



## MARCOLA Y LUHMANN: Del sistema penal a los sistemas sociales

Germano Schwartz<sup>1</sup>

### I.- ESCENARIOS INTRODUCTORIOS

**Primer Escenario** - En mayo de 2006, en la ciudad de São Paulo (Brasil), se irrumpe una orden venida de los presidios (Marcola<sup>2</sup>): la de aterrorizar a la población extramuros. La sucesión de los hechos posteriores<sup>3</sup> demostró que la sociedad brasileña se vio delante de un cuestionamiento: ¿la producción de una normativa coactiva a todos, proviene de cuál *locus*? ¿De los presidios o del Estado?

**Segundo Escenario** - En los ambientes académicos (King 2006: 37-52), especialmente en los brasileños<sup>4</sup>, está latente una discusión: ¿Luhmann y su teoría de los sistemas

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (UNISINOS). Profesor de la Maestría en Derechos Fundamentales de la ULBRA ([www.ulbra.br/ppgdir](http://www.ulbra.br/ppgdir)). Coordinador de la Carrera de Derecho de la ESADE ([www.esade.com.br](http://www.esade.com.br)) y Profesor en la Carrera de Derecho de la Faculdade da Serra Gaúcha ([www.fsg.br](http://www.fsg.br)). Profesor Oñati Fellows en el año de 2007 (IISJ).

<sup>2</sup> Líder del PCC (Primer Comando de la Capital), organización criminal responsable por los disturbios ocurridos en la ciudad de São Paulo – SP, iniciados el 12 de mayo de 2006. Se cree que una de las grandes características de la referida organización es el hecho de estar organizada dentro de los presidios (intramuros). No obstante, sus decisiones poseen efectos extramuros. Así, se tiene un sistema endógeno (que se auto-organiza mediante sus propios elementos) y, al mismo tiempo, exógeno (que recursivamente influencia el ambiente en el cual se insiere por intermedio de sus propias decisiones).

<sup>3</sup> De acuerdo con el Informe *do Sistema Prisional Brasileiro*. Síntesis de Videoconferencia Realizada por la Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara de Deputados em Conjunto com a Pastoral Carcerária – CNBB. Brasília. Julio/ 2006, p. 4: “De hecho, el transbordamiento de los muros de las prisiones para ganar las calles es una característica de las rebeliones actuales, cuyo marco de referencia fue la onda de violencia iniciada por el PCC en São Paulo a fines de mayo último, seguida de cerca de 500 homicidios hasta la fecha no esclarecidos. En este comienzo de julio, agentes penitenciarios de São Paulo vienen siendo asesinados diariamente, mientras que la penitenciaría de Araraquara – SP nos muestra el deprimente espectáculo de la violación de todos los Derechos de los 1.500 presos albergados en un local donde sólo caben 160”.

<sup>4</sup> En Brasil gran debate en torno a la teoría de Luhmann es sobre la posibilidad de su uso en la realidad brasilera. Esta discusión varía del simple prejuicio, sin motivos, al desconocimiento de la teoría propiamente dicha. En el plano del prejuicio desmotivado, rayando la ausencia de motivos científicos, vea lo que dice Coutinho (2007: xiii): “Es por ello que gente como Habermas tiene tanto prestigio (algo para no espantarse, por lo tanto), pero Luhmann también (y sus derivados extravagantes e idiotas – o sería mejor decir inseguros, frustrados, megalomaniacos? – como Jakobs), que es para espantar y enloquecer los más lúcidos, que no juegan ni transigen con la CR. Para gente así era preciso prisión en flagrancia, como ironiza Lenio Luis Streck, porque violan cotidianamente la CR, en verdaderos crímenes de “lesa-ciudadanía”. Hay excepciones (claro!), como siempre, pero no son muchas”. Por otro lado, en el campo del desconocimiento de la teoría autopoiética, la “crítica” siempre se refiere al aislamiento del sistema jurídico, que no tendría conexión alguna con los demás subsistemas sociales, como sostiene (Streck

sociales autopoieticos son aplicables en países periféricos<sup>5</sup>? ¿La teoría luhmanniana está reservada al Viejo Mundo o hace parte de un sistema social global?

¿Ambos escenarios se comunican? ¿Cómo realidades tan diferentes se pueden conectar? Del mundo académico a la respuesta social. Del primer mundo a la *terra brasilis*. Caminos largos. Llenos de trechos sinuosos, pero circulares. Autorreferenciales.

## II.- UNA OPCIÓN DE ANÁLISIS: LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES AUTOPOIÉTICOS

¿El tema es nuevo en Brasil? ¿Desde hace cuando se puede afirmar la existencia de un derecho oficial y de un derecho no-oficial en la *terra brasilis*? Para los brasileños esa es una realidad, algo con lo que se convive naturalmente. Con todo, como primero gran estudio respecto de esa diferenciación, se puede citar el trabajo de Boaventura de Souza Santos (Souza Santos 1988).

