

# 1 DOUTRINA SOCIOJURÍDICA

## INMANENCIA Y TRANCENDENCIA EN LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO

Aldo Mascareño<sup>1</sup>

*Sumario:* Introducción. 2 Luhmann y Derrida como equivalentes funcionales. 3 Primer aprendizaje: la incompletitud del derecho como sistema autopoiético. 4 Segundo aprendizaje: no hay derecho fuera del derecho. 5 Tercer aprendizaje: facticidad de la norma. 6 Cuarto aprendizaje: derecho como estructura de promoción de conflictos. 7 Quinto aprendizaje: derecho de la sociedad mundial. 8 Conclusión. Referencias.

### Resumo

Especialmente concepções filosóficas e teológicas pretenderam ver a construção do direito moderno como uma resposta às condições normativas transcendentales que definiriam suas formas e alcances. Por outro lado, a tarefa de uma sociologia do direito é entender como o direito se constitui de modo imanente e como, nessa constituição imanente, ele processa o sentido de transcendência no próprio direito. Por meio de revisão de teorias não fundacionalistas do direito (Luhmann, Derrida, Teubner), o artigo reconstrói o modo de operação do sistema jurídico e deriva cinco aprendizagens destas teorias para

---

<sup>1</sup> Aldo Mascareño es PhD en Sociología, Universidad de Bielefeld, Alemania. Actualmente es Profesor Titular de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, y Director del Centro de Investigación en Teoría Política y Social de la misma Universidad. Email: aldo.mascareno@uai.cl. Este artículo ha sido realizado con materiales de los proyectos Fondecyt n. 1110437 y 1140344.

a autoconcepção moderna do direito.

**Palavras-chave:** Direito. Justiça. Sistema jurídico. Direito global. Sociedade mundial.

### Resumen

Especialmente concepciones filosóficas y teológicas hay pretendido ver la construcción del derecho moderno como una respuesta a condiciones normativas trascendentes que definirían sus forma y alcances. En cambio, la tarea de una sociología del derecho es entender cómo el derecho se constituye de modo inmanente, y cómo en esa constitución inmanente procesa el sentido de trascendencia en el derecho mismo. Por medio de la revisión de teorías no fundacionalistas del derecho (Luhmann, Derrida, Teubner), el artículo reconstruye el modo de operación del sistema jurídico y deriva cinco aprendizajes de estas teorías para la autoconcepción moderna del derecho.

**Palabras clave:** Derecho. Justicia. Sistema jurídico. Derecho global. Sociedad mundial.

### Abstract

Particularly philosophical and theological worldviews aimed to observe the construction of modern law as an answer to transcendent normative conditionings that define its form and outreach. On the contrary, the purpose of the sociology of law is to understand how law constitutes itself in an immanent fashion, and how this constitution processes transcendence in the law system. By revising non-foundationalist theories of law (Luhmann, Derrida, Teubner), the article reconstructs the operation of the law system and derives five insights for the modern self-comprehension of law.

**Keywords:** Law. Justice. Law system. Global law. World society.

## 1 INTRODUCCIÓN

Es parte del antropocentrismo de Occidente el creer que las cosas tienen algún destino; como si alguna finalidad del mundo fuese necesaria, como si el fin de la autopoiesis del mundo fuese un evento imposible.

Varias aproximaciones filosóficas y teóricas han contribuido a esta percepción. La doctrina de las finalidades de Aristóteles, la necesidad de la naturaleza humana en la filosofía de la temprana modernidad, la idea de Salvación Judeo-Cristiana, el continuo progreso hacia mejor de Kant, la conciliación de historia y espíritu de Hegel, el fin del reino de las necesidades de Marx, la confianza ciega en el progreso y el desarrollo en la modernidad clásica, y su transferencia al diálogo de razones cuando fue claro que el progreso y el desarrollo no eran para todos, comparten todas una forma de finalidad necesaria que, ciertamente, no desconoce el sendero de espinas de la vida en *este mundo*, pero que sitúan en *otro mundo*, y fundamentalmente en otro momento, un *locus* de conciliación en el que las diferencias se disipan. Esa es la promesa de futuro heredada de la modernidad.

Uno puede esperar que así sea. Pero es principalmente la desesperación con la inmanencia del mundo lo que hace emerger la trascendencia y proyectarla hacia el futuro: tanta mundaneidad es insoportable cuando es posible imaginar la utopía, y no solo imaginarla, sino también construirla racionalmente en el presente mediante la paradoja de una posibilidad necesaria. De este modo, la trascendencia se vuelve valor reflexivo: le indica al mundo inmanente que las cosas pueden ser de otro modo, pero paradójicamente, lo hace desde *este mundo*, por lo que no es trascendencia sino inmanencia reflexiva, que se indica como trascendente para llenar el vacío ontológico de un futuro contingente.

Tradicionalmente, la filosofía y la teología se han interesado en la pregunta por la trascendencia de lo humano, y han problematizado ese interés por medio de un concepto de trascendencia que se entiende de modo metafísico, es decir, como mundo independiente de este mundo, al

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

cual, sin embargo, este mundo *debiese* aspirar. La sociología en cambio, se ha planteado la pregunta desde la inmanencia del mundo, desde los procesos de racionalización de la acción, de institucionalización, de diferenciación, que más bien *son*, y no necesariamente *deben ser*. Cuando uno entonces se pregunta por la tarea de una sociología del derecho, la búsqueda no puede conducir a lo extrajurídico – sea se trate de una ley natural, eterna o metafísica – sino a la inmanencia del derecho. La tarea de una sociología del derecho es entender cómo el derecho se constituye de modo inmanente, y cómo en esa constitución inmanente procesa el sentido de trascendencia externo al derecho mismo, pero presente en la sociedad.

El derecho – como todo en la sociedad – no puede sino operar desde este mundo. Tanto sus normas son inmanentes, como toda fundamentación que se pretende como trascendente, se hace desde este mundo. Incluso las ideas de la modernidad temprana acerca de un derecho natural que es por tanto ajeno a las vicisitudes del mundo, debía establecerse en términos positivos para tener efectividad. Por *natural* que sea el derecho, la sociedad sabe transformarlo en contingencia – no se aplica en cada caso; se saben encontrar múltiples excepciones a su aplicabilidad – y al hacerlo, pierde cualquier pretensión de naturalidad. *Natural* es una designación funcional para hacer parecer al derecho como incuestionable, precisamente porque desde la inmanencia siempre el derecho es cuestionable. En términos modernos se puede hablar de la distinción entre cálculo jurídico y justicia.

Ciertamente, el derecho opera en una modalidad normativa: uno espera encontrar en él un resguardo ante la decepción de expectativas normativas; se le invoca bajo aspiraciones de justicia. Pero también el derecho debe operar en una modalidad cognitiva, para aprender a hacer jurídicamente calculable el incalculable movimiento de las pretensiones de justicia en la sociedad, y para aprender a desechar el cálculo jurídico que ya no encuentra correlato en las expectativas de justicia de la sociedad en general. Mi pregunta ahora es por esa capacidad

de aprendizaje del derecho. La pregunta es ¿qué puede aprender el derecho de teorías de la sociedad moderna que entienden el derecho como una contextura entre otras, como un sistema entre otros?

