

# CONSTRUCCIÓN DE SENTIDO Y COMPLEJIDAD EN LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL DERECHO: LOS TRIBUNALES EN LA TEORÍA DE NIKLAS LUHMANN

Hjalmar NEWMARK\*

La falta de justicia y la falta de cumplimiento y de ejecución tienen que ser tomados como normales en este mundo. En ambos aspectos, ideal y material, al sistema legal le falta perfección. Podemos adicionar el famoso *ius vigilantibus scriptum* o su equivalente moderno: el acceso diferencial al derecho.<sup>1</sup>

En primer lugar, hemos delimitado el problema de la justicia mediante distinciones: se trata de auto-referencia, pero no como operación, sino como observación; no en el nivel del código, sino en el nivel de los programas; y no en la forma de una teoría, sino en la forma de una norma (propensa al desengaño). Todo eso significa que pueden existir sistemas jurídicos injustos (o: más o menos justos).<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

El interés primario de esta investigación-reseña sobre la dimensión social del sentido en la teoría luhmanniana es desarrollar una explicación

\* Abogado por la Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, con maestría en filosofía en la Universidad Nacional de Colombia y maestría en sociología del derecho, IISL Oñate-España.

1 Luhmann, Niklas, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", trad. Hjalmar Newmark, *Essays on Self-Reference*, Nueva York, Columbia University Press, 1990, capítulo 13, p. 9. Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana, 2002, capítulo 7.

2 Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, cit., nota 1, p. 279.

coherente de cómo la construcción de sentido con la variación y selección cultural de los sentidos exitosos da como resultado una complejidad creciente que permite la diferenciación entre centro y periferia en el sistema del derecho. Para esta investigación nos adentraremos en la construcción del sentido en los sistemas sociales a través de la comunicación. Nuestro marco teórico abarcará la comprensión de los conceptos de sentido, comunicación y complejidad para entender cómo la teoría puede explicar fenómenos como diferenciación interna, externa, redundancia, las diferentes clases de acoplamientos y relaciones entre elementos y partes del sistema, del sistema y el entorno.

La importancia del sentido es la posibilidad de encontrar *fronteras* (W. James) o *referencias* (E. Husserl) dentro del mundo (la diferencia última o infinitud). El sentido es definido por Luhmann como la *conexión entre lo actual y posible*, aunque nos aclara que, *no es ni lo uno ni lo otro. El sentido sólo puede estar basado en la inestabilidad de los elementos*.<sup>3</sup> Para Luhmann, la estructura del sentido es la diferencia entre *actualidad* y *potencialidad*,<sup>4</sup> y la función de esta estructura es la *organización de la atención de manera alternante entre la actualidad* (cierta pero inestable) y la *potencialidad* (incierto pero estable).<sup>5</sup>

La construcción del sentido se conecta con la complejidad cuando se relacionan los problemas inversos de la certidumbre inestable y de la incertidumbre estable. Esta relación puede mostrarse como sentido y evolucionar con la variación y selección cultural de los sentidos exitosos (mecanismo de observación utilizado por Luhmann en *Rechtssoziologie*).

Así, en la primera parte de esta corta reseña nos dedicaremos a mostrar cómo se seleccionan y estabilizan los contenidos del sentido en la dimensión social. La segunda parte se dedicará a la construcción de la complejidad con los contenidos de sentido seleccionados y estabilizados. La conclusión será un recuento de los mecanismos de observación que utiliza Luhmann para construir el sentido y la complejidad en la dimensión social. Vale decir que ningún análisis a una sola de las dimensiones es completo, pero, acudiendo al concepto de redundancia negativa, podríamos decir que *esta falta de información* nos dará la pauta para adentrarnos en las otras dimensiones buscando la información que nos hace falta.

<sup>3</sup> Luhmann, Niklas, "Complejidad y sentido", ed. y trad. Beriain, Josetxo y García Blanco, José María, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, pp. 25-30.