En Pasárgada (Bittencourt 1999)<sup>6</sup>, es verificada una situación común en la sociedad brasileña. Desde una determinada época, en el caso el principio de los años 30 del siglo pasado, la población pobre<sup>7</sup> pasa a ocupar áreas ilegales y allí construye sus residencias que son obviamente ilegales, incluso por violar los dispositivos pertinentes para su construcción.

Acto continuo, los excluidos de Pasárgada poseen una cotidianeidad difícil. No poseen abastecimiento de agua, no existe electricidad y mucho menos pavimentación. Como esas personas son marginadas justo por vivir a las orillas de la oficialidad estatal, la reacción de la sociedad que se encuentra bajo el amparo del derecho oficial es de aceptar lo que allí ocurre, siempre y cuando ese fenómeno no se reproduzca en su propio ambiente.

Esa actitud de los “otros” determina la acción a ser tomada por los residentes en Pasárgada. Como no pueden socorrerse del derecho estatal, cuya respuesta oficial sería la remoción de los habitantes de Pasárgada, ellos pasan a organizarse y buscar la maximización del desarrollo interno de aquella sociedad. Se estableció, así, un tejido bastante complejo de relaciones sociales. Uno de los resultados es lo que Boaventura narró como la percepción, desde ciertos *topoi*, de “ley del asfalto”, en contraposición a lo que se puede denominar de “ley de los morros”, o, adaptando, la “ley de los presidios”.

La “ley del asfalto” es el derecho de los “otros”, la reproducción de un discurso jurídico tendiente a proteger un Poder que los habitantes de Pasárgada no miran, pero

---

2002: 133): “El Derecho es entendido apenas como funcionalmente estabilizador de expectativas de comportamientos. O sea, el sistema jurídico pasa a ser un reductor de complejidades, desenganchado de todos los demás sistemas sociales de acción”. En sentido contrario, reforzando el tenor argumentativo aquí expuesto, ver (Campilongo 2002: 167): “Antes que nada, debe dejarse de lado la idea de que un sistema autopoietico sea algo semejante a un sistema puro. En el plano jurídico, por ejemplo, seria engañoso equiparar o cierre operativo do sistema a la pureza metodológica sostenida por Kelsen. Subráyese que, para Luhmann, el derecho es un sistema social, cognitivamente abierto, estructuralmente acoplado a otros sistemas y que establece contactos con o ambiente”.

<sup>5</sup> Como ejemplo: en contra (Streck 2006: 24-25); a favor: Neves, Marcelo. (1992).

<sup>6</sup> Se trata de la Favela do Jacarezinho, ubicada en los morros de la ciudad do Rio de Janeiro. La expresión, sin embargo, puede ser usada, sin detrimento a lo que defiende el autor, a los presidios brasileiros, como bien sostiene Bittencourt.

que conocen fácticamente, pues él los excluye y les impide adentrarse en los procesos decisorios que los influyen, exclusivo, en sede de cumplimiento de la pena, en Brasil, de los agentes públicos.

Importante es afirmar, también, que, paradójicamente, el derecho de Pasárgada es para los que viven en el derecho oficial, un derecho de los “otros”. Es evidente, así, la existencia de dos sistemas jurídicos que no se comunican. Esa incomunicabilidad fue la base, durante décadas, del mantenimiento de orden social en las grandes ciudades

Togg  
leBut

brasileras. Ocorre, sin embargo, conforme demuestra el Escenario 1 que este “pacto” fue quebrado.

Como se verifica, la heteropoiesis del derecho oficial en relación a la “ley del asfalto” es una realidad quebrada. La cuestión, en Brasil, se coloca de la siguiente manera: ¿y cuándo la “ley del asfalto” pasa a comunicarse con el derecho de Pasárgada? ¿Qué hay que hacer? ¿Tratar como un “otro” o como parte de un sistema social que se auto-reproduce partiendo de sus propias referencias?

La propuesta es, con base en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, permitir una nueva forma de observación de ese fenómeno. La necesaria comunicación entre los subsistemas sociales posibilita respuestas diferentes en una sociedad altamente diferenciada, periférica y de tercer mundo (Brasil).

### III.- EL AMBIENTE IMAGINARIO DE LOS ESCENARIOS: EL MITO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

¿En qué contextos se desarrollan ambos escenarios? Varias pueden ser las respuestas. Sin embargo, una congruencia es innegable. Ellos se desarrollan en un contexto social. Presidios o academia solamente son factibles a partir de la existencia de una sociedad y de su subsiguiente inserción en este contexto.

