

El derecho como observador

Por JESUS IGNACIO MARTINEZ

Zaragoza

En los últimos desarrollos de la teoría de sistemas de Luhmann, y consecuentemente también en su sociología del derecho, la noción de observación (*Beobachtung*) ha adquirido una importancia decisiva, contribuyendo a potenciar eficazmente el carácter dinámico y la fuerza de abstracción de este pensamiento que se califica a sí mismo de neomoderno¹. La sociología se convierte en teoría de la observación de la sociedad incorporando puntos de vista de la llamada cibernética de segundo orden que se ocupa de los *observing systems*, de los sistemas que observan y se observan². Se va así más allá de muchos de los planteamientos más conocidos en la sociología del conocimiento. Y el derecho, como cualquiera de los demás sistemas sociales, resulta ser ante todo un observador que puede ser observado.

Cualquier realidad se considera como tal en tanto que es objeto y resultado de una observación, y no como si fuera imaginable como entidad independiente. Tras el kantismo se sabe que observar no es nunca algo pasivo y unidireccional, un mero percibir *brute facts*. Pero aquí no sólo se habla de observación, sino también de observación de observaciones (observación de segundo grado), de observación de observadores y de autoobservación. Hay un rechazo a la ontología clásica —que aún pervive con mucha fuerza en el mundo jurídico— en una propuesta que se define como postontológica y que privilegia la observación en vez de centrarse en la realidad. Por

1. Cfr. por ejemplo N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Alfred Metzner Verlag, (Frankfurt am Main 1986), 47 p.; *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, en *Rechtstheorie* (1988), p. 11-27; *Soziologische Aufklärung 4: Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Westdeutscher Verlag, (Opladen 1987), p. 211. No se trata simplemente de una imagen, de una metáfora que traslada a los sistemas sociales una actividad típicamente humana. El concepto de observación, aun no renunciando a su riqueza de connotaciones y a su poder de sugerencia, es un tecnicismo que ha sido perfilado con gran precisión como una operación sistémica.

2. Luhmann se ve muy influido por la obra de H. von FOERSTER, *Sicht und Einsicht: Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie*, Vieweg, (Braunschweig 1985), que es la traducción alemana de una antología de trabajos preparada por W. K. Kock.

ello es como si no hubiera una realidad común a varios observadores: cada observador construye su propia realidad y los conceptos que utiliza son únicamente operadores cognitivos, herramientas de trabajo que no se corresponden con entidades existentes. La teoría de la realidad se sustituye por una teoría de la observación radicalmente constructivista, y así la vieja racionalidad del percibir cede paso a una nueva racionalidad del comparar y de los contrastes dinámicos³.

Todo ello está poniendo de manifiesto la enorme importancia que tiene para el sociólogo contar con una adecuada teoría del conocimiento y estar al tanto de los más modernos debates de las *cognitive sciences*, haga o no una sociología inmediatamente empírica. La sociología, tras la amplitud de sus desarrollos en los años cincuenta y principios de los sesenta, puede dar hoy la imagen de una vuelta a los clásicos o de una inmersión en datos que no se acaban de articular teóricamente, y esto es algo que Luhmann aspira a evitar incorporado un instrumental teórico nuevo.

Es necesario tener presente desde el primer momento que la noción de observación que aquí se maneja ha perdido toda connotación psicologista o antropológica para ser redefinida como una actividad que sólo puede ser realizada por sistemas y que tiene por objeto sistemas. No puede ser otro modo en una teoría que sitúa a los hombres (que por lo demás son también sistemas) no como parte de la sociedad sino de lo que denomina su entorno (*Umwelt*), y que considera que la sociedad se compone no de hombres, ni tan siquiera de acciones, sino de comunicaciones⁴.

