

RICARDO ARENAS ÁVILA

DEL PRIMER AL SEGUNDO NIKLAS LUHMANN:
LAS CONSECUENCIAS DEL GIRO AUTOPOIÉTICO EN SU TEORÍA SOCIOLOGICA
DEL DERECHO
(Tesis de Grado)

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2018

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMIA
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DIRECTOR C. DE INV. EN FILOSOFÍA Y D.:

DR. YESID REYES ALVARADO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. LUIS FELIPE VERGARA PEÑA

PRESIDENTE DE TESIS:

DR(A).....

EXAMINADORES:

DR(A).....

DR(A).....

Tabla de Contenido

1.	Introducción	5
2.	Punto de Partida de Luhmann en <i>Sociología del Derecho</i>	7
2.1.	Contingencia y Complejidad.....	7
2.2.	Selección de Posibilidades y Sentido	8
2.2.1.	Estructuración de expectativas.....	10
2.2.2.	Doble contingencia.....	11
2.2.3.	Necesidad de reducir complejidad.	14
2.3.	Generalizaciones como Mecanismos del Sistema Social	15
2.3.1.	Generalización temporal.....	16
2.3.1.1.	<i>Expectativas normativas y expectativas cognitivas</i>	17
2.3.1.2.	<i>Decepción</i>	19
2.3.2.	Generalización social.	22
2.3.2.1.	<i>El tercero expectante y el observador</i>	23
2.3.2.2.	<i>Consenso presunto</i>	24
2.3.2.3.	<i>Institución y tercero</i>	26
2.3.3.	Generalización material.....	27
2.3.3.1.	<i>Abstracción</i>	29
2.3.3.2.	<i>Personas, roles, programas y valores</i>	31
2.4.	Derecho como Congruente Generalización	34
3.	Transición de <i>Sociología del Derecho</i> a <i>El Derecho de la Sociedad</i>	36
3.1.	Punto de Partida: Diferencia <i>Sistema-Entorno</i>	36
3.2.	De Estructuras a Operaciones.....	39
3.3.	Autorreferencia y Heterorreferencia.....	41
3.4.	Clausura Autopoiética y Apertura Cognitiva.....	43
3.4.1.	Acoplamientos estructurales.....	46
3.4.2.	Unidad del sistema.	48
3.4.3.	Heterarquía como forma de organización.	50
3.5.	Autonomía del Derecho.....	53
3.5.1.	Código binario.....	54
3.5.2.	Función del derecho.....	59
3.5.2.1.	<i>Sociedad funcionalmente diferenciada</i>	60
3.5.2.2.	<i>Estabilización contrafáctica de expectativas</i>	63
3.5.2.3.	<i>Prestaciones del derecho</i>	67

3.5.2.4.	<i>Función y código binario.</i>	69
3.6.	Relación entre Derecho y <i>Fuerza Física</i>	71
3.6.1.	Fuerza física como comunicación.	71
3.6.2.	¿La fuerza física hace parte del derecho?	72
4.	Conclusión	77
	Referencias	80

1. Introducción

La obra de Niklas Luhmann quizá sea una de las más reconocidas en la sociología del siglo XX. Su teoría de sistemas pretende comprender los distintos componentes de la sociedad como la política, la ciencia, la economía, el derecho, como sistemas sociales autónomos parte de un sistema general de comunicaciones llamado sociedad. A pesar de que, a simple vista, esta pretensión parece la tarea de cualquier sociólogo, la construcción teórica de Luhmann ha sido considerada particularmente difícil de entender, principalmente por la utilización de un aparato conceptual alejado de la sociología tradicional, en donde se destaca la distancia que toma de los conceptos de acción y ser humano para explicar el funcionamiento de la sociedad. Para Luhmann, en contraste, los sistemas sociales solo están compuestos por comunicaciones, y solo las comunicaciones pueden comunicar.

Si bien sociólogos posteriores han considerado la introducción del concepto de *autopoiesis*, tomado de la biología, como una verdadera revolución epistemológica en la forma de observar y explicar los fenómenos sociales, Luhmann ya había hecho investigaciones en el área de la sociología del derecho, intentando alejarse de lo que tradicionalmente se venía estudiando, que siempre derivaba en una sociología de las profesiones (específicamente del abogado, del juez y de cualquier operador jurídico). Dicha teoría temprana se plasma principalmente en *Sociología del Derecho*, publicado originalmente en 1972. Es importante notar que a pesar de que en este texto se habla de teoría de sistemas, Luhmann (2012) aún no ha dado su *giro autopoietico* (lo dará a partir de los años 80s (Luhmann, 2014; Vesting, 2018)). Este giro generará un cambio en su punto de partida e influirá en todo el desarrollo conceptual posterior, no presente en su primera etapa.

Su mención a la teoría de sistemas en este texto demuestra que el autor ya tiene una preocupación seria por hacer una teoría de la sociedad que fundamente su teoría sociológica del derecho, que concrete sus desarrollos y que le dé nuevas herramientas conceptuales para perfeccionarla (Luhmann, 2012). Esta pretensión la logrará con el giro autopoietico.

Después de dicho giro autopoietico, parece que los sociólogos que siguieron su teoría y la complementaron, se concentraron en la vasta producción de esta segunda etapa del autor y dejaron a un lado este texto primigenio.

La presente tesis nace la idea de continuidad y perfeccionamiento en el pensamiento del autor. En vez de explicar el paso de una etapa a otra como un *salto* producido por el descubrimiento de conceptos como *autopoiesis*, se intenta demostrar que ya el primer Luhmann tienen nociones asimilables a los desarrollos conceptuales que logra el segundo Luhmann, a pesar del cambio en su punto de partida. De esta manera, se pretende trazar puentes entre la primera y la segunda etapa del autor para facilitar la comprensión de esta última, teniendo en cuenta que el primer Luhmann, al todavía utilizar conceptos cercanos a la sociología tradicional, resulta de más fácil lectura que el segundo Luhmann.

Este trabajo tiene dos partes principales. La primera parte trata de una exposición general sobre el punto de partida de la primera etapa del autor, reflejada en *Sociología del Derecho*. Esta se enfocará en conceptos como reducción de complejidad, manejo de la contingencia, estructuración de expectativas y el derecho como congruente generalización. La segunda parte expone la transición en el punto de partida del segundo Luhmann, la introducción del concepto de autopoiesis, y los desarrollos conceptuales que se derivan de esta, como el código binario y la heterarquía, de los cuales ya el primer Luhmann tenía ciertas ideas similares. Además, se expone cómo esta transición en el punto de partida deja, por un lado, casi invariable lo relativo a la

función del derecho, pero, por otro lado, cambia sustancialmente lo que concierne a la relación entre derecho y fuerza física.

2. Punto de Partida de Luhmann en *Sociología del Derecho*

2.1. Contingencia y Complejidad

En la conceptualización epistemológica de su obra temprana, Luhmann comienza su análisis con el ser humano (entendido como conciencia (Corsi, Esposito y Baraldi, 1996) o sistema psíquico (Luhmann, 1971, 2012)), para después pasar al análisis del sistema social, teniendo en cuenta que, en términos fundamentales, ambos sistemas comparten los mismos presupuestos epistemológicos, específicamente, el hecho de que ambos son sistemas de sentido.

El segundo Luhmann aclara mejor este punto concreto cuando afirma que tanto los sistemas psíquicos como los sistemas sociales son autopoieticos, es decir, son sistemas que se reproducen recursivamente de manera cerrada (Corsi et al., 1996) (algo que se explicará a profundidad en la segunda parte de esta tesis). Lo destacable frente a esta aclaración es que en el segundo Luhmann, a pesar de precisar lo que tienen en común los sistemas psíquicos y los sociales, el punto de partida de su teoría ya no será el sistema psíquico, sino, como se explicará más adelante, la diferencia sistema-entorno.

En primer lugar, Luhmann (2012) explica que el ser humano vive en un mundo lleno de posibilidades de vivencia y de acción. Sin embargo, este está limitado frente a la información que puede procesar. Lo anterior genera que solo pueda experimentar algunas de estas posibilidades y, por lo tanto, que su mundo aparezca como *complejo y contingente*.

Por una parte, la *complejidad* se refiere al hecho de que existen más posibilidades de las que pueden ser realizadas, y por lo tanto, se muestran como excluyentes entre sí (Luhmann, 2012). Por otra parte, la *contingencia* se entiende como que a pesar de que la posibilidad se

muestra como tal, siempre puede no suceder (Luhmann, 2012). Contingencia implica, en consecuencia, exclusión de lo necesario y de lo imposible (Corsi et al., 1996). Cualquier selección que se haga de una posibilidad, dentro de un mundo contingente, mantiene latente todas las demás.

En la práctica, la complejidad genera una necesidad de seleccionar entre las posibilidades, y la contingencia implica un peligro constante de decepción. Para resolver estos problemas, se desarrollan estructuras de procesamiento de experiencia y se generan expectativas de experiencias futuras. Dicha selección solo es posible por medio, y en la forma, del *sentido*, concepto que el primer Luhmann (1971, 2012) desarrolla a profundidad.

2.2. Selección de Posibilidades y Sentido

A pesar de que, en términos del lenguaje común, *sentido* significa la “razón de ser, finalidad o justificación de algo” (Sentido, n.d.), Luhmann (1971) afirma, en su texto programático *Sinn als Grundbegriff der Soziologie*, previo al giro autopoietico, que el sentido es un concepto extraído de la fenomenología de Husserl, pero que para que pueda ser utilizado en su teoría sociológica, deben hacerse algunas distinciones.

En primer lugar, el sentido, en la fenomenología de Husserl, se desarrolla a partir del concepto de intencionalidad (Lewkow, 2012). De esta manera, el sentido es una actualización consciente de estructuras de experiencia intencionales siempre referidas a un sujeto trascendental, entendido como sujeto no empírico y, por lo tanto, no objetivable (Luhmann, 1971): un Yo puro (Romeo, 1966).

En contraste, Luhmann (1971; Corsi et al., 1996) explica que él aplica este concepto, no solo a los sistemas psíquicos, sino también a los sistemas sociales. El autor se aproxima a un concepto funcional de sentido, y lo define como lo que hace posible una selección de

posibilidades, que, sin embargo, no elimina las posibilidades no seleccionadas, y las deja accesibles como mundo (Luhmann, 1971), y a su vez, refiere a posibilidades nuevas. En otras palabras, el sentido reduce y, al tiempo, aumenta la complejidad. Sus dos caras son, entonces, actualidad y potencialidad (Corsi et al., 1996).

En segundo lugar, Luhmann (1971) se aleja de Husserl, en cuanto a que el primero considera el sentido como un logro evolutivo, teniendo en cuenta que es un mecanismo que permite procesar un mundo cada vez más complejo. En contraste, el sentido en Husserl es una estructura esencial de la subjetividad trascendental (Lewkow, 2012) y, por lo tanto, resulta invariable.

La selección de sentido implica, entonces, que cuando se seleccionan posibilidades, las que no fueron seleccionadas no se eliminan completamente, sino que se mantienen latentes y accesibles como parte del mundo (Luhmann, 1971; Corsi et al., 1996). Este mecanismo de selección es fundamental para que los sistemas, tanto psíquicos como sociales, manejen la compleja realidad a la que se enfrentan. El sentido, conceptualizado de esta manera, permite entender cómo la selección deja abierta otras posibilidades (Corsi et al., 1996).

Es importante destacar el hecho de que también el segundo Luhmann también utiliza el concepto de sentido para su teoría de sistemas autopoieticos para diferenciar a los sistemas psíquicos y sociales de los sistemas vivos (Corsi et al., 1996). Los primeros dos, como se ha mencionado, son sistemas de sentido.

Además de esta conceptualización, el segundo Luhmann utiliza el concepto de sentido para referirse a las dimensiones en las que las posibilidades se actualizan y quedan latentes, algo que acota con el concepto de *dimensiones de sentido* (Corsi et al., 1996), que se explicará más adelante en lo relativo a la generalización de expectativas.

De esta manera, se puede concluir que el concepto de sentido se mantiene relativamente invariable frente al giro autopoietico, a pesar del cambio de punto de partida y enfoque epistemológico, que se expondrá en la segunda parte de la tesis.

2.2.1. Estructuración de expectativas.

La selección de posibilidades (en la forma de sentido) implica la estructuración de expectativas, y estas tienen la función de orientar la comunicación y el pensamiento frente a la complejidad y contingencia del mundo (Corsi et al., 1996). La expectativa permite mantener la complejidad reducida y, al tiempo, utiliza generalizaciones para que puedan ser aplicadas a situaciones futuras (Corsi et al., 1996). Por ejemplo, el hecho de seleccionar la posibilidad de que no llueva mañana, implica generalizar la lluvia, no solo actualmente experimentada, sino también la posible llovizna de mañana, las nubes que se pueden formar, la presencia o ausencia de granizo, etc.

Si bien las expectativas son entendidas comúnmente como un estado psicológico de anticipación frente al futuro, Luhmann las *despsicologiza* para convertirlas en un concepto sociológico aplicable también a los sistemas sociales cuando aborda el problema de la doble contingencia y la coordinación social, que se explicará más adelante. Las expectativas constituyen las estructuras tanto de los sistemas sociales, como de los sistemas psíquicos (Corsi et al., 1996). Estas estructuras representan una selección de selecciones (Corsi et al., 1996), y junto con la apertura a otras posibilidades estructuralmente establecidas, forman lo que Luhmann (2012) llama *mundo*. La referencia a otras posibilidades, como se ha explicado, es posible gracias a la selección de sentido.

2.2.2. Doble contingencia.

El problema de las expectativas como anticipación del futuro adquiere un nivel de dificultado mayor cuando concibo que existen otras personas que yo proyecto como fuente de la experiencia, y de esta forma, tengo sus posibilidades como mías también. En consecuencia, puedo acoger su experiencia sin haber, de hecho, experimentado lo que él experimentó. Lo anterior es una ventaja considerable, empero, subyace un problema: al yo (*ego*) experimentar al otro como otro yo (*alter ego*), percibo que también ha construido su mundo a partir de su capacidad de acción y vivencia, y que para él también el mundo se muestra como contingente y como complejo, es decir, que él también selecciona y experimenta con sentido.

Al no poder penetrar en su conciencia, el *ego* debe asumir que el *alter* puede seleccionar entre varias posibilidades, que puede cometer errores y que puede decepcionar sus expectativas (incluso intencionalmente), así como el *ego* puede decepcionar las de él (Luhmann, 2012). El resultado de esta proyección termina siendo la desconfianza (Luhmann, 2013). Este es lo que Luhmann llama el problema de la *doble contingencia*.

En contraste con la naturaleza, en donde simples experiencias pasadas formarán expectativas y estas serán relativamente inmunes (por ejemplo, experimentar que las cosas caen al soltarlas, generará dicha expectativa para experiencias futuras), con el *alter*, no puede el *ego* esperar que su comportamiento sea determinístico, sino que se debe entender a partir de una selección que él realiza formado en varias posibilidades que ha experimentado. Esta selección, como se ha analizado, genera su propia estructura de expectativas y, en consecuencia, como claramente lo afirma Luhmann (2012), “es necesario que sea posible no simplemente esperar el comportamiento del otro, sino también las expectativas” (p. 45).

Con el planteamiento anterior, Luhmann desarrolla el concepto de *expectativa de expectativas*. En la sociedad, anticipar al otro y tratar de deducir las expectativas que el otro tiene de nosotros permite procesar más complejidad y contingencia. La expectativa simple de comportamiento, de esta manera, resulta insuficiente. Un ejemplo para ilustrar esto consiste en situarnos en el encuentro con un conocido con el que hace rato no hablamos. La expectativa de que él llegue temprano sería una expectativa simple. Empero, de esta no puede derivarse ningún deber intersubjetivo de comportarse conforme a esa expectativa.

Por lo anterior, el problema de la doble contingencia, que se traduce en la imprevisibilidad del comportamiento del *alter*, hace que la coordinación de expectativas conjuntas y, por lo tanto, la comunicación, sea altamente improbable. Es por esto que las selecciones que se hagan deben contar con una estabilidad que facilite la interacción social. La situación de doble contingencia, de esta manera, representa el problema de la coordinación de las selecciones del *alter* y el *ego* que se observan recíprocamente (Corsi et al., 1996).

Es importante retomar el ejemplo del encuentro ya expuesto para entender este desarrollo del concepto de normatividad. La expectativa que el *alter* tiene de que el *ego* llegue temprano es insuficiente para coordinar nuestra acción con el otro. Sin embargo, si el *ego* espera a que el *alter* espere que el *ego* llegue temprano, nos situaremos en el plano de expectativas de expectativas (que yo llamo expectativas reflexivas). Esta expectativa reflexiva puede generar que el *ego* decida llegar temprano, coordinando su comportamiento con la expectativa del *alter* (que el *ego* espera).

En su texto *Normas desde una Perspectiva Sociológica*, previo a su giro autopoiético, Luhmann (2013) explica que la capacidad de orientarse conforme a expectativas ajenas facilita la adaptación al orden social, y permite dicha armonización de comportamientos, sin necesidad de

comunicación verbal, algo imprescindible en una sociedad altamente compleja (Luhmann, 2012). El hecho de observar las expectativas del otro permite abstraer reglas susceptibles de consenso. Por ejemplo, de la expectativa de un vecino de ser saludado en un momento concreto, se puede abstraer la regla de saludar a los vecinos en áreas comunes.

