

Luhmann para juristas

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

Santander

Dentro de los estudios sobre el pensamiento jurídico de Luhmann la reciente obra de Pilar Giménez puede considerarse como una aportación de primer orden *. Y no sólo por el lugar que ocupa en la bibliografía española sino también porque me parece una de las contribuciones más atractivas en el panorama internacional sobre la materia.

La aproximación a Luhmann suele ser extremosa: se hace desde la identificación o desde el rechazo. Esta teoría puede suscitar una fascinación hipnótica y genera una dinámica que revierte sobre sí misma. Se ensortija hasta lo insoportable y acaba por paralizarse atrapada en la densidad de su propia filigrana. Es frecuente una reproducción manierista de la jerga sistémica que multiplica complejidad en un abigarramiento que llega a desanimar al lector. Pero a Luhmann se accede también desde la máxima cautela y prevención. Este es el caso de la verbosidad de la racionalidad comunicativa, del párrafo torturado y el sostenido aliento moralizante. Al pretender que Luhmann se exprese en un escenario que le es extraño lo distorsiona. Cuando se le conoce a través de lo que dice Habermas —cosa muy frecuente entre nosotros— llega ya desfigurado por el impacto con un paradigma adverso que siempre juzga.

Por contraste ahora se ofrece un Luhmann airoso y frágil que resuena con limpieza y precisión en la acústica de estas páginas. El Luhmann de Pilar Giménez llama la atención por su estilización y por su sensibilidad. No acumula materiales hasta la congestión pues sabe que pensar es seleccionar. No tiene la urgencia por el veredicto, y con su discreción hace posible que sea el lector, desde un punto

* P. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1993, 400 pp.

de vista siempre relativo, el que pueda tomar posiciones. En vez de apresurarse a juzgar invita a comprender. Intenta mostrar cómo actúa el pensamiento de los sistemas y deja hablar a Luhmann holgadamente. Prefiere descubrir los dinamismos de la teoría abierta en sus posibilidades en vez de arrastrarla hacia sus puntos muertos.

Pilar Giménez se permite la modestia de confesar que su objetivo ha sido facilitar la lectura directa de Luhmann. Quien se haya enfrentado a sus textos, cristalizados en una terminología técnica y escandalosos para el sentido común de los juristas, sabe de lo arduo de la tarea. Pero hay mucho más que esto: ofrece un perfil teórico de Luhmann que tiene rasgos propios y es una invitación a pensar. El laberinto —imagen desestructurada que el propio Luhmann proporciona de su mundo— se articula en trayectos que se recorren con interés. Dentro de una epistemología constructivista no tiene sentido buscar la fidelidad. La aspiración a presentar el auténtico Luhmann significaría no haber entendido nada. Es verdadero lo que funciona, y esto ocurre con este libro. Por eso se sostiene y estimula a convertirlo en entorno de la propia reflexión. Sabe además que exponiendo el pensamiento de Luhmann se expone a él.

El proceso de la recepción española de Luhmann no ha sido tan intenso como el de otros pensadores contemporáneos. Disponemos de traducciones —no siempre cuidadas— de alguna de sus obras, varias de ellas en ediciones hispanoamericanas prácticamente inencontrables en España. Se han dejado fuera textos fundamentales, también por lo que respecta al derecho, y se carece de un contexto que permita su comprensión. Hay en ello un obstáculo importante para hacerse desde la lengua española con una idea adecuada de su pensamiento que pueda llegar a considerarle como interlocutor y que anime a ensayar y contrastar su metodología. Por otra parte a lo largo de unos veinte años se han ido sucediendo diversos estudios, aportaciones de muy distinto tipo e intención. De la mayor parte de ellos se da noticia en la página 32 y en la extensa bibliografía que acompaña a esta obra. Pero tras los volúmenes de Alejandro Navas y de Ignacio Izuzquiza, que abordan globalmente el proyecto luhmaniano, éste es el primer libro que se dedica monográficamente al estudio de su pensamiento jurídico y que se propone abarcarlo con cierto detalle en una visión de conjunto.