Para responder a esta pregunta, quiero establecer un puente entre dos novedosas aproximaciones al derecho moderno realizadas por dos cuerpos teóricos de amplia aplicabilidad, y – según yo los entiendo – con alta capacidad de integración, el de Niklas Luhmann y el de Jacques Derrida. Comienzo con una breve comparación de ambas teorías (1), para luego destacar algunas derivaciones de esas teorías que el derecho de una sociedad compleja moderna debe incorporar (aprender) para cumplir de buen modo con la protección de expectativas normativas. El primero de esos aprendizajes se relaciona a la incompletitud inmanente del sistema jurídico producto de la negación de sí mismo (lo jurídicamente ilícito) que incluye el código; esto exige una constante apertura al entorno del sistema (2). El segundo aprendizaje enfatiza la inmanencia del derecho moderno, esto es, a la imposibilidad de asumir estructuras externas que guíen al derecho desde fuera en su función normativa de hacer jurídicamente calculable (derecho) lo jurídicamente incalculable (justicia) (3). El segundo aprendizaje se relaciona con una reinterpretación de la distinción facticidad/validez en términos de una *re-entry* de la validez al interior de la facticidad (que legitima el uso de la fuerza en el derecho) y de la facticidad al interior de la validez (que le aporta fuerza de imposición a la norma), de modo tal que la propia distinción facticidad/validez puede ser entendida como una forma de dos lados, como la unidad de una diferencia que sostiene el derecho moderno (4). El tercer aprendizaje relaciona al derecho con su entorno, específicamente con la distinción entre derecho y justicia, o con la calculabilidad del derecho y la incalculabilidad de la justicia. El punto aquí es cómo el derecho (des)equilibra estos dos intereses en su propio interior (5). El cuarto aprendizaje del derecho se relaciona con la distinción entre derecho y derecho nacional. Esta no es realmente una distinción, sino una *re-entry* de lo político en el

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

derecho. El derecho es un sistema supranacional que, en la sociedad moderna, se especifica nacionalmente. Esta especificación nacional, sin embargo, no implica que el derecho como sistema pueda ser entendido como circunscrito a cada espacio territorial nacional. Especialmente en un contexto de sociedad mundial como el actual, el derecho se autoconstitucionaliza y expresa un creciente desacoplamiento de las formas políticas nacionales a las que comúnmente se le asocia (6). Finaliza el texto con una breve conclusión acerca de la inmanencia del derecho en la sociedad mundial contemporánea (7).

## 2 LUHMANN Y DERRIDA COMO EQUIVALENTES FUNCIONALES

A primera vista pareciera ser que las teorías de Niklas Luhmann y Jacques Derrida fuesen radicalmente distintas – incluso se podría decir antagónicas. Mientras Luhmann intentaría sostener un concepto de sistema para la descripción de la modernidad, el ejercicio deconstructivo de Derrida se orientaría precisamente a poner de manifiesto la ficcionalidad última de cualquier formación de sistema. Mientras el sistema se sostiene por la reproducción de sus propios elementos, la deconstrucción demostraría que esos elementos no son propios, y más aún, que ni siquiera *son* elementos. Autopoiesis del sistema y deconstrucción serían entonces formulaciones antagónicas, guiadas por objetivos contrapuestos: una postura afirmativa acerca de la modernidad en un caso (Luhmann), una postura negativa ante ella en el otro (Derrida).<sup>1</sup>

Un análisis más contemporáneo de estos autores ha comenzado a orientarse hacia otras conclusiones. En el núcleo de la arquitectura teórica de las propuestas de Luhmann y Derrida,

subyace un motivo equivalente: la ausencia de un punto de anclaje fundante desde el cual deba construirse una interpretación de lo social.<sup>2</sup>

Razón, Espíritu, Historia, Sujeto, así con mayúscula – fórmulas que se encuentran en el centro de la autointerpretación teórica de la modernidad – aparecen en Luhmann y Derrida sea como semánticas inmanentemente formuladas para crear niveles de inviolabilidad que deben respetarse en la construcción de teoría, o como iteraciones simbólicas que esconden una violencia originaria invisibilizada por el aura teleológico-moral que proyectan. En Luhmann en cambio, la ausencia de un punto de anclaje fundante de lo social es reflejada a nivel de teoría por el concepto de *contingencia*; en Derrida en tanto, por el concepto de *differánce*.<sup>3</sup>

Para Luhmann<sup>4</sup>, contingencia es una distinción particular; una de esas distinciones especiales con dos exteriores: la necesidad y la imposibilidad.<sup>5</sup> Contingencia es aquello que no es necesario ni imposible. Mundo contingente entonces significa que el mundo que *es*, no es necesario ni imposible, es decir, pudo o puede ser de otro modo, es un mundo posible entre otros mundos con posibilidades equivalentes de existencia.<sup>6</sup>

No hay necesidad de un mundo Racional, ni imposibilidad de que sea de otro modo, o de un despliegue necesario del Espíritu o de la Historia, o de una posición antropocéntrica fundamental del Sujeto que deba ser seguida sin cuestionamiento como derecho natural. Todo ese esquema de finalidades es contingente. Sin embargo, porque es contingente tiene que haberse impuesto ante su propia contingencia para prevalecer como *algo en el mundo*. Es decir, tiene que haberse transformado en sistema. Para Luhmann, la superación (contingente) de la contingencia se realiza a través de la

<sup>1</sup> Al respecto ver: HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz Editores, 2008.

<sup>2</sup> STÄHELI, U. *Sinnzusammenbrüche*. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000; TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

<sup>3</sup> Formulaciones alternativas a la comparación entre Luhmann y Derrida pueden leerse en SLOTERDIJK, P. *Derrida, un egipcio*. El problema de la pirámide judía. Buenos Aires: Amorrortu, 2007 y FIELDBAUM, A. Operación y deconstrucción. Luhmann, Derrida y las lecturas del romanticismo alemán (235-248). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012. p. 235-248.

<sup>4</sup> LUHMANN, N. *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992.

<sup>5</sup> El presente, por ejemplo, tiene también dos exteriores: pasado y futuro.

<sup>6</sup> Sobre la génesis de la idea de mundos posibles, ver LEIBNIZ, G. *Philosophical Essays*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1989.

formación de sistemas. El sistema representa una estabilización *en marcha* de la contingencia, que puede presentar su propia existencia como necesaria (para la resolución de un problema social) y su disolución como imposible (mientras el problema siga existiendo), pero que en definitiva carece de un sustento último pues debe permanentemente lidiar con su propia paradoja: la de ser un sistema que no puede ser sistema sin un entorno. La operación del sistema está constantemente orientada a la invisibilización de esta paradoja, y este es precisamente el motor de la operación sistémica – incompletitud sistémica en términos de Derrida. En otros términos, es la contingencia del sistema la que forma sistema, o expresado paradójicamente: el sistema se presenta como necesario en tanto no lo es, o en tanto es un sistema imposible.

En Derrida y Ferraris<sup>7</sup>, este *no ser* del sistema es visto precisamente como el momento de dislocación; el momento en que la contingencia del sistema se expresa asistemáticamente e interrumpe la ficción de estabilidad que invisibiliza la paradoja de un sistema que requiere de un no-sistema (entorno) para ser sistema. La deconstrucción es la potencia operativa que observa este límite de totalización. Lo que ella expresa es que todo sistema es incapaz de cerrarse a sí mismo como una forma de mónada, completa, total, perfecta, impenetrable. Es incluso esa imperfección, esa incompletitud, esa vulnerabilidad, la que se transforma en la propia fuerza que construye el sistema, en tanto el sistema se forma para vulnerar su propia vulneración, su propia incompletitud fundamental. Este es otro modo de expresar la paradoja del sistema, pues la incompletitud exige un desplazamiento continuo de la significación, un espaciamiento permanente que resulte en nuevas significaciones siempre imperfectas de lo que ellas mismas significan en tanto siempre requieren de un suplemento, de un fármaco ajeno que sostenga lo propio, o de un entorno que haga observable un sistema. *Differánce* es el modo derridiano de entender la imposibilidad

de identificación y totalización; es un juego de envíos y reenvíos significativos en permanente movimiento.