Luhmann (2013) argumenta, además, que en el plano de las expectativas de expectativas, el hecho de integrar las expectativas del otro a nuestras propias estructuras exige la despersonalización del deber, es decir, las reglas abstraídas de las expectativas del *alter* deben desprenderse de cualquier consenso fáctico, puesto que no se puede estar constantemente actualizando la estructura de expectativas propias, con base en las *verdaderas* expectativas ajenas. En otras palabras, no se puede generar una estructura de expectativas basadas en lo que piensa el otro, puesto que, como se ha mencionado, no se puede penetrar en la conciencia del otro, e incluso, si se pudiera, habría que estarlo haciendo constantemente, teniendo en cuenta que las expectativas del otro pueden cambiar en cualquier momento. En consecuencia, el deber se vuelve anónimo (Luhmann, 2013), y ello lo estabiliza frente a los riesgos de decepción e interpretaciones falsas de las expectativas del *alter*. Con este punto se puede ver que para el autor, la expectativa relevante no es el estado psicológico de dos conciencias determinadas en un momento específico, sino ese deber que se ha desprendido de la despersonalización de la expectativa de la expectativa. En consecuencia, la expectativa queda completamente *despsicologizada* (independiente de los sistemas psíquicos) y permite situarlas en el sistema social.

La doble contingencia permite, en consecuencia, analizar la decepción o cumplimiento de la expectativa que tenemos del otro y, por otra parte, analizar nuestro propio comportamiento en relación a si cumplimos o decepcionamos la expectativa que tiene el otro de nosotros. Según

Luhmann (2012), “la función de lo normativo y, por lo tanto, del derecho, debe localizarse en la integración de ambas partes o niveles” (p. 46).

Por lo anterior, solo en el plano de expectativa de expectativas, el *ego* puede esperar la variabilidad e imprevisibilidad del comportamiento del *alter*, atribuyéndolas a una orientación conforme a expectativas (Corsi et al., 1996), teniendo en cuenta que, como se ha dicho, el *alter* también ha seleccionado sus posibilidades como expectativas (de expectativas) y ve al *ego* como un *alter*. Es decir, es la expectativa de expectativas la que permite una armonía entre los comportamientos (Luhmann, 1970), base para la coordinación social y la formación del deber (Luhmann, 2013).

Con esta exposición, el primer Luhmann logra explicar el fenómeno de la normatividad a partir de la coordinación de las expectativas comunes, a pesar de la improbabilidad de que se produzca comunicación, como él mismo acepta. Con esta concepción despsicologizada de la expectativa de expectativas, Luhmann deja de concentrarse en el ser humano y pasa al análisis de los sistemas sociales y del surgimiento del derecho, que para el primer Luhmann (2012) es una “estructura de la sociedad” (p. 147).

2.2.3. Necesidad de reducir complejidad.

El sistema social, según Luhmann, surge para solucionar el problema de la complejidad, en el marco de la doble contingencia (Corsi et al., 1996). La forma de manejar una complejidad alta es por medio de su reducción (Luhmann, 2012), es decir, por medio de la selección de posibilidades como expectativas, y de su mantenimiento a través de su estructuración (Corsi et al., 1996).

El sistema social necesita reducir la complejidad de la realidad porque no puede penetrar en la mente de cada uno de los sujetos en cada instante para extraer su estructura de expectativas. De esta forma, el sistema social concentra, en principio, su atención en las acciones externas.

Para el segundo Luhmann (2002; Corsi et al., 1996), el problema de la doble contingencia sigue siendo relevante para entender la necesidad de reducir complejidad por parte de los sistemas sociales, que construyen sus límites autopoieticamente. Sin embargo, no se puede decir que Luhmann parte de este concepto después de su giro autopoietico, teniendo en cuenta que, como se explicará en la segunda parte de la tesis, la diferencia sistema-entorno pasará a ser el punto de partida (Corsi et al., 1996) y, sólo a partir de esta diferencia, se puede empezar a hablar de que un sistema reduce complejidad (y la organiza) frente a su entorno.

2.3. Generalizaciones como Mecanismos del Sistema Social

Para que el sistema social funcione y efectivamente reduzca la complejidad de su entorno, estas estructuras de expectativas deben generalizarse (Luhmann, 2012), es decir, deben estabilizarse a pesar del paso del tiempo (temporal), independizarse de cada uno de los individuos que las crean, las mantienen o las decepcionan (social) o manejarse en distintos grados de abstracción (material).

El aseguramiento de la expectativa de expectativas reside en estos mecanismos de generalización. Frente a estas expectativas reflexivas, afirma Luhmann (2012), el sistema social “puede suponer que quien se desvía [de la expectativa generalizada] ha actuado equivocadamente; que la discrepancia no debe ser vista como un error (de uno) en la expectativa, sino una acción equivocada (del otro)” (p. 51).

En consecuencia, con este examen de los tres tipos de generalización, Luhmann se aproxima a la experiencia del derecho, ya iniciada con el análisis de la normatividad. Como se

expondrá más adelante, el autor afirma que la función del derecho es la estabilización de expectativas congruentemente generalizadas (material, temporal y socialmente). Por lo tanto, si se quiere analizar cuál es la función del derecho en el primer Luhmann, y cómo llega el autor a esa conceptualización, se debe profundizar en estos tres tipos de generalización.

Es importante destacar el hecho de que estos tres tipos de generalización se mantienen en la teoría sociológica del segundo Luhmann (1985), a pesar del giro autopoietico. Incluso, el autor en la segunda etapa afirma también, en algunos casos, que la función del derecho es la estabilización (Corsi et al., 1996) o, en otros casos, la formación y reproducción (Luhmann, 1983) de las expectativas congruentemente generalizadas.

Para el primer (Luhmann, 1971) y el segundo Luhmann, estos tres tipos de generalización se dan gracias a las tres dimensiones de sentido (Corsi et al., 1996). Para el autor, las dimensiones de sentido temporal, material y social no son reducibles entre sí, por lo que las posibilidades (actuales o potenciales) se actualizan de manera autónoma y diferenciada para cada una de estas dimensiones (Corsi et al., 1996).

2.3.1. Generalización temporal.

La primera forma de generalización de las expectativas es la temporal. Para entenderla, Luhmann (2012) aborda la diferencia entre expectativas cognitivas y expectativas normativas. Como se ha indicado, la necesidad de seleccionar posibilidades es fundamental en el mundo complejo y esta selección genera una estructura de expectativas que se caracteriza por ser relativamente estable. La selección genera una limitación en la perspectiva de opciones, es decir, reduce complejidad.

Esta reducción de complejidad no elimina las posibilidades no seleccionadas, puesto que, se hace por medio de la selección de sentido, ya expuesta. La decepción, por lo tanto, es

inherente al hecho de estructurar expectativas, teniendo en cuenta que la selección deja intacta la realidad compleja que aún puede defraudar (Luhmann, 2012). De esta manera, la estructura debe tener una forma de mantenerse y debe tener mecanismos para lidiar con las decepciones.

2.3.1.1. Expectativas normativas y expectativas cognitivas.

Luhmann (2012) explica dos mecanismos principales, que tienen tanto los sistemas psíquicos como los sistemas sociales, para manejar la decepción de la expectativa: renunciar a ella para así adaptarse a la realidad hostil o mantenerla y vivir en contra de la realidad. Son estas las expectativas cognitivas y normativas, respectivamente. Luhmann extrae esta diferenciación del sociólogo y matemático *Johan Galtung* (Horstmann, 2013), quien afirma que las expectativas normativas son típicamente las que, al decepcionarse, requieren de mecanismos de *control social*, mientras que las expectativas cognitivas son características de las ciencias exactas (Galtung, 1959).

Esta concepción de Galtung varía cuando Luhmann la introduce a su teoría. Las expectativas cognitivas implican una preparación para aprender de la decepción, en contraste, las expectativas normativas significan rehusarse a aprender en caso de ser decepcionadas (Luhmann, 2014). El mundo está constituido por estos dos tipos de expectativas y se encuentran normalmente en un mismo hecho (Luhmann, 2012).

Esta diferenciación cognitiva-normativa se mantiene en el segundo Luhmann como un concepto necesario para entender el funcionamiento del sistema jurídico en lo relativo a la clausura operativa y la apertura cognitiva, es decir, el sistema opera de manera cerrada y autónoma, refiriéndose a sus operaciones anteriores, aunque simultáneamente está abierto al entorno y dispuesto a aprender, cuando decide dejarse irritar (Luhmann, 1983). Esto se explicará a profundidad en la segunda parte de esta tesis.

Bajo la anterior perspectiva y teniendo en cuenta el desarrollo del deber relacionado con la doble contingencia, Luhmann (2012, 2014) afirma que “las normas son expectativas contrafácticamente estabilizadas” (p. 56, p. 75), es decir, se mantienen en el tiempo a pesar de su decepción. La clasificación de las expectativas en normativas o cognitivas no es entendida como un *a priori*, sino que es funcional a la sociedad. Asimismo, afirma Luhmann (2012) que es posible encontrar expectativas que aún no requieren definición de normativa o cognitiva porque rara vez se decepcionan o su decepción es irrelevante. Además, el tipo de expectativa puede cambiar si el sistema social así lo requiere.

De acuerdo con el autor, el derecho normalmente se construye a partir de la clasificación de expectativas como normativas *a posteriori*, es decir, después de ser defraudadas (Luhmann, 2012). Lo anterior se entiende si se piensa en la formación de nueva legislación a partir de defraudaciones de expectativas sociales que aún el derecho no ha estabilizado, puesto que el sistema no había concebido como posibles, por ejemplo, nuevos crímenes informáticos, nuevas regulaciones frente a cultivos genéticamente modificados, etc. Las nuevas tecnologías, siguiendo el punto de partida del primer Luhmann, generan nuevas posibilidades que el sistema social no había concebido antes cómo mundo y, para actualizarse y poder lidiar con ellas, genera estructuras de expectativas que, en algunos casos, deben ser mantenidas contrafácticamente. Esto de ninguna manera significa que el derecho no pueda anticiparse a casos futuros. Como se ha explicado, el aspecto normativo de la expectativa es lo que permite generalizarla a través del tiempo.

Asimismo, dice Luhmann (2012) que “no toda decepción lleva a la adaptación, aún si se tiene expectativas cognitivas y se está, por lo tanto, preparado para aprender” (p. 63). Por ejemplo, si existe la teoría científica de la gravitación universal y aparece un hecho que la

incumple, los científicos no van a cambiar automáticamente la teoría para adaptarla al hecho, sino que pueden buscar explicaciones *ad hoc* como un experimento mal practicado o en últimas, pensar que es una excepción a la regla que la confirma.

También sucede esto con las expectativas normativas. Estas no se muestran como completamente invariables en el curso del tiempo, sino que, en ocasiones, se aprende un poco de las decepciones (Luhmann, 2012). Un ejemplo de esto es cuando la jurisprudencia cambia la interpretación de una norma o cuando existe un cambio legislativo.¹

Es importante aclarar, por último, que Luhmann (2012) admite los dos tipos de reacciones frente a la decepción en el plano de las expectativas reflexivas. En otras palabras, se admite que haya una expectativa normativa de una expectativa cognitiva, una normativa de una normativa (el derecho espera que las personas esperen que no los van a despojar de sus pertenencias en la calle, por ejemplo), una cognitiva de una normativa (yo espero cognitivamente que el otro espere normativamente que yo llegue temprano, por ejemplo) y una cognitiva de una cognitiva (verbigracia, la ciencia espera que las personas del común esperen que la ley de la gravedad se cumpla).

Como se ha mencionado, el plano de la expectativa de las expectativas es más relevante, cuando se trata del derecho, que el plano simple de cumplimiento o decepción de la expectativa, puesto que permite el manejo de relaciones sociales altamente complejas, que muchas veces deben prescindir de la comunicación verbal para poder llegar a coordinarse.

2.3.1.2. Decepción.

Como se ha indicado, al no reducir absolutamente la complejidad (puesto que es una selección de sentido), es inherente a la expectativa su propia decepción. Al tener expectativas

¹ De este punto surge la crítica que hace *Thomas Vesting* (2018) a la diferencia entre expectativas cognitivas y expectativas normativas, que para él se anula si existen normas que requieran de aprendizaje permanente, como normas jurídicas relacionadas con ciencia y tecnología.

contrapuestas, esto puede generar un conflicto que el sistema debe entrar a resolver. Por esto, la defraudación de expectativas es fundamentalmente problemática. Incluso si genera una sorpresa positiva, dice Luhmann (2012), incomoda al decepcionado puesto que desacredita la experiencia anterior: esta “amenaza con remover el logro de reducción de las expectativas estabilizadas y trae de nuevo a foco la complejidad original de las posibilidades y la contingencia” (p. 66). En pocas palabras, genera incertidumbre frente a la selección que el sistema ha hecho.

Las decepciones generan una respuesta fisiológica a nivel individual. Se necesita reducir la tensión por medio de procesos como la rabia y la desesperación. Estas reacciones no pueden ser ignoradas por el sistema social. No se puede dejar el tratamiento de las decepciones a la excitación del individuo porque la impredecibilidad de su acción puede generar la defraudación de varias expectativas y causaría más problemas de los que intenta resolver (Luhmann, 2012).

Esto explica por qué, según Luhmann (2012), “el sistema social tiene que supervisar y canalizar el proceso de decepción de la expectativa” (p. 67). Lo anterior significa que la reacción frente a la decepción de una expectativa debe convertirse, a su vez, en una expectativa normativa generalizada, para que las estructuras de expectativas puedan estabilizarse. Luhmann conceptualiza, de esta manera, la sanción.

La definición típica de la norma jurídica como la que tiene una sanción es, sin embargo, criticada por Luhmann (2012), puesto que, para él, es tan relevante el contenido de la expectativa misma como la forma de mantenerla contrafácticamente.

Asimismo, la expectativa y, por lo tanto, su decepción, nace de la comunicación y no de los hechos (Luhmann, 2012). Esto significa que la sociedad no concentra sus esfuerzos en el análisis de hechos brutos como decepciones, sino en el sentido comunicativo de dicho hecho. De

esta manera, existen decepciones que no comunican y, por lo tanto, no se requiere que el individuo o la sociedad, reaccione ante ellas.

Esta posición acerca de la relevancia de la comunicación se mantiene en el segundo Luhmann (1983), para él, es completamente irrelevante una acción que nadie oye o ve. De hecho, con el giro autopoiético, Luhmann (1983) radicaliza esta idea, concibiendo que la sociedad y los sistemas sociales, en general, están compuestos por comunicación y nada más que comunicación.

Cuando la defraudación comunica, explica Luhmann, es necesario definir la decepción como originada en un comportamiento desviado y se debe expresar la validez de la expectativa defraudada. Luhmann (2012) explica que, de esta manera, se salva la norma imputando la discrepancia, es decir, comunicando que “no es la persona expectante quien ha esperado equivocadamente, sino es el actor quien ha actuado equivocadamente” (p. 68).

Para entender la anterior afirmación, es útil el ejemplo de un incumplimiento contractual que va a instancia judicial. La persona que demanda tiene la expectativa de que se cumpla su contrato, mientras que el demandado espera que se le absuelva, puesto que, procede la excepción del contrato no cumplido. El juez imputa la discrepancia según la expectativa que haya generalizado el sistema social y, a su vez, declara la acción incorrecta del otro, ya sea haber incumplido el contrato sin justificación o haber demandado cuando el incumplimiento era válido.

Luhmann (2012) destaca que el hecho de que el sistema pueda imputar y explicar la decepción permite a la expectativa seguir existiendo, al afirmar que, si esta “es continuamente decepcionada y sin poderse manifestarse [sic], desaparece” (p. 71). Los sujetos presentes están normalmente expectantes frente a la reacción que se tenga ante una decepción (aprender o no aprender) para, de esta manera, definir su expectativa de expectativas. La persona decepcionada

no puede ignorar la realidad porque los otros están observando, pero tampoco puede admitirla y aceptarla porque está esperando contrafácticamente, en consecuencia, debe expresar la continuidad de la expectativa.

Normalmente la verbalización de la explicación es suficiente para mantener la expectativa, por ejemplo, con excusas o disculpas. Estas comunican que la expectativa está vigente y el comportamiento desviado “es simbólicamente neutralizado” (Luhmann, 2012, p. 73).

Cuando lo anterior no resulta suficiente, se utiliza la sanción. Mirar mal a la persona, utilizar gestos o palabras adversas, etc., tienen la función de motivar al decepcionante al comportamiento adecuado o simplemente salvaguardar demostrativamente la expectativa hacia el futuro (Luhmann, 2012).

Empero, la sanción no es la única manera de mantener contrafácticamente expectativas normativas, y es por esto que definir la norma jurídica a partir de la sanción es demasiado limitado (Luhmann, 2012). Una alternativa a la sanción es, por ejemplo, definir al decepcionante como alguien que no es afectado por la norma, sea porque no merece la pena ser tomado en serio, o porque no pertenece a la misma clase o casta, o tiene otros valores, etc. (Luhmann, 2012). Piénsese, en este caso, en los inimputables en el proceso penal.

2.3.2. Generalización social.

A pesar de que existe un nivel de tolerancia frente al conflicto entre expectativas de unos y otros, Luhmann (2012) aclara que las expectativas no pueden estar expuestas a decepciones arbitrarias. Las expectativas normativas tienen que ser guiadas para que funcionen eficientemente. Los mecanismos que efectúan esto se engloban en el concepto de institucionalización que significa el grado en el que “las expectativas están basadas sobre

expectativas de expectativas presupuestas sobre la parte de un tercer participante” (Luhmann, 2012, p. 78).

Para explicar la anterior definición, Luhmann analiza dos cuestiones fundamentales, la existencia de un tercero expectante y la construcción de un consenso presunto.