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> *Idem.*

Como es sabido, la tesis de la construcción de sentido —en los sistemas sociales, a diferencia de los sistemas psíquicos que construyen el sentido a partir de la conciencia y se acoplan estructuralmente mediante el lenguaje— en la obra de Luhmann se realiza a través de su fórmula de la comunicación: la unidad de tres diferencias, es decir, información, acto de comunicar y entender. Además de esta explícita formulación que se encuentra en *Sistemas Sociales*, también la podemos encontrar ya en su definición de sentido de 1971: “el sentido es una forma para la ordenación de la experiencia humana, una forma para la absorción de información y consciente procesar de la experiencia, y hace posible un entendimiento consciente y una reducción de la alta complejidad”.<sup>6</sup> Esta fórmula nos permite rastrear cómo se forma el sentido en cada una de las dimensiones del sentido, pero también abre la puerta para preguntarnos por qué el sistema —según Luhmann—<sup>7</sup> se encuentra diferenciado internamente en tribunales.

Por un lado, la teoría de Luhmann nos señala que la dimensión del sentido “está constituida en conjunto con una identificación objetiva por un no-ego siendo reconocido como otro ego, experimentado como el portador de sus propias, aunque diferentes, experiencias y perspectivas del mundo”.<sup>8</sup> Esta formulación, claramente parsoniana, es la reconstrucción de la doble contingencia social para la dimensión social.

Una más clara referencia podría hacerse a los diferentes aspectos que se pueden encontrar en la dimensión social desde la óptica de la comunicación. En un anterior trabajo al respecto se había identificado ya la composición de la dimensión social del sentido

La información se da por la adscripción que tiene la comunicación: «ego y alter se personalizan, es decir, se identifican como determinados sistemas sociales para fines de atribución... permite a *ambos* interlocutores utilizar

6 Luhmann, Niklas, “Meaning as Sociology’s Basic Concept”, trad. Hjalmar Newmark, *Essays on Self-Reference*, Nueva York, Columbia University Press, 1990, pp. 21-79 (en alemán “Sinn als Grundbegriff der Soziologie” en Habermas, J. y Luhmann, N., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971, pp. 25-100).

7 Luhmann, Niklas, “La posición de los tribunales en el sistema jurídico”, trad. Hjalmar Newmark y Nuria Bertachini, *A juris*, 49, 1990, pp. 149-168. La misma creación teórica se puede encontrar ya en la 2a. conclusión de la edición de 1983 de *Rechtssoziologie*; Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, cit., nota 1, p. 361.

8 Luhmann, Niklas, “Meaning as Sociology’s Basic Concept”, *Essays on Self-Reference*, cit., nota 6.

ambas perspectivas, la de *ego*, y la de *alter*, sucesiva o separadamente, y decidir bajo que perspectiva se habla». <sup>9</sup> El acto de comunicar está representado por la diferencia entre adherir a la decisión permaneciendo dentro de barreras seguras/no adherir distinguiéndose en forma riesgosa. El acto de entender es generado por la diferencia entre roles/procedimientos. <sup>10</sup>

La anterior formulación es lo que se podría denominar la aritmética <sup>11</sup> de las expectativas, o el primer nivel de referencia: la *referencia basal*. <sup>12</sup> El segundo nivel estaría compuesto por el álgebra, es decir, la expectativa de las expectativas, la *reflexividad*. En este segundo nivel, la teoría nos señala que la relevancia está dada por la utilización del derecho y “después de su utilización los elementos sólo tienen relevancia en relación con la comunicación jurídica, y lo demás queda excluido en virtud de la reproducción autoreferencial”. <sup>13</sup>

La explicación luhmanniana de la invocación del derecho o no, se refiere a la posibilidad de esperar la expectativas como requisito para toda interacción social guiada por el sentido y previa a una distinción secundaria entre cooperación y conflicto, “ya que ambos tipos de interacción son posibles sólo donde las expectativas pueden ser esperadas”. <sup>14</sup> Es sólo después de la constitución de estas diferencias en las expectativas y la esperabilidad de las expectativas que se puede hacer una diferenciación entre sistema (roles) y entorno (procedimientos): la *reflexividad*, el cálculo de la forma. <sup>15</sup>

<sup>9</sup> Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general de la sociedad*, Anthropos Editorial-Universidad Iberoamericana-CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, p. 99.

<sup>10</sup> Newmark, Hjalmar, *De la legalidad al sistema del derecho*, Bogotá, Universidad de Los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas-CIJUS, Ediciones Uniandes, 2003, p. 50.

