

PENSAR EL DERECHO DESDE EL DERECHO: REFLEXIONES COMO OPERADORA JURÍDICA

ARTÍCULO

ÉRIKA FONTÁNEZ TORRES*

I. Los y las académicas como operadores del Derecho.....	889
A. El quehacer jurídico frente a Bourdieu y a Luhmann: La observación de la operación del Derecho.....	891
II. La comunicación sistémica del Derecho: una observación luhmanniana del segundo orden.....	893
A. La operación autopoietica del Derecho.....	893
1. ¿Posibles implicaciones?.....	895
B. Observar la operación del Derecho.....	895
III. El campo jurídico: Una operadora del Derecho en observación	898
IV. Ubicación: Pensar desde el campo jurídico y en el segundo orden	900
V. Operadores jurídicos y artefactos semánticos	901
A. ¿Cuál es la ubicación de la intelectual o el intelectual en las teorías de Luhmann y Bourdieu? ¿Qué nos dice esto sobre pensar el Derecho?.....	902

Mi deber es proteger la pregunta, a pesar de la ansiedad que produce.¹

-Avital Ronell

Cada comienzo de un semestre académico nos damos a la tarea de pensar en nuestro quehacer universitario como docentes, o al menos deberíamos hacerlo.²

* Catedrática Asociada, Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Agradezco la invitación que me hiciera el estudiante de derecho y director asociado de la Revista Jurídica de la UPR, Ramón A. Parrilla Carbia, para convertir estas reflexiones en un artículo para la Revista en ocasión del Centenario de la Escuela de Derecho de la UPR. Deseo reconocer y agradecer, además, sus comentarios al borrador del artículo e intercambios sobre el tema y su labor editorial en el mismo. La ponencia que se cita y forma parte del artículo contó además con la ayuda de Rohemir Ramírez Ballagas, quien fuera mi asistente de investigación al momento de presentarla en la Universidad de Buenos Aires en octubre de 2010. Por supuesto, las reflexiones tal cual aquí expuestas son de mi entera responsabilidad.

1 La filósofa contemporánea, Avital Ronell, estuvo de visita y dictó una conferencia magistral en la Universidad de Puerto Rico, Facultad de Humanidades, Sala Enjuto, el 12 de marzo de 2012. Allí, a preguntas del público sobre el rol de la docencia y los tiempos de incertidumbre en el saber, dijo: "My duty is to protect the question, despite the anxiety it produces." Avital Ronell, conferencia en la Facultad de Humanidades de la Universidad de Puerto Rico (12 de marzo de 2012).

2 Sobre ello, el profesor Bernat Tort propone:

La docencia, según las pautas y reglamentaciones de la propia academia, en nuestro caso, la Universidad de Puerto Rico, están constituidas por tres haberes: la enseñanza, la publicación y el servicio público (a la comunidad universitaria y al País). En nuestras autoevaluaciones llevamos a cabo un proceso primordialmente administrativo de cómo nos hemos desempeñado en cada uno de estos renglones.

No obstante, esta reflexión no necesariamente forma parte de la reflexión académica colectiva, ni es objeto en sí mismo de la reflexión académica-intelectual. Por eso, ya en otros lugares he planteado³ que más allá de esa autoevaluación administrativa, que surge en el contexto de solicitudes de aumento de salario o de ascenso en rango, cada comienzo de un semestre académico representa una oportunidad, no solo de preparación para nuestro día a día docente, sino para ubicarnos conscientemente en la performatividad de la docencia y lo intelectual. Habría que decir que lo que planteo es de particular relevancia e importancia para el mundo jurídico pues este cuenta con una dimensión profesional, que a veces se trata como su única dimensión, sobre todo en el mundo anglosajón, y que está mucho más en escrutinio de lo que está su quehacer académico.