La elaboración de un concepto muy abstracto de observación que se distancia del uso común del lenguaje es además lo que permite que el sistema jurídico —despersonalizado y sujeto a una racionalidad burocrática— pueda considerarse como un observador. El derecho ya sintió muy claramente la necesidad de purificar todo su aparato conceptual de elementos psicologistas, y no por retorcimiento o narcisismo sino para poder operar rigurosamente y salvaguardar una racionalidad específica. Así lo pusieron de manifiesto la teoría pura de Kelsen y las críticas del realismo jurídico escandinavo al lenguaje jurídico voluntarista. Si no hiciera lo mismo una teoría de la observación del derecho sería incongruente con su objeto.

El derecho no se concibe aquí como una estructura normativa opaca e inerte sino como un poderoso sistema activo de observación, que por eso ya no puede ser abordado de modo cosificado, como si fuera un mero objeto

3. Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, tr. J. Nicolás, Edit. Nacional, (Madrid 1983), p. 47. En Kelsen se ve muy bien que por ejemplo la personalidad jurídica no es equiparable al nombre natural, sino que es una institución del derecho, un haz de referencias y centro de imputación que está en función de la comunicación jurídica.

4. Advierte Luhmann que su teoría permite plantear de modo más potente que los humanismos convencionales los problemas de los hombres, a los que —en contra de lo que pudiera parecer en una lectura superficial— no es de ningún modo insensible. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1987), p. 288-289.

junto a otros muchos de la realidad, susceptible de ser analizado por un observador que sea más o menos independiente. El derecho no es sólo una construcción para ser observada, como si fuera un recinto arquitectónico con diversas vías de penetración, sino ante todo un *medium* de percepción de un espacio exterior problemático. No podría funcionar sin generar hábiles formas de observación y para ello precisa además de observarse constantemente a sí mismo. Consecuentemente la sociología del derecho se convierte en una observación no de realidades sino de observaciones, dentro de un complejo juego de perspectivas entrecruzadas.

Ser capaz de observar significa poder orientarse, distinguir, relacionar, seleccionar y establecer límites y fronteras en la realidad en que se actúa para llegar a construir a partir de ella un mundo particular. En especial —y esto es muy llamativo— la noción de observación aparece aquí conectada con la noción de diferencia: observar es manipular un esquema de diferencias⁵. Una teoría de la observación es una teoría diferencial.

En la epistemología de Luhmann lo decisivo no es la identidad entre lo observado y la realidad —como para la ontología tradicional— sino paradójicamente la diferencia. Observar es proyectar contrastes, generar tensiones, descomponer y desgarrar ejerciendo una violencia conceptual. Formular conceptos es ser capaz de tener la experiencia de la diferencia. Las teorías no pueden aspirar a corresponderse punto por punto con la realidad, como en una epistemología naturalista. No pueden pretender copiar, imitar, reflejar, o representar de un modo especular los hechos que abordan. Los conceptos contactan con la realidad de un modo paradójico: construyendo distancia y organizándola activamente. En el principio no fue la identidad sino la diferencia⁶.

Los sistemas —y muy claramente el derecho— son precisamente expertos en construir y gestionar hábilmente diferencias. El poder necesita pensar siempre la noción de frontera. De ello depende la supervivencia. El derecho

5. Cfr. *Ibidem*, p. 63 y 110. Se utiliza los términos *Differenz* (p. 61), *Unterscheidung* (p. 63) y *Distinktion* (p. 245), aunque no siempre son equiparables. Puede ser significativa la mención de P. BOURDIEU, *La distinción: Criterio y bases sociales del gusto*, tr. M. C. Ruiz de Elvira, Taurus, (Madrid 1988), p. 53 y s., que hace también de la diferencia uno de los centros de su pensamiento sociológico. Los sujetos sociales se diferencian por las distinciones que realizan, en las que se revela su posición en la sociedad, y sus criterios de selección son toda una estrategia simbólica. También en una teoría de la sociedad como la de C. CASTORJADIS, *La institución imaginaria de la sociedad*, vol. 2: *El imaginario social y la institución*, tr. M. A. Galmarini, Tusquets, (Barcelona 1989), p. 99, el distinguir es una de las operaciones de lo que se denomina la institución del *legem*.

6. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, cit., p. 13 y 112. Son ejemplos de esquemas diferenciales de observación más-menos (la cuantificación), causa-efecto, fin-medio, conformidad-desviación, ley-caso concreto, etc. Una teoría es mejor si consigue movilizar nuevas distinciones más potentes que las anteriormente utilizadas, que logren descomponer y recomponer los problemas, lo que a su vez genera nuevos problemas. La sociología se ha servido de distinciones como status-contrato, comunidad-sociedad, individual-colectivo, social-liberal, progresista-conservador, etc. En la teoría de Luhmann aparece una «nueva generación» de distinciones como sistema-entorno, elemento-relación, variación-selección, acontecimiento-estructura, identidad-diferencia, que desplaza y absorbe a las anteriores. Cfr. *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 111.

trazando *distinctions directrices* y apoyándose en ellas para nuevas distinciones. Juega con la diferencia entre lo jurídicamente relevante-irrelevante (que es la delimitación sistema-entorno), entre lo jurídico-antijurídico o entre lo válido-inválido (que es la lógica binaria de su «código»), estableciendo distinciones encadenadas que además se incluyen unas en otras, y nunca están ya dadas en la realidad (como imaginaron los iusnaturalistas) sino que son creadas por él.

La observación es una operación que aparece caracterizada por dos componentes o momentos: en primer lugar exige trazar una diferencia, y en segundo lugar considerar uno de sus miembros como punto de referencia para el análisis de lo que se desea observar⁷. Para perfilarlo es preciso remitirse a la lógica constructivista de Spencer Brown, en la que Luhmann se apoya⁸. Es una lógica que no trata de proposiciones que sean susceptibles de ser verdaderas o falsas, sino de operaciones que procesan distinciones progresivas por medio de las cuales se va construyendo un mundo articulado.

Se comienza con un espacio no estructurado, un *unmarked space*, y entonces se recibe una orden: *draw a distinction!*. Pero trazar una distinción (*distinction, Unterscheidung*) sólo tiene sentido si se determina qué lado de lo distinguido servirá como punto de partida y de conexión para operaciones posteriores (*indication, Bezeichnung*). Esto significa que los dos miembros de lo distinguido son divergentes y no será lo mismo avanzar en cada una de las dos direcciones; hay una preferencia. Se parte de la asimetría, de la tensión, de la polaridad que se instaura dinámicamente en un ámbito que antes era invertebrado. En los sistemas sociales el orden se va construyendo así a partir de una combinación de orden y desorden, siguiendo el principio *order from noise* de Foerster⁹.

Esta teoría no se ocupa de objetos, ni concibe los sistemas como objetos peculiares, sino de diferencias. Las dicotomías válido-inválido, justo-injusto, bueno-malo, verdadero-falso, etc, son haces simbólicos de contrastes que se proyectan y se ven además a través de otro contraste que establece una poderosa diferencia de potencial: el planteamiento sistema-ambiente. Todas ellas son figuras asimétricas, y por ello la asimetría es aquí un concepto fundamental¹⁰. Para poder realizar sus operaciones los sistemas escogen puntos de referencia que posteriormente no se pondrán en cuestión sino que se considerarán como datos y servirán como punto de apoyo o eje para nuevas

7. Para H. R. Maturana, *Autopoiesis*, en M. Zeleny (Ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, North Holland, (New York 1981), p. 23, distinguir es la operación cognitiva fundamental que realizamos como observadores y consiste en definir una unidad como algo separado de un *background*.

8. Cfr. G. Spencer-Brown, *Laws of Form*, Dutton, (New York 1979), 141 p. En N. Luhmann, *Die Lebenswelt - nach Rücksprache mit Phänomenologen*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 72, (1986), p. 180 y s. puede leerse un comentario sobre el sentido de la incorporación de esta lógica operativa a su teoría de sistemas.

9. Cfr. H. von Foerster, *On self-organizing Systems and their Environments*, en M. C. Yovits y S. Cameron (Eds.), *Self-organizing Systems*, Pergamon Press, (Oxford, London, New York 1960), p. 31 y s. Cfr. N. Luhmann, *Soziale Systeme...*, cit., p. 291-292.

