

# Sociología sistémica y política legislativa

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

## INTRODUCCION (\*)

Prácticamente desde los primeros pasos de la sociología del Derecho se acepta que uno de sus temas principales habrá de consistir en el examen de la repercusión de las normas jurídicas sobre la sociedad. Pero en los últimos tiempos la cuestión ha cobrado matices nuevos, que complican la investigación: el Estado tiene una participación cada más activa en la configuración de la sociedad, los poderes públicos aparecen comprometidos, incluso por imperativo constitucional, en la empresa de hacer operativos ciertos derechos sociales, impensables bajo la óptica del Estado liberal, el número de las normas de todo rango crece en proporción sólo comparable al aumento de la burocracia y de las necesidades fiscales, las instancias mediadoras entre los sujetos particulares y la maquinaria estatal van en aumento constante, movimientos corporativos y grupos de influencia de todo tipo condicionan en medida cada vez mayor la producción de normas y su aplicación, especialmente en el nivel administrativo, las investigaciones empíricas ponen de relieve la creciente inaplicación de las normas y los constantes atentados contra el principio de legalidad y la jerarquía normativa, las experiencias de algunos países muestran el fracaso de políticas reformistas que únicamente se expresan en las páginas de la Gaceta oficial, crece el número de disposiciones legales que sólo muestran eso que los sociólogos llaman la función simbólica de la ley en las normas la tipificación de supuestos, o programación condicional, cede cada vez más terreno a la proclamación de objetivos, o programación teleológica, etc.

En este marco, no es chocante que se expresen en la teoría las posturas más contradictorias, y que sociólogos, juristas y politólogos

---

(\*) Agradezco a Pilar Jiménez Alcover y Jesús Ignacio Martínez García por su amabilidad al proporcionarme algunos de los materiales bibliográficos usados en este trabajo. Particularmente profunda es también mi deuda con André-Jean Arnaud.

se enzarcan en polémicas en las que, por igual, se exprese la crítica al desbordamiento legislativo y la necesidad de reglamentar en sede jurídica nuevos ámbitos (medio ambiente, informática...); la conveniencia de perfeccionar las técnicas regulativas del derecho, con vistas a su mayor eficacia, y el postulado de desreglamentar ciertos ámbitos de la vida social; la defensa del Estado social y la nostalgia del Estado mínimo; el elogio del carácter formal del derecho y la exigencia de un mayor contenido material. En el fondo, las discusiones parecen moverse en torno al trilema siguiente: un derecho alternativo, una alternativa al derecho o el derecho tradicional reformado (1).

Lo que en este trabajo nos proponemos es examinar los contornos que esta problemática adopta desde una de las más pujantes y actuales direcciones de la sociología jurídica, como es la teoría de sistemas, bajo la influencia predominante de la obra, compleja y voluminosa, de Niklas Luhmann (2). Ahora bien, en torno a las teorías de Luhmann haremos sólo unas indicaciones introductorias, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque de su obra comienzan a existir ya entre nosotros buenas y claras exposiciones (3). Por eso consideramos que, en vez de repetir aquí argumentos conocidos, puede interesar más analizar ulteriores desarrollos de esa teoría. Y, en segundo lugar, esos desarrollos, en lo que se refiere al tema de la política jurídica, que aquí nos interesa, han venido de la mano, ante todo, de autores como Gunther Teubner y Helmut Willke, quienes han tratado de desarrollar a tales efectos un nuevo concepto del derecho, de base sistémica, que recibe la denominación de «derecho reflexivo», y que sería, a la luz del trilema citado, un derecho alternativo. En su teoría, van más allá de los postulados de Luhmann en algunos aspectos importantes y, sobre todo, formulan un nuevo programa de política legislativa, con el ánimo de mediar en las polémicas citadas.

(1) Vid., al respecto, GÖRLITZ, A. y VOIGOT, R.: *Rechtspolitikologie. Eine Einführung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1985, p. 37.

(2) Como muestra del lugar creciente que va ganando esta dirección en la sociología del derecho, puede verse, por ejemplo, el amplio espacio que le dedica uno de los más completos tratados recientes: RÖHL, K. F.: *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Köln, etc., Carl Heymann, 1987, pp. 389 y ss. Sobre el supuesto cambio de paradigma que representa, NELKEN, D.: *Changing Paradigms in the Sociology of Law*, en TEUBNER, G. (ed): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1988, pp. 191 y ss.

(3) Hay que destacar, especialmente, el trabajo de MARTÍNEZ GARCÍA, J. I.: *Justicia e igualdad en Luhmann*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1987, pp. 43-87, que recoge la bibliografía en español. Especial mención merece también la temprana exposición que de las ideas de Luhmann llevó a cabo entre nosotros OLLERO, A. (entre otros trabajos: «Systemtheorie»: *¿Filosofía del Derecho o Sociología Jurídica?*, en «Anales de la Cátedra», F. Suárez, 13, 1973, pp. 147-177). Sobre la cuestión de la dogmática jurídica en Luhmann, ATIENZA, M.: *El futuro de la dogmática jurídica*, en «El Basilisco», núm. 10, mayo-octubre 1980, pp. 63-69. En cuanto a la teoría política en Luhmann, GARCÍA BLANCO, J. M.: *Poder y legitimidad en la teoría sociológica de Niklas Luhmann*, en «Revista Internacional de Sociología», 44, 1986, pp. 503-525. También nosotros hemos realizado alguna contribución al respecto: GARCÍA AMADO, J. A.: *Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann*, en «Droit et Société», 11, 1988 (en prensa).

De ahí que nos concentremos en el análisis de este último aspecto y de sus consecuencias (e inconsecuencias) y nos conformemos con una sucinta introducción a los fundamentos de la sociología sistemática luhmanniana, dando el resto por conocido o, cuando menos, accesible.

## 1. LOS SISTEMAS SOCIALES Y EL SISTEMA JURIDICO EN LUHMANN

Para Luhmann, la sociedad existe como sistema social, que surge en respuesta al problema de la doble contingencia y con la función de reducir complejidad. Por complejidad se alude al conjunto de todos los sucesos (*Ereignisse, events*) posibles (4). Significa, por tanto, un mundo de posibilidades que no es un mundo real, de realidades, por cuanto que la igualdad radical de lo posible, en tanto que posible, no se rompe hasta que alguna forma de prelación permita la decantación de uno de esos mundos posibles como mundo real. Sólo una vez que se haya introducido alguna forma de orden en esa inabarcabilidad de lo posible, se habrá reducido complejidad, habrá comenzado a existir sociedad. Pero ello no tendrá lugar como resultado de ningún propósito, ni de la acción inteligente de ser alguno, sino de la necesidad de resolver el problema de la «doble contingencia» y como producto de lo que Luhmann denomina «la fatalidad del acaso» (5).

«Contingente» sería aquello que no es ni necesario ni imposible, sino meramente posible. En un momento en que aún no existiera sociedad y dos individuos se encontraran, cada uno percibiría esa contingencia, tanto referida a sí mismo como al otro. Ninguno sabría lo que puede esperar del otro, ni lo que el otro puede esperar de él mismo, ante ese campo de posibilidades de acción que se les abre, ante esa complejidad no reducida. En tanto no ha aparecido ningún principio de orden no existe pauta de previsibilidad de comportamiento propio ni ajeno, nada es previsible donde todo es posible; no hay expectativas, no hay comunicación. La inducción de orden, la reducción primera de la complejidad originaria, la ruptura de esa doble contingencia es, simplemente, la transformación de la posibilidad genérica en realidad concreta: basta que uno de los individuos haga algo. Luhmann se apoya en la lógica de Spencer Brown para describir ese paso inicial de constitución de lo social. La situación de partida

---

(4) LUHMANN, N.: *Soziologische Aufklärung 1*, Opladen, Westdeutscher, 1970, p. 115; *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas*, en HABERMAS, J., y LUHMANN, N.: *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1971, p. 312.

(5) LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation*, Opladen, Westdeutscher, 1986, p. 55.

equivale al *unmarked space*, a un espacio carente de límites definidos y señalizaciones, en el que la orientación no es posible. El acto, cualquiera que sea, de un individuo significa una primera referencia en ese espacio, una *distinction* que pone fin a la indeterminación de lo indiferenciado (6). Con ello, ese individuo ha realizado una primera selección: ha elegido una de sus posibilidades de actuación. En tal selección se contiene implícita una primera oferta a la otra parte: la de atenerse o no a la misma selección, a la misma pauta. Se ha producido una primera estructuración del horizonte de lo posible, que lo hace accesible en clave binaria: aceptar o no aceptar la selección. Pero, cualquiera que sea la respuesta, operará, a su vez, como selección con la que la otra parte podrá enlazar en idéntica clave. Algo habrá surgido indefectiblemente: comunicación.

Así pues, el sistema social aparece desde el momento que un acontecimiento enlaza los individuos a través de su sentido compartido y posee, con ello, el carácter de comunicación. Las comunicaciones son, para Luhmann, los elementos componentes del sistema social global o sociedad. De ahí que diga que, en cuanto sistema, la sociedad consta de comunicaciones, sólo de comunicaciones y de todas las comunicaciones (7). Lo que no sean comunicaciones (la materia, los organismos biológicos, la conciencia de los individuos...) no forma parte del sistema social, sino de su medio o ambiente (*Umwelt*) (8).

Sociedad surge, como vimos, desde el momento en que entran en interrelación personas. Pero tanto el aumento del número de las personas que se integran en ese sistema primero, como la multiplicación de las comunicaciones y los comportamientos posibles, conllevan un nivel de complejidad paralizante. La sociedad no puede crecer mientras la complejidad que aún admite dentro de sí no se reduzca, mientras no se canalice nuevamente. En tanto que cada individuo social deba ante cada evento tomar en consideración todas las respuestas posibles en el seno de la sociedad, y mientras cuente para ello con un sistema comunicativo general e indiferenciado, se hará inevitable muy pronto el bloqueo de la dinámica social por sobresaturación.