Contingencia y *differánce* son equivalentes teórico-funcionales: evidencian el carácter construido del mundo, su no-necesidad última, pero también evidencian que el mundo ha de imponerse imperfectamente sobre esa no-necesidad, sobre esa incompletitud, para ser mundo. En Luhmann y Derrida hay dos figuras correlativas que hacen operativa esta actitud, respectivamente la formación de expectativas<sup>8</sup> y la noción de *por-venir*<sup>9</sup>. En ambos casos la referencia es temporal. Las expectativas son modos de reducción de la complejidad del futuro, contribuyen a hacer esperable lo que de otro modo no se podría esperar. El *por-venir* es una modalidad temporal que establece un horizonte de aspiración en la acción, aun cuando en el presente la aspiración no se vea realizada. En el caso de Luhmann, las expectativas pueden reconocerse como normativas o cognitivas, según sea la reacción ante la decepción: las primeras se mantienen a pesar de la decepción, las segundas se cambian ante la decepción. En el caso de Derrida, el *por-venir* anticipa una forma de acontecimiento en el presente que hace distinguible lo que aún no adviene pero *tiene que venir* – aunque no llegue. Sobre estas formulaciones se estructuran las teorías del derecho de Luhmann y Derrida.

Para Luhmann<sup>10</sup>, el sistema jurídico tiene por función el resguardo de expectativas normativas ante las posibilidades de decepción, de modo que quien vea su expectativa normativa decepcionada, encuentre una estructura social a la cual recurrir para sostener la continuidad del mundo. Esto significa a la vez que el derecho como sistema tiene que aprender de su entorno – una evidencia de su paradoja. El aprendizaje consisten en distinguir entre las expectativas normativas dignas de protección y las que no lo son. Esto, paradójicamente, no puede hacerlo sino cognitivamente, es decir, el sistema aprende

<sup>7</sup> DERRIDA, J.; FERRARIS, M. *A taste for the secret*. Cambridge: Polity Press, 2002.

<sup>8</sup> LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

<sup>9</sup> DERRIDA, J. *Fuerza de ley*. Madrid: Tecnos, 2002.

<sup>10</sup> LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

del entorno y se estructura en relación a él: incorpora las normas juridificables y desecha aquellas que la sociedad ya no encuentra dignas de protección.

En el caso de Derrida<sup>11</sup>, el derecho es una estructura de cálculo que se expresa en la ley, pero a la vez la ley tiene a la justicia como referencia externa al derecho. Justicia es un elemento incalculable externo al derecho, el que, mediante la calculabilidad jurídica, es a la vez interno al derecho – una evidencia de su incompletitud. La justicia es por-venir, es externa al derecho e incalculable en términos de ley, pero el derecho debe internalizarla para ser derecho, aunque la internalizarla deja de ser justicia. El derecho es justicia incompleta, y justicia incompleta es injusticia, aunque es justo que haya derecho que no puede ser justo, porque el por-venir de la justicia no puede nunca transformarse en cálculo y el cálculo es requisito para *hacer justicia* en el derecho.

La sociología del derecho de Luhmann y Derrida – si se puede hablar de sociología del derecho en este último caso – es extraña a la forma en que, en general, la práctica y los practicantes del derecho se entienden a sí mismos. Al interior del sistema, así como en sus autodescripciones, prevalece la semántica de las fuentes del derecho, la cuasi-identificación de derecho y justicia, la completitud del sistema como derecho positivo – o como teoría pura en el sentido de Hans Kelsen<sup>12</sup> o como derivación de una hipotética norma fundamental<sup>13</sup> –, en definitiva, la ausencia de paradoja fundante. Por ello, la pregunta por las condiciones en que el derecho debiera aprender de estas teorías del derecho, y qué es lo que debiera aprender de ellas, se hace tan relevante, pues el sistema jurídico opera como si su funcionamiento estuviese siempre asegurado, sea por fuentes externas o por la estabilidad que se atribuye a sí mismo. Si la teoría puede llamarlo

a interrogarse por su inmanente fragilidad e incompletitud, entonces ello puede contribuir al menos a hacer del derecho un agente reflexivo de su propia operación.

## 3 PRIMER APRENDIZAJE: LA INCOMPLETITUD DEL DERECHO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

La cercanía entre las teorías del derecho de Luhmann y Derrida ha sido también identificada – aunque en términos distintos a los aquí formulados – por Teubner<sup>14</sup>. En su comparación, Teubner pone énfasis en el momento de decisión – *locura de decisión* según Teubner<sup>15</sup> – que debe emerger ante un derecho que carece de fundamentación última, así como en la diversa utilización del concepto de justicia en ambos autores – en Luhmann como fórmula de contingencia del derecho; en Derrida como trascendencia externa al derecho.<sup>16</sup> Esta comparación es relevante, sin embargo, es una derivación de la idea de paradoja/incompletitud fundamental del derecho que, en todo caso, Teubner también reconoce y exige observar históricamente:

Un análisis deconstructivo que toma en cuenta la transformación de la paradoja de la doble contingencia en la paradoja fundamental de los sistemas sociales emergentes, necesitaría ser histórica, especialmente si se trata de reconocer sus propias transformaciones. Mientras que la estructura básica de la paradoja sigue siendo la misma, los procesos sociales de su invisibilización y los momentos amenazantes de su reemergencia dependen de contingencias históricas.<sup>17</sup>

El problema, sin embargo, es menos histórico que inmanentemente sistémico. La autopoiesis de la comunicación es la autopoiesis de sistemas sociales evolutivamente diferenciados. Luhmann no presupone estructuras en el mundo, sino

<sup>11</sup> DERRIDA, J. *Fuerza de ley*.

<sup>12</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

<sup>13</sup> HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>14</sup> TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

<sup>15</sup> TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001. p. 34.

<sup>16</sup> Para la variabilidad de las concepciones de justicia, ver: MASCAREÑO, A. *Die Moderne Lateinamerikas*. Bielefeld: transcript, 2012.

<sup>17</sup> TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001. p. 37.

más bien un impulso por resolver distintos problemas que los individuos enfrentan en su praxis cotidiana. La emergencia de la sociedad es, en este sentido, el resultado de la resolución de esos problemas mediante sistemas sociales (funciones) que a su vez generan las condiciones que reproducen los problemas que se han de resolver. Por ejemplo, el derecho resuelve el problema de la ilicitud de acciones que no serían lícitas ni ilícitas si no existiera el derecho; la economía resuelve el problema de la escasez por medio de la producción de bienes y servicios que a su vez generan nuevas necesidades que reintroducen la escasez en el sistema; la ciencia produce verdades por medio de métodos y teorías que solo cuentan como verdades hasta que nuevos (o los mismos) métodos y teorías producen nuevas verdades que también deben contar como provisionales; la política se ocupa del problema de la administración del poder y para ello genera decisiones colectivas vinculantes que se pueden revertir solo por nuevas decisiones colectivas vinculantes que busquen manejar el poder de otro modo. La autopoiesis general de la comunicación se traduce en rendimientos como estos en cada sistema social diferenciado.