10. Cfr. *Ibidem*, p. 631. Construir jerarquías, establecer fines, proponer una ideología, son formas de asimetría.

distinciones. Hay que tener en cuenta que la diferencia sistema-entorno no es de carácter ontológico, no divide la realidad en dos partes cosificadas, en un disyunción absoluta, aunque tampoco sea arbitraria. Es un correlato de la operación de observar, un esquema cognitivo que introduce estratégicamente esa distinción en la realidad. Nos apartamos así de una epistemología de operaciones «naturales» en beneficio del artificio y la invención¹¹.

Observar no es una operación especializada en adquirir conocimientos en el sentido usual de la expresión, no es tampoco analizar y descomponer. Pero los esquemas diferenciales que se ponen en juego son también sondas conceptuales que encierran un potencial de información. Una información que no se concibe aquí como la transmisión mecánica de ciertos contenidos sino, de un modo mucho más abstracto y dinámico, como la producción de diferencias a partir de otras diferencias¹². Lo cual es un desafío que obliga a pensar todos los conceptos como diferencias y contrastes, incluso las instituciones jurídicas aparentemente más estáticas como la propiedad y los demás derechos reales, en un lógica radicalmente relacional¹³.

Pero todo sistema es una unidad paradójica de identidad consigo mismo y diferencia con todo lo demás, y Luhmann habla de una «constitución múltiple»¹⁴. La unidad del derecho es un conjunto de identidades o relaciones de compatibilidad entre sus elementos y de diferencias con lo que no es derecho. Lo que ha sido objeto de *indication* sigue teniendo relación con lo otro, con lo que no ha sido señalado, que no desaparece sino que permanece latente. Todo ello obliga a tener presente la «unidad de la diferencia». Exige plantearse la unidad de lo jurídico y de lo extrajurídico, de la conformidad y de la desviación, de la validez y de la nulidad, como términos que son creación del sistema, que se apoyan recíprocamente y no son pensables por separado. Sin normas jurídicas no habría nada jurídico ni antijurídico, y —al contrario de lo que se ha pensado tradicionalmente— lo antijurídico no está más allá del derecho, no es algo que tenga existencia

11. La de Luhmann es una propuesta de carácter constructivista. Sobre la importancia del actual debate constructivista dan buena idea las siguientes antologías interdisciplinares: P. WATZLAWICK (Ed.), *Die erfundene Wirklichkeit: Wie wissen wir, was wir zu wissen glauben? Beiträge zum Konstruktivismus*, Piper, (München, Zürich 1981), 326 p.; S. J. SCHMIDT (Ed.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1988), 476 p.

12. Cfr. N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, cit., p. 15-16. Es la sugestiva idea de G. BATSON, *Steps to an Ecology of Mind*, (San Francisco 1972), para quien «A bit of information is definable as a difference which makes a difference» (p. 315).

13. Cfr. N. LUHMANN, *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 20. La propiedad es un concepto diferencial y sólo puede funcionar si hay otras propiedades que se pueden o no se pueden adquirir. Mediante la institución de la propiedad todos los procesos de comunicación con relevancia económica quedan sometidos a la distinción tener-no tener. Cfr. sobre todo ID., *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, tr. I. de Otto, Centro de Estudios Constitucionales, (Madrid 1983), p. 115 y s. También el principio de igualdad puede ser pensado como diferencia, al servicio de la diferenciación social. Cfr. ID., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, (Berlin 1974), p. 162 y s.