El texto de Pilar Giménez es riguroso y transparente. Se descarga en notas extensas que abundan en sugerencias, modulan e introducen diferenciación. Maneja una amplísima documentación especializada y proporciona incluso —en un contexto ya externo a la teoría de sistemas— breves referencias a clásicos del derecho como Kelsen (pp. 199, 272, 299, 332), con quien acertadamente encuentra afinidades, Ross (p. 248) y Hart (pp. 231 y 332), detalles infrecuentes entre los estudiosos de Luhmann que muestran la voluntad de hacerlo inteligible para los juristas. No importa demasiado si en un trabajo tan meditado quedan fuera últimas obras de una producción tan ace-

lerada que avanza más rápidamente que la de cualquiera de sus estudiosos. Precisamente acaba de aparecer *Das Recht der Gesellschaft*, la última gran obra de Luhmann dedicada al derecho. Pero el hecho de situarse en un nivel básico en el que la teoría está en gran medida ya definida por un perfil propio —aunque sujeta a evolución y nunca consolidada— le hace relativamente inmune al impacto de una nueva publicación o del dato erudito. Creo que este estudio ofrecerá durante bastante tiempo un buen marco de trabajo para moverse en territorios luhmanianos.

Se trata de una tesis doctoral, pero el único vestigio de las convenciones —tantas veces aburridas e incluso antipáticas— de este género académico es la denominación de «conclusiones» para el último capítulo, ojeada retrospectiva y pausa para la reflexión que detiene un denso despliegue teórico. Precedido por la presentación de un perfil humano que no es anécdota el libro se articula en dos grandes bloques que sostienen una trama, una intriga en la que la teoría sucede. El primero de ellos suministra los presupuestos metodológicos: se forjan unas nuevas armas intelectuales y se delimitan los ámbitos teóricos que configuran este pensamiento. Se ha precisado la mitad del libro para ir acumulando una gran fuerza teórica que, hábilmente retenida, pugna por expandirse. Cuando entre en contacto con el derecho tiene que haber suficiente tensión, suficiente masa crítica como para poder desencadenar un pensamiento enérgico. Pero el derecho se hará esperar: va llegando poco a poco. No surge a partir de la norma sino desde algo tan frágil e inasible como las expectativas que nos hacemos sobre la conducta de los demás. Se avanza desde el riesgo, desde la contingencia, desde la amenaza de frustraciones.

La dificultad que habitualmente se experimenta ante Luhmann no procede tanto de su lenguaje como de algo más profundo: su heterodoxia. Reclama un nuevo estilo de pensamiento. Exige un viraje brusco en la posición de la cabeza del jurista, al que pretende arrancar de sus tópicos. Traza un formidable contraste no sólo con respecto a la teoría del derecho que parte del análisis de la norma, sino también con relación al habitual pensamiento sociológico —que Luhmann desdén— ávido por tocar realidad, por la pequeña seguridad de lo positivo, que se apoya en el dato empírico. Pero la audacia de Luhmann impone al teórico un enérgico retrotraerse. Lo que hay que ver desde un horizonte problemático previo: nada menos que desde el desafío de lo posible. Por ello Luhmann no puede ser conformista.

La obra de Pilar Giménez constituye una tentación para descubrir posiciones propias y asumir un riesgo. Me interesa la lectura potencialmente destabilizadora que permite el pensamiento de Luhmann. Su teoría nos arroja al ámbito de los mundos posibles, de posibilidades no actualizadas pero que permanecen latentes y producen una extraña inquietud. El sistema abre unas posibilidades pero simultá-

neamente obtura otras. Cada sí es la negación de un no. Las posibilidades deben pensarse junto con las imposibilidades. Aquí puede plantearse con toda su fuerza el problema de los marginados, de los excluidos. Quienes sobrevaloran la integración no pueden ver cómo por ejemplo la democracia funciona también como mecanismo de exclusión.

Uno de los máximos atractivos de esta teoría es situar cualquier elemento que caiga bajo su consideración en un área de incertidumbre que puede llegar a hacerlo sustituible, incluso improbable, pero sin embargo presente. Proyecta una dosis de extrañeza que logra vaciar lo que parecía obvio y en esto puede llegar a ser despiadada. Todo se vuelve leve, azaroso, inquietantemente frágil, desprovisto de peso ontológico. Luhmann adiestra en una especial sensibilidad para detectar términos permutables, al margen de todo fixismo esencialista, en una epistemología de lo fungible. Es preciso atreverse a ejercer la comparación, a descubrir posibilidades de variación, en un esfuerzo por generar espacios de libertad y no quedar oprimidos en una realidad fija. He aquí una forma de ponerlo todo bajo sospecha. Y justamente entonces es cuando se puede llegar a entender algo, a intentar explicar por qué ésa ha sido opción del sistema, por qué otra posible estrategia pudiera resultar relativamente disfuncional o se ha hecho inviable. La imagen conservadora de Luhmann ignora que su teoría es una búsqueda permanente de otras posibilidades, que no es un pensamiento del acomodo ni de la armonía sino de la discontinuidad y del contraste, que permite expresar una impaciencia hacia todo límite, hacia todo lo que ajusta e impide un escape.