La solución a ese problema, estriba, según Luhmann, en la generación, a partir del sistema social global, de nuevos sistemas, que son subsistemas de aquél y cuya función es acotar un ámbito determinado de la complejidad operante en la sociedad, con vistas a su reducción. Ya no será necesario que todos se ocupen de todo para to-

(6) Véase LUHMANN, N.: *Die Lebenswelt —nach Rücksprache mit Phänomenologen*, en «ARSP», 72, 1986, p. 181.

(7) Véase, por ejemplo, LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher, 2.<sup>a</sup> ed., 1983, p. 356; *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System*, en «Zeitschrift für Soziologie», 13, 1984, p. 311; *Die Einheit des Rechtssystems*, en «Rechtstheorie», 14, 1983, p. 137.

(8) «La sociedad —dice Luhmann— no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas» (LUHMANN, N.: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München/Wien, Olzog, 1981, p. 20).

do. Cada (sub) sistema permite un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de complejidad con que se ocupa. Y los otros (sub) sistemas, a su vez, podrán prescindir del tratamiento de la misma. La génesis de los sistemas no es ni más ni menos que la especialización funcional para la reducción de complejidad. Solo así podrá evolucionar la sociedad; sólo así podrá hacerse más compleja. Y esa dinámica de aumento y reducción de complejidad sería el motor de la evolución social.

En tanto que los subsistemas lo son del sistema social, éste constituye su medio, y se componen de comunicaciones. Pero, puesto que ello no les impedirá ser sistemas perfectamente autónomos, habrán de contener algún dato especificador, que los diferencia frente a su medio social; deberán poseer unos límites definidos, que eviten su confusión con el medio o su disolución en él. Esos límites son límites de sentido (*Sinn Grenzen*). Cada sistema posee su sentido delimitador frente a su medio. Ahora bien, «no hay un sustrato óptico del sentido» (9). Por sentido entiende Luhmann únicamente una determinada «estrategia» de selección de elementos o posibilidades, a partir de un medio más complejo, y las *Sinn Grenzen* o límites de sentido son los apoyos de esa selección (*Selektionshilfen*) (10), en cuanto que estabilizan una diferencia entre lo que integra el sistema y lo que queda fuera de él, mediante un simple esquema binario en términos de sí-pertenece/no-pertenece. La función del sentido es la estructuración de un campo abarcable de posibilidades bajo ese esquema bipolar. Y esto es tanto como decir que sirve a la reducción de complejidad y a un subsiguiente aumento de la misma, pero traducida al esquema peculiar del sistema así constituido y, por tanto, manejable (11). En suma, los sistemas se componen de comunicaciones, pero se delimita la pertenencia de éstas a los sistemas mediante el sentido.

Para Luhmann, los sistemas sociales nacen en razón de su función para el sistema social, pero, en cuanto que, una vez constituidos, permanecen, no son sino producto de sí mismos. Aun cuando cada sistema social se compone de comunicaciones es el propio sistema el que gobierna el sucederse de las comunicaciones dentro de él, enlazando cada nueva comunicación con otras comunicaciones anteriores del mismo sistema. El sistema existe realmente como tal desde el momento en que es autónomo para encadenar mediante sus elementos la reproducción de sus propios elementos, en un «proceso sin fin» (12). De ahí

(9) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985, p. 142.

(10) LUHMANN, N.: *Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse*, en HABERMAS, J., y LUHMANN, N.: *op. cit.*, p. 13.

(11) Ejemplo: sólo puede ser derecho aquello que caiga bajo los límites de sentido que en cada caso configuren qué pertenece al sistema jurídico, con lo cual se ha reducido complejidad, pues un enorme campo de posibilidades (complejidad) queda en cada momento al margen del derecho —la moral, la ciencia, las relaciones íntimas...—; pero, al mismo tiempo, un número de posibilidades muy alto puede ser sometido al examen de legalidad bajo el código binario legal/ilegal, que rige el funcionamiento del sistema jurídico.

(12) LUHMANN, N.: *Die Wirtschaft der Gesellschaft...*, *cit.*, p. 315.

que los sistemas sociales sean, para Luhmann, sistemas autorreferenciales o autopoieticos: «son sistemas que por sí mismos producen todo lo que usan como unidad, mediante lo que usan como unidad, consistiendo precisamente en ello su unidad como sistemas» (13). Producen sus elementos mediante sus propios elementos, y, a partir de ahí, producen también todo lo que identifica al propio sistema como unidad: sus operaciones, procesos y estructuras, su misma identidad como sistema. La autonomía del sistema es su modo de reproducción. Su autonomía es la autonomía de su reproducción recursiva. El sistema jurídico, por ejemplo, como tal, no es ni la totalidad de los actos jurídicos acontecidos, ni un conjunto de normas, ni una jerarquía formal: es el modo como el derecho se puede crear únicamente a partir del propio derecho.

Esta recursividad de su autorreproducción convierte a los sistemas sociales en cerrados, pero es, al mismo tiempo, su «condición de apertura» (14). Si el sistema puede relacionarse con su medio es porque previamente aparece preordenada por el propio sistema la forma de tal relación, el esquema a que se ha de ajustar. Y la autorreferencialidad del sistema consiste en esa autoconstitución continuada del propio sistema a través de sus propias operaciones, que conlleva que toda operación con el medio sea una operación dentro del sistema, una operación del sistema consigo mismo. No habría referencia externa sin autorreferencia (15). Un ejemplo: la juridicidad de un acto (acto que, como dato fáctico, psicológico, etc., es externo al sistema jurídico) sólo puede establecerse dentro del sistema jurídico sobre la base de actos jurídicos anteriores, de los elementos previos de ese sistema; una vez sentada esa juridicidad, ese acto será un nuevo elemento del sistema, condicionante de la juridicidad de los actos siguientes que se le sometán. Por tanto, la clausura autorreferencial de los sistemas es la «forma de extender los contactos posibles con el medio» (16).

El medio es el desencadenante de los cambios estructurales del sistema, pero lo que cada sistema recibe de su medio no es un impulso causal sin participación del sistema mismo, sino una «resonancia» (*Resonanz*), subsiguiente a la producción de un cambio en ese medio, pero en cuanto percibido por el sistema con arreglo a sus claves propias. Los cambios en el medio son meros «datos» que, en cuanto tales, no significan nada en el sistema. Para éste, sólo son relevantes:

(13) LUHMANN, N.: *Systeme verstehen Systeme*, en LUHMANN, N., y SCHORR, K. E. (ed.): *Zwischen Intransparenz und Verstehen: Frangen an die Pädagogik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, p. 77.

(14) LUHMANN, N.: *The Autopoiesis of Social Systems*, Florencia, EUI Autopoiesis Colloquium Papers, 1985 (Doc. IUE 328/85 -Col. 81), p. 22.

(15) Véase LUHMANN, N.: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt, Metzner, 1986, p. 12.

(16) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 63.

como «información», pero es el sistema mismo el que determina el valor informativo de los datos que asume (17). Como dice Luhmann, «cada sistema abarca su medio a través de un retículo (*Raster*) de admisión selectiva de información» (18).

Explica Luhmann, que «los sistemas autorreferenciales se ocupan *siempre* consigo mismos, pero *no* pueden ocuparse *sólo* consigo mismos» (19). Se individualizan gracias a la posesión de un código binario propio (legal/ilegal, en el derecho; verdadero/no verdadero, en la ciencia, etc.), y bajo ese esquema dual propio encajan las «irritaciones» provenientes del medio. Pero la asignación, a los datos que toman del medio, de uno u otro término de ese esquema dual, la gobierna el sistema a través de la «programación»: lo verdadero es lo contrario de lo falso, pero la correcta asignación de tal valor se hace depender en cada momento *por el sistema* (el sistema científico, en este caso) de la concurrencia efectiva de algún estado de cosas dentro o fuera del sistema.

En cuanto que cada sistema social es un sistema parcial de la sociedad, su medio o ambiente está formado por las partes de esa sociedad que están fuera de él, es decir, por los otros sistemas sociales. Pero cada sistema no percibiría su medio como sistema, sino como «correlato negativo» de sí mismo, como «todo lo demás» (20), como un todo desordenado, ya que sus criterios de orden se le escapan al sistema. Cada sistema forma parte del medio de los otros sistemas y cada uno percibe a los otros sistemas como aquella parte de la complejidad social que no se reduce con arreglo al código y los programas propios. No hay ningún sistema que posea una perspectiva privilegiada sobre la realidad, sobre los demás sistemas. Ninguno puede conocer los objetos tal cual «son», sino sólo tal como los puede contemplar con arreglo a su código propio. De ahí que el sentido de cada objeto sea «policontextual» (21), y que la sociedad, sistema de sistemas, carezca de vértice y de centro (22). Cada sistema es «opaco» para los otros, tiene el carácter de una «caja negra» (23).

En consecuencia, para Luhmann, el conocimiento es «una cualidad no jerárquica» (24). Existirán tantos conocimientos como sistemas: cada sistema sólo se conoce a sí mismo, sólo posee una percepción de aquello

(17) Cfr. LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation, cit.*, p. 44-45; *The Autopoiesis of Social Systems, cit.*, p. 17-18.

(18) LUHMANN, N.: *Funktion der Religion*, Frankfurt, Suhrkamp, 1977, p. 18.

(19) LUHMANN, N.: *Selbstlegitimation des Staates*, en «ARSP», Bhf. 15, 1981, p. 75.

(20) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme, cit.*, p. 249.

(21) LUHMANN, N.: *Die Lebenswelt, cit.*, p. 179.

(22) LUHMANN, N.: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, cit.*, p. 22.

(23) LUHMANN, N.: *Soziologische Aufklärung 3*, Opladen, Westdeutscher, 1981, p. 287; *Soziologie der Moral*, en LUHMANN, M., y PFÜRTNER, S. H. (ed.): *Theorietechnik und Moral*, Frankfurt, Suhrkamp, 1978, p. 44.