14. Cfr. N. LUHMANN, *Soziale Systeme...*, cit., p. 65. y *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 137. La unidad del sistema sólo se puede describir paradójicamente, como *unitas multiplex*.

autónoma y que amenaza al derecho, por lo que éste lo debe perseguir. Lo antijurídico pertenece al derecho tanto como lo jurídico¹⁵. La unidad del derecho sólo puede ser pensada sociológicamente como disyunción entre lo jurídico y lo no jurídico, como diferencia y no como despliegue a partir de una norma fundamental¹⁶. La sociología busca así la posibilidad de transitar entre las dicotomías que para la dogmática aparacen como rígidas y mutuamente excluyentes. Por eso esta teoría proporciona una especial sensibilidad para detectar términos que son sustituibles y permutables, que se pueden descargar recíprocamente, en una epistemología de lo fungible, de lo que se denomina la «equivalencia funcional» frente a los fixismos esencialistas¹⁷. Esquemas tan utilizados como los de causa-efecto, fin-medio, todo-partes, igual-desigual, presentan estas características.

Por supuesto que no se trata de una unidad estática, ni es una especie de reconciliación o superación dialéctica en algo más elevado, sino una tensión. No tiene carácter de fundamento o fuente de validez, no es una hipótesis necesaria que planea por encima del ordenamiento al estilo de Kelsen, ni tampoco un principio idealista del que emanan las diferencias. No está ya presente en el objeto sino que se construye por el observador. Cuando los sistemas se esfuerzan por concebir la unidad de sus diferencias adquieren precisamente lo que Luhmann caracteriza como distancia¹⁸.

La observación implica siempre la elección de un contexto de sentido entre un número ilimitado de contextos posibles. Por ello el sentido de cualquier objeto, de cualquier franja de complejidad, no es nunca único sino policontextual, polivalente¹⁹. El mundo aparece como el horizonte al cual sólo es posible aproximarse mediante la selección de contextos de operaciones, en donde se proyectarán los esquemas de diferencias que permiten ver. Y el horizonte siempre se aleja cuando uno se aproxima: no es un límite

15. Cfr. N. LUHMANN, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, en *Rechtstheorie*, 4, (1973), p. 139 y s. Con lo verdadero y lo falso —que es el código de la ciencia concebida como sistema— ocurre lo mismo. Las proposiciones verdaderas forman parte de la ciencia tanto como las falsas. Una vez declaradas éstas como tales son un logro científico tanto como las verdaderas ya que designan posibles vías de solución a los problemas que han sido eliminadas. Sin embargo fuera de la ciencia las proposiciones no pueden ser ni verdaderas ni falsas (cfr. p. 140). Por eso para la *Royal Society* era tan importante descubrir algo como refutar. Cfr. *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 19.

16. Cfr. N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, (Opladen 1987), p. 361.

17. Cfr. N. LUHMANN, *Fin y racionalidad en los sistemas: Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, tr. J. Nicolás, Edit. Nacional, (Madrid 1983), p. 215 y s.

18. Todo ello puede consultarse en N. LUHMANN, *Soziale Systeme*, cit. p. 61, 597, 640 y 654; *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 67; y *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 22. Cfr. también *Die Einheit des Rechtssystems*, en *Rechtstheorie*, 14, (1983), p. 129 y s.

19. Aquí se sirve Luhmann de la lógica polivalente de G. GÜNTHER, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, vol. 2, F. Meiner, (Hamburg 1979), p. 283 y s. Pueden verse indicaciones a este respecto en N. LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1988), p. 96 y 126, y en ID, *Die Lebenswelt...*, cit., p. 179-180.

que pueda cruzarse y constantemente acompaña a las operaciones de un sistema en tanto que se refiera a algo exterior²⁰.

El derecho carece de vértice y centro, y para esta teoría no puede concebirse meramente como una pirámide, con el esquema dogmático superior-inferior, sino en la tensión sistema-entorno. Pero no es sólo un sistema poli-céntrico; es también un sistema policontextual, que por cada punto de referencia que toma o por cada uno de sus centros de observación dispone de un entorno que siendo el mismo es a la vez distinto²¹. Para la reducción de su propia complejidad necesita crear diferentes contextos. Todo esto pone manifiesto la potencia del derecho como observador e impide seguir hablando de un modo simplista del derecho y la sociedad, de lo que ocurre dentro del derecho y de lo que está fuera, pues el derecho construye activamente sus propios hechos y sus propios interlocutores.