La propuesta de Luhmann no es tecnocrática. Aunque los sistemas reducen la complejidad del mundo el objetivo del teórico es hacer transparente esa complejidad, es ver cómo lo que pasa por ser la realidad no es sino una drástica selección y una estrategia, es también detectar en otros planteamientos formas insuficientes de trato con la complejidad. Justamente al contrario del tópico Luhmann no exhibe un vigor aplastante, no propone el imperialismo de una racionalidad sistémica que atenaza la realidad. Como recuerda Pilar Giménez, ante el derecho positivo Luhmann trabaja al revés que los juristas y se esfuerza por descubrir posibilidades agazapadas, por llegar a un análisis comparativo capaz de examinar alternativas, haciendo que rebrote la contingencia (p. 316). Pero a diferencia de los moralistas no le interesa el deber-ser, el fortalecimiento de las convicciones o la apelación a principios ineludibles. La teoría pretende abrir los ojos y no dar recomendaciones. No hay ningún hipotético estado ideal del sistema. Y a diferencia de otras teorías sociológicas se desentiende del pronóstico, pues las predicciones son sólo instrumentos de observación o correlaciones caprichosas ante un porvenir incierto. Luhmann reclama la ironía (pp. 18 y 337) y esto es algo que debe destacarse. Es un rasgo epistemológico coherente con una teoría que hace de la diferencia una de sus armas.

Entender no tiene por qué ser justificar. A Pilar Giménez le preocupa con razón que la mera identificación de una función lleve tácitamente a justificarla, o que se justifique cualquier estructura por el hecho de que desempeñe una función (pp. 340 y 344). Puede que esto ocurra, pero ya se ve que a la teoría de sistemas le sobran también recursos para evitarlo. Es cómodo trasladar a Luhmann reproches generalmente esgrimidos frente a los funcionalismos: tendencia a privilegiar la estabilidad sobre el cambio, suponer que el objetivo del sistema es adaptarse al medio, imaginar por todas partes automatismos. Por mi parte creo que aunque la teoría de la evolución social sea imprecisa (p. 144) es posible sostener que la producción de variedad y la apertura hacia lo nuevo priman sobre los mecanismos de estabilización que agarrarían la dinámica social. Una teoría de la comunicación, de sistemas que son sistemas de comunicación, sólo puede ser una teoría de fluidos.

En una sociedad que carece de vértice y de centro no hay procesos unidireccionales y tampoco puede haber determinismo. Lo múltiple y lo aleatorio son rasgos de un mundo complejo y contingente. No tiene por qué ser necesario que la diferenciación se haya producido en un punto y no en otro del sistema. Las posibles explicaciones trazadas retrospectivamente sobre lo aleatorio están al margen de una visión moralizadora del progreso y no son fatalismos positivistas. No son leyes, no son necesidades, no hay final feliz. Puede parecer un sacrificio la renuncia a explicaciones causales (p. 345) pero de otro modo se recaería en viejos esquemas que enturbian la dinámica sistema-entorno. El sistema no está en relación de causalidad con su entorno. La causalidad aparece frecuentemente como un caso especialmente pobre de análisis funcional que selecciona drásticamente una sola causa y un solo efecto.

Ningún sistema —tampoco el derecho— puede llevar la iniciativa de los demás y adueñarse de la realidad colocándose por encima. Es comprensible que el jurista —que se imaginaba en la cúspide de la sociedad— se sienta desplazado. La sociedad actual destruye en este aspecto cualquier posición privilegiada y prima lo horizontal sobre lo vertical. La relación entre los sistemas no se concibe en clave de dirección de uno por otro sino de traducción entre uno y otro. Los sistemas no están en el centro de nada: viven en los bordes, en una zona fronteriza entre dos planos de realidad. Cada sistema ejerce un protagonismo. No se mueve por esquemas jerárquicos ni teleológicos, sino por desequilibrios, por tensiones. Cada sistema lleva consigo un mundo propio, se esfuerza por configurar una sensibilidad particular, posee una capacidad de resonancia específica y a veces extraordinariamente refinada.

