

Justicia e igualdad en Luhmann

Por JESUS IGNACIO MARTINEZ GARCIA

Zaragoza

Se presenta en este estudio un análisis de los planteamientos de Luhmann en torno a los problemas de la justicia y los derechos fundamentales. El interés directo que lo ha guiado ha sido un examen del principio de igualdad, que tradicionalmente se ha considerado como el núcleo de la justicia y además se ha introducido en la legislación como un derecho fundamental con importantísimas ramificaciones en todo el ordenamiento jurídico. Pero en Luhmann hay una concepción muy abstracta y peculiar del principio de igualdad, a la vez que de la justicia y del sentido de los derechos fundamentales, dentro de un marco teórico que en aspectos decisivos le hace distanciarse de las opiniones más extendidas en el ambiente jurídico. La justicia no es aquí un concepto ético, los derechos fundamentales no son justicia positivada, la igualdad no es un valor ni constituye el contenido de la justicia. Conexiones de ideas muy arraigadas se rompen así, para intentarse unas relaciones nuevas, resultando obligado tratar de otras muchas cosas.

Nada de esto puede entenderse ni juzgarse independientemente del modo en que Luhmann concibe el derecho y sin tener presentes algunos de sus presupuestos metodológicos. Lo que podría parecer un largo rodeo por cuestiones previas permitirá además ver en el esquema igual-desigual un elemento epistemológico de largo alcance en la dinámica de los sistemas, del que el principio jurídico de igualdad es un caso particular. La igualdad no es aquí un derecho fundamental más sino un elemento estructural de todo el derecho y su estudio proporciona una lucidez especial desde la que algunas de sus estrategias adquieren transparencia, como se verá al final.

Tras su crítica al mundo heredado de la Ilustración, que en buena medida pervive en el derecho, quizá más que en otros ámbitos de la cultura, se tiene cierta sensación incómoda de estar en precario, por más que los grandes principios jurídicos aparezcan reconvertidos y reciclados en una poderosa maquinaria sistemática. Pero esta precariedad ya no puede tener el *pathos* existencialista. Se entra en una racio-

nalidad instalada precisamente en la contingencia, y su inseguridad es semejante a la producida en el sistema económico, con el que el derecho tiene notables parecidos. Tan lejos de la estrategia irracionalista como de la utopía confortadora, se busca una operatividad que no puede limitarse a ser, como a veces se ha pensado, consagración del *statu quo*, aunque sólo sea por la claridad de su *Beobachtung* y la eficacia de sus diagnósticos. Aunque como esta teoría es una *work in progress*, a pesar de su impresionante coherencia resulta difícil evitar algunas inseguridades conceptuales y terminológicas.

Advierte Luhmann que quien se ocupa de los derechos fundamentales, y podríamos decir lo mismo de la justicia, no puede tratar sólo de eso (1). Realmente son ya pocos los que se introducen en estas regiones del continente jurídico sin ir pertrechados de un bagaje de elementos históricos, sociológicos y filosóficos. Sabemos que en las alturas de la pirámide kelseniana un razonamiento estrictamente jurídico suele resultar escuálido. El vértice, envuelto en las nubosidades de la *Grundnorm*, sólo en contadas ocasiones se hace visible a una mirada normativa. Pero frecuentemente estos materiales extrajurídicos, recopilados de manera un tanto azarosa y arbitraria, sólo se prestan a un ejercicio de *art decò*, embelleciendo un esquema básicamente formalista. Es, con todo, una dosis de buena disposición y de cultura general que, aun a riesgo de empañar la *elegantia juris*, suele bastar para tranquilizar la conciencia del jurista más o menos puro.

Por el contrario, las observaciones de Luhmann remiten a un *Hintergrund* teórico tan compacto y elaborado que constituye un auténtico ejemplo de tecnología pesada. Se trata de la *Systemtheorie*, ese ambicioso proyecto epistemológico de funcionalismo estructural (revisión crítica del estructuralismo funcional de Parsons) que en sus más recientes configuraciones ha acentuado los elementos autorreferenciales, inspirándose en las teorías biológicas de la *autopoiesis* (Maturana y Varela). Se hará por ello necesario referirse a algunos rasgos de este pensamiento, en cierta medida ya accesible en español, para abordar los problemas de los derechos fundamentales, en particular la igualdad, y de la justicia (2).

(1) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2.ª edic., Duncker und Humblot (Berlín, 1974), pág. 201. Sigue sin modificaciones la primera edición de 1965.

(2) Se encuentran ya traducidas las siguientes obras de N. LUHMANN: *Ilustración sociológica y otros ensayos*, trad.: H. A. Murena, Sur (Buenos Aires, 1973), 284 págs.; *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad.: J. Nicolás, Editora Nacional (Madrid, 1983), 349 págs.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad.: L. de Otto, CEC (Madrid, 1983), 153 págs.; «El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 25 (1985), págs. 87-103; «Participación y legitimación: Ideas y experiencias», en *La participación, Anuari de la Facultat de Dret* (Lérida, 1985), págs. 11-21. Escaso interés para nuestra materia tiene *El amor como pasión: La codificación de la intimidad*, trad.: J. Adsuar, Península (Barcelona, 1985), 239 págs. De los fragmentos citados en el texto de los que no hay versión española la traducción es mía. La bibliografía española sobre Luhmann es aún muy escasa. En el campo de la filosofía del Derecho, ha sido pionero en su estudio A. OLLERO con las siguientes obras: *Derecho y sociedad: Dos reflexiones en torno*

La teoría de Luhmann une a su notable ambición teórica la capacidad de irritar a la mayor parte del pensamiento jurídico, sobre todo al basado en un cierto humanismo. Critica fuertemente las interpretaciones de la justicia y los derechos fundamentales considerados como valores de carácter ético. Declara que hacer de la justicia un principio moral es desvirtuarla (3); que presentar los problemas de justicia como conflictos de valores para buscar luego un compromiso (como cuando se contraponen libertad e igualdad) es un planteamiento que no puede llevar a soluciones, sino sólo a una utilización dialéctica de los términos en juego (4); que la justicia es algo tan general que debido a su abstracción nadie rechaza, pero que no tiene capacidad discriminatoria y no sirve como criterio de argumentación ni de decisión (5); que la semántica de la justicia no se ha adaptado a los cambios evolutivos del derecho y que resulta ser, según las distintas ambiciones políticas, un mero concepto decorativo o de protesta, relegado en todo caso a funciones secundarias (6).

a la filosofía jurídica alemana actual, Editora Nacional (Madrid, 1973), especialmente págs. 120 y sigs., 143 y sigs.; «“Systemtheorie”: ¿Filosofía del Derecho o Sociología Jurídica?», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 13 (1973), págs. 147-177; «La paradoja del funcionalismo jurídico: ¿Derecho función del “sistema” social o función del derecho en la vida social?», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII (1973-1974), págs. 97-105. De este último trabajo hay también versión en francés: «La fonction technocratique du droit dans la “Systemtheorie” de Niklas Luhmann», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLI, 4 (1975), págs. 557-566, y traducción alemana en el volumen colectivo: V. RONGE y U. WEIHE (eds.), *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, Piper und Co. (München, 1976), 297 págs. También pueden verse los comentarios de J. J. GIL CREMADES en dos artículos: «Razón práctica y razón jurídica», en *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 17 (1977), págs. 14-17, y «La motivación de las decisiones jurídicas», en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, Universidad Nacional Autónoma (México, 1980), págs. 422 y sigs. Se analizan igualmente aspectos de la teoría de Luhmann en los trabajos de J. A. GARCÍA AMADO, «Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1985), págs. 307 y sigs., y «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», en *Ibidem* (1986), págs. 174 y sigs. Una breve referencia se encuentra en J. I. LACASTA ZABALZA y A. SERRANO GONZÁLEZ, «El Tribunal Constitucional ante los derechos de la mujer: consideraciones sobre un equilibrio inestable», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 12 (1986), pág. 173. En obras generales sobre teoría de sistemas se encuentra alguna información sobre Luhmann. Conozco las de R. GARCÍA COTARELO, *Crítica de la teoría de sistemas*, Centro de Investigaciones Sociológicas (Madrid, 1979), 166 págs., y F. PARRA LUNA, *Elementos para una teoría formal del sistema social*, Edit. Univ. Complutense (Madrid, 1983), págs. 83-85. Son también de interés: R. DE AGAPITO SERRANO, «Ciencia política y sociología (La “ilustración sociológica” de N. LUHMANN)», en *Revista de Estudios Políticos* (1978), 2, págs. 107 y sigs.; J. E. RODRÍGUEZ-IBÁÑEZ, *El sueño de la razón: La modernidad a la luz de la Teoría Social*, Taurus (Madrid, 1981), sobre la polémica Habermas-Luhmann en págs. 198 y sigs., y F. VALLESPÍN OÑA, «Crisis de la democracia y Estado Social», en *Estudios en homenaje a F. Murillo Ferrol*, vol. I, CEC (Madrid, 1987), págs. 253 y sigs.

(3) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en *Rechtstheorie* (1973), 2, pág. 167.

(4) Cfr. *Ibidem.*, pág. 164 y N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., pág. 163. En esta última obra opina que los valores no son operativos en una discusión Este-Oeste, cfr. pág. 198.

(5) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., págs. 133, 143-144.

(6) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, A. Metzner Verlag (Frankfurt am Main, 1986), pág. 42.

Parecen reafirmarse las actitudes irracionalistas que con acentos distintos ocupan gran parte del pensamiento jurídico de los últimos tiempos: las críticas de Kelsen al derecho natural, los exabruptos de Ross, los emotivismos inspirados en Ayer y Stevenson, el decisionismo del primer Perelman, o las teorías que Rawls califica de intuicionistas, por citar algunos ejemplos significativos (7). Pero hay un estilo nuevo en los juicios de Luhmann: no se trata tanto del clásico problema, tan debatido por los analíticos, del puesto de la razón en la ética como de la denuncia de falta de operatividad, de pérdida de funcionalidad. Y lo decisivo viene a partir de aquí, en la *pars construens* de la teoría, tras la tarea polémica de desalojo y demolición. Se trata de redefinir la justicia como algo específico (*Sonderkriterium*) para el sistema jurídico ya socialmente diferenciado, y los derechos fundamentales no como valores sino como mecanismos jurídicos al servicio de la estabilidad y estructuración del derecho.

Luhmann aparece como un nuevo *maître à penser* que en nombre de una metodología superior exige replantear el rutinario y poco operativo arsenal conceptual adoptado por los juristas (*umdenken, Umformulierung*). Reivindica un nuevo tipo de ilustración que parece suponer un cambio de paradigma con respecto a los hábitos más extendidos, exhibiendo la seguridad de quien se ha distanciado de lo que irónicamente llama *alteuropäisches Denken*.

La tarea no es fácil, pues el *Systemdenken* exige hablar el lenguaje del sistema, que es experto en construir y fingir realidades y otras astucias; implica jugar su propio juego sin poner en cuestión las reglas o haciéndolo sólo a través de esas mismas reglas. De todas formas al jurista se le supone sobrada capacidad para esto pues es ya avezado experto en hablar de derecho desde el mismo derecho, en cambiar el derecho con el derecho, en ganar libertad operando precisamente dentro del dogma y a la vez que lo refuerza (8).

Se requiere además destreza en un pensar referido a procesos, relaciones, intercambio de comunicaciones y realidades fluidas, para lo que el jurista se encuentra en desventaja gracias a su tradición habituada a lo sólido y estable y a las dicotomías. Aquí se potencian los dinamismos, las posiciones aparecen como fungibles perdiendo su consistencia óptica y los acontecimientos no son vistos como realidades firmes sino como selección estratégica entre otras posibilidades (9). Aun-

(7) Cfr. H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, trad.: A. Calsamiglia, Ariel (Barcelona, 1982), 283 págs.; A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, trad.: G. R. Carrió, 2.ª edic., Eudeba (Buenos Aires, 1970), 375 págs.; Ch. L. STEVENSON, *Ética y lenguaje*, trad.: E. Rabossi, Paidós (Buenos Aires, 1971), 308 págs.; Ch. PERELMAN, *De la justicia*, trad.: R. Guerra, Univ. Autónoma (México, 1964), 78 págs.; J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad.: M. D. González, FCE (México-Madrid-Buenos Aires, 1979), 649 págs.

(8) Cfr. N. LUHMANN, *Sistema jurídico...*, cit., págs. 28-30.

(9) El pensamiento de Kelsen (al fin y al cabo uno de los representantes más representables del neokantismo jurídico), que refleja muy bien la *forma mentis* dominante, es consolidación de escisiones y ha sido negativo en cuanto a pensar procesos y relaciones, pues parte de dicotomías en una lógica claramente binaria y mecanicista (ser-deber ser, supuesto de hecho-consecuencia jurídica, norma superior general y abstracta-nor-

que también convendrá ponerse en guardia contra el sistema como tal, no sea que entre tanto dinamismo e inestabilidad se refugie nuestra necesidad de seguridad en la misma estructura de la teoría. Habrá que advertir que los sistemas sociales no sólo no son realidades naturales sino formadas en una historia de interacción humana, sino que en parte están siendo construidos por el propio teórico en el momento en que los estudia, como modelos explicativos de su laboratorio.

El sistema en su ambiente

Ante todo conviene precisar el concepto de sistema, por su centralidad y porque entre juristas se corre el riesgo de entender apresuradamente algo así como una estructura normativa, ordenamiento jurídico o *legal system*, en cualquiera de las teorías más familiares.

De entre las muchas definiciones de sistema que se encuentran dispersas por las obras de Luhmann podemos partir de una de las más concisas. Sistemas son «identidades que se conservan en un ambiente complejo y cambiante por medio de la estabilización de una diferencia de los planos interior y exterior» (10). Se trata precisamente de sistemas sociales, de sistemas de acción, entendiendo por acción «todo comportamiento orientado con sentido y dotado de repercusión exterior», con lo que son sistemas que «se componen de acciones concretas de una o varias personas y que se delimitan con respecto a un ambiente por medio de relaciones de sentido entre estas acciones» (11). Estructuras de todo tipo —familias, empresas, sociedades, iglesias, estados— se conciben como complejos sistemas de acción que para mantenerse en su medio ambiental deben resolver múltiples problemas. Son realidades extraordinariamente dinámicas hechas de actividad, de flujos e intercambios, y para entenderlas es preciso servirse de conceptos

ma inferior particular y concreta, derecho objetivo-derecho subjetivo, derecho público-derecho privado, derecho-moral). Pero Kelsen es lo suficientemente agudo para sentir malestar ante estos esquemas (que percibe como incoherencia lógica) y emprende la tarea de redefinir o identificar los términos contrapuestos, a la vez que abstrae y espectraliza el derecho. Ser y deber ser son dos metodologías, pues en la realidad están implicados mutuamente; propone una visión de la norma en la que la sanción es el contenido y se dirige a los órganos del Estado logrando así una especie de monismo normativo; explica que la creación de una norma y la interpretación y aplicación son estructuralmente lo mismo; el derecho subjetivo y el objetivo aparecen como puntos de vista; todo derecho es derecho público; la norma fundamental es la vez ser y deber ser. A pesar de diseñar una nomodinámica no hay procesos sino identidades y polaridades. Desde otros planteamientos puede verse una comparación entre Kelsen y Luhmann en H. DREIER, «Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive», en *Rechtstheorie*, 14 (1983), 4, págs. 419 y sigs., y F. OST, «Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, 31 (1986), págs. 141 y sigs.

(10) N. LUHMANN, *Fin y racionalidad...*, cit., pág. 163.

(11) *Ibidem.*, pág. 10. Los conceptos fundamentales del pensamiento de Luhmann aparecen definidos en muchas de sus obras. En este sentido *Rechtssoziologie*, 2.^a edic. ampliada, Westdeutscher Verlag (Opladen, 1983), 385 págs., es especialmente significativa, así como *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1984), aunque conviene actualizar con *Die soziologische Beobachtung...*, cit., por lo que respecta a elementos de la llamada autopoiesis.

—como se observa en estas definiciones— implicados recíprocamente y en tensión: identidad-diferencia, exterior-interior, sistema-ambiente, estabilidad-evolución, y otros un tanto misteriosos como el de sentido (*Sinn*).

Con un lenguaje de mayor plasticidad podemos decir que los sistemas tienen algo así como un instinto de autoconservación, lo que no significa fixismo o conservadurismo, aunque haya sido blanco de tantas críticas de los partidarios de las sociologías del conflicto, pensando que a pesar de todo se sobrevaloran elementos de consenso y estabilidad.