Por otra parte hay que tener siempre en cuenta que todo aparato cognitivo por causa de las distinciones específicas que utiliza tiene un punto ciego (*blinder Fleck*). No es simplemente un límite, un no poder ver, sino también un punto de apoyo que es condición de la visión que se obtiene. Toda ganancia de perspectiva lo es a costa de una pérdida de otras perspectivas. Con todo instrumento de observación se pueden ver determinadas cosas y es imposible ver otras, incluso no permite ver que hay algo visible. Por ejemplo la utilización de un determinado sistema de valores hace posible un tipo particular de observación pero constituye un punto ciego para un observador de segundo grado. Hay observaciones —como la crítica marxista a las ideologías o el psicoanálisis— especializadas en observar lo que el sistema observado no puede ver. La observación de observaciones puede detectar este fenómeno, aunque a diferencia de las teorías desmitificadoras aquí no se aspira a nada semejante a un descubrimiento de la verdad (no hay ni verificación ni falsación) o de una realidad objetiva oculta. La actividad de un sistema es destautologizar y desparadojizar, pero sus propias tautologías y paradojas no le resultan transparentes²².

En un estudio de la observación es preciso incorporar la teoría de los sistemas autopoieticos puesto que es una operación con un importante ingrediente recursivo de autocreación y autorreferencia²³. Los sistemas autopoieticos se refieren a sí mismos en todas sus operaciones, y construyen los elementos de que se componen a partir de sus propios elementos. Se producen

20. Cfr. N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Westdeutscher Verlag, (Opladen 1988), p. 51-52.

21. Cfr. desde un punto de vista cibernético el trabajo de R. GLANVILLE, *The Same ist Different*, en M. ZELENY (Ed.), *Autopoiesis*, cit., p. 252 y s.

22. Cfr. N. LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit. p. 20; *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 17 y s.; *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 6, 31 y 210.

23. Sobre el debate desencadenado en torno a esta noción importada de la biología y su repercusión en el tratamiento de problemas de sociología del derecho puede verse G. TEUBNER (Ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Walter de Gruyter, (Berlin, New York 1988), 380 p.

y reproducen a sí mismos de un modo autónomo, pero no es un círculo vicioso puesto que reproducen su autorreferencia con ayuda de la diferencia sistema-entorno. Se trata más bien de los *strange loops* y la *tangled hierarchy* que tanto interesan a los estudiosos de la paradoja, lo que en un mundo como el jurídico —tan habituado a esquemas de pensamiento kelsenianos de tipo piramidal o a la superposición estratificada de los normativo y lo metanormativo de tipo analítico— resulta un potente revulsivo²⁴. Los sistemas autopoieticos combinan hábilmente apertura y cierre, pues son extremadamente sensibles a lo que ocurre en su entorno a la vez que para mantener su propia entidad necesitan estar refiriéndose constantemente a sí mismos. Por ello el cierre de los circuitos del sistema es la condición de posibilidad de apertura, como puede verse por ejemplo en el funcionamiento del cerebro.

El derecho es un sistema autopoietico que no se compone de hombres ni de normas sino, en una consideración mucho más abstracta, de redes de comunicaciones referidas entre sí que se autorreproducen. El derecho es experto en relacionar derecho con derecho, o con hechos que ya han sido manipulados jurídicamente. Su modo de observar la realidad es fuertemente autorreferente. Su constitución es circular y un observador que quiera describirlo como unidad debe recurrir a tautologías: las normas se crean y se derogan con otras normas, sus limitaciones son autolimitaciones²⁵.

No hay comunicación del sistema *con* el entorno sino sólo *sobre* el entorno, pues para esta teoría la comunicación es siempre una operación interna del sistema. Ni siquiera se puede hablar de *input* ni de *output* en la comunicación, considerándolos como si fueran condiciones estructurales que determinan la autopoiesis. En terminología de Foerster estos sistemas no son «máquinas triviales» especializadas en transformaciones repetitivas de entradas en salidas, sino «máquinas autorreferenciales» que dependen de su propio estado y pueden llegar a ser creativas. Por eso considerar algo como *input* es una información que ha sido construída por el sistema manejado un esquema diferencial. En el mero mundo exterior no hay ni *inputs* ni *outputs*, ni informaciones ni la posibilidad de obtenerlas, sino sólo complejidad y contingencia²⁶. Aquí se está planteando todo un nuevo modo de observación de cómo el derecho observa la sociedad.