<sup>11</sup> Varela, Francisco, “The Aritméthics Of Closure”, *International Journal of General Systems*.

<sup>12</sup> Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general de la sociedad*, *cit.*, nota 9.

<sup>13</sup> Newmark, Hjalmar, *op. cit.*, nota 10, p. 24; y Luhmann, Niklas, “The Autonomy of the Legal System”, *The Differentiation of Society*, trad. Stephen Homes y Charles Larmore, Nueva York, Columbia University Press, 1982, pp. 122-137 (publicado originalmente en alemán como “Ausdifferenzierung des Rechtssystems”, *Rechtstheorie*, 1976, traducción al español inédita de Hjalmar Newmark).

<sup>14</sup> Luhmann, Niklas, “Meaning as Sociology’s Basic Concept”, *Essays on Self-Reference*, *cit.*, nota 6, p. 46.

<sup>15</sup> Con esta formulación evitamos entrar en el conflicto de la creación de un tercer valor propuesto por Varela y mejor asumimos que la reflexión es la diferencia entre información y acto de comunicar.

La posibilidad de rastrear históricamente esta evolución del sistema la encontramos primariamente en *Rechtssoziologie*, pero nuestro interés aquí es examinar la última parte de esta evolución y concentrarnos en su desarrollo en la sociedad moderna, funcionalmente diferenciada con un derecho positivo,<sup>16</sup> precisamente porque la diferenciación entre centro y periferia nos muestra la importancia para el aumento de complejidad en el sistema de la legislación.

La recién lograda diferenciación de sistemas funcionales lleva directamente a un incremento realmente inmanejable de las posibilidades, creando la necesidad de nuevas formas de relacionarse con cada uno de los sistemas que se encuentran en el entorno. En algunos textos Luhmann ha afirmado que el sistema de la economía se encuentra como *gate-keeper* de otros sistemas ya que mediante el pago, por ejemplo, de honorarios, como en el caso del derecho, permite acceder a otros sistemas funcionales, pero para el caso del derecho esto representa más bien un inusitado aumento de posibilidades de trabajo para los representantes legales.

La necesidad de estructuras normativas se ve acompañada de la creación de un nuevo mecanismo de creación de derecho, que aunque ya se había hecho patente en la antigüedad y en las culturas premodernas, no había alcanzado el nivel de amplificación que se ve ahora en la etapa de positivización del derecho. Una nueva diferenciación entre la persona y el cargo posibilitan que la orientación hacia el rol de la creación del derecho neutralizara las relaciones personales.<sup>17</sup>

Pero, la importancia del legislador sólo es la relativa posición que ocupa dentro de la toma de decisión porque en el otro lado de la forma está la del juez.<sup>18</sup> Se recurre a la noción de la neutralidad política<sup>19</sup> del juez en la toma de decisión

<sup>16</sup> Aun creemos que Luhmann no ha descartado por completo la existencia de otros tipos de diferenciación en la sociedad, sólo ha dicho que la diferenciación primaria en la sociedad moderna es funcional, pero nunca ha dicho que sea la única y con esto nunca ha negado un pluralismo jurídico. Esto también puede observarse ya en la mención que hace acerca del uso de la teoría de Ehrlich en *Rechtssoziologie*. Véase también Gurvitch, George, *Sociología del Derecho*, traducción y prólogo de Ángela Romera Vera, Argentina, Editorial Rosario, 1945.

<sup>17</sup> Luhmann, Niklas, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge y Kegan Paul, 1985, pp. 57 y 58 (aquí utilizamos mi traducción inédita).

<sup>18</sup> Aquí Luhmann ya anticipa lo que será su fórmula final en *Das Recht der Gesellschaft*, donde aparece esta diferenciación sin hacer referencia a los roles o a los procedimientos: la diferencia entre centro (tribunales) y periferia (legislación).