A cien años de haberse fundado la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, no podemos sino aprovechar la oportunidad para pensar en voz alta sobre estos asuntos y compartir unas anotaciones sobre lo que considero las diferentes aristas de lo que implica ser, al decir de Bourdieu, una operadora del Derecho desde la academia. La publicación de este ensayo guarda ese propósito pero solo como comienzo de esta conversación. Me propongo compartir – en el contexto de nuestro centenario y en nuestra casa, la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico – algunas ideas o más bien cuestionamientos que parten de la teoría social y jurídica y que forman un conjunto de interrogantes que me he planteado en los últimos años sobre el quehacer intelectual en el contexto jurídico. Como parte de esta reflexión y a modo de invitación lo que aquí publico es una primera parte de esa reflexión que coincide con la versión editada de una

¿Qué enseñamos, cómo enseñamos, pero sobre todo para qué enseñamos? Estas son las preguntas que nos invita a contestar el comunismo de la inteligencia. Estas son las contestaciones que tenemos que tener antes de poner un pie en el salón de clases. Sin ellas, nuestra tarea se reduce a la mera reproducción del saber, a la imposición jerárquica de cánones y requisitos disciplinarios. Sin ella, la Universidad se reduce a una institución productora de *status quo*.

Bernat Tort, *El comunismo de la inteligencia*, REV. DIGITAL 80 GRADOS (22 de diciembre de 2011), <http://www.80grados.net/el-comunismo-de-la-inteligencia>.

³ Véase Érika Fontánez Torres, *Pensar (en) la educación jurídica en tiempos de (re)formas*, PODER, DER. & JUST. (13 de agosto de 2011), <http://poderyambiente.blogspot.com/2011/08/pensar-en-la-educacion-juridica-en.html>.

ponencia que presenté sobre el tema en la Universidad de Buenos Aires.⁴ Añado algunas premisas y contexto para dar pie a lo que espero sea una línea de reflexión sobre nuestro quehacer intelectual, *en* nuestro propio quehacer intelectual.

Con esto en mente, se trata, entonces, de preguntarnos sobre el (nuestro) quehacer jurídico-intelectual, por la racionalidad de este quehacer, por los supuestos que lo acompañan y lo han acompañado. Algunas interrogantes: ¿Qué significa a cien años de una trayectoria exitosa, hoy día, la docencia desde la academia jurídica? ¿Qué implica y conlleva *pensar el derecho, mirarlo*? ¿Cuáles son las dimensiones de lo que sería una intelectual del Derecho? Estas preguntas nos llevarían a apuntar hacia algunas reflexiones e impresiones críticas sobre nuestras contribuciones en el pasado reciente – a cien años de fundada la Escuela de Derecho – sobre las posibilidades futuras y, quizás, abordar las urgencias que estos años reclaman, precisamente hoy cuando el proyecto universitario atraviesa una transformación, tal vez paradigmática. Y es que, cómo no hacer esta reflexión en momentos en que precisamente se cuestionan los cimientos y epistemologías mismas, no solo del Derecho, sino de conceptos más amplios aún como la democracia, lo político y la justicia.

I. LOS Y LAS ACADÉMICAS COMO OPERADORES DEL DERECHO

Una primera reflexión la llevé a cabo a partir de la idea de lo que sería – en términos de la teoría social – *mirar el derecho u observarlo*. Eso lo hice abordando de cerca las teorías de Niklas Luhmann y de Pierre Bourdieu. Aquí edito parte de lo que, como adelanté, presenté en unas jornadas académicas argentinas. Se trata de lo que en algún momento denominé como *observar el Derecho* y que hoy se ha transformado en *pensar el Derecho*. Las reflexiones sobre este tema las he expuesto en espacios más informales que este, como mi blog *Poder, Derecho y Justicia*,⁵ la revista digital *80 grados*,⁶ las redes sociales, y en otros medios más formales como conferencias fuera de Puerto Rico y publicaciones de alcance internacional.⁷ En cualquier caso, lo que sigue forma parte de un proceso inacabado de pensar de qué formas los y las académicas del Derecho nos ubicamos y actuamos como tal. Mi interés es examinar cómo, en tanto académica del Derecho, mi quehacer forma parte del sistema jurídico, pero también, del quehacer

4 Érika Fontáñez Torres, *Pierre Bourdieu y Niklas Luhmann frente al Derecho: la observación de la operación del Derecho, su poder de simplificación de controversias y reflexiones para sus operadores/as*, ACADEMIA. EDU, http://www.academia.edu/1166680/Pierre_Bourdieu_y_Niklas_Luhmann_frente_al_Derecho_Completo_ (última visita 8 de abril de 2013).