2.3.2.1. El tercero expectante y el observador.

Para implementar el concepto de tercero dentro de la teoría, el autor lo diferencia del actor y la persona que espera. Aquí, Luhmann vuelve a partir del individuo y después pasa al funcionamiento del sistema social. En primer lugar, Luhmann (2012) aclara que ninguno de los tres conceptos (expectante, actor y tercero) pueden ser entendidos como roles, sino como estados del sistema. Es decir, en un participante del sistema se condensan normalmente los tres papeles, el actor no se dedica solo a actuar, sino también espera (con la expectativa de la expectativa). De hecho, como se ha explicado, para coordinar acciones, el participante actúa teniendo en cuenta esa expectativa de la expectativa. Lo mismo sucede con el tercero: no es un constante observador, sino es alguien que está actuando y esperando, pero que posiblemente es atraído a una co-experimentación.

El observador, en contraste, es un tercero concreto con una posición inestable. Este puede ser influenciado por la acción o la expectativa de los otros que están en la situación y, por lo tanto, puede llegar a cambiar su opinión. Luhmann (2012) afirma, por lo tanto, que “no es posible confiar la institución solamente a él” (p. 79). Esto se explica, por ejemplo, en el caso de una disputa entre vecinos sobre el ruido excesivo de una fiesta, un observador (otro vecino) puede tener expectativas sobre el nivel de ruido permitido y atribuir una acción correcta a uno y una expectativa equivocada a otro, sin embargo, a la siguiente semana puede cambiar su

expectativa. De esta manera, no se puede confiar en él (a pesar de ser un tercero), para institucionalizar la expectativa en cuestión.

En contraste, el tercero relevante para este proceso es uno desconocido, anónimo, cuya opinión se presume (Luhmann, 2012). El observador simplemente funciona como órgano regulador concreto.

El problema radica en atraer al tercero a ser observador. Se debe causar alarma para llamar su atención, por esto, Luhmann afirma, existe una cercanía entre el escándalo y la mediatización, y la institucionalización de la norma. Consecuentemente, la figura del juez presenta una ventaja evidente: él no requiere ser atraído o escandalizado para que emita un juicio, sino que está obligado a hacerlo según su competencia (Luhmann, 2012).

La obligación de fallar, que tiene el juez a su cargo, va a ser retomada por el segundo Luhmann (1990) cuando analiza la posición de los tribunales dentro del sistema jurídico y la forma de organización del mismo. Sin embargo, bajo el nuevo punto de partida teórico, el autor va a concebir esta prohibición de denegar justicia como una obligación de los tribunales de someterse al código binario, y siempre valorar sus operaciones como derecho/no derecho (Luhmann, 1990), algo que se explicará a fondo en la segunda parte de la tesis.

2.3.2.2. *Consenso presunto.*

La dificultad de atraer la atención del tercero está relacionada también con el inconveniente que tiene el individuo en un mundo excesivamente complejo, en donde tiene capacidades limitadas de experiencia y atención. Normalmente cuando los sociólogos hablan de una integración social de expectativas, se habla de consenso. El consenso real, dice Luhmann (2012), “si es entendido como experiencia concurrente y equivalente, puede ser muy raro bajo tales condiciones” (p. 80). Es entendible esta afirmación cuando se analiza los problemas de cuántas

expectativas deberían ser objeto de debate para su integración, quiénes deberían ser participantes en el debate anterior a la decisión que da lugar al consenso y la determinación del contenido concreto de cada expectativa, entre otras cuestiones.

Luhmann afirma, en consecuencia, que el consenso efectivo de las expectativas para la institucionalización no se da, sino que se presume para una rápida y precisa comunicación, incluso de extraños, mientras hagan parte de la institucionalización, es decir, mientras, a su vez, se pueda presumir que ellos hacen parte de la sociedad que institucionalizó la expectativa. Por ejemplo, se presume el consenso de las leyes de un país para sus habitantes. Lo anterior permite mantener los fundamentos básicos del entendimiento, sin tener que recrear las expectativas una a una y cuestionar si el consenso ha cambiado (Luhmann, 2012).

Para ver el desarrollo de este consenso presunto, Luhmann vuelve a situarse en el problema epistemológico: la imposibilidad del ser humano de prestar atención a todos los temas al tiempo. Lo anterior implica que se deben escoger temas de atención común para dar sentido a la comunicación. Por lo tanto, para poder actuar con sentido, es necesario suponer una definición aceptada de la situación, para desarrollarla en torno a algo y establecer roles de los participantes (Luhmann, 2012). Por ejemplo, si se está en un debate, se debe aceptar que cada uno tiene su tiempo para hablar, que no se puede interrumpir al otro y demás reglas que establezca alguien que se ha aceptado, sea el moderador. De esta forma, es posible empezar a pensar en un consenso que se desarrolla entre los presentes y que permite continuar comunicando las mismas expectativas, a pesar de que conforme pase el tiempo, el consenso *real* (entendido como a nivel de las conciencias) ya no se predique.

2.3.2.3. *Institución y tercero.*

Este sistema de generalización entre los presentes se institucionaliza más allá de estos gracias a la conceptualización hecha del tercero. Es aquí donde Luhmann (2012) empieza a analizar este tipo de generalización a partir del sistema social. El tercero es esencial para esta generalización porque no se puede acceder a este ni se le puede cuestionar cuáles son sus expectativas actuales, por lo que sella el consenso presunto y mantiene las expectativas institucionales intactas, confiables y homogéneas (a pesar de que en la realidad no lo sean).

Luhmann (2012) afirma, en consecuencia, que las instituciones “no dependen del acuerdo real entre determinadas expresiones de opinión, sino del éxito de sobrestimarlas” (p. 84). Lo anterior significa que dependen de que la mayoría de gente presuma el consenso sobre ellas, o al menos que se presuma que se presume el consenso. Por lo tanto, a pesar de ser construidas a partir de experiencias de hecho de los presentes, las instituciones evolucionan² para independizarse de cualquier tipo de experiencia personal y se sitúan en el nivel de las expectativas de expectativas de terceros, lo que provee un blindaje a dichas instituciones frente a un posible cuestionamiento constante.

El modelo de generalización social es exitoso, según Luhmann, porque es reflexivo³, es decir, se da por la institucionalización de la institucionalización de las expectativas, entendida como la institucionalización de procedimientos de institucionalización, verbigracia, el trámite legislativo o la competencia de los jueces de tomar decisiones jurídicas. Esta “normación del establecimiento de normas” (Luhmann, 2012, p. 230) permite compatibilizar la estabilidad de las expectativas (su carácter normativo) con la variación del derecho, puesto que controla cómo el

² En la terminología de Luhmann, *evolucionar* está desprovisto de cualquier teleología, progreso o valoración moral de los resultados de la variación que ha sufrido la sociedad (Zamboni, 2010). Esta tesis utiliza el término en el mismo sentido.

³ Se debe resaltar que este concepto de reflexividad se mantiene también a lo largo de toda la obra de Luhmann (Corsi et al., 1996), algo que se explicará más adelante cuando se trate la autorreferencia y la heterorreferencia.

derecho puede cambiar sin por ello dejar de esperar contrafácticamente. En pocas palabras, afirma Luhmann (2012) “regula la manera de seleccionar el derecho variable” (p. 230).

De esta manera, la expectativa jurídica se transforma en “el deber de esperar lo que el otro espera de lo que el juez espera de uno, y, por lo tanto, de ambos” (Luhmann, 2012, p. 93). El ejemplo preciso para explicar esto es el deber de cumplir un contrato que se ha celebrado: uno espera que nuestra contraparte espere que el juez espere que uno cumpla el contrato, y esto lleva a nuestra contraparte a demandar en caso de incumplimiento, porque, a su vez, él espera que el juez le dé la razón porque espera que el juez espere que nuestra contraparte tenga dicha expectativa. Esto es lo que se llama el deber jurídico y aquí se une la anonimidad del tercero y sus expectativas con el rol del juez (Luhmann, 2012), rol central que, como se ha indicado y se explicará más a fondo en lo referido a la heterarquía, se mantendrá en el segundo Luhmann.

2.3.3. Generalización material.

La expectativa de expectativas solo es posible, según Luhmann (2012), por medio de un mundo común al cual las estructuras están idénticamente atadas. El mundo de cosas, eventos, acciones, etc., describen, por una parte, la experiencia de los otros para la experiencia propia y, por otra parte, la referencia de algo en la experiencia de otros. Por ejemplo, la palabra computador permite simplificar no solo las características de una cosa, sino también posibles experiencias del otro con este como la posibilidad de conectarse a internet. Esto, a su vez, puede ser proyectado a la experiencia individual sin de hecho experimentarlo. De esta manera, el mundo da un acceso selectivo a las experiencias posibles y a las estructuras de expectativas.

El sentido (como mecanismo de selección ya expuesto), afirma Luhmann (2012), funciona como “síntesis intersubjetivamente accesible de una variedad de experiencias posibles” (p. 95). Es decir, el sentido sintetiza un serie de posibilidades que están relacionadas (al remitir unas a

otras) en una sola identificación (sean palabras, acciones, entre otras). Las síntesis de sentido hacen innecesaria la actual conciencia de las expectativas de los otros, porque para funcionar, estas no requieren de la actualización de todas las posibilidades en un solo momento. El sentido, por lo tanto, ayuda a construir identidades dentro de un mundo complejo, es decir, hace posible un entendimiento consciente y una reducción de dicha complejidad (Luhmann, 1971). Esto se puede ver claramente en el lenguaje. No es necesario saber la definición (que aparece en un diccionario, por ejemplo) de una palabra en concreto, lo único que se debe saber es cómo utilizarla, o más bien, como se espera que se utilice. Así, la comunicación que se produce logra identificarse a rasgos generales, si bien, para cada una de las conciencias, la estructura de expectativas, detrás de dicha palabra, no sea exactamente igual. Piénsese, por ejemplo, en la palabra libertad, tan comúnmente utilizada (tanto técnica como naturalmente), sin que realmente se sepa todo lo que esta palabra *implica*, en términos de expectativas.

Las expectativas, de esta manera, se convierten en temas que pueden ser defendidos, objetados, simbolizados y cristalizan información, experiencia, tradiciones e intereses. Se genera una construcción de un contexto de sentido que gana importancia y, por tanto, es difícil de sacrificar frente a la decepción. Esto implica que los mayúsculos esfuerzos que hace la sociedad para crear contextos de sentido, ya son razones para mantener de manera contrafáctica la estructura de expectativas (Luhmann, 2012).

Lo anterior se explica desde el problema de la doble contingencia, que como se ha explicado, al hacer improbable la comunicación y la interacción, requiere estructuras de expectativas relativamente estables. De esta manera, si se generan esfuerzos para constituir estructuras de sentido lo suficientemente abstractas para mantenerse y facilitar la comunicación, a pesar de la complejidad del mundo, es razonable pensar que la sociedad valore su conservación

contrafáctica. En resumen, la necesidad de mantener contrafácticamente las expectativas se deriva de la necesidad de sostener un mundo estable.

2.3.3.1. Abstracción.

La estabilidad del contexto de sentido, según Luhmann (2012), depende de la facultad de abstracción. No solamente se refiere el autor a la abstracción desde el punto de vista científico, para la construcción de teorías, por ejemplo, sino también, y especialmente, a la abstracción en la interacción vivencial con el mundo. El lenguaje resulta aquí también ilustrativo. Las palabras tienen un grado de abstracción suficiente como para ser inmunes a condiciones de tiempo, modo o lugar, pero son lo suficientemente concretas para referirse a algo que dentro de un contexto tenga sentido. De esta manera, se logran agrupar un montón de objetos que pueden ser materialmente muy diferentes, o similares a otros que son denotados con otras palabras, e incluso nombra objetos que son materialmente contradictorios entre sí, verbigracia, cuando la palabra triángulo se refiere tanto a los escalenos como a los isósceles.

La abstracción también permite adelantarse al futuro igualando dos eventos materialmente distintos, por lo tanto, es esta la que permite la determinación de expectativas como normativas. En otras palabras, la generalización material es presupuesto para la generalización temporal.

Se debe resaltar que no hay objetos que encajan en la descripción exacta de la expectativa, sino que la expectativa recolecta una serie de casos que sí se pueden determinar cómo incluidos (núcleo invariante de sentido) y unos casos dudosos, donde no se sabe si encajan en una u otra expectativa.⁴ Lo anterior debido a que la naturaleza no determina dónde empieza una expectativa y termina otra, tampoco la define ni determina cómo puede variar, por lo tanto, la expectativa

⁴ Es interesante notar el paralelo que se presenta entre esta descripción de Luhmann sobre el lenguaje y las conclusiones a las que llega Herbert L.A. Hart, a través de un enfoque analítico del derecho, al describir la textura abierta del lenguaje y la división entre *casos fáciles* y *casos difíciles*. Hart afirma que, al aplicar una norma jurídica, existe tanto un “área de incuestionable aplicación” como una “zona de penumbra” en donde el juez debe utilizar pautas valorativas y criterios sociales extrajurídicos para resolver el caso (De Páramo, 1984, p. 37).

esto es completamente dependiente del contexto (Luhmann, 2012). Para ilustrar este punto, por ejemplo, hay que observar que no existe el *perro ideal*. Sin embargo, este concepto agrupa un montón de experiencias, y se podría dudar en la vida diaria si algún nuevo mamífero encontrado es o no un perro, sin embargo, la palabra tiene un núcleo que no varía, y que lo hace fácilmente identificable frente a algo como una *araña*.

Las *identificaciones de sentido*, como Luhmann (2012) llama a las ideas, palabras, objetos, etc., “son síntesis de muchas expectativas que son capaces de actualización y detalle a la demanda” (p. 97). Las expectativas nunca se esperan de manera aislada sino en un contexto determinado por el sentido, que las hace sustituibles e inmunes, en algunos casos, a la decepción. Examínese que, por ejemplo, si se piensa en la idea de fútbol, no existe decepción de las expectativas que esta conlleva porque haya un cambio en el color del balón o el tamaño del campo sea distinto. En otras palabras, sigue siendo *fútbol*. Estas nociones se mantienen en el segundo Luhmann casi invariables con el nombre de semántica (identificaciones de sentido en el lenguaje) y estructura (el conjunto de expectativas que está detrás) (Corsi et al., 1996).

La abstracción, en conclusión, genera una consistencia a nivel superficial, obviando expectativas manifiestamente contradictorias (Luhmann, 2012), esto, aplicable al derecho, explica por qué la teoría del derecho habla de los problemas de “coherencia del ordenamiento jurídico” (Bobbio, 2016, p. 177), que deben ser solucionados en el caso, es decir, solo cuando las reglas abstractas se concretan y se ve que efectivamente hay contradicción de expectativas. Para ilustrar esto, el ejemplo de los derechos fundamentales resulta útil: solo en un caso concreto se ve como dos regulaciones de derechos como el del buen nombre y el de la libertad de expresión chocan, a pesar de que, como reglas abstractas, los dos pertenecen al ordenamiento jurídico, y siguen perteneciendo después de solucionado el caso.

2.3.3.2. Personas, roles, programas y valores.

Según Luhmann (2012), el contexto de una expectativa se determina por “el grado de concreción o abstracción de una estructura de expectativas” (p. 98). Por ejemplo, puedo esperar del vendedor como persona que sea caritativa si lo conozco y sé que hace constantes donaciones a iglesias, pero puedo esperar también la simple ejecución del rol, es decir, que me venda lo que necesito de manera amable. Por otra parte, puedo esperar de él solamente según el programa del sistema jurídico, es decir, solo lo que puedo demandar o denunciar, verbigracia, si incumple el contrato o si intenta atacarme físicamente.

A partir de lo anterior, Luhmann comienza a desvelar distintos grados de abstracción. En primer lugar, la estructura se refiere a personas concretas, en segundo lugar, a un rol específico, en tercer lugar, a un programa específico (fines o normas) y, por último, a valores específicos. Estos grados no se excluyen entre sí y pueden identificarse al tiempo en una persona, pero distinguirlos permite determinar qué expectativas están cubiertas y las distintas alternativas que se tienen frente a la decepción (Luhmann, 2012).

El contexto de expectativas a partir de la persona depende de la experiencia y acción no transferibles a otros. Se debe conocer a la persona de manera cercana para poder esperar de él confiablemente en este grado de abstracción. Esto presupone una auto-presentación, es decir, una interacción que vaya más allá de la convivencia diaria: una interacción privada. A la luz de la expectativa de expectativas, esto implica comprometerse a actuar conforme a esa auto-presentación. La garantía del cumplimiento es, por lo tanto, la persona misma (Luhmann, 2012).

Si se abstrae más la estructura de expectativas, se encuentran los roles, donde las características individuales son indiferentes. Los roles son conjuntos de expectativas no atados a

personas. Estos permiten transferir las expectativas de una persona a otra: cualquier individuo podría ejecutar dicho rol (Luhmann, 2012).

El problema de esta abstracción es que se tiene un riesgo mayor de decepción porque ya no se tiene la garantía en la persona misma (no la conocemos, por lo que es riesgoso confiar en ella). La garantía reside ahora en su institucionalización, es decir, en la generalización social, o en el establecimiento de controles para la ejecución del rol (Luhmann, 2012), por ejemplo, licencias que solo se pueden obtener con determinados estudios.

En la identificación personal, todas las decepciones normativas se traducen en reproche moral y tienden a poner en peligro todo el contexto de expectativas. En contraste, en el caso de los roles, solo algunas decepciones son relevantes, haciendo las estructuras más estables (Luhmann, 2012). Por ejemplo, si espero de mi mejor amigo (como persona) que no cuente un secreto, y lo hace, automáticamente pone en duda todas las expectativas que tengo de él relativas a la confianza. En cambio, de mi médico no interesa que yo piense que es de izquierda y me dé cuenta que es de derecha, mientras cumpla con su rol de médico.

Un grado de abstracción aún mayor es referir el contexto de expectativas a una regla verbalmente prefijada, cuya aplicación es garantizada por medio de la institucionalización. De esta manera, la regla puede ser aplicada a varios roles y a varias personas. La determinación del grado de abstracción de las reglas es casi arbitraria y la regla puede ser cambiada sin que las personas o roles pierdan identidad. A su vez, la validez de la regla no depende del hecho de que mueran personas concretas o los roles desaparezcan (Luhmann, 2012).