<sup>19</sup> Para una posición que enfatiza la no neutralidad del juez en la toma de decisión y más bien adopta una posición política en la revisión de la *adjudication*, véase Duncan, Ken-

De todas maneras, otros argumentos sostienen que la especial contribución del juez está basada sobre su posición en un proceso diferenciado de toma de decisión: sobre lo directo de su control sobre los medios de la sanción legal, sobre lo cercano al caso y a lo concreto de su experiencia diaria, sobre su preocupación con las normas incompletamente determinadas y, finalmente, sobre la fijación estatutaria de su decisión solamente programática pero no definitiva. Todos estos factores se refieren y son complementarios al proceso legislativo. El apretado nudo de interconexión de estos puntos de vista pueden ser vistos como sintomáticos de la adaptación de la auto-apreciación profesional y *ethos* de los abogados a la positividad del derecho. La decisión judicial no tiende a presentarse a sí misma como contingentemente hecha, sino en una división funcional del trabajo con la legislación, es responsable por la selección del derecho y, por lo tanto, de su positividad. La preocupación por la legislación no sólo define las obligaciones sino también las libertades del juez: él puede soportar desarrollos legales límites, si conoce que el posible correctivo de la legislación lo respaldará.<sup>20</sup>

El otro aspecto fundamental en la diferenciación de los dos procesos de toma de decisión para la creación del derecho es la vinculación del juez a la norma, algo que no es cierto para el legislador, al menos en el aspecto de la responsabilidad

Lo que es significativo es que sólo el juez se encuentra en una situación repetitiva, o sea, que con frecuencia tiene que tomar la misma decisión de acuerdo a premisas mantenidas idénticamente. El juez está subordinado al principio de igualdad de manera diferente que el legislador; no solamente tiene que tratar de manera igual a las mismas circunstancias, sino que necesita hacer los mismos juicios en casos idénticos. Es más, se vincula en cada decisión para futuros casos, y sólo puede establecer nuevo derecho al ver y tratar nuevos casos como casos diferentes. Formula premisas de toma de decisión respecto de la parte que las interpreta y usa, y no solamente con la perspectiva de quien posee o ejerce control sobre ellas. De cualquier forma, cada proclamación de un principio legal vinculante generalmente es peligrosa; ya que esto lleva a establecer reglas que no pueden, o sólo con dificultad, ser cambiadas, y esto es particularmente peligroso en la rápidamente cambiante sociedad moderna. La astuta reserva

nedy, *A Critique of Adjudication: fin de siècle*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1997.

20 Luhmann, Niklas, *A Sociological Theory of Law*, cit., nota 17, pp. 60 y 61.

de las altas cortes —tales como el *Conseil d'Etat* y, en una menor extensión, el temprano *Reichsgericht*— de formular máximas generales en la toma de una decisión está basada en esta consideración. El juez puede dejarle a la ciencia legal descubrir, establecer y sistematizar los principios del juicio legal y no está vinculado a su autoridad. Él sólo se siente obligado al juicio de su práctica y por lo tanto es libre de vocear dudas acerca de la similaridad de un nuevo caso a uno viejo... El principio de igualdad requiere instancias políticas o jerárquicas de liberación de la excesiva obligación —o constantes relaciones sociales.<sup>21</sup>

La diferenciación de los procedimientos para la toma de decisión va paralela a la necesidad de adaptarse al súbito cambio y a la repentina creación normativa por parte del legislador. Esta nueva forma es la petición más elevada que se le ha hecho al sistema psíquico para poderse ver como sujeto dentro del espectro de las expectativas normativas, lo cual conlleva aprender a no aprender. “El derecho sólo puede ser institucionalizado como variable si la variación del derecho está sujeta al proceso de aprendizaje.”<sup>22</sup>

Esto hace que la actitud del juez y el legislador hacia las infracciones de las expectativas normadas sea diferente y que tengan un mismo tratamiento por parte de él

En el caso de que sean infringidas las expectativas legalmente normadas, el juez necesita mantener estas expectativas en vez de adaptarlas a los hechos. En cuanto al legislador, él puede tomar en cuenta el efecto real de las normas, la cuota de no adherencia a ellas y los costos de su mantenimiento tanto como las acciones substitutas que liberan, cognitivamente y sin indignación. Él puede ser receptivo al derecho secreto de los rebeldes y los criminales, por los intereses que son afectados por la regulación. Él puede, y de hecho debe, mostrarse preparado para corregir las expectativas. Él tiene sus intereses dirigidos hacia los deseos de cambiar, el momento del aprender institucionalizado en el derecho. Él tiene la opción de la auto-corrección, y uno espera de él que la use y que sea responsable por fallar en corregir o rechazar aprender.<sup>23</sup>

21 *Ibidem*, capítulo 4, pp. 25 y 26.

