Luhmann que, puesta en una fórmula comprimida, podría resumirse así: “los sistemas son operaciones” que se reproducen a sí mismos. Esta autoproducción es explicada mediante el concepto de autopoiesis. Que un sistema se autoproduzca significa que es capaz de operar de forma clausurada mediante la producción de una frontera que impide que se disuelva en su entorno. Esta característica se conoce como la “clausura operativa” que, en todo caso, no significa una desconexión del entorno. Estas descripciones, a su vez, indican que los sistemas no navegan sobre la nada, sino que existen en relaciones con un entorno, en el que, a su vez, existen diferentes tipos de sistemas.

Luhmann ha sido ampliamente criticado por ubicar al ser humano en el entorno de los sistemas sociales. Esta ubicación se explica por el concepto de comunicación que acoge Luhmann y que indica que la sociedad no está compuesta por seres humanos, sino por comunicaciones. Aunque a primera vista es una idea que preocupa, cuando se comprende completamente su teoría, es probable un cambio de opinión. Los seres humanos no son simples piñones dentro de un sistema y que estén afuera de los sistemas es precisamente una manera de reconocer su complejidad.

La comunicación como el resultado de la síntesis de tres selecciones –que implican seleccionar información, escoger un medio para darla a conocer y comprender las dos selecciones anteriores– refleja un proceso altamente complejo y contingente porque

depende de la comprensión de los participantes. Por consiguiente, el éxito de la comunicación se logra gracias a la existencia de los medios de comunicación simbólicamente generalizados que operan mediante un código binario orientado bajo unos programas.

Aunque pareciera que lo más relevante de la teoría de Luhmann es el interior del sistema, en realidad la potencia explicativa de toda su teoría no se termina de comprender sino es estudiando –dicho de forma poco técnica– las vías que establecen puentes comunicativos especiales entre los distintos sistemas, esto es, los acoplamientos estructurales.

3. Para poder pasar a observar y explicar los problemas del Derecho administrativo desde la teoría de sistemas sociales de Luhmann, en todo caso, fue necesario agotar un paso previo. Entender la teoría jurídica del mismo autor.

Para intentar resolver uno de los problemas comunes a la doctrina del Derecho administrativo y a la teoría del Derecho, esto es, la explicación de los límites (determinar qué hace parte y qué no hace parte) tanto del Derecho administrativo como del Derecho, los estudiosos han acudido al concepto de sistema, sin embargo, en su versión parte/todo. Esta versión, en la que el sistema se ordena mediante un principio ordenador, ha sido insuficiente ya que no han logrado explicar la clausura del Derecho, esto es, el establecimiento de los límites del Derecho sin que este quede desconectado del mundo o sin que se disuelva en principios morales. Para encontrar una salida, Luhmann acudió al modelo sistema/entorno que, a su vez, hace parte de un aparato conceptual más amplio (la teoría de sistemas sociales).

Lo que es un problema para las teorías jurídicas, especialmente, la circularidad, para Luhmann es un hecho de la realidad que hay que explicar. Bajo su teoría, el Derecho es un sistema operativamente clausurado, pero no aislado del entorno, que se autoproduce. La clausura y apertura simultánea del Derecho y su autoproducción se explica mediante los conceptos de comunicaciones y operaciones jurídicas que son posibilitadas gracias a las expectativas normativas que, a su vez, se estabilizan mediante la función exclusiva del Derecho.

La puesta en marcha de la función del Derecho requiere, de un lado, una codificación que permite ubicar las comunicaciones jurídicas entre lo lícito y lo ilícito y, de otro lado, de un programa jurídico que ofrece los criterios para realizar la mencionada ubicación. Esta configuración pone en evidencia que la teoría socio-jurídica de Luhmann se estructura en dos niveles de operación: el nivel de las operaciones jurídicas y el nivel de la observación. El primer nivel se enraíza en una tradición de expectativas normativas y el segundo nivel se evidencia cuando, presentada una contradicción entre lo lícito y lo ilícito, se hace necesaria una decisión jurídica.

Frente a las posiciones contradictorias y la situación de conflicto, el Derecho ha instalado los procesos jurídicos que permiten la toma de decisiones jurídicas. Frente a la controversia presentada en el nivel operativo del Derecho, aparecen los tribunales como estructura central del sistema jurídico que, junto con otras instituciones como la legislación, terminan de configurar al Derecho como un sistema.

Cada uno de los elementos de la teoría jurídica de Luhmann permite evidenciar que la explicación del Derecho se basa en la operación misma del Derecho que, en su desarrollo autopoiético, establece sus propios límites.

4. Con una comprensión del marco conceptual de la teoría de sistemas sociales y de la teoría del sistema jurídico de Luhmann, es posible explicar cómo el Derecho administrativo determina sus límites y de esa manera es posible entender cómo se distingue de su entorno y así fija su ámbito de aplicación.

Como punto de partida para explicar el Derecho administrativo desde de la teoría de sistemas, se partió de la comunicación jurídica y se acudió al sentido temático para mostrar cómo las comunicaciones jurídicas (Derecho) se pueden especializar en comunicaciones jurídico-administrativas (Derecho administrativo). La comunicación jurídico-administrativa emerge del vínculo entre el *uso del poder político* y una norma jurídica que autoriza y condiciona el uso. Este vínculo particular es el que caracteriza al Derecho administrativo y lo distingue de otros tipos de Derecho. En todo caso, debido a que la comprensión que se le dio al poder en la tesis tiene algunas variaciones respecto de la comprensión dominante del poder en la doctrina administrativista, fue necesaria una explicación del poder desde la teoría de sistemas. Esta comprensión no solo varía algunas

de las premisas de la teoría clásica del poder (poder como posesión de alguien y orientación hacia la violencia y el conflicto), sino que hace énfasis en las condiciones de posibilidad del poder legítimo en la sociedad actual: el poder no es el poder de alguien, sino el poder en el sistema político.

La comprensión sistémica del poder lleva a identificar dos subsistemas dentro del sistema político: la política en estricto sentido y la concreción caso a caso de esa política a través de las clásicas administraciones públicas o a través de las formas organizativas que se explicaron en el Capítulo 5. Al ubicarse la administración dentro del sistema político, surge la necesidad de explicar esta posición debido a que, en la doctrina del Derecho administrativo, la administración y el Derecho parecieran pertenecer a una misma unidad (*positive Bindung*). Esta comprensión se debe a la fusión inicial entre política y Derecho impulsada por la necesidad de unificación del Estado territorial. La fusión entre la política y el Derecho termina ocultando que ambos sistemas operan con diferentes racionalidades y que solo se explican si se entienden como sistemas separados, aunque no incomunicados.

Para entender el fuerte vínculo entre política y Derecho como sistemas separados hay dos acoples estructurales básicos: el Estado de Derecho y la Constitución. Para entender el vínculo entre el poder político (“usado”) y el Derecho administrativo también existen importantes acoplamiento estructurales, agrupados por la doctrina del Derecho administrativo bajo el título de “formas de actuación administrativa”.

Una vez explicado el poder desde la teoría de sistemas y analizadas las consecuencias de esta comprensión se finalizó el Capítulo 4 regresando a la idea de uso del poder político como operación jurídica elemental del sistema de Derecho administrativo para ofrecer una relectura de la noción de poder dentro del Derecho administrativo.