5 Véase PODER, DER. & JUST., <http://poderyambiente.blogspot.co.uk> (última visita 8 de abril de 2013).

6 Véase en general REV. DIGITAL 80 GRADOS, <http://www.80grados.net> (última visita 8 de abril de 2013).

7 Érika Fontáñez Torres, *La pretensión totalizadora del derecho: juridificación de controversias en Puerto Rico*, 5 REV. ELEC. INST. GJOJA (2011), http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0054_p-d-politica-y-filosofia.pdf.

intelectual más amplio y, mediante este examen, llevar a cabo una práctica más consciente de ese quehacer.

Teóricamente parto de una premisa: me acerco al Derecho como un sistema o campo social que se activa mediante comunicaciones, lógicas y racionalidades propias del sistema. En ese sentido y siguiendo al sociólogo francés Pierre Bourdieu, hay un *interior* del Derecho, que como campo social produce y reproduce un *habitus* desde y por sus operadores, quienes a su vez, mediante puja interna, legitiman lo que vendría a reconocerse como válido jurídicamente: la verdad jurídica. El sistema legal cuenta con operadores de su propia racionalidad: abogadas, juezas, académicas del Derecho, estudiantes, todas quienes como una especie de aparatos cognitivos reproducen sus comunicaciones en la esfera pública y al interior de este. Me refiero, más que a sus prácticas, a estas en tanto actos comunicativos.

Ya antes he explicitado algo de esto respecto a los abogados y abogadas⁸ y particularmente respecto a los jueces y juezas,⁹ en tanto operadores/as jurídicos/as. Tocó y todavía toca el turno a los y las académicos del Derecho en tanto reproductores e incluso críticos de ese sistema social que es el Derecho.

Pierre Bourdieu ubica el Derecho como un campo social en el cual sus operadoras configuran realidades de acuerdo con sus propios términos y racionalidades. Los operadores del Derecho que forman parte de este escenario dictan lo que *es* el Derecho, sus discursos y prácticas, de acuerdo la puja de poder a su *interior*. Niklas Luhmann, por su parte, alude al Derecho como un sistema social autopoietico que, mediante un código operacional binomial (legal/ilegal), procura codificar eventos, sustrayendo la complejidad mediante la diferenciación. Las convergencias entre estos nos invitan a la observación de la operación del sistema legal y el tránsito de su discurso, así como a su efecto neutralizador.

Me propuse buscar paralelos en los trabajos de estos teóricos con miras a reflexionar sobre cómo ubicarse en el escenario social más amplio en tanto operadora del Derecho y portadora de su racionalidad autopoietica. Siguiendo los planteos de Bourdieu y Luhmann, el argumento sería que las abogadas y académicos de lo jurídico, estemos hiper-conscientes de nuestras aportaciones como operadoras del campo jurídico y del grado en que en el quehacer académico jurídico contribuimos a *hiper-juridificar* las controversias y, sobre todo, el grado en que nuestro quehacer intelectual está imbricado en o desestabiliza esta operación. Después de todo, si el quehacer intelectual está precisamente para desestabilizar y desubicar,¹⁰ entonces, ¿hasta qué punto es eso posible al interior del

⁸ Véase Érika Fontáñez Torres, *El Derecho y lo "legal/ilegal" en los escenarios de conflicto ambiental*, en *ÉTICA ECOLÓGICA* (Luis Galanes ed., 2007).

⁹ Véase ÉRIKA FONTÁNEZ TORRES & HIRAM MELÉNDEZ JUARBE, *DERECHO AL DERECHO: GRIETAS E INTERSTICIOS DEL PODER JUDICIAL EN PUERTO RICO* (2012). Véase también Érika Fontáñez Torres, *Antesala: Observando a los jueces y juezas como operadores del Derecho*, 80 REV. JUR. UPR 1 (2011).

¹⁰ No existe distancia justa desde la cual observar el quehacer intelectual o lo que lo constituye, dice Beatriz Sarlo. “[L]a práctica intelectual se caracteriza por el desajuste del lugar que se cree ocupar con el discurso y la autoridad atribuida al discurso. Los efectos del discurso intelectual, del lado de la recepción, son pragmáticamente incontrolables; por eso están abiertos al conflicto moral donde

sistema jurídico y en tanto operadora de este? En otras palabras, ¿es posible *pensar el Derecho* desde el Derecho? ¿Cómo sería eso sin que la libertad de pensar(lo) esté reñida en algún punto con su lógica y racionalidad interna, con la legitimidad que las sostiene?.