22 *Ibidem*, capítulo 4, p. 27.

23 *Ibidem*, capítulo 4, p. 28.

Así mismo, “los jueces, se supone, tienen habilidades particulares y sensibilidades contextuales en el manejo de los casos. Ellos tratan de hacer justicia —y posponen la muerte del mundo de caso en caso”.<sup>24</sup>

## II

Hasta ahora sólo hemos recorrido la construcción de la dimensión social por el camino del sentido, aunque de alguna manera ésta corre paralela también al sentido, parece hacer falta la mitad de la fórmula luhmanniana, la complejidad.

Para Luhmann la complejidad *aparece como el mundo de otras posibilidades*, pero, como la actualidad (cierta pero inestable) se transforma a cada instante, *exige nuevas operaciones para seleccionar el siguiente centro de atención*.<sup>25</sup> Así, el sentido recopilado en la sección I se convierte en una *representación de la complejidad, una nueva forma de afrontar la complejidad bajo la condición inestable de una selectividad forzosa*.<sup>26</sup>

En este caso, cada una de las operaciones (*el proceso actual de re-producir el sistema, es decir, la diferencia entre elementos y relaciones*) nos muestra que la relación entre éstas impone la selección para el surgimiento de un sistema complejo: “esta necesidad de selección cualifica los elementos. La cualidad en este caso no es otra cosa que la capacidad selectiva limitada; es la neguentropía comparada con la entropía —que significa que todas las relaciones lógicamente posibles tienen la misma oportunidad de realización—”.<sup>27</sup> Por esto la selección (o los mecanismos de selección, para el caso de la observación de la observación de las observaciones, es decir, la ciencia) —o para el caso de la teoría luhmanniana, la auto observación—, nos dará una medida de la complejidad creciente del sistema que nos permitirá a la vez desarrollar mejores mecanismos de observación, es decir, reducir la complejidad.

La construcción de complejidad: La diferenciación del sistema del derecho hacia el interior se da como una forma de diferenciación de centro periferia entre judicatura y legislación, y, como una diferenciación estratificada, en sistemas desiguales de procedimientos de toma de decisión. Una vez diferenciada la dimensión social en el derecho a través del cierre operativo de la comunicación (como se describió siguiendo

24 *Ibidem*, p. 8.

25 Luhmann, Niklas, “Complejidad y sentido”, *cit.*, nota 3, pp. 25-30.

26 *Idem*.

27 *Idem*.

*Rechtssoziologie*, aplicando la lógica de la comunicación contenida en *Sistemas Sociales*) ahora es necesario entender cómo el sistema, debido a su operar auto-referencial, se diferencia primero entre centro y periferia y luego el centro se vuelve a diferenciar en sistemas desiguales con funciones específicas para procesar las demandas que el entorno y la periferia le hacen.

El problema de la primera parte es cómo el sistema se acopla operativamente, y en el segundo, cómo se acoplan estructuralmente sistema y entorno. Las dos son estrategias para responder al gradiente de complejidad entre sistema y entorno.

En el primer caso, el acoplamiento necesita de un medio para acoplar las diferentes operaciones, este medio es la argumentación<sup>28</sup> que funciona mediante las estrategias de amplificación y reducción de la complejidad. La primera es la utilización de la *variety* (información): “el número y diversidad de eventos que provocan sucesos de procesamiento de información en el sistema”,<sup>29</sup> como medio de generar sorpresas e incluir nuevos elementos en el sistema. La segunda es la redundancia: “un proceso de comunicación... es redundante en la medida en que se apoya en lo ya conocido para procesar las informaciones”.<sup>30</sup>

Hacia el exterior el sistema se acopla estructuralmente mediante el principio de la *prohibición de rehusar dar justicia*: “El sistema funciona operativamente cerrado, en la medida en que solamente precisa reproducir sus propias operaciones; mas es, exactamente sobre esa base que, el sistema está abierto al mundo circundante, en la medida en que debe estar dispuesto a reaccionar a proposiciones de cualquier especie, mientras asuman una forma jurídica”.<sup>31</sup> Esta continua práctica decisoria de los tribunales da como resultado el *condensamiento* de un Derecho Judicial, que en el transcurso de su reutilización es formulado con miras