Luhmann<sup>7</sup>, al respecto, dice que la presunción de un sistema social sobre el cual se lanzan observaciones y auto-observaciones<sup>8</sup> es un dato incontestable. En realidad, es imposible concebir una penitenciaría<sup>9</sup>, una universidad<sup>10</sup>, o incluso un ordenamiento jurídico<sup>11</sup>, sino como instituciones sociales. Son, por lo tanto, construcciones provenientes de la evolución de una sociedad. Sus respectivos grados de avance dependen, de esta forma, de la complejidad social en la cual se insertan.

<sup>7</sup> De acuerdo con el autor “el concepto de sistema significa, pues, algo que realmente es un sistema, y por consiguiente asume la responsabilidad de la verificación de sus proposiciones con la realidad”. (Luhmann 1990:41).

<sup>8</sup> Sobre la utilidad de los conceptos de observación y auto-observación en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, consúltese (Rocha 1997)

<sup>9</sup> Esa es la posición de (Foucault 1987), bien explicitada en la forma como desvela la (des)necesidad de las penitenciarías por medio de la estructura en capítulos de la obra citada (Suplicio, Punición, Disciplina y Prisión).

<sup>10</sup> Véase, al respecto, la obra monográfica del autor sobre el sistema educativo, en que las universidades son entendidas como estructuras del subsistema social aludido: (Luhmann 1988)

<sup>11</sup> En especial, el capítulo “*Die Gesellschaft und ihr Recht*”, en: (Luhmann 1997: 550-586).

## MARCOLA Y LUHMANN

Esta suposición lleva a un necesario análisis: ¿en qué tipo de sociedad están incluidos, hoy, Marcola (penitenciarias) y Luhmann (academia)? Con esto, verificamos que el entrelazamiento de estos personajes pasa por un camino. A saber: ¿En cuáles características está asentada la sociedad contemporánea?

Hay una seria discusión terminológica<sup>12</sup> sobre la denominación a ser utilizada para designar la sociedad actual. Ateniéndose, precisamente, a sus características, y aislándose de ese debate, se puede seguir un trayecto más seguro en dirección a la descripción de la sociedad hodierna.

Contraponiéndose a la idea de seguridad, objetivo central del establecimiento de determinado orden jurídico en cierto territorio, la sociedad actual tiene la noción de inseguridad como algo que le es intrínseco<sup>13</sup>. El escenario número uno es la comprobación cabal de esa constatación.

En realidad, pensar, por ejemplo, que el Derecho todavía es capaz de estabilizar todas las expectativas (normativas) nutridas por los ciudadanos en relación a la Ley, es, nuevamente, descompasar el tiempo del Derecho con el tiempo de la sociedad<sup>14</sup>. El sistema jurídico permanece, por lo tanto, y en cualquier hipótesis, como institución social. Cabe hacer notar, mientras tanto, que él no consigue ofrecer la mitológica seguridad en la sociedad hodierna. Su función principal, para Luhmann (1989: 61), es reducir la inseguridad a niveles socialmente aceptables.

Pero ese no es un fenómeno que pertenezca solamente al sistema jurídico. Mientras permanece inserto en un sistema social, el Derecho se inscribe en un ambiente que afecta e influencia todo aquello que se encuentra dentro de la sociedad (subsistemas). Dicho de otra manera: el Derecho es inseguro porque el sistema social, en su ambiente, no posee seguridad.

Pensar el Derecho como algo en absolutamente seguro solamente fue posible a partir de una idea de sociedad de baja complejidad. En ella, se pueden verificar papeles tradicionales bien delimitados e instituciones destinadas a permanecer en el tiempo. De ahí la alta posibilidad de previsión y de determinación característica de una forma societaria que no subsiste más.

El Derecho de esta época es, en realidad, un Derecho ligado a la noción tradicional de Estado (pueblo, territorio y gobierno). El monopolio de la regulación jurídica estatal es la Idea base del imaginario de la seguridad y de la certidumbre. Ese ente se legitima porque produce normas jurídicas y viceversa. El así denominado normativismo, centrado en los estudios sobre el proceso de producción y aplicación de la norma jurídica, adquirió *status* científico (Kelsen 1986, 2000; Bobbio 1984). Con esto, se siguió una separación indeseable – hasta para Kelsen – entre la aplicación del Derecho y la sociedad.

Júntese a esto el deseo de que las leyes permanezcan en un período bastante largo, al final, los cambios sociales ocurrían de forma lenta. Arnaud (1999: 203) añade que el Derecho proveniente de la idea tradicional de Estado tiene como grandes

---

<sup>12</sup> Una precisa narrativa de esa discusión es encontrada en (Costa 2004: 3-44).

<sup>13</sup> Como afirma (Ibid.: 23): “Laidumbre es uno de los principales marcos de la contemporaneidad”.