Puesto que cada sistema produce las condiciones que generan el problema que a la vez él mismo resuelve, la autopoiesis de la comunicación de cada sistema adquiere una manifestación empírico-operativa en distintos ámbitos, la que está asegurada de modo relativamente estable precisamente por su autorreferencialidad. En este sentido, los sistemas sociales deben, gracias a la autopoiesis, “definir su propio modo de operación específico o determinar su identidad por medio de reflexión, para poder regular cuáles unidades de sentido posibilitan internamente la autorreproducción del sistema, es decir, cuáles hay que reproducir constantemente”<sup>18</sup>. Pero si cada sistema resuelve problemas en la sociedad, entonces el sistema tiene que discriminar de algún modo para saber, en la sociedad en general, qué pertenece a su ámbito y qué no; tiene que saber identificar

algo como ajeno. Es decir, la propia autopoiesis tendría que incorporar, al menos por un instante, lo ajeno, aunque sea solo para desecharlo en el momento siguiente. Tiene que manipularlo operativamente.

En este sentido, la clausura operativa del derecho requeriría de algún momento de apertura operativa para sostenerse a sí misma como clausura. Si esto es cierto, entonces la autopoiesis del derecho lograría su recursividad gracias a una operación que excede su propio límite y que se oculta en algún punto de la red de relaciones que conforman el entramado de comunicaciones sistémicas.

El valor positivo del código del derecho (el que promueve la conectividad y autopoiesis de las operaciones sistémicas) es lo *jurídicamente lícito*, mientras que el valor reflexivo (que indica al sistema su momento excluyente) es lo *jurídicamente ilícito*. El punto es que el código no debe entenderse como una distinción en la que un lado remite a una indicación y el otro a otra que actúa como exterior (como en el caso de distinciones del tipo mujer/hombre, arriba/abajo, naturaleza/cultura, lo crudo/lo cocido). Puesto que se trata de códigos sistémicos, tanto el valor de conectividad como el reflexivo operan dentro del sistema. Es decir, lo jurídicamente ilícito solo es ilícito porque hay derecho, o en la famosa frase de Thomas Hobbes: “Donde no hay ley, no hay injusticia”<sup>19</sup>. Lo jurídicamente ilícito se hace parte de la red del derecho, aun cuando la conectividad del sistema (una decisión en derecho que se conecta a otra decisión en derecho posterior) sea asegurada por lo jurídicamente lícito. Dicho de otro modo, el valor positivo tiene una superioridad operativa sobre el valor reflexivo precisamente porque estabiliza la autopoiesis del sistema.

Pero la paradoja es que al interior de la red de conectividad autoproducida por el valor positivo, se encuentra el valor reflexivo como exclusiva hacia el exterior de la red autopoietica. Es esta exclusiva hacia el exterior lo que permite a la autopoiesis del derecho ejercer un continuo *fitness* con el

<sup>18</sup> LUHMANN, N. *Soziale systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984. p. 61.

<sup>19</sup> HOBBS, T. *Leviatán*. Buenos Aires: Losada, 2004. p. 131.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

entorno, en cuanto hace posible la reacción del derecho a operaciones sociales que demandan cambios al sistema (lo irritan) en lo que se ha de considerar lícito o ilícito jurídicamente. Si no fuera por esta exclusiva, el derecho nunca cambiaría. Es decir, la irritación es tal gracias a la autopoiesis; no sería irritación si no fuese captada por la red de autoproducción. Pero precisamente por ello la autopoiesis del derecho es incompleta, debe recurrir a algo que no está en su red para recrear su red, lo que es por cierto una paradoja, pues nada autopoietico puede ser incompleto en sí mismo. En otras palabras, la irritación es un momento de la autopoiesis que, en tanto suplemento, la niega, aunque esa negación sea la que le permita continuar.

Por esto el derecho no puede representarse como teoría pura (*á la* Kelsen) o como derivación de una norma fundamental (*á la* Hart). Ambas formulas pretenden una completitud del derecho que la paradoja del código sistémico excluye, porque incluye supropia negación, es decir, incluye el acceso a lo que no es propio como condición de posibilidad de su formación y continuidad como sistema. Representaciones como estas niegan la posibilidad de transformación y adaptación jurídica; niegan la condición evolutiva de *fitness* del derecho, o en el mejor de los casos la derivan hacia las capacidades interpretativas de ‘buenos jueces’, los que por lo demás siempre escasean.

Todo esto, no obstante, no significa que el derecho pueda determinarse por su entorno. La decisión debe ser jurídica, debe sustentarse en el derecho vigente para tener validez jurídica e implementarse con fuerza de ley. Esto constituye el segundo aprendizaje.

#### 4 SEGUNDO APRENDIZAJE: NO HAY DERECHO FUERA DEL DERECHO

Retóricay recursivamente, la clave fundamental de este aprendizaje puede expresarse del modo siguiente: no hay derecho fuera del derecho que le dé derecho al derecho para ejercer el derecho. Lo que esta afirmación busca establecer, es que,

a pesar de la incompletitud o paradoja fundante del derecho como un derecho que requiere del no-derecho para ser derecho, el sistema pospone esa indecidibilidad originaria por medio de una decisión jurídicamente regulada en el procedimiento. Al contrario de la posición de Teubner<sup>20</sup> al respecto, el momento de decisión en el sistema jurídico no constituye ninguna *locura*. Ciertamente la decisión preserva su carácter de indecidible, lo que le permite justamente aparecer como decisión y no como reproducción de un esquema preestablecido, pero la indecidibilidad es limitada en el marco del procedimiento, de manera tal que se vuelve una decisión procedimental. La decisión queda sujeta a la limitación estructural de lo posible – limitación estructural aportada por el procedimiento que ha sido jurídicamente establecido para liberar el momento de decisión de una sobreproducción de posibilidades que extenderían las consideraciones de la decisión extensamente más allá del derecho. El procedimiento limita las consideraciones actualizables sin que ello se transforme en un algoritmo para ‘encontrar’ la decisión – en cuyo caso no se trataría de una decisión, sino de un descubrimiento.

La procedimentalización de la decisión reduce las posibilidades de apertura cognitiva. Ningún juez argumenta inspiración divina para la resolución de un caso – y en aquellos en que esto se hace, entonces el recurso a la trascendencia está estipulado inmanentemente, por ejemplo, como unidad de derecho y religión, o de código civil y textos sagrados. De algún modo u otro, el derecho tiene que ejercer su autonomía, y si no la tiene, al menos debe ficcionalizarla asumiendo inmanentemente la trascendencia como codificación de la inmanencia (en el caso del Islam), o imponiéndose el mismo por medio de una violencia originaria que se invisibiliza sea como fundación (en el caso del colonialismo), como superación de crisis político-institucional (en el caso de totalitarismos), o como imperio del derecho (en el caso de la democracia). Es decir, el derecho debe traducir el no-derecho en sistema jurídico para poder emplearlo. En términos

<sup>20</sup> TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

jurídicos clásicos se diría: el derecho debe positivizarse. Es precisamente esta traducción la que, a la vez, lo clausura operativamente y lo abre cognitivamente al entorno – ahí está el clivaje de su paradoja, de su incompletitud, pero también, el motor de su operación como sistema/entorno.

