

Orden social y orden jurídico: la observación de Niklas Luhmann sobre el derecho

Social and Legal Order: Niklas Luhmann's
Observation about Law

*Juan Miguel Chávez¹
y Francisco Mújica²*

RESUMEN

Al margen de su condición de temática clásica en sociología, no existen demasiadas investigaciones que grafiquen empíricamente las consecuencias del proceso de diferenciación funcional en la sociedad moderna. A partir de lo anterior este texto pretende exponer las estrategias para la diferenciación del ordenamiento jurídico en la sociedad contemporánea desde las premisas teóricas de la obra de Niklas Luhmann y, a partir de lo anterior, dar cuenta de las consecuencias del desenvolvimiento del derecho en el contexto de un orden social diferenciado; así como de las condiciones de operación que debe enfrentar la legitimación del orden jurídico.

PALABRAS CLAVE: diferenciación funcional, orden jurídico, orden social, derecho, política, moral, legitimación procedimental, intervención social, paradojas de la regulación.

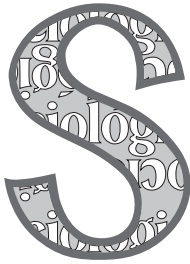
ABSTRACT

Despite the fact that it is a classical topic in sociology, not too many research projects empirically trace the consequences of the process of functional differentiation in modern society. Based on this assumption, this article attempts to explain the strategies for differentiating the legal ordering of contemporary society based on the theoretical premises of Niklas Luhmann's work. It also explores the consequences of the development of law in the context of a differentiated social order and the operating conditions the legitimation of the legal order must face.

KEY WORDS: functional differentiation, legal order, social order, law, politics, ethics, procedural legitimation, social intervention, paradoxes of regulation.

¹ Chileno. Departamento de Ciencias Sociales, Facultad de Educación, Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de la Frontera. Correo electrónico: juan.chavez@ufrontera.cl

² Chileno. Programa de Bachillerato, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: franciscomujica82@gmail.com



INTRODUCCIÓN: EL HORIZONTE SOCIAL DE DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO

Una observación acabada y sistemática de la sociedad de nuestros días nos revela que en ella existe un proceso transversal, y en permanente intensificación, relativo a la tematización y tratamiento de problemas sociales. La mejor manera de comprobar esta aseveración es revisando la forma que solía adoptar la resolución de problemas en los órdenes sociales previos.

Las sociedades arcaicas se articulaban en sistemas parciales que, en principio, eran iguales, y que se formaban en torno unos para los otros (Luhmann y Di Giorgi, 1998). Lo anterior suponía la formación de familias, que constituían la unidad artificial de la diferenciación, en la medida en que incorporaban las diferencias de los elementos basales: edad y sexo (Lévi-Strauss, 1987; Luhmann y Di Giorgi, 1998). Correlativo a ello, en las sociedades segmentarias o arcaicas los problemas eran resueltos apelando a un consenso normativo férreo con ribetes míticorreligiosos (Clastres, 1996) y, en un mayor grado de evolución, a un incipiente *derecho de gentes* consuetudinario para enfrentar el problema de la *barbarie* o del extranjero (Luhmann y Di Giorgi, 1998). En este contexto, el derecho ostentaba el estatuto de símbolo de unificación de las decisiones derivadas de un consenso sociocultural alcanzado a través de un meticuloso escrutinio público de las decisiones y amparado en la estructura cohesionante del mito, lo que para el observador externo adoptaba la forma de “solidaridad mecánica” (Durkheim,

1985). En tanto no existía la distinción entre norma y promulgación (Weber, 1999), las leyes llevaban anexo un contenido sustantivo, por lo que *siempre* coincidían en ellas necesidad, legitimidad y bien (Habermas, 1990). Incluso después del paso de las sociedades segmentarias a las estratificadas (Luhmann, 2007) la estructura de las últimas aún le entregaba al derecho la posibilidad de concebirse como una de las semánticas rectoras del orden social.

Las sociedades estratificadas se organizaban mediante la diferenciación de sistemas estructurada gracias al *rango* ocupado por el sistema con respecto a los demás, lo que implicaba la cerradura y distinción del estamento superior con respecto a los inferiores (Luhmann y Di Giorgi, 1998). Por ello, la operatividad cotidiana en las sociedades estratificadas se daba gracias a la delimitación de “zonas” de cooperación y conflicto: un noble no puede pelear con un plebeyo, pero sí ayudarlo (como leemos en el *Lazarillo de Tormes*). A la par de esto existía una concentrada disponibilidad de recursos en los distintos estamentos y estrechas posibilidades de distribución entre los estratos (Luhmann y Di Giorgi, 1998).

En el caso de las sociedades estratificadas las constelaciones problemáticas se trataban independientemente por cada estrato (en la medida en que su organización lo permitía) y, sobre todo, mediante la subordinación a un estrato superior (Luhmann y Di Giorgi, 1998). No es de extrañar, entonces, que el derecho pudiera considerarse el motor unificador –o contenedor– de las soluciones que entregaban a la sociedad en su conjunto las prestaciones de la supeditación al estamento superior. La Paz de Westfalia y su principio “*Ecus regio, ius religio*”, con el que se zanjó la disputa que generó la Guerra de los Treinta Años, constituye tal vez el mejor ejemplo de la posición que exhibía el derecho entonces, por cuanto muestra que remitía al criterio ético y procedimental del estrato superior, el cual a su vez simbolizaba al de la sociedad en su conjunto (Luhmann, 2005). Ahora bien, mientras que los tipos de orden social pre-existentes al de nuestros días podían manejar su complejidad a

través de la subordinación a una lógica parcial y anexar al derecho de *prescriptividad* ética y operacional, la sociedad moderna representa un logro evolutivo en torno al procedimiento general para la resolución de problemas sociales (Luhmann, 1991).

La especificidad en el tratamiento de problemas sociales y su eventual solución se realiza actualmente de acuerdo con el criterio de la *diferenciación funcional* (Luhmann y Di Giorgi, 1998; Luhmann, 2007). Este procedimiento social se caracteriza por la emergencia evolutiva de estructuras y semánticas altamente especializadas, que se abocan a orientar las operaciones de los múltiples plexos de sentido que caracterizan a la sociedad moderna. Dichas constelaciones son denominadas por la sociología sistémica *sistemas funcionales* (Luhmann, 1991; Luhmann y Di Giorgi, 1998; Stichweh, 2004; Willke, 2007).

La lógica de la diferenciación funcional conlleva un aumento de autonomía en la determinación de problemas sociales y de una extrema especialización en su tratamiento: “Mientras para la sociedad estratificada valía: *a más problemas, más centralización de la decisión en el estrato superior*, para la funcionalmente diferenciada vale: *a más problemas, más especialización de las estructuras encargadas de resolverlos*” (Mereminskaya y Mascareño, 2005: 1393; énfasis de los autores). A su vez, la tematización autorreferencial de los sistemas de funciones implica que, junto con la reproducción de sus operaciones de forma autopoiética (Luhmann, 1991), cada sistema de comunicación debe incorporar información en sus operaciones por sus propios medios; lo que resulta en la construcción y estabilización de herramientas particulares y específicas de la lógica de cada sistema: mientras el arte desarrolla museos para solucionar los problemas que le competen, el derecho institucionaliza los tribunales y la salud los hospitales (Luhmann y Di Giorgi, 1998).