Es preciso tratar también de la operación de autoobservación (*Selbstbeobachtung*), que constituye una importante manifestación de autorreferencia. El sistema necesita ser capaz de observarse a sí mismo como condición

24. Cfr. D. R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: Un Eterno y Grácil Bucle*, tr. M. A. Usabiaga y A. López, Tusquets, (Barcelona 1987), p. 12. La paradoja tiene una gran importancia en el pensamiento estudiado. Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., que se refiere a Hofstadter y el fenómeno del «bucle extraño» («something in the system acts on the system as if it were outside») en p. 16, nota 20, y en *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 54. Una alusión a la «jerarquía entreverada» se encuentra en ID., *Systeme verstehen Systeme*, en N. LUHMANN y K. SCHORR (Eds.), *Intransparenz und Verstehen*, Suhrkamp, (Frankfurt am Main 1986), p. 89.

25. Cfr. N. LUHMANN, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 26-27.

26. Cfr. N. LUHMANN, *Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie*, en *Merkur*, 4, (1988), p. 293; *Soziologische Aufklärung* 4, cit., p. 38; *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, cit., p. 334.

indispensable para poder observar. Todo sistema precisa generar un discurso sobre sí mismo, suministrarse informaciones sobre lo que es y lo que hace para evitar desconocerse y bloquearse. Esto supone construir profundidad, tomar conciencia, poder ser él mismo y a la vez diferente realizando una torsión interna, conseguir introducir dentro de sí las diferencias que le constituyen como miembro de esas diferencias (*reentry* en la lógica de Spencer Brown), siendo así capaz de pensar la unidad de sus diferencias²⁷.

La dogmática jurídica no es sino un intenso ejercicio de autoobservación: un sistema especializado en comunicaciones normativas se observa a sí mismo e incorpora a su funcionamiento los resultados de esta operación, que así le permite orientarse y le transforma continuamente. De este modo puede discriminar cuándo una operación es jurídica y cuando no, cuándo ha sido realizada correctamente y cuándo no, y el porqué de todo ello. Es el momento de la reflexión del derecho dentro del derecho mediante una teoría jurídica de juristas y para juristas, de mitólogos y para mitólogos²⁸. Pero no se trata de algo risible, como se apresuran a reprochar otras teorías sociológicas que ridiculizan la mera especulación formalista. De este modo el derecho se esfuerza y se hace coherente. No es una actividad solipsista que encierra al sistema en su propio narcisismo, sino que paradójicamente el cuidado de sí le hace aumentar su sensibilidad. La dogmática no ata rígidamente al dogma sino que paradójicamente sirve para tomarse libertades en el trato con los textos e introducir flexibilidad²⁹.

El lenguaje de la observación puede ponerse en juego en distintos problemas jurídicos introduciendo una perspectiva cognitiva muy activa y dinámica: el concepto de Estado es una fórmula de autoobservación de la política, el Estado de derecho es el sistema político tal como se ve desde el sistema jurídico, la democracia es una forma de autorreferencia a través de la cual el pueblo se observa como gobernado por sí mismo, el concepto de discrecionalidad es un indicador de la dirección de una observación, la teoría del derecho es la autoobservación del derecho, la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico es la contraposición entre una observación del derecho fuertemente asimétrica y otra preferentemente tautológica³⁰.

27. Para N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 234, en los nuevos movimientos sociales se detecta una falta de teoría que lleva a la imposibilidad de controlar los esquemas de diferencias que caracterizan sus observaciones.