Que el Derecho administrativo mismo fije sus propios límites es una propuesta que solo se entiende si se entiende la perspectiva sistémica que permite esa formulación. Considerar al Derecho como un sistema que se construye y observa a sí mismo es una postura excesivamente extraña a la doctrina administrativista y por eso fueron necesarios dos capítulos para explicar esta formulación. Sin embargo, por extraña que parezca, esta afirmación es altamente comprobable y explicativa. Se puede comprobar en la realidad

que los límites del Derecho administrativo no dependen del concepto de Administración pública o de función administrativa ni los establece la ciencia del Derecho administrativo, sino que dependen de la operación misma del Derecho administrativo. Se puede verificar en la realidad que las entidades públicas y los sujetos privados, cuando usan el poder para disponer de la fuerza o de recursos públicos con sustento en una norma jurídica que les faculta a buscar los medios para que las misiones de las funciones estatales puedan ser cumplidas (Estado de bienestar) o para que los objetivos legislativos se alcancen (Estado regulador), quedan incluidos dentro de los límites del Derecho administrativo, mientras que quedan fuera del mismo cuando operan sin usar el poder. Cuando se dice que las “entidades públicas” y los “sujetos privados” operan usando el poder no está operando nadie distinto del mismo Derecho administrativo.

Las “entidades públicas” y los “sujetos privados” no son entes externos operando en el Derecho, sino conceptos jurídicos operando dentro de una red de conceptos jurídicos. En este nivel operativo, por supuesto, se presentan controversias sobre la operación ajustada o no ajustada al Derecho administrativo. Cuando se presentan estas controversias aparece otro nivel de observación del Derecho administrativo: los tribunales administrativos. Esto tampoco es una explicación sin sustento real. Se puede comprobar que, cuando hay dudas sobre las operaciones que se basan en el Derecho administrativo, estas son resueltas por los tribunales administrativos que operan como un nivel de observación de segundo orden en el sistema jurídico administrativo. Este segundo nivel operativo en el que aparecen tribunales muestra la presencia del Derecho administrativo, no de personas que cumplen roles de jueces (que al mismo tiempo cumplen roles de profesores, de padres, de hijos, de tíos, de hermanos, de pacientes, de amantes, de artistas, etc.). La personalidad y el sustrato biológico de las personas quedan fuera del Derecho, esto es, permanecen en su entorno y, como entorno, también pueden incidir en el rol. Esto permite explicar la actividad judicial (y también la actividad de roles en general) de forma más cercana a la realidad. Los jueces cumplen roles jurídicamente definidos, pero esos roles se valen de personas para ser desarrollados. Las personas que actúan los roles tienen formas de ser que pueden incidir en el desempeño del rol. Pero que esto ocurra, no confunde el rol judicial con las condiciones de posibilidad del rol. Este desvío para explicar que, cuando el Derecho administrativo despliega una observación de segundo orden, el observador no es una persona sino el Derecho administrativo mismo.

5. La relectura del concepto de poder planteada en el Capítulo 4 y las críticas a las explicaciones basadas en los conceptos subjetivos (como el de Administración pública en España) y en los conceptos materiales (como el de función administrativa) realizada en el Capítulo 1, exigieron una explicación sobre la manera en la que el concepto de uso del poder político propuesto en esta tesis se relaciona con los conceptos, ya no doctrinales, sino jurídico-positivos del Derecho administrativo. Esto es, con las expresiones utilizadas en algunos ordenamientos jurídicos como “Administración pública”, “función administrativa”, “potestad administrativa”, “función ejecutiva” y, por supuesto, con el principio de separación de poderes acogido constitucionalmente por la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales.

El desafío de ofrecer una relectura de algunos de los conceptos jurídicos clave del Derecho administrativo, a partir del concepto de uso del poder político y del enfoque sistémico, comienza por el principio de separación de poderes. Este esquema clave de organización política ha sido un pilar básico para el desarrollo del Derecho administrativo, pero, al mismo tiempo, ha sido fuente de dificultades, entre otras cosas, porque no es fácil delimitar cada una de las tres clásicas funciones estatales, especialmente, la ejecutiva, muchas veces llamada administrativa. Este uso intercambiable de conceptos lleva a preguntarse: ¿Es la función administrativa una función estatal? Debido a que no hay una respuesta unívoca clara, se ha planteado un concepto negativo de la función administrativa que tampoco parece resolver la incertidumbre. En la tesis se intentó una salida que aboga por una necesaria distinción entre la función ejecutiva y la función administrativa, que parte por vincular a esta última con el uso de recursos públicos e intenta mostrar que este vínculo se puede rastrear en obras tan capitales para el Derecho administrativo como *El espíritu de las leyes*.

Replanteada la función administrativa, el paso siguiente fue darle un lugar claro a la función ejecutiva, entendiéndola como un sistema de comunicación entre el poder político creado y las organizaciones administrativas. Con la relectura de la función administrativa y de la función ejecutiva, se regresa nuevamente al esquema de separación, para estudiarlo con algunas distinciones propias del enfoque sistémico. Esto permite tener un punto de apoyo para explicar cómo se entiende la administración pública en la tesis, esto es, como organizaciones o funciones mediales al servicio de las funciones estatales

y, finalmente, poder intentar una armonización entre la función ejecutiva, la administración pública y la separación de poderes.

Llegados a este punto, ya fue posible utilizar el enfoque sistémico y los conceptos desarrollados en la tesis, para abordar el tema de la distinción entre el Derecho administrativo y el Derecho privado y utilizar el concepto de uso del poder político conforme a Derecho como criterio de distinción.

Partiendo de la reconceptualización desarrollada en el Capítulo 5, se ofreció una explicación de algunas de las normas jurídico-positivas del Derecho administrativo que generan incertidumbre. El mismo concepto de uso del poder político conforme a Derecho sirvió para explicar normas concretas de ordenamientos jurídicos como el colombiano, el español, el alemán y el italiano. La importancia que tiene el concepto de uso de poder político, finalmente, llevó a una relectura de la historia del Derecho administrativo.

En el último capítulo de la tesis se intentó mostrar cómo el concepto que clausura operativamente el Derecho administrativo termina relacionándose con otros conceptos del Derecho positivo. Mediante la perspectiva sistémica se ofreció, por un lado, una explicación del Derecho positivo que consagra la separación de poderes, y conceptos como “función administrativa”, “administración pública”, “potestad administrativa” y “ejercicio de autoridad”; y, por otro lado, una relectura de las explicaciones doctrinales de estos conceptos. Estas oportunidades de intercambio, en todo caso, se presentaron con el objeto de convertirse en futuras líneas de investigación. El propósito principal de la tesis era simplemente ofrecer una explicación que permitiera poner en duda la fórmula incuestionable “el Derecho administrativo es el Derecho de la administración pública” y, a la vez, sirviera para explicar un problema práctico concreto: el ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

Sostener que el Derecho administrativo opera mediante la distinción uso-lícito-del-poder/uso-ilícito-del-poder puede explicar plausiblemente su operación interna. Sin embargo, la perspectiva sistémica acogida exige una explicación de la relación del Derecho administrativo con la sociedad. Con las comprensiones obtenidas del Capítulo 3 se sabe que el Derecho tiene como función social garantizar el cumplimiento de las expectativas normativas. Con los acercamientos a la operación especializada que

distingue el Derecho administrativo quedan trazadas algunas vías para desarrollar una hipótesis: la función social del Derecho administrativo es garantizar las expectativas normativas sobre el uso del poder. Para desarrollar esta hipótesis, se necesita mucho más tiempo y espacio, pero se muestra como una oportunidad prometedora para el estudio del Derecho administrativo.