Los programas son reglas con condiciones de uso. Estos permiten establecer acciones o efectos de acciones esperables. También tienen la función de dar apoyo a decisiones o expectativas porque al tener un propósito determinado (establecer acciones o efectos de acciones esperables),

se desarrollan en un esquema de *si/entonces* donde una acción conforme al programa desencadena los efectos que la misma regla establece (Luhmann, 2012).

En un texto posterior al giro autopoiético, Luhmann (1983) enfoca este esquema de *si/entonces* a los programas condicionales que confieren la cualidad normativa (validez jurídica) a las operaciones, y afirma que la condición debe ser cognitivamente afirmada. Es decir, el derecho debe observar si efectivamente se cumplió con las condiciones que el mismo derecho ha establecido para atribuirle la consecuencia jurídica que, en este caso, se traduce en validez jurídica. El ejemplo que establece Luhmann es ilustrativo: el sistema jurídico ve (cognitivamente) si se cumple o no la condición del nacimiento para atribuirle (normativamente) personalidad jurídica.

Al analizar un contexto más abstracto, es decir, el de los valores, encontramos un grado de indeterminación alto que permite un consenso entre las personas, pero a su vez admiten contradicciones prácticas que no se dan a nivel de los programas (Luhmann, 2012). Estos no establecen relaciones concretas entre sí, sino que se pueden validar de manera abstracta y universal. Por esto, no existe una jerarquía de los valores en abstracto, sino que se deben concretar un poco más para saber cuál prevalece en un caso concreto. Para esto funcionan los programas, que justifican de una manera más eficiente una acción, puesto que se le asigna a esta una consecuencia concreta (Luhmann, 2012).

Según Luhmann (2012), al derecho le interesa estabilizar estructuras de expectativas a nivel de roles y programas, puesto que “las personas serían identificaciones demasiado concretas, mientras que los valores serían identificados demasiado abstractos” (p. 107). Empero, esto no implica que para el derecho sea irrelevante las personas o los valores, lo que implica es que este ya no está atado a una persona o a la justificación de un valor, de tal forma que los roles y los

programas pueden cambiar sin que las personas o los valores también lo hagan. Esta noción se entiende cuando se ve el programa de la prohibición del homicidio, si bien se imputa a una persona concreta (y, por lo tanto, es necesario que la persona exista), la norma está generalizada a nivel de programas, por lo que no importa quién comete el homicidio (como persona), para que se le aplique la consecuencia jurídica.

2.4. Derecho como Congruente Generalización

Como se ha visto, la expectativa tiene pretensión de continuidad a pesar de que se decepciona en algún momento, además, hay un consenso presunto de dichas expectativas asegurado por un tercero y, por último, se garantizan las síntesis de sentido, a pesar de diferencias *reales* entre las expectativas, por medio de la abstracción.

Estas formas de generalización temporal, social y material tienen una naturaleza heterogénea, por lo que no necesariamente llegan a resultados idénticos en el contenido de lo que han generalizado. De hecho, es normal que se generalicen expectativas distintas y contradictorias, lo que puede generar una obstrucción en uno u otro proceso de generalización. Esto crea un problema estructural en la sociedad, y el derecho, explica Luhmann (2012), “constituye su función social respecto de este problema” (p. 109). Por ejemplo, existen una serie de expectativas normativas que no son institucionalizadas o no pueden institucionalizarse como el hecho de que en la interacción social se mantenga cierta sinceridad en las palabras y no se hable mal a espaldas del otro. Por otra parte, pueden mantenerse expectativas cognitivas (no generalizadas temporalmente) que sean socialmente aceptadas y manejen un grado de abstracción concreto, como alguna teoría científica.

A pesar de sus contradicciones concretas frente al contenido de las expectativas, existen posibilidades de congruencia en la generalización, en el sentido en que un tipo de generalización

va a determinar lo que es posible en otro tipo. Ya se ha explicado que, por ejemplo, la abstracción es presupuesto para la generalización temporal, puesto que, permite encontrar similitudes entre dos eventos temporalmente diferentes, por lo que la expectativa puede aplicarse a distintos casos. Esto limita el tipo de expectativas que se van a generalizar temporal, social o materialmente. El derecho de un sistema social “son las expectativas normativas congruentemente generalizadas” (Luhmann, 2012, p. 114), concepción que se mantiene en el segundo Luhmann (1983).

Luhmann (2012) afirma, además, que el derecho sólo se refiere a expectativas normativas de comportamiento de otros, es decir, no se refieren a puntos de vista estéticos, ni a un análisis del comportamiento propio, ni tampoco a expectativas cognitivas. Esta concepción se justifica a partir de la diferenciación funcional, que maneja el primer Luhmann (2012) y que será explicada en la segunda parte, teniendo en cuenta que se mantiene a lo largo de su obra.

El derecho, según Luhmann (2012), provee canales congruentemente generalizados para poder esperar de manera más segura. Esta seguridad se refiere primero a la seguridad de las expectativas de expectativas y sólo secundariamente a la seguridad del cumplimiento de las mismas. En este sentido, la selección de las formas de generalización es la variable evolutiva del derecho. Por lo tanto, si vemos que esto cambia, es porque el derecho está evolucionando (Luhmann, 2012). Por ejemplo, la forma de manejar la decepción (el tipo de sanción, prisión, pena de muerte, escarnio público, etc.) indica el tipo de sociedad.

En conclusión, se puede ver cómo todos los conceptos del punto de partida convergen en el desarrollo de la función del derecho. El sistema social necesita reducir complejidad, y para esto hace selecciones de expectativas por medio de generalizaciones. Sin embargo, no siempre los tres tipos de dimensión de sentido (temporal, material y social) generalizan las mismas

expectativas. Es aquí donde el derecho adquiere su función: se encarga de estabilizar aquellas que sí se han generalizado congruentemente, simplificando las posibilidades dentro de la sociedad frente a un futuro contingente. Es por esta razón que para el primer Luhmann, como ya se ha mencionado, el derecho es una estructura de la sociedad.

3. Transición de *Sociología del Derecho* a *El Derecho de la Sociedad*

3.1. Punto de Partida: Diferencia *Sistema-Entorno*

El punto de partida del Luhmann posterior al giro autopoiético, para describir al derecho como un sistema social, es la diferencia sistema-entorno (Corsi et al., 1996; Luhmann, 2002; Teubner, 2017; Vesting, 2018). Esta diferencia es fundamental para la teoría de sistemas, puesto que sin un entorno del cual diferenciarse, el sistema no podría existir. A su vez, el entorno nunca es *en sí*, sino que es todo lo demás fuera del sistema que lo observa (Corsi et al., 1996).

El entendimiento del sistema jurídico a partir de una diferencia es una aplicación, según Luhmann, de la teoría del matemático George Spencer Brown, quien afirma que la diferencia y la paradoja son el acto inicial de cualquier pensamiento (Vesting, 2018). La diferencia sistema-entorno es trazar una línea y volver “algo fundamentalmente indeterminado en algo determinado” (Vesting, 2018, p. 125).⁵ Esta representa denominar algo, y hace posible la atribución de operaciones a ese algo. La formación del sistema, en la lectura que Luhmann (1986) hace sobre Spencer Brown, “empieza trazando una distinción” (p. 343)

De esta manera, como el mismo Luhmann (1983) lo afirma, la teoría no inicia en la subjetividad de la conciencia humana para pasar al sistema social, como si lo hacía en *Sociología del Derecho*, sino que, a partir de esta diferencia, se desarrollan conceptos como autoproducción

⁵ Es interesante ver como esta misma afirmación está en el primer Luhmann (2012, p. 148) cuando se refiere a los sistemas sociales y la conversión de una complejidad indeterminada en una determinada, a pesar de que no habla de Spencer Brown ni es su punto de partida para desarrollar el concepto de derecho.

y observación (entendida como autoobservación y heteroobservación). En consecuencia, no hay un tránsito en ningún momento del ser humano al sistema, sino que el punto de partida es el sistema mismo, y más aún, la diferencia fundamental entre sistema y entorno.

El hecho de que el autor no parta del ser humano para construir las características del sistema social es consecuencia de otra concepción precisa del segundo Luhmann (1983): los sistemas sociales están compuestos de comunicación, y solo de comunicación. La comunicación es, en consecuencia, la operación básica del sistema (Luhmann, 2002; Teubner, 2017), entendida como síntesis de información (acto de comunicar y comprender) (Luhmann, 1983; Vesting, 2018). Los seres humanos, como sistemas psíquicos, harían parte del entorno del sistema. Siguiendo esta idea, en vez de hablar de *seres humanos*, solo se habla de *persona* como centro de atribución de comunicaciones, es decir, hay un enfoque en el aspecto relacional y social de este como participante de expectativas (destinatario y fuente de ellas) (Luhmann, 2014; Teubner, 2017).

El primer Luhmann (2012), en contraste, no habla de comunicación sino de “acciones significativamente interrelacionadas” (p. 149), así que, si bien es consciente de que la sociedad como sistema no está constituido de seres humanos, tampoco tiene la claridad conceptual de su segunda etapa, donde la comunicación es el elemento básico de todos los sistemas sociales.

Lo anterior de ninguna manera significa (ni para el primer, ni para el segundo Luhmann) que la sociedad pueda existir sin personas, puesto que el sistema, al operar, debe diferenciarse constantemente de su entorno, es decir, debe presuponerlo. Tampoco implica que Luhmann renuncie al concepto de acción, de hecho, este resulta compatible con su teoría cuando afirma que para que la comunicación pueda observarse, debe adoptar una forma calculable y con complejidad reducida. Esta forma se traduce en el concepto de acción. De esta manera, el sistema

puede atribuir la comunicación observada y, por lo tanto, puede utilizarla para la reproducción de operaciones posteriores (Fuchs, n.d.; Teubner, 2017).

Dentro de la teoría de sistemas, el entorno siempre presenta más posibilidades de las que se pueden realizar, es decir, se muestra como altamente complejo. Esto obliga al sistema a seleccionar entre dichas posibilidades (Corsi et al., 1996), reduciendo complejidad. De esta manera, este fija sus límites de lo posible en su interior (Corsi et al., 1996), generando así una complejidad organizada. En consecuencia, siempre el entorno es más complejo que el sistema (Corsi et al., 1996).

Por esta razón, el sistema no puede prescindir de las expectativas de su entorno, pero debe hacer una selección más limitada a través de expectativas normativas, cuyo compromiso solo se extiende a comportamientos dentro del sistema. Es decir, el sistema genera su propio entorno con las posibilidades seleccionadas para poder observarlo. Además, el sistema debe hacer una selección aún más limitada y clasificar algunas operaciones como comportamiento conforme y otras como comportamiento desviado. Esto hace que se tenga preferencia por un comportamiento conforme y por lo tanto reduce la complejidad de manera más exacta.

La anterior concepción está presente en el primer Luhmann (2012), sin embargo, él no utiliza las herramientas conceptuales que desarrolla gracias a la autopoiesis y la autorreferencialidad, simplemente afirma que el sistema no se puede desprender de las expectativas de su entorno, pero debe hacer una selección más limitada a través de las expectativas normativas. La diferencia sistema-entorno, por lo tanto, está presente en el primer Luhmann (2012) como una noción, pero no es su punto de partida para el desarrollo conceptual del derecho. El primer Luhmann (2012) enfoca siempre la formación del derecho al problema de

reducción de complejidad y al manejo de la contingencia, como ya se ha descrito en la primera parte de la tesis.

El primer Luhmann (2012), por lo tanto, es compatible con el segundo cuando afirma que los sistemas sociales deben reducir complejidad (es decir, seleccionar posibilidades, estructurar expectativas y generalizarlas) para poder anticipar comportamientos futuros y que el sistema social debe diferenciarse de un entorno mucho más complejo que él, algo que para el segundo Luhmann ya es el punto de partida de su teoría.

La transición en este punto específico se ve en una mayor claridad conceptual frente a su primera etapa, teniendo en cuenta que este punto de partida conlleva a conceptos más precisos en la teoría de los sistemas autorreferenciales, que se expondrá a lo largo de esta parte de la tesis.

3.2. De Estructuras a Operaciones

La transición expresada por Luhmann (2002), en *El Derecho de la Sociedad*, está referida al cambio de una perspectiva basada en estructuras a una basada en operaciones. Esta variación se explica al introducir en la teoría de sistemas los conceptos de autorreferencia y autopoiesis, no presentes en *Sociología del Derecho*, como el mismo Luhmann (2012) reconoce. El derecho, en esta etapa, es tratado como un subsistema autorreferencial y autopoietico de la sociedad (Luhmann, 2002).

El análisis de Luhmann ya no se centrará en la estabilidad de las estructuras, sino en la continuidad de la autopoiesis frente al entorno (Corsi et al., 1996; Vesting, 2018). Esta transición es necesaria para reconocer cómo funciona el sistema jurídico. Si bien las estructuras, como enlazamientos altamente selectivos, son necesarias para realizar las operaciones, al estudiar el sistema de manera operativa, se puede ver claramente su unidad.

Las operaciones se reproducen al interior del sistema a partir de operaciones anteriores, gracias a la clausura autopoietica. Simultáneamente, el sistema va atribuyéndose algunas de las operaciones mientras otras las atribuye a su entorno de manera autorreferencial (Luhmann, 2002). De esta forma, no hay ninguna determinación estructural hecha desde fuera (Luhmann, 2002).

Para operar, el sistema necesita distinguir entre operación y observación, puesto que sin esta distinción, no sería posible hablar de operaciones (porque no serían observadas) y, por lo tanto, no podrían ser atribuidas ni a sí mismo, ni al entorno (Corsi et al., 1996). La observación implica simultáneamente distinguir y señalar, teniendo en cuenta que cualquier indicación que se quiera hacer, exige que se distinga de algo más (Corsi et al., 1996; Fuchs, n.d.). Por ejemplo, el hecho de observar al sistema implica señalarlo y, a su vez, distinguirlo del sistema, como se ha explicado. Sin embargo, la observación es a su vez una operación del sistema, por lo que necesita ser observada para poder ser atribuida. Esta observación de observadores, la llama Luhmann *observación de segundo grado* (Teubner, 2017; Vesting, 2018)

Por lo tanto, si se quiere ver como el cambio en el punto de partida y en el enfoque del segundo Luhmann se manifiesta en un giro en la teoría, se debe explicar, en primer lugar, qué se entiende por autorreferencia (y autoobservación) y, en segundo lugar, qué se entiende por clausura operativa o autopoietica, y qué conceptos fundamentales para la teoría se desarrollan a partir de estos, que no están presentes en el primer Luhmann.

Por otra parte, se expondrá que, a pesar de que en la primera etapa del autor faltan estos conceptos (autorreferencialidad y clausura autopoietica) que en la segunda etapa se presuponen para desarrollos teóricos como, por ejemplo, el código binario y la heterarquía, ya en el primer Luhmann existen nociones asimilables a éstas que generan puentes entre las dos etapas y que

están basadas en sus primeras herramientas teóricas como son la diferencia entre expectativas cognitivas y normativas, la necesidad de reducir complejidad para manejar la doble contingencia y la visión del derecho como estructura de la sociedad.

3.3. Autorreferencia y Heterorreferencia

Este cambio de enfoque hacia las estructuras permite vislumbrar un concepto importante en el segundo Luhmann (2002): la *autorreferencia*. Esta indica el hecho de que, en cada una de sus operaciones, el sistema se observa y se describe a sí mismo.

Gracias a la autorreferencia, el sistema logra diferenciar las operaciones autoatribuibles, y las que este atribuye a su entorno, es decir, simultáneamente genera una *heterorreferencia*. Esta distinción la realiza desde su interior (Corsi et al., 1996), entendido esto como la clausura autorreferencial, y permite que el sistema sea plenamente autónomo (Corsi et al., 1996), sin aislarse de su entorno de manera solipsista (Luhmann, 1983, 2002), puesto que, sin importar la ampliación de posibilidades que realice el entorno, el sistema siempre puede producir sus propias operaciones. De esta manera, el derecho se puede dejar irritar de su entorno, que incluye a los otros sistemas sociales (Ladeur, 1999). Sin embargo, de esto no se puede derivar que el entorno determine causalmente las operaciones del sistema (Corsi et al., 1996; Teubner, 2017) como si fuera un sistema que transforma un input siempre en el mismo output (Luhmann, 2002).

Esta falta de relación causal ya es intuida por el primer Luhmann (2012) cuando afirma que, en cuanto a la evolución del derecho, esta “ya no puede ser formulada de acuerdo al diseño de un proceso causal simple” (p. 150), sino que se debe buscar la respuesta en la diferencia entre sistema y entorno y en el “gradiente de complejidad” (p. 151) entre ellos. Si bien él no habla de autorreferencialidad, de acoplamientos estructurales (que se explicarán más adelante) ni de

irritaciones, es destacable el hecho de que tiene una noción, desde el comienzo, que relaciona al sistema y al entorno de una manera no-causal.

A su vez, con el concepto de autorreferencia, el segundo Luhmann se refiere a tres fenómenos distintos, aunque relacionados. En primer lugar, se habla de una autorreferencia basal, si lo que se refiere a sí mismo es un elemento que compone al sistema. El elemento se ve a sí mismo como tal, como algo que no se puede descomponer más, y solo es elemento en relación a un sistema (Corsi et al., 1996). La distinción entre relación y elemento es un presupuesto para esta autorreferencia. Un ejemplo de ello es cuando a una operación dentro del derecho se le transfiere la cualidad jurídica y, por lo tanto, se puede atribuir al sistema del derecho.