A. El quehacer jurídico frente a Bourdieu y a Luhmann: La observación de la operación del Derecho¹¹

En los últimos años y en mi función de docente de la Universidad de Puerto Rico, un primer ámbito de mi trabajo con el Derecho ha explorado sus respuestas a controversias sociales desde un ámbito *interno*, es decir, las respuestas que el sistema legal puede ofrecer desde una racionalidad jurídica. Desde esa óptica he servido como lo que el sociólogo Pierre Bourdieu llama una *operadora del Derecho*.¹² Es decir, desde el Derecho como sistema o como campo social, he analizado las respuestas del Derecho desde una perspectiva teórico-social del derecho¹³ y he comentado críticamente y desde un punto de vista normativo-jurídico, las respuestas y racionalidades que el sistema legal puede proveer a asuntos puntuales, como disputas sobre los derechos propietarios, aspectos de justicia social, ambiental o derechos sociales y colectivos.¹⁴ En un segundo ámbito, he perseguido la observación misma del sistema legal en tanto sistema y

se juzgan valores y responsabilidades". Beatriz Sarlo, *Intelectuales, un examen*, 5 REV. EST. SOC. U. ANDES 9-12 (2000), res.uniandes.edu.co/pdf/descargar.php?f=../data/Revista_No_05/03_Dossier1.pdf. Si se trata precisamente del desajuste del lugar y la autoridad atribuida al discurso, entonces una práctica intelectual del derecho siempre está en riesgo de perder su autorización y quedar en sus márgenes, más bien fuera de estos. Esto porque, como explica Sarlo, "[s]in autorización del discurso no hay intervención intelectual". *Id.* Por eso, ¿qué sucede cuando el mismo campo jurídico y las racionalidades resultantes de las pujas a su interior *desautorizan* la intervención de la intelectual jurídica en tanto parte de la academia jurídica? ¿Cuándo el Derecho como sistema de comunicación desplaza el lugar de enunciación que le daba validez a su crítica? ¿Se convierte esta en una intelectual pública *al margen del Derecho*? ¿Se cancela entonces la posibilidad, a no ser por una validación interna, de una intelectual jurídica, para dar paso a la posibilidad de una paria del Derecho, su contemporánea, en el sentido Agambiano? Estas consideraciones y preguntas serán puntos para otro texto a publicarse.

¹¹ Lo que sigue es una edición de la ponencia a la que aludí, presentada en la Universidad de Buenos Aires, Argentina en el 2010.

¹² Pierre Bourdieu, *Elementos para una Sociología del campo jurídico* (1987), en LA FUERZA DEL DERECHO 153-220 (Pierre Bourdieu & Gunther Teubner, Carlos Morales de Setién Ravina trad., Unian-des, 2000).

¹³ Véase, e.g., Érika Fontánez Torres, *Law, Extralegality and Space: Legal Pluralism and Landscape from Colombia to Puerto Rico*, 40 U. MIAMI INTER-AM. L. REV. 285 (2009). Véase también Érika Fontánez Torres, *La presencia del Derecho en el movimiento de rescates de terreno en Puerto Rico: Rescatando entre leyes, tribunales y el discurso legal*, 68 REV. COL. ABOG. 351 (2007).

¹⁴ Véase, e.g., Érika Fontánez Torres & Mariana Muñiz Lara, *Derechos Reales: Análisis del término 2008-2009 del Tribunal Supremo de Puerto Rico*, 79 REV. JUR. UPR 471 (2010); Érika Fontánez Torres, *La política jurídica de la propiedad en Puerto Rico: un abordaje crítico feminista en busca de igualdad y equidad para las mujeres*, 79 REV. JUR. UPR 915 (2010); Érika Fontánez Torres, *La propiedad en Puerto Rico: apuntes para el análisis de su contingencia y desarrollo en el siglo XX*, 13 REV. F. CONST. IBEROAMERICANO INST. DER. PUB. COMP. U. CARLOS III MADRID 72 (2008), <http://www.idpc.es/archiv/o/1231414215FCl3AEF.pdf>.

cómo su operación crea racionalidades, verdades y realidades.¹⁵ Este segundo ámbito persigue hacer en términos intelectuales aquello a lo que Michel Foucault nos invitaba: no tanto a criticar los contenidos ideológicos, sino a examinar la construcción de las políticas de *la verdad*, a examinar su producción, en este caso, aquella construida por el sistema legal.¹⁶