<sup>14</sup> Sobre la concepción de que el tiempo del Derecho es, actualmente, diferente del tiempo social, véase (Ost 1999).

características la simplicidad y la seguridad. En otras palabras: el Derecho era simple porque la sociedad también lo era.

Sin embargo, la descripción del Escenario 1 es suficiente para acabar con la pretensión de seguridad y de certidumbre, porque: (1) demuestra que el poder de coacción no proviene más de la norma - los ciudadanos paulistas acataron una orden de toque de queda que fue promulgada dentro de una penitenciaría -; y, (2) la inseguridad es una característica de la sociedad contemporánea.

De esa manera, son acertadas las conclusiones de De Giorgi (2000:183), al concluir que la seguridad y la simplicidad jurídica no subsiste en la sociedad actual. Para el autor, el Derecho pensado de esta manera posee problemas que pueden ser identificados en cuatro tópicos:

- (1) Problemas en la unidad del Derecho. Tanto la filosofía analítica como la hermenéutica se volvieron únicamente para la cuestión lingüística del Derecho. La clausura absoluta del sistema jurídico resulta en la
- (2) inexistencia de una variabilidad estructural del Derecho, una vez que un sistema cerrado no permite variación interna (Rocha, 1999: 89-100);
- (3) Luego, la deseada normatividad específicamente jurídica se vuelve imposible ante la necesaria comunicación entre el Derecho y los demás sistemas sociales;
- (4) Así, resta una abrupta separación entre Derecho y Sociedad, que los desconecta y causa rupturas sensibles entre las expectativas normativas y las decisiones tomadas por el sistema judicial.

Por todo esto, es que se pueden comprender (jamás concordar con) discursos<sup>15</sup> que presentan lo ocurrido en el sistema penitenciario brasileño como un fenómeno aislado del sistema social. Pero, no es responsabilidad del sistema judicial. Mejor dicho, es problema de otro sistema (el político). Como si fuera posible aislarse de un hecho social y abstraer la necesaria coligación entre las estructuras sociales. La sociedad de hoy es hipercompleja. Necesita, por lo tanto, de otra forma de observación del sistema judicial. Solamente así será posible una descripción correcta de sus fenómenos.

De esa manera, si constatamos como existente el mito de la seguridad jurídica, se verifica que los Escenarios 1 y 2 no son interdependientes. La propuesta, no obstante, es demostrar que esa clausura de los subsistemas sociales jamás puede ser completa. Ella debe absorber influencias externas, conectándose con el sistema social. Uno depende del otro. Aquél se alimenta de éste. Ambos se recrean a partir de sí mismos y de la ligación existente entre ellos (autopoiesis). Es un riesgo, pero son partes de un sistema social que debe ser analizado como un todo a partir de sus propias partes (Capra 1996:15-20).

#### **IV.- (RE)AMBIENTANDO LOS ESCENARIOS: RIESGO E INSEGURIDAD JURÍDICA**

---

<sup>15</sup> Ejemplo de esa postura es la del ex-gobernador del Estado de São Paulo y actual candidato a la Presidencia de la República, Geraldo Alckmin, que, en declaración a la Revista Veja de 19 de julio de 2006, p. 61, afirma no existir crisis alguna, aseverando, todavía, que el índice de fugas de las penitenciarías del Estado es de sólo 0,13%, “un número europeo”. De las observaciones: (a) el pronunciamiento es un ejemplo de lo que piensan otros liderazgos políticos en Brasil en el sentido de no haber crisis en el sistema penal brasileño; (b) la idea lanzada se olvida de un hecho: quien cometió los actos en la ciudad de São Paulo no eran fugitivos. Eran personas libres, pero pertenecientes a una organización criminal que se ubica dentro de las penitenciarías paulistas.

Los sociólogos de la actualidad entablan varios debates. Sin embargo, en un punto, están de acuerdo. El riesgo es una variable que nos permite observar la sociedad contemporánea. Donde antes había simplicidad, hoy, existe complejidad. Donde otrora había determinación, hoy existe riesgo.

Un dato bastante interesante, al respecto, es dado por Luhmann (1998: 43). El autor sostiene que las culturas tradicionales simplemente desconocían la existencia de la palabra riesgo. Ocurría peligro. Pero éste era fácilmente identificable. Se sabía exactamente quienes eran los enemigos. Se tomaban, pues, providencias - entre ellas, hacer leyes - simples.

La asimilación de la idea de riesgo, por otro lado, posee etapas, bien narradas por Ost (1999: 343-347), para quien la sociedad liberal del siglo XIX trataba el riesgo como un accidente, algo imposible de preverse, individual, repentino y ligado a elementos externos. Después, el riesgo pasa a ser concebido a partir de la noción de prevención por intermedio de técnicas científicas. Un tercer momento sería el actual, en que el riesgo asume proporciones inéditas, poniendo en jaque la capacidad de prevención y de dominio del hombre sobre la sociedad por intermedio de técnicas (sistema punitivo<sup>16</sup>).