El sistema es un fragmento de mundo (*Weltausschnitt*) que se desenvuelve en un ambiente o entorno (*Umwelt*), constituido entre otras cosas por sistemas, que le hace posible actuar y también le plantea continuos problemas. El ambiente le mantiene y le desafía a la vez con su complejidad y su contingencia. Complejidad y contingencia son los dos atributos del mundo: el exceso de posibilidades que ofrece frente a la realidad más limitada del sistema y la inestabilidad de todo lo que hay. La vida del sistema supone reducir complejidad y prepararse frente a la contingencia, es decir, seleccionar y defenderse de los peligros de decepción. La concepción clásica y estática del sistema como una totalidad constituida de partes, que dirige la atención del estudioso hacia su interior, y que ve la racionalidad como ausencia de contradicciones, se ha superado aquí por una teoría funcional de las mutuas relaciones entre sistema y ambiente, para la cual los sistemas son identidades complejas que intentan mantenerse en un medio intrincado y fluctuante.

En cuestiones de derecho esto implica tanto una crítica a la concepción formalista y cerrada del sistema jurídico, centrada en una normatividad que puede estudiarse independientemente, purificada de adherencias extrajurídicas (Kelsen), como a las diferentes concepciones sociológicas que ven el centro de gravedad del derecho en la sociedad (Marx, Ehrlich). Las relaciones funcionales sistema-ambiente, en su reciprocidad y simultaneidad, concebidos ambos como variables y también con cierta autonomía, no se pueden reducir al elemental esquema de causa-efecto (12). Y mucho menos el centro de gravedad del derecho estará más allá del mundo, en los valores de un iusnaturalismo abstracto, como han defendido tantas teorías de la justicia. Por otra parte piensa Luhmann —a quien como se ve no falta audacia— que el marxismo carece de radicalidad, no política sino teórica, puesto que sus instrumentos conceptuales no están a la altura del actual desarrollo científico y social. No es la crítica de la dominación en el campo político y económico sino el análisis sistema-ambiente lo que permite responder a los apremiantes problemas de la actualidad (13).

(12) Cfr. N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 179. Con el giro autopoietico se vuelve en parte a una teoría de sistemas cerrados.

(13) Cfr. N. LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, Olzog (München-Wien, 1981), págs. 17-18. Esperemos que la respuesta de la *Systemtheorie* no sea sólo en favor de una realidad más operativa y haya también otro tipo de crítica.

El sistema metaboliza el ambiente, absorbe múltiples realidades, actualiza selectivamente el potencial de posibilidades del mundo, posee diversas estrategias de asimilación, de neutralización y de indiferencia, y en esta actividad se ve obligado a modificarse, llegando incluso a generar subsistemas. Los subsistemas, diversificando, hacen el conjunto muy selectivo y consiguen aislar determinados estímulos procedentes del ambiente que podrían ser peligrosos si repercutieran sobre el todo, neutralizando y ganando tiempo en situaciones críticas, e intensificar otros que resultan favorables.

Los sistemas son maquinarias de selección y por lo tanto productores de latencia, y no sólo fragmentos de realidad sino verdaderos constructores de realidad. Para orientarse en un ambiente múltiple es necesario elegir y por ello los sistemas están hechos de elecciones sucesivas y referidas entre sí. Hay algunas que se toman como puntos de partida, que no se problematizan, y hacen posible y potencian ulteriores procesos selectivos. Estas preselecciones constituyen la estructura del sistema, escogiendo aquello sobre lo que será posible escoger de nuevo (doble selectividad). La estructura aspira a ser estable, capaz de resistir las variaciones y acogerlas; aspira a ser a la vez variable e invariable. Y este orden interno estructuralmente predelineado sólo es comprensible desde la específica función de reducción de complejidad que compete a cada sistema, frente a consideraciones exclusivamente intrasistemáticas, que verían aquí no una forma peculiar de racionalidad sino puro decisionismo.

Ni que decir tiene que Luhmann evita en lo posible este lenguaje de tantas connotaciones organicistas y mecanicistas —aquí mera licencia expositiva— expresándose de un modo muy abstracto y tecnificado, en lo que se cifra gran parte de la dificultad de sus escritos pero también su extraordinario alcance. Prefiere los conceptos a las imágenes, y en cuanto a éstas sólo utiliza algunas de elevadas posibilidades lógicas: sensibilidad del sistema y absorción ante la irritación producida por el entorno, resonancia del mundo circundante en las múltiples cavidades del sistema (imágenes musicales que le permiten hablar también de *tempo* y ritmo), traducción de complejidad externa a complejidad interna de modo que los problemas son astutamente redefinidos como problemas del sistema (14).

De la ilustración de la razón a la ilustración sociológica

En Luhmann no encontramos ninguna propuesta de tipo kantiano, recuperadora de la persona humana con los valores intrínsecos de racionalidad y dignidad, de los que todos participan por igual. No se pretende construir ningún dispositivo como la *original position* rawlsiana que elimine distorsiones de la naturaleza humana y permita un razonamiento fiable sobre la justicia. No hay ninguna añoranza de una ha-

(14) Cfr. N. LUHMANN, *Soziologische Beobachtung...*, cit., págs. 13-14; *Grundrechte...*, cit., págs. 99, 153; *Macht*, F. Enke Verlag (Stuttgart, 1975), pág. 84.

bermasiana situación ideal de diálogo que represente el triunfo de una razón reconciliadora frente a todo particularismo. No se postula un auditorio universal a lo Perelman, abriendo la retórica a la verdad. La *Systemtheorie* no apela ya a la centralidad de la razón humana, que postuló el pensamiento ilustrado y que pervive en los neocontractualismos. Lo que ilumina, según Luhmann, ya no puede ser la razón, que liberada se despliega en una comunicación privada de coerciones, sino sólo un aumento efectivo del potencial humano para la comprensión y la reducción de la complejidad (15).

La racionalidad con la que trabaja esta teoría no es una propiedad ontológica del sujeto individual, sino la capacidad que tiene el sistema de regular sus propias transformaciones en un contexto inestable. Se descubre así un nuevo modo de producción de racionalidad, la racionalidad sistémica, con lo que se abre también un nuevo estilo de crítica: a la ilustración de la razón sucede la ilustración sociológica. Y la primera queda ya como modesta e ingenua «pues sólo los sistemas pueden servir como medios de la ilustración, no el público que discute libremente» (16).

La ilustración sociológica tiene una de sus mayores virtualidades en la detección de funciones latentes, lo que realiza con especial fuerza en el campo de los derechos fundamentales. Así, el derecho al voto no debe ser entendido como una consecuencia del principio de libertad individual, como cauce eficaz para la expresión de intereses concretos, teniendo en cuenta además que Luhmann tiene una particular visión de la libertad como imputabilidad; su función latente es más bien asegurar la diferenciación interna del sistema político en los subsistemas político (juego de partidos) y burocrático (Parlamento, Administraciones, Tribunales, en tanto que piensan y deciden programáticamente) garantizando a sus titulares solamente un papel de meros partícipes en el sistema político con una limitadísima capacidad de influencia en sus decisiones, pero generando legitimidad y sirviendo de coartada para que el sistema político exija la obediencia (17). Del mismo modo el derecho a la propiedad no tutela efectivamente la personalidad, ni la necesidad de bienes materiales; únicamente garantiza un papel de abstracto partícipe en el sistema comunicativo de la economía, necesario para que el sistema adquiera estabilidad e indiferencia (18).

Se descubre por lo tanto la función de estos derechos en tanto que derechos formales, que no son palabras vacías como para algunos críticos de la democracia formal, sino elementos sistémicos importantes

(15) Aunque ya no completamente actual sigue siendo interesante la polémica entre los dos tipos de ilustración tal como aparece en J. HABERMAS y N. LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1971), 405 págs.

(16) N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., págs. 115. El ensayo titulado precisamente «Ilustración sociológica», págs. 92 y sigs., puede leerse como un contrapunto al conocido escrito de I. KANT, «Respuesta a la pregunta ¿qué es Ilustración?», en *Filosofía de la Historia*, trad.: E. Estiú, E. Nova (Buenos Aires, 1964), págs. 58 y sigs.

(17) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 148, 153-154.

(18) Cfr. *Ibidem.*, pág. 120.

y activos, pero nada más, y sólo retóricamente pueden ser presentados con un contenido material al uso. «Mientras la ilustración de la razón había intentado fundamentar el derecho como derecho natural (aun cuando sólo en la forma subjetiva de un derecho de la razón) —escribe Luhmann—, le correspondió a la ilustración sociológica proponer una teoría del derecho positivo (19). Los derechos fundamentales no son derechos humanos, derechos basados en atributos del hombre en cuanto portador de unas exigencias metafísicas, sino mecanismos jurídicos positivos, perfectamente explicables en la lógica de los sistemas, sin recurrir a un trasfondo ético.

En cualquier caso no se patrocina ningún nuevo humanismo, pues el sujeto humano concreto aparece aquí no por encima o más allá del sistema, sino como un equivalente funcional para esos macrosujetos sistémicos, como un fenómeno intercambiable y fungible. El actuar del hombre está además fragmentado en una constelación de sistemas que se han ido diferenciando con una lógica propia. Los sistemas sociales no están formados por hombres sino por acciones dirigidas por expectativas: «Para los sistemas los hombres son siempre medios» (20).

A un nuevo tipo de racionalidad corresponde una nueva subjetividad ostentadora o, en nuestro caso mejor, productora de la misma, que es el sistema. No se trata pues de un pensamiento sin sujeto, sin referente, sino que el sujeto es aquí bien distinto del estudiado por el racionalismo clásico. La realidad social no es una red con puntos conectados de modo múltiple, en la que no hay ningún centro ni cabe distinguir entre dentro y fuera (Deleuze), sino un ámbito articulado por sistemas que tienen una propia estructura y una cierta autonomía.

Verdad y autorreferencia en sistemas autocreadores

Luhmann reclama para sí una metodología postontológica, entendiendo por ontológico un pensamiento sustancialista y básicamente estático. Identidad del sistema no es fixismo, exclusión de otras posibilidades, sino mantenimiento de la función de orden propia del sistema, para lo cual sus prestaciones son intercambiables, sustituibles por otras funcionalmente equivalentes —lo que tiene gran interés en el estudio del principio de igualdad—, permitiendo un razonamiento comparativo de soluciones posibles. Estabilidad no es inmutabilidad, sino invarianza relativa pensable sólo como relación entre el sistema y un universo cambiante. Racionalidad no es búsqueda de verdades universales, de principios válidos para todos, de *a priori* evidentes o fundados en una certeza intersubjetiva, pues así se limitaría nuestro potencial de comprensión y acción; racionalidad es la capacidad del sistema de encontrar soluciones a los problemas cambiantes, reduciendo complejidad y estabilizándose en un mundo fluctuante. Por ello racionalidad no es descubrimiento de algo que está ahí, sea en la realidad o en

(19) N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 125.

(20) *Ibidem.*, pág. 82.

el mundo de la lógica, sino producción, creación, como cada vez más se destaca en la teoría de Luhmann.

Aquí es necesario introducir nuevos elementos dentro de una teoría de los llamados «medios de comunicación generalizados simbólicamente». Los sistemas sociales están hechos ante todo de comunicación, en el sentido no sólo de intercambio lingüístico sino también de acción que da Luhmann a este término. La verdad y el poder (y también el amor, el dinero, la fe, etc., que no interesan para nuestro estudio) no son realidades preexistentes sino construidas; son medios de comunicación que aseguran en su ámbito la transmisión de los efectos de las selecciones realizadas por el sistema, de la complejidad reducida (21).

Verdad y poder son tipos de procesos de comunicación sujetos a un código generalizado, es decir independiente de los que lo utilizan, con un esquematismo binario y con un gran papel orientador. La verdad-falsedad no es primariamente una propiedad de una idea o de una proposición, ni el poder-no poder una cualidad de alguien. La asignación del valor verdad a algo o del poder a su titular está regulada por un código, que por otra parte es contingente y evoluciona, que determina todas las implicaciones correspondientes, hace hablar cierto lenguaje y actuar de determinada manera. Con Wittgenstein se podría hablar aquí de juegos de lenguaje y formas de vida con una lógica y una actividad peculiar. Se trata de algo estructural: por ejemplo el que tiene poder no lo crea sobre el que está sujeto sino que ambos son creaciones del poder, ambas partes actúan (*doppelkontingenter Selektivität*) pero sólo a una se le imputa lo que ocurre (22).

La verdad se refiere a las condiciones de todo aquello que nadie puede negar sin dejar de ser individuo racional y opera dentro del sistema ya diferenciado de la ciencia. Los mecanismos de verdad no se refieren a la individualidad de las personas (como el amor), ni al *status* o papel social, ni a la capacidad de conseguir algo (como el poder), sino al hombre como tal. «En las cuestiones de verdad —precisa Luhmann— está el hombre implicado como sujeto, es decir como alguien a quien se toma en cuenta en tanto que portador del sentido del mundo» (23), expresión que sugiere la esforzada figura de Atlas. Pero en su opinión los juicios de valor, y entre ellos los referentes a la justicia, se han segregado ya del ámbito de la verdad, con lo que se concuerda con el planteamiento tan difundido por la filosofía analítica de que las prescripciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas, sino sólo objeto de adhesión o decisión, ya que al no haber referente externo no cabe certeza científica (24). No se trataría de un mundo que soportar sino de un mundo que crear, aunque no con un voluntarismo decisionista sino con una lógica sistémica. La convergencia de teoría y praxis propugnada por Habermas se presenta por tanto como muy pro-

(21) Cfr. *Ibidem.*, págs. 174 y sigs.

(22) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., págs. 15 y sigs.

(23) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand (Darmstadt, 1975), pág. 24.

(24) Cfr. N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 175.

blemática (25). El mecanismo de la verdad ya no es un medio adecuado para la transmisión de complejidad reducida en materia de juicios de valor. Y esto exige redefinir los valores jurídicos, especialmente la justicia, al margen de la sintaxis de lo verdadero, con un perfil nuevo. Se tratará de ubicarse decididamente en el ámbito de las decisiones, de lo contingente, de la positividad del derecho. La teoría de sistemas ante el viejo problema de la razón en la ética no cae en un irracionalismo decisionista ni se limita a la racionalidad *soft* de la argumentación razonable, sino que articula una peculiar racionalidad sistémica.

Por otra parte el poder en tanto que medio de comunicación hace posible la transmisión de la reducción de complejidad operada por ciertas decisiones independientemente de la voluntad de los sometidos a ese poder. Los mecanismos del poder, separados de los de la verdad, reclaman una *ratio* propia —como en la autonomía del sistema político discutida desde el renacimiento— que abre de modo nuevo el difícil problema de la legitimación, cuestión que ya no podrá ser resuelta a través de la verdad, debiéndose utilizar otros códigos y así el usual aunque poco significativo de conservador-progresista (26). Pero Luhmann destaca un fenómeno que ha pasado desapercibido al pensamiento tradicional: el poder normalizado, el poder jurídico, produce estructuralmente legitimidad, independientemente de su directa vinculación a determinados valores o de la clara aceptación de los sometidos a él (27).

Escribe Luhmann programáticamente: «Una teoría que se fija como meta la comprensión y reducción de la complejidad debe renunciar a los axiomas y, por lo tanto, debe ser traducida del lenguaje de los axiomas al lenguaje de los problemas y sus soluciones» (28). El centro es precisamente el problema y el *Systemdenken* es también un *Problemdenken*, como la tópica de Viehweg, aunque, como se ve, de un modo muy distinto (29). Se han sustituido los fundamentos últimos y sólidos en los que tantas metodologías pretenden centrarse por la figura del problema, y el problema fundamental es *Komplexität*, verdadero *Leit-motiv* de este pensamiento.

En esta lucha con los problemas, y sin contar con axiomas ni asi-

(25) Cfr. J. HABERMAS, *Teoría y praxis*, trad.: D. J. Vogelmann, Edit. Sur (Buenos Aires, 1966), págs. 127 y sigs., que sigue siendo significativo a pesar de las últimas transformaciones de su pensamiento.

(26) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., pág. 57.

(27) Se trata de la legitimación procedimental que se estudia en N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, cit.

(28) N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., pág. 111.