Un primer requisito para enfocar esta realidad social es que el proceso de diferenciación funcional puede ser descrito exclusivamente como proceso *global*. Este imperativo se impone porque resulta imposible identificar –e incluso correlacionar– las operaciones de los sistemas de funciones con límites espa-

ciales o regionales: “Precisamente la univocidad de los límites espaciales deja claro que éstos no son respetados ni por las verdades, ni por las enfermedades, ni por la educación, ni por la televisión, ni por el dinero, ni por el amor” (Luhmann y Di Giorgi, 1998: 73). El primado de la diferenciación funcional no se expresa sólo en el ámbito operativo –independientemente de que aún puedan subsistir tratamientos de problemas sobrevivientes del viejo primado de las sociedades segmentarias o estratificadas (Luhmann, 2007)– sino que manifiesta toda su intensidad en el contexto de la sociedad mundial.

Por sociedad mundial entendemos el proceso de constitución de un sistema social global y omniabarcador de las comunicaciones (Luhmann y Di Giorgi, 1998). Éste es reconstruible *a posteriori* a través del estudio de las colonizaciones, el imperialismo, las expediciones y el desarrollo de tecnologías y medios de comunicación que acabaron con el aislamiento de regiones (Luhmann, 2007; Stichweh, 2004), estabilizando relaciones de comunicación social a escala global.

La sociedad mundial no es un orden estático y jerárquico, ni una comunidad de naciones que simbolizan el todo, sino la emergencia de un orden social basado en la interconexión, interdependencia y aumento de la intensidad y del rango de la comunicación social a nivel mundial. Dicho horizonte recursivo de comunicaciones ya no es asociable a una región particular ni a un contexto específico, ni tampoco es conceptualizable como una parcelación regional de comunicaciones, ya que la constitución de la sociedad global intensifica hasta un punto irreversible la interdependencia de las comunicaciones sociales: “Si se parte de la comunicación como operación elemental cuya reproducción constituye a la sociedad, entonces en cualquier comunicación se implica obviamente a la sociedad del mundo –y esto independientemente de la temática concreta y de la distancia espacial entre los participantes” (Luhmann, 2007: 112).

Podemos concluir, entonces, que el orden social estabilizado en nuestros días es el de un sistema omniabarcador de comunicación social. El horizonte de ésta última se apoya en la

constitución de una sociedad mundial y la resolución de problemas procesada mediante la diferenciación funcional. A partir de la explicitación de tales realidades estructurales de la sociedad contemporánea, el presente artículo busca mostrar los desafíos que encara y condiciones en las que el derecho se ve obligado a desenvolverse en la sociedad mundial y diferenciada de nuestros días desde la perspectiva de Niklas Luhmann. Asimismo, se expondrán ciertas estrategias y movimientos estructurales a los que el derecho apela para hacer frente a las noveles circunstancias que debe encarar, afanes que nuestro autor sintetiza a través de los conceptos de *diferenciación del derecho* y *legitimación como procedimiento*. Se concluye con un breve ejemplo de los problemas prácticos que encuentra el derecho en la sociedad actual a partir de la experiencia paradójica de la regulación medioambiental, y se discute la centralidad que aún puede –y debe– pretender el derecho en la sociedad contemporánea.

EL DESTINO DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD DIFERENCIADA

La introducción de este texto tiene un carácter eminentemente práctico y propedéutico, a saber: ilustrar por qué el derecho pudo ser la gran herramienta de las ciencias sociales para pensar en la garantía de unidad del orden social. No por casualidad sigue siendo una tentación reiterativa de las ciencias sociales acudir a esta disciplina para dar cuenta de fenómenos sociológicos. La insistente apelación al derecho ha estado marcada por la ambigüedad: mientras Durkheim (1985) ve en la diferenciación del derecho el símbolo primo de la consistencia del todo social, Habermas (2000), medio siglo después, descubre en él la gran herramienta para hacer frente a los problemas de legitimidad derivados de la diferenciación de las estructuras sociales. Al parecer esta relación pendular entre elogio y misericordia con la que la sociología ha tematizado al derecho empieza a estabilizarse con

la observación jurídica que desarrolla la moderna teoría de sistemas (Luhmann, 2005). Cuando (nuevamente) la sociología iniciaba un viaje hacia sus fundamentos normativos Niklas Luhmann (1991, 2004a, 2005, 2007, 2011) emprendió el camino completamente inverso: hacia una radical des-normativización del quehacer sociológico:

La estratificación, por supuesto, requiere de una distribución desigual de poder y de riqueza [...]. Sin embargo, sería equivocado enfatizar este aspecto de la desigualdad, para luego etiquetarlo como dominación y explotación o para pretender justificarlo. Podemos dejar estos juegos para los sociólogos burgueses y para los sociólogos marxistas (Luhmann 2004a: 5).

Desde este proyecto resultan sugerentes las advertencias del autor sobre el estatuto y función que pasaría a ostentar el derecho en el contexto de una sociedad diferenciada e hiper-compleja (Luhmann, 1991 y 2007).

Luhmann (1991, 2004a, 2005, 2007, 2011) sostiene que la sociedad moderna se caracteriza por una profunda crisis de racionalidad, expresada en un déficit estructural de integración social derivado de expansiones sistémicas incontrolables en sus consecuencias; específicamente, de los riesgos del desarrollo científico –tecnológico y económico:

[...] lo cierto es que orientándose por “representaciones humanas” se han tenido tan malas experiencias, que ante ellas se debería estar prevenido [...]. Al respecto, puede pensarse en las ideologías de la raza y en la distinción entre elegidos y malditos, en la doctrina prescrita por el socialismo, o en lo que significan para los norteamericanos la ideología *melting pot* y el *American way of life* (Luhmann, 2004b: 11).

Luhmann (2007) jamás pone en duda que un orden social diferenciado en sistemas autónomos –como son la política, el derecho, la ciencia, la economía– implique desconocer o desatender el problema de representar la unidad de la sociedad ante la incapacidad de un sistema de integrar la totalidad social, pues cada sistema sólo opera con su respectiva lógica parcial: política-poder, economía-escasez, arte-originalidad,

intimidad-amor, ciencia-verdad, etcétera (Luhmann, 1993). Por ello, es la propia diferenciación semántica –que permite la diferenciación de una descripción especializada sobre la sociedad y sus órdenes– la que impide que se pueda acudir a un código generalizado para la descripción unitaria del orden social, como lo pretendió ser el derecho (Durkheim, 1985; Weber, 1999). Según Luhmann (2007), el camino escogido por Durkheim (1985) para describir a la sociedad contemporánea desde las características de la diferenciación social es clausurado por la diferenciación social misma.

Se concluye, por ende, que no es viable desarrollar una racionalidad general que trascienda las operaciones particulares de los distintos sistemas: la misma diferenciación funcional erosiona las posibilidades de una coordinación social total unidireccional (Luhmann, 2007). Esta aseveración sólo resulta totalmente comprensible cuando se ilustran de un modo más detallado las implicancias del proceso de diferenciación funcional.

El movimiento central de la diferenciación funcional para encauzar problemas sociales es la combinación de alta abstracción –comprar cualquier bien requiere de dinero; prohibir una conducta exige validez legal; formar una pareja demanda seguir las reglas del amor (Luhmann, 2007)– con alta especificidad: cada constelación social se especializa en la tematización de un problema exclusivo (la educación en certificar competencias adquiridas; la política en la toma de decisiones colectivamente vinculantes; el derecho en conservar las expectativas normativas, por mencionar algunos). Por esto mismo cada constelación social en particular es incompetente e indiferente respecto de los demás problemas sociales (Luhmann, 2007). Justamente por lo anterior la economía no puede –ya que no cuenta con las herramientas– solucionar problemas estéticos, como el derecho no puede procesar problemas religiosos (Luhmann, 2007).