En esta línea de raciocinio, observa Beck (2001: 79) que el orden de urgencia es el estado normal de las cosas en el mundo contemporáneo. Señala, sin embargo, que la innovación y el desarrollo no deben ser impedidos, pero sí, trasladados a un nivel de confianza suficiente para que se relativice la indeterminación. La cuestión principal, por tanto, pasa a ser entender las expectativas normativas como modelos compatibles de selectividad de esa hipercontingencia proveniente de la sociedad contemporánea frente a las innumerables posibilidades decisivas que ella ofrece.

De ahí, por tanto, la constatación de que el riesgo no es algo que deba ser temido; al contrario, él es parte inmanente del sistema social. Es condición para su desarrollo, pues, de acuerdo con Giddens (2002: 34), *el riesgo es la dinámica movilizadora de una sociedad propensa al cambio, que desea determinar su propio futuro en vez de confiarlo a la religión, a la tradición o a los caprichos de la naturaleza (por qué en cursiva?)*. Se vuelve necesario, así, percibir la inserción del sistema jurídico en esa realidad.

En ese sentido, Arnaud afirma que la característica del Derecho actual es de complejidad y riesgo (1999: 203). De esta manera, el sistema jurídico debe ser pensado bajo otra forma de racionalidad (Arnaud 2003: 29), que incluya, entre otras, la percepción de una necesaria coligación entre los sistemas diferenciados de una sociedad.

La sociedad contemporánea se encuentra compuesta, siguiendo la idea de Luhmann (1999: 241-243), por subsistemas (educación, jurídico, etc.) funcionalmente

---

<sup>16</sup> La idea de sistema punitivo no es la misma utilizada por Luhmann cuando se refiere a sistemas. De hecho, sistema punitivo, conforme enseña (Carvalho 2005: 230-252), es un espectro de mecanismos formales e informales que crean una red de sanciones. Es exactamente lo que ocurre en el Escenario 1. Es deseable aquí verificarse como esta idea de sistema punitivo es observada por la teoría de los sistemas sociales. He aquí el objetivo. Destáquese, sin embargo, la diferencia semántica entre las expresiones.

diferenciados que, a partir de su propia recursividad, (re)crean formas sociales (y de Derecho) nuevas. Eso significa decir que, desde el punto de vista de la unidad social, la diferenciación es dada mediante la función propia ejercida por cada sistema. De ahí proviene el entendimiento de que el Derecho es como un sistema autonomizado (Teubner 1996) (de segundo grado) del sistema social (de primer grado), operacionalmente enclaustrado, pero conectado a éste de forma cognitiva.

Se vuelve apremiante aceptar que tanto el Escenario 1 como el Escenario 2 están inseridos ¿?en un contexto de inseguridad y de riesgo propios de la sociedad actual. Las tentativas de observación de esos fenómenos deben estar de acuerdo en que el sistema educativo y el sistema punitivo no son inmunes al ambiente, al sistema social. Decidir con base exclusivamente de clausura - olvidándose del riesgo y de la inseguridad - es, así, un error que traerá mayores problemas a la propia sociedad brasileña.

Con ello se quiere decir que elementos tales como los anteriormente referidos (riesgo e inseguridad) son absolutamente necesarios para la correcta observación de los fenómenos indicados en el Escenario 1 por intermedio de la comprensión ejercida por el Escenario 2.

## V.- CONECTANDO LOS ESCENARIOS: LA AUTOPOIESIS DE LOS SISTEMAS SOCIALES

Una constatación al respecto del Escenario 1, bastante interesante y que ilustra lo anteriormente expuesto, es dada por el Diputado Federal Pedro Teruel. Él dice que, en Brasil, *las rebeliones ahora parten desde adentro, pero ocurren principalmente fuera de las prisiones*<sup>17</sup>. Nada más sintomático. Absolutamente autopoiético.

Para ilustrar lo afirmado, con base en el reportaje publicado en la *Folha de São Paulo*<sup>18</sup>, se refería que la orden dada por Marcola para que la rebelión empezara, provenía de la insurgencia del PCC (Primer Comando de la Capital) contra la transferencia de sus líderes para penitenciarías de mayor seguridad. A partir de ahí los miembros “extramuros” de la organización, organizaron una rebelión fuera de los presidios, que resultó en la muerte de agentes de la policía militar, de agentes de la policía civil, de guardias municipales, de agentes penitenciarios y de ciudadanos comunes, además de incendios de autobús, saqueos a las agencias bancarias, motines en los presidios y, en la actitud más simbólica, el “toque de queda” impuesto en la ciudad de São Paulo. Los habitantes del municipio paulista no tuvieron duda. A las 20h del día 12 de mayo de 2006, la capital paulista, ciudad con más de 10 millones de habitantes, estaba desierta. Ningún partido de la selección brasileña de fútbol en una Copa del Mundo lograría tal hazaña.