Ahora bien, partiendo del abordaje teórico-social de Niklas Luhmann y el de Pierre Bourdieu, y en función de observadora del Derecho, por un lado, y de operadora jurídica, por otro, me he planteado reflexionar la tarea misma de *la observación del sistema legal*. La pregunta sería sí, a partir de lo que Luhmann distingue como observaciones de primer y segundo orden, es posible o no llevar a cabo ambas operaciones: esto es, si es posible ser operadora del Derecho en ocasiones,¹⁷ siendo hiper-consciente de una operación que tiene claros límites, y actuar como observadora de esa operación en la que además se es operadora al interior del sistema. Parecería ser que Luhmann nos invita a concentrar en la segunda alternativa. No obstante, si es posible esta doble y hasta esquizofrénica mirada, entonces, ¿cómo, cuándo y bajo qué circunstancias actuamos como operadoras del Derecho y como observadoras de las operaciones de este en un ámbito intelectual más amplio?

En tanto para Luhmann los agentes-individuos no son importantes – pues no son el origen de las comunicaciones del sistema social que se observa – y para Bourdieu, en todo caso, los operadores jurídicos solo pueden operar al interior del campo social en el cual deciden jugar, decidí como primer ejercicio utilizar sus abordajes para examinar el quehacer del intelectual del Derecho tomando como supuestos sus teorías. Acorde lo anterior, abordo lo siguiente: (1) algunas de las premisas teóricas de estos dos teóricos sociales en lo que concierne a la operación del Derecho, como sistema (en el caso de Luhmann) o como campo social (en el caso de Bourdieu); (2) sus acercamientos al rol del intelectual del Derecho; (3) algunas reflexiones y notas relacionadas con lo que sus premisas teóricas implican para las académicas del Derecho, no sin antes ofrecer algún ejemplo sobre las posibles dicotomías y dilemas que plantea la situación para estos.

¹⁵ Véase, e.g., Érika Fontánez Torres, *El Derecho y lo "legal/ilegal" en los escenarios de conflicto ambiental*, en *ÉTICA ECOLÓGICA*, *supra* nota 8, en las págs. 87-108. Véase también Érika Fontánez Torres, *El discurso legal en la construcción del espacio público: las playas son públicas, nuestras, del pueblo*, 20 REV. CIENCIAS SOC. CTR. INVEST. SOC. UPR 40, 40-77 (2009), disponible en http://www.academia.edu/839409/El_discurso_legal_en_la_construccion_del_espacio_publico_Las_playas_son_publicas_nuestras_del_pueblo1. Con este abordaje también presenté en las Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales. Véase Fontánez Torres, *supra* nota 7.

¹⁶ Michel Foucault, *Verdad y Poder* (1977), en *ESTRATEGIAS DE PODER* 55 (Fernando Álvarez & Julia Varela trans., eds., Paidós 1999).

¹⁷ Esto, conscientes de la labor de la intelectual-académica que persigue servir como operadora del Derecho y promotora de alternativas para una sociedad más justa.

II. LA COMUNICACIÓN SISTÉMICA DEL DERECHO: UNA OBSERVACIÓN LUHMANNIANA DEL SEGUNDO ORDEN

Para propósitos de este ensayo, enfatizaré en dos aspectos de la teoría *luhmanniana*: (1) la operación autopoietica (interna) del Derecho; y (2) la observación del sistema legal que este propone.

A. La operación autopoietica del Derecho

Una de las formas en que podemos abordar el fenómeno jurídico es desde la teoría social propuesta por Niklas Luhmann. En esta, el Derecho es un sistema social que forma parte de una sociedad compleja en la que los elementos cruciales son las comunicaciones sistémicas. Las comunicaciones producidas por el sistema legal se unen a otras que transcurren en el mundo social. Se trata de comunicaciones sistémicas que son autoreferenciales, producidas bajo la información y las racionalidades que operan al interior de cada sistema y que racionalizan los eventos según sus propios términos, con el fin de reducir la complejidad de las controversias y eventos que llegan a sus puertas. El sistema legal, con el fin de diferenciar los eventos, produce un código operacional desde el cual estos se miran. El código básico del Derecho es el *legal/ilegal*.¹⁸ Mediante este código operacional el sistema legal traduce la complejidad social al binomio de lo legal o lo ilegal y produce verdades conforme a dicho código. Estas verdades, sin embargo, no son las únicas porque el sistema legal no está sobre, ni por encima, ni por debajo de otras formas de producir conocimiento, simplemente produce comunicaciones, aunque en ocasiones, como veremos, estas tienden a *juridificar* o *colonizar* eventos sociales mediante su lógica.