(24) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme, cit.*, p. 654.

que llega a integrarse dentro de sus límites (25). Y si cada sistema conoce mediatizado por sus claves internas, habrá que aceptar «la incognoscibilidad de la realidad en sí» (26). Dice Luhmann que «todo lo que el sistema, en el nivel de sus operaciones, contempla como realidad, es construcción del sistema mismo» (27). Y en otra parte añade, con su peculiar estilo: «un sistema sólo puede ver lo que puede ver; no puede ver lo que no puede ver. Tampoco puede ver que no ve lo que no ve» (28). Si insistimos tanto en este punto es porque, como se verá, las apreciaciones de Teubner y Willke divergen un tanto al respecto.

Si los sistemas sociales nacen con la función de reducir complejidad, su propia existencia en las sociedades complejas obedece a la imposibilidad de un consenso fáctico entre los individuos como mecanismo de orientación social, como fundamento de la sociedad. Si a ello añadimos lo que acabamos de ver sobre los límites al conocimiento de cada sistema y recordamos que no hay comunicación fuera de algún sistema social, se sigue la tesis principal de Luhmann frente a Habermas: no podrá ser ningún tipo de «racionalidad comunicativa» la base del consenso, ni éste el referente ideal de la comunicación. No hay discurso al margen de la «dominación» de algún sistema, pues sería *noise*, ruido, no comunicación; no hay una razón previa o superior a los sistemas, o encarnada prototípicamente en uno de ellos. «Al sistema —dice Luhmann— le falta la razón» (29).

Todo esto le conduce a concluir que la legitimación de las actuaciones de un sistema habrá de ser producto del propio sistema, y no venir dada desde fuera. «Toda legitimación es autolegitimación» (30). Aquello sobre lo que en la sociedad se consiente es el funcionamiento de los sistemas, no las decisiones o los contenidos que se sigan de ese funcionamiento. Por ejemplo, fuera del sistema de la ciencia se carece de los presupuestos necesarios para juzgar de la verdad de los enunciados científicos, pero allí donde existe un sistema científico diferenciado, se presupone la fiabilidad de los mismos. E igual con los demás sistemas. Por eso, define Luhmann la legitimidad como «una disposición generalizada a aceptar decisiones de contenido aún indeterminado, dentro de ciertos márgenes de tolerancia» (31).

Todo lo que veníamos mostrando se predicaría también del derecho, aquel de los sistemas sociales concretos a cuyo análisis probable-

(25) Cfr. LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, p. 449.

(26) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 146.

(27) LUHMANN, N.: *Closure and Openness: On Reality in the World of Law*, en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law*, cit., p. 337.

(28) LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation*, cit., p. 52.

(29) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 134.

(30) LUHMANN, N.: *Selbstlegitimation des Staates*, cit., p. 65.

(31) LUHMANN, N.: *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 3.<sup>a</sup> ed., 1978, p. 28.

mente ha dedicado Luhmann más páginas y, quizá, el que mejor se presta a ejemplificar sus tesis.

En opinión de Luhmann, los sistemas se estructuran sobre la base de expectativas, y sólo sobre esa base estructural puede acontecer la autorreproducción de los elementos del sistema. Siendo comunicaciones los elementos de los sistemas sociales, las estructuras de cada sistema tienen que ver con el modo de hacer posible que unas comunicaciones se sigan de otras con arreglo a un cierto orden. «Formación de estructuras —afirma Luhmann— es siempre limitación de la libertad en la combinación de elementos» (32). Se trata de hacer pre- visibles las comunicaciones que se sigan de cada comunicación dentro del sistema. Por eso se afirma que las estructuras sociales se componen de expectativas, son estructuras de expectativas (*Erwartungsstrukturen*) (33) y gracias a su generalización adquieren los sistemas la estabilidad que necesitan. Pues bien, en relación con las expectativas sociales se sitúa la función del derecho.

Existirán expectativas cognitivas, que son las que se modifican al ser defraudadas: si se comprueba que no todos los cuerpos caen con la aceleración previsible a tenor de la ley de gravedad, habrá que sustituir esa ley por otra que acoja esas excepciones como previsibles y cree, así, más adecuadas expectativas. Sin embargo, habría expectativas que deben mantenerse frente a cualquier frustración. Son las expectativas normativas. Aquí los sistemas ya no se adaptan a las circunstancias, sino que defienden sus estructuras contra ellas: la constatación de que hay conductores que circulan en las autopistas por el carril contrario al debido, no lleva a modificar la obligación, y la consiguiente expectativa general, de circular por carriles de sentido único, sino que se mantiene la expectativa originaria y se busca la recomposición de su efectividad, luchando contra la infracción. Si en toda sociedad no existiera un amplio entramado de tales expectativas, que no cambian ante cualquier defraudación, la posibilidad de orientación intersubjetiva de las conductas desaparecería, y las estructuras sociales se harían evanescentes, quedando sin solución el problema de la doble contingencia. Para asegurar esas expectativas existe el derecho. Su función es, en expresión de Luhmann, la «estabilización contrafáctica de expectativas de comportamiento» (34). El derecho usa la posibilidad del conflicto precisamente como medio de aseguramiento de las estructuras sociales, con lo que el conflicto no es disfuncional para la sociedad, sino que sirve para reforzar las expectativas.

En cuanto sistema autorreferencial, es el derecho el que produce derecho, sólo se producen normas jurídicas sobre la base de normas

---

(32) LUHMANN, N.: *Funktion der Religion*, cit., p. 13.

(33) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme*, cit., p. 397.

(34) LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., p. 117.

jurídicas (35), «no hay derecho fuera del derecho» (36). El derecho establece las condiciones de su propia validez y se autolegitima como derecho, y, en cuanto positivo, se acredita exclusivamente por el hecho de haber sido «puesto» por el propio derecho y poder ser también, conforme a derecho, modificado (37). En suma, «la legalidad es la única legitimidad» (38).

También en el derecho es la presencia conjunta de *Code* y programas la que permite al sistema ser a la vez abierto y cerrado. Es normativamente cerrado, pero cognitivamente abierto. No hay normas jurídicas fuera de él, pero su funcionamiento se vincula a acontecimientos externos, cuya averiguación requiere una actividad cognitiva. En este nivel de la elaboración de los programas, el sistema puede «aprender» y adaptarse, reaccionar ante la no realización de expectativas, perseguir un mejor cumplimiento de ciertos fines, etc. Así se procede en las instancias legislativas, a la hora de dotar de contenido a las normas que se crean. Pero una vez creadas, son «programas condicionales», y, como tales, rigen para quienes las aplican, sin que aquí quepa «aprendizaje» ni la adaptación, salvo dentro de unos márgenes muy restringidos. El juez, por ejemplo, no actúa en razón de fines, sino a partir del cumplimiento de ciertas condiciones desencadenantes: las previstas en el supuesto de la norma. Opina Luhmann que desconocer esto e introducir elementos finalísticos, propios de una programación teleológica, que fuerce, por ejemplo, a la ponderación de consecuencias como base de la decisión, significa dificultar la función del derecho como garante de expectativas (39).

También la política es para Luhmann, en las sociedades modernas, un sistema autorreferencial, cuya función consiste en proporcionar a la sociedad decisiones vinculantes. El problema surgirá allí donde la política, que funciona también conforme a un código propio y, en cuanto un sistema más, ya no es el «centro conductor» del acontecer social (40), aplique tales decisiones a la resolución de problemas de funcionamiento internos de otros sistemas. Por ejemplo, ordenando el funcionamiento propio del sistema económico, o del sistema educativo. Ocurriría que, por poseer la política su racionalidad específica y serle los otros sistemas «cajas negras», en cuyo funcionamiento no puede penetrar con sus categorías políticas y sus medios de conocimiento, no existiría ninguna garantía de acierto para sus intentos de dirección de esos otros sistemas, dándose, además, el ries-

(35) LUHMANN, N.: *Oekologische Kommunikation*, cit., p. 125.

(36) LUHMANN, N.: *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 20.

(37) *Ibid.*, pp. 26-37; *Die Einheit des Rechtssystems*, cit., p. 209; *El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho*, en «Anales de la Cátedra F. Suárez», 25, 1985, p. 94.

(38) LUHMANN, N.: *Die Rückgabe des zwölften Kamels*, Florencia, EUI Autopiesis Conference Materials, 1984, p. 42.

(39) Cfr., por ejemplo, LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., pp. 134 y ss., 275 y ss.

(40) LUHMANN, N.: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, cit., p. 23.

go de que el atentado contra su autonomía posea efectos destructores del orden social diferenciado y su mecánica de evolución social. Ese riesgo sería máximo en el actual Estado del bienestar, con sus crecientes demandas de conducción política y garantía jurídica de cada vez más aspectos de la organización social.

Por ser el derecho uno de los medios de la acción política, el peligro sería el de una «juridificación» de cada vez más ámbitos de la vida social, que se traduciría en su inaplicación y en la saturación de sus estructuras, así como en el desencadenamiento de procesos causales imprevisibles en los sectores regulados (41). Por todo ello, estima Luhmann que una política y un derecho que, merced a sus teorías respectivas, posean una visión realista de sus propias posibilidades realizativas y de la existencia de los otros sistemas con su operatividad autónoma, se abstendrán de proceder a la juridificación de esos otros sistemas (42). Y cuando de la mecánica social se sigan efectos dañosos, como los peligros para el sistema ecológico, por ejemplo, las soluciones se ven poco menos que imposibilitadas, desde el momento que no existiría una racionalidad social global desde la que establecerlas, sino racionalidades parciales, a partir de las cuales la percepción del problema es totalmente diversa, y la instrumentalización de cualquier medida, imprevisible en sus relaciones externas y, quizá incluso, contraproducente, en último extremo, para la solución pretendida del problema global (43).

## 2. HACIA EL «DERECHO REFLEXIVO»

Acabamos de comprobar que en Luhmann el refinamiento teórico conduce a una aporía en cuanto a la práctica. Tal parece que la complejidad de los sistemas no dejara para sus observadores, o quienes en ellos operan, más alternativa que la perplejidad paralizante. A partir de ahí, hablar de política legislativa (44) parecería sarcasmo o igno-

(41) *Ibid.*, pp. 99 y ss.