En segundo lugar, está la reflexividad, que se refiere a utilizar la autorreferencia a un proceso, es decir, aplicar el proceso del sistema a sí mismo, esto para reforzar las selecciones de expectativas previamente hechas. Un ejemplo de esto es cuando se aprende a aprender (Corsi et al., 1996). En concreto, el derecho funciona de manera reflexiva, en cuanto se establece jurídicamente (por medio de operaciones anteriores) cómo se produce nuevo derecho. Piénsese, por ejemplo, en la expectativa normativa expresada en el trámite legislativo.

Por último, está la reflexión, que es cuando el sistema se refiere a sí mismo y, para esto, es necesario que el sistema se diferencie de su entorno (Corsi et al., 1996). El ejemplo que ilustra esto es el hecho de que, con sus operaciones, el sistema del derecho se diferencia de otros sistemas como la economía y la política.

Los diferentes tipos de autorreferencialidad están relacionados con la unidad del sistema y de los elementos que lo componen, como se explicará más adelante.

La autorreferencia se implica mutuamente con la observación (Luhmann, 2002), teniendo en cuenta que el sistema solo puede atribuirse operaciones si las observa es decir, si las indica y

simultáneamente las distingue de algo más, como ya se ha explicado. De aquí se concluye que la autoobservación (observación de sí mismo) y la heteroobservación (observación del entorno) son lo que permite esta dicotomía de autorreferencia y heterorreferencia (Fuchs, n.d.).

3.4. Clausura Autopoiética y Apertura Cognitiva

Para producir sus propias operaciones, el sistema debe remitirse a operaciones pasadas, por lo que se reproduce a sí mismo, es decir, este constituye sus elementos a través de sus elementos ya constituidos (Luhmann, 1983, 2002; Teubner, 2017; Vesting, 2018). Esto es lo que Luhmann denomina *autopoiesis* (Corsi et al., 1996), concepto tomado de la biología, específicamente de la teoría de *Humberto Maturana* y *Francisco Varela* (Vesting, 2018).⁶

La autopoiesis no está atada a unos elementos y estructuras concretos para el sistema, sino que su utilidad radica en que aplica para toda clase de comunicaciones (Luhmann, 2002). En consecuencia, el sistema jurídico, según Luhmann, para cada operación, tiene que presuponer que se produce a sí mismo, y que esta forma de operar (remitiéndose a operaciones anteriores) nunca va a cambiar.⁷ Para el autor, un sistema es o no autopoiético, es decir, esta característica no admite grado alguno (Teubner, 2017).⁸

Por una parte, la autopoiesis permite entender por qué Luhmann (2002; Vesting 2018) afirma que los sistemas son *operativamente cerrados*. El sistema solo opera conforme a operaciones anteriores. Solo estas le dicen, para el caso del derecho, lo que es normativamente relevante. Estas operaciones son lo que le permiten determinar la validez normativa de

⁶ Se debe notar que ni Maturana ni Varela admiten la introducción del concepto de autopoiesis al funcionamiento de los sistemas sociales (Teubner, 2017).

⁷ Esta afirmación llevará a Vesting (2018) a manifestar que “la autopoiesis constituye el resto trascendental de la Teoría de Sistemas” (p. 277). Esto debido a que, frente a cualquier evolución del sistema, se presupone la autopoiesis. De hecho, la evolución se da autopoiéticamente.

⁸ No todos los teóricos de sistemas admiten esta característica. Por ejemplo, *Gunther Teubner* (2017) afirma que conceptos como autonomía y autopoiesis deberían ser entendidas como “cuestiones de grado” (p.48), es decir, que un sistema podría operar con una autopoiesis parcial.

operaciones posteriores. De esta forma, el sistema va construyendo sus límites de manera autónoma y dinámica.

Por otra parte, Luhmann (1986, 1990, 2002) afirma que los sistemas son, simultáneamente, *cognitivamente abiertos*, es decir, están atentos a los hechos, situaciones y eventos de su entorno. Este es un presupuesto para que pueda producirse la heterorreferencia, ya abordada. De hecho, el autor concluye que la apertura solo es viable sobre la base de la clausura (Luhmann, 1983, 2002). En el derecho, un ejemplo concreto de la relación entre apertura cognitiva y clausura operativa es cuando un caso concreto genera un cambio en la jurisprudencia, es decir, cuando una situación del entorno genera que el sistema aprenda (dejándose irritar) y pueda operar conforme a ese aprendizaje para situaciones futuras. De esta manera, el sistema introduce este evento del entorno a su propia operatividad, lo vuelve parte del sistema y lo utiliza para operaciones futuras, empero, sin perder su autonomía, puesto que ha sido el mismo derecho (a través, en este caso, de la jurisdicción) quién ha decidido introducir este cambio.

La autoobservación es fundamental para todo este proceso. El sistema jurídico sólo puede determinar qué eventos del entorno son o no relevantes para introducirlos al sistema, si el sistema previamente se ha observado y se ha conocido a sí mismo (Luhmann, 1983), es decir, si sabe lo que es *relevante jurídicamente*, algo solo determinable si se ven las operaciones anteriores del mismo sistema. Con este planteamiento, Luhmann conecta de manera indisoluble la autopoiesis con el binomio autoobservación-heteroobservación.

La anterior idea reafirma el hecho de que el sistema no está causalmente determinado por el entorno, pero tampoco está completamente aislado de este, algo ya explicado. Esta idea también permite ver la aplicación de la diferencia entre expectativas cognitivas y expectativas normativas en esta segunda fase de la teoría, puesto que, Luhmann (1983, 2012) explica, en estos

términos, que el sistema jurídico es “normativamente cerrado y cognitivamente abierto” (p. 139, p. 377).

La anterior concepción está presente también en *Sociología del Derecho*, empero, sin la remisión ni desarrollo de la autopoiesis como fundamento de la construcción de límites por el mismo sistema. El primer Luhmann (2012) simplemente afirma que el sistema cada vez se diferencia más del entorno, se auto-afirma, al tiempo que aprende de este y por lo tanto va modificando sus límites. Además, en la primera etapa, el autor refiere esta división entre expectativas cognitivas y expectativas normativas a la sociedad como sistema. Para el primer Luhmann, como se explicó en la primera parte, el derecho solamente se encarga de las expectativas normativas. En contraste, como se ha indicado, en el segundo Luhmann es el derecho (como subsistema de la sociedad) el que tiene que manejar esta distinción normativa/cognitiva para poder operar.

Asimismo, lo que Luhmann llama en *Sociología del Derecho* la actitud de no aprender frente a decepciones (tratamiento de expectativas como normativas), va a servir al sistema social, según el segundo Luhmann, para diferenciarse del entorno, es decir, va a servir para su autopoiesis. En contraste, lo que el primer Luhmann entendía cómo aprender frente a la decepción (expectativa cognitiva), va a permitir al sistema del derecho, en el segundo Luhmann, coordinarse con su entorno y dejarse irritar.

De esta manera, se puede ver un perfeccionamiento en el pensamiento del primer Luhmann al segundo Luhmann en lo relativo a las expectativas cognitivas y normativas con la clausura autopoietica y la apertura cognitiva. La teoría de sistemas autorreferenciales, en el caso de Luhmann, es una evolución frente al simple planteamiento de aprender o no aprender, que en su segunda etapa está claramente *despsicologizado*, teniendo en cuenta que, como ya se ha

indicado, el punto de partida deja de ser el ser humano y los sistemas sociales están compuestos únicamente de comunicaciones (Luhmann, 1983), por lo que el concepto de expectativa “no es un estado actual de la conciencia de un individuo determinado” (Luhmann, 2002, p. 182). En consecuencia, el mismo concepto de expectativa, desde el comienzo, es entendido de manera social y comunicativa.

3.4.1. Acoplamientos estructurales.

La clausura operativa genera la pregunta sobre cómo se relaciona concretamente un sistema social con otro, teniendo en cuenta que, como se ha expuesto, el sistema no se determina causalmente por medio de inputs del entorno.

El concepto de acoplamiento estructural indica la relación que el sistema tiene con los presupuestos del entorno para que pueda seguir operando autopoieticamente (Corsi et al., 1996). Al ser el punto de partida de la teoría del segundo Luhmann la diferencia sistema-entorno, el sistema no puede existir sin un entorno con el que se relacione y al que se adapte, empero, esto no le quita autonomía al operar.

Un ejemplo de este acoplamiento se ve en el hecho de que los sistemas sociales, al ser sistemas de comunicación, como ya se ha explicado, presuponen a los sistemas psíquicos o conciencias, es decir, estas son condición para que se produzca la comunicación. Sin embargo, esto no hace que las operaciones propias de los sistemas psíquicos (los pensamientos (Corsi et al., 1996)), hagan parte del sistema, simplemente que para que haya comunicación, deben presuponerse unas conciencias.

El sistema se relaciona con su entorno por medio de irritaciones. Estas son construcciones internas al sistema que se producen cuando se confrontan eventos con las estructuras del mismo (Corsi et al., 1996). No existen, por lo tanto, irritaciones dentro del entorno.

El acoplamiento estructural entre dos sistemas no borra los límites de cada uno, contruidos operativamente. Los sistemas acoplados no se *fusionan* (Corsi et al., 1996), sino que se acoplan conforme a un evento. Este evento es momentáneo, es decir, tiene una duración temporal nula (Corsi et al., 1996): apenas aparece, se desvanece.

De esta manera, un mismo evento puede considerarse una operación de dos sistemas distintos, sin que esto implique pérdida de autonomía (Corsi et al., 1996). Un ejemplo de esto lo da el mismo Luhmann (1990, 2002) cuando habla del acoplamiento estructural entre la economía y el derecho, que se manifiesta en las instituciones del contrato y la propiedad. Un contrato de compra-venta, por una parte, es una operación del sistema económico, en el sentido en que dicho sistema lo valora como una manifestación de *tener* conforme a su código binario (Corsi et al., 1996), y el evento de dar el precio pactado lo considera un pago (Corsi et al., 1996). Por otra parte, este contrato es una operación del sistema jurídico, en el sentido en que dicho sistema lo puede valorar como derecho o como no derecho (su propio código binario (Luhmann, 2002)), dependiendo de sus propios programas (algo que se explicará con más profundidad en el apartado de codificación), dándole o no validez jurídica al contrato.

Esta conceptualización que hace el segundo Luhmann, no presente en el primero (teniendo en cuenta que el problema de acoplamiento estructural solo se da si se ha conceptualizado la clausura operativa), permite entender mejor la relación entre el derecho, como sistema autónomo y autopoiético, y su entorno, que puede incluir otros sistemas, ya sean psíquicos o sociales. Este punto es relevante para entender la transición que el autor tiene frente a la relación derecho y fuerza física, que será analizada en el apartado correspondiente.

3.4.2. Unidad del sistema.

El concepto de autopoiesis también lleva a Luhmann (1983) a hablar de la *unidad* del sistema. El análisis que hace el autor debe entenderse de dos maneras, la primera, la unidad del sistema como un todo y, la segunda, la unidad de los elementos que constituyen al sistema (Luhmann, 1983, 2012). El primer análisis intenta explicar cómo el sistema jurídico se ve como algo más que la simple amalgama de sus partes, y logra diferenciarse de otros sistemas en su entorno, mientras que el segundo intenta determinar cómo es posible que un elemento concreto del sistema jurídico *pertenezca* al sistema.

Frente a la unidad del sistema como un todo, Luhmann (1986, 2002) afirma que la unidad no se presupone en ningún momento, sino que se forma a partir de la continuidad de sus operaciones. En consecuencia, la formación de unidad yace en la autopoiesis misma (Luhmann, 1983) y no en las estructuras concretas que el derecho forme en un momento determinado. Como ya se ha explicado, con la autopoiesis, el sistema constituye sus propios límites, no existentes en la complejidad del entorno (Luhmann, 1983).

La autopoiesis también explica la relación circular entre operaciones y estructuras. Las operaciones crean estructuras, y se orientan, a su vez, en estructuras anteriores que constantemente están confirmando (Luhmann, 2002; Teubner, 2017). De esta manera, la conceptualización de la autopoiesis le da un análisis histórico al sistema y explica por qué Luhmann (2002) afirma que sólo el derecho puede determinar lo que es derecho. Aquí se ve que a pesar del cambio de enfoque hacia las operaciones, expresada en una transición, todavía el segundo Luhmann sigue hablando de estructuras dentro del sistema social y cómo se relacionan con dichas operaciones. Sin embargo, si bien el primer Luhmann (2012) habla de las estructuras de la sociedad como sistema (el derecho es una de ellas), el segundo Luhmann (2002) habla de

las estructuras al interior del derecho, puesto que este ahora es tratado como un sistema social autorreferencial.

La unidad cobra importancia en la teoría de sistemas autorreferenciales, puesto que cada sistema social hace parte a su vez de la sociedad, como sistema de sistemas. Por lo que si, como plantea Luhmann (1983), la unidad es una cualidad no transferible por parte de los sistemas, se debe explicar cómo es posible que cada sistema se constituya como unitario. De esta manera, esta validez *del sistema* (Jestaedt, 2017) es posible gracias a la reflexión, que como ya se ha visto, es un tipo de autorreferencia (Corsi et al., 1996).

Frente a la unidad de los elementos que constituyen al sistema, el autor afirma que la misma constitución del sistema en elementos indisolubles (unitarios), depende únicamente del sistema, de su capacidad de asociar lo que produce (Luhmann, 1983). Es decir, el sistema decide hasta dónde va a descomponer sus elementos para dejarlos de forma unitaria.

El concepto de elemento unitario se relaciona estrechamente con la autoobservación y la autopoiesis, puesto que, la determinación que hace el mismo sistema de constituirse a partir de las unidades que él mismo construye (que él mismo decide no descomponer más), solo es posible si se entiende que el sistema se observa y se describe a sí mismo, y produce sus operaciones a partir de operaciones anteriores.

Además, es la autopoiesis la que permite al sistema constituir la unidad de sus elementos, puesto que, al tener que remitirse a operaciones anteriores, esta forma de funcionar transfiere la cualidad *jurídica* a cada elemento que introduzca (Teubner, 2017). Le da, en términos más simples, la validez normativa a elementos nuevos (Luhmann, 1983). En consecuencia, esta validez *en el sistema* (Jestaedt, 2017), solo es posible bajo la forma de autorreferencia basal (Corsi et al., 1996), ya expuesta.

La unidad tanto del sistema jurídico, como de las operaciones jurídicas, en consecuencia, sólo es posible partiendo de una visión autopoietica y autorreferencial del derecho, algo precisado conceptualmente únicamente por el segundo Luhmann.

3.4.3. Heterarquía como forma de organización.

El concepto luhmanniano de unidad del sistema jurídico critica posiciones como la de Hans Kelsen, en donde la unidad se da a partir de una norma fundamental, que le da una estructura jerárquica al derecho (Vesting, 2018). Luhmann (2002) afirma que esta jerarquía es una descripción que hace el sistema de sí mismo para explicar sus operaciones, en vez de la forma en cómo se organiza, ya que “la cualidad normativa de cada elemento se debe a la cualidad normativa de los demás elementos” (Luhmann, 1983, p. 140), como ya se ha explicado.

La autopoiesis, en consecuencia, es un proceso que hace el sistema para vincular una operación anterior con una posterior y genera una relación de redes entre operaciones, algo que Luhmann (2002; Ladeur, 1999) llama *heterarquía*. Frente a esta falta de jerarquía, el autor llega a afirmar una “estricta asimetría entre la ley y las decisiones judiciales” (Luhmann, 1983, p. 140).

Para entender esta noción, Luhmann (1999) parte de la diferencia entre jurisdicción y legislación. Esta diferenciación se va dando a través de la historia moderna y cobra importancia cuando se analizan las relaciones entre el sistema jurídico y la política, y el sistema jurídico y la economía.

Por una parte, el autor afirma que el acoplamiento estructural entre el derecho y la política se manifiesta en las constituciones (Luhmann, 1999), donde se establece que el juez está sometido a la ley, y reparte las competencias entre el legislador y la jurisdicción. En este sentido, dice Luhmann, se establece una regla general que implica que en caso de contradicción entre la

decisión del legislador y la de un juez, prevalece la primera. Sin embargo, el mismo autor afirma que esto no es más que una jerarquía autodescriptiva, puesto que, quien debe decidir si existe o no conflicto entre ambas decisiones y corregirlo, es la misma jurisdicción (Luhmann, 1999).

También Luhmann (1999) destaca la evolución que ha tenido el rol del juez en la aplicación del derecho, que ha pasado de ser “la bouche qui prononce les paroles de la loi” (Montesquieu, 1777, p. 327), a ser una figura que debe interpretar activamente el derecho y que incluso tiene poder para transformarlo en áreas donde el legislador es inactivo. Es a este cambio de pensamiento al que Luhmann (1999) le atribuye la posibilidad al sistema jurídico de desarrollar la prohibición de denegar justicia a cargo de los jueces.

A partir de estas reglas, es interesante ver cómo se manifiesta la heterarquía en la práctica. En un problema de casación por violación de la ley sustancial, quién decide es una corte de casación, es decir, en la decisión de casar o no casar, un juez (o tribunal, o corte) analiza si efectivamente existe esa contradicción entre la ley y la decisión proferida por un juez inferior, interpretando la ley.

Por otra parte, el acoplamiento estructural entre la economía y el derecho, que se manifiesta principalmente en el contrato y la propiedad, para Luhmann (1999), se convierte en una libertad contractual, que debe ser protegida, en la mayoría de casos, por la misma jurisdicción. De esta manera, tampoco se puede ver una jerarquía estricta entre la jurisdicción y los particulares que ejercen su autonomía privada, puesto que esta, en la mayoría de casos, debe ser salvaguardada e interpretada por los jueces.

Con estos aportes críticos a la jerarquía y a las relaciones con otros sistemas, Luhmann (1999, 2002) propone cambiar el enfoque hacia uno heterárquico, es decir, uno que se base en la diferencia centro-periferia.