En todo caso, esta es una oportunidad para el cinismo, como Luhmann lo expresa en relación al derecho nazi (aplicable también en casos de dictaduras):

Los nacionalsocialistas no suspendieron el Art. 1 de la ley Constitucional de los tribunales, a pesar de todas las declaraciones acerca de la unidad de estado y derecho y a pesar de que todo se quería supeditar al principio del Führer. Introdujeron nuevos contenidos y con eso sujetaron las leyes a nuevas opiniones, suspendieron legalmente a los jueces no gratos, instituyeron tribunales especiales. Todo esto habría sido suficiente para conseguir aceptación política dentro del derecho. Pero para ellos lo importante era conservar la superioridad en cualquier conflicto político imaginable. Los tribunales ciertamente se consideraron como formas de realización de la voluntad del Führer y la disposición de las competencias correspondientes estaban sujetas a las intromisiones políticas —incluyendo la acusación posible, dependiendo del caso, ante los tribunales especiales. No obstante, no estaban permitidas las intromisiones políticas en los procesos en curso.<sup>21</sup>

Es decir, cuando el derecho no es independiente, la independencia se puede escenificar, mientras tras el telón se escribe el guión y se pautea a los actores. Las proclamas políticas acerca de que ‘los jueces y fiscales hagan bien su labor y piensen primero en las víctimas’<sup>22</sup>, parecen inocentes frente al elaborado cinismo totalitario o dictatorial.<sup>23</sup> Pero la paradoja de esto es que uno nunca sabe qué sucede tras la cortina, y los que creen saber, no ven que no ven lo que no ven, es decir, no se dan cuenta que tras ellos

hay otra cortina. Escenificación y realidad del derecho son generalmente indistinguibles, y cuando la escenificación logra ser desencubierta, ya no se pueden deshacer sus consecuencias, precisamente porque se trata de derecho.

Por cierto siempre se puede querer recurrir al derecho fuera del derecho para hacer visibles estos callejones oscuros. Entonces se puede pretender ver la luz en la *lex aeterna*, en la *lex divina*, en la *lex naturalis*, o últimamente en la moral – en todo caso, en la *buena moral*. Con ello se podría encontrar un punto de anclaje para enjuiciar al derecho; pero no parece que haya existido un momento en la historia en que el derecho que tenemos sea el derecho que queremos. Es decir, enjuiciar al derecho no es ninguna novedad. Y si queremos adecuarlo a esas estructuras externas, entonces debemos transformarlo en derecho, con lo que lo divino, eterno y natural se vuelve jurídicamente calculable, contingente y artificial. Por último, habría que pensar que la misma sociedad que inventa un derecho imperfecto, inventa igualmente a Dios y la Naturaleza como sus *locus* de control externo. Es decir, en el reino de los cielos también habría que esperar imperfecciones y micrófonos ocultos – como quedó demostrado en las conspiraciones vaticanas en 2012.<sup>24</sup> Toda trascendencia del derecho es siempre inmanencia de la sociedad. No hay *otro mundo* al cual recurrir como *terra firma*, y en el que se puedan exculpar las fragilidades de *este mundo*.

## 5 TERCER APRENDIZAJE: FACTICIDAD DE LA NORMA

La norma válida está provista de la misma facticidad que la facticidad más pura. Al menos

<sup>21</sup> LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, p. 138.

<sup>22</sup> Ver, por ejemplo, las declaraciones del gobierno de Chile (2010-2014) en torno al sistema judicial: EL MERCURIO. Asociación de jueces acusó ‘intimidación’ del gobierno contra el poder judicial. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/22/509263/asociacion-de-jueces-acuso-presion-del-gobierno-contra-el-poder-judicial.html>>. Acceso en: septiembre 2012 y EL MERCURIO. Ministros Ribera y Matthei cruzan declaraciones por críticas a fallos de los jueces. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/08/10/555086/ministros-ribera-y-matthei-cruzan-declaraciones-por-criticas-a-fallos-de-los-jueces-ante-hechos-de-violencia.html>>. Acceso en: septiembre 2012.

<sup>23</sup> Para esto ver MASCAREÑO, A. The many faces of justice (115-136). En: \_\_\_\_\_; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

<sup>24</sup> EHLERS, F. Document exposes Pope’s frail leadership. *Der Spiegel* [Online]. June 4, 2012. Disponible en: <<http://www.spiegel.de/international/europe/vatileaks-scandal-exposes-pope-s-frail-leadership-a-836825.html>>. Acceso en: septiembre 2012.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

desde Habermas<sup>25</sup> se ha puesto de moda distinguir entre facticidad y validez de las normas. La validez sería el valor positivo de ese código, y la facticidad el valor reflexivo. ‘Valor reflexivo’ es aquel que, por oposición, permite pensar en que la *primera realidad* de las cosas es precisamente su contrario: si la facticidad es valor reflexivo, entonces la validez es la primera realidad de la norma; la norma debe ser originalmente válida para ser norma, solo después se puede pensar en su facticidad. Esta distinción es de especial interés para la relación entre derecho y política por medio de la legislación. Se puede suponer que la legislación es el procedimiento que evita la facticidad del mundo y que expande socialmente la validez de la norma que regula el mundo – precisamente porque la legislación se trata de un procedimiento válido y no de una decisión arbitraria o puramente fáctica.

Esta concepción algo estática de las cosas, no toma en consideración la necesidad de la norma de realizarse fácticamente, ni tampoco la facticidad de las pretensiones de validez. No considerar la facticidad de la norma, la degrada a una pura manifestación, a una emanación del espíritu, que requeriría de algo externo, de algo *fáctico*, para hacerse valer. Luhmann expresa esto en relación al problema de la normatividad:

Aunque esté orientado contrafácticamente, el sentido del *deber ser* no es menos fáctico que el sentido del *ser*. Fáctica es toda expectativa, su cumplimiento tanto como su no cumplimiento. Lo fáctico abarca lo normativo. Se debe renunciar a la habitual contraposición de lo fáctico y lo normativo. Esta es una construcción conceptual equívoca, como si se quisiera contraponer a seres humanos y mujeres – una maniobra conceptual en detrimento de las mujeres en este caso, y en perjuicio del *deber ser* en aquel. Lo normativo tiene una contraposición adecuada no en lo fáctico, sino en lo cognitivo. Solo entre estas dos posiciones para el procesamiento de decepciones se puede elegir significativamente; no entre lo fáctico y lo normativo.<sup>26</sup>

Para hacerse operativo el *deber ser* debe ser inmanentemente fáctico. No se cambian las

condiciones del mundo por una inflexión del espíritu, y no se puede suponer que la acción normativa deja de serlo – y se vuelva fáctica – cuando se opone fácticamente a determinados acontecimientos en el mundo. Ello supondría la paradoja de imposibilidad inmanente a la norma de poder realizar aquello que se dice *debe* realizar, pues para operar en el mundo no se puede sino operar fácticamente, y ello sería abrogar de la norma. La facticidad está permanentemente integrada en la normatividad, de manera tal que no se requiere de un acto de desdoblamiento para sostener la norma: ella también se puede sostener por la fuerza de los hechos.

Por otro lado, las pretensiones de validez normativa no se expresan solo argumentativamente, sino también fácticamente – sea por medio de protestas, manifestaciones, actos de desobediencia civil, como por ejemplo en Egipto, en Libia, en los indignados españoles, los *occupy-wallstreet*, y por cierto también en los estudiantes chilenos del 2011.<sup>27</sup>

No considerar la facticidad de pretensiones de validez expresadas fácticamente, subvalora la fuerza performativa y democrática de algunas de esas acciones; las degrada a una especie de acción *subraccional* que solo podría consumarse si ella termina en una mesa en el diálogo de razones.