28 Luhmann la usa también como observación de segundo grado de las observaciones jurídicas —leyes, contratos, decisiones jurídicas—, que a su vez ya ha observado el derecho (Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, cit., nota 1, p. 389). Pero esto da razones para pensar que al haber sido procesadas como operaciones del sistema por una observación de segundo grado, éstas forman cadenas de observación que se diferencian de las operaciones del sistema no observadas por éste. Y aquí, posiblemente encontraríamos respuesta al problema formulado por Luhmann: “¿Cómo habrá de reaccionar la autopoesis del sistema a semejante cultura de la argumentación y ante la tendencia que fortalece la variedad a costa de la redundancia?” Luhmann, Niklas, “Legal argumentation: an Analysis of its Form”, trad. Hector Fix-Fierro, *Modern Law Review*, vol. 58 (3), pp. 285-298.

29 Luhmann, Niklas, “Legal Argumentation: an Analysis of its Form”, cit., nota 28, pp. 285-298.

30 *Idem*.

31 Niklas, Luhmann, “La posición de los tribunales en el sistema jurídico,” cit., nota 7, pp. 149-168.

a su reconocimiento y en parte *confirmado*, es decir, visto como aprovechable para otros casos. A este proceso Luhmann lo denomina como la *paradoja de la transformación de la coerción en libertad*:

Quien se ve forzado a la decisión y, adicionalmente, a fundamentar las decisiones, debe reivindicar para tal fin una libertad imprescindible de construcción del derecho. Solamente por eso no existen «lagunas en el derecho». Únicamente por eso la función interpretativa no puede ser separada de la función judicial. Y por eso el sistema jurídico puede reivindicar la competencia universal para todos los problemas formulados en el esquema “derecho o no-derecho”.<sup>32</sup>

La diferencia entre centro (Tribunales) y periferia (Legislación), permite que el centro se diferencie jerárquicamente, es más, lo posibilita, “con la condición de no ser entendida en el sistema total; ella posibilita una diferenciación de formas de diferenciación”.<sup>33</sup> Esta diferenciación no es jerárquica, debido al condicionamiento del programa del sistema político en la sociedad. Ya que aunque el juez esté sujeto a ley, la democracia también lo exige del legislador y de cualquier persona. Así mismo, el otro lado de la forma permite la evolución (un poco más libre, si se puede decir) del sistema a costa de soportar incrementos inusitados de complejidad

La legislación crea complejidad porque al mismo tiempo es la implementación de la política y una práctica legal orientada al resultado. Obviamente, la práctica orientada a los resultados es la fuente más importante de complejidad dentro del sistema (en los viejos tiempos, era el litigio y la diversidad de intereses como tal). La orientación a los resultados, en una gran medida, no logra sus fines y producirá efectos colaterales no deseados. Si el divorcio sin culpa incrementa la tasa de divorcios o si cambia la posición del convenio de esposos y esposas, ¿era esto deseado? Y si no, ¿qué puede ser hecho para hacerle frente a tales resultados? Tales decepciones son retroalimentadas en el sistema y la legislación es otra vez su principal mecanismo de aprendizaje (*Ecclesia reformata semper est reformanda*). La observación de los resultados del derecho significa cambio en el derecho: el cambio de las condiciones condiciona el cambio.<sup>34</sup>

32 *Ibidem*, pp. 7 y 8.

33 *Ibidem*, p. 9.

34 *Ibidem*, p. 14.

La paradoja de la diferenciación del sistema en más sistemas para *identificar* su unidad se resuelve mediante la posibilidad que tiene cada uno de estos subsistemas de *decidir* (sí no, es que están de alguna manera obligados a ello) qué es el derecho. El sistema enfrenta la paradoja de Russell<sup>35</sup> y la resuelve sin utilizar niveles: “La unidad se expresa en el sistema mediante distinciones que, como distinciones directrices, tienen la función de esconder lo que manifiestan. Estructuralmente esto se lleva a cabo mediante el proceso de diferenciación: mediante multiplicación dentro del sistema de la distinción sistema/entorno”.<sup>36</sup>