Profundizar sobre la función social del Derecho administrativo exige profundizar sobre el código propio del Derecho administrativo, sobre sus programas de decisión –que a veces se confunden con la programación de la Administración pública– y sobre el rol de los tribunales administrativos en la formación de la identidad del Derecho administrativo como un sistema social. En fin, queda mucho camino por recorrer, pero una interesante perspectiva para intentar construir un *Derecho administrativo de la sociedad*.

Conclusions

The research made it possible to: *explain the establishment of the limits of Administrative Law as a legal operation developed by Administrative Law itself, which consists of the use of political power based on a legal norm*. Each unit of this formulation is related to the points addressed throughout the thesis.

1. Whether it is accepted or not, Legal scholars have recognized that the explanation of Administrative Law, as the law of public administration, does not work on the basis of the concepts of public administration that have traditionally been offered. The constant dissatisfaction with the doctrinal explanations offered becomes even more evident when contrasting them with the positive Administrative Law of various legislations. This contrast shows a permanent divergence between the academic concepts of Administrative Law and positive Administrative law.

Although Legal scholars put forward reasons to justify the divergence between the concepts of Administrative Law and positive Administrative Law, these reasons are susceptible to objections that confirm that the explanations are not satisfactory. This dissatisfaction shows a more profound problem behind the definitional task: the tendency to confuse Administrative law doctrine and Administrative Law. Although it is usually

clear to scholars of Administrative Law that Legal science and Law are two distinct spheres, the distinction is often overlooked. The thesis has argued that this omission is at the root of the conceptual difficulties of Administrative Law; therefore, it distanced itself from the traditional positions of Legal scholars to explain Administrative Law.

In any case, the indistinction between Legal science and Administrative Law seems to be linked to a problem transversal to the whole study of Law and is related to the concept of System. Distinguishing the Legal System is a problem common to the Legal science of Administrative Law and the Theory of Law, and this has led Legal scholars to a dead end due to the absence of a sufficiently complex conceptual apparatus to explain the phenomena it studies.

The difficulty in explaining the limits of Administrative Law, that is, its scope of application, is due to the methodology traditionally used by the doctrine. For that reason, this thesis turned to Niklas Luhmann's systems theory. In order to explain how Law and Administrative Law produce themselves, independently of what the Legal scholars think, a change of epistemological approach was necessary, which, although complex, offers exciting returns.

2. An approach to Luhmann's Theory of Social systems is based on epistemological presuppositions and theoretical lines that function as premises for the whole theory. First, Luhmann starts from operative constructivism and links it to theories of meaning, differentiation, evolution and the media.

With these assumptions, it is possible to approach Luhmann's theory which, put in a compressed formula, could be summarized as follows: "Systems are operations" that reproduce themselves. The concept of autopoiesis explains this self-production. That a system is self-producing means that it can operate in a closed form by producing a boundary that prevents it from dissolving into its environment, this characteristic is known as "operational closure", which, in any case, does not mean a disconnection from the environment. These descriptions, in turn, indicate that systems do not navigate over nothingness but exist in relation to an environment in which, in turn, different types of systems exist.

Luhmann has been widely criticized for placing human beings in the environment of social systems. This placement is explained by the concept of communication that Luhmann embraces, which indicates that society is not composed of human beings but of communications. Although this is a worrisome idea at first glance, when his theory is fully understood, a change of opinion is likely. Human beings are not mere cogs in a system; their being outside the System is precisely a way of recognizing their complexity.

Communication as the result of the synthesis of three selections (which involve selecting information, choosing a medium to make it known, and understanding the two previous selections) reflects a highly complex and contingent process because it depends on the participants' understanding. Consequently, successful communication is achieved thanks to symbolically generalized means of communication that operate through a binary code oriented under some programs.

Although it would seem that the most relevant aspect of Luhmann's theory is the interior of the System, in reality, the explanatory power of his entire theory can only be fully understood by studying - to put it less technically - the ways that establish special communicative bridges between the different systems, that is the Structural couplings.

3. In order to be able to observe and explain the problems of Administrative Law from Luhmann's Theory of Social systems, in any case, it was necessary to complete a previous step: to understand the legal theory of the same author.

In an attempt to solve one of the problems common to the Legal scholars of Administrative Law and the Theory of Law, that is, the explanation of the limits (determining what is part and what is not part) of both Administrative Law and Law, scholars have resorted to the concept of System, however, in its part/whole version. This version, in which an ordering principle orders the System, needs to be revised because they have not been able to explain the closure of Law, that is, the establishment of the limits of Law without it being disconnected from the world or dissolved in moral principles. To find a way out, Luhmann turned to the system/environment model, which, in turn, is part of a broader conceptual apparatus (the theory of social systems).

What is a problem for legal theories, especially circularity, for Luhmann is a fact of reality that must be explained. Under his theory, Law is an operationally closed, but not isolated from the environment, self-producing system. The simultaneous closure and opening of Law and its self-production is explained by the concepts of legal communications and operations that are possible by normative expectations, which, in turn, are stabilized by the exclusive function of Law.

Implementing the function of Law requires, on the one hand, a codification that makes it possible to locate legal communications between the licit and the illicit and, on the other hand, a legal program that offers the criteria for carrying out this location. This configuration shows that Luhmann's socio-legal theory is structured on two levels of operation: the level of legal operations and the level of observation. The first level is rooted in a tradition of normative expectations, and the second level is evident when, presented with a contradiction between the licit and the illicit, a juridical decision becomes necessary.

In the face of contradictory positions and conflict situations, the Law has installed legal processes that allow legal decisions to be made. In the face of the controversy presented at the operative level of Law, the courts appear as the central structure of the legal System, which, together with other institutions such as legislation, end up configuring Law as a System.

Each of the elements of Luhmann's legal theory makes it possible to show that the explanation of Law is based on the very operation of Law, which establishes its own limits in its autopoietic development.

4. With an understanding of the conceptual framework of Social Systems Theory and Luhmann's Legal System Theory, it is possible to explain how Administrative Law determines its boundaries. Thus it is possible to understand how it distinguishes itself from its environment and thus sets its scope of application.

As a starting point to explain Administrative Law from the Systems Theory, the starting point was legal communication, and the thematic sense was used to show how legal communications (Law) can be specialized in legal-administrative communications

(Administrative Law). Legal-administrative communication emerges from the link between the use of political power and a legal norm that authorizes and conditions the use. This particular link distinguishes Administrative Law from other types of Law. In any case, since the understanding given to power in the thesis has some variations concerning the dominant understanding of power in the Legal science of Administrative Law, an explanation of power from the Systems Theory was necessary. This understanding not only varies some of the premises of the classical Theory of power (power as someone's possession and orientation towards violence and conflict) but also emphasizes the conditions of the possibility of legitimate power in today's society: power is not someone's power, but power in the political System.

The systemic understanding of power leads to the identification of two subsystems within the political System: politics in the strict sense and the case-by-case concretization of this politics through the classic public administrations or the organizational forms explained in Chapter 5. When the administration is placed within the political system, the need to explain this position arises because in the Legal science of Administrative Law, the Administration and the Law seem to belong to the same unit (*Positive Bindung*). This understanding is due to the initial fusion between Politics and Law driven by the need to unify the Territorial State. The fusion between Politics and Law hides the fact that both systems operate with different rationalities and can only be explained if they are understood as separate, although not incommunicable, systems.

The Rule of Law and the Constitution are two essential structural couplings to understand the vital link between Politics and Law (as separate systems). To understand the link between political power ("used") and Administrative Law the Legal scholars of Administrative Law also group critical structural couplings under the title of "forms of administrative action".

Once power has been explained from the point of view of systems theory and the consequences of this understanding have been analyzed, the chapter ends by returning to the idea of the use of political power as an elementary legal operation of the Administrative Law System in order to offer an alternative view of the notion of power within Administrative Law.