28. Luhmann plantea la siguiente cuestión de regla de reconocimiento —en sentido de Hart—: un juez podría ofrecer un cigarrillo a las partes durante el proceso, pero si ésta es una comunicación perteneciente a la interacción humana normal o una comunicación especializada del sistema jurídico sólo puede decidirse en el contexto recursivo de las operaciones del derecho. Constatar aquí una solución mitológica de problemas también mitológicos está inspirado en Bourdieu. Cfr. sobre todo ello N. LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 13, 15 y 23.

29. Cfr. N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit., p. 29 y s.

30. Cfr. N. LUHMANN, *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 14, 15 y 17 (discrecionalidad, iusnaturalismo y positivismo, Estado de derecho); *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 78 y 147 (Estado, democracia); *Rechtssoziologie*, cit., p. 360 y *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, cit., p. 18-19 (teoría y sociología del derecho). Aquí la distinción entre sociología del derecho y teoría del derecho no se lleva a cabo con los esquemas habituales de ser-deber ser, fáctico-normativo, función-estructura, praxis-teoría, sino distinguiendo observación externa de autoobservación.

Para esta teoría el conocimiento no es constatación pasiva sino construcción, y ante todo construcción de formas de observar. Dirá Luhmann que conocemos la realidad porque hemos sido expulsados de ella como del paraíso. Y paradójicamente los sistemas cognitivos sólo pueden abrirse a la realidad en tanto en cuanto son cerrados y autorreferentes. En lugar de la verdad (ya sea *a priori* o consensual), de la representación de la realidad tal cual es, de la búsqueda de fundamentos o de la emancipación, nos encontramos con redes recursivas de observaciones, con observaciones poli-contextuales de otras observaciones, en un mundo descentrado que se interroga a sí mismo. Los compromisos morales y políticos se enfrían entonces como tras una reducción fenomenológica, y desde una lejana ventana se ve, quizá con asombro, que la gente se mueve por las calles, actúa y protesta³¹.

No hay ningún lugar privilegiado para observar, ningún punto de Arquímedes que permita la observación de todas las observaciones, ninguna posición fuera del sistema social. Situación que Luhmann equipara con un estilo deliberadamente kafkiano a la de las ratas en un laberinto que se observan unas a otras, que pueden llegar a construir estructuras pero no consenso, que puede buscar buenos lugares de observación y ver más y mejor, pero que no tienen posibilidad de conseguir una teoría independiente del laberinto y de un contexto determinado. Y una teoría que describiera esa situación no podría ser sino una teoría de ratas. Ilustración es simplemente una observación que observa a sí misma³².

Esta teoría no se considera a sí misma como un conocimiento objetivamente mejor, sino únicamente como más aceptable desde su punto de vista. No aspira a modificar la realidad ni a proporcionar una verdad, sino a aumentar la capacidad visual (*Einsichtsgewinn*) y a lograr una mayor transparencia, pues lo que la ciencia intenta producir es precisamente un mundo de cristal³³. Y en lugar de la prisa por la defensa o la crítica, por la aceptación o el rechazo, el que se aproxima a ella se ve obligado a comenzar por esclarecer sus propios instrumentos de observación.

31. Cfr. N. LUHMANN, *Neuere Entwicklungen in der Systemtheorie*, cit., p. 294-295 y 299; *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 211.

32. Cfr. N. LUHMANN, *Archimedes und wir: Interviews*, Merve Verlag, (Berlín 1987), p. 165-166; *Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts*, cit., p. 20; *Soziologische Aufklärung 4*, cit., p. 6. Con todo lo inquietante que resulta la imagen del laberinto aún lo es más la de G. DELEUZE y F. GUATTARI, *Rizoma (Introducción)*, tr. C. Casillas y V. Navarro, Pretextos, (Valencia 1977), p. 50 y s. El rizoma es un sistema sin centro, no jerárquico, sin ejes ni estructuras, desmontable, invertible, con entradas u salidas múltiples y con líneas de fuga, no compuesto por relaciones binarias sino por múltiples líneas.

33. Cfr. N. LUHMANN, *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 58-60 y 164.