En otras palabras, siguiendo a Luhmann, descansamos en la premisa de la complejidad de la sociedad moderna, en la que los sistemas, como el legal, buscan mecanismos para reducir la complejidad de los eventos sociales y para esto cada sistema emplea sus respectivos códigos. La importancia de las categorías y de la operación de cada sistema radica en la forma en que se organiza el razonamiento. Una vez una situación o un evento se clasifica en una categoría en particular, ciertas reglas y una forma de racionalizar el evento aplican con exclusión de otras a los fines de producir una determinación o resultado. Una vez el sistema legal aborda determinada situación le aplica su código operacional, lo que tiene el efecto de limitar las reglas operativas al evento y la consideración de los hechos a aquellos *relevantes* a la racionalidad legal.¹⁹ Esta distinción o diferenciación que ofrece el Derecho provee un punto exclusivo desde donde se puede observar el escenario social: las cosas, los eventos, son *legales* o *ilegales*. Una

¹⁸ NIKLAS LUHMANN, *LAW AS A SOCIAL SYSTEM* 9 (Klaus A. Ziegert trad., Oxford University Press 2004) (1993).

¹⁹ Véase Gunther Teubner, *Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses*, en *LAW, SOCIETY, AND ECONOMY* 149-76 (Richard Rawlings ed., Oxford University Press 1997).

huelga estudiantil, bajo esta mirada será vista como una acción legal o ilegal; una toma de tierras es una acción amparada por el Código Civil o no lo es; una agresión física, está amparada por la doctrina penal de la legítima defensa o no lo está. Estos son los únicos términos desde los cuales se pueden producir comunicaciones diferenciadas desde el Derecho. Otras comunicaciones serán provistas por otros sistemas autoreferenciados. La operación del sistema legal excluirá otras formas de abordar estos eventos, con las implicaciones que ello conlleve.

Ahora bien, hay que tener claro que para Luhmann el Derecho no es la acción del poder legislativo, ni los tribunales o jueces y juezas, ni las oficinas de los abogados y abogadas o los y las académicas del Derecho. El Derecho, o más bien, el sistema legal, no está sujeto a las fronteras físicas o geográficas o al estatus o el quehacer de una jueza o un conferenciante. Se trata, como hemos dicho, de un sistema de *comunicaciones*; de aquellas comunicaciones que son entendidas directa o indirectamente mediante la distinción legal/ilegal para fines de darle significado a un evento. Estas comunicaciones solo son producidas al interior de ese sistema y mediante sus instrumentales: “only the legal system can say what is and what is not law.”²⁰

Recordemos que la comunicación que traza el sistema legal solo puede ofrecernos una realidad selectiva e incompleta, pues para el sistema, aquello que el sistema no ve desde sus instrumentales cognitivos no está incluido en el panorama; no es real. El Derecho es solo una de las varias formas de concebir eventos basados en su código. Así, Luhmann examina el Derecho, y lo que conocemos como derecho positivo, como *uno* de varios sistemas de significado en que la sociedad se comunica sobre sí misma. Siendo así, se requeriría un abordaje sobre cómo el Derecho se comunica con la política, la economía, la medicina o la ciencia, etc. Esto es importante pues implica una “relativización del estatus y la centralidad del sistema legal en la sociedad moderna”,²¹ relativización que, aceptada, tendría implicaciones sobre nuestra ubicación como académica o, en todo caso, como operadora jurídica.

Lo anterior querría decir que cualquier mirada sobre el sistema legal y su operación-observación sistémica debe estar clara de la multiplicidad de campos autónomos pero simultáneos y no-causales. Es decir, de que existen diferentes procesos recursivos de diferenciación, siendo el sistema legal solo uno de ellos.²² Así, un mismo evento social puede abordarse desde diferentes perspectivas, cada una con diferentes historias: desde el sistema legal, el político, el económico, o desde la ciencia. Se parte del entendido de realidades socialmente construidas por las comunicaciones de cada sistema, en este caso, por el Derecho: “reality is constructed on the basis of the selections made by law according to its code (le-

²⁰ MICHAEL KING & CHRISTOPHER THORNHILL, *NIKLAS LUHMANN'S THEORY OF POLITICS AND LAW* 36 (2003).