That Administrative Law should set its own limits is a proposal that can only be understood if the systemic perspective that allows this formulation is understood. To consider Law as a System that constructs and observes itself is a position that is excessively foreign to Legal scholars, and that is why two chapters were necessary to explain this formulation. However strange as it may seem, this statement is highly verifiable and explanatory. It can be verified that the limits of Administrative Law do not depend on the concept of Public administration or Administrative function, nor are they established by the Science of Administrative Law, but depend on the operation of Administrative Law itself. It can be verified in reality that public entities and private subjects, when they use the power to dispose of force or public resources based on a legal rule that empowers them to seek the means so that the missions of the state functions can be fulfilled (welfare State) or so that the legislative objectives are achieved (regulatory State), are included within the limits of Administrative Law, while they are outside it. However, they are outside Administrative Law when they operate without using power. When it is said that “public entities” and “private subjects” operate using power, no one other than Administrative Law itself is operating.

“Public entities” and “private subjects” are not external entities operating in Law, but legal concepts operating within a network of legal concepts. At this operational level, controversies arise as to whether the operation follows Administrative Law. When these controversies arise, another level of Administrative Law observation appears: the Courts. This is an explanation with real support too. It can be verified that when there are doubts about operations based on Administrative Law, these are resolved by the Courts, which operate as a second-order level of observation in the Administrative-legal-system. This second operational level in which courts appear shows the presence of Administrative Law, not of people who play the role of judges (who simultaneously play the role of teachers, fathers, sons, uncles, brothers, patients, lovers, artists, Etc.). The personality and the biological substratum of people remain outside the Law; that is, they remain in their environment and, as an environment, can also influence the role. This makes it possible to explain judicial activity (and role activity in general) more closely to reality. Judges fulfil legally defined roles, but these roles rely on people to perform them. The people who perform the roles have ways of being that can influence the performance of the role. However, the fact that this occurs does not confuse the judicial role with the conditions

of the possibility of the role. This detour explains that when Administrative Law deploys a second-order observation, the observer is not a person but Administrative Law itself.

5. The alternative concept of power proposed in Chapter 4 and the criticisms of the explanations based on subjective concepts (such as Public administration in Spain) and material concepts (such as Administrative function) made in Chapter 1 required an explanation of how the concept of the use of political power proposed in this thesis is related to the concepts, no longer academic, but legal-positive concepts of Administrative Law. That is, with the expressions used in some legal systems such as “Public administration”, “Administrative function”, “Administrative power”, “Executive function”, and, of course, with the principle of Separation of powers constitutionally accepted by most Western legal systems.

The challenge of offering a new view of some of the key legal concepts of Administrative Law, based on the use of political power and the systemic approach, begins with the principle of Separation of powers. This key scheme of political organization has been an essential pillar for the development of Administrative Law, but, at the same time, it has been a source of difficulties, among other things, because it is not easy to delimit each of the three classic state functions, especially the executive, often called administrative. This interchangeable use of concepts leads to the question: Is the administrative function a state function? Since there is no clear, unequivocal answer, a negative concept of the Administrative function has been proposed, which does not resolve the uncertainty either. The thesis attempted a way out that advocates a necessary distinction between the Executive function and the Administrative function, which starts by linking the latter with the use of public resources and attempts to show that this link can be traced in works as vital to Administrative Law as *The Spirit of the Laws*.

Having redefined the Administrative function, the next step was to give a clear place to the Executive function, understanding it as a communication system between the political power created and the administrative organizations. With the re-reading of the Administrative function and the Executive function, we return to the Separation of powers scheme to study it with some distinctions typical of the systemic approach. This provides a point of support to explain how public administration is understood in the thesis, i.e., as organizations or media functions at the service of State functions and, finally, to attempt

a harmonization between the Executive function, Public administration and the Separation of powers.

At this point, it was possible to use the systemic approach and the concepts developed in the thesis to address the distinction between Administrative Law and Private Law and employ the use of political power in accordance with the Law as a criterion of distinction.

Based on the reconceptualization developed in Chapter 5, an explanation was offered of some of the legal-positive norms of Administrative Law that generate uncertainty. The same concept of the use of political power in accordance with the Law was used to explain specific norms of legal systems such as the Colombian, Spanish, German and Italian. The importance of the concept of the use of political power finally led to a re-reading of the history of Administrative Law.)

In the last chapter of the thesis, an attempt was made to show how operationally closed Administrative Law relates to other concepts of positive Law. Through the systemic perspective, on the one hand, an explanation was offered of the positive Law that enshrines the Separation of powers, and concepts such as “Administrative function”, “Public administration”, “Administrative power”, and “exercise of authority”; and, on the other hand, a re-reading of the academic’s explanations of these concepts. These opportunities for exchange were presented to become future lines of research. The primary purpose of the thesis was to offer an explanation that would cast doubt on the unquestionable formula: “administrative law is the law of public administration” and, at the same time, serve to explain a concrete, practical problem: the scope of application of Administrative Law.

In any case, the proposal put forward in this thesis is out of control; it cries out and demands a deepening and better explanation of its relations with the existing legal and doctrinal concepts. The last chapter of the thesis could have been just a warm washcloth, but not only the issues raised in the Chapter 5 still need to be studied in depth.

To argue that Administrative Law operates through the illicit-use-of-power/illicit-use-of-power distinction can explain its internal operation. However, the received systemic perspective requires an explanation of the relationship of Administrative Law with

society. With the insights gained from Chapter 3, it is known that the social function of Law is to guarantee the fulfilment of normative expectations. With the approaches to the specialized operation that distinguishes Administrative Law, some ways are traced to develop a hypothesis: the social function of Administrative Law is to guarantee the normative expectations on the use of power. To develop this hypothesis, much more time and space is needed, but it shows itself as a promising opportunity for the study of Administrative Law.

Going deeper into the social function of Administrative Law requires going deeper into the code of Administrative Law itself, into its decision-making programs –which are sometimes confused with the programming of Public administration– and into the role of the Courts in the formation of the identity of Administrative Law as a social system. In short, there is still a long way to go, but an interesting perspective to try to build an *Administrative Law of Society*.

Bibliografía

- Adorno, Theodor W., Karl Raimund Popper, Jürgen Habermas, Hans Albert, Ralf Dahrendorf, y Harald Pilot, *La disputa del positivismo en la sociología alemana* (Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1973)
- Albert, Hans, «La ciencia del derecho como ciencia real», 2007
- Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo* (Barcelona: Bosch, 1970)
- Alli Aranguren, Juan-Cruz, *La construcción del concepto de derecho administrativo español* (Navarra: Aranzadi, 2006)
- Almeida Cerredá, Marcos, «Historia de la ciencia del Derecho administrativo en España», en *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I*, ed. José María Rodríguez de Santiago, Luis Arroyo Jiménez, y Gabriel Doménech Pascual (Marcial Pons, 2021)
- Arenas Ávila, Ricardo, *Del primer al segundo Luhmann: las consecuencias del giro autopoietico en su teoría sociológica del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020)
- Arnold, Marcelo, y Darío Rodríguez, «Teoría de los sistemas sociales: las bases de la perspectiva luhmanniana», *Estudios Sociales*, 69 (1991), 93-110
- Arroyo, Luis, y Dolores Utrilla, *La administración de la escasez* (Madrid: Marcial Pons, 2015)
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho* (Barcelona: Fontanamara, 2007)
- Atria, Fernando, *La Forma del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016)
- Bacigalupo Saggese, Mariano, «La vinculación de la Administración pública a la Ley y el Derecho», en *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Francisco Velasco Caballero y María Mercè Darnaculleta i Gardella (Madrid: Marcial Pons, 2023)
- Baecker, Dirk, «Prefacio a la edición española», en *La economía de la sociedad* (México D.F.: Herder, 2017)
- Baraldi, Claudio, Giancarlo Corsi, y Elena Esposito, *Unlocking Luhmann* (Bielefeld: Bielefeld University Press, 2021)
- Barnard, Chester I., *The Functions of the Executive* (Cambridge: Harvard University Press, 1971)
- Bartsch, R., «Concept formation, Truth and Norm», en *Meaning and the lexicon* (Berlin: De Gruyter, 1985), pp. 417-24
- Bateson, Gregory, *Mind and Nature* (New York: E.P. Dutton, 1979)