Más que una distinción, facticidad y validez constituyen un círculo de recursión cuyos momentos no pueden ser subvalorados o jerarquizados por el derecho. La norma requiere facticidad para imponerse sobre el quebrantamiento de expectativas normativas; y solo fácticamente se pueden expresar pretensiones de validez que previamente no ha querido ser escuchadas. Enarbolar las banderas de la validez por sobre las de la facticidad, debilita al derecho y la propia continuidad de la validez de la norma; genera una especie de falla tectónica que puede abrir al derecho al cinismo y la evasión.

<sup>25</sup> HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2000.

<sup>26</sup> LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*, p. 43-44.

<sup>27</sup> MASCAREÑO, A; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

## 6 CUARTO APRENDIZAJE: DERECHO COMO ESTRUCTURA DE PROMOCIÓN DE CONFLICTOS

El derecho es el más eficiente promotor de conflictos en nuestra modernidad tardía. La función del derecho de estabilizar expectativas normativas en vista a decepciones previsibles, se realiza a un alto precio: el derecho debe hacer determinable lo indeterminable. Esto significa dos cosas: primero, que hay que transformar la inconmensurabilidad de la justicia en cálculo jurídico, y sancionar con cinco años de cárcel a uno y cinco años y un día a otro. Dicho en términos derridianos, esto se expresa del modo siguiente:

El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento de cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable; y las experiencias aporéticas son experiencias tan improbables como necesarias de la justicia, es decir, momentos en la *decisión* entre lo justo y lo injusto no está jamás asegurada por una regla.<sup>28</sup>

En segundo lugar, la transformación de justicia en derecho, tiene como consecuencia que el derecho no puede decidir entre decidir y no-decidir, es decir, el tribunal siempre tiene que establecer una decisión:

[...] los tribunales – por razones jurídicas – deben decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente. Solo a ellos les incumbe el manejo de la paradoja del sistema [...] Solo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación; solo ellos fingen, cuando es necesario, la indisponibilidad de los principios. Solo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, solo ellos gozan el privilegio de poder transformar la necesidad en libertad.<sup>29</sup>

Esto no es ‘decisionismo’ en el sentido de Carl Schmitt, pues el propio derecho resguarda que la decisión no sea desplegada de modo arbitrario. Legitimación procedimental se le denomina a esto, como más arriba ha sido dicho.

Tanto la aspiración imposible de transformar la justicia en derecho, como la imposibilidad

de no-decisión de los tribunales, suponen a la vez consecuencias para el resto de la sociedad que observa al derecho. La principal de estas consecuencias es que se reduce la aversión al conflicto en la acción individual precisamente porque, ante la existencia de una estructura de regulación, la acción puede permitirse seguir intereses egoístas. Esta promoción del conflicto puede adquirir básicamente dos formas.

Primero, la acción social se desmoraliza, se reducen las presiones en cada acción para atender a prescripciones morales orientadas a la integración social (bien común, solidaridad, cohesión) y se enfatizan tendencias de tipo racional con arreglo a fines (logro individual, beneficio personal, ganancia particular). Ello aumenta la conflictividad en la sociedad, y esto, a su vez, incrementa la legitimación del derecho como posibilidad para el procesamiento de esos conflictos. En términos de Luhmann:

[...] uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza.<sup>30</sup>

Si esto no es tendencia al conflicto, al menos es indiferencia y despreocupación por la integración social. Probablemente esto haga pensar que es al derecho al que se transfiere la responsabilidad por la integración social, pero esto supondría creer que tanto el derecho como los públicos del derecho quedan contentos o satisfechos con toda decisión jurídica.

Precisamente esto último, provoca la segunda fuente de conflictividad que emana desde el derecho. En la transformación de la justicia en ley, el derecho opera como el economista que justifica la reducción social que producen sus modelos matemáticos con una fórmula técnica del tipo: ‘no es posible incluir todas las variables relevantes en el modelo’. Como la economía, el derecho tiene que reducir la justicia a variables. Que el propio derecho no queda contento con

<sup>28</sup> DERRIDA, J. *Fuerza de ley*, p. 39.

<sup>29</sup> LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, p. 382.

<sup>30</sup> LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, p. 189.

eso, se constata en la generación de múltiples formas de redundancia interna: diferenciación de instancias procesales, diferenciación de tribunales, de normas, argumentaciones, e incluso activismo judicial. Ello provoca fuertes conflictos de normas al interior del derecho que, ahí mismo, son resueltas por medio de la autoridad ejercida en forma de jerarquía de tribunales. Esta jerarquía de tribunales está, por cierto, jurídicamente legitimada, pero esto no obsta para que ella misma constituya una introducción de *fuerza mística* al interior del derecho:

El surgimiento mismo de la justicia y el derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho, implica siempre una fuerza interpretativa y una llamada a la creencia [...] Ahora bien, la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia realizativa y por tanto interpretativa, que no es justa o injusta en sí misma, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundador, ninguna fundación preexistente, podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a lo realizativo del lenguaje instituyente o su interpretación dominante [...] El discurso encuentra ahí su límite: en sí mismo, en su poder realizativo mismo. Es lo que aquí propongo denominar (desplazando un poco y generalizando la estructura) lo *místico*.<sup>31</sup>

La génesis del derecho y la justicia emerge, por tanto, de la negatividad, de una ausencia, pero cuando emerge, genera su propia continuidad y su autopoiesis. En el origen prevalece *la nada*. Por ello, el sistema debe ocultar esa *nada* mediante jerarquía. De otro modo, se requeriría de una continua regresión sobre fundamentos no fundamentables que inmovilizaría al sistema y lo petrificaría en un conflicto eterno consigo mismo.

Tampoco los públicos del derecho quedan contentos con la modelación de la justicia. En tanto la decisión jurídica siempre supone distinguir entre quien tiene el derecho de su parte y quién no. Entonces la única situación en la que ambas partes salen conformes con el

derecho, es – por ejemplo – cuando los cónyuges se separan de común acuerdo. Lo más que se puede esperar de las partes a las cuales el derecho no les reconoció *su derecho*, es resignación, pero nunca conciliación con los favorecidos por el derecho. Es decir, el derecho resuelve el conflicto jurídico interno, pero deja intacta la dimensión extrajurídica del problema que originó el acercamiento al derecho; el conflicto continúa fuera del derecho, el que incluso se inmuniza frente a la continuidad de ese conflicto – *res judicata* le dicen los que saben.

Por cierto que el derecho resuelve los conflictos que está llamado a resolver – aunque no pocas veces los pospone demasiado y otras sencillamente los ignora, como la historia de las transiciones pactadas lo demuestra. Pero cuando resuelve, los resuelve para el derecho, no para el resto de la sociedad. Por ello, entender al derecho en nuestra paradójica modernidad como un mecanismo de resolución de conflictos o como una vía de integración social, es a lo menos, demasiado optimismo – sin embargo, derridianamente, puesto que no hay derecho fuera del derecho, también se puede sostener que es justo que haya derecho que no puede ser justo, y aceptar el conflicto que ello genera.

## 7 QUINTO APRENDIZAJE: DERECHO DE LA SOCIEDAD MUNDIAL

La autoconciencia de la modernidad clásica se formó a la sombra del particularismo del estado-nación y a la luz de una razón que se entendía de modo universal. La autoconciencia de nuestra modernidad tardía se comienza a formar en las arenas movedizas de la paradoja de una sociedad crecientemente mundial (ver Stichweh<sup>32</sup>). Quienes ganan con esto son los que hoy tienen la suficiente flexibilidad para cognitivizar las normas con el fin de resguardarlas ante la ironía de las guerras cosmopolitas en nombre de nuestros derechos humanos, ante el cinismo de un derecho internacional que en ocasiones

<sup>31</sup> DERRIDA, J. *Fuerza de ley*, p. 32-33.