(29) Cfr. Th. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad.: L. Díez-Picazo, Taurus (Madrid, 1964), 143 págs., que comparativamente con la teoría de Luhmann resulta un pensamiento escasamente articulado. También hay muchos paralelos con J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad.: E. Valentí, Bosch (Barcelona, 1961), 498 págs. Hay una referencia en N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 38. A pesar de todo reconoce que en la estructura de un derecho moderno las reglas de la retórica han sido relativizadas por la sistematicidad interna del derecho: «El derecho ya no es ninguna lucha —tampoco ninguna lucha de *topoi* y argumentos—, sino un orden regulado abstractamente», *Rechtssoziologie*, cit., págs. 178-179.

deros externos sino sólo con su propia experiencia, el sistema se recrea a sí mismo generando mecanismos autorreferenciales y desplegando un tipo de circularidad que en algunos aspectos recuerda a la de la hermenéutica. Se trata de adoptar una estrategia reflexiva, empleando procesos sobre sí mismos, con lo que se potencian (incluso en el sentido matemático de potencia) los efectos de las selecciones operadas por el sistema y aumenta la fuerza del mismo, que además consolida su situación estabilizándose mejor. Ejemplos de reflexividad son hablar sobre el lenguaje, definir conceptos, producir medios de producción, enseñar pedagogía, investigar sobre la investigación (metodología) y —citando algunos casos interesantes para nuestro tema— decidir sobre premisas de decisión, revalorizar valores, hacer normas sobre normas (las *secondary norms* de la teoría de Hart, que aumentan las posibilidades normativas, en especial las normas de cambio que concilian la seguridad con la imprevisión) (30).

Luhmann habla cada vez más de sistemas autorreferenciales y autopoieticos (*selbstreferentieller autopoietischer Systeme*), inspirándose en teorías biológicas, que son «sistemas que en todas sus operaciones se refieren siempre a sí mismos, de modo que no pueden producir ninguna referencia externa sin autorreferencia, y todos los elementos de los que se componen (por ejemplo macromoléculas, células, impulsos nerviosos, comunicaciones, decisiones) se reproducen a sí mismos a través de los elementos de los que se componen» (31). El derecho reúne precisamente estas características pues «es uno de los muchos campos en que la comunicación social no sólo discurre, sino que se comunica extensivamente sobre sí misma» (32). En los sistemas autorreferenciales todo lo que ocurre tiene un componente circular y cerrado, haciéndolos compactos y muy estables, reafirmando y recreándose a sí mismos. En cuanto a su reproducción son sistemas cerrados, pero también están abiertos en tanto que experimentan las perturbaciones y estímulos procedentes del entorno: autorregulan tanto su dependencia como su independencia. El sistema jurídico constituye su unidad combinando cierre normativo y apertura cognitiva, en una simbiosis específica (33). Funcionan tautológicamente y trabajando con paradojas internas —para el sistema jurídico es derecho lo que él mismo dice que es derecho; sus limitaciones son autolimitaciones; el derecho es válido porque podría ser modificado, con lo que la validez se basa en la posibilidad de su negación— aunque desde sí mismos (*Selbstbeobachtung*) eluden estas constataciones que serían bloqueadoras. Desde fuera

(30) Cfr. N. LUHMANN, *Ilustración sociológica...*, cit., págs. 172 y sigs.

(31) N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., págs. 11-12. Para V. FERRARI, «I soggetti e la sociologia del diritto. Una nuova "Methodenstreit"», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (1985), 4, pág. 556, un sistema abierto no puede ser autorreferencial y aquí habría una *contradictio in adiecto*. Sobre las implicaciones y problemas de una visión autopoietica del derecho cfr. G. TEUBNER, «Evoluzione giuridica ed autopoiesi», en *Sociologia del Diritto*, 2-3, págs. 199-214.

(32) N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 11.

(33) Cfr. N. LUHMANN, «L'unité du système juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 31 (1986), págs. 186 y sigs.

(*Fremdbeobachtung*) es posible ver de otra manera cómo el sistema dirige sus operaciones y se desenvuelve con sus propias tautologías y paradojas (la actividad del sistema consiste en una *Enttautologiesierung* y *Entparadoxierung*) (34).

Pero al contrario de lo que postularía una teoría de corte trascendental no hay ninguna posición para la observación externa que sea la única correcta, sino una pluralidad de perspectivas posibles, y aunque variados observadores intenten juzgar las entradas y salidas del sistema, sus fallos, sus costos, no se puede lograr ninguna legitimación desde fuera (35). Tradicionalmente se intentaba evitar la autorreferencia, en tanto que círculo vicioso, como la *petitio principii*; y según el teorema de la incompletud de Gödel la autofundamentación es imposible, debiendo venir toda la legitimación *ab extra*. Sin embargo para Luhmann —en una teoría que califica de postgödeliana— toda legitimación es autolegitimación y todo poder legítimo instituye su propio proceso de legitimación (36). Aceptemos que cada sistema se tiene que legitimar desde fuera, pero como hay varias posibles instancias de legitimación (varios valores a que apelar) el sistema elige. Por eso «toda legitimación es autolegitimación, pero tiene que externalizarse» (37).

El sistema jurídico y las expectativas generalizadas

En la *Systemtheorie* subyace una concepción de la persona como un ser menesteroso, la constatación de algo equivalente a la *imbecillitas* de la que partió buena parte del contractualismo clásico en sus especulaciones sobre el *status naturae* (38). La capacidad de la razón humana para comprender y reducir por sí sola la complejidad del mundo es limitadísima, y por eso surgen los sistemas, que tienen precisamente la función de presentar el mundo reducido a fragmentos accesibles a la experiencia humana. Los sistemas ejercen de *medium* entre la escasa capacidad humana de orientación y actuación y las posibilidades y resistencias ofrecidas por una situación. Dan sentido a un mundo informe por medio de su actividad de organización y selección, posibilitando y, más aún, fundamentando un hacer humano practicable y dotado de sentido.

(34) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., págs. 14 y sigs. Una teoría de sistemas necesita algún elemento de contradicción o desequilibrio como dinamizador. En una teoría sistema-ambiente aquí está la diferencia de potencial, situada en los límites del sistema. Sin embargo, en una teoría autopoietica el interés se desplaza hacia el interior del sistema, que está constituido paradójicamente y tiene en sí mismo la fuerza que le permite desplegarse en lucha con sus propias paradojas.

(35) Cfr. N. LUHMANN, «Selbstlegitimation des Staates», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 15: *Legitimation des modernen Staates* (Wiesbaden, 1981), págs. 80-81. Para Luhmann la experiencia intelectual del neokantismo lleva a una infalación de *a priori*, que produce una caída en aporías, cfr. *Ibidem.*, págs. 67-68.

(36) Cfr. *Ibidem.*, pág. 65.

(37) *Ibidem.*, pág. 68.

(38) Cfr. N. LUHMANN, «Le norme nella prospettiva sociologica», en A. GIASANTI y V. POCAR (eds.), *La teoría funzionale del diritto*, Unicopli (Milano, 1981), págs. 54 y sigs.

Para esta teoría el hombre es básicamente un ser vacío, un hombre sin atributos, que al contrario de lo que pensaba el iusnaturalismo no porta nada consigo (39). No es partícipe de una razón a través de la que tiene acceso a verdades inmutables, o considerada más modestamente como un instrumento para racionalizar la convivencia autónomamente. No se puede pensar en un derecho natural que promueva el pleno desarrollo de la humanidad, su culminación moral. En esta situación la coordinación entre las acciones de los hombres es algo azaroso, dejado a la improvisación. La previsión de futuro que haga posible un actuar coherente y eficaz es enormemente difícil: no se pueden construir expectativas sólidas sobre el comportamiento de los demás ni de uno mismo. Precisamente la consecución de cierta estabilidad en lo que cada uno puede esperar constituye una conquista evolutiva de ciertos sistemas, que introducen así seguridad en el actuar y consecuentemente lo potencian. Este es el papel de las normas sociales y entre ellas del derecho, con esta misión casi salvadora del hombre condenado de otro modo a la precariedad, el subdesarrollo y la desorientación.

Los sujetos resultan al fin producto del sistema pues es el sentido autorreferencial del sistema jurídico el que constituye los sujetos de derecho. El sistema nos hace entrar en una nueva dimensión de complejidad, y en concreto los sistemas normativos nos dan la «posibilidad de acoger las perspectivas de los otros, de ver con los ojos de los otros, hacerse suministrar informaciones y ensanchar así el propio horizonte de vida sin un gasto sustancial de tiempo» (40). Se logra así una transparencia en el juego de expectativas sobre expectativas —recordando algo de la ubicua mirada de un panóptico— que proporciona una gran seguridad y un repertorio mayor de posibilidades a la hora de elegir: las opciones son mayores y el riesgo de decepción disminuye. Las normas no se ven como mera limitación, sino como «premisa común de comportamiento a partir de la cual, según la situación y los otros, se pueden construir expectativas razonadas» (41). Los sistemas normativos aparecen como condición de posibilidad de una vida en común mínimamente coherente, coordinada y razonada, en una visión que por su radicalidad y abstracción hace palidecer a algunas de las teorías justificadoras de la necesidad del derecho que se tenían como más contundentes y articuladas. La alquimia de Hobbes transmutaba el miedo en justicia, el tecnicismo matemático de Rawls lo ha hecho con el riesgo y el azar, ahora Luhmann nos presenta la paradoja de normas que son limitadoras precisamente para aumentar las posibilidades de actuación.

En esta teoría el derecho no hace su entrada en escena ostentando

(39) La comparación con Musil es de F. SCHOLZ, *Freiheit als Indifferenz: Altheuropäische Probleme mit der Systemtheorie Niklas Luhmanns*, Suhrkamp (Frankfurt am Main, 1982), págs. 235 y sigs.

(40) N. LUHMANN, «Le norme...», *cit.*, págs. 56-57.

(41) *Ibidem.*, pág. 58. Luhmann pone este ejemplo de norma: «El horario de visitas es el domingo, de las 11 a las 12,30 horas». Curiosamente no es una norma jurídica.

la función de proponer determinados modelos de comportamiento y hacerlos respetar por la amenaza de la fuerza, no es primariamente regulación de posibles conflictos, tampoco es su carta de presentación el constituir fuerza estatal organizada. El derecho es «la estructura de un sistema social que se basa en la congruente generalización de las expectativas normativas de conducta» (42). Al contrario de lo que suele ser habitual, el derecho no se define a partir de la idea de límite, sino de estructura que permite una doble selectividad. La noción de límite (*Grenze*) está presente de otro modo: es el límite entre el derecho y su ambiente, es decir entre lo actual y lo posible, entre la realidad y el deseo.

Interesa detenerse en esta definición pues el concepto de justicia que propone Luhmann sólo será plenamente inteligible a partir de su visión del derecho. Ante todo el derecho opera una selección de expectativas. Su aspecto futurizo y anticipador aparece captado radicalmente: no se trata de introducir seguridad en los comportamientos, como se ha pensado generalmente, sino en algo previo: las expectativas de comportamiento. La certeza en las expectativas es prioritaria: «El que sabe lo que puede esperar puede también soportar una mayor incertidumbre en cuanto a la realización de aquellas expectativas» (43). Las estrategias del hombre hobbesiano buscador de seguridad resultan ser las de un aprendiz en comparación con la refinada tecnología de Luhmann.

Las expectativas deben ser generalizadas —es decir estabilizadas, inmunizadas contra lo contingente— en tres dimensiones: temporal, social y material. Se trata de adquirir seguridad con respecto a las decepciones, el disenso y las contradicciones respectivamente. En primer lugar, temporalmente, las expectativas se deben conservar independientemente de que se realicen o no. Esto se consigue mediante el mecanismo de la normación: una expectativa normativa es contrafáctica, se mantiene en tanto que norma aunque no se cumpla (desviación) y el titular de un derecho válido sigue siéndolo aunque su situación se vea perturbada de hecho (44). Pero elevar una expectativa a la categoría de deber, y deber jurídico en tanto que respaldado por sanciones, no es suficiente (la misma existencia de una norma decepciona a quien no está de acuerdo con ella; en un proceso hay quien pierde y debe aceptar la sentencia) y se hace necesario introducir la perspectiva del consenso, la dimensión social, que consiste en la denominada institucionalización de las expectativas. La elevada complejidad de la sociedad no permite la formación de un verdadero consenso sobre cada problema concreto a resolver por lo que se articula generalizándose en torno a las instituciones, que aparecen así legitimadas de antemano. Se consigue diseñando procedimientos con la función de elaborar decisio-

(42) N. LUHAMNN, *Rechtssoziologie*, cit., pág. 99.

(43) N. LUHAMNN, «Le norme...», cit., pág. 55.

(44) Los partidarios del realismo jurídico, en cualquiera de sus versiones, tienen aquí un perfecto blanco para sus críticas. Curiosamente una teoría sociológica acoge y asimila perfectamente la mentalidad normativista más clásica, quizá porque está operando activamente en la realidad.

nes vinculantes y simultáneamente producir legitimación (desde las elecciones y debates parlamentarios a los procedimientos judiciales y administrativos). El derecho encuentra dificultades para legitimarse en virtud de la realización de valores superiores fijos y compartidos por todos; el consenso efectivo sobre las cuestiones que deben ser decididas es más bien escaso —como limitada es la capacidad de atención del hombre— y es necesario ampliarlo, redistribuirlo, estimular una previa disponibilidad al consenso, y hasta presuponerlo. Esta es una de las observaciones más inquietantes y quizá más lúcidas de esta teoría (45). En último lugar se encuentra la dimensión material o de identificación de las expectativas de comportamiento, que se refiere al contenido, es decir a las materias que se juridifican y a la manera en que se resuelven los problemas. Se intentan evitar incoherencias procurando actuar del modo más automático posible, por lo que el derecho hoy sólo es imaginable configurado como un conjunto de programas de decisión de carácter condicional. Luhmann examina la posibilidad de referirse a personas, roles, programas y valores. Roles y programas son las técnicas más adecuadas, pues referirse a personas es muy concreto y a valores demasiado abstracto. Las normas jurídicas son programas que recogen abstractamente las condiciones en las que hay que tomar ciertas decisiones; si se verifica el supuesto de hecho sigue la consecuencia jurídica en una correlación invariable. Sólo un cosmos de reglas abstractas que además se autoprograma, permite un gran juego con las situaciones concretas, una gran capacidad de previsión de futuro y eficacia en la aplicación del derecho en tanto que subsunción, como vió Weber al analizar la dominación legal y la burocracia como su ejemplo más puro (46). Se presenta así un jurista burócrata, descargado de responsabilidad política y excusado de calcular las consecuencias de sus decisiones al aplicar el derecho.

El derecho, al servicio de la integración social, actúa manipulando las decepciones (*Enttäuschungsverarbeitung*), que deben ser mitigadas, escamoteadas y en lo posible evitadas. Así como para los utilitaristas la racionalidad jurídica es maximización de satisfacciones y está al servicio del bienestar, en Luhmann se trata más bien de minimizar las insatisfacciones, creando incluso ficciones como en el caso del consenso: el derecho aparece como constructor de espejismos de autolegitimación. Y buen contrapunto para esas otras teorías tridimensionales —eclecticismo conciliador que mostraba el lado más noble del dere-

(45) Esta es la idea fundamental de la teoría de Luhmann sobre la legitimación a través del procedimiento, desarrollada en *Legitimation durch Verfahren*, cit. Por otra parte, en *Rechtssoziologie*, cit., pág. 261, se dice: «Lo institucional de la legitimidad no se basa en una deducción de valores, ni en la ampliación de hecho del consenso consciente, sino en la posibilidad de suponer la aceptación (*Unterstellbarkeit des Akzeptierens*)».

(46) Cfr. M. WEBER, *Economía y Sociedad*, FCE (México, 1979), págs. 173 y sigs. En Luhmann no se encuentra siempre una teoría suficientemente elástica de la aplicación del derecho, permaneciendo excesivamente atado al modelo de la subsunción, a pesar de sus consideraciones sobre la libertad en la dogmática.

cho— son estas tres dimensiones de una coherente generalización de las expectativas.

Por contraposición a la opinión común el derecho no se concibe aquí como un medio al servicio de otros sistemas sociales, como la política, sino al lado de ellos. No está en la cúspide de la sociedad como un metasistema, tal como pensaba la tradición jerárquica clásica de corte hegeliano, ni está al margen de la sociedad como un epifenómeno o superestructura. Se trata de una sociedad sin vértice ni centro, con diversos sistemas especializados. Las concepciones partidarias de una *social engineering*, propias del Estado intervencionista, son para esta teoría concepciones instrumentalizadoras, productoras de graves disfunciones y distorsiones (47).

La positividad del derecho y sus exigencias

La actual configuración del derecho aparece caracterizada para Luhmann por el rasgo central de la positividad. Es positivo el derecho «que ha sido puesto y que vale en virtud de una decisión» (48). La positividad es la consagración de la contingencia en el derecho: en lo temporal es la institucionalización del cambio, que permite derechos diversos en momentos diversos; en lo social supone no apoyarse en nada inmutable y definitivo, sino en lo sofisticado de consensos presupuestos e inducidos; en lo material máxima abstracción y coherencia en una maquinaria anónima. Se trata de un derecho ágil para un mundo muy complejo y fluctuante, que actúa desde sí mismo y no puede remitirse a una naturaleza humana portadora de sentido ni descargar su peso en un horizonte valorativo fijo. Ya se puede imaginar que la justicia tendrá que ser redefinida como un valor específicamente jurídico, inmanente, perdiendo su carácter de virtud genérica y trascendente a la realidad que juzga.

