

IV. RESEÑA

UNA ROSA ES UNA ROSA, ES UNA ROSA, ES UNA ROSA...

A propósito de Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*,
Universidad Iberoamericana, México, 2002

Aldo Mascareño*

Niklas Luhmann murió el 6 de noviembre de 1998 en Oerlinghausen, cerca de Bielefeld, al norte de Alemania, poco antes de cumplir los 71 años de edad. Un año antes de su muerte había logrado concluir y publicar su opus magnum *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (Sociedad de la sociedad), obra destinada a convertirse en uno de los pilares de la sociología del siglo XXI. Su título es casi una exigencia del programa teórico luhmanniano, diseñado a su llegada a la recién fundada Universidad de Bielefeld en 1969, luego de su paso por Harvard con Talcott Parsons a comienzos de los sesenta y por Frankfurt hacia fines de esa década, donde ocupó la cátedra de Theodor Adorno, quien murió en 1969. Luego de la publicación en el año 1984 de *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (trad. esp. Iberoamericana, México, 1994), donde Luhmann desarrolla los pilares conceptuales de su teoría, la década siguiente estaría dedicada a la construcción de estudios específicos referidos a sistemas funcionales parciales. Así fue como, programadamente fueron apareciendo hasta 1998, *Economía de la sociedad* (1988), *Ciencia de la sociedad* (1992, trad. esp. Iberoamericana, México, 1996), *Derecho de la sociedad* (1993), *Arte de la sociedad* (1995). La enfermedad del autor lo hizo concentrarse en *Sociedad de la sociedad* (1997), la obra en dos tomos que contiene fundamentos epistemológicos, una teoría de la evolución, otra de la diferenciación y los medios simbólicos y una de las autodescripciones de la sociedad. Luego de su muerte y en base a borradores a los cuales sólo faltaba agregar cuestiones formales, han aparecido *Política de la sociedad* (2000), *Religión de la sociedad* (2001), *Educación de la sociedad* (2003). De estos estudios específicos, *Ciencia de la sociedad* y *Derecho de la sociedad* han sido hasta ahora traducidos al español por el equipo a cargo del sociólogo mexicano de la Universi-

* Dr. en Sociología, Universidad de Bielefeld, Alemania. Académico Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Alberto Hurtado.

dad Iberoamericana, Javier Torres Nafarrate, aunque deben ser agregadas a esta lista española otras obras como *Teoría de la sociedad* (1994), *Introducción a la teoría de sistemas* (1995), *Sociología del riesgo* (1996) *La realidad de los medios de masas* (1997) y *Luhmann: la política como sistema* (2004).

Así como para cualquiera de estos estudios de sistemas parciales, *El derecho de la sociedad* indica algo nuevo desde su título: no se trata de la dicotomía, falsa al entender de Luhmann, entre derecho y sociedad, o entre política y sociedad, o economía y sociedad, al modo de Weber (y varios otros). El derecho es *de la* sociedad; lo es en tanto se refiere a ella y en tanto es parte de ella. Lo social no está separado del derecho (como ningún sistema parcial lo está de la sociedad) como una entidad aparte con respecto a la cual se pueda trazar un límite que permitiera afirmar 'esto pertenece al derecho y esto otro a la sociedad'.

El derecho es *de la* sociedad, porque el derecho es un modo especial de comunicación y para Luhmann la sociedad no es otra cosa que comunicación. Sociedad es la indicación de la unidad de todas las comunicaciones posibles en *la sociedad*, dentro de las cuales están las comunicaciones legales, aunque no sólo ellas. Esa es la primera premisa que el lector debe aceptar para acercarse a esta obra particular de Luhmann: el derecho es una forma de comunicación entre otras posibles; el derecho, por tanto, no es la ley, los códigos o las Constituciones, sino un modo generalizado de comunicación cuya particularidad es producir consecuencias jurídicas, las no pueden observarse sino en otras comunicaciones que tienen esa misma particularidad y que son producidas por comunicaciones anteriores (autopoiesis).