Luhmann deriva dos consecuencias para el sistema del derecho a tener en cuenta: la primera es que en el subsistema de la jurisdicción (centro) se utilizan los sistemas de organización para la inclusión y exclusión de sus miembros, “con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son válidas para cualquier persona: producción de reglas ateniéndose a los estándares metodológicos y de contenido vigente”.<sup>37</sup> La segunda conclusión que nos brinda la teoría es un *mecanismo de contacto* entre la periferia y el entorno, debido a que ésta no está en la necesidad de decidir: “En la periferia se pueden presentar intereses de cualquier índole e imponerlos con todos los medios disponibles, sin que importe la distinción de intereses legales/intereses ilegales. Precisamente por eso la periferia sirve de zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad: economía, vida familiar doméstica, política”.<sup>38</sup> Luhmann nos dice que esta es la forma de garantizar la protección del centro, ya que las premisas de decisión corren en vías distintas: centro (obligación de decidir), periferia (no obligación de decidir).

La última observación (auto-observación) —sólo posible hacia el exterior— hace referencia a la organización del sistema del derecho en actividades organizadas y/o profesionales

La gente que no trabaja en el sistema aparece como «cliente... para ser clientes del sistema legal, la gente tiene que operar dentro del sistema. Tienen que estar enterados del problema legal, tienen que definir su situa-

35 La paradoja de Russell es que en un conjunto no se puede incluir el conjunto mismo porque se convierte en un argumento que se contiene a sí mismo, es decir, es autoreferencial. Aquí se utiliza la lógica de Spencer-Brown, por lo que ni siquiera se tiene en cuenta las jerarquías para la solución del problema y tampoco se necesita exteriorizar el problema. Ésta es la garantía de diferenciación entre derecho y política.

36 Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, cit., nota 1, p. 380.

37 *Ibidem*, p. 383.

38 *Ibidem*, p. 384.

ción acorde, y tienen que comprometerse a avanzar o a adelantar las demandas legales o al menos comunicar acerca de ellas. Participan en el sistema legal usando su sistema de referencias para dar sentido a sus actividades. Y aun la decisión de no usar el marco legal para manejar disputas de la vida diaria es una decisión *dentro del sistema...*» La diferencia entre profesionales y clientes, vista como una diferencia de roles, motivos, actividades o expectativas es una estructura *interna* del sistema legal. El sistema legal incluye todos los actos o fallas al actuar, los cuales son seleccionados en referencia a su modo de operación.<sup>39</sup>

### III

El primer hallazgo que se puede registrar en esta reseña-investigación es el teorema de la selectividad forzosa en el centro del sistema y las implicaciones que conlleva por fungir como acoplamiento estructural con el entorno a través del principio de *prohibición de rehusar justicia*. No es un secreto que la mayoría de las críticas a la teoría de Luhmann están encaminadas a hacer ver su teoría completa como *conservadora* sino como una que está destinada a mantener un *statu quo*; pero al analizarla y conocerla a fondo se puede *observar* que es todo lo contrario. Una teoría que propone como acoplamiento estructural un principio que habla sobre el acceso a la justicia sólo podría ser acusada de excesiva demanda para el sistema, pero no de conservadora. Por el contrario, el teorema de la selectividad forzosa no sólo es aplicable al juez, sino que en cualquier caso de doble contingencia se aplica. Es más, éste podría ser el punto de partida para corregir errores comunes de teorías que plantean una sola interacción —ya sea reciprocidad, consenso, competencia, egoísmo o altruismo— o una combinación simplista de éstos. La reducción de la realidad sólo a unas pocas variables no permite utilizar, construirla en el sentido moderno del término. Lo que nos indica este tipo de vía corta para llegar a soluciones fáciles es que no se ha entendido bien la diferencia entre interacción y sociedad, y que por más que se trate de compaginar con un interaccionismo simbólico, a lo único que se puede llegar es a soluciones de carácter irreal. Es mucho más provechoso, aunque a la vez aventurado, recorrer el camino de la construcción de la complejidad a través del sentido. Las fórmulas expresadas por Luhmann no son para nada sencillas, pero así mismo no lo es la realidad.

39 *Ibidem*, p. 1.