El sistema no es una superficie saturada: no tiene paredes sino membranas. Tiene una extraordinaria capacidad de aprender, de enterarse de lo que ocurre. Sus límites son márgenes de intensa vibración a los que convienen imágenes de la escisión y del desgarró.

Está siempre intentando la experiencia de la diferencia y arriesgándose para ello a ser indiferente. La diferenciación implica un aumento de las dependencias recíprocas con otros sistemas y exige estar disponible. Las intromisiones podrían llegar a romperlo, pero es permeable puesto que está abierto. Abunda en lugares por donde puede surgir algo que reinvente el mundo, que indique nuevos caminos y haga avanzar hacia lo imprevisto. Se hace probable lo improbable. Hay aquí una lógica del pluralismo, interesada en un compromiso con lo nuevo y con lo diferente. Pero no sé si es oportuno —como se ha hecho a veces— llamar a esto neoliberalismo (se apunta esta cuestión en p. 310, nota 18).

Para leer a Luhmann, y por ello propongo que también para leer la obra de Pilar Giménez, es preciso vencer cierto obstáculo epistemológico, cierta posición intelectual familiar para el jurista que procede de una tradición habituada a lo sólido y estable, a naturalezas y a identidades. Hay que desembarazarse de un racionalismo estático y clasificatorio para entrar en una dinámica de percepciones. La teoría de Luhmann, aun forjada bajo el signo del sistema, no es un cuerpo de doctrina, un conjunto de conocimientos más o menos compacto, una serie de proposiciones concatenadas. Es más bien la oferta de un modo de ver, una teoría de la observación. Las páginas que se dedican a la observación (pp. 147 y s.; 294 y s.) son una clave decisiva para hacerse con Luhmann.

Estamos ante un pensamiento que no aspira a suministrar un conjunto de enunciados sino a ofrecer una propuesta cognitiva: es la construcción de una mirada sobre el derecho. El derecho es un observador que puede ser observado. Observar es manipular un esquema de diferencias. En una lógica radicalmente relacional se desafía a pensar todos los elementos como contrastes. La fuerza de la teoría no reside en contenidos sino en mecanismos de relación. Luhmann enseña que toda observación es construcción y que no hay ningún lugar privilegiado desde el que observar. Todo instrumento de observación tiene puntos ciegos: puede ver determinadas cosas y le es imposible ver otras, incluso no puede ver que hay algo invisible. Otorga una seductora tensión a la teoría el saber que podemos acercarnos a la sociedad no sólo viendo lo que los sistemas son y creen que son, sino además lo que no saben que son.

Al aproximarse a Luhmann cada uno toma sus puntos de referencia para la reducción de la propia complejidad. El Luhmann de Pilar Giménez es clásico, sereno, equilibrado. Hay mesura y sosiego en este Luhmann mediterráneo que nos llega amable y luminoso, abierto en silencios y sugerencias. Consigue darle un encanto. Por contraste descubro que yo tiendo a hacerme un Luhmann expresionista, más desgarrado y violento, más barroco. Acentúo la tensión, la torsión, la arista. Me interesa más que la contemplación respetuosa el hacerme cómplice de algunas de sus propuestas y llevarlas a un punto en el que algo estalla.

Me atrae el hecho de que observar sea en cierto modo forzar, que conocer sea una actividad arriesgada y pasional, que pensar sistémicamente no sea contemplar sino proyectar contrastes que desgarran y entregarse a la crispación de la autorreferencia. Discrepo de los que —como Zolo (p. 78)— sostienen que la autopoiesis ha dislocado y perturbado esta teoría cuando creo más bien que la ha reforzado dando al sistema esa obstinada referencia a sí mismo, ese autismo insolente, el atractivo morboso de una lógica perversa que todo lo envuelve y lo hace circular. Me espanta la astucia de los sistemas que hacen lo posible por inmunizarse, por hacerse fuertes, por enmascarar, por engañar sobre la verdadera complejidad del mundo. Me divierte el Luhmann impertinente, el polemista de las críticas sesgadas o dirigidas contra falsos frentes (p. 52), de los adversarios que toma como pretexto para irritarse y dinamizar su propio pensamiento, que maneja con descaro etiquetas grandiosas y elementales (viejo pensamiento europeo, ontología, causalismo, moralización, derechos subjetivos). Me admira que el sistema sea experto en la tautología, que toda su fuerza esté conduciendo el vacío con una tozudez exasperante, utilizando creativamente la paradoja. No me resigno a que el sistema conceda un protagonismo a los hombres cuando previamente los ha colocado en ciertas posiciones, o estén ya atrapados en lógicas procedimentales y se los apropie llevándolos a una zona que él controla. Me inquieta que mediante la democracia el derecho se haya liberado de vínculos externos, que se haya hecho más fuerte y se las arregle para apoyarse en supuestas obviedades.