Esto no quiere decir que no existan ciertos requisitos evolutivos específicos en la conformación de las distintas constelaciones sociales de sentido. Por ejemplo, la emergencia del sistema político moderno hizo necesaria la diferenciación de un contexto

que monopolizara la violencia y adquiriera la capacidad de ejecutar decisiones colectivamente vinculantes (Luhmann, 1993). A su vez, se precisa de una semántica jurídica que asegure la eficacia y globalidad de la vinculación decisional, como las constituciones modernas, el principio de la división de los poderes y la dogmática político-jurídica y administrativa (Luhmann, 1993; Habermas, 2000).

En términos generales se podría decir que la estabilización social de la diferenciación funcional supone la emergencia de problemas sociales que generen motivación para ser resueltos, y que la resolución misma se encuentra supeditada a las características del problema social en particular (Luhmann, 2007). Es por esto que esfuerzos sociales encaminados, por ejemplo, a universalizar la adquisición de animales exóticos o a revivir los circos tienen pocas probabilidades de lograr su meta, ya que no dan cuenta de intereses que motiven –a un nivel *macro*– comunicación social en un momento y/o dirección específicos (Luhmann, 1991).

Una segunda implicancia consiste en que la estabilización del procesamiento social mediante las prestaciones que entregan los sistemas funcionales sólo se da de manera paulatina e incremental, como un derivado de la evolución social (Stichweh, 2004). Los procesos de esta última requieren de largos periodos de tiempo y no dependen de proyectos mancomunados derivados de la voluntad de los agentes, ni siquiera de los afanes de organizaciones formales (Rodríguez, 2004): la estructuración de un orden social en torno a la diferenciación funcional supone la existencia de distintos ámbitos o constelaciones de sentido dentro de las operaciones de reproducción de la sociedad en su conjunto, ámbitos que no incorporan dentro de sus lógicas y prestaciones criterios territoriales particulares ni predisposiciones anímicas o apetitivas de ningún tipo (Luhmann, 2007).

Sin embargo, lo anterior *no* implica que a partir de que en la sociedad moderna coexisten distintos centros de operación de carácter global (con lógicas operativas propias), ésta no pueda ser conceptualizada como la totalidad propia de un orden emer-

gente que ella misma es. A decir de Luhmann, la integración social ya no se basa en una consistencia valórica o cultural (Parsons, 1982), ni en la interdependencia de las funciones (Durkheim, 1985); ahora la dimensión integradora radica en la recíproca indiferencia entre los sistemas, condición necesaria para realizar sus funciones (Luhmann, 2007; 2011).

En la medida en que el orden social opera –según Luhmann (2007, 2011)– mediante una *coordinación por indiferencia*, su concepción del derecho no escapa a este diagnóstico; de ahí que cuestione la eficacia del derecho como instrumento de integración social (2005).

La conciencia jurídica reconoce cada vez más una disminución de las representaciones generales acerca de lo correcto: para Luhmann (2005) el pluralismo de intereses y conflictos –característico de un orden social diferenciado– conlleva el desvanecimiento de esquemas generalizados de comportamientos vinculantes; este autor recalca (1998a) que, si bien la normatividad es uno de los ámbitos en los que se manifiesta el proceso evolutivo de la diferenciación funcional, ésta es correlativa –y tiene como condición de posibilidad– un aumento de la divergencia de las posiciones valóricas:

[...] hoy podemos ver y tenemos que aceptar *que los valores de un sistema funcional no son valores morales*. No tiene mucho sentido juzgar la propiedad en contraste con la no propiedad en términos morales, es decir, en términos de si una es moralmente buena y la otra mala [...]; el alejamiento de la moralidad de estas esferas es exigido por la moralidad misma. Sería una afrenta a nuestra sensibilidad moral si un partido en el poder se considerara a sí mismo moralmente superior sólo porque en ese momento detenta la mayoría (Luhmann, 1998a: 99-100, énfasis del autor).

El destino del derecho en la sociedad contemporánea se resume desde la perspectiva de Luhmann (2005) en no poder simbolizar ni unificar a la sociedad a partir de sus operaciones en la medida en que las diferenciaciones funcional y semántica características de la sociedad contemporánea clausuran la posibilidad de asociar el orden social en su conjunto con una cons-

telación de sentido parcial: “La forma de diferenciación de la sociedad moderna obliga a abandonar estos principios estructurales (por ejemplo la estratificación), y correspondientemente esta sociedad asume un modo heterárquico y acéntrico” (Luhmann, 2007: 118; énfasis del autor). El proceso evolutivo de la diferenciación funcional da como resultado la constitución de una sociedad policontextual y multisémicamente estructurada (Luhmann, 1993). De aquí que a ojos del propio Luhmann (2005) el derecho –así como todos los sistemas funcionales– se vea obligado a generar estrategias de especialización para hacer frente al nuevo horizonte en el que está llamado a operar: sociedad mundial funcionalmente diferenciada y con niveles de complejidad que requieren de la mutua coordinación de lógicas operativas para poder encauzar su emergencia.

DIFERENCIACIÓN Y PROCEDIMIENTO COMO ESTRATEGIAS DEL SISTEMA JURÍDICO

Para adentrarnos en la lógica del sistema jurídico de una sociedad compleja y policontextual debemos tener presente que la generación de criterios legales en una sociedad funcionalmente diferenciada radica necesariamente en una de las esferas parciales resultantes de la diferenciación. La constelación de sentido o sistema funcional que se arroga y monopoliza la tarea de producir y administrar justicia es, para Luhmann (2005), el sistema del derecho.

Es importante, en primer lugar, que tengamos una clara conciencia de lo que se entenderá con la noción de *sistema*. Para ello debemos abstenernos de pensar que un sistema funcional es una cosa o un espacio de irradiación y realizar un esfuerzo de abstracción teórica con vistas a entender que un sistema es una orientación procedimental que opera autoproduciéndose en la permanente diferenciación con respecto a su entorno a partir de la clausura de una lógica operativa propia (Luhmann, 1991). Se puede apreciar entonces que cada uno de los fallos

que emana del sistema jurídico permite a observadores externos atribuirle una especificidad que el sistema del derecho alcanza exclusivamente a partir de herramientas previamente generadas por él mismo en su autogestión interna. Con vistas en este perenne afán los sistemas operan indistintamente en una dimensión *estructural* y en otra *semántica* (Luhmann, 2007).

La estructura de un sistema remite al nivel de producción autopoietica de distinciones que le permite darse una organización o forma específica y ser distinguible por observadores situados en distintas posiciones. Esto justamente es lo que ilustran las relaciones sistema de la ciencia-laboratorios, sistema económico-empresas, sistema de la intimidad-familia y sistema del derecho-tribunales (Luhmann, 2007). Como correlato de tales operaciones, todo sistema diferencia una dimensión semántica, que es el nivel de permanencia de sus operaciones. Las semánticas reflejan la estabilidad evolutiva de las selecciones del sistema, lo que sirve de guía a las relaciones con el entorno y para la orientación de las expectativas asociadas con sus prestaciones. Esto se da, por ejemplo, a través de las semánticas respectivas que desarrollan el sistema de la ciencia y los *hechos*; la economía y la *eficiencia*; la intimidad y la idea de *pasión*; y el sistema del derecho a través de las *leyes* (Luhmann, 2007).

Solamente a partir del delineamiento y la estabilización de la autorreproducción del sistema éste se halla en condiciones –y cuenta con los rendimientos– para entregar una prestación o *función*, que es la forma general de dar soluciones a *problemas sociales de referencia*. Tales soluciones –como vimos– operan con alto grado de universalidad y especificidad. En la medida en que cada sistema funcional es sensible exclusivamente a un problema social de referencia en particular –y a *ningún otro*– tiene una y sólo una función sistémica, que es la referencia fundamental con la que la sociedad identifica sus operaciones (Luhmann, 2007).