Después de todos estos hechos, es imperioso afirmar que pretender el aislamiento del sistema punitivo, que éste sea confinado a cuestiones meramente o de políticas públicas o de decisiones judiciales, es simplificar lo complejo sin filtrarlo debidamente. No se puede tratar mediante heteropoiése un hecho que es, necesariamente, social<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> En: *Informe do Sistema Prisional Brasileiro*, 2006, p. 4.

<sup>18</sup> Noticia publicada en <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121535.shtml>.

<sup>19</sup> Defendiendo, en Brasil, que la ineficacia del sistema punitivo es resultante de los propios problemas sociales brasileños, véase (Batista 1990).

Convengamos que, hace mucho tiempo que los problemas en los presidios brasileños dejaron de ser cuestiones pertenecientes única y exclusivamente a un sistema. Si eso fuera factible, la quiebra del sistema punitivo brasileño<sup>20</sup> tendría una respuesta construida a partir de concepciones anteriormente establecidas, como el panóptico de Bentham, por ejemplo. Sucede, sin embargo, que la realidad de la sociedad brasileña necesita de una respuesta construida a partir de su propia descripción (auto-observación).

Si se verifica como correcta la percepción ofrecida en el Informe del Sistema Penitenciario Brasileño de que *las facciones de criminales engendraron, a partir de las prisiones, redes organizadas con ex-presos, familiares y otras personas sujetas a su influencia*<sup>21</sup>, es fácilmente deducible que su organización es autopoietica.

El Escenario 1, en realidad, es un ejemplo bien acabado de como una parte integrante de un subsistema social (presidio) se diferencia de tal forma que las leyes allí vigentes no son más aquellas a las que deberían estar sujeto. En este caso, el deseo de la sociedad, aunque permanezca oculto, es el del aislamiento, de la clausura, del cierre “normativo”. Desde que esa policontextualidad no supere los muros de la prisión, el sistema social sería inmune a sus presiones. Esa es la heteropoiesis en su estado puro. No obstante, el problema salió de los presidios para la sociedad.

Con eso, lo que antes quedaba aislado, pasó a comunicarse, a influenciar, a reflejarse en el sistema social como un todo. Lo que anteriormente era solamente un ruido de fondo, una indisposición, un malestar, tomó forma de urgencia, de operación cotidiana, de fatalidad estructural inserta en la sociedad. La concreción de las órdenes de los presidiarios por la sociedad, rompe, definitivamente con la noción de clausura. Es necesario, pues, describir el problema a partir de una apertura cognitiva del sistema punitivo con el sistema social que lo engloba. Sería utópico pensar de otra manera, cuando, por ejemplo, en São Paulo, existen 92.865 cupos en los presidios para albergar 125.804 detenidos<sup>22</sup>.

¿Cómo conciliar esto? A partir del Escenario 2. La idea de la *autopoiesis* luhmanniana es de un sistema normativamente cerrado, pero cognitivamente abierto. La aparente paradoja es la razón por la cual esa teoría es capaz de describir con una mayor acuciosidad el Escenario 1.

Es necesario referir, con Clam (2005: 103), que la autopoiesis no es algo que nace de la nada y que acaba en sí misma. Es, al contrario, un proceso de coligación entre las estructuras y los acontecimientos. Una verdadera auto-fundación factual, dirigida al necesario acoplamiento entre los sistemas sociales.

A partir de esto, en la línea de Paterson (2006: 29), se tiene que la autopoiesis de los sistemas sociales permite una minimización de diferencia entre la dirección corriente y la dirección deseada. Dicho de otra manera: la teoría autopoietica es una forma de observación en que aquello que se pretende con el sistema punitivo brasileño es un dato real, pero no se deja de objetivar lo que se desea de él.

---

<sup>20</sup> Sobre esa constatación, véase (Bittencourt 1999).

<sup>21</sup> Informe del *Sistema Prisional Brasileiro*, 2006, p. 4.

<sup>22</sup> Informe del *Sistema Prisional Brasileiro*, 2006, p. 30.

De hecho, ahí reside un punto en que el Escenario 2 se conecta con el Escenario 1. Refutándose la hipótesis heteropoiética, se verifica que lo ocurrido en São Paulo debe ser percibido por los subsistemas sociales a partir de su lógica interna. Después, necesariamente, habrá un *output*, una respuesta a la sociedad. Ella influenciará nuevamente, vía comunicación, los demás subsistemas, que, a su vez, darán sus respuestas propias, reprocesadas mediante su especificidad funcional.