²¹ *Id.* en la pág. 39 (traducción suplida).

²² John Paterson & Gunter Teubner, *Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis*, en *THEORY AND METHOD IN SOCIOLEGAL RESEARCH* 456 (Reza Bankara & Max Travers eds., Hart 2005).

gal/illegal) as it seeks to achieve order from complexity.”²³ Al observar y traducir los eventos como único puede – mediante su código – este intenta totalizar la realidad a partir de su razonamiento binomial. La preponderancia de la operación del Derecho como sistema, en el ámbito social más amplio, implica una especie de juridificación de los eventos sociales. Vistos los asuntos y conflictos sociales desde el código del derecho legal-ilegal, se excluyen otras racionalidades. Hay una especie de *colonización* del espacio social a través de la operación sistémica y su racionalidad.

1. ¿Posibles implicaciones?²⁴

Gunther Teubner, por ejemplo, analiza las diversas posibilidades de juridificación de los eventos sociales.²⁵ Las comunicaciones del sistema legal, vistas desde su efecto colonizador, pueden apropiarse del conflicto en exclusión de otras miradas. Se trata de una hiper-diferenciación de la complejidad en manos del sistema legal (lo mismo podría pasar con otros sistemas). En este caso, quienes operamos desde el derecho, como transmisores de sus comunicaciones, tendríamos que reconocer y estar hiper-atentos, al igual que Teubner y Paterson, a que: “el mapa legal es solo uno de los potenciales mapas que surgen de la selección de diferentes sistemas recursivos de acuerdo con sus propios códigos y sus propios intentos de lograr orden desde la complejidad”.²⁶

En resumen, entrar en la comunicación sistémica del Derecho significará, como veremos, estar dispuestas y dispuestos a la puja restrictiva que surge por producir determinado desenlace dentro de este código operacional: una vez se entra al juego del sistema legal, no hay escapatoria de su autoreferencia; el juego estará siempre limitado por sus piezas cognitivas. Lo que sigue será entonces que una académica del Derecho puede optar por adentrarse como parte de estas comunicaciones, debatirlas u observarlas desde la propia dinámica autopoiética o, por otro lado, lanzar una mirada que observe al sistema observador, es decir, que de cuenta a cómo el Derecho observa los eventos, en cuyo caso el contenido del código operacional deja de ser el foco de atención para convertirse en la actividad misma del Derecho sobre los eventos que podrían verse desde otros sistemas. Aquí entraríamos en lo que Luhmann llama observaciones de primer y segundo orden.

B. Observar la operación del Derecho

Visto lo anterior, el escenario de operación del sistema legal, nos dice Luhmann, debe observarse en el ámbito de su *operación* y de su *observación*. Si mi-

23 *Id.* en la pág. 461.

24 Por supuesto, en todo caso hablamos de implicaciones contingentes.

25 Véase Carlos Morales de Setién Ravina, *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en las págs. 44-45.

26 Paterson & Teubner, *supra* nota 22, en la pág. 462 (traducción suplida).

ramos al Derecho como operación, buscamos observar sus acciones al interior del sistema. Si miramos al Derecho en su función de observación, analizamos las diferenciaciones que aplica a los eventos sociales y su reducción de complejidad. Al decir de Luhmann sería: “the observation of ‘what others observe and what they cannot observe.’”²⁷

La observadora de primer orden observa al Derecho desde su interior, ya sea desde un punto de vista normativo o desde la teoría crítica, o también desde la sociología del Derecho. Paterson y Teubner explican que esta observación permite observar “las acciones legales como operaciones simples, como eventos socio-temporales que pueden ser correlacionados en modelos empíricos con otros eventos sociales”.²⁸ Adelantamos, como veremos con Bourdieu, que también desde adentro puede auto-observarse el Derecho siendo operadora del mismo, es decir, provocando desde su interior el contenido de las comunicaciones que el Derecho como sistema genera. La observadora de segundo orden, por su parte, observa la acción jurídica como observación sistémica; como una actividad desde la que “se construye un espacio particular de significado autónomo de conocimiento”,²⁹ como un sistema social, entre otros, que en su caso busca estabilizar las expectativas normativas para la sociedad.