No es este el primer libro que Luhmann escribió sobre el derecho; es más bien el último; antes están *Legitimación a través del procedimiento* (1969), *Sociología del derecho* (1972), *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974, trad. esp. 1983), *Diferenciación del derecho* (1981). El propio Luhmann es, originalmente, un jurista de la Universidad de Freiburg (1946-1949) con experiencia práctica en el campo del derecho administrativo (1954-1962 en Lüneburg). Aunque quizás todo esto no sea tan relevante para acercarse a *El derecho de la sociedad* como sus libros de teoría sistémica, pues lo que Luhmann hace en esta obra es utilizar su teoría de la sociedad para entender el derecho. Eso se observa desde el primer capítulo, en el que sitúa el concepto de norma en un estatuto distinto al que lo hace la teoría tradicional, a la que Luhmann considera una autodescripción del sistema jurídico que no puede apartarse de lo que describe. Para Luhmann el derecho es lo que la comunicación jurídica indica como derecho, no más, pero tampoco menos. El símbolo de esa comunicación es la validez jurídica: el derecho es válido "cuando está acompañado por el símbolo de la validez –y cuando no, no" (p. 87). Con ello se ofrece una nueva lectura del problema de las fuentes del derecho: ellas tienen sentido para la autodescripción de los *practitioners* y probablemente para la argumentación jurídica en términos de razones justificatorias de decisiones indecibles, pero no para fundamentar la legitimidad del sistema, pues ella no se obtiene desde afuera, sino que se genera internamente, autopoieticamente, a través del símbolo de la validez. Lo que es válido es válido

porque es válido, o como la rosa: el derecho válido es el derecho válido, es el derecho válido, es el derecho válido... sin más (y sin menos).

Este es uno de los puntos que distancia radicalmente a Luhmann de la observación habermasiana del derecho y de la *buenología política* que parte de la existencia de un horizonte ético-normativo externo por el cual se podría medir si el derecho es o no válido, esto, claro, mientras los *injustamente* sentenciados siguen en la cárcel o los pederastas andan sueltos por ahí, lo cual, en todo caso, por sí solo debería bastar para resolver la pregunta acerca de la validez. Una cosa distinta es discutir sobre moral y legislar consecuentemente si lo que se indica como acuerdo se considera distante de las posibilidades de decisión jurídica; pero ello correspondería a otro horizonte de discusión, o a este mismo si se le acompañara, claro está, del símbolo de la validez.

Se hace evidente, entonces, por qué la de Luhmann es una teoría distinta del derecho que no puede sin más asociarse al positivismo jurídico, como erradamente se ha hecho. En *El derecho de la sociedad* no hay jerarquía de normas, no hay 'norma' en sentido clásico, no hay texto, no hay derecho que permita el nacimiento del derecho antes de que el derecho exista; la unidad del sistema se crea en cada operación asociada al símbolo –siempre provisorio, pues nada es *natural*– de la validez jurídica. El trasfondo de la teoría del derecho de Luhmann es constructivista, como toda su aproximación a lo social. Su función tampoco es la regulación de conductas, la integración de la sociedad o la representación de los distintos estados de la conciencia colectiva, a la Durkheim. Si un sistema es autopoietico, él es autónomo, se representa sólo a sí mismo y por sus propias operaciones.

Para el análisis de la función, Luhmann pone atención en algo que difícilmente puede ser considerado *positivista*: las expectativas. Éstas, en lo fundamental, pueden ser de dos tipos: cognitivas o normativas. Si se desechan cuando se ven defraudadas, se trata de expectativas cognitivas; si se mantienen contrafacticamente, se trata de expectativas normativas. El derecho se encarga de la estabilización o aseguramiento de estas últimas, pero no de todas las expectativas normativas, sino de aquellas que evolutivamente se hacen observables para el derecho vigente y no de aquellas que habiéndolo sido, el paso de los años o –si se quiere– los acuerdos de los hombres (y mujeres) desechan. En ello radica también la clausura del derecho: su operar es normativo, su observación y apertura hacia el entorno es cognitiva y está circunscrita a las posibilidades que entrega el operar normativo; más que eso es soñar con la unidad derecho-moral o con una justicia popular, en la tradición del *far west* cuando el sheriff andaba de viaje... o también cuando estaba presente y sobrio.

Por esto Luhmann también llama la atención sobre la importancia de la programación condicional en el derecho, aquella del tipo 'si sucede x, entonces y'. Este tipo de programa legal es el que permite la clausura normativa del derecho y su apertura cognitiva. Su alternativa, el programa orientado a fines, introduce elementos externos en la decisión jurídica (el futuro desconocido de los fines, la variabilidad valórica individual, las consideraciones de lo eventualmente posible) y quiebra las expectativas de relativa previsibilidad y, por tanto, de seguridad jurídica que aporta la condicionalización.