Es por este motivo que el Primer Comando de la Capital consigue hacer valer su “normatividad” en el medio social. Él posee una serie de reglas propias. Ellas son aceptadas internamente. Hubo una irritación proveniente del sistema político (transferencia de los líderes). Los presidios paulistas reaccionaron bajo su código (violencia). Pero el *output* fue lanzado en el ambiente. Los demás subsistemas deben, por lo tanto, tomar en cuenta lo ocurrido y suministrar la respuesta al respecto.

Esta es la clausura de un sistema y su respectiva apertura cognitiva. La apertura y el cierre simultáneo. En el caso del sistema jurídico, por ejemplo, habrá cambios (o permanencias). Pero ella será dada por el propio Derecho, influenciado por el ambiente. En las palabras de Luhmann (2004: 63), “la validez normativa corresponde entonces a la clausura del sistema jurídico, y la disposición cognitiva para conocer corresponde a la orientación (del sistema jurídico) sobre el medio que lo envuelve”.

De esa forma, la aceptación de que las ideas de Luhmann son aplicables en Brasil (y lo son), puede traer una gran contribución a la delimitación y la manifestación del Escenario 1. La autopoiesis tiene la ventaja de la respuesta del recurso, construida por intermedio de sus operaciones y estructuras. Con esto, habrá autonomización. El subsistema se diferenciará del entorno mediante una unidad de diferencia (interior/exterior).

El giro (El viaje) autopoietico consiste en el hecho de pensar que los subsistemas poseen una lógica peculiar que no vive desconectada del ambiente, produciendo ruidos de fondo que comunican irritación a los demás subsistemas (al final, en el entorno, existen más entornos). Por intermedio de la comunicación, el sistema absorberá y filtrará las influencias externas, seleccionando su especificidad, trayéndolas para su interior recursivamente hermético, donde la cuestión será (re)procesada, en su lógica de clausura, auto-referencial y autopoietica. Escenario 1 y Escenario 2 son, por tanto, coligados.

## VI.- CONSIDERACIONES FINALES

Como ya hemos explicitado, la idea abordada es bastante simple. Los subsistemas sociales se comunican entre sí. Poseen una lógica que les es propia, pero que mantiene contacto con las particularidades tanto de uno como de otro. Además, los cambios internos son provocados por el exterior. Nada difícil, por lo tanto, decir que la rebelión ocurrida en São Paulo (Escenario 1) sea una forma de comunicación de un sistema punitivo quebrado por razones que son, al mismo tiempo, internas y externas a su lógica.

Pero, si el sistema educativo (Escenario 2) también hace parte del sistema social, éste exterioriza, a partir de su propia funcionalidad, comunicaciones que van a ser reflejadas en el ambiente de los demás sistemas, siendo apropiada ellos y reprocesadas de forma recursiva. La respuesta dada por el Primer Comando de la Capital afectó a todos los

## MARCOLA Y LUHMANN

demás subsistemas de la sociedad brasileña. En vista de lo anterior, no podemos imaginar, reflexionar y/o construir teorías que aparten heteropoiéticamente los presidios, hacer esto nos llevará a una posición intelectual destinada al fracaso y a las reacciones posteriores.

La correcta comprensión de la idea de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es, de esta manera, una forma de descripción a partir de los dos Escenarios y no solamente de uno de ellos, de forma excluyente. La unidad del problema se da mediante su diferencia. La conexión sólo es lograda por la clausura. Ésta aparente paradoja, mal comprendida en el mundo académico brasileño, puede revelar respuestas que en un tiempo pasado no eran posibles. Como el sistema punitivo brasileño tiene, en su Escenario 1, su auto-referencia, se constata la necesidad de una visión distinta sobre el tema.

En lo que se refiere al sistema punitivo brasileño, la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es una hipótesis que merece más atención y perspicacia. Una nueva mirada sobre elementos y estructuras ya existentes. Esta recursividad deconstituye la paradoja inexistente y entrega nuevas respuestas para el sistema social que clausura y sufre las consecuencias de la visión heteropoiética del problema de prisiones en Brasil. Al final, se tiene que, parafraseando David Rúbio<sup>23</sup>, Marcola y Luhmann son, para el sistema jurídico, simultáneamente, Derecho y No-Derecho. Cada cual en su polo, se constituyen en las dos Caras de Jano<sup>24</sup>, los dos lados de la moneda, la diferencia que construye la unidad del Derecho (y de la sociedad).

## VII.- BIBLIOGRAFÍA

Arnaud, André- Jean. (2003) *Critique de la Raison Juridique. 2. Gouvernants sans Frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*. Paris: L.G.D.J.