<sup>32</sup> STICHWEH, R. *Die Weltgesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

se transforma en un apéndice de la voluntad de estado, ante la evasión de la responsabilidad por la desigualdad en nombre de una estabilidad económica que nunca ha sido realmente estable. Los que pierden, en cambio, son los que insisten en que hoy esos problemas se pueden solucionar en el marco de los límites del estado nación y su derecho, y los que creen *irracionalmente* en la superioridad de la razón como fuente del derecho, excluyendo otras posibilidades.

Mi última proposición de aprendizaje del derecho, se deriva del principio de racionalidad práctica de tipo popular: *no hay peor ciego que el que no quiere ver*. El ciego es el derecho nacional; y lo que no quiere ver es que desde hace por lo menos 20 años se forma un derecho supranacional independiente del estado, aunque con vinculaciones con él. Por supuesto con esto no me refiero al derecho internacional de tratados políticos, sino a aquellos espacios jurídicos que se desarrollan por la fuerza de la interacción social más allá del estado y su derecho. Ejemplos de esto son los tribunales arbitrales comerciales y la *lex mercatoria*, la Corte de Arbitraje de Deportes y la *lex sportiva*, las regulaciones financieras de Basel, el tribunal supranacional financiero (Prime Finance) creado este año en la Haya y la naciente *lex financiera*, el tribunal de ICANN y la *lex digitalis*, y también cortes supranacionales como la Corte de Justicia Europea<sup>33</sup>.

Si el surgimiento del derecho nacional había sido entendido en un acoplamiento fuerte con la política – Habermas<sup>34</sup> hablaba de una relación

interna – lo que estos casos muestran es que el derecho también surge en un acoplamiento fuerte con otros sistemas funcionales. Que el derecho nacional no quiera reconocerlos, es solo un problema para el derecho nacional – más aun cuando el argumento es que no existen porque *deben* existir, o que no son suficientemente democráticos como supuestamente lo ha sido el derecho en el nivel nacional<sup>35</sup>. En el mejor de los casos, la visión clásica denomina a estos regímenes *soft law*, para diferenciarlos del *hard law* nacional.<sup>36</sup> Ya esa denominación es paradójica, pues *soft law is not non-law*; o dicho de otro modo, *soft law* es al menos *law* – y eso es lo único que importa.

Esto genera paradojas y conflictos, pero también formas de cooperación entre lo nacional y lo supranacional. Paradoja es por ejemplo que una parte de la controversia recurra al tribunal arbitral que estipula el tratado comercial interestatal y la otra recurra al tribunal del contrato, y que ambos tribunales fallen cosas opuestas.<sup>37</sup> Conflicto es, por ejemplo, que la FIFA prohíba por estatutos el acceso a la justicia doméstica en conflictos deportivos y administrativos, y sorprendente es que todos le hagan caso<sup>38</sup>; conflicto es también que un tribunal supranacional decida según *lex mercatoria*, mientras el tribunal nacional ni siquiera sepa qué significa *lex*, y menos *mercatoria*.<sup>39</sup> Y cooperación es, por ejemplo, que los procedimientos se emulen unos a otros, que se empleen leyes nacionales en tribunales supranacionales, que se coopere entre tribunales

<sup>33</sup> Al respecto ver: McLAREN, R. Introducing the Court of Arbitration for Sport: The *ad hoc* division at the olympic games. *Marquette Law Sports Review* [Online] 12(20). 2001. Disponible en: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=sportslaw>>. Acceso en: septiembre 2012; CALLIES, G.P. *Globale Zivilregimes*. *Lex mercatoria und ICANN UDRP* [Online]. Elektronische Dokumente Universitätsbibliothek. 2004. Disponible en: <<http://publikationen.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/year/2005/docId/3902>>. Acceso en: septiembre 2012; NOTTAGE, L. The procedural *lex mercatoria*: The past, present and future of international commercial arbitration. *Sydney Law School Research Paper* [Online] 6(51). 2006. Disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=838028#](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028#)>. Acceso en: septiembre 2012; PRIME FINANCE. *Finance* [Online]. 2012. Disponible en: <<http://www.primefinancedisputes.org/>>. Acceso en: septiembre 2012; MASCAREÑO, A. The ethics of the financial crisis (333-353). En: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBRAJJO, A. (Eds.). *Crisis in constitutional perspective: The dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing. 2011; MASCAREÑO, A. Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial. Momentos de universalidad en la *lex mercatoria*. *Dilemata* 13: 45-68, 2013; MASCAREÑO, A.; MEREMINSKAYA, E. The making of world society through private commercial law. The case of the *unidroit* principles. *Uniform Law Review*. DOI: 10.1093/ulr/unt019, 2013.

<sup>34</sup> HABERMAS, J. *Facticidad y validez*.

<sup>35</sup> Ver HÖFFE, O. *La justicia en un mundo globalizado*. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez, 2010.

<sup>36</sup> ZÜM, M.; ZANGL, B. *Verrechtlichung jenseits des Staates – Bausteine für Global Governance*. Bonn: Dietz, 2004.

<sup>37</sup> MEREMINSKAYA, E.; MASCAREÑO, A. Collisions of legal regimes in world society. The umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination. En: FERNÁNDEZ, M.A. (Ed.) *Bernardo Cremades Liber Amicorum*. Madrid: Kluwer International, 2010. p. 819-842.

<sup>38</sup> FIFA. Suspensión de la Federación peruana de fútbol. *Comunicado Oficial* martes 25 de noviembre 2008 [Online]. Disponible en: <<http://es.fifa.com/aboutfifa/federation/releases/newsid=959160.html#suspension+federacion+peruana+futbol>>. Acceso en: diciembre 2008.

<sup>39</sup> MEREMINSKAYA, E.; MASCAREÑO, A. La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno. En: MARTINIC, M.D. (Ed.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Lexis-Nexis, 2005. p. 1.391-1.427.

para anular o reponer causas arbitrales en materias comerciales, o para intercambiar información en casos específicos, o que se apliquen los mismos principios de derecho en la argumentación de decisiones en uno u otro nivel.<sup>40</sup>

Para la tradición jurídica es imposible observar la imagen completa del derecho pues observa por medio de la distinción derecho nacional/derecho extranjero, que refleja la diferencia de estados nacionales. Incluso cuando se imagina un derecho internacional, lo hace como derecho de estados y, por tanto, dependiente de acuerdos políticos, que también pueden disolverse políticamente. Dicho en otros términos, el derecho se observa normativamente, lo que le impide aprender del mundo y lo lleva a inventar formulaciones paradójicas del tipo *soft law*, que indican que habría derecho más allá del estado nacional, pero que no es tan derecho como el del estado nacional – mientras, operativamente, se ve obligado a adecuar sus estructuras nacionales a él, sea en relaciones de conflicto o cooperación. Cognición es lo que le falta al derecho para darse cuenta que hoy él es más que nunca un sistema supranacional con diferenciaciones segmentarias internas, sean nacionales o temáticas, que tiene unitariamente por función la protección de expectativas normativas frente a decepciones posibles.