El problema o ambigüedad a la que se enfrenta el sistema del derecho es el de motivar universalmente a seleccionar en torno a una regla general. Esto supone un problema ya que, con

claridad, cada cual quiere seleccionar lo que quiere, de la forma en que lo quiere, considerando la posibilidad de negar tal selección de la forma en que quiera (Luhmann, 2005). Es por esto que la función del derecho consiste en *garantizar el cumplimiento de expectativas normativas* (Luhmann, 2005): de alguna u otra forma, aunque siempre dentro de un margen aceptable de indeterminación, la sociedad estabiliza semánticamente ciertas expectativas normativas que debieran cumplirse con un alcance general. Son precisamente tales expectativas —y no otras— las que el derecho vela por garantizar (Luhmann, 2005).

No obstante, aunque la función del derecho sea la estabilización de las expectativas normativas, ésta nada tendría que ver con redirigir el comportamiento social a una determinada meta; ese antiguo anhelo del derecho está imposibilitado en nuestros días en virtud de la forma del orden que, como hemos visto, adopta la sociedad moderna según Luhmann (1991, 2005, 2007). En el marco de una sociedad polisémica y policéntricamente estructurada, el derecho no puede ya ser concebido como autosuficiente a la hora de volver vinculantes sus normativas, ni ser evaluado a partir de algún estatuto moral, ya que *no cuenta con las herramientas para llevar a cabo ninguna de esas funciones*, las que han sido monopolizadas por otros ámbitos operacionales (como el sistema político y el sistema de los valores, respectivamente).

La lógica de la diferenciación implica que el derecho se ve obligado a delegar el cumplimiento fáctico de las normas emitidas por él en el sistema político:

Desde el punto de vista del derecho, que se hace cargo de la violencia legal y no de la contraria a la ley [...], el sistema jurídico puede superar toda clase de inexactitudes, contradicciones estructurales, “lagunas”, etcétera, ya que al final el poder político apoya todo lo que decida [...]. En última instancia, el jurista puede decidir sobre todos los asuntos jurídicos, aunque no siempre de manera específicamente jurídica (Luhmann, 1998b: 150-151).

Asimismo, la posibilidad del sistema del derecho de contar con la prerrogativa social de determinar qué es legal y qué no lo

es implica su renuncia a asociar decisiones jurídicas con contenidos morales:

El concepto de norma se refiere a una forma específica de expectativa fáctica [...]. Estas expectativas existen –o no existen. Y cuando se quiera formular que tales expectativas deberían existir, no habría que retroceder al nivel del deber ser normativo existente de por sí; por el contrario, hay que mantenerse en el plano de las expectativas que anticipan normativamente lo que es posible esperar normativamente. Todavía más: no comprendemos el concepto de validez en sentido normativo, como si tuviera ya implícito que lo válido debe ser válido [...]. El derecho es válido cuando está acompañado por el símbolo de la validez –y cuando no, no” (Luhmann, 2005: 86-87).

Debemos aceptar, siguiendo el diagnóstico de Luhmann (2005), que en una sociedad donde las esferas que procesan sus problemas de referencia son indiferentes a los problemas de otras constelaciones significativas, la construcción, generalización y promulgación de normas válidas legalmente *opera con un altísimo grado de déficit informativo*. Por esto mismo el sistema del derecho se ve obligado a confiar que las tareas complementarias o precedentes a la lógica jurídica –como el sistema político y su prerrogativa social de sancionar– sean procesadas y realizadas al margen de la injerencia jurídica y a partir de instrumentos que sólo pueden haberse generado desde las operaciones recursivas de otros sistemas funcionales (Luhmann, 2005).

El cuadro 1³ pretende ilustrar de manera sinóptica las perspectivas que se generan a partir de la diferenciación funcional y

³ El cuadro es fruto de una larga elaboración a partir de distintas fuentes de la obra de Luhmann (incluidas clases dictadas por él mismo en la Universidad de Bielefeld en los años ochenta), así como inducciones desarrolladas desde lecturas comparativas –considerando las modificaciones que el propio autor fue haciendo a estos temas en el desarrollo de su pensamiento y en la evolución de su obra y proyecto teórico. En lo que respecta al sistema político, las principales referencias se encontrarán en Luhmann, 1993, 1995, 1998a, y muy especialmente en Luhmann, 2002, y complementariamente en Luhmann, 2005: cap. 9. Para el sistema del derecho la referencia clave es Luhmann, 2005, y parcialmente Luhmann, 1998b. El caso del sistema de la moral es el más complicado. En primer lugar, hemos querido respetar la lógica luhmanniana y denominar “sistema” a una constelación que se diferencia entregando motivaciones a partir de una comunicación específica –algo que sí hace la moral (poco importa que no tenga un rendimiento o universalidad análoga a otros sistemas funcionales: la diferenciación del medio simbólico de los valores y

la autogestión operativa de los sistemas del derecho, de la política y de la moral. Dentro de sus objetivos está resaltar las diferencias de las estructuras y operaciones que desarrollan estas disciplinas –y la inconmensurabilidad de las mismas– con vistas a avanzar hacia la forma en que debe organizarse el sistema del derecho y las estrategias a las que apela para validar sus normas al margen de consideraciones morales y/o políticas.

CUADRO 1
DIFERENCIACIÓN FUNCIONAL Y AUTOGESTIÓN OPERATIVA
DE LOS SISTEMAS DEL DERECHO, DE LA POLÍTICA Y DE LA MORAL

	Sistema jurídico	Sistema político	Sistema moral
<i>Problema social de referencia</i>	Motivar selecciones a partir de una regla general	Unificación de voluntades en torno a una selección	Determinación de pautas comunes para la acción
<i>Función sistémica</i>	Estabilizar expectativas normativas	Ejecución de decisiones colectivamente vinculantes	Establecimiento de ámbitos de inviolabilidad
<i>Medio de comunicación simbólicamente generalizado</i>	Validez legal	Poder	Valores
<i>Código inclusión</i>	Legal/ilegal	Gobierno/oposición	Bueno/malo
<i>Fórmula de contingencia</i>	Justicia	Legitimación	Pureza
<i>Representación interna</i>	Corte	Estado	Deber
<i>Representación externa</i>	Normas	Administración	Virtud
<i>Observación de segundo orden</i>	Dogmática	Opinión pública	Ética
<i>Sustrato organizacional</i>	Tribunales	Partidos políticos	—
<i>Programas</i>	Fallos (jurisprudencia)	Ideologías	Estima

FUENTE: elaboración propia.

la observación ética de segundo orden garantizan su auto y su heterorreferencia). Las referencias aquí son sustancialmente menores e infinitamente más desperdigadas. Una aproximación inicial puede consultarse en Luhmann, 1998c, mientras que un bosquejo panorámico se encontrará en Luhmann y Di Giorgi, (1998: 147-150). Material complementario para determinar la fórmula de contingencia de la moral se hallará en Luhmann (1998a: 99); y en Rodríguez y Torres (2008: 288); mientras que una buena referencia (y discusión) para determinar la evolución de la concepción (y definitiva posición) luhmanniana sobre el código y el programa del sistema de la moral se encuentra en Rodríguez y Torres (2008: 285-288).

Sólo obtendremos el máximo rendimiento analítico de este esquema si nos enfocamos en la radical diferencia en la organización interna, operaciones y prestaciones de tres sistemas funcionales que han sido tradicionalmente asociados, como son los casos del derecho, la política y la moral (Luhmann y Di Giorgi, 1998; Habermas, 2000). Mientras que el primero genera la motivación indispensable para realizar su función a través del medio de comunicación simbólicamente generalizado (MCSG) *validez legal*, la política hace lo propio a través del medio *poder* y la moral lo logra gracias a los *valores*. Lo importante es tener presente que un MCSG no es una cosa ni un concepto: es una condensación significativa de selectividad coordinada, que debe su eficacia a su condición de *síntesis de comunicación*, la que motiva a la selección mediante la delimitación de temas, expectativas y suposiciones comunes en contextos respectivos (Luhmann, 2007). Lo importante a destacar de esta definición es que la eficacia de los MCSG remite a distintos contextos y temas, acotados exclusivamente para la función de sus respectivos sistemas. Por lo tanto, *no resulta posible suponer la operatividad legal a partir de los valores o del poder, sino solamente a partir de la validez legal* (Luhmann, 2005).