No se entiende a Luhmann sin sospechar que estamos implicados en lógicas que nos rebasan. Por eso una de las exigencias de esta teoría para el jurista es adoptar la perspectiva no del individuo sino del sistema, en un nivel no personal sino estructural. Son los sistemas los que ejercen la mediación y ordenan el mundo en ciertas configuraciones. De otro modo el individuo se vería desbordado. Pero hacer del sistema un sujeto sólo tiene sentido si sirve para situarnos en circuitos de muy alta tensión que incluso nos capacitan para ejercer una forma de resistencia. La técnica jurídica, la lógica institucional y sus estrategias, los principios organizativos no se entienden sólo desde lo personal. Las palabras sagradas y los ideales más nobles abandonan todos los días los corazones para incorporarse a un ámbito extraño en el acabarán por convertirse en duras herramientas de trabajo para soportar el gobierno del mundo. Para poder operar se disciplinan, se transforman profundamente, entran en un campo de relaciones de fuerza. Esto es lo que está ocurriendo con los derechos fundamentales.

Pilar Giménez no puede dejar de referirse a la cuestión del humanismo que tanto ha dado que hablar y que constituye uno de los retos de esta teoría. En el Luhmann que disgusta a Habermas se destacan elementos organicistas, de estirpe biologicista, con la autopoiesis que parece agitar sus tentáculos viscosos sobre un fondo gris

de burócrata. Pero la exigencia de un pensamiento duro, áspero e impersonal puede servir mejor al hombre que el clamor moral, que por otra parte también tiene un papel. Tiene razón Pilar Giménez al sostener que ésta no es necesariamente una visión deshumanizada de la sociedad (p. 340). Luhmann no es un romántico de los valores, pero no cabe duda de que hablar del sistema es una manera de hablar del hombre. Reclama una segunda Ilustración que rompa con el discurso moderno de la libertad, que era la libertad de individuo, pero no para atar al hombre sino para que acierte a situarse inteligentemente en la encrucijada de los sistemas. Y no puede ser una excusa para que nadie se responsabilice de nada.

Los escritos de Luhmann no aplican de modo mecanicista una metodología general previamente establecida, no son deducciones de esquemas previos, ni siquiera tienen un orden de progresión necesario o una articulación interna ineludible. Nada es lineal ni estático. Me atrae la paradoja de un sistema que funciona mejor como pensamiento problemático que como pensamiento sistemático. No es la fastidiosa ejecución de un método ya patentado y exterior a la materia sino invención con mucho de intuitivo y personal. Los textos breves —como apunta Pilar Giménez (p. 149)— son a veces superiores a otros que parecen programáticos y de gran alcance teórico y los detalles pueden llegar a ser sorprendentes. Hay una creatividad incesante en el proceso de escritura a través de fichas que se combinan en un desarrollo original. La autopoiesis es así un rasgo de la propia teoría y debe serlo de su recepción. La insuficiente determinación de términos (pp. 26-27) podría verse como un repertorio de posibilidades y como una consecuencia de esta dinámica de traducción permanente, en donde nada se sustrae a la corriente del pensamiento, todo se reformula y redefine en procesos de diferenciación. El sistema necesita un alto grado de inestabilidad para reaccionar frente a sí mismo y frente a su entorno. Esto hace imposible ser «luhmaniano», mero administrador de un cuerpo de saberes adquiridos.

La teoría de Luhmann no pretende agotar nada ni ser exclusiva. Es la oferta de una distinción —sistema y entorno— a través de una de las elaboraciones más refinadas de la sociología contemporánea. Está ahí susceptible de ser apropiada y se dirige a los que tengan interés en considerar lo normal como improbable. Muestra toda su fuerza cuando la activa un pensamiento inquieto y no resignado. La teoría de la autopoiesis reclama una aproximación poética, es decir creativa, pues el sistema no está girando sobre sí mismo: se desplaza y tiende una tupida red de reenvíos. Éste podría ser el destino del libro de Pilar Giménez.