(42) Cfr. LUHMANN, N.: *Rechtssoziologie*, cit., pp. 324 y ss. Al respecto opina Ingeborg Maus que en Luhmann «las legalidades propias de las respectivas estructuras de los subsistemas que forman el medio del sistema jurídico alcanzan el papel de una legalidad de grado más alto frente al derecho positivo (MAUS, I.: *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, Fink, 1986, p. 62. Sobre esta problemática puede verse también, DEGGAU, H. G.: *The Communicative Autonomy of the Legal System*, en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law*, cit., pp. 149-151.

(43) Al análisis de esta cuestión, referida precisamente a los problemas ecológicos, dedica Luhmann su libro *Oekologische Kommunikation*, ya citado.

(44) Richard Lempert muestra cómo en el esquema de Luhmann no está claro el papel de la legislación (LEMPERT, R.: *The Autonomy of Law: Two Visions Compared*, en TEUBNER, G. (ed.): *Autopoietic Law*, cit., p. 182). Críticamente respecto a la restrictiva visión de Luhmann sobre el papel de la legislación, ROTTLEUTHNER, H.: *Les métaphores biologiques dans la pensée juridique*, en «Archives de Philosophie du Droit», 31, 1986, p. 240.

rancia de los diseños sistémicos: los sistemas, incluido el jurídico, siguen sus legalidades intrínsecas, actúan en su clave específica y operan sólo bajo su prisma particular, con arreglo a su código y su sentido delimitador. Lo que cae fuera de esos límites, incluidos los programas legislativos, es, en cada caso, parte de la turbulencia exterior al sistema, opacidad de un medio inaprensible, salvo en la medida en que pueda ser leído en el lenguaje del sistema.

Sin embargo, este paradigma sistémico de la sociología del derecho ha experimentado desarrollos por parte de autores, como Gunther Teubner y Helmut Willke, que tratan de escapar del *impasse* práctico y edificar sobre ese edificio teórico una doctrina que contenga indicaciones concretas acerca del modo de ordenar la sociedad por medio del derecho, de modo que, en alguna medida, se pueda esperar una conducción efectiva de aquélla por éste, y no ya la mera aleatoriedad de la interrelación azarosa entre unos sistemas que recuerdan la clausura de las nómadas leibnizianas. Para ello, introducen algunas modificaciones y algunos desarrollos en la teoría de Luhmann, con vistas ante todo a hacer teóricamente verosímil la intercomunicación, recíproca comprensión e influencia intencional entre sistemas sociales, el derecho incluido, que, pese a ello, siguen siendo concebidos como sistemas autorreferenciales y autopoéticos.

## **2.1 Problema de partida: función y eficacia del derecho en el *Welfare State***

Coinciden con Luhmann los autores mencionados en el diagnóstico de los males que aquejan al moderno Estado de bienestar: una vez que se rebasó el nivel del Estado liberal, mero garante de la autonomía de los individuos y del libre juego del mercado y las fuerzas sociales, como factor ordenador de la sociedad, y el Estado intervencionista empezó a erigirse en parte activa en el diseño y conducción de los procesos sociales, comenzando por la economía, se inició un proceso de crecientes demandas de beligerancia estatal en la consecución y mantenimiento de garantías y estatutos favorables para los sujetos individuales y colectivos, de forma que, cada vez más, se fía a la actividad estatal y a su instrumento principal, la legislación, la dinámica de la organización social. De este modo, se ha terminado por llegar a una situación en la que la saturación de funciones y demandas significan tal sobrecarga para la acción del Estado y su derecho, que se paga con el precio de la ineficacia. Se estima que existe un desfase entre las tareas asignadas al Estado y los medios (humanos, fiscales, organizativos, etc.) con que puede dotarse para hacerles frente, con el agravante de que todo intento de aumentar estos medios no conlleva una mejora, sino un agravamiento, de su inadaptación estructural al contexto social. Esto valdría especialmente para el tema que aquí nos interesa, el derecho.

A la hora de explicar el porqué de esta situación, argumentan en clave sistemática. Es la propia autonomía de los sistemas la que priva al Estado, expresión del sistema político, de la posibilidad de influir eficazmente en su medio social, de dirigir los otros sistemas, llámense éstos economía, ciencia, enseñanza, sanidad, etc. Subyace aquí lo que Willke llama «un dilema profundo de las sociedades modernas»: «por un lado, el principio de la diferenciación funcional conduce a la especialización y a una *interdependencia* creciente, ya que cada subsistema especializado sólo es viable y conserva su potencial evolutivo en combinación con todos los demás subsistemas. Por otra parte, el principio de “clausura operativa”... radicaliza la autonomía y la recursividad, aumentando con ello la *independencia* de cada subsistema» (45). Lo que, desde esta perspectiva, se busca es, como se verá, un tipo de actuación estatal, plasmada en un nuevo tipo de derecho, que respete esa independencia creciente de los diversos sistemas, al tiempo que asegure el necesario equilibrio de su interrelación y evite la aniquilación de cualquiera de ellos por la invasión de otro u otros.

El panorama que se presenta al Estado actual poseería tintes paradójicos, pues, a la vez que se reclama del Estado una actuación cada vez más extensa en la persecución de fines sociales, atribuyéndole, conforme al esquema político clásico, la representación legítima del todo social y la consiguiente capacidad decisoria, decrece su capacidad de dirección efectiva de esa sociedad, sociedad que ya no funciona de hecho como conglomerado de individuos iguales, sino como agregación funcional de sistemas sociales autónomos, autónomos incluso frente a la política y el derecho (46). El Estado moderno es visto, así, con los atributos del héroe trágico: es víctima de su propio éxito; bajo su férula han podido desarrollar su autonomía los diversos (sub) sistemas y actores sociales (partidos, sindicatos, asociaciones, consorcios, universidades, etc.), que, de ese modo, y ahí radica lo trágico, anularían toda posibilidad de perpetuación de esa dirección social jerárquica y unitaria que les permitió nacer. «Los logros específicos del Estado son, al mismo tiempo, las condiciones para su desfase» (47). Nuevamente asoma la paradoja: «*The State ceases to be the top or center of society because with the help of the central State society has outgrown the need for a top or center*» (48).

El Estado no puede regular la sociedad mediante el derecho desde el momento en que los determinantes concretos que gobiernan el fun-

(45) WILLKE, H.: *Diriger la société par le droit?*, en «Archives de Philosophie du Droit», 31, 1986, p. 191.

(46) Cfr. WILLKE, H.: *Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Programm*, en TEUBNER, G. (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1986, p. 289.

(47) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, Königstein/Ts., Athenäum, 1983, p. 49.

(48) WILLKE, H.: *The Tragedy of the State. Prolegomena to a Theory of the State in Polycentric Society*, en «ARSP», 72, 1986, p. 466.

cionamiento de cada (sub) sistema social le son inaccesibles en virtud de la propia autonomía y recursividad de los sistemas. El sistema político, que se observa a sí mismo como Estado, produce decisiones sociales vinculantes valiéndose del derecho y su código específico. Pero el tipo de decisiones que gobiernan, por ejemplo, el sistema económico no se expresan en el código legal/ilegal, sino en clave de costes y beneficios. Y un Estado y un derecho que hicieran dejación de su propio lenguaje para expresarse en estos términos económicos, habrían renunciado a su autonomía y su función diferenciadora y habrían sido absorbidos por el sistema de la economía. La autonomía de los demás sistemas se traduce en ineficacia de las pretensiones reguladoras del Estado. El alto grado de complejidad social que la diferenciación funcional de los sistemas permite, la opacidad de cada sistema para los demás, y su inaccesibilidad frente a la acción directa proveniente del exterior de sus límites, de su medio, la diversidad de horizontes temporales en que los diversos sistemas se mueven (49), son factores determinantes de que cualquier intento de guiar el proceso social global por parte del Estado esté abocado al fracaso y la inoperancia. O así será, al menos, según estos autores, en tanto el Estado haga uso de lo que han venido siendo sus medios ordenadores habituales: un derecho, ante todo, que trata de cumplir una tarea regulativa valiéndose de la programación condicional y la teleológica.

Sostienen que en la fase del Estado liberal abstencionista, el derecho se configuraba como derecho formal, articulando su racionalidad interna como racionalidad analítica, conceptual y deductiva, y su racionalidad externa como garante de esferas de libertad y del despliegue de los mecanismos de mercado. En la etapa de intervencionismo del Estado de bienestar, el derecho deviene material, prescribe comportamientos y no sólo abstenciones, la programación condicional, o tipificación estable de supuestos que operan como desencadenantes del mecanismo normativo y permite la apariencia de rigor y linealidad, es sustituida por el establecimiento de metas, o programación teleológica, con lo que el automatismo de la consecuencia que se sigue de la condición es sustituido por la necesaria ponderación de los medios posibles que conducen a la meta y de las consecuencias de cada uno (50). Ese papel activo del derecho estatal en la dirección del acontecer social conlleva, por una parte, un aumento cuantitativo del material normativo y un nuevo tipo de derecho, el llamado derecho «regulativo», que sería, según Teubner, un derecho con función

(49) Ejemplo: los ciclos económicos no coinciden con la duración de los ciclos políticos (elecciones, cambios de gobierno...), con lo que la actuación política en la economía se supedita a sus consecuencias inmediatas con repercusión política, más que a los efectos profundos en la escala económica. Véase WILLKE, W.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 49 y ss.; *Three Types of Legal Structure*, cit., pp. 281-282, 284.