Ello se confirma cuando vemos que las operaciones de los sistemas están tamizadas por un código binario, el cual opera como un esquema que regula las relaciones de inclusión-exclusión sistémica (Luhmann, 2007). De ahí que la distinción legal-ilegal –que inaugura toda operación de tipo jurídico– sea excluyente (y muchas veces contradictoria) con el código gobierno/oposición, propio de la política, y el bueno-malo, característico de la moral.

No sólo en la cotidianeidad del sistema se comprueban las implicancias de la diferenciación del derecho, sino que *los criterios generales para la orientación de sus operaciones* contrastan radicalmente con los lineamientos operativos de los sistemas político y moral. Esto es lo que señala el concepto de “fórmula de contingencia”, que es el ideal u horizonte último al que apelan las operaciones de cada uno de los sistemas. Éstos

reproducen la complejidad reduciéndola desde su fórmula de contingencia específica –en nuestro caso justicia, legitimación y pureza, respectivamente–, por lo que observan y pretenden movilizar el mundo en tales términos (Luhmann y Di Giorgi, 1998). Es necesario anotar que no porque la fórmula de contingencia del sistema del derecho sea la justicia se la debe asociar con algún tinte moral (Luhmann, 2005). La idea de justicia con la que opera el derecho la construye exclusivamente el derecho mismo y no puede derivarse de principios o de órdenes naturales. Ambas posturas conllevan para Luhmann (2005) una contradicción en sus términos, pues en tanto que los principios ideales de justicia pretenden ordenar idealmente, sigue estando latente la arbitrariedad de todo principio, condición que lo imposibilita para ser calificado de justo. Del mismo modo, la posición iusnaturalista no cuestiona que la naturaleza nunca ha sido –y jamás podrá ser– justa: “En este sentido, la justicia está específicamente configurada según el esquema de observación de segundo orden. Entonces tiene también sentido afirmar que se trata sobre todo de un esquema de observación pensado para el tribunal, para lo cual el legislador simplemente produce materia nueva que debe ser examinada” (Luhmann, 2005: 299).

La variabilidad y las formas de coordinación que derivan –y devienen necesarias– de las distintas representaciones de los sistemas, de sí mismos y de los demás, no hace más que dificultar este problema. No es casualidad que cada sistema funcional se represente a sí mismo de una forma concordante con la estructura general de su organización, que es a lo que apela el concepto de “representación interna”, resultante de la recursividad de sus operaciones de diferenciación con respecto al entorno. Mientras que el derecho se representa a sí mismo como *corte*, el sistema político se observa como *Estado* y la moral lo hace bajo la forma de *deber*. A causa de ello el observador externo puede asociar características distintivas a los diferentes sistemas funcionales, lo que Luhmann (2007) sintetiza con el concepto de “representación externa”, que es la forma en que se presenta el sistema hacia el entorno, a partir de

la evolución de las posibles formas de relación que este último atribuye al sistema: el derecho es visto por observadores externos como *normas*, la política como *administración* y la moral como *virtud*. Cuando el sistema se auto-observa, el resultado operativo de tal descripción varía para cada sistema. Si en el sistema jurídico la observación de segundo orden toma la forma de *dogmática*, en la política adquiere la de *opinión pública* y en la moral de *ética*, fundamentaciones de sí mismos (Luhmann, 2007).

Para garantizar el éxito y continuidad de sus operaciones los sistemas funcionales diferencian sustratos organizacionales, base real que asegura la efectividad de las operaciones sistémicas a través de la prerrogativa que tienen las organizaciones de seleccionar a los miembros y recursos más aptos para las distintas funciones: el derecho elige a los *tribunales*, la política a los *partidos* y la gran especificidad de la moral como sistema funcional está dada por carecer de sustrato organizacional (Luhmann, 2007).⁴ La garantía que éste entrega le permite a cada sistema ordenar y priorizar de manera general sus operaciones hacia el entorno. Es lo que Luhmann (2007) denomina “programas”, la forma específica en la que se orientan los sistemas hacia el entorno. Al ser las operaciones prerrogativas del sistema, la relación con el entorno se hace a través de la temporalización o *programación* de ellas; es por eso que los programas renuevan los códigos binarios de inclusión-exclusión y representan la única dimensión del sistema abierta al entorno, y en consecuencia, susceptible de ser intervenida externamente. Las categorías de inclusión del sistema jurídico –provenientes de la distinción legal-ilegal– cambian en relación con los *fallos* o

⁴ Desgraciadamente Luhmann no se pronunció con particular asertividad sobre el sistema de la moral. A modo de hipótesis postulamos que la carestía actual de un sustrato organizacional del sistema de la moral podría enfocarse desde el punto de vista evolutivo del proceso de diferenciación: hasta no más allá de medio siglo la moral y la religión compartían un sustrato organizacional, expresado en la institución de la Iglesia. Sin embargo, la diferenciación de sus funciones y la complejización de los problemas de corte moral en una sociedad diferenciada han establecido a esta última como sustrato organizacional de la religión, no encontrando la moral un sustituto análogo, al menos por el momento. Un interesante estudio sobre el sistema de la moral en Luhmann puede hallarse en Miranda (2009).

jurisprudencias que emanan del sistema del derecho; lo mismo pasa con la relación gobierno-oposición y con las *ideologías* en el sistema político, así como con las *formas de generación de estima* y el código bueno-malo en el sistema de la moral (Luhmann, 2007).

La conclusión teórica y operativa que debemos extraer del análisis de este esquema es que el derecho bajo la perspectiva de Niklas Luhmann (2005) –en virtud de las nuevas condiciones sociales en las que opera y debido a que para enfrentar esas condiciones (complejidad estructural, divergencia valórica, etcétera) se diferencia en torno al código legal-ilegal– *se ve obligado a renunciar a la pretensión de que lo legal pueda ser moralmente enfocado (en términos de si es bueno o es malo), y/o políticamente concebible (que lo legal sea correlativo al gobierno y lo ilegal a la oposición; o viceversa)*.

La gran estrategia del derecho contemporáneo según Luhmann (2005) es alcanzar un *grado de indiferencia que le permita normar a partir de criterios y operaciones exclusivamente autogenerados*. Esto no sería contradictorio –para Luhmann (2005)– con la función del derecho (estabilizar expectativas normativas) ni tampoco con su fórmula de contingencia (la justicia). Lo importante para comprender esta postura es situarse en una posición operativa: “Sólo el derecho puede dirimir lo que es derecho”, es la fórmula que posibilita a esta disciplina su reproducción recursiva a través de decisiones legales, garantizando así su *autonomía* respecto de otros sistemas (Luhmann, 2005).

Se puede afirmar que el argumento luhmanniano sobre la validez del derecho en la sociedad contemporánea se resume en la célebre fórmula *legitimación por procedimientos* (Luhmann, 1984), una radicalización de la tesis kelseniana de que *todo contenido puede ser norma*.