- Bednarz, John, «Introduction», en *Ecological Communication* (Chicago: The University of Chicago Press, 1989)
- Berghaus, Margot, *Luhmann leicht gemacht* (Köln: Böhlau Verlag, 2011)
- von Bertalanffy, Ludwig, *General System Theory* (New York: Georg Braziller, 1969)
- Berthélemy, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Septième é (Paris: Arthur Rousseau, 1913)
- Blanke, Hermann, Josef Blanke, Evelyn Gottschau, y Pedro Aberastury, *Ley de procedimiento administrativo* <<http://www.aberastury.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/Ley-Alemana-de-Procedimiento-Administrativo-Version-Castellano-2.pdf>>
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 2002)
- von Bogdandy, Armin, Philipp Dann, y Matthias Goldmann, «Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities», en *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law* (Berlin, Heidelberg: Springer, 2010)
- von Bogdandy, Armin, y Peter M. Huber, «Evolution and Gestalt of the German State», en *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol I, The Administrative State*, eBook (Oxford: Oxford University Press, 2017)
- Borch, Christian, *Niklas Luhmann* (London: Routledge, 2011)
- Bosvieux-Onyekwelu, Charles, «Revenir sur une légende en sociologie : l'arrêt Blanco et le mythe de la “naissance” du droit administratif français», *Droit et Société*, 101, 2019, 159-78
- Bradley, A.W., K.D. Ewing, y C.J.S. Knight, *Constitutional & Administrative Law* (Edinburgh: Pearson, 2015)
- Branyon, Richard A, *Latin Phrases & Quotations, Most* (New York: Hippocrene Books, 1997)
- Breyer, Stephen, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, y Adrian Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy* (New York: Aspen, 2006)
- Brito, Alejandro Guzmán, «La doctrina de la “consideration” en blackstone y sus relaciones con la “causa” en el “ius commune”», *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, 28.25 (2003), 375-406
- Bulletin des lois de la République Française: Volume 5* (Impr. Nat. des Lois, 1839)
- Bullinger, Martín, *Derecho público y derecho privado* (Madrid: Instituto de Estudios

- Administrativos, 1976)
- Cadenas, Hugo, «El paradigma perdido de la institucionalización en la sociología del derecho de Niklas Luhmann», *Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies.*, 10.1 (2019), 98-107
- Canals, Dolors, «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (Madrid: Huygens Editorial, 2010)
- , *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación* (Granada: Comares, 2003)
- Canaris, Claus-Wilhelm, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (Madrid: Civitas, 1995)
- Cane, Peter, *Administrative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011)
- Cappellini, Paolo, *Systema iuris* (Milano: Giuffrè Editore, 1984)
- Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001)
- Cassese, Sabino, *Las bases del derecho administrativo* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994)
- , «The Administrative State in Europe», en *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol I*, ed. Sabino Cassese, Armin von Bogdandy, y Peter Huber (Oxford: Oxford University Press, 2017)
- Chevallier, Jacques, *El Estado Posmoderno*, eBook (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011)
- Christine, Leroux de Belaunde, «Jurisdicción Judicial y Jurisdicción Administrativa en Francia», *Themis Revista de Derecho*, 3 (1985), 47-51
- Cicero, *On the Commonwealth and On the Laws*, ed. James E. G. Zetzel (Cambridge: Cambridge University Press, 1999)
- Coker, F.W., *Organismic theories of the State* (New York: Columbia University, 1910)
- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 10/07/2020, 434582
- Conseil d'Etat, Assemblée, du 5 mars 1999, 163328
- Corsi, Giancarlo, «Futuro y temporalización», en *Conferencia magistral en el marco del Seminario Internacional TGSS.*, ed. Raúl Zamorano, 2018
- <<https://www.youtube.com/watch?v=zWZDlbdPc0s>>
- Coscolluela Montaner, Luis, *Manual de Derecho administrativo* (Cizur Menor:

- Thomson Reuters-Civitas, 2017)
- Craig, Paul, *Administrative Law* (London: Sweet & Maxwell, 2008)
- Cueto Pérez, Miriam, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas* (Navarra: Aranzadi, 2008)
- Darnaculleta Gardella, Maria Mercé, «Rasgos del Derecho administrativo contemporáneo», en *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I*, ed. José María Rodríguez de Santiago, Luis Arroyo Jiménez, y Gabriel Doménech Pascual (Madrid: Marcial Pons, 2021)
- Darnaculleta i Gardella, Maria Mercè, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada* (Madrid: Marcial Pons, 2005)
- , «Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada» (Universidad de Girona, 2003)
- , «La colaboración de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas en Europa: Los casos de Alemania e Italia», en *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración* (Madrid: Huygens Editorial, 2010)
- Desdentado Daroca, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico* (Navarra: Aranzadi, 1999)
- Díez Sastre, Silvia, «La formación de conceptos dogmáticos en el derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31 (2015), 105-35
- Díez Sastre, Silvia, y Ester Marco Peñas, «La convergencia de las reglas de contratación pública y disciplina presupuestaria en el sector público instrumental», *Revista española de derecho administrativo*, 205 (2020)
- Dreier, Ralf, «Niklas Luhmanns Rechtsbegriff», *ARSP*, 88.3 (2002), 305-22
- Duguit, Léon, *Las transformaciones del Derecho Publico* (Madrid: Francisco Beltrán, 1926)
- , *Traité de droit constitutionnel, T. 2, troisieme* (Paris: E. de Boccard, 1928)
- , *Traité de droit constitutionnel, T.I* (Paris: E. de Boccard, 1921)
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986)
- , *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977)
- Eisenmann, Charles, *Course de droit administratif, Tome I* (Paris: LGDJ, 1982)
- Endicott, Timothy, *Administrative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2011)
- Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo, Vol I* (Madrid: Tecnos, 1986)
- Erichsen, Hans-Uwe, y Dirk Ehlers, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Berlin: De Gruyter,

- 2010)
- Esteve Pardo, José, «La extensión del derecho público. una reacción necesaria», *Revista de administración pública*, 189, 2012, 11-40
- , *Lecciones de Derecho administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2017)
- Febbrajo, Alberto, «Introduction», en *Law and intersystemic communication. Understanding 'Structural Coupling'* (London: Routledge, 2013)
- Fenske, Hans, «Gewaltenteilung», en *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 2. E-G*, ed. Reinhart Brunner, Otto; Conze, Werner; Koselleck (Stuttgart: Ernst Klett Verlag, 1974)
- Feynman, Richard P., *What Do You Care What Other People Think?* (New York: Bantam Books, 1989)
- Fisher, Elizabeth, y Sidney A. Shapiro, *Administrative Competence* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020)
- Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho administrativo* (Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933)
- Fleurigeon, *Code administratif. De L'Administration. Premiere partie. A=C* (Paris: L'Auteur - Garnery - Fantin, 1806)
- von Foerster, Heinz, *Understanding: Essays on Cybernetics* (New York: Springer, 2003)
- Forsthoff, Ernst, *Tratado de derecho administrativo* (Madrid: Centro de Estudios Políticos, 1958)
- François, Charles, *International Encyclopedia of Systems and Cybernetics, Part I* (München: K.G. Saur Verlag, 2004)
- Fried, Charles, «The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know», *Texas Law Review*, 60 (1981), 35-58
- Gamero Casado, Eduardo, «Delimitación conceptual de la potestad administrativa», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021)
- , «El ejercicio de potestades administrativas como criterio de aplicación del Derecho administrativo», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021)
- Gamero Casado, Eduardo, y Severiano Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Tecnos, 2016)