Arnaud, André-Jean. (1999) *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar.

Batista, Nilo. (1990) *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública, Direitos Humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan.

Beck, Ulrich. (2001) *La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Bittencourt, Cezar Roberto. (1999) *A Quebra da Pena de Prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva.

Bobbio, Norberto. (1984) *Teoria do Ordenamiento Jurídico*. Brasília: UnB.

---

<sup>23</sup> Con base en los paradigmas de la simplicidad de Edgar Morin, David Sánchez Rúbio defiende que los hombres no son ángeles o demonios. En su integridad, son “angelmonios”, el reflejo de su dualidad. La idea fue lanzada durante el workshop “Sistemas Penales en América Latina: perspectiva transdisciplinar” en el seminario “Perspectivas Económicas y Efectivización de los Derechos Fundamentales”, realizado el 1º de junio de 2006, en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati – España.

<sup>24</sup> Para Teubner, Gunther. (2005: 81) Es en la “ley del asfalto” de las grandes ciudades norte-americanas o en el “casi-Derecho” de las favelas en Brasil...”, que se descubre “... el “lado oscuro” del Derecho soberano, el potencial subversivo de los discursos reprimidos”.

- Campilongo, Celso Fernandes. (2002) *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad.
- Capra, Fritjof. (1996) *A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix.
- Carvalho, Salo de. (2005) “Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial”, *Ciências Penais. Revista Brasileira de Professores de Ciências Penais*. Brasil, 2(2), p. 230-252
- Clam, Jean. (2005) A Autopoiese do Derecho. En: Clam, Jean; Rocha, L. S; Schwartz, G. A. D. *Introdução a Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Costa, Renata Almeida da. (2004) *A Sociedade Complexa e o Crime Organizado: a Contemporaneidade e o Risco nas Organizações Criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. (2007) “Apresentação”, en: Bockelmann Paul y Volk, Klaus (auts.). *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Del Rey, pp. I-XV.
- De Giorgi, Rafaele. (2000) “Luhmann e a Teoria Jurídica dos Anos 70”, en: Campilongo, Celso Fernandes (ed.), *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad.
- Folha olha on Line. SP sofre ao menos 180 ataques criminosos; mortos passam de 80. Sítio Web: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121535.shtml>>.
- Foucault, Michel. (1987) *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Petrópolis: Vozes.
- Giddens, Anthony. (2002) *Mundo em Descontrole: o que a Globalização está fazendo de Nós*. Rio de Janeiro: Record.
- Informe del *Sistema Prisional Brasileiro*, año 2006.
- Kelsen, Hans. (1984) *Teoría General de las Normas*. Porto Alegre: SAFE
- Kelsen, Hans. (2000) *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- King, Michael. (2006) “What’s the Use of Luhmann’s Theory?”, en: King, Michael; Thornhill, Chris (eds.), *Luhmann on Law and Politics*. Oxford: Hart Publishing, pp. 37-52.
- Luhmann, Niklas. (1989) « Le Droit Comme Système Social ». *Droit et Société*. 11-12.
- Luhmann, Niklas. (1999) *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp.

## MARCOLA Y LUHMANN

Luhmann, Niklas. (2004) “La Restituição do Décimo Segundo Camelo: do sentido de uma Análise Sociológica do Direito”, en: Arnaud, André-Jean; Lopes, JR, Dalmir. *Niklas Luhmann: do Sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Luhmann, Niklas. (1997) *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas. (1988) *Il Sistema Educativo: problemi di riflessività*. Roma: Armando Editore.

Luhmann, Niklas. (1990) *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós.

Luhmann, Niklas. (1998) *Sociología del Riesgo*. México: Triana Editores.

Neves, Marcelo. (1992) *Verfassung und Positivität des Rechts in der Peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Duncker u. H., Bln. Broschiert.

Ost, François. (1999) *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget.

Paterson, John. (2006) “Reflecting on Reflexive Law”. En: King, Michael; Thornhill, Chris. *Luhmann on Law and Politics*. Oxford: Hart Publishing.

Rocha, Leonel Severo. (1999) *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos.

Rocha, Leonel Severo. (1997) *Paradoxos da Auto-Observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM Editora.

Rocha, Leonel Severo y Sshwartz, Germano. (2005) *Introdução a Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria de Advogado.

Santos, Boaventura de Souza. (1988) *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. 2ª reimpressão. Porto Alegre: SAFE.

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

Streck, Lenio Luis (2006) *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Teubner, Gunther. (1996) *Droit et Réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organization*. Bruilant: Belgique: L.G.D.J: Paris.

Teubner, Günther. (2005) “As Duas Faces de Janus: Pluralismo Jurídico na sociedade pós-moderna”. en: Teubner, Günther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, pp. 70-102.