(50) Cf. TEUBNER, G./WILLKE, H.: *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch Reflexives Recht*, Florencia, EUI Autopoiesis Colloquium, Working Paper núm. 93, pp. 38 y ss.

directiva de la sociedad y estructurado como «derecho tendencialmente particularístico, teleológicamente orientado y fuertemente dependiente del auxilio de las ciencias sociales» (51); por otra parte, presupone ese derecho un modelo de explicación social en términos de encadenamientos lineales simples de causas y efectos, a tenor de los que las normas jurídicas se entienden como causas operantes directamente en los ámbitos que regulan, y su eficacia como el despliegue de los efectos buscados sobre esos ámbitos. La investigación de las condiciones de aplicación del derecho o, como hoy se dice, de su «implementación», trataría de precisar justamente esos nexos causales, de manera que se maximice la operatividad del derecho sobre el medio social (52). Pero es sabido, entre los cultivadores de la sociología sistémica, que la linearidad de las causas es sustituida por la circularidad de los sistemas autónomos, en cuanto éstos existen. Las diferencias delimitadoras de los sistemas limitan también los impulsos provenientes del exterior de los mismos; por mucho que el medio aporte turbulencias desencadenantes de procesos internos, la selección de las causas del propio acontecer interno se opera también dentro del sistema, no se recibe directamente de su exterior: no todo acontecimiento externo al sistema económico, por ejemplo, produce efectos dentro de éste, ni siquiera cualquier norma jurídica; ni siquiera cualquier norma que pretenda regular aspectos de la economía produce efectos económicos o produce, precisa o solamente, los efectos que persigue.

En su configuración moderna, y aún actual, el derecho, con su pretensión de ser factor causal del desarrollo social, presupone modelos sociales simples, con escasa complejidad, dirección centralizada, canales de comunicación fluidos entre las partes de la sociedad, previsibilidad de las reacciones, basada en el conocimiento de las linearidades causales, y conflictos simples y fácilmente adaptables al código bipolar de legalidad/ilegalidad. Es decir, todo lo que, según estos autores, faltaría en las actuales sociedades complejas. A este respecto, señala Willke seis aspectos que marcan el paso de conflictos simples a conflictos complejos y, con ello, la inadecuación de las formas habituales de derecho: 1. De la unidimensionalidad a la pluridimensionalidad de los conflictos: los conflictos simples se plantean en una dimensión única (económica, moral, sanitaria...), mientras que los complejos se extienden y poseen repercusiones sobre varias de ellas, con lo que los efectos de su regulación jurídica pueden ser contrapuestos. 2. De la bipolaridad a la multipolaridad: los conflictos complejos no se reducen al enfrentamiento de dos únicos autores. 3. De la homogeneidad de las partes en el conflicto a su heterogeneidad en tanto que partes de sistemas diferenciados. 4. De conflictos de su-

---

(51) TEUBNER, G.: *Juridification —Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, en TEUBNER, G. (ed.): *Juridification of Social Spheres*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, 1987, p. 19.

(52) *Kontext und Autonomie*, cit., pp. 16, 44.

(53) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., p. 59-60.

ma cero, en los que la pérdida de una parte equivale a la ganancia de la otra, a conflictos de suma no cero. 5. De conflictos con temporalidad lineal a conflictos sin temporalidad lineal, y, por tanto, con consecuencias que no se despliegan simultáneamente para todas las partes. 6. De conflictos basados en una unidad de conocimientos y visiones, a conflictos a los que subyacen esquemas cognitivos, lógicas y racionalidades distintas de los sistemas (53).

Por todo ello, se postula, desde esta orientación, el tránsito hacia nuevas formas de derecho: un derecho reflexivo que haga uso de una programación relacional.

## 2.2. Derecho reflexivo y programación relacional

Desde el punto de vista de la teoría de sistemas, es la autonomía de los sistemas la que comporta el problema central de la acción legislativa. En palabras de Teubner: «Si autonomía es por definición autorregulación, ¿cómo será posible legislación, en cuanto regulación externa?» (54). Por ser la legislación, desde este prisma, un proceso «estrictamente interno al derecho», la dificultad se hallará precisamente al tiempo de aplicarla sobre los otros sistemas, para los que no es más que parte del desorden o «ruido» de su medio: «no es la legislación la que crea orden en los subsistemas sociales, sino que cada subsistema opera muy selectivamente con la legislación, y a su arbitrio la usa —o no la usa— en aras de la construcción de su orden particular» (55). La tesis es, pues, la de la inaccesibilidad de los sistemas sociales autónomos frente a la intervención legislativa directa.

Pudiera pensarse que subyace aquí la pretensión de retornar a un modelo de Estado abstencionista y de sociedad abandonada a las determinaciones del mercado. Pero lo que los autores que examinamos dicen buscar es una salida a una serie de alternativas que vendrían presentándose como exclusivas y excluyentes: la alternativa entre Estado y mercado, entre legalización y deslegalización (*Verrechtlichung/Entrechtlichung*), entre materialización y reformatización del derecho, entre programación condicional o teleológica del derecho, entre las visiones restrictiva o expansiva de la política e, incluso, entre racionalidad sistemática y racionalidad discursiva. Es curioso comprobar cómo, frente a todas estas polémicas, la postura de Teubner y Willke consiste siempre, más que en opciones radicales por cualquiera de los extremos aludidos, en la búsqueda de la síntesis y el término medio. Frente al modelo abstencionista y al intervencionista,

(54) TEUBNER, G.: *Social Order From Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Legal Regulation*, Florencia, EUI Autopoiesis Colloquium Papers, 1985 (Doc. IUE 322/85 -Col. 75), p. 8.

(55) *Ibid.*, p. 16.

el modelo de la dirección social (*guidance, guidage, Steuerung*); frente al derecho formal o al derecho material, el derecho reflexivo; frente a la centralización estatal o la descentralización del mercado, la dirección descentralizada; frente al aumento o la disminución del derecho, un derecho con otros contenidos; frente a la legitimación de las decisiones jurídicas por la forma o por las consecuencias, la legitimación procedimental; frente a la programación condicional o teleológica, la programación relacional; frente a la racionalidad sistemática, la posibilidad de reflexión discursiva, y frente a la racionalidad discursiva, la especificidad de las reglas del discurso dentro de cada sistema. Posiblemente no sea el de eclecticismo y sincretismo el menor de los reproches que se les puede imputar. En cualquier caso, la clave estará en comprobar hasta qué punto es posible, más allá de la geométrica fascinación de las teorías, esa síntesis de contrarios que permanentemente parecen buscar.

Toda legislación pondría en interacción tres sistemas distintos: el político, el jurídico y aquel que en cada caso se pretende regular. Por tratarse de sistemas autónomos, la dificultad radicaría en su «acoplamiento estructural» (*strukturelle Kopplung, structural coupling*) (56), de forma que la regulación pueda cumplir sus propósitos sin que ninguno de los sistemas perezca en el empeño. Siempre que alguno de esos sistemas en relación se expanda, a través de la legislación, a costa de los otros, fracasará el propósito legislativo y, por afectar a la autonomía de los sistemas, se dañará el tejido social. Por eso se dice que «una regulación tiene éxito sólo en la medida en que mantiene la interacción interna y autoprodutiva entre los elementos de los sistemas reguladores, derecho y política, y, al mismo tiempo, es compatible con las interacciones autoprodutivas internas del sistema regulado» (57). Así es como se plantea lo que llama Teubner el «trilema regulativo», que expresa los tres modos posibles de fracasar una regulación: por el predominio del sistema político, que lleva a desajustes con el sistema regulado y a la consiguiente falta de efectos sobre éste, tal como ocurriría siempre que la legislación trasluce sólo la llamada función simbólica del derecho; por el predominio del sistema jurídico, que acarrea una «sobrelegalización» de la sociedad, con efectos desintegradores de la autonomía de los sistemas regulados, y, en tercer lugar, por la supremacía de los propios sistemas sociales que supuestamente serían objeto de regulación, que conlleva una «sobresocialización» del derecho y efectos de descomposición de sus es-

---

(56) Sobre el alcance de esta expresión en los creadores de la teoría de los sistemas autopoieticos, véase Maturana, H. R.: *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig/Wiesbaden, Wieweg & Sohn, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, p. 144-145.

(57) Teubner, G.: *Das Regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, en «Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico», 13, 1984, p. 128; *After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, en «International Journal of the Sociology of Law», 12, 1984, p. 310.

estructuras, como sucede cuando su perspectiva propia se ve asaltada por la perspectiva económica o la política, etc. (58).

La adecuada respuesta del derecho a esta realidad social y el modo de sortear estas dificultades para su función ordenadora, provendrían de su orientación hacia un nuevo tipo de derecho, el llamado derecho reflexivo. Aquí, el objeto de la regulación no serían comportamientos o aspectos internos del funcionamiento específico de los sistemas, sino la propia autonomía de éstos, que sería, de ese modo, una «autonomía regulada» (59). Se parte de afirmar la autonomía de los sistemas y su funcionamiento, sin negar por ello la responsabilidad política y la acción estatal. Estas se plasmarían en la regulación del marco en que esa autonomía se ejerce, estableciendo la «constitución social» de los sistemas.

¿En qué consistiría ese marco reglado para los sistemas? Según Teubner, se trataría de establecer mecanismos procedimentales y democráticos para la autorregulación de los sistemas, de manera que éstos puedan maximizar su racionalidad interna mediante los adecuados procedimientos de formación de consenso y decisión colectiva. De ahí que el contenido de esas regulaciones jurídicas consista fundamentalmente en normas organizativas, de procedimiento y de reparto de roles directivos y derechos de participación (60). Semejante regulación no atentaría contra la autonomía de los sistemas, sino que la facilitaría, se trataría meramente de «una estimulación externa de procesos internos de autorregulación que, en principio, no pueden ser controlados desde fuera» (61). Ya no sería intervención directa del Estado en los comportamientos de los sistemas regulados, sino regulación indirecta, «condicionamiento de las condiciones circunstanciales sobre las que se basan los respectivos procesos reflexivos» (62). Son ámbitos de libertad interna los que se aseguran, posibilidades opcionales de regulación interna de los sistemas, mecanismos de formación de consenso y de legitimación procedimental y discursiva de las decisiones que recaigan dentro de esos márgenes de libertad así regulados. El modelo jurídico intervencionista de la «implementación», al estilo del keynesianismo y el Estado del bienestar, y el abstencionista de la *deregulation*, al estilo de Hayek o la Escuela de Chicago, son reemplazados aquí por el modelo del «control de la autorregula-

(58) TEUBNER, G.: *Das Regulatorische Trilemma*, cit., pp. 128 y ss.; *After Legal Instrumentalism*, cit., pp. 311 y ss.