Para determinar el centro y la periferia del sistema jurídico, Luhmann analiza el hecho de que sólo los tribunales están obligados a tomar una decisión dentro del sistema, algo que no sucede con el legislador o el particular que ejerce su autonomía privada. Si bien él acepta que a veces, tanto los particulares como la legislación tienen que decidir jurídicamente, estos pueden basar sus decisiones en influencias de otros sistemas como el político, el económico o el familiar. Piénsese, por ejemplo, en el legislador que propone un cambio de moneda de curso legal forzoso frente a una crisis económica generalizada, o un particular que decide contratar un seguro de vida cuyos beneficiarios sean los miembros de su familia.

Por lo anterior, Luhmann (1999) concluye que el centro del derecho es la jurisdicción, y la legislación y los particulares son la periferia. El autor aclara que esta distinción entre los tribunales como centro, y los otros operadores como periferia, no implica jerarquía, o más importancia del centro que de la periferia. Su punto de partida epistemológico, como se ha demostrado en varias partes de esta segunda parte, consiste en trazar una diferencia, que para la heterarquía se manifiesta en el hecho de que el centro no podría existir sin la periferia y viceversa (Luhmann, 1999).

Este punto de partida de la diferencia permite independizar los dos lados de la distinción al interior del sistema, es decir, permite constituir al centro como organizado jerárquicamente, sin que la legislación tenga que serlo.

Luhmann (1999) explica, además, que esta prohibición de denegar justicia es lo que genera libertad de creación del derecho en el juez, a pesar de ser una coerción, es decir, genera una paradoja. Esto se entiende si se tiene en cuenta que la sociedad actual acepta que el legislador no puede prever todos los casos por medio de programas, pero se tiene una pretensión

de plenitud: no puede haber lagunas, por lo tanto, el juez debe construir respuestas y crear derecho en algunos casos.

Es por lo anterior que esta prohibición de denegar justicia, dice Luhmann (1999), garantiza la apertura del sistema a su entorno, por medio de la clausura. El juez debe fallar así no exista un programa concreto para resolverlo, por lo que debe abrirse al entorno y crear derecho nuevo. Sin embargo, debe hacerlo fundamentado en lo que ya es derecho dentro del sistema, es decir, debe mantener la clausura operativa.

Con este punto se puede ver cómo el derecho cambia con el tiempo y se adapta al entorno, a pesar de encargarse de mantener contrafácticamente las expectativas normativas. La noción está ya presente en el primer Luhmann, si bien no está desarrollada con precisión, porque no se utilizan los conceptos de clausura operativa y apertura cognitiva. En *Sociología del Derecho*, el autor afirma que la expectativa normativa “no puede ser definida totalmente por su falta de voluntad para aprender” (Luhmann, 2012, p. 63) y plantea los ejemplos del cambio de legislación y la creación judicial de derecho.

3.5. Autonomía del Derecho

La autonomía del derecho y su diferenciación de otros sistemas sociales, sostiene Luhmann (2002; Vesting , 2018), se da a partir de la especificación de su función y del desarrollo de un código binario característico de dicho sistema. Se debe ver, entonces, cómo se manifiesta la transición de Luhmann en estos dos puntos.

En primer lugar, si bien el primer Luhmann tiene una noción de binariedad en su explicación sociológica del derecho, esta no es comparable con el extenso desarrollo que hace el autor en su segunda etapa, al atar este concepto al funcionamiento autopoietico del sistema.

En segundo lugar, frente a la función del derecho, la noción del autor permanece invariable. El derecho tiene la función de estabilizar expectativas contrafácticamente. Esto se entiende si se tiene en cuenta que tanto el primer como el segundo Luhmann tienen la noción de la sociedad funcionalmente diferenciada completamente desarrollada. El segundo Luhmann, como se explicará, solo atará dicho desarrollo teórico con su conceptualización epistemológica de los sistemas autopoieticos.

3.5.1. Código binario.

A partir de la unidad, y debido a la autopoiesis, Luhmann (1983) explica que el sistema puede controlar su propia negación con cada operación. Esto significa que este debe incorporar la diferencia del código si/no para poder operar. Lo anterior aplica para todos los sistemas sociales, y se deriva a su vez del código del lenguaje, que permite relacionar una enunciación positiva, con su opuesta (Corsi et al., 1996), verbigracia, el enunciado “tengo dinero” se niega por medio del enunciado “no tengo dinero”.

Los esquemas binarios excluyen una tercera opción, lo que representa una gran reducción de complejidad en la valoración de operaciones, puesto que, al aplicarse la regla del tercero excluido, se pasa fácilmente de una valoración a su opuesto (Luhmann, 1990, 1986; Corsi et al., 1996). Esta consideración es también un desarrollo del punto de partida de Luhmann post giro autopoietico y que parte del enfoque epistemológico de trazar una diferencia, teniendo en cuenta que lo que plantea el esquema binario es una distinción dentro del mismo sistema, que le permite seguirse perpetuando.

Si bien esto es una ventaja considerable, presenta problemas de paradoja, en el sentido en que no se puede aplicar el código binario a sí mismo, sin entrar en contradicción. Por ejemplo, en el sistema de la ciencia, cuyo código es *verdadero/falso*, aplicar este código a esa distinción, es

decir, tratar de ver si la distinción es o no verdadera, llevaría a una paradoja (Corsi et al., 1996; Luhmann, 2002; Teubner, 2017; Vesting 2018). Esto lleva a la conclusión, investigada a fondo durante el siglo XX, de que un sistema autónomo no puede fundamentarse a sí mismo sin contradecirse (Vesting, 2018).

Concretamente, afirma Luhmann (1986, 2002), el sistema del derecho utiliza el código binario de derecho/no derecho. Este código puede ser universalmente aplicado por parte del sistema, sin importar el contenido concreto de cada comunicación. El código, a su vez, le permite al sistema jurídico determinar cuáles operaciones pertenecen a su propia reproducción y cuáles no (Corsi et al., 1996; Luhmann, 2002). De esta forma, si la operación es valorada como *derecho*, el sistema lo interpretará como una compatibilidad. En contraste, si la operación es valorada como *no derecho*, llevará al sistema a la reflexión sobre operaciones anteriores (Corsi et al., 1996), en razón de su incompatibilidad con estas. Es por esta razón que el código, junto con la autopoiesis, definen la unidad del sistema (Luhmann, 1983, 1986).

En consecuencia, esta valoración binaria sólo es posible dentro del derecho (en el sentido en que no es posible hacerla en el entorno), siempre está referida a operaciones anteriores, y siempre refiere a la posibilidad de una valoración opuesta.

Luhmann (1986) aclara, por otra parte, que esta terminología binaria (*derecho/no derecho*) no tienen carga moral alguna, y se debe entender que es simplemente una herramienta que utiliza el derecho para diferenciarse aún más de su entorno, similar a como la ciencia utiliza el código *verdadero/falso*.

También aclara el autor que el código es asimétrico, en el sentido en que al sistema no le es indiferente si una acción es conforme o no al derecho (Luhmann, 1986). Esto se explica por la reacción, ya indicada, que tiene el sistema frente a su valoración. Es decir, al interpretar el

sistema el valor positivo como compatibilidad, se generan más posibilidades de conexión con operaciones futuras (Luhmann, 1986), que con la valoración negativa.

El sistema jurídico, afirma Luhmann (1986), al operar de manera autónoma, maneja su código de manera independiente de otros sistemas sociales funcionalmente diferenciados. Esto significa que el código, de por sí, rechaza como criterio de valoración a otros códigos, lo que permite mantener la autonomía de los sistemas. El ejemplo que establece Luhmann (1986) es claro: es irrelevante para la ciencia si un experimento está o no prohibido, puesto que lo que establece la ciencia es si dicho experimento demuestra la verdad o falsedad de una teoría, y viceversa: al derecho no le importa qué experimentos puedan llevar a la verdad, sino si estos están o no prohibidos.

Si bien el código derecho/no derecho ata las operaciones al sistema jurídico, Luhmann (1986, 2002) aclara que no todas las referencias que se den a dicho código constituyen operaciones dentro del sistema jurídico, por ejemplo, el hecho de que una persona del común se refiera a un caso concreto y dé su opinión sobre si se falló conforme a derecho o no.

Para diferenciar este tipo de referencias al código binario y las operaciones propias del sistema jurídico, Luhmann afirma que se debe manejar esta distinción como una observación de segundo orden u observación reflexiva. Es decir, no basta con valorar una operación como derecho o no derecho conforme a cualquier criterio (sea moral, religioso o político), sino que la valoración debe remitirse observar a otros observadores, en este caso profesionales, como tribunales y abogados, para ver qué tipo de valoración atribuyen ellos (Vesting, 2018).

Además, Luhmann (1986) explica que para que los sistemas sociales puedan operar utilizando su código, la sociedad debe estar en un estadio de evolución en donde pueda introducir la diferencia entre programación y codificación. Así, si bien el código permanece invariable (en

el sentido en que el derecho siempre operará bajo el binomio derecho/no derecho), no se puede decir lo mismo de los programas que guían y limitan las condiciones de dicha valoración binaria. Los programas actúan como reglas que imputan situaciones a uno u otro valor del código dentro del sistema. Estos programas sí pueden variar conforme a los conceptos ya explicados de heterarquía y apertura cognitiva, además permite compensar la rigidez del código binario, permitiendo introducir un tercer valor excluido y hacerlo compatible con el código (Corsi et al., 1996). Por ejemplo, si bien el derecho solo puede valorar sus operaciones como derecho o no derecho, el programa puede indicarle que es conforme a derecho tener en cuenta ciertos valores familiares, verbigracia, la protección prioritaria de un menor de edad en litigios de familia.

Es así como el código binario permite reducir complejidad y procesa más fácilmente toda la realidad a la que el sistema debe enfrentarse. El derecho sólo puede valorar sus operaciones de dos formas, dejando por fuera cualquier tercera posibilidad que pueda aumentar la complejidad de la valoración.

El código binario, afirma Luhmann (1990), también está relacionado estrechamente con la regla de la prohibición de rehusar justicia, ya explicada en lo relativo a la heterarquía. En todos los casos, el juez debe decidir si un evento concreto está o no conforme a derecho, y se excluye una tercera posibilidad, que sería la *no-decisión* sobre si está conforme o no a derecho. Solo de esta forma se logra de manera efectiva que el derecho como sistema pueda tener competencia funcional sobre todos los problemas esquematizados bajo su código binario. En contraste, como ya se ha expuesto, ni los particulares en ejercicio de su autonomía privada, ni el legislador, están obligados a decidir conforme al código binario, ellos siempre tienen una tercera opción: la no-decisión.

Para ilustrar el anterior punto, piénsese en la posibilidad que tiene el legislador de no regular comportamientos concretos que no considera relevantes o inconvenientes en términos políticos, o en el particular que decide no contratar con otro porque dicho contrato no satisface sus intereses económicos.

Este desarrollo extenso sobre el código binario no lo alcanza el primer Luhmann, a pesar de ser fundamental para entender la autonomía del derecho en la sociedad moderna del segundo Luhmann. El mismo Luhmann (1985) afirma que la autonomía del sistema no es nada más que operar de acuerdo a su propio código. De esta manera, se puede notar una transición importante en cómo concibe el autor al derecho como sistema social, puesto que el código le da al derecho una forma característica de procesar las operaciones y atarlas al sistema, diferenciándose y diferenciándolas de otros sistemas sociales que manejan otros códigos, y que atan otras operaciones. De esta manera, se puede ver como este código se relaciona con la concepción luhmanniana de la unidad del sistema jurídico, específicamente, en lo relativo a la unidad *en el sistema*.

El código binario, para el segundo Luhmann, está ligado intrínsecamente a la función del sistema social. Así, en un escenario hipotético en donde el derecho cambiara su código binario por el de la política (*gobierno/oposición*), su función se volvería completamente distinta a la que tiene actualmente: ya no se encargaría de estabilizar contrafácticamente las expectativas congruentemente generalizadas.

Empero, el no tener todo este desarrollo teórico sobre el código binario no obsta para que se destaque en el primer Luhmann una noción asimilable al mismo (Vesting, 2018). En *Sociología del Derecho*, el autor afirma que no solo la acción conforme a las expectativas hace parte del sistema, sino toda acción orientada a un orden normativo (Luhmann, 2012). En otras

palabras, el sistema incorpora la desviación como una posibilidad de comportamiento que él mismo valora como tal, es decir, como no conforme a las expectativas vigentes. De esta manera, se puede ver como Luhmann logra describir una diferencia que se da al interior del sistema que valora negativa y positivamente comportamientos, noción análoga al código binario, con los reparos que ya se han hecho.

Asimismo, se puede vislumbrar también una idea similar a lo que ya se ha expuesto como asimetría del código, es decir, el hecho de el sistema favorezca operaciones valoradas como derecho. El primer Luhmann (2012) afirma que el sistema tiene una “preferencia pre-estructurada por la conformidad” (p. 140) del comportamiento a las expectativas normativas, a pesar de que también concibe posible (al interior del sistema) la desviación.

La transición, en consecuencia, es notable. El segundo Luhmann logra desarrollar con precisión un concepto fundamental para su teoría, frente a la simple noción que maneja en su primera etapa. No obstante, a pesar del cambio en el punto de partida y su presupuesto epistemológico, existe cierta continuidad en este punto entre la primera y la segunda etapa.

3.5.2. Función del derecho.

La función del sistema jurídico, al ser uno de los aspectos de la autonomía del derecho en la teoría de sistemas de Luhmann (2002; Vesting 2018), aporta a su constitución como unidad dentro de la sociedad. En palabras del autor: “para una función determinada, el sistema jurídico es algo específico” (Luhmann, 2002, p. 214). Esto implica que, para entender la importancia de la función del derecho, se debe ver su contexto dentro de una sociedad funcionalmente diferenciada. Solo después de analizar esto, se puede estudiar cómo se especifica, frente a los demás sistemas sociales (y a la sociedad como sistema de sistemas), a partir de su función.

3.5.2.1. Sociedad funcionalmente diferenciada.

Para Luhmann, la sociedad funcionalmente diferenciada no ha existido siempre, de hecho, es el tercer estadio de la evolución social. Esta división por estadios no implica que todas las comunicaciones de una sociedad tengan la característica que la define, sino que dicha característica “salta a la vista cuando se observa la configuración total de la sociedad” (Kneer y Nassehi, 2000, p. 123). Un primer estadio es la sociedad diferenciada por segmentos. En esta, existen subsistemas similares como las tribus y las familias, que tienen una organización simple, y una división del trabajo elemental (Luhmann, 2014).

El segundo estadio se refiere a la sociedad diferenciada por estratos. En esta, ya se da una división social del trabajo más compleja, se distribuyen los roles de manera más marcada y esto le permite un trabajo más eficiente. Se organizan jerárquicamente los subsistemas de comunicación, y esto permite una clasificación y preestablecimiento general de todas las comunicaciones, dependiendo del estrato al que pertenezcan (Luhmann, 2014).

En la sociedad funcionalmente diferenciada, propia de la modernidad, se organiza la sociedad bajo el criterio de la función de las comunicaciones, en la solución de un problema social determinado (Luhmann, 2014). Esto genera que los diferentes ámbitos de la sociedad como el derecho, la política, la religión y la ciencia se vayan diferenciando entre sí, generando sistemas autónomos, como se han expuesto en este capítulo. Lo anterior deriva en la posibilidad de todas las personas de acceder a todos los “circuitos funcionales” (Luhmann, 1980, p. 30).

La diferenciación de la sociedad a partir de la función, dice Luhmann (1986), genera diferentes perspectivas en su interior, dependiendo de desde cuál sistema se parta, es decir, el derecho observa al resto de la sociedad (los demás sistemas sociales) como entorno, y los trata como tal. De esta manera, cada sistema procesa la información de manera distinta, y no se tiene

un sistema con una observación privilegiada, por lo que no es importante que haya una sola descripción correcta de la sociedad.

Lo anterior se explica si se tiene en cuenta que para cada sistema social que observe, tanto si se observa a sí mismo (autoobservación) como si observa su entorno (heteroobservación), va a estar condicionado por su misma posición de sistema, por sus operaciones anteriores y las estructuras que desarrolle, como ya se ha explicado. Además, su objeto de observación va a ser diferente para cada sistema. En el caso de la autoobservación, lo observado va a ser cada sistema que observa y, en el caso de la heteroobservación, el sistema observa todo lo demás que no es él.

Para ilustrar el anterior punto, comparemos el objeto de observación del derecho y la economía. El derecho se observa a sí mismo como derecho desde una perspectiva interna, y observa otros sistemas como la política, la economía y la ciencia, como entorno, siendo este un observador externo. En contraste, la economía se observa a sí mismo como observador interno, y observa a los otros sistemas (entre ellos, el derecho) como observador externo.

En consecuencia, la relevancia de la diferenciación funcional, entre otras, es entender e intentar explicar de qué manera cada sistema observa, procesa información y, en general, opera. Para esto, el concepto de código binario logra explicar cómo el sistema ata concretamente sus operaciones, y las valora bajo su propia regla.

La clausura autopoietica y el hecho de que el sistema construya sus propios límites de manera dinámica también complementan esta concepción de diferenciación funcional, puesto que explica cómo el sistema constantemente se está diferenciando de su entorno, y a su vez, está constituyendo unidad de sí mismo como sistema y de las operaciones que él mismo se atribuye autorreferencialmente.

Además, Luhmann (2002) afirma que los acoplamientos estructurales, ya explicados, cobran especial importancia en este tipo de sociedad, puesto que es en esta sociedad donde se hace patente el problema de separación entre los distintos sistemas sociales y se vuelve relevante la cuestión de su relación.