La positividad puede verse desde una perspectiva diacrónica como una conquista evolutiva del derecho, respuesta al general aumento de complejidad del mundo, e implica una mayor autonomía. El derecho se ha diferenciado de otros sistemas como la moral, la religión, la economía y la política, que tienen su propia lógica y una específica sensibilidad, lo que aumenta su rendimiento y su fragilidad, y surgen necesidades nuevas de interdependencia y coordinación. Llega un momento en que los sistemas sólo pueden seguir desarrollándose a través de diferenciación, pero no debe verse aquí una evolución dirigida por leyes naturales o por una necesidad dialéctica, sino que siempre hay algo improbable y azaroso (49). La diferenciación es respuesta a problemas pero también fuente de problemas. Supone un riesgo para la integración social pues por ejemplo lo que es técnicamente posible no siem-

(47) Cfr. N. LUHMANN, «L'unité...», cit., págs. 184 y sigs.

(48) N. LUHMANN, «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1 (1970), pág. 182.

(49) Apunta LUHMANN, en *Macht*, cit., pág. 83, que «evolución es producción de inverosimilitudes».

pre lo es económicamente, o jurídica, política y moralmente. Se trata de algo así como una especialización y división del trabajo, con las consiguientes ventajas y problemas.

En el ámbito de lo jurídico ya no nos encontramos con una *res publica* indiferenciada, que puede ser pensada con referencia a la noción de bien común, o como la cúspide en un modelo jerárquico de sociedad. Hoy se han articulado subsistemas que cumplen funciones específicas, requiriéndose otros enfoques, como el esquema de Política-Administración-Público que utiliza Luhmann. Se han especializado distintas esferas de comunicación, con su propia racionalidad, sus criterios de éxito y sus sanciones, por lo que un pensamiento que globalice indiscriminadamente ya no puede ser operativo (50). Pero la diferenciación no es un proceso pacífico; hay conflictos y peligro de retroceso a un estado previo indiferenciado, y por eso cada conquista evolutiva requiere mecanismos reflexivos para estabilizarse. Aquí precisamente tienen su lugar los derechos fundamentales como reglas de decisión contra el peligro de invasión por parte de la política, contra el riesgo de retroceso en la diferenciación social. Si se ven como criterios de justicia positivados, como la concreción jurídica de valores, como el punto en donde derecho natural y derecho positivo convergen en el vértice del ordenamiento, o una especie de derecho natural de contenido mínimo, se están utilizando conceptos propios de una indiferenciación entre derecho y moral, que impiden la comprensión de lo que de hecho está ocurriendo y de su función concreta (51).

Ya no podemos confiar la tarea de crítica y control del derecho a viejas ideas como la virtud de los gobernantes o las exigencias del bien común. Nuestra existencia depende de procesos comunicativos articulados en sistemas a través de los cuales actuamos y contactamos con el mundo, y por ello nuestra concepción de la justicia y de los derechos humanos debe corresponder a nuestra realidad o dejaremos de ser dignos de crédito (52). No tendría mucho sentido invocar valores inamovibles en un mundo centrado precisamente en la fluctuación, el pluralismo y la inestabilidad; en la sociedad actual, con el fuerte peso del subsistema económico controlado por mecanismos monetarios, el concepto de perfección no tiene cabida. La seguridad ha de buscarse de otro modo y «se tiene que renunciar a la pregunta por la justicia, o plantearla de modo que el problema de la contingencia no sea resuelto en el concepto de perfección (53).

Esto supone que la teoría debe instalarse decididamente en la contingencia, que el derecho acepta la forma de la positividad, abandonando toda nostalgia de edificar sobre roca firme. Sólo quien experimenta la contingencia puede también problematizarla. Positividad implica que el derecho ya no es válido en virtud de cualidades normati-

(50) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 14-15.

(51) Por ejemplo este sería el caso de K. LARENZ, *Derecho justo: Fundamentos de ética jurídica*, trad.: L. Díez-Picazo, Cívitas (Madrid, 1985), 202 págs.

(52) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 180-181.

(53) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 136.

vas inmanentes, sino que ha sido elegido con la fuerza del sistema político dentro del amplio horizonte del derecho posible, y de forma que el derecho válido es además condición de posibilidad de un nuevo derecho (54). El principio de validez del derecho está basado en la inesitabilidad y la positividad no debe concebirse como el último escalón de una jerarquía de fuentes, en la que los derechos fundamentales no serían creación del derecho sino reconocimiento de algo que está ahí. El derecho se constituye por procesos de autoselección, procesos circulares que pueden ser formulados como tautologías: toda limitación es autolimitación, se crea y se cambia por medio de decisiones aunque puede decidir limitarse a sí mismo en los derechos fundamentales, y todo nuevo derecho debe ser incrustado en el ya existente (55). El sistema tiene una constitución de carácter paradójico pues el derecho positivo es válido precisamente porque podría modificarse en virtud de una decisión, con lo que la validez se basa en la posibilidad de su negación (56).

Todo esto supone dotar de una autonomía al derecho, que ya no reconoce sino que crea lo legal-ilegal, lo válido-inválido, lo jurídicamente relevante-jurídicamente irrelevante, que son ahora variables interdependientes e intercambiables en su oposición. Frente al fixismo de dicotomías irreconciliables se trata de lo fungible de etiquetas funcionalmente equivalentes. Sin normas jurídicas no habría nada jurídico ni antijurídico, y lo antijurídico pertenece al derecho tanto como lo jurídico, al contrario de lo que se pensaba al concebir la justicia como perfección, abarcando sólo lo jurídico. La unidad del derecho sólo puede ser pensada como disyunción entre jurídico y antijurídico, siendo las normas esquemas clasificatorios. Pero se trata de variables dentro de la función que ejerce el derecho, que modifica sus criterios (legalización-deslegalización, penalización-despenalización) y en su labilidad es capaz de transitar entre oposiciones que la concepción tradicional veía como irreconciliables por ser una visión estática. Por eso puede decir Luhmann que lo conforme al derecho está más relacionado con lo contrario al derecho que con otros calificativos como lo verdadero, siendo mucho más fácil un tránsito entre aquellos términos que entre éstos (57). Todo apunta a que el concepto de perfección debe ser sustituido por el de evolución.

Si la idea de perfección fracasa y paraliza, evitándola el mundo aparece de modo fascinante no como un bloque compacto sino como ho-

(54) Cfr. *Ibidem.*, págs. 131-132. Esto resulta muy claro en la teoría de Kelsen cuando contraponen los sistemas normativos estáticos (derecho natural), que proceden por deducción, a los dinámicos (derecho positivo), que se articulan a través de una serie de delegaciones de poder en la conocida pirámide normativa.

(55) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 182, y *Die soziologische Beobachtung...*, *cit.*, págs. 26-29.

(56) Cfr. N. LUHMANN, «El enfoque sociológico...», *cit.*, pág. 94.

(57) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, págs. 138 y sigs. Añade: «Dentro de la ciencia se encuentran proposiciones verdaderas y falsas, fuera de la ciencia proposiciones que no pueden ser ni verdaderas ni falsas. También las proposiciones falsas, declaradas como tales, son un logro científico, en tanto que designan posibilidades eliminadas de solución a los problemas», pág. 141.

rizonte de posibilidades: «El mundo ya no puede ser concebido como un conjunto definitivamente ordenado (kosmos, mundus), sino sólo como el horizonte indeterminado de sucesivas posibilidades; ya no puede ser enaltecido y representado como caelum caeli, sino como horizonte de los horizontes desde el que cada traspaso de límites puede ser experimentado y reflejado» (58). Del mismo modo el pequeño mundo del derecho podría ser concebido no como un repertorio dado de soluciones, sino como un horizonte de posibilidades, a experimentar por la práctica y la dogmática.

La reflexividad del derecho impide representarlo adecuadamente con esquemas jerárquicos, como la genealogía de conceptos de la pandectística, la pirámide kelseniana o relaciones entre normas y meta-normas. En su funcionamiento real se trata más bien de algo circular, basado en la interdependencia y apoyo recíproco de sus partes, que sociológicamente permite relativizar la jerarquía normativa. Así una Constitución encuentra garantías en los reglamentos sobre el funcionamiento del Parlamento, el sentido de las leyes se fija y se cambia por interpretaciones judiciales que a su vez están dirigidas por normas interpretativas, la práctica jurídica puede servir de motivo para cambiar las leyes a través de los procedimientos legalmente preestablecidos (59). Este carácter policéntrico y disperso del derecho se corresponde perfectamente con una sociedad también diversificada, en la que el Estado no es sino un *primum inter pares*, a pesar de lo que se complace en imaginar el narcisismo jurídico; no es ni siquiera el tercero imparcial que proporciona un escenario para las negociaciones de los grandes grupos sociales como piensa el neocontractualismo sociológico, sino cada vez más un sistema entre otros, no por encima sino al lado de los demás (60).

La autonomía del derecho implica también que la legitimidad no es algo que se posee sino algo que hay que producir. La fácil aceptación de decisiones vinculantes es una conquista necesaria para una sociedad de sistemas altamente diferenciados, y aparece como algo que no puede ser aceptado o rechazado por decisiones individuales, sino como un «tipo de lenguaje» que resulta institucionalmente inevitable (61). El derecho ya no se legitima en virtud de verdades inmutables halladas previamente, sino a través de procedimientos que él mismo establece sin basarse directamente en el contenido de las decisiones. En un contexto muy diferente recuerda la idea de una *pure procedural justice* de Rawls, procedimientos que no tienen referentes externos en cuanto a la admisibilidad de sus resultados (62). Un consen-

(58) *Ibidem.*, pág. 135.

(59) Cfr. N. LUHMANN, «Widerstandsrecht und politische Gewalt», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6 (1984), pág. 41.

(60) Cfr. H. WILLKE, «Die Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen - am Beispiel der Konzertierten Aktion», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 8 (1982), págs. 200 y sigs. Es fácil ver la utilización prescriptiva que puede tener esta descripción como promotora de un *minimal State* y posturas neoconservadoras.

(61) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 147, 152.

(62) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., págs. 107 y sigs. En Rawls, a pesar

so de hecho sobre el contenido de las decisiones más importantes tomadas por el sistema jurídico en una sociedad altamente compleja y fluctuante no es verificable y el derecho tiene que imaginarse un consenso potencial que nunca puede ser actualizado plenamente. Los procedimientos son sistemas que no sólo tienen la función de producir decisiones utilizables, sino que en cuanto tales amortiguan el conflicto constituyendo unas partes y comprometiéndolas en unas reglas de juego (63).

Incluso en el campo de los derechos fundamentales hay que aceptar también la positividad, evitando considerarlos como valores intocables, como tabú moral. La sociología «trata lo sagrado como variable, para encontrar el sentido de su realidad en las condiciones de su posibilidad de sustitución» (64). La seguridad del conocimiento ya no puede basarse en conceptos inmodificables, sino operar en ámbitos con posibilidades de variación. Luhmann propone la sustitución de la vieja razón del percibir por la nueva razón del comparar. Puede parecer un tanto insolente para la mentalidad tradicional, pero declara que «el lenguaje de la reverencia ha sido desacreditado por el derrumbamiento de la metafísica» (65). Se trata de ser consecuentes con la diferenciación de los sistemas jurídico y moral, evitando que el pensamiento jurídico sea también moralizador (*entmoralisieren*). Las estrategias de autolegitimación del derecho y su racionalidad autónoma lo han hecho enormemente resistente a este tipo de crítica valorativa y humanista, que corre el riesgo de ser estéril. Pensemos desde la historia del derecho en la utilidad de todo un pensamiento moralizador del poder, en forma de consejos y deberes de justicia dirigidos a los gobernantes, frente al poder acumulado por los Estados modernos y el peligro de arbitrariedad. Racionalidad no supone aquí relacionar el poder con fines buenos o deseables, sino con limitaciones. Se requiere no un pensamiento sólo ético, sino ante todo un pensamiento de técnica jurídica. Hay una gran diferencia en planteamiento y eficacia entre abordar el problema de los riesgos del poder aplacando al tirano o ilustrando al déspota y proponer técnicamente una situación de separación de poderes. En el primer caso se enfrenta el poder y la ética, en el segundo caso la situación es completamente distinta pues se trata de un poder diferenciado que hace posible una racionalidad jurídica autónoma (66). Precisamente los derechos fundamentales deben ser entendi-

de sus intenciones, la *original position* no funciona como un mecanismo de justicia puramente procedimental, pues subyacen determinados presupuestos antropológicos, sociológicos y metodológicos que se filtran en la descripción de las partes en el juego y en los llamados hechos generales. Más que creación de justicia se hacen explícitos una serie de planteamientos implícitos en el diseño de todo el juego, de modo un tanto circular.

(63) Cfr. N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, cit., pág. VIII-7. Se juega con la distinción entre *rechtfertigen* y *legitimieren* como mecanismos referidos a valores y al procedimiento, respectivamente, tomando las debidas distancias con la expresión legitimación en sentido habitual.

(64) N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., pág. 8. Aquí puede verse también un eco de la *Wertfreiheit* weberiana.

(65) *Ibidem*, pág. 9.

(66) Cfr. N. LUHMANN, *Macht*, cit., págs. 79 y sigs. Para Luhmann tanto la clásica

dos como mecanismos de racionalidad jurídica, y no como valores con una juridicidad peculiar (quizá más elevada) llamados a moralizar el resto del derecho.

Las dificultades de la axiología y la teleología

Luhmann detecta graves insuficiencias en los dos esquemas con que desde la tradición del derecho natural se suele articular el pensamiento sobre la justicia y los derechos fundamentales en tanto que valores: la racionalidad axiológica —de raíz fenomenológica, que propone jerarquías y sistemas fijos de valores— y la racionalidad teleológica —la clásica distinción de fines dados y medios— criticando su utilización estática y esencialista, paralizadora de una ágil absorción de complejidad y desorientadora para la acción. En un pensamiento de lo provisional no hay lugar para semejantes seguridades.

Por lo que respecta a un orden axiológico abstractamente preterminado resulta ser siempre demasiado rígido, y por lo tanto no plenamente racional, al intentar aplicarlo a situaciones humanas concretas que generalmente revisten gran complejidad. La práctica exige cierto oportunismo elástico, que establece preferencias *ad hoc* y sacrifica unos valores en favor de otros, con criterios inversos según las situaciones: unas veces se sacrifica la libertad a la igualdad, otras la igualdad a la libertad (67). Por otro lado la riqueza de matices de los problemas concretos hace que rara vez la alternativa esté constituida por una disyunción entre dos valores, presentándose más bien situaciones de elección estructuradas de manera multidimensional en las que el pensamiento binario fracasa (68).

Nos enfrentamos en todo caso con el problema previo de que resulta muy arduo elaborar una jerarquía axiológica suficientemente coherente y completa que aspire, si no a plasmar la justicia con exactitud, sí al menos a una razonable legitimación. Es el viejo problema de la justicia expresada en máximas generales, que a la hora de aplicarse no evita recurrir a los apaños de la equidad, relativizando toda excesiva pretensión racionalista. Es también el problema jurídico de trazar una legislación completa y coherente, que la vida se apresura a desbordar exigiendo considerar la aplicación normativa como creación.

El jurista, con la cabeza habituada a transitar jerarquías, esquemas

temática del abuso de poder, como la más moderna de la represión (poder estructural, clase dominante) no sirven para captar la realidad sino para estimular agresiones (pág. 82). No puede sino llamar la atención la desenvoltura con que en estas y otras afirmaciones despacha unas tradiciones que hasta ahora han mostrado, al menos en parte, una gran lucidez y eficacia ante ciertas situaciones intolerables.

(67) Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad...*, cit., págs. 38 y sigs.

(68) En *Ibidem* expone Luhmann dos situaciones elementales que revelan las dificultades de un pensamiento axiológico: «Mientras que a mí no me resulta muy difícil optar entre dos cestos de frutos si uno tiene cuatro y otro cinco naranjas, la elección entre dos cestos de fruta variada es mucho más difícil» (pág. 32); «Puedo interrumpir mi trabajo para ir a comer sin negar por ello el valor que el trabajo posee o estarle subordinado al valor de la comida» (pág. 45).

piramidales y genealogías de conceptos, puede verse tentado a hacer también este tipo de arquitectura con los derechos fundamentales, diseñando escalas, trazando dicotomías y trasplantando por doquier árboles de Porfirio. Sin embargo estas pretensiones de racionalizar y hacer una dogmática ambiciosa superadora de la mera exégesis que sólo comenta y traza correspondencias, están destinadas al fracaso y a entorpecer una práctica ágil y sensible ante lo concreto. Especialmente en una Constitución consensuada el texto, en su acumulación de derechos, no presenta el relieve suficiente que permita elaborar una jerarquía y, en su generalidad, por sí mismo no da pie para un sistema exhaustivo, a no ser que el intérprete invoque en su auxilio instancias extrajurídicas. El material legislativo es como una red con mucho de policéntrico, que mal se presta a un esquema deductivo al estilo kantiano, que a partir de la libertad podía reconstruir todo un armazón jurídico racional. Pero aunque así no fuera, la realidad concreta desbordaría todo sistema rígido, haciendo rebrotar permanentemente esa inseguridad que la lógica ha pretendido sofocar y, como recuerda la tópica, cada problema exige inventar un sistema nuevo.