Kelsen (1981) defiende con insistencia la tesis de que el ámbito de lo jurídico se caracteriza por construirse privativamente a partir de preceptos puramente positivos y desnaturalizados, los cuales deben su validez a las relaciones lógicas de estipulación y supeditación respectivas que establece una norma fundante, la cual se distingue por carecer de contenido pres-

criptivo; de aquí que, como se sugirió, pueda resumirse la doctrina fundamental de su pensamiento con la fórmula *todo contenido puede ser norma* (Kelsen 1981). Para todo positivismo jurídico resulta del todo irrelevante (incluso antijurídico) pretender derivar la validez operacional del derecho en virtud de la corrección, de la nobleza, del valor moral o de la naturaleza ética del contenido sustantivo de la proposición: no importa que la ley en cuestión violente a un perfil social en desmedro de otro (una normativa discriminatoria y una antidiscriminatoria son leyes de igual estatuto), en tanto la estipulación de la norma coincida con la lógica formal del derecho y su promulgación se adecue a los procedimientos establecidos por el derecho formal —nada tiene que ver con el derecho si su concepción y promulgación emana de un régimen *de facto* o de uno democrático (Kelsen 1981).

Kelsen supedita su argumento al pilar legitimatorio que entregaría una norma hipotética de validez fundante de todo derecho, pero la posición luhmanniana lleva a cabo un sobredimensionamiento del iuspositivismo kelseniano hasta su extrema unilateralidad. Para Luhmann (1984, 2005) deja incluso de ser necesario que el derecho tenga un origen o un horizonte hipotético fundante —como postula Kelsen (1981); basta que la diferenciación jurídica exhiba la operación de generar normas con estatuto legal que le son concedidas gracias al rendimiento de sus propias operaciones legales. Si para Kelsen al derecho le era suficiente para ser válido con su correcta estipulación lógico-formal y su concordancia procedimental como correlato de su norma originaria, para Luhmann (1984, 2005) es la mera capacidad fáctica de producir leyes lo que asegura la validez del sistema del derecho. La radicalización del kelsenianismo propuesta por Luhmann (1984, 1998b, 2005) no sólo se manifiesta en la implicancia de que las normas jurídicas tienen como condición de posibilidad carecer de todo contenido sustantivo. Es más, observa (1998b) que los principios que posibilitan la validación del derecho *no son susceptibles de ser validados*, puesto que la validez de las normas reside precisamente en la operatividad fáctica de los principios que las posibilitan:

Si no fuera suficiente la persuasión o a la adaptación ante los programas de decisión políticos [...], se llega así finalmente al principio de la *positividad del derecho*. El derecho es válido entonces en razón de decisiones que establecen su validez [...]; el derecho positivo es válido, *porque podría ser modificado por una decisión*; aunque en este momento nadie piensa en ello o nadie puede iniciar un procedimiento de modificación. La validez se basa por tanto en la posibilidad de su negación. También se puede decir en una formulación teórico-sistemática en boga: el derecho produce la posibilidad de su eliminación, inhibe esta posibilidad para el caso normal y desinhibe esta inhibición bajo condiciones especiales (las cuales, según el derecho válido, pueden también incluir “casualidades” (Luhmann, 1998b: 143).

A raíz de lo anterior nos atrevemos a afirmar que la observación de Luhmann sobre el derecho (1984, 1998b, 2005) puede calificarse como una radicalización extrema del kelsenianismo jurídico o del positivismo legal, en tanto que no sólo se decreta la necesaria desnaturalización de las normas de derecho, sino que, más aún, la validez de los procedimientos jurídicos sólo es explicable en virtud de su operatividad. Si Kelsen da por su puesta una norma hipotética que permite crear derecho, Luhmann la ratifica como válida exclusivamente en nombre de su facticidad. Sin embargo, esto no debe concebirse como una postura valorativa ni derivada de una posición de tipo programático. La posición de Luhmann sobre el derecho remite a una necesidad teórica, no moral ni política. Para comprenderla íntegramente es preciso recordar que el énfasis en la obra de Luhmann (1991, 2007) está puesto en la capacidad de reproducción permanente de los sistemas, más que en su origen: su observación se concentra en lo que podríamos denominar una “operación hacia adelante”. Ello equivale a decir que, para este autor (2005), de no haber un acuerdo previo –plasmado en una Constitución– no sería posible distinguir a un sistema jurídico funcionalmente diferenciado. Apelar al origen es, para Luhmann, una trampa: “La evolución se debe a la evolución. Esta se hace posible a sí misma construyendo las condiciones para la diferenciación de sus mecanismos. La cuestión de cómo puede comenzar todo esto es un asunto que podemos confiar al *big bang* o a los mitos análogos” (Luhmann y Di Giorgi, 1998: 248). Tal

grado de intransigencia sólo se explica cuando se alcanza completa claridad sobre la lógica que está en la base de su esquema conceptual, a saber: que no es susceptible explicar los niveles evolutivos alcanzados por un sistema funcional (ni por ninguna constelación de sentido) a través de la disección de sus partes, ni tampoco exponiendo un determinado nivel de realidad como una prolongación de su origen, dado que *cada nivel de realidad supone un logro evolutivo que sólo es atribuible a la complejidad propia e irreductible del ámbito en cuestión*. Todo sistema actualiza autónomamente las relaciones que puede a través de los elementos que puede y de la forma en que puede, con independencia de su origen y de sus partes (o el origen de y/o la lógica de éstas). El manejo de la complejidad propiamente jurídica explica la estructura y lógica del sistema del derecho; y la misma relación se cumple para todos los sistemas de cualquier naturaleza. De ahí que lo decisivo en un análisis de lo jurídico lo constituya la capacidad de observar una constelación nítidamente diferenciada con base en motivaciones y comunicaciones jurídicas. Gracias a ello se puede desenvolver la sociología del derecho a través de los elementos que el mismo sistema jurídico entrega autónomamente, a saber: fallos, estatutos, decretos, resoluciones administrativas, jurisprudencias, procesamientos, etcétera. Supuesta ya la legitimidad del derecho, el análisis se centra en cómo logra su reproducción, no por una preferencia teórica, sino porque es a lo único a lo que puede aspirar el análisis externo en tanto que *es exclusivamente el derecho el que posee las herramientas para explicar el surgimiento y organización de su forma como sistema y el que ha podido encauzar la complejidad que emerge desde su propia lógica*.

No está de más decir que esta postura sin duda conlleva implicancias y consecuencias gravísimas para la concepción del derecho. Esto es así tanto para el estatuto que pasa a ostentar, como en relación con el destino de las expectativas socioculturales con él asociadas. Es por ello que concluiremos este trabajo ilustrando la ambigua posición en la que queda el sistema jurídico como resultado de sus procesos de diferenciación y autonomiza-

ción, para luego exponer las contradicciones teórico-normativas que puede acarrear la postura que Luhmann defiende.

CONCLUSIÓN: LAS IRONÍAS DE LA REGULACIÓN JURÍDICA Y LA NECESIDAD SOCIAL DEL DERECHO

La unilateralidad y el rigorismo conceptual de la obra de Luhmann hacen que muchas veces se atribuyan a su pensamiento posiciones más apocalípticas de lo que él mismo sugiere. Ya hemos dicho que su radicalismo teórico no está activado por alguna preferencia ética o postura política. En consecuencia no debe interpretarse como derivado del *laissez-faire* neoliberal. Si de algo podría ser acusado Luhmann sería, tal vez, de cinismo⁵ (aunque, dicho sea de paso, para él cualquier tipo de acusación amparada en una motivación no exclusivamente teórica resulta completamente irrelevante).