## 8 CONCLUSIÓN

No sería *justo* situar solo en el derecho la necesidad de aprendizaje cognitivo. En un mundo tan altamente cambiante, de tanta aceleración, todos los sistemas se ven enfrentados a una intensa observación del entorno y a un continuo ejercicio de adaptación de su devenir interno. Una economía normativa, por ejemplo, que piense la organización de la producción bajo la perspectiva de la construcción de un desarrollo nacional endógeno, carece de sentido bajo los niveles de inversión, de transacción financiera,

de integración de capitales, de transnacionalidad de firmas que actualmente caracterizan a la sociedad mundial. Tampoco la tecnología podría solo aferrarse a un tipo de instrumentos. El estilo dominante de la tecnología es cognitivo, por ello ya no se opera con señales de humo para la comunicación a distancia. Incluso la religión – el más normativo de los sistemas – cognitiviza su devenir interno por medio de la hermenéutica de textos, bajo la pregunta ¿qué orientación entregan las Escrituras ante el mundo de hoy?

Para el caso del derecho, sin embargo, el problema es aun más relevante, pues en la sociedad mundial moderna la responsabilidad por las expectativas normativas ya no está situada en la trascendencia: en una vida después de la vida, en una utopía al final de la historia, o en una necesidad ineludible proveniente de la naturaleza humana, sino en la inmanencia del derecho. Esto hace del aprendizaje cognitivo del derecho una operación ineludible, pues las expectativas normativas que el derecho protege, no son inventadas por el derecho; son generadas en la sociedad más allá del derecho, y para observarlas, hay que estar constantemente atento al mundo y aprender de él. Dicho derridianamente, la incompletitud del derecho se muestra en su aprendizaje del mundo.

Como Ulises, el derecho puede seguir amarrándose al mástil de su dogmática, de su trascendencia imaginada, de su descripción como solucionador de conflictos, o de su nacionalidad para evitar a las sirenas en el océano de su inmanencia. Pero eso es como pararse en el umbral de la puerta cuando hay terremoto: genera una ficción de seguridad, pero no importa nada cuando la casa se viene abajo. En una sociedad mundial plena de paradojas, el derecho se transforma en una especie de asilo de las expectativas normativas de justicia. Confiscarlo dogmática o nacionalmente es renunciar a la inmanencia del derecho y, por tanto, a su propia función. Y eso, seguramente, no es lo que en definitiva queremos.

<sup>40</sup> KJAER, P. La metamorfosis de la síntesis funcional. Una perspectiva europeo-continental sobre governance, derecho y lo político en el espacio transnacional (153-204). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012.

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

## REFERENCIAS

- CALLIES, G.P. *Globale Zivilregimes. Lex mercatoria und ICANN UDRP* [Online]. ElektronischeDokumenteUniversitätsbibliothek. 2004. Disponible en: <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/year/2005/docId/3902>>. Acceso en: septiembre 2012.
- DERRIDA, J. *Fuerza de ley*. Madrid: Tecnos, 2002.
- \_\_\_\_\_; FERRARIS, M. *A taste for the secret*. Cambridge: Polity Press, 2002.
- EHLERS, F. Document exposes Pope's frail leadership. *Der Spiegel* [Online]. June 4, 2012. Disponible en: <<http://www.spiegel.de/international/europe/vatileaks-scandal-exposes-pope-s-frail-leadership-a-836825.html>>. Acceso en: septiembre 2012.
- EL MERCURIO. Asociación de jueces acusó 'intimidación' del gobierno contra el poder judicial. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/10/22/509263/asociacion-de-jueces-acuso-presion-del-gobierno-contra-el-poder-judicial.html>>. Acceso en: septiembre 2012.
- EL MERCURIO. Ministros Ribera y Matthei cruzan declaraciones por críticas a fallos de los jueces. *El Mercurio* [Online]. Octubre 2011. Disponible en: <<http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/08/10/555086/ministros-ribera-y-matthei-cruzan-declaraciones-por-criticas-a-fallos-de-los-jueces-ante-hechos-de-violencia.html>>. Acceso en: septiembre 2012.
- FIELDBAUM, A. Operación y deconstrucción. Luhmann, Derrida y las lecturas del romanticismo alemán (235-248). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012. p. 235-248.
- FIFA. Suspensión de la Federación peruana de fútbol. *Comunicado Oficial*, martes 25 de noviembre 2008 [Online]. Disponible en: <<http://es.fifa.com/aboutfifa/federation/releases/newsid=959160.html#suspension+federacion+peruana+futbol>>. Acceso en: diciembre 2008.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2000.
- \_\_\_\_\_. *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires: Katz Editores, 2008.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- HOBBS, T. *Leviatán*. Buenos Aires: Losada, 2004.
- HÖFFE, O. *La justicia en un mundo globalizado*. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez, 2010.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KJAER, P. La metamorfosis de la síntesis funcional. Una perspectiva europeo-continental sobre governance, derecho y lo político en el espacio transnacional (153-204). En: CADENAS, H.; MASCAREÑO, A.; URQUIZA, A. (Eds.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago: RIL Editores, 2012.
- LEIBNIZ, G. *Philosophical Essays*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1989.
- LUHMANN, N. *Soziale systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Beobachtungen der Moderne*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1992.
- \_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. México DF: Universidad Iberoamericana, 2002.
- MASCAREÑO, A. The ethics of the financial

## 1.1 TEORIA SOCIOJURÍDICA INTERNACIONAL

crisis (333-353). En: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBRAJO, A. (Eds.). *Crisis in constitutional perspective: The dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011.

\_\_\_\_\_. *Die Moderne Lateinamerikas*. Bielefeld: transcript, 2012.

\_\_\_\_\_. The many faces of justice (115-136). En: \_\_\_\_\_; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

\_\_\_\_\_; ARAUJO, K. (Eds.). *Legitimization in world society*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2012.

\_\_\_\_\_. Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial. Momentos de universalidad en la *lex mercatoria*. *Dilemata* 13: 45-68, 2013.

\_\_\_\_\_; MEREMINSKAYA, E. The making of world society through private commercial law. The case of the unidroit principles. *Uniform Law Review*. DOI:10.1093/ulr/unt019, 2013.

McLAREN, R. Introducing the Court of Arbitration for Sport: The *ad hoc* division at the olympic games. *Marquette Law Sports Review* [Online] 12(20), 2001. Disponible en: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=sportslaw>>. Acceso en: septiembre 2012.

MEREMINSKAYA, E; MASCAREÑO, A. La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno. En: MARTINIC, M.D. (Ed.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Lexis-Nexis, 2005. p. 1.391-1.427.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Collisions of legal regimes in world society. The umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination. En: FERNÁNDEZ, M.A. (Ed.) *Bernardo Cremades Liber Amicorum*. Madrid: Kluwer International, 2010. p. 819-842.

NOTTAGE, L. The procedural *lex mercatoria*:

The past, present and future of international commercial arbitration. *Sydney Law School Research Paper* [Online] 6(51). 2006. Disponible en: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=838028##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028##)>. Acceso en: septiembre 2012.

PRIME FINANCE. *Finance* [Online]. 2012. Disponible en: <<http://www.primefinancedisputes.org/>>. Acceso en: septiembre 2012.

SLOTERDIJK, P. *Derrida, un egipcio*. El problema de la pirámide judía. Buenos Aires: Amorrortu, 2007.

STÄHELI, U. *Sinnzusammenbrüche*. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000.

STICHWEH, R. *Die Weltgesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2002.

TEUBNER, G. Economics of gift – Positivity of justice. *Theory, Culture & Society* 18(1): 29-47, 2001.

ZÜM, M.; ZANGL, B. *Verrechtlichung jenseits des staates* – Bausteine für global governance. Bonn: Dietz, 2004.

Autor convidado