Para Luhmann las jerarquías de valores no foman parte de la naturaleza de las cosas, no hay nada esencial en ellas; se trata de una estrategia más para absorber complejidad, al lado de otras funcionalmente equivalentes, como el consenso, o el logro de ciertos resultados deseables (69). Y un planteamiento de rígida jerarquía no es operativo pues renuncia a manejar el factor tiempo como un elemento estratégico a tener en cuenta, que permita valorar lo que en determinadas situaciones resulte más apremiante, y decidir de modo distinto en momentos sucesivos sin sentirse atado a un esquema valorativo estático. Algo de esto ya se sabía en el derecho por los defensores de la interpretación legal evolutiva frente a las viejas teorías de la *voluntas legislatoris*.

El otro modo en que habitualmente se habla de los valores es de corte teleológico, presentándolos como fines invariables o articulándolos entre sí en relaciones de fines y medios. Aquí hay que tener en cuenta que el establecimiento de fines no es sino un esquema interpretativo paralelo al de causa y efecto, que tiene precisamente la función de justificar los medios, los costos de la acción que produce los efectos buscados. Se prescinde de los efectos negativos marginales de la acción elevada a categoría de fin o de los efectos de otras acciones no consideradas como fin, en una estrategia fundamentadora de determinadas acciones. Tanto en el establecimiento de fines como de medios legítimos hay juicios de valor implícitos que son básicamente idénticos, como apunta Luhmann recordando las tesis de Dewey de que fines y medios sólo se pueden escoger conjuntamente, haciendo posible que «a los fines no sólo se los pueda destruir mediante un ataque frontal, sino también, de modo más sutil y elegante, mediante la crítica de sus medios» (70).

(69) Cfr. *Ibidem*, págs. 40-41.

(70) *Ibidem*, pág. 44, nota 42.

Lo decisivo es que en el establecimiento de fines no hay nada necesario, no hay un fin fijo, pues su constancia puede ser sólo relativa con respecto al sistema que se adapta continuamente a un entorno cambiante. En un pensamiento sistémico la racionalidad ya no puede entenderse como un avance hacia un fin o un sentido preestablecido, sino como reducción de complejidad y operatividad: «El futuro —escribe Luhmann— ya no está obstruido por fines previamente dados y verdaderos, sino que está abierto hasta la infinitud, contiene más posibilidades de las que pueden ser actualizadas y debe, pues, ser fijado por medio de planes» (71).

La función de los fines en el sistema es determinar ciertos efectos considerados como valiosos para poder declarar la irrelevancia de otras consecuencias de la acción. Una vez más no se trata de la vieja razón del percibir, sino de la nueva razón del comparar, del elegir entre posibilidades diversas (72). Y hoy el derecho se autoprograma, actúa como un fin de sí mismo, del mismo modo que en una empresa en la que los fines pueden ser alterados en beneficio de su capacidad de adaptación y pervivencia. El sistema ya no se encuentra vinculado a unos fines predeterminados, sino que se ha vuelto autónomo en el establecimiento de sus fines, de modo que «se han positivizado no sólo el derecho, sino también las funciones teleológicas del sistema político, que quedan establecidas mediante decisiones programadoras a tomar en el seno del mismo sistema político» (73).

En el horizonte de provisionalidad que traza Luhmann, las pretensiones absolutistas de encontrar soluciones óptimas para los problemas carecen de sentido. Una solución óptima presupone un orden natural, como bien se ve en el caso de los principios de justicia de la teoría de Rawls, o plantea exigencias excesivas para la capacidad humana de comprensión, como el principio utilitarista que supone la comparación de las ilimitadas consecuencias de todas las soluciones alternativas. Por ello en vez de buscar respuestas que sean las únicas correctas, basta con que sean satisfactorias. En una actitud practicable y realista puede haber varias soluciones correctas para un problema. Los óptimos sólo son pensables en una perspectiva ideal *sub specie aeternitatis*, pero no en una teoría temporal de sistemas abiertos a un ambiente fluctuante, que en vez de centrarse en lo único admisible concibe soluciones intercambiables o funcionalmente equivalentes (74).

Toda la tradición del derecho natural intentaba determinar el actuar éticamente correcto buscando para ello fines, principios y más modernamente valores, que debería tutelar la fuerza del derecho positivo. Pero lo que se pretendió conseguir con datos constantes hoy debe buscarse según Luhmann con una racionalidad sistémica, al servicio de la operatividad del conjunto.

(71) *Ibidem*, pág. 23.

(72) Cfr. *Ibidem*, págs. 46-47.

(73) *Ibidem*, pág. 101.

(74) Cfr. *Ibidem*, págs. 48, 104 y sigs.

El sentido de los derechos fundamentales

El derecho positivo es contingencia, variabilidad institucionalizada, permanente apertura hacia otras posibilidades y, sin embargo, de modo paradójico para una perspectiva intrasistemática, en los derechos fundamentales se limita a sí mismo e introduce elementos invariables. Para muchos los derechos fundamentales son trabas que se dirigen contra el Estado, llegándose a pensar que por ello no pueden ser eficazmente tutelados por el Estado y que hay que apelar a un fundamento supra-positivo (derechos subjetivos, valores, consenso, etc.). Sin embargo así se olvida que el Estado es el primer interesado en ellos pues son garantes de la estabilización de sus límites y de su fisonomía en tanto que sistema entre otros (economía, religión, etc.) y de su diferenciación interna en los subsistemas de política y administración. Los derechos fundamentales no son justicia positivada, no protegen ni consagran derechos naturales de los individuos, sino que más bien son una pieza técnica clave en la propia operatividad, seguridad y supervivencia de un derecho que aspire a desenvolverse en una sociedad compleja y altamente diferenciada. Hacen posible la indiferencia del Estado frente a otros sistemas sociales que tienen su propio ritmo y sensibilidad impidiendo invasiones en la intimidad de las personas, en lo fundamental del sistema económico, en el funcionamiento de la ciencia o en la dinámica de las religiones, etc., que supondrían un serio peligro de regresión social (*Entdifferenzierung*). Y no sólo aseguran indiferencia frente al exterior, sino también diferenciación interna del Estado impidiendo que el derecho sea un mero medio, entre otros, del sistema político, como en el caso de los totalitarismos. Los derechos fundamentales son un complejo juego de filtros y límites técnicos que por sí mismos no son capaces de lograr diferenciación social, pero que en donde hay un sustrato histórico y sociológico adecuado actúan como válvulas de seguridad frente a las tendencias expansivas del sistema político. El Estado, a través de los derechos fundamentales, no puede crear ámbitos sociales autónomos, estructuras de comunicación con sensibilidad propia, sino sólo asegurar frente a peligros de politización y pérdida del potencial diferenciador en una sociedad.

Lo que defienden los derechos fundamentales no es un mundo ideal de valores, un horizonte iusnaturalista intocable pero amenazado, sino un sistema social evolucionado e interdependiente que es frágil y corre peligro de regresión. La autolimitación del Estado no tiene detrás de sí una ética metafísica, sino una sociología y en todo caso una visión histórica evolucionista. El peligro no está en la amenaza a la dignidad humana, sino en la erosión de aquello en lo que la diferenciación social contribuye a solucionar el problema existencial del hombre en el mundo, causada por la extralimitación del sistema político (75).

Hay que tener en cuenta que cuando Luhmann habla de derechos fundamentales los considera como una institución, entendiéndolo por tal

(75) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte*, cit. págs. 71-72, 182-185, 187, 198.

no un complejo normativo, sino un acontecimiento en el mundo de los hechos, un conjunto de expectativas de comportamiento que tienen un papel social efectivo y que están sostenidas por consenso (76). No son derechos humanos pues no se explican por referencia a los hombres sino al sistema social, y tampoco son eternos pues aunque no se haya descubierto un mecanismo sustitutivo no constituyen algo sagrado y único en el ordenamiento jurídico. No hay ninguna necesidad lógica en los procesos de evolución y diferenciación que les dote de carácter necesario. Son piezas técnicas entre otras funcionalmente equivalentes, como la separación de poderes, que tienen —eso sí— un papel central como instituciones correctoras y bloqueadoras frente a los peligros de politización y regresión social. Peligros que son a su vez consecuencias de la misma diferenciación social que, como arma de doble filo, constituyendo la autonomía de lo político —con la indeterminación de los problemas que pueden ser objeto de decisión, con un poder centralizado y fluctuante, utilizable para muchos fines y con muchos posibles titulares— abre también la posibilidad de un peligroso desbordamiento (77). Luhmann insiste en que esta concepción sociológica de los derechos fundamentales representa un progreso con respecto a los modelos teóricos de jerarquía normativa (derecho natural-derecho positivo) y de la clásica dicotomía Estado-sociedad, que no pueden captar adecuadamente su función (78).

Si los derechos fundamentales no describen cualidades intrínsecas de la naturaleza humana ni son exigencias de la razón al estilo clásico tampoco cabe articularlos en un sistema dogmático deductivo, pues son tan diversos como las líneas de diferenciación social que intentan proteger de la corrupción. Una sistemática que los presente al modo kantiano, como deducciones o variaciones de algún principio central (libertad o igualdad), que vea por ejemplo tanto los derechos políticos como la propiedad como exigencias de la dignidad humana, queda como un mapa conceptual abstracto que no podrá orientar en nada referente a la específica función social que cumplen. Si se abandona la lógica deductiva por la racionalidad sistémica sólo es posible seguir hablando de su unidad entendiéndola no como estática semejanza sustancial o de contenido, sino como unidad de función e interdependencia de efectos en el conjunto social.

Luhmann habla concretamente de cuatro direcciones en las que se despliega su función protectora: la constitución social de la personalidad, la formación de expectativas generalizadas de comportamiento, la satisfacción de necesidades económicas y la elaboración de decisiones vinculantes (79). Presuponen siempre un determinado grado de desarrollo social: un mundo altamente diferenciado en el que las personas están perfectamente individualizadas y es casi imposible vivir sin dinero, sin el reconocimiento de decisiones estatales vinculantes y sin

(76) Cfr. *Ibidem*, págs. 12-13.

(77) Cfr. *Ibidem*, págs. 23-25.

(78) Cfr. *Ibidem*, págs. 26 y sigs.

(79) Cfr. *Ibidem*, págs. 36-37, 186, 189.

el acatamiento de unos modos civilizados de actuar. Todo esto constituye un orden en cierto modo autónomo, que para su mantenimiento y desarrollo necesita de los derechos fundamentales, que tienen un papel no productor de diferenciación sino garante de la misma. A la personalidad se asocian los derechos de libertad en tanto que imputabilidad y de dignidad; a las expectativas de comportamientos libertades como las de expresión y asociación, que se vinculan a roles sociales diferenciados y complementarios y a particulares ámbitos de comunicación; a la satisfacción de necesidades económicas en un sistema monetario los derechos de propiedad y libertad de oportunidades en el trabajo; a la producción de poder legítimo se asocian los derechos políticos, y a la fundamentación de las decisiones jurídicas el principio de igualdad.

Si desde esta perspectiva el formalismo abstracto construye un sistema postizo, meramente conceptual e inerte, al argumentar con derechos fundamentales absolutos de un modo fixista y ontológico se ve abocado a la estructura «sí, pero», reduciéndolos a fórmulas vacías, aptas sólo para retórica. Así se dice que el hombre es libre, pero para añadir a continuación que debe respetar la libertad de los demás; tiene derecho a la propiedad, pero está sujeto a limitaciones en su uso, etc. Entre los grandes principios abstractos y una realidad de límites transita la dogmática como Sísifo, y cuando hay contradicción en las premisas —pues los derechos fundamentales son a la vez absolutos y limitados— toda deducción es posible. Además, las fórmulas vacías ocultan generalmente normas apócrifas, o lo que es peor —según advierte Luhmann— competencias para crear normas. Se dice también que la dignidad es la esencia del hombre y que por lo tanto tiene derecho a ser tratado dignamente, pero Luhmann reprocha que sólo se puede tener derecho a algo que pueda perderse mientras que la esencia hace referencia a atributos permanentes (80).

El modo de superar estas dificultades es abandonar la idea de que los derechos fundamentales son descriptivos de la naturaleza metafísica del hombre, pues operando con esta premisa se llega a contradicciones o vaciedades. En una perspectiva sistémica no es necesario postular la racionalidad e igualdad de los individuos para fundamentar la sociedad. Ningún individuo puede hacer lo que los derechos fundamentales en los diversos ámbitos de comunicación social; son más bien los sistemas los salvadores. Escribe Luhmann: «Ningún hombre y ninguna organización pueden por sí solos garantizar individualidad, civilización, dinero o poder legítimo. Aquí tienen los derechos fundamentales su puesto como institución social global» (81). En esta teoría su sentido no depende de la naturaleza humana idealizada, ni de la inadecuada manera de entender la diferenciación social a través de la relación dialéctica entre Estado y sociedad, ni de un mundo preexistente de valores absolutos. El último punto de referencia para su comprensión no es la personalidad, la dignidad o la libertad, sino la dinámica

(80) Cfr. *Ibidem*, págs. 59-60.

(81) *Ibidem*, pág. 197. Cfr. también pág. 49.

de sistemas. Su papel se vincula a la formación de sistemas y a la diferenciación social.

Veamos algún ejemplo: ¿Qué son la libertad y la dignidad en tanto que derecho fundamentales en una sociedad burocratizada e industrializada? No se trata de atributos naturales fijos, sino de algo a constituir como condiciones previas de la socialización, de la adecuada y operativa participación en la interacción social. Son respectivamente las condiciones externas e internas que hacen posible la actuación como personas en los procesos de comunicación. Libertad no es aquí cuestión de casualidad, sino de imputación. No se trata de un problema filosófico a debatir entre el determinismo y el indeterminismo, no se trata de algo ya poseído, sino de la necesidad en una sociedad de la atribución de acciones a personas y sistemas (82). Por ello el Estado, constituyéndose por una parte en monopolio de las fuerzas que amenazan a la libertad, es también condición previa de toda libertad en tanto que imputabilidad, y no porque garantice una esfera de actuación a través de unos tipos normativos, que para ello serían medidas muy elementales, sino porque hace las cuestiones de libertad decidibles a través de programas de decisión, porque proporciona así un lenguaje y unos criterios que permiten operar racionalmente en cada caso, determinando qué significa perder o ganar libertad y a quién se responsabiliza (83).

La dignidad tampoco es una cualidad natural como ciertos rasgos de la inteligencia, ni un valor del que somos portadores, sino algo que tiene que ser creado como supuesto y consecuencia de la interacción, de lo que el hombre es además el primer responsable. Se trata del sentimiento del propio valer como persona, sin el cual nadie puede servirse de su personalidad; es el éxito de la autorrepresentación, y la sociedad está interesada en esto pues precisa de individuos capaces de interacción en papeles heterogéneos y hasta contradictorios (84). Los derechos fundamentales, en tanto que derechos formales, no producen ni aseguran a nadie libertad (actuar imputable a una persona) ni dignidad, porque esto no está en el poder del Estado, sino únicamente protegen y mantienen frente a intromisiones descalificadoras.

El derecho a la propiedad no tutela a nadie en su personalidad ni le garantiza una efectiva satisfacción de sus necesidades materiales, sino que protege la operatividad del sistema. Sólo garantiza un papel abstracto de partícipe en ese particular sistema de comunicación que es la economía, papel que es necesario para la indiferencia y estabilización del sistema. El derecho al voto tampoco es expresión de la libertad individual, y menos aún con el concepto de libertad que aquí se maneja. La influencia que permite a cada individuo en la conformación de la vida política es mínima, y a cambio se le exige aceptar todas las decisiones del aparato. Su función real es hacer posible el

(82) Cfr. *Ibidem*, págs. 61 y sigs.

(83) Cfr. *Ibidem*, pág. 57.

(84) Cfr. *Ibidem*, págs. 68 y sigs. El concepto de *Selbstdarstellung* que utiliza Luhmann tiene afinidades con el bien primario de *Selfrespect* de Rawls.

cambio de poder y asegurar la diferenciación entre sistema político y burocracia, constituyendo un elemento importante en las estrategias de autolegitimación del derecho (85).