Su posición remite, más bien, a un escepticismo frente a la capacidad de intervenciones exitosas en sistemas complejos y no a un conservadurismo tradicionalista ni a un anarco-liberalismo. Un buen ejemplo en esta dirección es la problemática ambiental que, a principios de los ochenta, se trató de solucionar en Europa Occidental a través de la promulgación de normas jurídicas que establecían un límite a las emisiones de productos nocivos. La nueva legislación pretendió dinamizar los límites en la materia obligando a las empresas a elevar su nivel técnico. Sin duda en un primer momento se percibió en estas regulaciones un círculo virtuoso: las empresas aumentaron su eficiencia debido a la introducción de tecnologías, la política

⁵ Por ejemplo: "La teoría [...] escuetamente esbozada aquí no ha surgido con vistas a la solución de los problemas ecológicos. Se trata más bien de un mensaje para resolver los problemas mediante no solución [...]. Con ello se sabotea, en primer lugar, la esperanza de que se podrían meter los problemas ecológicos en el cuadro de tareas de las organizaciones y cuidar de este modo que se les trate de forma adecuada" (Luhmann, 1997: 193).

intervino con éxito en una esfera altamente sensible para la opinión pública y la contaminación mostró un descenso categórico, lo cual momentáneamente colocó al derecho en una posición de *garantía* contra los problemas de complejidad social y de consecuencias indeseadas del progreso. No obstante, la regla en cuestión tuvo un efecto altamente contraproducente, ya que cada avance tecnológico para proteger al medio ambiente fue utilizado por el sistema político para demostrar que era posible limitar aún más las emisiones, surgiendo así nuevas regulaciones legales cada vez más exigentes. Llegado a un cierto punto de acumulación de regulaciones, se comenzó a generar una estrategia de contención de avances tecnológicos por parte de las empresas como forma de enfrentar las cargas económicas que conllevaban las nuevas regulaciones jurídicas (Luhmann, 1991). Es así que el derecho se encuentra –repentinamente– operando con un alto déficit informativo, ya que el procesamiento de las leyes por las empresas es encauzado desde una perspectiva que esta disciplina no puede vislumbrar ni anticipar. A pesar de que el sistema jurídico puede apelar a peritos y son ellos quienes comunican al derecho que el nuevo estándar de la técnica es científicamente desarrollado, el derecho se entera, al mismo tiempo, de que las nuevas regulaciones son técnicamente imposibles de probar y, sobre todo, poco rentables para las compañías. El sistema legal queda, entonces, en una posición estéril, ya que pasa por alto un impedimento estructural y característico de la sociedad moderna: las esferas no jurídicas a regular reaccionan con indiferencia, pues el sistema legal no cuenta con los instrumentos para hacer frente a los mecanismos de autogestión de los demás sistemas operativamente clausurados.

La espiral de regulación ambiental en la que se enfrascó el sistema jurídico en el ejemplo señalado choca con la elemental reproducción de otros sistemas funcionales, no sólo en la continuidad de su autopoiesis, sino que, además, no consideró que la diferenciación interna de los sistemas se lleva a cabo sin consideración para con el entorno. De ahí que la economía sólo

pueda procesar la escasez ecológica y los problemas ambientales en la medida en que son expresados en su propio lenguaje; Luhmann (1986) enfatiza que la “llave del problema ecológico” radica en el lenguaje de los precios. A través de éste se filtra todo lo que sucede en la economía (cambio o no en los precios) y de esta forma es introducido el medio ambiente en el sistema económico. Frente a los malestares que no pueden expresarse en tal lenguaje la economía no puede reaccionar —en ello estriba, y en nada más, el motivo económico para procesar “protectoramente” al medio ambiente (Luhmann 1986).

Ahora bien, el problema no se resuelve con una simple monetarización del medio ambiente. Transportada esta idea al sistema jurídico podría pensarse que la limitación sistémica mencionada más arriba se superaría modificando la codificación del derecho. Aquí Luhmann (1986) ratifica su escepticismo: considera altamente improbable una traducción de los problemas ambientales al lenguaje de la economía por medio de una monetarización del medio ambiente inducida desde el derecho; es decir, vía la transformación legal de la escasez ecológica en precios. Que éstos no alcancen a expresar la escasez ecológica se funda en lo siguiente: el sistema legal en tanto clausurado de manera autorreferencial es capaz de resonancia sólo en el marco de las frecuencias propias a su autopoiesis (Luhmann, 1986). Al margen de la semantización que el sistema jurídico hace del problema ecológico, su operación carecería de la sensibilidad suficiente al respecto. La codificación binaria limita su capacidad de resonancia y la tematización de la política remite al código gobierno-oposición, obligando a la comunicación política a orientarse hacia esa diferencia, lo cual erosiona las pretensiones del derecho de contar con el acoplamiento que le prestó inicialmente la política. Los problemas ambientales sólo pueden transformarse en una cuestión jurídica en la medida en que logren ser introducidos en el círculo cerrado de la comunicación política y coincidan con las señales de la economía (precios); es decir, a partir de prerequisites que se vuelven inalcanzables para el derecho (Luhmann, 1986).

Este ejemplo explica por qué el argumento de Luhmann es tan enfático: sólo la diferenciación posibilita la emergencia de un sistema funcional como el del derecho (Luhmann, 2007). La misma diferenciación permite al derecho regular, y gracias a eso le impide hacer frente a la complejidad de sistemas funcionales diferenciados con base en otros códigos. Se concluye que todo intento de intervención (en especial uno que no cuente con las herramientas para decodificar y hacer frente a la complejidad ajena) está destinado a la involución regresiva. Es precisamente por ello que pueden describirse los resultados de la intervención como la explosión incontrolable de complejidad del sistema intervenido en la cara del interventor: cuando la política pretende controlar precios como forma de ganar electores, la economía responde con inflación (Luhmann, 1991). Junto con este desenlace teórico, el autor sugiere que cualquier intento de intervención debe ser considerado un impedimento estructural a la diferenciación funcional.

La conclusión anterior no es tan inconcebible como se puede creer. La experiencia del socialismo real fue un caso paradigmático de bloqueo a la diferenciación funcional a través de un tipo de organización desde la cual se monopolizaba la construcción de la sociedad a partir de la primacía de una constelación de sentido por sobre las demás, como era el caso del sistema político y la universalización social de la burocracia estatal.

En su propósito central, a saber, abolición de la propiedad privada a través del Estado, la politización burocrática –como forma de orden social– no logró generar un sistema productivo orientado al *valor de uso* (Polanyi, 2003) a través de una limitación del mercado y el despliegue de una democracia descentralizada y participativa basada en el decreto (y cumplimiento impenitente) de derechos sociales y en el ejercicio obligatorio de la ciudadanía política. Al mismo tiempo, se mantenían ocultos los *costos de transacción* (Williamson, 1975) que implicaba universalizar el valor de uso en población económicamente ineficiente o demandante de algún costo extra (en virtud de algún tipo de impedimento físico o logístico). A partir de este criterio

se podría argumentar que todo intento de intervención en una sociedad compleja decantará inevitablemente en procesos de *des-diferenciación social*.

Sin embargo, en sociedades funcionalmente diferenciadas es posible generar procesos de regulación e intervención que no culminen por necesidad en un desmoronamiento del grado de diferenciación alcanzado. Así como contamos con ejemplos de intervención fallidos, las mismas herramientas que la diferenciación genera para hacer frente a la complejidad actual nos entregan un testimonio de intervenciones exitosísimas en contextos de una muy alta complejidad e incluso con una orientación fuertemente intrusiva, intervenciones de las que tenemos evidencia empírica y de cierta continuidad (Bateson, 1991).