Si bien la conceptualización anterior parece indicar que la diferenciación funcional solo está presente en el segundo Luhmann (por el uso de conceptos como observación, código binario, unidad, autorreferencia y clausura operativa), en realidad el concepto es fundamental para sus dos etapas, de hecho la teoría del primer Luhmann (2012) ya está contextualizada en “análisis funcional en el marco de la teoría de sociedad” (Vesting, 2018, pp. 134-135), en donde describe al derecho como estructura de la sociedad. Incluso el primer Luhmann (2012) conecta esta diferenciación de manera estrecha con un concepto que mantiene a lo largo de toda su obra: la reflexividad. El autor afirma frente a este punto que la reflexividad “a causa de la diferenciación se hace necesaria, pero es la diferenciación la que la hace posible” (p. 234). Esto se entiende cuando se analiza que uno de los aspectos de la autonomía implica la no-injerencia de otros procesos que no hagan parte del mismo sistema, por lo que regular el establecimiento de normas permite que solo el derecho determine cómo se crea nuevo derecho (siguiendo el procedimiento que establece el mismo derecho), dejando a un lado otros procesos relacionados con la fe, la creencia, la verdad, el amor, entre otros.

El enfoque de la diferenciación funcional permite, en conclusión, enfocarse en la función que tiene el derecho a la sociedad, por lo que, como el mismo Luhmann (2002) lo afirma, se excluyen “las preguntas psicológicas y antropológicas” (p. 181) puesto que el problema será de cómo la sociedad observa al derecho y ve la función que este realiza para la primera. De esta forma, Luhmann (2002) afirma que, para evitar “la ambigüedad en la delimitación del derecho”

(p. 190), este “se encarga sólo de una función” (p. 189), algo que es claro con la conceptualización tanto del primer como del segundo Luhmann de que los sistemas constituyen sus propios límites auto-afirmándose en el primer Luhmann (2012), y operando autopoieticamente en el segundo Luhmann (2002), es decir, cumpliendo constantemente su función.

3.5.2.2. Estabilización contrafáctica de expectativas.

El segundo Luhmann (2002) afirma que “la función del derecho tiene que ver con las expectativas” (p. 182). Para entender esta aseveración, se debe, en primer lugar, comprender que la función no es ni una idea regulativa ni un fin, puesto que, si así fuera, “debería ser realizable en el tiempo y el derecho, por lo tanto, debería finalizar” (Luhmann, 1983, p. 147). De esta forma, lo que Luhmann (2002) está afirmando es que, al menos en la sociedad funcionalmente diferenciada, el derecho existe como un subsistema social que debe afirmar constantemente su unidad cumpliendo su función operativamente cerrado. Esta afirmación, por lo tanto, es una especificidad de una noción más general que desarrolla el segundo Luhmann (1983; Vesting 2018), que consiste en que es el mismo sistema el que genera estructuras para cumplir su función, que a su vez le permiten perpetuar su existencia, diferenciándose constantemente de su entorno. En consecuencia, si la función fuera entendida como fin, cuando el derecho la cumpliera, en vez de estar operando para perpetuar su existencia, estaría operando para su propia destrucción, algo contradictorio dentro de la teoría.

En segundo lugar, se debe entender que el concepto de expectativa, como ya se indicó en la primera parte, se mantiene a lo largo de la evolución teórica de Luhmann y no implica un estado de conciencia de un individuo determinado, sino que es despsicologizada para poder estudiar a los sistemas sociales independientemente de los sistemas psíquicos y sus operaciones (Vesting,

2018), puesto que la expectativa se entiende como “el aspecto temporal del sentido en la comunicación” (Luhmann, 2002, p. 182), es decir, la expectativa es una forma de comunicación generalizada temporalmente. Luhmann retoma, entonces, su concepto de expectativa normativa, como la que se rehúsa a aprender e intenta anticiparse al futuro.

Con esto, Luhmann (1983) resalta el aspecto temporal, e incluso afirma que, en cuanto a la función del derecho, “hay una cierta predominancia de problemas temporales” (p. 148) y que esta dimensión temporal es “la base para la función del derecho” (2002, p. 182), en contraste con las otras dimensiones de sentido (material y social), que, de todas maneras, son relevantes.

La razón por la que el derecho tiene esta preponderancia se demuestra en la definición que el autor da de la función del derecho: “estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetual [material] y social” (Luhmann, 2002, p. 188). Esto significa que el derecho opera sólo con las expectativas normativas (generalización temporal) y que esta se estabiliza por medio de las demás generalizaciones. En otras palabras, el énfasis del derecho se da en la fijación de un futuro, que sigue siendo contingente, pero que la sociedad altamente compleja requiere hacer estable (Vesting, 2018). Como se expuso en la primera parte, esta función del derecho y el desarrollo de cada una de las formas de generalización (temporal, material y social) también están presente en el primer Luhmann.

El derecho, de esta manera, al operar con expectativas normativas, intenta, a nivel de esas expectativas, proporcionar una red de vínculos temporales. Esto permite que la sociedad siga operando bajo un futuro contingente (todo es posible), aunque simultáneamente estable. Para entender esta concepción, piénsese en la norma que prohíbe el homicidio. Esta intenta fijar el futuro de la sociedad, en el sentido en que reduce complejidad (selecciona posibilidades) y favorece un futuro en donde no se cometen homicidios. Sin embargo, no implica esto que la

sociedad no pueda evolucionar, puesto que las expectativas inherentemente llevan la posibilidad de su decepción, como ya se ha explicado y, en consecuencia, aún se pueden cometer homicidios. El mismo Luhmann (2002) lo afirma claramente: “El derecho discrimina, decide a favor de uno y en contra de otro, y esto en el marco de un tiempo futuro que no puede ser previsto” (p. 186).

La prevalencia de la dimensión temporal genera nuevos problemas. Según Luhmann (2002), cada decepción de la expectativa genera una posibilidad de cuestionar el consenso presunto que se ha dado y, por lo tanto, cuestiona el hecho de que la expectativa deba mantenerse a pesar de la decepción. La dimensión material entra a estabilizar estas tensiones por medio de programas concretos para mantener una compatibilidad entre las otras dos dimensiones.

Para ilustrar el anterior concepto, piénsese en la prohibición del aborto. Si bien el derecho tiene la función de mantener esta expectativa a pesar de su decepción, cada vez que se defrauda, existe la posibilidad de cuestionar el consenso frente a dicha prohibición (puesto que alguien la ha defraudado y lógicamente, muestra su disenso). Sin embargo, la dimensión material de la expectativa (el programa que prohíbe el aborto) permite aliviar la tensión variando su programa, por ejemplo, y permitiéndolo en casos determinados. Es así cómo se logra la congruente generalización que se mantiene a lo largo de toda la obra de Luhmann. Lo anterior se explica si se tiene en cuenta que la generalización material, referida a la abstracción frente al contenido, se flexibiliza gracias a que no todas las posibilidades deben ser actualizadas a la vez, por lo que al no estar todas las posibilidades presentes, puede el sistema interpretar la misma síntesis de sentido (por ejemplo, la prohibición del aborto) con posibilidades levemente diferentes, sin necesariamente cuestionar la normatividad o la institucionalización de dicha síntesis.

Esto explica por qué Luhmann (2002) afirma que el derecho no puede estar determinado por contenidos concretos, es decir, por qué no puede tener programas prefijados. Si el derecho dependiera de contenidos concretos o programas prefijados, la generalización material no podría tener la flexibilidad que requiere para que el derecho mantenga su congruente generalización. De esta manera, Luhmann critica las posturas de corte iusnaturalista, es decir, las que quieren fundamentar el derecho por medio de contenidos determinados (Kelsen, 2009).

Asimismo, el segundo Luhmann (2002) afirma que “como sistema autopoietico, clausurado en su operación, el derecho se ve estimulado a garantizar su función” (p. 200). Lo anterior se explica cuando se recuerda la diferencia sistema-entorno que el mismo sistema traza para poder operar (Corsi et al., 1996), que implica que el sistema crea sus propias estructuras y distinciones para llevar a cabo su función y asegurar su continuidad (su existencia como constante diferenciación). Así, el derecho debe cumplir con su función si no quiere *desdiferenciarse*, en el sentido de hacer sus límites difusos frente al entorno (y otros sistemas sociales), realizando funciones que no le son propias. En este punto es donde se ve la relación estrecha entre clausura autopoietica y la sociedad funcionalmente diferenciada.

Es importante ver como Luhmann, por medio de su teoría, llega a dos conclusiones similares a las de la teoría jurídica dominante, sobre todo la de corte analítico, que no maneja conceptos propios de la teoría de sistemas. La primera, que no todas las normas (o expectativas normativas) son seleccionadas por el derecho para ser estabilizadas. La segunda, que es el sistema el que confiere la calidad jurídica a una norma, y no al revés (que un conjunto de normas jurídicas es lo que hace que el sistema se vuelva jurídico).

La primera conclusión se da por la misma definición en la función del derecho. Si el derecho, como se ha dicho, tiene la función de estabilización de expectativas normativas

congruentemente generalizadas, el derecho solo se encarga de las que han sido generalizadas material, temporal y socialmente, con las dificultades que ya se han indicado en la primera parte. En consecuencia, hay normas que no hacen parte del derecho (Luhmann, 2002), como la moral, que se generaliza temporalmente, aunque posiblemente no materialmente ni socialmente, algo que también sostiene la teoría jurídica analítica que estudia al derecho como sistema (Bobbio, 2016). Esta noción de que no todas las expectativas normativas se generalizan congruentemente, como ya se ha expuesto, está presente en el primer Luhmann (2012).

La segunda conclusión ya se ha sugerido cuando se explicó el segundo concepto de unidad en Luhmann, la llamada *validez en el derecho*, que se pregunta sobre cómo determinar que una norma tiene carácter jurídico. Se ha indicado que Luhmann (1983, 2002) afirma que la cualidad jurídica se la da el mismo sistema a las operaciones cuando, a partir de operaciones anteriores (autopoiéticamente (Corsi et al., 1996)), se atribuye a sí mismo una operación como derecho (autorreferencia basal(Corsi et al., 1996)), según el código binario. En pocas palabras, solo el derecho dice qué es derecho. En consecuencia, solo el derecho puede decir qué norma es jurídica. Esto también es sostenido por la teoría jurídica analítica que estudia al derecho como sistema, cuando afirma que solo con el estudio del ordenamiento jurídico (sistema jurídico), se puede entender la *juridicidad de la norma* (Bobbio, 2016).

3.5.2.3. Prestaciones del derecho.

Con esta función del derecho, Luhmann se aleja de concepciones que afirman que la función de la norma es motivar comportamientos concretos, como si fueran una orden dirigida a los destinatarios de dicha norma (Hobbes, 2001). Si así fuera, dice el autor, “allí entrarían demasiadas casualidades y equivalencias funcionales en juego” (Luhmann, 2002, p. 192). Piénsese, por ejemplo, en las motivaciones interiores que tiene cada persona para cumplir una u

otra norma: las circunstancias del momento, su moralidad, el miedo a la sanción, etc. Para que el derecho pudiera cumplir esa función a cabalidad, la *orden* requeriría una fuerza tal que ninguna otra influencia en contra del cumplimiento de la norma valiera. Es por esto que Luhmann afirma que su función es la estabilización de dichas normas, a pesar de las decepciones.

Luhmann (2002) también aclara que el derecho “no sólo arregla conflictos, sino también los produce” (p. 196), teniendo en cuenta que el sistema se limita a resolver los conflictos que él mismo selecciona (por medio de la congruente generalización). Es decir, si bien hay comunicación jurídica cada vez que alguien reivindica sus derechos y se da una controversia (Corsi et al., 1996), que tiene que ser resuelta bajo el código binario, con base en los programas vigentes (Luhmann, 1986), el derecho debe rechazar otro tipo de pretensiones no jurídicas que generan otros conflictos dentro de la sociedad, piénsese en los problemas económicos que genera condenar a alguien a prisión, los problemas familiares de ejecutar a un deudor, o más problemas jurídicos cuando una sentencia ordena el pago a alguien insolvente. En consecuencia, el derecho tampoco regula las relaciones sociales, en general.

Frente al anterior punto, el segundo Luhmann (2002), de hecho, afirma que el hecho de que el derecho tuviera dos funciones o que se encargara de encauzar comportamientos, no podría llegar a clausurarse operativamente. Si bien Luhmann no desarrolla esta idea, puede suponerse que la afirma porque si el derecho atara su función a motivar a las personas, estaría perdiendo su autonomía al operar, porque dependería constantemente de otros sistemas (psíquicos) para poder cumplir su función. No sería un simple acoplamiento estructural, sino un sometimiento de un sistema a otro. Esto apoya la idea de Luhmann de que, al estar concentrado en la dimensión temporal, y no en la social, el derecho no garantiza fines de control social (Corsi et al., 1996).

En conclusión, estas supuestas funciones que se le han atribuido al derecho (provocar comportamientos y resolver conflictos sociales), Luhmann (2002) las llama “prestaciones que proporciona el derecho a su entorno intrasocial” (p. 214), es decir, complementos que aporta el derecho a otros sistemas sociales, pero que no definen su unidad dentro de la sociedad, puesto que los otros sistemas tienen equivalentes funcionales.

En definitiva, la sociedad no tiene otra forma de estabilizar contrafácticamente expectativas congruentemente generalizadas, pero si tiene otras formas de provocar comportamientos o resolver conflictos sociales. Piénsese en la forma en que la moral o la religión lleva a la gente a no cometer delitos, o en cómo la familia resuelve disputas entre hermanos, para poner un ejemplo de cada prestación. El derecho, para estos casos, como lo afirma claramente Luhmann (2002), es “sólo una de muchas posibilidades” (p. 214).

En conclusión, se puede ver que la función del derecho se mantiene casi invariable a lo largo de la teoría de Luhmann (Vesting, 2018). Esto es entendible si se tiene en cuenta que la concepción y el desarrollo de la sociedad altamente diferenciada ya está presente en su primera etapa. Además, es el primer Luhmann quien define y especifica la generalización temporal, social y material, y cómo se puede lograr la congruente generalización.

3.5.2.4. *Función y código binario.*

Luhmann (2002) afirma, sin embargo, que “de la pura función no resulta que el derecho se clausure y se reproduzca como sistema autopoiético” (p. 221). Para esto, necesita conectar su noción de función con lo ya expuesto sobre el código binario (Vesting, 2018).

En primer lugar, el autor explica que el derecho, al estar funcionalmente proyectado hacia un futuro contingente, ata su código a una expectativa normativa (Luhmann, 1986), es decir, el sistema social espera que el derecho utilice su código binario. Esto implica que el código puede

valorar de manera anticipada una operación como derecho/no derecho, en el sentido en que observa las expectativas normativas que se tienen, y se pregunta si la operación la satisface o la decepciona. Es por esta razón que Luhmann (1986) sostiene que existe una conexión entre el código binario y la función de asegurar expectativas por adelantado. En otras palabras, los programas valoran por anticipado ciertas expectativas como derecho o como no derecho, por ejemplo, cumplir con los requisitos de un contrato o matar a una persona, respectivamente.

Además, cuando el autor afirma que quienes intenten “actuar en contra de las expectativas, se verían perjudicados de antemano” (Luhmann, 2002, p. 186), refiriéndose a la valoración anticipada que permite al derecho cumplir con su función, se da una clara alusión a la asimetría del código, que favorece las operaciones valoradas como derecho, porque como se ha visto, permiten más posibilidades de enlazamiento con operaciones futuras.

Asimismo, al haber una diferenciación funcional de la sociedad, el derecho se encarga universalmente de su función (Luhmann, 2002), es decir, opera con todo lo que tenga que ver con el mantenimiento contrafáctico de las expectativas congruentemente generalizadas y, para esto, valora todo lo que le llega como derecho o no derecho.

Son estos puntos los que visibilizan la conexión entre los dos aspectos explicados que permiten la constitución del derecho como sistema autónomo: la diferenciación funcional y el código binario que, al definir su unidad como un subsistema de la sociedad, le permite trazar una distinción con su entorno y operar autopoieticamente.

Es importante aclarar que, si bien el segundo Luhmann habla de autopoiesis y código binario para entender la función del derecho, por una parte, estas menciones parecen ser un complemento a una teoría de la función del derecho ya esclarecida, y un intento de integrar esta teoría de la función a la teoría general de los sistemas autopoieticos. Por otra parte, el primer

Luhmann (2012) ya maneja nociones que son asimilables a estos conceptos para la función del derecho, tanto lo relativo a la autopoiesis, como lo relativo al código binario (y su asimetría). Estos son el hecho de que el sistema se auto-afirma y constituye sus propios límites, y el hecho de que el derecho, a nivel interno, genera la diferencia entre comportamiento conforme y desviado, pero que este favorece el comportamiento conforme. De esta manera, en este punto se puede ver un puente entre las dos etapas.

3.6. Relación entre Derecho y *Fuerza Física*

Frente a la cuestión relativa a la relación entre derecho y *fuerza física*, en primer lugar, es necesario exponer los puntos en común entre las dos etapas del autor, específicamente, que no es función del derecho asegurar la ejecución de las expectativas, y el hecho de que la fuerza física no interesa en su dimensión *material*, sino sólo como un acto que comunica.

En segundo lugar, se mostrarán las diferencias y la evolución que ha sufrido esta relación, que se concreta en una mayor claridad conceptual gracias a los nuevos elementos teóricos que trae la clausura operativa y el acoplamiento estructural entre la política y el derecho.