El principio de igualdad no hace referencia a una igual naturaleza humana, sino que se concibe como una abstracta relación de relaciones sin puntos de apoyo ontológicos en un ámbito de múltiples comparaciones posibles. Representa una exigencia estructural de los derechos modernos, que además garantiza una relativa autonomía del sistema. No introduce uniformidad, sino diversidad controlada, exigiendo una razón suficiente para toda desigualdad (86).

Los planteamientos de Luhmann, trasplantando una vieja problemática a un contexto teórico nuevo y proporcionando un nuevo lenguaje, aportan también cierta novedad en la crítica a un modo de pensar convencional sobre los derechos fundamentales. No es la actitud del positivismo jurídico decisionista que les reprocha su inoperancia en tanto que valores sentimentales no controlables racionalmente y apenas utilizables técnicamente, de modo que las declaraciones de derechos suelen quedarse más bien en declaraciones de deseos. Tampoco es la crítica marxista que ve elementos formales ideológicos con los que se intenta embaucar y salvar una mala conciencia por parte del poder con declaraciones escasamente efectivas. Por el contrario, Luhmann, muestra que en tanto que derechos formales son imprescindibles en una dinámica del sistema, y que su función aparece claramente cuando se desvinculan de un trasfondo metafísico absoluto o de una mentalidad humanista.

Quizá su análisis es simplificador, colocando un mismo principio en el fondo de todos los derechos de libertad que estudia: la diferenciación social frente a los peligros de politización, lo que parece ser una *reductio ad unum*, que supone una estilización excesiva. Si se analiza su presencia en el sistema jurídico y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, posiblemente aparezcan más funciones y una gran plasticidad. Son un horizonte de posibilidades que se van descubriendo y, como ocurre con la interpretación de las leyes, no sabemos qué se irá haciendo con ellos.

En la amenaza de extralimitación del sistema político, que asoma como temido Leviatán, late seguramente la experiencia totalitaria alemana, pero en una lectura actual se descubren más bien afinidades con

(85) Cfr. *Ibidem*, págs. 120, 148 y sigs.

(86) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 150; *Gundrechte... cit.*, págs. 162 y sigs. A. OLLERO, «Systemtheorie...», *cit.*, pág. 170, juzga así estas redefiniciones de los derechos fundamentales: «Los antiguos derechos de la persona, garantizados del respeto a sus prerrogativas a través de un juego político, deben dar paso a los derechos fundamentales del sistema, que evitan un enclave político para jugar como garantía de las fronteras entre sistema político y social. Implícitamente se concede a la sociedad una primacía sobre el individuo, lo cual acaba cargando de consecuencias políticas a la "despolitización" operada en los derechos fundamentales». También J. J. GIL CREMADES, «Razón práctica...», *cit.*, pág. 17, opina que «la descripción funcional del derecho (...) aboca precisamente a lo contrario de lo pretendido por la *Systemtheorie*, paradójicamente fundada en dicha funcionalidad. Más allá del sistema, en una posición meta-sistémica, nos encontramos siempre con la apelación a la decisión política».

las teorías neoliberales del *minimal State*. Y esta impresión se refuerza pues el análisis de Luhmann no está centrado en los derechos propios del Estado social. Estudia los mecanismos de freno y límite, pero no tanto los de dinamismo y estímulo, y la región de los derechos humanos con sus varios estratos históricos es extraordinariamente más rica.

Por otra parte, desde una teoría de sistemas autopoéticos, se suscitan dudas sobre si los derechos humanos son mero garante y válvula de seguridad o van más allá como creadores de realidades y activos productores de diferenciación social. Hay reglas que no sólo son limitadoras, sino antes que nada constitutivas y configuradoras de realidades.

Acostumbrados en esta materia a una literatura de sobrecarga axiológica y persuasiva, el contraste con la frialdad y el tecnicismo de Luhmann tiene indudable atractivo y poder liberador, pero hay que reconocer también que presenta sus rivales convenientemente ridiculizados. Las concepciones valorativas aparecen siempre como rígidas, pretenciosas, ultramundanas o de un blando humanismo inoperante. Es un esquema digno de los iusnaturalismos racionalistas más militantes, de la fenomenología más recalcitrante o del humanismo más retórico, pero que ignora media historia de la filosofía cargada de sutilezas y flexibilidad. Bien es verdad, en descargo de Luhmann, que los retazos filosóficos presentes en teóricos del derecho, recibidos a través de muchas manos y utilizados más que para pensar para hacer apologías, suelen responder mejor a estas parodias que a lo más dinámico y sutil del pensamiento filosófico. No sorprende si se tiene en cuenta que casi todo lo más ágil que ha conocido el pensamiento jurídico de nuestro siglo ha crecido cerca de las rigideces y dicotomías neokantianas. Y en este contexto conviene también hacer notar que la sistemática de corte tradicional, tan denostrada a propósito de los derechos fundamentales, ha tenido también aquí importantes virtualidades, produciendo diferencias, concibiendo distinciones y relaciones e imaginando múltiples contenidos, trazando a su modo límites, alternativas y estrategias posibles (87).

Justicia y complejidad

Los presupuestos metodológicos de la teoría de sistemas obligan a Luhmann a reconstruir el concepto de justicia como un *Sonderwert* inmanente al sistema jurídico. No se trata de una cuestión de sentimientos, o de una palabra molesta a suprimir analíticamente, o de un problema a disolver wittgensteinianamente, sino de un concepto a redefinir recuperando su operatividad y racionalidad. Justicia se concibe aquí como «la adecuada complejidad del sistema jurídico» (88).

(87) Así en N. LUHMANN, *Sistema jurídico...*, cit., cuando se refiere a la dogmática en general, en págs. 28 y sigs.

(88) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 142. Este trabajo se encuentra también incluido en ID., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp (Frankfurt am Main,

La idea de adecuación sortea la falacia naturalista que supondría definir un valor a través de hechos, ya que más bien define un valor por otro, con el consiguiente riesgo de circularidad e indeterminación. Y sistema jurídico no es un conjunto de normas, sino todo un sistema de acción y experiencia que se orienta conscientemente por el derecho.

Este planteamiento implica que la justicia se refiere al sistema jurídico como un todo, y no a la crítica de normas o acciones aisladas. Es posible enjuiciar decisiones concretas y normas particulares, refiriéndolas a procesos que constituyen subsistemas, pero en todo caso aquí la justicia tendría un sentido diverso de la justicia global, que exige un ámbito de comparaciones que afectan a todo el sistema (89). La justicia aparece así como un criterio regulativo para un análisis de estructura, pero no directamente utilizable en casos concretos, ya que se desnaturalizaría como un elemento parcial entre otros (90).

El alejamiento de la justicia de lo concreto, presentada como un horizonte último, tiene raíces platónicas, y aparece también modernamente en Rawls, que limita sus principios de justicia a la *basic structure* de la sociedad, aunque también haya un descenso hacia lo concreto a medida que se va levantando el velo de ignorancia de la *original position*. En Rawls se encuentran también unas agudas consideraciones sobre la justicia del todo y la justicia de las partes que bien pueden ser recordadas en conexión con el planteamiento de Luhmann (91). Del mismo modo, en el ámbito de la ética anglosajona, las críticas al *act-utilitarianism* en defensa de un utilitarismo de la regla o todavía más globalizador se sitúan en esta línea de defensa de la justicia como un concepto estructural y general, no utilizable para microanálisis.

La adecuada complejidad supone un enfoque intransistémico, que hace referencia a la capacidad del sistema para producir decisiones coherentes, a su operatividad, y no directamente a la adecuación del derecho con la sociedad. Justicia no es por tanto satisfacción de exigencias sociales, como piensa el utilitarismo maximizador del *Welfare State*. Puede haber demandas que no pasan los filtros del sistema, aspiraciones sociales a las que es insensible porque no está capacitado para

1981), págs. 374 y sigs. Sobre la justicia en Luhmann, cfr.: A. WILDERMUTH, «Gerechtigkeit und Systemtheorie», en *Studia Philosophica*, vol. 38: *Gerechtigkeit in der komplexen Gesellschaft* (Basel-Stuttgart, 1979), pág. 153 y sigs.; y W. Ch. ZIMMERLI, «Gerechtigkeit ohne Menschen? Zu Leistungsfähigkeit und Grenzen der systemtheoretischen Neuformulierung des Gerechtigkeitsbegriffes bei Luhmann», en *Ibidem*, págs. 191 y sigs.

(89) La propuesta de utilizar este concepto de justicia en decisiones concretas, considerando los procedimientos a que pertenecen estas decisiones como sistemas sociales con su propio ambiente y estructura, es de R. DREIER, «Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems», en *Rechtstheorie* (1974), 2, págs. 189-200. Mereció una respuesta en N. LUHMANN, «Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier», en *Ibidem*, págs. 201-203, afirmando que «la justicia de un sistema parcial no es la justicia del sistema, y más aún: la mera acumulación de todas las justicias de los sistemas parciales ni siquiera garantiza la justicia del sistema jurídico global. Este problema tiene paralelos en el sistema económico en relación con las suboptimizaciones y las optimizaciones globales, pero para el sistema jurídico se ha investigado todavía poco» (pág. 202).

(90) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 154.

(91) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, *cit.*, págs. 78-79.

satisfacerlas o no le interesa hacerlo. La sociedad siempre exige más que lo que el derecho puede soportar. Y como se ha visto, el sistema es un formidable productor de latencia y zonas de sombra. Además el *output* de satisfacción de necesidades, como todo razonamiento orientado a consecuencias y *optimizador*, no es plenamente controlable por la razón. Aquí no ocurre como para Ehrlich que la sociedad es el centro de gravedad del derecho, sino sólo su *Umwelt* o el conjunto policéntrico de todos los sistemas. Y mucho menos la justicia hará referencia a la adecuación del derecho con una naturaleza humana dada externamente al sistema o una *Natur der Sache* en cualquiera de sus formulaciones. La justicia se define como algo interno para el control del sistema jurídico, que no debe colapsarse ni bloquearse, que debe refinar su capacidad operativa y asimiladora del ambiente, distribuyendo la resonancia que se produce en su interior. El propio sistema es así el primer interesado en la justicia.

Se trata de conseguir una complejidad que sea adecuada porque permita una actividad decisoria coherente. La presión social sobre el sistema jurídico, que podríamos entender como una especie de coherencia externa, exige aumentar su complejidad, arriesgando quizá su coherencia interna. Si por el contrario se esfuerza la unidad y coherencia interna del sistema, en su rigidez posiblemente sea desbordado por los acontecimientos, dejando de ser operativo. Se trata de hacer compatible complejidad (diversidad) con coherencia (unidad), logrando un punto de equilibrio, que recuerda lejanamente las ideas de prudencia y término medio, que desde Aristóteles están en el centro de toda virtud, y por lo tanto también de la justicia.

Con este enfoque del problema de la justicia hay diversas variables a tener en cuenta, y entre ellas las más importantes son la dimensión del sistema o volumen de decisiones existentes y posibles que abarca, la variedad de esas decisiones, la interdependencia de sus elementos, el grado de generalización o abstracción de su estructura y la frecuencia o *tempo* de cambio de las premisas decisorias (92). Todas ellas son cuestiones a sopesar, buscando el modo de hacer estas variables compatibles entre sí, teniendo en cuenta que se relacionan recíprocamente y que un desarrollo unilateral de un aspecto puede suponer congelar otros o retroceder en otras variables. No se trata de buscar el valor máximo posible para cada una de estas variables individualmente consideradas, sino una especie de óptimo global, y esto no es algo a realizar abstractamente, sino en el trato permanente con problemas, con lo que no se puede llegar a una fórmula fija (unos principios de justicia), sino a un continuo replanteamiento.

Hay un paralelo entre la congruente generalización que persigue el derecho y la adecuada complejidad que exige la justicia. Y en definitiva una decisión es justa si es coherente con todas las demás, con lo que en cierto modo se reduce la justicia a validez (93). Aquí podrían

(92) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 156.

(93) Sobre la idea de coherencia en Luhmann es muy ilustrativo *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 173, nota 13, pues no se trata de falta de contradicción lógica, sino de capacidad asociativa según las reglas de la retórica jurídica.

tener cabida las ideas expuestas por Dworkin sobre la formación progresiva del sistema jurídico y los requisitos de admisibilidad de nuevas decisiones, que tienen que ser compatibles con las ya existentes, pero que a su vez pueden ser tenidas en cuenta como precedentes para otras futuras (94).

La justicia puede verse también como una exigencia de autocontrol del proceso de propia selección y transformación del derecho, en tanto que sistema autocreador que se determina a sí mismo, que tiene por tanto un fuerte rasgo de inmanencia, y no es aproximación a ninguna *perfectio circa mentes* ni a ningún esquema legitimador trascendental que se haya refugiado en la zona espectral de lo *a priori* (95). Sí se puede, en cambio, conectar con el elemento de redundancia que está presente en toda argumentación, redundancia que el sistema debe saber manejar con pericia (96). En este enfoque no surge el arduo problema con que se enfrentan las teorías sobre la justicia de tipo perfeccionista y utópico, de cómo realizar prácticamente la perfección, cómo encarnar las ideas en la realidad. Problema que no es sino el de la relación entre justicia y poder, por lo que una teoría idealista de la justicia necesita complementarse con una teoría realista del poder, aunque rara vez la encontramos en este tipo de planteamientos. Al concebir la justicia como adecuada complejidad del sistema jurídico no hay una marcada escisión entre ser y deber ser, teniendo además presente que hoy el poder político está codificado por un derecho de estructura circular y autorreferencial en una muy evolucionada combinación de los códigos binarios del poder y del derecho (97).

Con todo ello la justicia sigue apareciendo como algo abierto y formal, pero advierte Luhmann que el concepto de complejidad no puede ser de otro modo y sería ridículo pretender condensarla en una receta (98). No deja de ser interesante que en una teoría aparentemente tan nueva, a su modo van dándose cita muchos de los tópicos por los que se ha caracterizado el pensamiento sobre la justicia de tradición aristotélica, dentro de la dialéctica y con gran sensibilidad hacia lo concreto, y que han sido blancos de crítica periódicamente frecuentados tanto por los escépticos como por los dogmáticos.

La justicia no puede plasmarse en una fórmula fija pues uno de los elementos a sopesar es precisamente el tiempo. Se acepta plenamente la positividad del derecho y se cuenta con la incesante evolución del mismo. La materia jurídica es fundamentalmente dinámica, y aquí está precisamente una poderosa fuente de discontinuidad, y de contradic-

(94) Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad.: M. Guastavino, Ariel (Barcelona, 1984), págs. 246 y sigs., sobre el llamado «modelo constructivo». Para la relación entre justicia y dogmática jurídica ver N. LUHMANN, *Sistema jurídico...*, cit., págs. 36 y sigs.

(95) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 147.

(96) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 43 y «El enfoque sociológico...», cit., pág. 96. En teorías de la argumentación como la de Alexi, sin el horizonte de trascendencia de Habermas o Perelman, se pueden encontrar fuertes puntos de contacto con Luhmann.

(97) Cfr. N. LUHMANN, «Widerstandsrecht...», cit., págs. 40 y sigs.

(98) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 155.

ción en una perspectiva diacrónica. El cambio dentro de la coherencia, tal como exige la justicia en el sentido dado aquí a este término, requiere tiempo, pero la sociedad del *Welfare State* apremia. Por eso Luhmann puede manifestar cierta inquietud al preguntarse si el sistema jurídico tiene hoy suficiente tiempo de espera (99).

No se debe olvidar aquí el papel de la dogmática, considerada no como rémora, sino como un factor acelerador, que facilita la producción de decisiones coherentes, requiriéndose naturalmente para ello haber alcanzado una cierta masa crítica de conceptos y planteamientos (100). Se trata no sólo de un cambio del derecho, sino de un cambio en el derecho, que manteniendo el tenor literal se recrea a través de interpretaciones, en un crecimiento inmanente que podría ser visto como una estrategia de reducción de complejidad, ya que permite cambios de una manera subrepticia y poco traumática. Aunque tiene sus limitaciones: la dificultad o la imposibilidad de un cambio legislativo, como un deseo retenido, podría producir un crecimiento interno tortuoso, con deformaciones y atrofias.