Si existe un dilema relativo a la intervención social éste no debe plantearse en términos de *intervención-involución* o *evolución-autorregulación*, sino más bien entre el costo esporádico de la intervención *versus* la reproducción de los problemas de la autorregulación, sobre todo cuando de lo que se trata es de limitar expansiones sistémicas de elevados costos sociales. Debe tenerse presente que en especial sistemas como el económico y el científico tienden a una expansión sin límites. Los requisitos para el diseño de una estrategia interventora radican en que, por un lado, tal expansión debe ser contrarrestada y, al mismo tiempo, en no interrumpir los beneficios generados por la capacidad misma de rendimiento de la economía y la técnica, rendimientos que están precisamente vinculados a su especialización y autonomía (Luhmann, 1986). El sistema económico, con su imperativo de crecimiento continuo, y la ciencia con su necesidad de experimentación, absorben al medio ambiente natural amenazando a la existencia en su totalidad. Aquí queda marcado el punto de lo que implica el reto ecológico: a diferencia de la *muerte* por problemas de rendimiento o *des-diferenciación* de otros sistemas, se impone en estos casos un límite natural (Luhmann, 1986). Resulta cuando menos insuficiente concebir los procesos de malestar ecológico como mero asunto semántico. La representación cultural de la naturaleza,

y de las relaciones entre sociedad y naturaleza, no determinan plenamente el espacio de interacción de sus cambios ecológicos, sino que apenas constituyen el patrón o paradigma de cómo son tematizados tales cambios. Estas descripciones podrían perfectamente no ser equivalentes a la relación material efectiva con la naturaleza: “De las tematizaciones se sabe sobre todo que no se sabe lo que ocurrirá si se cambia la conducta o si no se cambia [...]. Esta respuesta nos devuelve, por tanto, a nuestro problema del trato social con la ignorancia; y al mismo tiempo deja atrás la cuestión de qué mérito tiene haber descubierto y tematizado los problemas ecológicos” (Luhmann, 1997: 177).

La innovación en las prestaciones funcionales como imperativo de diferenciación interna de los sistemas está precisamente determinada por esta situación, pero en el caso del entorno material la situación es aún más dramática ya que —como Luhmann (1986) apunta— no toda la sociedad reacciona en función de una sola comunicación especializada, por neurálgica que ésta sea (y podría agregarse: menos a una comunicación social relativa a la problemática ambiental).

El desafío planteado por la visión sistémica consiste en generar procesos de regulación que no destruyan aquello ratificado socialmente como una diferenciación bien lograda: esta sería la brecha en la que el derecho debe jugar un papel irremplazable. En la medida en que es la misma diferenciación funcional la que presiona a los subsistemas por una consideración de las contingencias de otros subsistemas, se hace necesaria una reflexión transversal en el sentido de que, al considerar ese campo de contingencias, cada sistema parcial se ve obligado a ponderar las propias consecuencias que él genera. Surge así la posibilidad de nuevas comunicaciones intersistémicas (vía acoplamientos estructurales), por lo que el reto consiste en saber *cómo aprovechar tales mecanismos en tanto fuentes de irritación para posibilitar una intervención que sólo puede ser propugnada vía comunicaciones* (como el contrato para la relación entre economía y derecho, o la Constitución para el vínculo entre política y

derecho). Estos mecanismos tienen utilización actual y efectiva, producen articulaciones, pero *mantiene abierta la pregunta de dónde se fundamenta finalmente la base de su enlazamiento y su operatividad sintética*.

A manera de ejemplo atinente a nuestro tema: la Constitución –entendida como un disenso consensuado y arena de encuentro de la política y del derecho– dispone un mínimo de garantías materiales que aseguran un ejercicio autónomo de los derechos fundamentales, lo que no atenta contra los logros evolutivos de la diferenciación social, sobre todo considerando que su establecimiento supone el punto de partida de la diferenciación del sistema jurídico, por lo cual un buen diagnóstico teórico-normativo en su redacción podría significar para el derecho ganar altos grados de eficacia y justicia. Verbigracia: podría establecerse la exigencia constitucional de democratizar las organizaciones que representan intereses corporativos con el fin de eliminar la impresión en la opinión pública de que las decisiones políticas del ordenamiento jurídico estatal han sido tomadas fuera de sus instancias, lo cual deslegitima al sistema político democrático y pone en duda la existencia misma de un sistema funcional autónomamente diferenciado basado en garantizar el cumplimiento de las expectativas normativas en la sociedad (como es el derecho mismo).

BIBLIOGRAFÍA

BATESON, GREGORY

1991 *Pasos hacia una ecología de la mente*, Planeta-Agostini, Buenos Aires.

CLASTRES, PIERRE

1996 *Investigaciones en antropología política*, Gedisa, Barcelona.

DURKHEIM, ÉMILE

1985 *La división del trabajo social*, Planeta-Agostini, Barcelona.

HABERMAS, JÜRGEN

2000 *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.

1990 “Aspectos de la racionalidad de la acción”, en Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid.

KELSEN, HANS

1981 *Teoría pura del derecho*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

LÉVI-STRAUSS, CLAUDE

1987 *Antropología estructural*, Paidós, Barcelona.

LUHMANN, NIKLAS

2011 *¿Cómo es posible el orden social?*, Herder, México, D. F.

2007 *La sociedad de la sociedad*, Herder, México, D. F.

2005 *El derecho de la sociedad*, Herder, México, D. F.

2004a “La diferenciación de la sociedad”, traducción de Pedro Morandé, inédito.

2004b “La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre”, traducción de Pedro Morandé, inédito.

2002 *Die politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt.

1998a “Políticos, honestidad y la alta amoralidad de la política”, en Luhmann, *Teoría de los sistemas sociales*, vol. 1, “artículos”, Universidad Iberoamericana, México, D. F.

1998b “El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho”, en Luhmann, *Teoría de los sistemas sociales*, vol. 1, “artículos”, Universidad Iberoamericana, México, D. F.

1998c “Consideraciones introductorias a una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados”, en Luhmann, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Trotta, Valladolid.

1997 “Ecología de la ignorancia”, en Luhmann, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Paidós, Barcelona.

1995 *Poder*, Universidad Iberoamericana-Anthropos, México, D. F.

1993 *Teoría política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid.

- 1991 *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Alianza, México, D. F.
- 1986 *Ökologische Kommunikation: kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Westdeutscher Verlag, Opladen.
- 1984 *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp, Frankfurt.
- LUHMANN, NIKLAS Y RAFFAELE DI GIORGI
 1998 *Teoría de la sociedad*, Universidad Iberoamericana, México, D. F.
- MEREMINSKAYA, ELINA Y ALDO MASCAREÑO
 2005 “La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno”, en M. Martinic y M. Tapia (editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, tomo II, Lexis, Santiago, pp. 1391-1427.
- MIRANDA, PATRICIO
 2009 “¿Una sociología no moralizante de la moralidad? A propósito de la sociología de la moral de Niklas Luhmann”, en *Persona y sociedad*, vol. XXIII, núm. 1, abril, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, pp. 51-70.
- PARSONS, TALCOTT
 1982 *El sistema social*, Alianza, Madrid.
- POLANYI, KARL
 2003 *La gran transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F.
- RODRÍGUEZ, DARÍO
 2004 *Organizaciones para la modernización*, Universidad Iberoamericana, México, D. F.
- RODRÍGUEZ, DARÍO Y JAVIER TORRES
 2008 *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Herder-Universidad Iberoamericana, México, D. F.
- STICHWEH, RUDOLF
 2004 *On the Genesis of World Society: Innovations and Mechanisms*, disponible en <www.uni-bielefeld.de/en/soz/iw/pdf/stichweh_2.pdf>, consultado en abril de 2008.

WEBER, MAX

1999 *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F.

WILLIAMSON, OLIVER

1975 *Markets and Hierarchies*, Free Press, Nueva York.

WILLKE, HELLMUT

2007 “Capacidad de rendimiento del Estado y la necesidad de nuevas formas de *governance*”, traducción de Aldo Mascareño, inédito.