Los elementos nombrados aquí superficialmente constituyen lo central de la concepción luhmanniana en *El derecho de la sociedad*, lo demás podría entenderse como las consecuencias de abordar las cosas de este modo, consecuencias que de todas maneras importan significativamente a la nueva descripción del derecho ejercitada, por ejemplo:

I. Al interior del derecho, la justicia ha de ser entendida como una autodescripción del sistema en el sistema (fórmula de contingencia) que posibilita el desarrollo de una observación de su unidad al interior de él, como Dios en la religión, la escasez en la economía, la enseñanza y el aprendizaje en la educación; pero no es vista en un sentido operativo, salvo para convencer al propio sistema y a su entorno que ahí se *trabaja por la justicia*. Como tema, en cualquier caso, la justicia no es propiamente una cualidad jurídica, sino comunicación moral que puede ser o no aplicada a una decisión jurídica, pero que por ello carece de consecuencias normativas, aunque no de consecuencias políticas para los que se irritan porque el derecho *no siempre* es justo, o –lo que es lo mismo– porque no concuerda con sus intereses.

II. Los tribunales son observados como instancias donde se decide lo indecible y no sólo lo indecido, puesto que “de otro modo la decisión ya se hubiera decidido y sólo se trataría de ‘reconocerla’.” (p. 370). Los tribunales se enfrentan al imperativo de la decisión, no pueden renunciar a hacerlo, aunque les tome treinta años. De ello derivan distinciones tales como decisión/consecuencia o principio jurídico/aplicación, con lo que pueden simular la indisponibilidad de los principios cuando se decide una cosa y no otra. De cualquier modo al hacerlo, cumplen con su función: transformar la indeterminación previa en determinación de la decisión.

III. La argumentación jurídica, en tanto, ya no puede ser observada bajo la semántica de las razones en el sentido de fundamentos de la decisión, pues ello conduce a pura tautología: uno se podría preguntar por los fundamentos de las razones que fundamentan la argumentación que fundamenta la decisión. Si se opta por esto, se cae además en el campo de los principios, con lo que ya se está fuera del derecho y se tiende por construcciones basadas en ‘la moral’, ‘la ética’ o ‘la razonabilidad’, con lo que la tautología aparece nuevamente en *la razonabilidad de las razones*. Para Luhmann, la argumentación jurídica tiene por función producir redundancia ante la variabilidad con que se presentan los casos al derecho. Lo particular no es único si su forma se ha presentado en la argumentación, es decir, si se es redundante en lo que ya se sabe (la decisión). Esto independiente de si se trata del *common law* o de la tradición continental. La argumentación otorga unidad a decisiones distantes entre sí, lo que facilita la autorreferencia del derecho y refuerza la fórmula de contingencia *justicia* como su autodescripción, siempre que justicia se entienda como consistencia en las decisiones jurídicas.

IV. Finalmente, una dimensión de notables consecuencias para la evaluación del sistema jurídico en la teoría de Luhmann, es la que aporta el concepto de *acoplamiento estructural*. El derecho es un sistema clausurado normativamente, pero abierto cognitivamente al entorno a través de sus programas. Si no estuviera clausurado,

distinguir entre lo legal y lo ilegal no correspondería al derecho, sino quién sabe a qué o a quién (el clima, un oráculo, un político, un futbolista, una modelo); si no estuviera abierto a su entorno, el derecho no tendría acerca de qué decidir. Por ello, la clausura normativa no debe ser confundida con autarquía del sistema. Todo sistema se relaciona con su entorno y desarrolla, en el transcurso de la evolución, acoplamientos estructurales con otros sistemas, los que vinculan a través de lo que incluyen y separan a través de lo que excluyen. Entre derecho y economía el contrato y la propiedad son mecanismos de acoplamiento estructural, la Constitución lo es en relación al sistema político, la justicia puede operar también como acoplamiento del derecho con la moral; es decir, mediante los acoplamientos el derecho puede ganar elementos de la complejidad de otros sistemas a la vez que esos sistemas pueden obtener prestaciones de la complejidad legal. La ventaja de ello es que las distinciones se mantienen y al mantenerse la contingencia de la complejidad externa puede aportar nuevas soluciones a problemas antiguos o a problemas nuevos.

Como cualquier descripción de una rosa no lograría captar, al tomarla por partes, la unidad de su objeto, así también mucho queda fuera de esta descripción. Quizás si lo que mejor dé cuenta de ella como unidad, sea su lado externo: *El derecho de la sociedad* no es una autodescripción del derecho desde el interior del derecho. Cabría preguntarse qué sucedería si jueces, abogados y comentaristas adoptaran la descripción de Luhmann como una autodescripción de su propia práctica. ¿Quién sabe? Lo cierto es que si así hubiese sido en el pasado, la teoría del derecho de Luhmann con toda seguridad hoy sería otra.