Por otra parte Luhmann defiende lo que denomina una concepción restrictiva de la política, que realistamente debe replantearse qué es para ella *Umwelt*, cuáles son los problemas a los que tiene que responder y que constituyen su *input*. En una sociedad diferenciada y descentralizada la política ya no puede pretender ocupar un papel director sin perder el control sobre sí misma, debiéndose limitar a satisfacer la necesidad social de decisiones vinculantes, pero dejando autonomía a otros sistemas. La dinámica expansiva del Estado del bienestar, exigiendo a la política una responsabilidad global de la sociedad y un desmedido papel director, causa graves disfuncionalidades y expectativas defraudadas. Luhmann habla, con acentos de neoconservadurismo, de autodesbordamiento (*Selbstüberforderung*) del sistema político. Con lo cual, aunque no lo diga expresamente, quizá no sea exagerado pensar que para esta teoría la dinámica del Estado del bienestar es productora de injusticia, en el sentido técnico dado al término (101). La presión social para que aumente la complejidad del derecho y su capacidad decisoria lo desborda y desnaturaliza, pues siempre supera a la complejidad soportable por el sistema (102).

Muy próxima a esta problemática está la cuestión de la seguridad jurídica, no casualmente olvidada por casi todas las teorías éticas que pretenden haber encontrado un punto de apoyo sólido para sus valoraciones. No se trata aquí de un conflicto de valores entre justicia y

(99) Cfr. *Ibidem*, pág. 160.

(100) Cfr. *Ibidem*, pág. 161.

(101) Cfr. N. LUHMANN, *Polistische Theorie...*, *cit.*, págs. 143 y sigs. De todas formas el criterio de una política restrictiva (desburocratización, deslegalización, despenalización) es puramente formal pues no contiene las materias que deben sustraerse de su dominio, que habría que determinar según las circunstancias concretas.

(102) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 145. Por otra parte también las exigencias de una mayor participación en la toma de decisiones pueden paradójicamente producir deslegitimación, según se ve en ID., «Participación y legitimación...», *cit.*, págs. 11 y sigs.

seguridad, que para Luhmann resultaría un planteamiento banal, sino como siempre de un problema referido a la dinámica sistema-ambiente (103). La seguridad jurídica se condensa para esta teoría en la negación de una negación: la prohibición de denegación de justicia. Exige decidir aun en casos poco claros, con lo que el sistema jurídico pierde el control de su propia complejidad, no pudiendo garantizar la coherencia de sus decisiones. La justicia, sin embargo, implica limitar las decisiones, lentitud y capacidad de respuesta madura. La seguridad jurídica está así muy conectada con las exigencias sociales, por contraposición a la justicia, que se refiere primariamente al sistema. En la contraposición seguridad-justicia se recoge en el fondo mucho de lo que habitualmente se discute en la contraposición sociedad-derecho. Por ejemplo, por lo que respecta al problema de la igualdad se trataría de las exigencias de igualdad o equiparación entre grupos (todo agravio es un agravio comparativo) y la capacidad del derecho de dar una respuesta coherente.

La justicia no es en esta teoría el centro, como para Rawls, que la considera la primera virtud de las instituciones sociales (104). No puede ser de otro modo tratándose de sistemas con una constitución circular, entre los cuales el derecho no ocupa el centro de la sociedad, como desde la Ilustración se complacían en pensar los juristas después de haber soslayado a la teología. La justicia aparece más bien como el Dios de Kant, lateralmente y entre bastidores, como válvula reguladora de un planteamiento centrado en la reducción de la complejidad y la operatividad.

Pretende alejarse de la idea de *perfectio* por medio de la *adäquate Komplexität*, que no obstante no puede evitar ser un concepto perfeccionista, aunque se trate de un perfeccionismo dinámico, y en todo caso no habitual entre juristas, pues no es adecuación a las exigencias sociales, a la naturaleza humana o a la dialéctica de la historia. La justicia como parámetro de adecuación parece no exigir tanto como un óptimo, recordando más bien a la clásica búsqueda funcionalista de equilibrio. Se trata de un concepto puramente formal que se puede aplicar a cualquier derecho que sea una maquinaria perfectamente engrasada y sin contradicciones, con lo que bastaría para hacerlo justo, llevándonos al clásico problema iusnaturalista de en qué se distingue el Estado de una banda de ladrones, o el derecho de la mafia. Pero en un mundo sin referentes externos con los que establecer comparaciones este planteamiento desemboca en una aporía. Si no podemos divisar la *Civitas Dei*, la ciudad terrena correrá con su suerte. La racionalidad sistémica también supone riesgos que la racionalidad axiomática ha sido históricamente incapaz de contener e incluso de denun-

(103) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, págs. 164 y sigs. El sentido usual de seguridad jurídica es más amplio pues recoge las exigencias de un derecho claro (frente a vaguedades), coherente, completo (aquí se introduciría la exigencia de resolver todos los casos planteados) y en funcionamiento efectivo (frente a desuso y latencia).

(104) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, *cit.*, págs. 19-20.

ciar. La adecuación (aunque etimológicamente *ad-aequare*, emparentado con *aequitas*) paradójicamente se transforma aquí en algo que no conecta el sistema con nada exterior (al modo de una *adequatio intellectus rei*), sino en un concepto autorreferencial, que reposa sobre sí mismo. Se podría hablar de autoadecuación como se habla de autolegitimación, en la circularidad de diálogo consigo mismo.

Puede objetarse a esta última observación que el sistema no está flotando en el aire, sino en ósmosis con su ambiente y que difusamente la sociedad está presente en tanto que digerida o traducida por el sistema, que regula su apertura y cierre. Pero esto quizá no sea suficiente y hablar de justicia en este sentido choca con el uso común del término. La autonomía de la razón jurídica supone aquí bailar en una cuerda floja, asomados, si no al vacío, al menos a una zona de arenas movedizas; pero también lo hacen, aunque no lo confiesen, tantas otras teorías que dicen haber encontrado un punto de apoyo. Y como en el fondo el derecho sirve a la seguridad este concepto de justicia es mera correa transmisora del valor seguridad (aunque no de la seguridad jurídica tal como se ha tratado antes), que constituye siempre un *prius* no suficientemente aclarado. ¿Se trata de seguridad de que el sistema sobrevivirá frente a peligros, de que no se llegará a ciertas situaciones intolerables y desestabilizadoras (viendo el futuro más como amenaza que como utopía)? ¿Seguridad de que las expectativas no quedarán defraudadas o de que será absorbida la decepción o convenientemente manipulada? (105). Quizá Max Scheler, esencialismos aparte, tenga algo que decir sobre los valores formales que siempre sirven a otros valores. Tautologías, redundancia, vaciedad, circularidad, que tanto se han esgrimido contra la tradición iusnaturalista, tienen también un lugar en la teoría de Luhmann aunque, a diferencia de lo habitual, en vez de disimularlo aquí se acepta abiertamente y se intenta trabajar con todo ello para hacerlo operativo, con una lucidez y transparencia que por sí mismas son ya un logro teórico considerable.

Igualdad y relación

Tradicionalmente se ha establecido una estrecha vinculación entre justicia e igualdad pues ya desde Aristóteles el contenido de la justicia se concreta básicamente en igualdad. En Luhmann también existe una relación entre ambos conceptos, pero de un modo un tanto lateral y muy distinto al planteamiento aristotélico, como consecuencia de su negativa a considerarlos como valores y de la redefinición de la justicia que ya se ha visto (106). Justicia no es igualdad sino adecuada com-

(105) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte*, cit., pág. 181, en donde se conecta la seguridad con la capacidad funcional del sistema.

(106) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», pág. 144, nota 34. Lo fundamental de la teoría de Luhmann sobre la igualdad se contiene en el capítulo que dedica al principio de igualdad ante la ley al tratar de los derechos fundamentales en *Grundrechte...*, cit., págs. 162 y sigs. Sobre esta materia puede verse H. WILLKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Duncker &

plejidad del sistema jurídico, de modo que se asegura su capacidad de tomar decisiones sin bloqueos y manteniendo la coherencia interna: sólo así se garantiza el principio de economía decisoria de que casos iguales se decidan de igual manera (107). Por su parte la dogmática jurídica a través de sus conceptos y esquemas realiza un control de coherencia, de modo que a iguales supuestos de hecho se conectan iguales consecuencias jurídicas y a desiguales supuestos de hecho desiguales consecuencias jurídicas. En cuanto vuelta al pasado, la dogmática garantiza la repetición de iguales decisiones para futuros casos semejantes, aunque también se esfuerce por lograr una progresión coherente hacia nuevas decisiones. Refina los criterios con los cuales se distingue lo igual de lo desigual, aumentando la variedad e interdependencia de las decisiones (108).

En derecho el principio de igualdad no quiere decir que todos tienen los mismos derechos, ni hace referencia a una igual naturaleza humana o a la dignidad de la persona. Significa por una parte la no aceptación de personas, que la ley se aplica a todos por igual, y en cuanto a la creación del derecho que las leyes tienen que ser generales y abstractas y desde una perspectiva temporal no sujetas a cambio arbitrario. Resulta ser así un deber para el legislador y un principio estructural del derecho, además de garante de su autonomía como sistema. Pero por otra parte igualdad significa además tratar igualmente a lo igual y de modo desigual a lo distinto. Aquí ve Luhmann un principio de comparación que exige dar razón suficiente de todo tratamiento desigual.

El principio de igualdad consagrado por tantas Constituciones no se dirige directamente a la acción de los ciudadanos, como otros derechos fundamentales, sino que su objeto es la acción del Estado. Formula más bien exigencias estructurales al legislador frente al cambio arbitrario y particularismos de las leyes. No es una pretensión de los individuos frente al Estado, un derecho subjetivo a ser tratado igual. No se trata de exigencias de particulares, sino de una exigencia social de normas generales y abstractas, que son productoras de indiferencia, y por lo tanto de igualdad. Por eso para Luhmann el esquema de los derechos subjetivos resulta ser muy estrecho; nos encontramos más bien con un problema estructural, en donde igualdad no significa fixismo, sino previa determinación del modo en que el derecho cambia y el logro de una normativa abstracta que no supone una indiscriminada equiparación, sino una previsión de toda diferencia. Lo que está en juego es la generalización, la configuración del derecho como un sistema relativamente autónomo y diferenciado, y no tanto la condición de las personas. Por eso la igualdad más que un derecho subjetivo entre otros se podría concebir como un aspecto, aunque de rango

Humboldt (Berlín, 1975), págs. 177 y sigs. y 224 y sigs., y A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Guiffirè (Milano, 1975), págs. 149-150.

(107) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 145.

(108) Cfr. *Ibidem*, págs. 149, 152, 157-158.

fundamental, de todo derecho subjetivo (109). Lo cual no significa desconocer la importancia de las pretensiones igualitarias en la dinámica del sistema político y de la lucha contra las desigualdades disfuncionales, pero esto no ayuda a entender el sentido del derecho a la igualdad como una pieza básica en la estructura del sistema jurídico (110).

En opinión de Luhmann, para entender el principio de igualdad ante la ley, tan inadecuado como el concepto de derecho subjetivo es acudir a una interpretación axiológica, como si aquí se tratara de que la igualdad fuese algo a perseguir y la desigualdad a evitar. Sabido es que en la realidad no hay casos concretos iguales, pues lo igual y lo desigual está entremezclado, por lo que un juicio sobre la igualdad requiere seleccionar un determinado punto de vista, escoger rasgos relevantes para neutralizar las desigualdades, y en definitiva valorar sin que sea fácil apoyarse en una objetividad. Pero no se trata de esto. El derecho, acogiendo este principio, no reconoce una igualdad dada, no descubre un deber ser como si lo jurídico fuera un apéndice de la filosofía, sino que él mismo la produce, la inventa, la constituye. Aquí se encuentran elementos para una nueva interpretación del debate entre positivismo e iusnaturalismo, que hacen más plausible de lo que se había pensado la idea de una validez jurídica creadora de justicia, por mal que esto suene a oídos iusfilosóficos. Si por convicción o como estrategia argumentativa renunciamos a presuponer puntos de vista valorativos fijos que dicten lo que debe ser tratado como igual y como desigual, se debe buscar el sentido del principio de igualdad en la misma actividad de comparar, y el esquema igual-desigual se transforma en una exigencia de razón suficiente para toda desigualdad (111). Con lo que paradójicamente se trata de valorar para justificar desigualdades.

El principio de igualdad, perdida toda su carga sustancialista, es puro dinamismo y no significa otra cosa que comparar, constituyendo una transmutación de la pregunta por la razón suficiente. Implica que la igualdad no necesita fundamentación, pero nada hay de esencial en ello. Sería redundante exigir a la vez fundamentar la igualdad y la desigualdad, porque son como la luz y la sombra, y se opta por la fundamentación de lo desigual. Pero se trata sólo de una decisión estratégica, en donde igualdad y desigualdad constituyen equivalentes funcionales; es sólo una cuestión procesal de asignación del *onus probandi*. Se distribuye desigualmente la carga de la fundamentación pues así lo igual es la regla y lo desigual la excepción, que para ser admisible se debe lograr fundamentar particular y explícitamente. Pero esta opción no es consecuencia de ninguna moral igualitarista, sino de una mayor comodidad y operatividad para el sistema. Se trata en definitiva de ir incrustando en el sistema elementos diversos en apoyo recíproco, o de desplegarlo introduciendo distinciones y discriminaciones soste-

(109) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 163-167.

(110) Cfr. N. LUHMANN, *Politische Theorie...*, cit., pág. 123.

(111) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 169-170; *Fin y racionalidad...*, cit., págs. 299-300.

nidas por razones que aspiran a ser suficientes. Como se ve, aquí se podría conectar con la teoría de la argumentación, las *good reasons* y un contexto de razonamiento, de modo que se distingue salvaguardando la coherencia del sistema sin sobrepasar su umbral de tolerancia, manteniéndose en el nivel de adecuada complejidad que exige la justicia. Se persigue una hábil articulación de la discordancia y la redundancia, de la opacidad y la resonancia en el sistema.

Manteniendo después de estas observaciones el primer sentido de la igualdad (generalidad y abstracción) Luhmann añade, avanzando un paso más, que las razones para un trato desigual deben ser, además de suficientes, universales y específicas, y no particulares y difusas (112). Esto es lo que significa que nadie puede ser discriminado por razón de su edad, raza, sexo, creencias, lengua, procedencia, etc., que constituyen así zonas de indiferencia. Los supuestos de un trato desigual no sólo deben expresarse en categorías generales, sino que deben ser universales. No se llega sin embargo a postular explícitamente una universalización al estilo del imperativo categórico kantiano recogido por Hare, o su recreación procedimental de Rawls, pero se apunta que el decisor «en su decisión se debe presuponer a sí mismo como intercambiable», con lo que Luhmann se aproxima a esos planteamientos (113).

El principio de igualdad exige así identificar los papeles del sujeto y el destinatario de la decisión en un decisor abstracto, del mismo modo que la democracia rousseauiana supone obedecer a las leyes que se da uno mismo, o que los partícipes en el juego de la posición originaria rawlsiana son equivalentes al haber sido vaciados de todo particularismo por el velo de la ignorancia. Y piénsese que con la creación de un sistema normativo el actuar humano entra en una nueva dimensión de complejidad con «la posibilidad de contar con las perspectivas de los demás, de ver con los ojos de los otros, hacerse proporcionar informaciones y ensanchar así el propio horizonte de vida sin un gasto sustancial de tiempo», lo cual «sólo es posible si la igualdad del agente respecto al otro se pone como premisa» (114). De este modo cualquier otro es concebible como un *alter ego* y se pueden construir procesos reflexivos de expectativas, con toda la problemática de la doble con-

(112) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 176-178.

(113) *Ibidem*, pág. 177. Es bien conocida la irrelevancia de las consecuencias de una decisión a la hora de razonar moralmente siguiendo las teorías de Kant. Por eso no sorprende que en *Sistema jurídico...*, cit., defendiendo una dogmática orientada primariamente al *input* del sistema, diga Luhmann que «un juez no puede pretender al mismo tiempo imparcialidad y responsabilidad por las consecuencias» (pág. 74, nota 82), sosteniendo que una práctica jurídica orientada por fines violaría el principio de igualdad: «No se pueden pretender racionalmente determinados efectos —por ejemplo tratar de ayudar al delincuente para que vuelva al camino de la ley— y al mismo tiempo decidir casos iguales de igual modo, ya que las condiciones de eficacia en cada caso dependen demasiado de la situación para dejar espacio a consideraciones de justicia» (pág. 74).

(114) N. LUHMANN, «Le norme...», cit., pág. 57. La no acepción de personas supone una orientación universalista que hace posible la formación de expectativas frente a desconocidos, prescindiendo del contexto concreto, lo cual es fundamental en una sociedad muy compleja. Cfr. *Sistema jurídico...*, cit., págs. 53-54.

tingencia y la consiguiente inseguridad. En todo caso se dice que para que haya derecho hay que presuponer la igualdad, lo que recuerda el derecho natural de contenido mínimo de Hart o las circunstancias de la justicia de Rawls (115). Puede considerarse también como una igualdad exigida estructuralmente, igualdad de las personas en tanto que sujetos de derecho, y que implica la despersonalización necesaria para el funcionamiento del sistema burocrático como una maquinaria anónima y automática.