(59) TEUBNER, G.: *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, en «ARSP», 68, 1982, p. 26.

(60) Véase *ibíd.*, pp. 28, 49-50, 55; *Das Regulatorische Trilemma*, cit., p. 123.

(61) TEUBNER, G.: *Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*, en «Law and Society Review», 18, 1984, p. 298.

(62) TEUBNER, G.: *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, en «Sociologia del Diritto», 12, 1985, p. 29. Igualmente, WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 136-137.

ción» (63): ni puede ser la de los sistemas una libertad «salvaje», ni basta la «mano invisible» del mercado, con ser necesaria (64), para asegurar la integridad de los sistemas y su compatibilidad. La autorregulación ha de ser asegurada mediante el derecho, y el derecho ha de velar porque ningún sistema extienda su dominio a costa de la autonomía de los otros. Tal parece que oyéramos a un Kant convertido a la fe sistémica y dispuesto a abdicar del sujeto cartesiano en pro del sistema luhmanniano.

Junto a esa labor de garantía de la autonomía interna, la segunda tarea de este derecho reflexivo viene marcada, como ya se ha quedado insinuado, por el aseguramiento de la compatibilidad entre sistemas y la canalización de los conflictos entre ellos. Aquí prestarían su virtualidad los programas relacionales, alternativa a los condicionales y los teleológicos, y adecuados para operar en las estructuras complejas de las modernas sociedades. Estos programas harían compatibles las diversas racionalidades de los sistemas bajo una óptica social global, que ya no es expresión de la superioridad jerárquica de ningún sistema, ni siquiera el político a través del Estado, sino del interés conjunto en el mantenimiento de la diferenciación funcional y la reducción de complejidad creciente. No se programan en las normas condiciones ni metas materiales a alcanzar, sino procedimientos de consecución de una «integración social descentralizada». De ese modo, la compatibilidad entre los sistemas no resultaría directamente de la acción imperativa del Estado sobre cada uno de ellos, sino del establecimiento de mecanismos de interrelación entre los sistemas, de modo que de su intercambio discursivo se podría seguir el respectivo acatamiento de los límites necesarios para la acción de cada uno. El Estado, por medio del derecho, se limitaría a poner las reglas del juego para esa interrelación, a programar los modos de relación mediante las normas. El propio Estado se autolimitaría en sus pretensiones reguladoras, y abdicando de su preeminencia jerárquica en el desenvolvimiento concreto de esas interrelaciones, adoptaría el papel de *primus inter pares*. El modo prototípico de llevar esto a cabo se traduce, según estos autores, en el establecimiento de sistemas de negociación social (*sozietale Verhandlungssysteme*) (65), entendidos como

(63) TEUBNER, G.: *Juridification*, cit., p. 33; *Aspetti, limiti, alternative*, cit., p. 26.

(64) TEUBNER, G.: *Reflexives Recht*, cit., p. 26.

(65) Entre los ejemplos que menciona Willke de funcionamiento efectivo ya de tales mecanismos de integración entre sistemas heterogéneos, se puede citar, ante todo, la concertación social o *Konzertierte Aktion*, tal como vino institucionalizada en Alemania desde 1967 a 1979, y entre las plasmaciones institucionales de procedimientos de este tipo en los diversos países cita la *Commission of Industrial Relations* y el *National Economic Development Council*, en Gran Bretaña; el *Commissariat Général du Plan*, en Francia; el *Wissenschaftsrat* y el *Nuklearrat*, en Alemania Federal; el *Sozial-Oekonomische Rat*, en Holanda, etc. Véase WILLKE, H.: *Der Staat am Verhandlungstisch. Das Beispiel der Konzertierten Aktion*, en VOIGT, T. (ed.): *Abschied vom Recht?*, Frankfurt, Suhrkamp, 1983, pp. 306 y ss.

«formas procesales para los programas relacionales», y en los cuales, una vez más, el acuerdo será fruto de una racionalidad discursiva y procedimental, que permite el hallazgo de los intereses comunes y generalizables (66).

Parece patente que subyace en esto un elemento idealístico, expresado en esa creencia en la capacidad de los sistemas para trascender su perspectiva «egoísta» y los límites de sus percepciones específicas, para tomar cuenta de la necesidad de atender a las necesidades del sistema social global y someterse a una reglas discursivas de decisión y legitimación que, de por sí, son ajenas a sus códigos y sus programas propios. Todo ello reposa sobre una modificación esencial que Teubner y Willke llevan a cabo de las teorías de Luhmann, sobre la base del concepto de «reflexión» de los sistemas.

### 2.3. Presupuestos teóricos del derecho reflexivo (sistemas cerrados, pero menos)

Ya sabemos que la inspiración general de su teoría la toman los autores del derecho reflexivo en la teoría de los sistemas autorreferenciales y autopoieticos, tal como arranca de las doctrinas biológicas de Maturana y Varela y como se traduce a la teoría de los sistemas sociales, por obra de Luhmann principalmente (67). Pero ya se ha mencionado también el callejón sin salida a que parece abocada la teorización de la política legislativa que se quede en esos parámetros sistémicos. De ahí que, para sostener sus doctrinas del derecho reflexivo y la programación relacional, tengan Teubner y Willke que introducir alteraciones en algunos puntos importantes de la teoría luhmanniana.

Puesto que los sistemas autopiéticos operan cerrados sobre sí mismo, procesando el «ruido» proveniente de su ambiente con arreglo a sus códigos particulares y determinando por sí mismos cuáles de los impulsos procedentes del medio les sirvan como información con la que operar dentro de sus estructuras; puesto que constituyen por sí mismos y recursivamente sus elementos, sus estructuras, sus procesos y su misma identidad, gobernando autónomamente sus fronteras de sentido frente al medio; puesto que, por todo ello, en tanto se mantienen, los sistemas se autogobiernan y no son accesibles al manejo directo de sus mecanismos internos desde su exterior, ni siquiera desde cualquier otro sistema; y puesto que la sociedad o sistema social global se compone de subsistemas sociales que participan de ella en cuanto que constan de comunicaciones, pero están entre sí al mis-

(66) Cf. WILLKE, H.: *Three Types of Legal Structure*, cit., p. 290.

(67) Una magnífica exposición de la evolución del «paradigma» autopoietico, desde sus orígenes en la biología, puede verse en ZOLO, D.: *Autopoiesis: un paradigma conservatore*, en «MicroMega», 1, 1986, pp. 129-155.

mo nivel y en pie de igualdad, de modo que la sociedad queda articulada como sistema sin vértice y sin centro; por todo ello, el problema de la regulación social queda patente y Willke lo recoge expresamente: ¿no está el autogobierno de cada sistema en contradicción con el postulado de la necesaria interrelación entre los sistemas? (68). ¿Desde qué perspectiva, desde qué sistema se puede regular la interrelación entre sistemas diversos, condicionando incluso su propio autogobierno? Cabría responder que desde el sistema social global, pero la pregunta, entonces, será por qué se vale para ello de un sistema particular, como es el jurídico. Mantener, a este propósito, que esa función reguladora, supraordenada a los demás sistemas, es la función específica del derecho, significaría negar el último de los presupuestos mencionados y entender, conforme al modelo que se dice desfasado, que Estado y derecho constituyen el vértice superior de una sociedad que volvería a ser jerárquica. La salida que Teubner y Willke proponen está, como comprobaremos, a medio camino una vez más entre la síntesis de la dialéctica y las transmutaciones de la alquimia: el derecho es la condición del autogobierno reflexivo de los otros sistemas, y éstos la razón de ser del autogobierno reflexivo del derecho.

El concepto central, a este respecto, es el de «reflexión». En Luhmann alude a una propiedad que los sistemas sociales autopoieticos han de poseer para ser tales. «En el plano de la *reflexión* —dice— el sistema determina su propia identidad en la diferencia frente a los otros» (69). La reproducción autopoietica de los elementos del sistema a partir de los elementos sistemas, sólo es posible cuando el mismo sistema gobierna su propia identidad como referencia. El sistema se observa a sí mismo y se describe a sí mismo, aprecia su identidad sobre la base de las diferencias de sentido que la especifican frente a su medio, del que forman parte los otros sistemas. De esta manera, el sistema controla su propia identidad mediante el control de la propia diferencia sobre la que el sistema se asienta, opera con su propia diferencia especificadora, reintroduce la diferencia en lo diferenciado (el sistema), con arreglo a un proceso que en la lógica de Spencer Brown recibe el nombre de *re-entry*. Un ejemplo puede quizá, aclarar estas brumas teóricas: el derecho mismo determina mediante sus elementos (actos jurídicos) la reproducción de sus elementos (un acto sólo posee relevancia jurídica en relación con un acto anterior con relevancia jurídica, y así sucesivamente hasta el momento del azar originario del que arranca la evolución jurídica), y se autonomiza como sistema desde el momento en que el control de su identidad global recae en manos del propio sistema jurídico y deja de estar a merced de otros sistemas. Ese control se llevaría a cabo por obra de la teoría del derecho, que es parte del sistema y se ocupa de su auto-

---

(68) Véase WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., p. 27.

(69) LUHMANN, N.: *Soziale Systeme* cit., p. 252.

descripción, estableciendo, por ejemplo, los criterios de validez de las normas (70).