- García de Enterría, Eduardo, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de administración pública*, 38, 1962, 159-208
- , «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *Revista de administración pública*, 27, 1958, 63-88
- , «Verso un concetto di Diritto amministrativo como diritto statutario», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 10, 1960, 317 y ss
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo* (Thomson Reuters-Civitas, 2017)
- <http://catalog.upf.edu/record=b1548408~S11*spl> [accedido 5 mayo 2020]
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I* (Navarra: Civitas, 2020)
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Vol I, Parte General*, 13a ed. (Madrid: Tecnos, 2002)
- Gell-Mann, Murray, *The quark and the jaguar: adventures in the simple and the complex* (New York: W.H. Freeman and Company, 1994)
- Giannini, Massimo, *Derecho administrativo. Volumen primero* (Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991)
- Giorgio Mattarella, Bernardo, *Lezioni di Diritto Amministrativo* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2018)
- González-Juliana Muñoz, Álvaro, *Transparencia administrativa sin Administración. El acceso a la información en poder de sujetos privados* (Cizur Menor: Aranzadi, 2022)
- Guest, Stephen, *Ronald Dworkin* (Stanford: Stanford University Press, 2013)
- Guglielmi, Gilles J., «Vu par ses pères fondateurs, le Droit administratif», en *Le Droit administratif en mutation*, ed. Jacques Chevallier (Paris: puf, 1993)
- Habermas, Jürgen, y Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Socialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?* (Frankfurt: Suhrkamp, 1971)
- Hall, Daniel E., *Administrative Law: Bureaucracy in a Democracy* (New Jersey: Pearson, 2015)
- Hamburger, Philip, *Is administrative Law unlawful?* (University of Chicago Press, 2014)
- Harari, Yuval Noah, *Sapiens. De Animales A dioses: Una breve historia de la humanidad*, eBook (Barcelona: Penguin Random House, 2014)

- Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994)
- Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968)
- , «Précis de Droit Administratif. Prefacio a la primera edición, 1892», en *Obra escogida*, ed. Santiago Muñoz Machado y Juan Alfonso Santamaría Pastor (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976)
- , «Précis de Droit Administratif. Prefacio a la quinta edición, 1903», en *Obra escogida* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976)
- , *Précis de droit administratif et de droit public général*, Huitième (Paris: L. Larose, 1914)
- , *Principes de droit public*, deuxième (Paris: Recueil Sirey, 1916)
- Heidegger, Martin, *Ser y tiempo* (Madrid: Trotta, 2002)
- Heider, Fritz, «Thing and Medium», en *On Perception and Event Structure, and the Psychological Environment. Selected Papers, = Psychological Issues* (München: Wilhem Fink Verlag, 1959)
- Helena Terrinha, Luis, «O Direito Administrativo na Sociedade» (Universidade de Lisboa, 2014)
- , *O Direito Administrativo na Sociedade* (Lisboa: Universidade Católica, 2017)
- , «The Intersystemic Rationality of Administrative Law: Reflexiveness, Structural Couplings and Environmental Observation», en *Law as Passion* (eBook: Springer, 2021)
- Hernández, José Ignacio, «La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y el derecho administrativo fallido en Venezuela», *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, 23 (2021), 137-65
- Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones II* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015)
- Horwitz, M. J., «The history of the Public/Private distinction», *University of Pennsylvania Law Review*, 130.6 (1982), 1423-28
- Huber, Thomas, *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns* (Baden-Baden: Nomos, 2007)
- Iorns Magallanes, Catherine, «Nature as an Ancestor: Two Examples of Legal Personality for Nature in New Zealand», *Vertigo*, 22 (2015)
- Jahraus, Oliver, Armin Nassehi, Mario Grizelj, Irmhild Saakde, Christian Kirchmeier, y Julian Müller, *Luhmann Handbuch* (Stuttgart: J.B. Metzler, 2012)

- Kahl, Wolfgang, y Markus Ludwigs, *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I* (Heidelberg: C. F. Müller, 2021)
- Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado* (México D.F.: Colofón, 1992)
- , *Pure Theory of Law* (Berkeley: University of California Press, 1967)
- Kingsbury, Benedict, y Richard B. Stewart, «Introducción: ¿Hacia el Derecho administrativo global? Trayectorias y desafíos», en *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* (Sevilla: Global Law Press - INAP, 2016)
- Kirchhof, Paul, «Mittel staatlichen Handelns», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III* (Heidelberg: C. F. Müller, 1988)
- Kojève, Alexandre, *The Notion of Authority: A Brief Presentation*, eBook (London: Verso, 2014)
- Koselleck, Reinhart, «Verwaltung, Amt, Beamter», en *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 7*, ed. Otto Brunner, Werner Conze, y Reinhart Koselleck (Stuttgart: Klett-Cotta, 2004)
- Kyritsis, Dimitrios, *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review* (Oxford: Oxford University Press, 2017)
- Landis, James M., *El poder administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1951)
- Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel, 1980)
- Laubadère, André, y Yves Gaudemet, *Traité de Droit Administratif* (Paris: LGDJ, 2001)
- Lewkow, Lionel, *Luhmann, intérprete de Husserl: El observador observado*, E-Book (Buenos Aires: Miño y Dávila editores, 2017)
- Locke, John, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (New York: Yale University Press, 2003)
- Long, Marceau, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Devolvé, y Bruno Genevois, eds., *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa* (Madrid: BOE, 2012)
- Losano, Mario G., *Sistema e estrutura no direito, Vol 1* (Sao Paulo: wmf martinsfontes, 2008)
- , *Sistema e estrutura no direito, Vol 2* (Sao Paulo: wmf martinsfontes, 2010)
- Luhmann, Niklas, «»Nomologische Hypothesen«, funktionale Äquivalenz, Limitationalität: Zum wissenschaftstheoretischen Verständnis des Funktionalismus», *Soziale Systeme*, 16.1 (2010), 3-27
- , *A Sociological Theory of Law* (New York: Routledge, 2014)
- , *Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt - Main: Suhrkamp, 1999)