El principio de igualdad tras una primera determinación en la abstracta noción de comparar ha llevado a otro tipo de nociones formales que están muy cerca de las buenas razones de la argumentación razonable, del imperativo categórico kantiano, de las premisas igualitarias tantas veces utilizadas en la historia con claros fines iusnaturalistas, de una sociedad con la transparencia del panóptico, y de la legitimación burocrática weberiana. Son elementos dispares, y a veces contradictorios, que implícitamente se dan cita a propósito de unas breves observaciones de Luhmann, escritas de pasada, sin la insistente reiteración con que propugna una concepción alejada de valores, pero fundamentales, pues en caso contrario nunca sabremos qué tipo de discriminaciones pueden soportar la carga de la prueba y permitir una adecuada complejidad, y no podríamos justificar la no discriminación por razón de sexo, creencias, etc. Son alusiones que están fuertemente impregnadas de valores, si no en sí mismas sí en su utilización concreta debido a su formalismo. No sería fácil decir si aquí la racionalidad sistémica basada en la operatividad realmente puede acoger y fundamentar tantas voces extrañas, como en diversos lugares de su obra sostiene Luhmann, o si nos encontramos ya con claras infiltraciones de un *moral reasoning* independiente, no controlable sistémicamente. El metalenguaje sistémico lo tiene aquí difícil para situarse sobre estos otros juegos de lenguaje y seguir diciendo, por ejemplo, que los fines son una estrategia más del sistema y que la racionalidad teleológica se puede explicar a partir de la sistémica incrustándose en ella.

La solución parece difícil y la prudencia aconseja dejar el tema sólo planteado para retornar al punto de partida de la igualdad como actividad de comparar, pues todavía hay aquí elementos de extraordinario interés que además permiten conectar con algunos planteamientos fundamentales de la teoría de sistemas, recuperando un horizonte más amplio y conectando con las teorías de la justicia de carácter igualitario. La idea de desigualdad es algo más que un principio jurídico, pues se encuentra en el mismo centro de la teoría de sistemas con un peso epistemológico fundamental.

La racionalidad sistémica no exige operaciones de percibir, sino de comparar, como ya se ha visto (116). El sistema es un comparador tan-

(115) H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad.: G. Carrió, E. Nacional (México, 1980), C. IX, 2, y J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., pág. 152.

(116) Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad...*, cit., pág. 47. Y sobre lo que implica la igualdad se puede recordar a L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad.: E. Tierno, Alianza (Madrid, 1981), 6.23, pág. 183: «Si dos expresiones están unidas por el signo de igualdad, esto significa que pueden sustituirse la una por la otra.»

to como un programador, y el mundo es el horizonte de las posibles comparaciones. Aquí la idea de equivalencia funcional es central, con la consideración de fenómenos distintos como equiparables, así como los conceptos de indiferencia y latencia, que se refieren a realidades complementarias e intercambiables. El mecanismo de la negación puede aplicarse sobre sí mismo, y en la unidad del sistema se equiparan los esquematismos binarios de cualquier código de funcionamiento. La idea de generalización supone neutralización, inmunización a través de una abstracción igualadora, y el derecho no es sino congruente generalización de las expectativas. Dos estrategias sistémicas de reducción de complejidad funcionalmente equivalentes, la diferenciación interna (categorías distintas) y la determinación indeterminada (categorías generales, tensión abstracto-concreto), son muy importantes en un pensamiento de la desigualdad. Todo ello puede verse como modulaciones de una peculiar noción de igualdad que nada tiene que ver con la semejanza cualitativa, previa y más honda conceptualmente que el principio de igualdad en el derecho, que aquí no sería sino su manifestación diferenciada y especializada en uno de los sistemas sociales.

El esquema igual-desigual es por otra parte una estrategia funcionalmente equivalente de los esquemas causa-efecto, o todo-partes, al servicio de la reducción de la complejidad. Por medio del principio de causalidad la complejidad se interpreta como infinitas relaciones de causas y efectos interdependientes, y por medio del principio de igualdad como multitud de relaciones comparativas posibles. No se trata de un orden concreto pues son principios formales, sino de un «esquema de orden posible», a concretar a través de una selección. Se dirige así el interés del conocimiento hacia ciertos aspectos de la realidad, proporcionando un valioso potencial de intelección, abriendo un espacio para un argumentar racional, del mismo modo que el lenguaje proporciona una estructura que permite la comunicación a través de la doble selectividad, o que el derecho permite racionalidad y seguridad en la acción (117). Frente a ontologismos, el principio de igualdad aparece como puro dinamismo con una función de contraste sin puntos de apoyo externos, que reflexivamente «relaciona relaciones, que pueden variarse bilateralmente (en las normas y en los hechos)» (118).

En esta visión relacional la igualdad resulta ser así no un principio equiparador sino paradójicamente un formidable productor de diferencias controladas, una palanca expansiva que introduce distinciones y despliegues en cascada. Lo penetrante de esta interpretación se pone de manifiesto cuando se estudia algún ejemplo significativo de teoría de la justicia que invoca la igualdad como valor central. En el caso de Aristóteles se parte de que la justicia es igualdad, pero para pasar a continuación a las imágenes de lo aritmético y lo geométrico, con lo que la idea de igualdad deriva hacia la de proporción, que funciona

(117) Cfr. *Ibidem*, págs. 161-162, 179, 182; *Grundrechte...*, *cit.*, pág. 173.

(118) N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», *cit.*, pág. 150. En J. I. LACASTA y A. SERRANO, «El Tribunal Constitucional...», *cit.*, habla A. Serrano del principio de igualdad en Luhmann como «arma de relacionar» (pág. 173).

como generadora de distinciones (119). También para Perelman la justicia supone igualdad, pero al intentar concretar más se fragmenta en diversas categorías: a cada uno lo mismo, según sus méritos, obras, necesidades, rango o lo que la ley le atribuye (120). En la teoría de Rawls las partes de la posición originaria, en situación de máxima igualdad, acaban eligiendo unos principios de justicia que incluyen precisamente el llamado principio de diferencia, que justifica ciertas desigualdades económicas (121).

Por ello no es de extrañar el papel fundamental del principio de igualdad precisamente en una teoría de la diferenciación social, preocupada por salvaguardar la autonomía de los sistemas. El sistema jurídico tiene una autonomía relativa, se recrea y maneja el argumento *a pari* (analogía) y *a contrario* estratégicamente. En los límites del sistema político, en el lado del poder que el sistema político obtiene de la sociedad y en el de las decisiones que produce para la sociedad, el principio del voto igual general y secreto (democracia pluralista) y el principio de igualdad ante la ley (Estado de derecho) son respectivamente instituciones complementarias y funcionalmente equivalentes. Con su misión estructuradora y productora de autonomía logran una peculiar indiferencia de la actividad decisora del Estado.

El derecho al voto no puede garantizar la igualdad del influjo real de los electores en las decisiones políticas, y en el juego político cuentan además otras instancias de poderes fácticos y se filtran otros elementos difícilmente racionalizables. Y precisamente porque la desigualdad de influencias en el *input* del sistema no se puede justificar, se deben justificar al menos las desigualdades de trato en el *output*, lo que en todo caso es más fácil. Así el principio de igualdad comienza por prohibir consideraciones particularistas y personalismos en el límite sistémico entre la burocracia y el público, y toda desigualdad debe justificarse de algún modo (122). Con lo cual parece que el principio de igualdad tiene también una función de compensación y en cierto modo de coartada de una desigualdad real en el poder de tomar decisiones. Produce indiferencia, distancia, autonomía (es decir que neutraliza y filtra otras instancias extrajurídicas) y logra un desplazamiento de la discusión sobre la igualdad a una zona vigilada por el mismo derecho, en donde las razones suficientes que justifican la desigualdad serán jurídicas y la coherencia de la argumentación que controla la justicia será intrajurídica.

Si el principio de igualdad como relación no es un elemento más, sino un rasgo estructural, algo así como el modo de pensamiento del sistema (pensar es relacionar), y supone una exigencia de razón suficiente, quiere decir que la estructura del derecho es un tipo de argumentación. Pero como la igualdad es introducción de distinciones, aquí hay una pradoja central en el derecho, quizá tan importante como la

(119) Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 1131a-1132b.

(120) Cfr. Ch. PERELMAN, *De la justicia*, cit., págs. 19 y sigs.

(121) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., págs. 340-341.

(122) Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte...*, cit., págs. 174-175, 178-180.

de la positividad. El sistema jurídico tiene una constitución paradójica y es experto en manejar sus paradojas desparadojizando y haciendo que nos acostumbremos a lo imposible, pues toda su actividad es un trato con sus propias paradojas. Y encuadrando todo ello en una diferenciación de sistemas, resulta que el derecho hablando de igualdad está hablando de sí mismo y con su propio lenguaje. Una vez más el sistema actúa como traductor de complejidad externa a complejidad interna, replanteando convenientemente las exigencias sociales de igualdad como exigencias estructurales del sistema, introduciendo prioridades y dándose sus propias razones.

Las dificultades para una crítica al derecho

Como bien se ha visto, en la teoría de Luhmann no aparece el valor utópico, anticipador de las declaraciones de derechos ni de la idea de justicia, sino sólo su aspecto de límite, de garante de diferenciación y de control de operatividad. Con este planteamiento hablar de utopía es mera argumentación retórica, pero en todo caso sería una argumentación que ya no es producción de redundancia, sino de innovación y sorpresa, aunque no lo tenga fácil para convertirse en hechos (123). También estas grandes palabras son microsmos, con la textura abierta que señala Hart, y también podríamos decir, como del mundo, que constituyen un horizonte de posibilidades desde el que puede ser experimentado el traspaso de límites (124). Evolución es producción de inverosimilitud, y podríamos permitirnos extenderlo a una interpretación evolutiva del derecho (125). El pensamiento de Luhmann, tan lejos de la consagración del *statu quo* como de la utopía, se sitúa en el término medio de la operatividad.

Pero en una teoría autopoética no es pensable un sistema plenamente abierto al gusto de Popper, y tampoco lo son los derechos fundamentales y la justicia como anticipación y ruptura, como *topoi* especialmente elásticos. Incluso llega a decir Luhmann que es retórica hablar de represión, dominación y abuso de poder, ya que estos conceptos no sirven para captar adecuadamente la realidad, sino sólo para estimular la agresión (126). Pero para reconocer la injusticia no siempre es necesaria una teoría muy refinada, y ya comprobó la fenomenología que el sentimiento de la injusticia es más inmediato que el de justicia. Podemos pensar que muchas teorías están más bien para resignarnos o para justificar desigualdades, con lo que ciertos estímulos también podrían ser convenientes.

Las posibilidades de un cambio social provocado por ideales son para Luhmann muy escasas. Las personas han sido socializadas a través de códigos, y ni siquiera gobiernan personas, sino códigos. El de-

(123) La conexión entre redundancia y argumentación se encuentra en N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 35.

(124) Cfr. N. LUHMANN, «Gerechtigkeit...», cit., pág. 135.

(125) Esta idea de evolución puede verse en N. LUHMANN, *Macht*, cit., pág. 83.

(126) Cfr. *Ibidem*, pág. 82.

recho tiene una constitución circular y funciona como código para el poder político, que pierde su configuración jerárquica y adquiere así una forma circular y una gran estabilidad. El orden jurídico, no centralizado en ningún punto preciso del sistema normativo, no puede ser por tanto eficazmente atacado ni defendido desde ningún punto concreto. Ya no se puede decir que el poder está fuera, apoyando al derecho, ni que el derecho está controlando al poder, sino que como vieron Kelsen y Ross el poder político es el mismo objeto del derecho, y hay que utilizar el derecho para activar este poder. Esto no significa por sí mismo ninguna limitación del poder, sino sólo una condición formal, un código que tanto puede dar amplios poderes como no. La discusión y la crítica al derecho se limitan a decisiones que presentan alternativas puntuales que desde un punto de vista estructural son una trivialidad: «Otras decisiones no significan otro orden, no son nada más que otras decisiones» (127).

Toda teoría del derecho tiene una de sus piedras de toque en una teoría de la revolución, que exige dar cuenta de los cambios estructurales más allá de las propias normas de cambio del derecho. En Luhmann este peligro aparece conjurado como disponibilidad: la lucha contra un orden jurídico sólo es posible en tanto que lucha sobre el contenido de las decisiones, pero no sobre el orden como tal. El papel de la opinión pública, tan realzado por la vieja ilustración de la razón de Kant y renovado por Habermas, es periférico en un mundo de códigos y no tiene fuerza suficiente para proporcionar sustitutivos válidos. La opinión pública no puede crear nada; debe limitarse a descubrir y tomar conciencia de los problemas y las posibilidades sistémicas para su solución.

La conciencia de los problemas sensibiliza a la sociedad, pero el cambio aparece confiado a las fuerzas de la evolución. Para solucionar los problemas no son decisivos nuestros planes, como piensa un racionalismo que cree poder edificar de nueva planta; se trata más bien de aprovechar los cambios estructurales que se hayan producido en la lucha de los sistemas contra sus propias paradojas, generalmente de modo sorprendente y distinto a lo que se ha pensado y planeado. Es el sistema el protagonista y no las personas que siguen creyéndose el centro de la realidad; el sistema como tal es invulnerable y no se discute, sólo los problemas del sistema pueden ser objeto de solución. El sistema parece venir exigido por la realidad, que necesita de su función y lo moldea según una lógica de la especialización y diferenciación.

Con todo lo que de discutible tiene este planteamiento, que recuerda viejas ideas hegelianas, al menos habrá que dar la razón a Luhmann, para desgracia de tantas actitudes críticas bien intencionadas, en que las estrategias de autolegitimación del derecho se han hecho muy resistentes. El jurista puede adherirse personalmente a unos valores e ideales de justicia que le permiten dar un sentido a su labor, pero aunque el mismo derecho los consagre en la Constitución, la racionalidad

(127) N. LUHMANN, «Widerstandsrecht...», *cit.*, pág. 43.

de lo jurídico se está configurando de un modo cada vez más autónomo y reacio a una fácil moralización, como por otra parte resultaba de la tipología weberiana de dominación legítima legal-racional.

El abandono de los valores inmutables es un telón de fondo de todo este análisis que en una lectura *light* de Luhmann puede ser visto no tanto como metafísica, pues generalmente es algo dado por supuesto sin discusión, sino como un *prius* sociológico: el pluralismo y la provisionalidad que caracterizan el mundo, con lo que un pensamiento jurídico debe contar. Se trata de una estrategia teórica que pone entre paréntesis estas cuestiones buscando otros puntos de apoyo, que por lo tanto no es antiontológica, sino postontológica, del mismo modo que la hipótesis del *etiamsi daremus* de Grocio no era propiamente teológica. Mientras la sociedad sea pluralista y haya quien considere toda axiología como *dubia materia*, una crítica a Luhmann desde un reforzamiento valorativo sería tan irrelevante como los intentos de demostrar la existencia de Dios lo fueron para el método racionalista del derecho natural.

«En tal situación —escribe Luhmann— valores fundamentales como dignidad humana, libertad, igualdad, solidaridad y justicia ya no proporcionan suficiente orientación a la acción política (...) Por otra parte apenas sirven como patrón para el éxito y fracaso políticos, ayudan poco en la valoración de lo realizado y absolutamente nada en la valoración de las dificultades. Como ideas regulativas están igualmente fuera del mundo de la experiencia, y en la realidad de la comunicación política simbolizan a la vez buenas intenciones y malas experiencias: las ideas fundamentales de la revolución burguesa “aún no se han realizado”.» Pero no puede desconocerse que los valores fundamentales «movilizan la dinámica del Estado del bienestar. Apoyan y reproducen la esperanza en el cumplimiento de las promesas valorativas». Por eso no se trata de sustituir los valores por otra cosa, sino que la teoría debe ser capaz de «proporcionar un diagnóstico de la realidad social, en la que estos valores juegan un papel efectivo, en parte positivo y en parte negativo, como un aspecto entre otros muchos» (128).

Pero pensando en un cambio, lejos de la consagración de lo existente, la paradoja de la positividad señala que el derecho es válido precisamente porque puede ser modificado, aunque no todo de una vez y siempre apoyándose en el derecho mismo (129).

Contra la autolegitimación lo más eficaz es la autocrítica. Aunque sería una claudicación renunciar totalmente a hablar desde fuera del derecho: la descalificación de lo extrajurídico es una táctica más de las empleadas por el sistema para adquirir estabilidad e indiferencia.

(128) N. LUHMANN, *Politische Theorie...*, cit., págs. 146 y 147.

(129) Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung...*, cit., pág. 27.