Luhmann entiende que cada sistema mantiene tres clases de relaciones: la relación con el sistema social global, que recibe la denominación de función, pues es en razón de una específica función de reducción de complejidad en ese sistema global como se decanta de él cada (sub) sistema; la relación con los demás sistemas, que se denomina de rendimiento o prestación (*Leistung*) y que nunca es una relación de traslación directa de elementos de un sistema a otro, pues los elementos lo son solamente de cada sistema específico (un acto sólo posee calificación de legal o ilegal en el sistema jurídico, pero verdadero o falso lo será solamente en un sistema de conocimiento, y hermoso o feo en un sistema estético), y los elementos de cada sistema sólo son percibidos por los otros sistemas como parte de su ambiente respectivo y tomados bajo el tamiz de sus códigos particulares; y la relación del sistema consigo mismo, que es la que denomina «reflexión» (71). Sólo en la medida en que en esta su reflexión pueda un sistema incorporar una visión de su medio no deformada por sus parámetros propios, una perspectiva de las perspectivas de los demás sistemas que no sea una nueva forma de manifestarse la perspectiva propia, sólo así será coherente demandar de los sistemas algún tipo de autocontrol en atención a las necesidades de los demás sistemas y del sistema global, o alguna forma de participación en una común regulación de las interrelaciones entre los sistemas. En Luhmann, la cuestión no tiene, en nuestra opinión, una solución inequívoca, pero parece primar en los sistemas lo que podemos llamar la perspectiva «egoísta»: su «comprensión» de su medio y de las particularidades de los sistemas en él operantes poseería una intencionalidad estratégica, como mecanismo de maximización de sus posibilidades y su racio-

---

(70) Es sumamente curioso, a estos efectos, comprobar cómo se entiende a sí misma la doctrina del derecho reflexivo. Si se planteara exclusivamente como teoría científica y parte, por tanto, del sistema de la ciencia, se derivarían dos consecuencias teóricas importantes: quedaría sin explicación de qué modo desde un sistema diferente del jurídico, y exterior a él, se puede dar una descripción válida del mismo, y, además, supondría renunciar, paradójicamente, dada la orientación hacia los problemas pragmáticos de la regulación jurídica, a cualquier posibilidad de influencia directa sobre su funcionamiento. Sin embargo, lo que se hace es afirmar que el concepto de «derecho reflexivo», al igual que otros, como los de «derecho formal» o «derecho material», no expresan teorías científicas, sino «modelos estratégicos del derecho», para cuya consecución sí que puede haberse hecho uso de teorías sociológicas del derecho. Se trataría de «construcciones jurídicas de la realidad social» (el subrayado es nuestro), y su función consistiría en «utilizar la identidad del derecho con vistas a desarrollar criterios para su (auto) transformación» (TEUBNER, G.: *Das Regulatorische Trilemma*, cit., pp. 111 y ss. Véase también TEUBNER, G.: *Episodenvknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht*, en BAECKER, D., y otros (ed.): *Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987, pp. 437 y ss. TEUBNER, G.: *Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiesis*, en HAFERKAMP, H.; SCHMID, M. (ed.): *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1987, pp. 111 y ss.

(71) Véase, por ejemplo, *Soziologische Aufklärung 3*, cit., pp. 199 y ss.

nalidad propia (72). Por contra, a Teubner y Willke el concepto de reflexión les sirve para justificar la posibilidad de una actitud «altruista» desde los sistemas y, con ello, la conducción de sus interrelaciones, más allá de la contingencia y el azar evolutivo en que Luhmann las deja (73).

Definen la reflexión como aquella capacidad de los sistemas para institucionalizar mecanismos a través de los que tematizan su propia identidad y perciben que en su ambiente otros sistemas actúan en relaciones de interdependencia, relaciones que incluyen al propio sistema reflexivo (74). A partir de la reflexión, por tanto, el sistema no sólo se ocuparía de sus mecanismos, sino también de los de los otros sistemas relevantes de su medio, y no en interés del mantenimiento de la condiciones exteriores de pervivencia del propio sistema, sino en atención al interés social global en el mantenimiento del equilibrio entre los sistemas. De esta forma pueden, como Teubner dice, sustituir los mecanismos globales de integración social, como el Estado (75). Lo que no parece fácil de mostrar, desde la coherencia de la teoría, es cómo adopta el sistema un ángulo de apreciación que no es el suyo, sino el de la sociedad total de la que sólo es una parte (76), sin que por ello dejen los sistemas de percibirse como *black boxes*, pues basta con que estén claros los mecanismos de la interrelación externa entre los sistemas (77). Pero veamos, al menos, cómo se intenta explicar.

La reflexión implica, en expresión de Willke, «una recíproca auto-limitación de las posibilidades de los sistemas en atención a las necesi-

(72) Hay un texto de Luhmann, constantemente citado por Teubner y Willke, que parece contradecir esta interpretación que acabamos de dar y que, como mínimo, muestra que el problema que estamos planteando no recibe de este autor una solución inequívoca. Nos referimos a LUHMANN, N.: *Funktion der Religion*, cit., p. 245. En apoyo de la interpretación que defendemos podríamos citar, por ejemplo, textos contenidos en *Soziale Systema*, cit., pp. 641-642; *Oekologische Kommunikation*, cit., pp. 129-130, 133, 143, 226; *The Self-reproduction of Law and its Limits*, en TEUBNER, G. (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, cit., pp. 113, 119; *Systeme verstehen Systeme*, cit., pp. 80-81, 88, 90; *Einige Probleme mit «reflexiven Recht»*, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 6, 1985, pp. 7-8.

(73) De ahí que se haya dicho que la de Teubner y Willke es una orientación optimista, dentro del moderno debate sobre la posibilidad de dirigir la sociedad. Véase EDER, K.: *Die Autorität des Rechts. Eine soziale kritik prozeduraler Rationalität*, en «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 8, 1987, p. 202.

(74) TEUBNER, G.; WILLKE, H.: *Kontext und Autonomie*, cit., pp. 4-5.

(75) TEUBNER, G.: *Reflexive Recht*, cit., p. 47.

(76) A veces puntualizan que basta con que cada sistema posea «una vaga comprensión» de los procesos autorregulativos de los demás sistemas. Véase TEUBNER, G.: *Das Regulatorische Trilemma*, cit., pp. 135-136.

(77) *Ibid.*, pp. 142-143; *Kontext und Autonomie*, cit., p. 70. Un tratamiento más detallado de este problema puede verse en WILLKE, H.: *Strategien der Intervention in autonome Systeme*, en *Theorie als Passion*, cit., pp. 333 y ss, especialmente 352 y ss. Entre las críticas a este punto puede verse: FEBBRAJO, A.: *Regolazione giuridica e autoregolazione sociale*, en «Sociologia del Diritto», 13, 1986, p. 154.

dades (de supervivencia) *de otros sistemas*» (78). Al tiempo de aclarar cómo es viable esa sintonía de los sistemas, recurren nuestros autores a uno de los conceptos más chocantes en este contexto teórico: la empatía. Sostienen que «la orientación reflexiva de un actor individual o colectivo significa la capacidad de empatía, es decir, la capacidad de colocarse a sí mismo en el papel de otros actores, para ver desde esa perspectiva el papel propio» (79). Ya no es la comprensión del otro un recurso para la mejor autoobservación y comprensión de sí mismo, sino efectiva penetración en las claves propias de sistemas ajenos.

Otra vuelta de tuerca en ese alejamiento de la ortodoxia sistémica tiene lugar al describir en qué consiste internamente la reflexión de los sistemas. Se dice ahí que la reflexión de los sistemas sociales sólo es, en puridad, posible cuando dentro de ellos se dan «procesos de democratización» que crean «estructuras discursivas» (80). Aquí el sincretismo de racionalidad sistémica y racionalidad discursiva, de teoría de sistemas luhmanniana y teoría crítica habermasiana, cobra ya la fatal espectacularidad del salto mortal sin red (81). Concluyen, consiguientemente, que en una sociedad en la que el sistema político ha perdido su papel predominante en la conducción de los procesos sociales y pasa a ser uno más junto a los otros sistemas, la democracia no puede ser entendida ya fundamentalmente como aumento de la participación en la dirección política, sino en la reflexión interna de los distintos sistemas.

Si los sistemas pueden ser tan racionales y democráticos en lo interno y tan «prudentes» en lo externo como para optar por los cursos de acción que mejor se adapten a los requerimientos del «prójimo», surge la pregunta acerca del papel que está llamado a desempeñar un derecho que, además de ser también un sistema, pretende especificarse en su forma (post) moderna como derecho «reflexivo». Y aquí nos esperan nuevos e inesperados guiños dialécticos. Si la perspectiva

---

(78) WILLKE, H.: *Differenzierung und Integration in Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung*, cit., p. 268 (el subrayado es nuestro).

(79) *Kontext und Autonomie*, cit., pp. 23-24. También WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., p. 33. Nahamowitz ha expresado la duda, creemos que fundada, de que el sistema económico, por ejemplo, pueda apartarse de la óptica del beneficio, por la que se guía en la sociedad capitalista, en favor de una racionalidad discursiva, favorable a los requerimientos de los otros sistemas (NAHAMOWITZ, P.: «*Reflexives Recht*»: *Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts*, en «*Zeitschrift für Rechtssoziologie*», 6, 1985, pp. 36-37).

(80) TEUBNER, G.: *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, en «*Law and Society Review*», 17, 1983, p. 273. En el mismo sentido se expresa en *Reflexives Recht*, cit., p. 48; *Kontext und Autonomie*, cit., p. 57.

(81) El propio Luhmann ha expresado su escepticismo ante esta síntesis: *Einige Probleme mit «reflexiven Recht»*, cit., p. 2. Al respecto también, MÜNCH, R.: *Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz*, en «*Zeitschrift für Rechtssoziologie*», 6, 1985, p. 27.

que los sistemas ganan a través de la reflexión les permite un generoso autocontrol en aras de su contexto social, otro tanto ocurrirá con el derecho. Este cumple su función reguladora, precisamente, comenzando por limitar su actividad reguladora. Ello no quiere decir *deregulation*, sino autolimitación del derecho al papel de garante de la autonomía de los demás sistemas y de los mecanismos de su reflexión, sin tratar de penetrar en su conducción interna. Así, el derecho «realiza su propia orientación reflexiva al establecer los presupuestos estructurales para la reflexión en otros sistemas sociales» (82).