- , «Begriff und Funktion des Amtes», en *Schriften zur Organisation I* (Wiesbaden: Springer VS, 2018)
- , «Conferencia sobre las nociones de autopoiesis y clausura operativa», *Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati* (Oñati, 1990)
- , *Contingencia y derecho* (Madrid: Trotta, 2019)
- , *Das Erziehungssystem der Gesellschaft* (Frankfurt: Suhrkamp, 2002)
- , «Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft», *Verwaltungsarchiv* 49, 1958, 97-115
- , «Der neue Chef», *Verwaltungsarchiv* 53, 1962
- , *Der neue Chef* (Berlin: Suhrkamp, 2016)
- , *Die Grenzen der Verwaltung*, E-Book (Berlin: Suhrkamp, 2021)
- , *Die Politik der Gesellschaft* (Frankfurt - Main: Suhrkamp, 2002)
- , *El arte de la sociedad* (México: Herder, 2005)
- , *El derecho de la sociedad* (México: Herder, 2016)
- , *Fin y racionalidad en los sistemas* (Madrid: Editora Nacional, 1983)
- , *Introducción a la teoría de sistemas. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate* (México: Universidad Iberoamericana, 2002)
- , «Kann die Verwaltung wirtschaftlich handeln?», *Verwaltungsarchiv* 51, 1960, 97-115
- , *La Ciencia de la Sociedad* (México: Anthropos, 1996)
- , *La Economía de la Sociedad* (México D.F.: Herder, 2017)
- , *La moral de la sociedad* (Madrid: Trotta, 2013)
- , *La religión de la sociedad* (Madrid: Trotta, 2007)
- , *La sociedad de la sociedad*, Herder (México, 2006)
- , *Law as a Social System* (Oxford: Oxford University Press, 2004)
- , *Legitimation durch Verfahren* (Frankfurt: Suhrkamp, 1983)
- , *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política* (México: Universidad Iberoamericana, 2010)
- , *Macht im System*, eBook (Berlin: Suhrkamp, 2013)
- , *Modernidad y complejidad: de la unidad a la diferencia* (Madrid: Trotta, 1998)
- , «Poder, política y derecho», *Metapolítica*, 5.20 (2001), 11-39
- , *Poder* (México D.F.: Anthropos, 1995)
- , *Poder en el sistema* (México D.F.: Herder, 2022)
- , «Politische Planung», *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 17 (1966), 271-96

- , *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997)
- , *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1997)
- , «Reform des öffentlichen Dienstes», en *Politische Planung* (Opladen: Springer, 1971)
- , *Schriften zur Organisation 1. Die Wirklichkeit der Organisation*, ed. Ernst Lukas y Veronika Tacke (Wiesbaden: Springer VS, 2018)
- , *Schriften zur Organisation 4. Reform und Beratung* (Wiesbaden: Springer VS, 2020)
- , *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983)
- , *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general* (México: Anthropos, 1998)
- , *Sociología del derecho* (Bogotá: Universidad Libre, 2012)
- , *Sociología política* (Madrid: Trotta, 2014)
- , *Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven* (Wiesbaden: Springer, 2005)
- , «The “Office” as Role-Concept of the Polity», en *Schriften zur Organisation 1. Die Wirklichkeit der Organisation* (Wiesbaden: Springer VS, 2018)
- , *The Reality of the Mass Media* (Stanford: Stanford University Press, 2000)
- , «The Unity of Legal System», en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, ed. Gunther Teubner (Berlin: Walter de Gruyter, 1998)
- Luhmann, Niklas, y Franz Becker, *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz: Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten* (Berlin: Duncker & Humblot, 1963)
- Macarel, M., *Cours d'administration et de droit administratif, Tomo I* (Paris: Librairie de Jurisprudence de Plon Frères, 1852)
- MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart* (Madrid: Marcial Pons, 2010)
- Mannori, Luca, y Bernardo Sordi, «Science of Administration and Administrative Law», en *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Volume 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, ed. Damiano Canale, Paolo Grossi, y Hasso Hofmann (Dordrecht: Springer, 2009)
- , *Storia del diritto amministrativo* (Roma: GLF, 2001)

- Marín Hernández, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007)
- Martínez Corral, Juan Antonio, y Francisco Visiedo Mazón, «Las potestades administrativas del Parlamento», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, ed. Eduardo Gamero Casado (Dir.) (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021)
- Martínez López-Muñiz, Jose Luis, *Introducción al derecho administrativo* (Madrid: Tecnos, 1986)
- Mascareño, Aldo, «América Latina en la sociedad mundial», en *Observaciones Latinoamericanas* (Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2012), pp. 97-112
- Masterman, Roger, *The separation of powers in the contemporary constitution* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011)
- Maturana, Humberto, *La objetividad : un argumento para obligar* (Santiago de Chile: Dolmen, 1997)
- , *La realidad: ¿objetiva o construida? II* (México: Anthropos, 2009)
- , *La realidad ¿objetiva o construida? I* (Barcelona: Anthropos, 2009)
- Maturana, Humberto, y Francisco Varela, *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de la vivo* (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1998)
- , *El árbol del conocimiento. Las bases biológicas del entendimiento humano* (Buenos Aires: Lumen, 2003)
- Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo alemán* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012)
- Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán, Tomo I, parte general*, 2a ed. (Buenos Aires: Depalma, 1982)
- McClean, Janet, y Mark Tushnet, «Administrative Bureacracy», en *Routledge Handbook of Constitutional Law*, eBook (London: Routledge, 2013)
- Mcmanaman, Linus J., «Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound», *St. John's Law Review*, 33.1 (1958), 1-47
- Merkel, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo* (Granada: Editorial Comares, 2004)
- Mestre, Jean-Louis, «Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le "Cours de législation administrative" de Portiez de l'Oise», *RFDA*, 9.2 (1993)
- Michaud, Nelson, «Comprendre l'État et ses fonctions», en *Secrets d'États? Les*

principes qui guident l'administration publique et ses enjeux contemporains

(Québec: Presses de l'Université du Québec, 2020)

- Mir Puigpelat, Oriol, «El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional», *Revista de administración pública*, 162, 2003, 47-87
- , «El Derecho administrativo español en el actual espacio jurídico europeo», en *Ius Publicum Europaeum. El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, ed. Armin von Bogdandy y Oriol Mir Puigpelat (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013)
- , *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 2004)
- , «Procedimientos administrativos», en *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Francisco Velasco Caballero y Maria Mercè Darnaculleta i Gardella (Madrid: Marcial Pons, 2023)
- Moeller, Hans-Georg, *Luhmann Explained: from souls to systems* (Chicago: Open Court, 2006)
- , *The Radical Luhmann*, eBook (New York: Columbia University Press, 2012)
- Möllers, Christoph, «Separation of Powers», en *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, ed. Roger Masterman y Robert Schütze (Cambridge: Cambridge University Press, 2019)
- Montaña Plata, Alberto, «¿Para qué sirve delimitar el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y quién lo hace o lo está haciendo? Un intento de respuesta a partir de un análisis de jurisprudencia reciente del Consejo de Estado», en *Horizontes del contencioso administrativo Tomo II El Contencioso Administrativo jurisdiccional. Volumen II: El contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*, eBook (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022)
- , *El concepto de servicio público en el Derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005)
- , *Fundamentos de Derecho administrativo*, eBook (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010)
- , «Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Concepto de función administrativa», en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, ed. Andrés Ospina Garzón (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013)

- Montesquieu, *El espíritu de las leyes* (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906)
- , *El espíritu de las leyes* (Ciudad de México: Partido de la Revolución Democrática, 2018)
- , *The Spirit of the Laws* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989)
- Montesquieu, Charles, *Oeuvres complètes de Montesquieu* (Paris: Parrelle, Louis. Editeur scientifique, 1857)
- Moore, Michael, *Placing blame: a theory of the criminal law* (London: Oxford University Press, 2010)
- Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I-I* (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015)
- Neves, Marcelo, «De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19 (1996), 403-20
- , *La constitucionalización simbólica* (Lima: Palestra Editores, 2015)
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003)
- Nobles, Richard, y David Schiff, «Introduction», en *Law as a Social System* (Oxford: Oxford University Press, 2004)
- Ospina Garzón, Andrés, «De la separación al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 1 (2020), 1-26
- , «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1 (2020), 223-70
- , «L ‘ activité contentieuse de l ‘ administration en droit français et colombien» (Université Panthéon-Assas - Universidad Externado de Colombia, 2012)
- , «Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios», en *La constitucionalización del derecho administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, ed. Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2014), pp. 119-42
- Pacheco Reyes, Ronald, «Aproximación al estudio del objeto del derecho administrativo», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 18, 2017, 23
- , «How do Rights Become Probable in the Global Context?», *Liverpool Law Review*, 42 (2021), 313-38