Un segundo hallazgo que se puede resaltar es la complejidad excesiva que le impone la diferenciación entre centro y periferia al sistema la legislación. Si bien es cierto que el teorema de la selección forzosa puede llegar a ser la base de la interacción —guiada o no—, también es cierto que para ciertos sistemas y sus partes diferenciadas al interior, es decir, la construcción de más complejidad para responder a las demandas del entorno, representan muchas veces una carga excesiva que el sistema resiente como *hipertensión* o *tensión excesiva*.<sup>40</sup> El problema es la solución simplista que se trata de dar a este tipo de *reacción inmune* a la excesiva complejidad que le presenta el entorno al sistema, y aunque Luhmann nos dice que el jurista típico siempre espera una solución de la legislación, esta solución incrementaría más la complejidad del entorno creando una respuesta del sistema es aún más fuerte, es decir, una hiper-reacción. Las críticas no se han hecho esperar y desde la óptica de la deslegalización o desprofesionalización se han intentado dar soluciones inestables a problemas estructurales de la sociedad. La respuesta desde la teoría luhmanniana no puede ser sino que sistema del derecho no hay sino uno, y el precio de intentar suplantarlo en el cumplimiento de su función podría ser la desdiferenciación del mismo sistema, y por consiguiente, dejar el espacio libre para el conflicto abierto, ya que la red de protección que surge cuando la comunicación se rompe ya no existe, o aún peor, volver a soluciones como la venganza de sangre, es decir, hacer caso a las propuestas comunitaristas que a nuestro parecer son las verdaderas amenazas del conservadurismo actual.

El tercer hallazgo es derivado del anterior, ningún sistema puede reemplazar a otro en el cumplimiento de su función, es más, cuando se intenta, sólo se pueden esperar o la desdiferenciación de uno o la incapacidad total para cumplir del otro, con su función por la carga excesiva. Pero lo más importante es que —volviendo a usar el concepto de redundancia negativa— la información dejada de percibir nos alerta que el problema está siendo resuelto en otra parte del sistema (sociedad). Se hace un énfasis en la utilización de las expectativas cognitivas cargando de excesiva complejidad al sistema al hacerlo abrirse al entorno, y al mismo tiempo forzando al uso de un mecanismo del manejo de las decepciones sin usar el otro lado de la forma (pero éste al parecer es uno de los rasgos inherentes a la forma de actuar del Estado en su etapa de

<sup>40</sup> Niklas, Luhmann, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", *Essays on Self-Reference*, Nueva York, Columbia University Press, 1990, capítulo 13, pp. 227-245.

*Estado de bienestar*).<sup>41</sup> Y en la dimensión objetiva se usa el programa final con el problema de no saber si las expectativas podrán ser sostenidas en el tiempo y si al final no van a incrementar las decepciones. "Si esto resulta en una inevitable adaptación a la excesiva tensión, no nos encontraremos, nunca más, motivados a pelear por el derecho o, como Sócrates pensó ser su deber, morir por el derecho aplicado pésimamente."<sup>42</sup>

El cuarto hallazgo, es la diferenciación entre el principio de la prohibición de denegación de justicia (observación) y el principio de consistencia<sup>43</sup> (auto observación). El primero nos muestra el gradiente de complejidad entre sistema y entorno, y el segundo el grado de complejidad del sistema. El primero nos dice qué tan acoplado está el subsistema al sistema de la sociedad, y el segundo nos dice con qué nivel de complejidad cuenta el sistema para responder a los *input* exteriores. "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".<sup>44</sup>

41 Niklas, Luhmann, *Teoría política en el Estado de bienestar*, Madrid, Alianza, 1993; y, también, Offe, Claus, *Contradictions of the Welfare State*, Boston, 1984.

42 Niklas, Luhmann, "The Self-Reproduction of Law and its Limits", *Essays on Self-Reference*, *cit.*, nota 40, capítulo 13, pp. 227-245.

43 Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, *cit.*, nota 2, capítulo 5. Luhmann ya había abordado el tema de la justicia desde una perspectiva sistémica en Luhmann, Niklas, "Gerechtigkeit in den Rechtssystem der modernen Gesellschaft", *Rechtstheorie*, 1973, p. 167; donde la había definido como: "la adecuada complejidad del sistema jurídico", lo mismo que en *Ausdifferenzierung des Rechts (Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Franfurt, Suhrkamp, 1981).

44 Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, *cit.*, nota 1, p. 299.