Mientras que la huella que la teoría de Luhmann deja es una resignada perplejidad y una sospecha que no para mientes ni ante sí misma (83), nos topamos aquí con un optimismo de la más pura rai-gambre idealista. Los sistemas son omnipresentes y cerrados, pero tienen salida: la salida de la razón. Parece como si la tan manida postmodernidad, a la que se acogen estos autores, fuera también un concepto singular y gratuito que se realiza negándose y completa su periplo intelectual de negaciones con una afirmación que, en nuestros escasamente (post) modernos pueblos, está a la orden del día con cualquier pretexto: la razón no tiene mas que un camino.

¿Cómo entender, si no como optimismo de la razón, la fe de Willke en la disposición y capacidad de los actores sociales para asumir su corresponsabilidad en la dirección social racional? (84). Pensemos que como actores sociales se está aludiendo a todo género de asociaciones corporativas, patronales, sindicatos, grupos económicos, etcétera. Lo que en Luhmann es, como ya hemos dicho, mera evolución, azarosa plasmación de una realidad. «a priori» tan improbable como cualquiera de las posibilidades que no pasaron de tales, requiere para Willke la acción civilizadora de la razón (*Vernunft*). Gracias a ésta, se produciría la «civilización de la evolución», a la que no le faltaría, incluso, su matiz ético, si bien Willke no aclara qué sistema es en este caso el encargado de aportar los contenidos éticos (85). En cualquier caso, a Willke le parece verosímil la posibilidad de una «interrelación discursiva entre el Estado y los otros actores sociales», para la cual los medios de la acción estatal no sean ya los habituales del poder o el dinero, sino uno nuevo, a medio camino «entre la *moral situation* y el discurso racional» (86). Tal parece que, al fin, podremos olvidarnos de Hobbes.

(82) TEUBNER, G., y WILLKE, H.: *Kontext und Autonomie*, cit., p. 62.

(83) Explica, bellamente, Eligio Resta: «No es el *desencanto* el elemento predominante de esta teoría; en este plano, me parece mucho más relevante una refinada autoironía presente en este estilo cognitivo. La teoría de sistemas es capaz de explicar muchas otras teorías de la política, pero es, al mismo tiempo, sabedora de ser *una* teoría junto a las otras» (RESTA, E.: *Stili cognitivi della legittimazione*, en «Sociología del Diritto», 11, 1984, p. 78).

(84) Cfr. WILLKE, H.: *Der Staat am Verhandlungstisch*, cit., p. 311.

(85) WILLKE, H.: *Differenzierung und Integration*, cit., p. 269.

(86) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 63 y 64.

Y, ya que aparece la razón, no podía dejar de hacer acto de presencia su portador, su protagonista que en Luhmann es, todo lo más, entendido como presupuesto o instrumento de la acción de los sistemas, o como parte de sus condiciones «ecológicas» de posibilidad, pero no como su sujeto (87). Nos referimos al sujeto individual (88), que reaparece en Teubner como mediador activo entre la autopoiesis de los sistemas sociales (89).

### 3. OBSERVACIONES FINALES

Ya hemos aludido al alto grado de eclecticismo que se trasluce en las tesis del derecho reflexivo. Mientras que en Luhmann la coherencia teórica termina en aporía práctica, la orientación práctica del derecho reflexivo desemboca en incoherencia teórica.

Se le ha reprochado a esta doctrina un deficiente desarrollo de sus postulados básicos (90), así como una visión desenfocada de la realidad del derecho. En este sentido, parece llevar razón Nahamowitz cuando hace ver que en el derecho europeo actual las institucionalizaciones «reflexivas» de que hablan Teubner y Willke no son sino «islas en el mar de la normación tradicional» (91), o Blankenburg, cuando afirma que esos escasos desarrollos positivos de un derecho reflexivo no van parejos con una disminución de la producción normativa tradicional, sino con su aumento (92). También a la hora de juzgar ese aumento se impone la matización, pues, como dice Voigt, una parte de ese crecimiento normativo proviene de medidas protectoras de los ciudadanos más débiles, y garantes de la extensión de los llamados derechos sociales (93).

(87) Véase LUHMANN, N.: *Systeme verstehen Systeme*, cit., pp. 91-92.

(88) Es esta una de las cuestiones más controvertidas de la teoría de Luhmann. Véase, por ejemplo, LADEUR, K-H.: «*Abwägung*», *Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts*, Frankfurt/New York, Campus, 1984, pp. 160 y ss., y 223 y ss.; SCHEIT, H.: «*System*» und «*Subjet*»: *Der «liberale» Charakter der Systemtheorie Luhmanns*, en «*Zeitschrift für Politik*», 29, 1982, pp. 132 y ss.; TÖNNIES, S.: *Organismus und Freiheit. Der Verlust der Subjektivität in Luhmanns Systemtheorie*, en «*Recht Justiz-Kritik. Festschrift für Richard Schmid zum 85 Geburtstag*», Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 375 y ss.; FERRARI, V.: *I soggetti e la sociologia del diritto. Una nuova «Methodenstreit*», en «*RIFD*», 62, 1985, pp. 551 y ss.; HEJL, P. M.: *Die Theorie autopoietischer Systeme: Perspektiven für die soziologische Systemtheorie*, en «*Rechtstheorie*», 13, 1982, pp. 68 y ss., 82.

(89) Cfr. TEUBNER, G.: *Evoluzione giuridica ed autopoiesis*, en «*Sociologia del Diritto*», 13, 1986, pp. 210-211. También WILLKE, H.: *Three Types of Legal Structure*, cit., p. 292. Un modelo más complejo de la constitución gradual de los sistemas autopoieticos y del papel de los diversos discursos en su interrelación, se contiene en TEUBNER, G.: *Episodenvknüpfung*, cit., pp. 423 y ss., especialmente 432 y ss.

(90) Cfr. GÖRLITZ, A., y VOIGT, R.: *Rechtspolitologie*, cit., p. 36-37.

(91) NAHAMOWITZ, P.: «*Reflexives Recht*», cit., p. 34.

(92) BLANKENBURG, E.: *The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for «Reflexive Law»*, en «*Law and Society Review*», 18, 1984, p. 275.

(93) VOIGT, R.: *Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft*, en VOIGT, R. (ed.): *Verrechtlichung*, Königstein/Ts., Athenäum, 1980, p. 28.

Creemos, además, que hay un punto en el que las propuestas de política legislativa que Teubner y Willke realizan difieren de modo importante de las implícitamente contenidas en Luhmann, y resultan más criticables. En Luhmann, el derecho sirve a la garantía general de expectativas, y sabemos que en su ataque a la programación teleológica en el derecho, que considera prototípica del *Welfare State*, y su consiguiente defensa de la programación condicional, le pueden acarrear, en lo político, la crítica, seguramente motivada, de liberal, o, incluso, conservador. Pero no se podrá negar que en esas tesis de Luhmann se contiene una defensa de ciertos «valores» tenidos por básicos del derecho moderno: generalidad de las normas, seguridad jurídica, previsibilidad de las decisiones. Y esto es algo que desaparece con la propuesta de «programación relacional del derecho», de la que se reconoce que implica la disolución de los imperativos normativos rígidos y la superación de los mecanismos del Estado de derecho, tales como la generalidad de la ley o la preeminencia del control formal de legalidad. De esta forma, la razón de ser del derecho dejaría de situarse en el aseguramiento de expectativas (95).

De ahí que parezca deseable que lleve razón Münch, al presagiar que en el derecho continental la tradición jurídica, basada en un derecho general, aplicado por instancias independientes, apenas dejará sitio a la institucionalización del derecho reflexivo (96).

Por otra parte, la vena neoliberal o economicista de estos autores se manifiesta con particular claridad en su insistencia en la necesidad de frenar las pretensiones dirigistas de la política, desconociendo, o no poniendo suficientemente de relieve, que idénticas pretensiones caben perfectamente en otros sistemas, como el económico o el científico. Tal parece como si bastara con neutralizar la política y su arsenal jurídico, para asegurar una sociedad armónica, de sistemas angélicos, y regida, como no, por la «mano invisible».

Frente a esto, creemos que lleva razón Ingeborg Maus, cuando sostiene que no es el rigorismo formal del derecho el que permite el dominio de los mecanismos sistémicos sobre las estructuras comunicativas de la sociedad, sino que, por el contrario, este dominio resulta facilitado por un derecho débil y escasamente formal (97). A ello se añadiría la circunstancia negativa de que un derecho que no se expresa en contenidos, sino que delega el establecimiento de éstos en los diversos mecanismos de regateo coyuntural entre los actores sociales colectivos, es un derecho que sustrae esos contenidos a los procedimientos de su legitimación democrática y que priva de sentido a los fundamentos del control democrático del legislativo (98).

(94) WILLKE, H.: *Entzauberung des Staates*, cit., pp. 73, 79.

(95) WILLKE, H.: *Der Staat am Verhandlungstisch*, cit., p. 305.

(96) Véase MÜNCH: *Die sprachlose Systemtheorie*, cit., pp. 24-25.

(97) Véase MAUS: *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, cit., p. 279.

(98) Cfr. *ibíd.*

Probablemente no caben muchas salidas ante el creciente vaciamiento de los mecanismos democráticos y la crisis de la ley general como expresión de la voluntad popular, ante la acometida de intereses y grupos que se expresan por otros cauces menos transparentes. Una, que se nos antoja defendible, aunque pueda, paradójicamente, merecer para alguno el calificativo de conservadora, consistiría en preconizar la defensa a ultranza de los fundamentos del moderno Estado democrático y de la mayor pureza posible de sus resortes representativos, sin perder de vista, ante todo, que por importantes que sean las actuaciones corporativas y los intereses sectoriales, como factor de crecimiento (¿progreso?) social, jamás justifican, desde la ética subyacente a lo mejor del pensamiento clásico sobre el Estado y el derecho, el ocaso del individuo como portador de un derecho básico a maximizar sus posibilidades de realización personal y como poseedor de una expectativa legítima a co-regir, con las menos mediaciones posibles, los destinos colectivos.

## II

# DOS SIGLOS DE LA «CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA»