- , «Los conceptos de función administrativa y servicio público en la jurisprudencia y en la doctrina iuspublicista colombiana», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 26, 2021, 11-48
- , *Televisión y nuevas realidades tecnológicas y de mercado: hacia el sistema de la comunicación audiovisual* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017)
- Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid: Tecnos, 1993)
- , *El concepto de Derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009)
- Pérez Bermejo, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico* (Madrid: Marcial Pons, 2006)
- Perez, Oren, y Gunther Teubner, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law* (Portland: Hart Publishing, 2006)
- Pignuoli Ocampo, Sergio, «El programa sociológico de Niklas Luhmann y su contexto», *Revista Mexicana de Sociología*, 77.2 (2015), 301-28
- Pinkard, Terry, *Hegel: Una Biografía* (Madrid: Acento, 2002)
- Pinker, Steven, *The better angels of our nature: why violence has declined* (New York: Viking, 2011)
- Pitschas, Rainer, «Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentliche Informationsordnung», en *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, I* (Baden-Baden: Nomos)
- , «Neues Verwaltungsrecht im reflexiven sozialen Rechtsstaat», *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae*, 54 (2013), 33-60
- Popper, Karl R., *Objective knowledge* (Oxford: Oxford University Press, 1979)
- Posner, Eric A., y Adrian Vermeule, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic* (New York: Oxford University Press, 2010)
- Recueil des arrêts du Conseil d'État* (Paris: Librairie de la Cour de Cassation, 1874)
- Recueil des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux et du Tribunal des Conflits et des jugements des tribunaux administratifs. Deuxième Partie* (Paris: Société anonyme du Recueil Sire, 1873)
- Rivero, Jean, «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 59 (1953), 279-96
- Roás Martín, Pedro Luis, «El ejercicio de potestades administrativas por el Poder

- Judicial», en *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021)
- Rodríguez de Santiago, José María, Gabriel Doménech Pascual, y Luis Arroyo Jiménez, *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I* (Madrid: Marcial Pons, 2021)
- Rodríguez Mansilla, Darío, «La sociología y la teoría de la sociedad», en *La sociedad de la sociedad* (México: Herder, 2006)
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis, 2011)
- Romagnosi, Gio Domenico, *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (Milano: Cesare Orena nella Stamperia Malatesta, 1814)
- Romano, Santi, *Principii di diritto costituzionale generale*, Segunda ed (Milano: Guiffre, 1946)
- Rosanvallon, Pierre, *Good Government. Democracy beyond Elections* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2018)
- Royo Villanova, Antonio, *Elementos de Derecho administrativo* (Valladolid: Librería Santarén, 1940)
- Ruffert, Matthias, *The Transformation of Administrative Law in Europe* (München: Sellier, 2007)
- Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general* (Madrid: Tecnos, 2017)
- Santaella Quintero, Héctor, «Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 2011, 87-105
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general, Tomo I* (Madrid: Iustel, 2018)
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007)
- Schindler, Peter, «Die Verwaltung des Bundestages», en *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis* (Berlin: De Gruyter, 1989)
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, *La dogmática del Derecho administrativo* (Sevilla: Global Law Press, 2021)
- , *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: Marcial

- Pons, 2003)
- Schmidt-assmann, Eberhard, Gunnar Folke Schuppert, Wolfgang Hoffmann-Riem, y Rainer Wahl, *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, I* (Baden-Baden: Nomos, 1993)
- Schmidt, Walter, *Eiführung in die Probleme des Verwaltungsrechts* (München: Verlag C.H.Beck, 1982)
- Schwartz, Bernard, *Administrative Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1976)
- Sentencia de la Corte Constitucional C-630-2014*
- Simon, Herbert Alexander, *El comportamiento administrativo* (Madrid: Aguilar, 1970)
- Smith, David Woodruff, «Phenomenology», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer, 2018
- Spencer-Brown, George, *Laws of Form* (Leipzig: Bohmeier Verlag, 2011)
- , *Laws of Form* (New York: E.P. Dutton, 1979)
- Stone, Jon R., *The Routledge Dictionary of Latin Quotations* (New York: Routledge, 2002)
- Teubner, Gunther, «El Derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del Derecho», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, 533-71
- , «Introduction to Autopoietic Law», en *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, ed. Gunther Teubner (Berlin: Walter de Gruyter, 1998)
- , *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt: Suhrkamp, 1989)
- Timsit, Gérard, *Le role de la notion de fonction administrative en droit administratif français* (Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963)
- Torres Nafarrate, Javier, *Luhmann: la política como sistema* (México: Universidad Iberoamericana, 2004)
- Torres Nafarrate, Javier, y Omar Ruiz Charre, *La sociología jurídica de Niklas Luhmann (Manual operativo)* (Trabajo sin publicación, 2019)
- Tversky, Amos, y Daniel Kahneman, «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases Amos», *Science*, 185.4157 (1974), 1124-31
- Varela, Francisco, «Conferencia: aprender a aprender» (Chile, 1999)
- Varela, Francisco, y Jean-Pierre Dupuy, *Understanding origins* (Dordrecht: Springer-Science, 1992)
- Varela, Francisco, Evan Thompson, y Eleanor Rosch, *The Embodied Mind* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2016)

- Vedel, Geroges, *Droit administratif* (Paris: Presses Universitaires de France, 1976)
- Velasco Caballero, Francisco, «Administración pública», en *Manual de Derecho Administrativo*, ed. Francisco Velasco Caballero y Maria Mercè Darnaculleta i Gardella (Marcial Pons, 2023)
- , *Derecho público más Derecho privado* (Madrid: Marcial Pons, 2014)
- , «Introducción al Derecho administrativo», en *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I*, ed. José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual, y Luis Arroyo Jiménez (Madrid: Marcial Pons, 2021)
- Vermeule, Adrian, «“No” Review of Philip Hamburger, “Is Administrative Law Unlawful?”», *Texas Law Review*, 93 (2015)
- Vibert, Frank, *The Rise of the Unelected. Democracy and the New Separation of Powers* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007)
- Vidal Perdomo, Jaime, y Carlos Molina Betancur, *Derecho administrativo* (Bogotá: Legis, 2016)
- Wahl, Rainier, «Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht», en *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, I* (Baden-Baden: Nomos, 1993)
- Waldoff, Christian, «Verwaltung und Verwaltungsrecht», en *Handbuch des Verwaltungsrechts, Band I*, ed. Wolfgang Kahl y Markus Ludwigs (Heidelberg: C. F. Müller, 2021)
- Watzlawick, Paul, y Peter Krieg, *El ojo del observador* (Barcelona: Gedisa, 1995)
- Weinrib, Ernest J., *La idea de derecho privado* (Marcial Pons, 2017)
- Wolff, Hans J., Otto Bachof, y Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10.^a ed. (München: Verlag C.H.Beg, 1994)
- Zanazzi, Bonfilio, «Variación/selección/reestabilización en el sistema social de la ciencia: la socioepistemología evolutiva de Niklas Luhmann», *Epistemología e Historia de la Ciencia*, 13 (2007), 542-49
- Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo, Parte General I* (Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954)