3.6.1. Fuerza física como comunicación.

Tanto *Sociología del Derecho* como *El Derecho de la Sociedad* coinciden en que el objetivo del derecho no es provocar el cumplimiento de expectativas en las personas por medio de la imposición y ejecución, entendida como coacción (Luhmann, 2002, 2012), como ya ha sido explicado. Por una parte, el primer Luhmann afirma que el uso de la fuerza física no está para la realización de la expectativa (que igual podría causar en algunos individuos), sino para presentar y darle sustancia a dicha expectativa. La expectativa injuriada requiere un firme mantenimiento, que es esperado y por lo tanto, se hace casi obligatorio (Luhmann, 2012). Por otra parte, el

segundo Luhmann (2002) llega a afirmar que, si en esto consistiera la función del derecho, este sufriría constantemente la responsabilidad de su ineficiencia.

De todas maneras, Luhmann (2012) aclara que no se descarta que por medio de la fuerza física se puedan provocar comportamientos de las personas, sin embargo, esta provocación solo se da en algunas personas como un efecto secundario.

Otro punto en común entre las dos etapas del autor, frente al concepto de fuerza física, es que esta fuerza no se analiza desde un punto de vista físico, entendido como dolor que se inflige a una persona por haber decepcionado una expectativa, sino como símbolo del poder, entendido como un medio de comunicación generalizado simbólicamente (Corsi et al., 1996; Luhmann, 2012). Esto se explica en el segundo Luhmann cuando se entiende que los sistemas sociales están constituidos únicamente de comunicaciones, y que operan a partir de estas, generando nuevas comunicaciones (Corsi et al., 1996). Como se ha explicado, la comunicación, para Luhmann (1983), es entendida como síntesis de información, acto de comunicar y comprensión. De esta manera, para que la fuerza física pudiera ser integrada como elemento a un sistema social, tendría que tomarse el aspecto comunicativo de dicha fuerza.

3.6.2. ¿La fuerza física hace parte del derecho?

Sin embargo, si bien comparten estos aspectos, que son fundamentales para entender la relación entre la fuerza física y el derecho, Luhmann evoluciona en su pensamiento entre una y otra obra en cuanto a si la fuerza física hace o no parte del derecho como sistema social, gracias a conceptos como clausura autopoietica, apertura cognitiva y acoplamiento estructural, ya expuestos y característicos del Luhmann post giro autopoietico.

El segundo Luhmann (2002) afirma apodóticamente que la fuerza física no hace parte del derecho como sistema social, sino que hace parte del sistema de la política, puesto que este es el

que se encarga del ejercicio del poder. Esta concepción es complementada cuando afirma que la política “organiza la coerción de manera apropiada y la defiende políticamente” (Luhmann, 1986, pp. 375- 376).

De esta manera, no es inherente al derecho el uso de la fuerza física, sino que la política hace uso de esta, ejerciendo el poder, para imponer decisiones colectivas vinculantes. Sin embargo, el segundo Luhmann (2002) hace énfasis en que tanto la política como el derecho son sistemas sociales diferentes, pero que, en ocasiones, se dan acoplamientos estructurales en donde la expectativa normativa, protegida por medio del derecho, se ve asegurada políticamente.

Lo anterior no implica que todas las expectativas puedan satisfacerse por medio de la política, sino que el derecho debe orientarse también a compensaciones del no cumplimiento, como penas y sanciones pecuniarias. El segundo Luhmann (2002) afirma que incluso con estos sustitutivos, ni la política ni el derecho pueden asegurar, por ejemplo, que después de ejecutado el deudor, este tenga recursos para pagar la deuda. Por lo tanto, no puede asegurarse el cumplimiento efectivo de todas las expectativas, ni por parte del derecho, ni por medio de la fuerza física, por parte de la política.

Además, la política no puede ocuparse de todas las expectativas jurídicas, puesto que, en vez de generarse un acoplamiento estructural, la política empezaría a irrumpir en la función del derecho, y este, a pesar de que ya no tendría que preocuparse por la frustración de sus expectativas, al estar todas satisfechas, perdería su diferenciación funcional. Por consiguiente, la imposición de expectativas jurídicas debe dejarse a lo que sea estrictamente necesario.

Consecuentemente se puede deducir que para el segundo Luhmann, la fuerza física solo se relaciona con el derecho de manera excepcional. En primer lugar, porque la coacción es un medio de comunicación de otro sistema social: la política. En segundo lugar, porque incluso si

hay acoplamiento estructural del derecho y la política, y se imponen decisiones colectivas vinculantes, no todas las expectativas jurídicas pueden ser forzadas. Un ejemplo de esto serían las obligaciones naturales.

Incluso el segundo Luhmann (1986) habla de que los dos sistemas, la política y el derecho, procesan un mismo evento de manera distinta, esto basado, como ya se ha explicado, en el mismo concepto de acoplamiento estructural, en la clausura operativa de los sistemas y en el uso exclusivo de su propio código binario, que ata sus operaciones y les da unidad. Piénsese en todas las operaciones jurídicas que se producen de manera espontánea sin necesidad de la fuerza física, por ejemplo, los contratos que en la vida diaria se cumplen de manera voluntaria.

En *Sociología del Derecho* (Luhmann, 2012), a pesar de que el derecho ya se considera un sistema parte de la sociedad, la falta de conceptualización de la autopoiesis, que está estrechamente relacionada con el concepto de acoplamiento estructural (Corsi et al., 1996), hace que cuando hable de fuerza física, no se mencione relación alguna entre dos sistemas parte, específicamente, entre la política y el derecho. El primer Luhmann aún no tiene la idea de que la fuerza física sea un medio que utilice el sistema social de la política (que tampoco menciona) para ejercer el poder, cosa que sí hace el segundo Luhmann (1986), cuando afirma que “el derecho aparece como un instrumento de implementación para la política” (p. 374). Es decir, en el primer Luhmann, falta la noción de que la política observa que el derecho puede estar al servicio de sus intereses. Esto de ninguna manera, y a la luz de todo lo expuesto sobre el segundo Luhmann, puede ser entendido como un completo sometimiento del derecho a la política, puesto que el derecho, como se ha resaltado, es un sistema autónomo que, además, se relaciona con la política limitando y regulando su uso del poder.

El primer Luhmann (2012) afirma simplemente que la fuerza física da seguridad a la congruente generalización que el derecho ha creado. Es decir, es un medio que maneja la decepción y, al mismo tiempo demuestra el consenso presunto. En *Sociología del Derecho* (Luhmann, 2012), el autor comienza a exponer dos relaciones entre derecho y fuerza física: La fuerza como prueba del derecho, que se ha superado en la sociedad moderna y es reemplazada por la decisión judicial, y la certeza o confianza que tiene la sociedad en el derecho.

Por una parte, conforme evoluciona la sociedad, explica el primer Luhmann (2012), se empieza a distinguir la congruencia (validez del derecho) de la simbolización de la fuerza. La fuerza física no solo ayuda a ejecutar las normas legales vigentes, como se ha pensado, sino que también presenta la selección que el sistema ha hecho. La fuerza física está atada indefectiblemente al derecho, pero tiene rasgos ambivalentes, en el sentido en que puede servir para asegurar el orden existente o puede perturbarlo. En consecuencia, la fuerza resulta indiferente a las expectativas que quiere manifestar.

Lo anterior explica la necesidad de las sociedades de reducir la arbitrariedad en el uso de la fuerza física, porque cuando la fuerza es arbitraria, es muy difícil de diferenciarla de la transgresión misma al derecho.

El primer Luhmann (2012) destaca el logro evolutivo de la concentración política de la toma de decisión del uso de la fuerza en el *Estado*. Con el Estado, se da la presunción de diferenciación de los roles de decisión y ejecución para cada caso. Además, se cristalizan las expectativas llamadas derechos, en donde cada vez menos se utiliza el uso de la fuerza como medio de presentación del derecho.

Con la exposición sobre el estado, es esta la primera vez que el autor hace mención de la política en relación con la fuerza física. Sin embargo, Luhmann no vuelve a mencionarla para estos efectos.

Por otra parte, en cuanto a la segunda relación entre derecho y fuerza física, el primer Luhmann (2012) explica que la fuerza física puede servir para activar la confianza general en el derecho.

El *ordenamiento jurídico*, dice Luhmann (2012) en *Sociología del Derecho*, puede ser asegurado a un grado de abstracción alto, que permite ser inmune a contenidos variables o desconocidos. La congruencia descansa sobre la expectativa de que otros esperan que el derecho esté asegurado por la fuerza física. Es decir, la certeza de la expectativa de las expectativas descansa en la fuerza.

En esta exposición, no resulta claro si esto implica que la fuerza física no sea fundamental para mantener cada una de las expectativas jurídicas, más aún cuando afirma que las necesidades de la sociedad altamente diferenciada, a la que se adapta el derecho, no hacen que la fuerza sea innecesaria para este, y que “para que tenga efecto los efectos de la congruente generalización de las expectativas, se debe tener disponible el uso de la fuerza física” (Luhmann, 2012, p. 129). Es decir, la fuerza física mantiene una confianza general en el derecho, puesto que la certeza de la expectativa de expectativas descansa sobre la medida final de utilizarla.

Por último, es importante mencionar que Luhmann (2012) afirma que las largas cadenas de expectativas son esperables partiendo de la premisa que la fuerza física puede ser provocada⁹ “en todos los casos de expectativas decepcionadas legalmente aseguradas” (p. 129), sin importar su contenido, algo que va a cambiar en su obra posterior.

⁹ En la traducción que se utiliza en esta tesis aparece la palabra “relevada”, sin embargo, en el texto original de *Rechtssoziologie*, Luhmann (1987) habla de “auslösbar” (p. 114) que significa “provocable”, “producible” o “disparable” (auslösen, n.d.).

De esta manera, la exposición que hace el primer Luhmann de la relación entre el derecho y la fuerza física no es clara, especialmente al no definir de manera explícita si la fuerza física hace parte del derecho, de la política o de algún otro sistema social. Además, parece que la fuerza física debe estar disponible, no solo para mantener la confianza en el ordenamiento jurídico, sino también para activar la confianza de todas las expectativas jurídicas, algo que contradice su exposición en la segunda etapa de su teoría.

En contraste, el segundo Luhmann presenta una claridad conceptual destacable, ya diferenciando el derecho de la fuerza física, esta última perteneciente a otro sistema social, y que solo ocasionalmente (por medio de acoplamientos estructurales) se encuentran, para asegurar decisiones colectivas vinculantes. En conclusión, el punto de partida y el enfoque epistemológico, posterior al giro autopoietico, influye en gran medida en su visión del problema de la relación entre fuerza física y derecho.

4. Conclusión

Con este trabajo se ha intentado mostrar que, en vez de un *salto* en el pensamiento del primer Luhmann al segundo, existen líneas de continuidad y evolución en su teoría. En *Sociología del Derecho* ya se ve la intención del autor de hacer una teoría general de la sociedad y acepta que aún tiene problemas por la falta de conceptos teóricos que sean aplicables de manera generalizada, si bien reconoce que la clave reside en la teoría de sistemas.

En primer lugar, se percibe que el primer Luhmann desarrolla conceptos que mantendrá a lo largo de su teoría, a pesar de que algunos pierdan, en parte, su relevancia para la teoría al ser desplazados por otros conceptos del segundo Luhmann. Es este el caso de las estructuras de expectativas, el sentido, las formas de reaccionar temporalmente a las decepciones y las formas de generalización de dichas expectativas. Estos conceptos, fundamentales en la primera etapa del

autor, van a pasar a ser simples menciones o nociones que se manejan casi exclusivamente cuando Luhmann habla de la función del derecho.

En segundo lugar, se concluye que existen conceptos, presentes en el primer Luhmann, que todavía tienen gran relevancia para su teoría posterior al giro autopoietico, como lo son la contingencia, la complejidad, y la necesidad de reducirla seleccionando posibilidades frente al entorno que rodea al sistema social.

En tercer lugar, se observa que el cambio del punto de partida, con la introducción de conceptos como autopoiesis y autorreferencialidad, implica que Luhmann ya no necesita partir del ser humano para desarrollar una teoría sociológica del derecho. El nuevo punto de partida, la diferencia entre sistema y entorno, permite comprender una teoría que pretende abarcar a todos los subsistemas de la sociedad, y que, junto con esos nuevos conceptos, da lugar a desarrollos ulteriores sobre cómo debe comprenderse el derecho, cómo opera y cómo se diferencia constantemente de su entorno para preservar su existencia. Esto se refleja en un cambio de perspectiva que deja de concentrarse tanto en las estructuras de expectativas, y pasa a concentrarse en las operaciones del sistema.

En cuarto lugar, se nota cómo, a pesar del cambio de punto de partida, existen conceptos desarrollados por el segundo Luhmann que, si bien son aparentemente novedosos, puesto que presuponen la introducción de la autopoiesis a la teoría, en realidad ya estaban presentes en el primer Luhmann, no como conceptos acabados, sino como ideas y nociones frente a cómo funciona el derecho. Es este el caso del código binario (y su asimetría), la posición central de los tribunales en el sistema jurídico (que es solo una parte del concepto de heterarquía, desarrollado por el segundo Luhmann), la concepción de que los sistemas sociales solo están compuestos de

comunicaciones y hasta la misma diferencia sistema-entorno (que en el primer Luhmann no es su punto de partida).

En quinto lugar, es importante destacar que la función del derecho no varía entre el primer y el segundo Luhmann. Todos los conceptos que utiliza el autor en la primera etapa le permiten construir una teoría de la función coherente con los conceptos posteriores al giro autopoietico. De hecho, parece que el segundo Luhmann simplemente intenta integrar lo que ya había concebido en su teoría temprana con todo lo desarrollado a partir de los conceptos de autopoiesis y autorreferencialidad.

En sexto lugar, se puede vislumbrar que la relación entre el derecho y la fuerza física sufre un cambio considerable. De ser una relación difusa que permite asegurar las expectativas congruentemente generalizadas pasa a ser un instrumento de la política que, como sistema autónomo, solo se relaciona excepcionalmente con el sistema jurídico cuando necesita imponer decisiones vinculantes. Este cambio es, sin embargo, entendible, porque está estrechamente relacionado con el concepto de acoplamiento estructural, que sólo es posible de concebir gracias a la clausura autopoietica de los sistemas sociales.

En consecuencia, existen unas líneas de transición muy marcadas del primer al segundo Luhmann que permiten trazar puentes y demuestran una evolución en su pensamiento sobre cómo opera el sistema jurídico. Sin embargo, solo con el giro autopoietico y el cambio de punto de partida logra concretar y conceptualizar esas nociones tempranas. De esta manera, para entender al segundo Luhmann, este libro, a veces olvidado por los teóricos de sistemas posteriores, resulta de gran utilidad.

Referencias

- Auslösen. (n.d.). En *Diccionario en línea Pons*. Recuperado de <https://es.pons.com/traducci%C3%B3n/alem%C3%A1n-espa%C3%B1ol/ausl%C3%B6sen>
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del derecho*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Corsi, G., Esposito, E. y Baraldi, C. (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México D.F., México: Universidad Iberoamericana.
- De Páramo, J. (1984). *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Fuchs, P. (n.d.). *Niklas Luhmann – Observed*. Recuperado de http://www.fen.ch/texte/gast_fuchs_luhmannobserved.pdf
- Galtung, J. (1959). Expectations and Interaction Processes. *Inquiry: An interdisciplinary Journal of Philosophy*, 2(1-4), 213-234.
- Hobbes, T. (2001). *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Horstmann, S. (2013) *Ethik der Normalität. Zur Evolution Moralischer Semantik in der Moderne* (Tesis doctoral). Universität Dortmund, Dortmund, Alemania.
- Jestaedt, M. (2017). Validez del sistema y validez en el sistema. ¿Para qué se necesita la norma fundamental y para qué no?. En C. Bernal y M. Porciúncula (Eds.), *Kelsen para erizos. Ensayos en honor a Stanley L. Paulson* (pp. 173-209). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (2009). *¿Qué es la teoría pura del derecho?*. México D.F., México: Distribuciones Fontamar S.A.

- Kneer, G. y Nassehi A. (2000). *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme eine Einführung*. München, Alemania: Wilhelm Fink Verlag.
- Ladeur, K. (1999). *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships* (EUI Working Paper LAW No. 99/3). Florencia, Italia: European University Institute. Recuperado de http://cadmus.eui.eu/bitstream/id/943/law99_3.pdf
- Lewkow, L. (2012). Luhmann como intérprete de Husserl: El problema del sentido. *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 34 (2012-2), 1-26. Recuperado de <https://webs.ucm.es/info/nomadas/34/lionellewchow.pdf>
- Luhmann, N. (1970). Die Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 176-202.
- Luhmann, N. (1971). Sinn als Grundbegriff der Soziologie. En J. Habermas y N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?* (pp. 25-100). Frankfurt, Alemania: Suhrkamp.
- Luhmann, N. (1983). Die Einheit des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, 14, 129-154.
- Luhmann, N. (1985). Einige Probleme mit „reflexiven Recht“. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 6, 1-18.
- Luhmann, N. (1986). Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie*, 17, 171-203.
- Luhmann, N. (1987). *Rechtssoziologie*. Opladen, Alemania: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, N. (1990). Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem. *Rechtstheorie*, 21, 459-473.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad*. México D.F., México: Universidad Iberoamericana.

- Luhmann N. (2012). *Sociología del Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia.
- Luhmann, N. (2013). *La moral de la sociedad*. Madrid, España: Trotta.
- Luhmann, N. (2014). *La paradoja de los derechos humanos. Tres escritos sobre política, derecho y derechos humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Montesquieu, C. (1772). *De l'esprit des loix*. Londres, Inglaterra: Nourse.
- Romeo, S. (1971). El sujeto trascendental en Husserl. *Logos*, 1 (7), 7-28.
- Sentido. (n.d.). En *Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario*. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=XbL0DxO>
- Teubner, G. (2017) *El derecho como sistema autopoietico*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Vesting, T. (2018). *Teoría del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zamboni, M. (2010). Evolutionary Theory and Legal Positivism: A Possible Marriage. Recuperado de https://works.bepress.com/mauro_zamboni/8/