Es importante señalar que Luhmann ve una diferencia entre el conocimiento jurídico (y su producción) y el estudio sociológico del derecho. Ambos, en cualquier caso, buscan *entender* el Derecho, pero hablan de cosas distintas, aún bajo el apereamiento de que usan los mismos términos. El conocimiento jurídico (*legal knowledge*) está interesado en el orden normativo, en las teorías jurídicas (e.g. la Teoría del Derecho): “Those juristic theories that are produced in the practice of law are a by-product of the need to arrive at binding decisions; as such, they do not meet the expectations of what constitutes theory in the scientific field.”³⁰

El abordaje desde la teoría social, por su parte – dependiendo de su línea y abordaje teórico – atiende a la conducta social, a las instituciones y a los sistemas sociales. En este sentido, según Luhmann, los sociólogos observan el Derecho desde *afuera* y los abogados desde el *interior*.³¹

Entonces, ¿cuál es la propuesta de Luhmann? Para él lo necesario es una teoría social del Derecho que sea capaz de: “take full advantage of an external description which is not bound to respect the internal [legal] norms, conventions and premises of understanding,” sin que se pierda de vista su objeto a su interior.³² King explica que Luhmann ve la observación externa (segundo orden) y la descripción interna (primer orden) como complementarias y como elementos esenciales de cualquier presentación teórica-social del sistema legal. El foco de

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* en la pág. 453 (traducción suplida).

²⁹ *Id.* (traducción suplida).

³⁰ KING & THORNHILL, *supra* nota 20, en la pág. 42.

³¹ *Id.*

³² *Id.* (cita omitida).

atención, será entonces, el *cómo el Derecho logra definirse a sí mismo*. Para dar un ejemplo, siguiendo esta teoría, la Teoría del Derecho es parte de lo que el Derecho mismo genera dentro de su sistema, por lo tanto, si yo genero discusión dentro de los parámetros de la teoría del derecho estoy formando parte de las auto-descripciones del Derecho, no estoy observando el Derecho desde su *afuera*. Habrá entonces que examinar esas auto-descripciones del Derecho mediante una observación distinta, de segundo orden, y ver la dinámica que esta auto-descripción tiene en el ámbito o esfera social más amplio.

Ahora bien, en tanto para Luhmann, toda mirada sobre el sistema legal – o al menos aquella que se haga a partir de su teoría – tendría que tomar en cuenta que para este, los cambios que ocurran en la esfera social y las formas que asuma ese cambio son un asunto de contingencia, y que, por lo tanto, no pueden predecirse ni controlarse con intentos estructurales de usar el Derecho como instrumento de cambio. Recordemos que en las sociedades altamente complejas no operan los agentes o individuos, sino las comunicaciones, y esas comunicaciones funcionan a partir del objetivo de simplificar la complejidad; siempre parcialmente y cerradamente desde sus respectivos sistemas. No hay por tanto un sistema *metanarrativo*, *metacomunicador*, capaz de resolver asuntos desde una mirada holística, completa. De ahí que tengamos en cuenta las limitaciones sistémicas del Derecho y con esto, las limitaciones de su comunicación y del tránsito de su código operacional. Le sigue a esto la hiper-consciencia de las limitaciones de quienes operan desde este sistema cerrado y autorreferencial.

A partir de esto debemos abordar al menos dos de los retos metodológicos que Luhmann nos lanza. Para Luhmann la observación que hagamos debe ir dirigida a *las formas que asume la comunicación*, mas no al contenido de la comunicación. La forma es lo esencial. Una observadora de segundo orden debe evitar concentrar en los significados e interpretaciones que le dan validez y legitimidad al Derecho.³³ En todo caso, nos dice Luhmann, la importancia del uso político de la legislación, por dar un ejemplo, no reside en su habilidad para poner en la agenda ciertos propósitos específicos o seleccionar la agenda del debate político, sino en la habilidad de crear el *marco restrictivo* para la discusión y la toma de decisiones.³⁴ Observemos la producción y observación del Derecho para develar su operación en conjunto con el resto de los sistemas y eso podría implicar salirse del juego interno del Derecho, pues estar *dentro* tiene la irreductible consecuencia de aceptar sus reglas autoreferentes.

Un segundo aspecto *luhmanniano*, quizá el que más escepticismo trae entre los académicos y académicas progresistas, es la refutación de Luhmann de que el Derecho o el sistema legal puede ser un vehículo efectivo de ingeniería social y de que los agentes a su interior pueden provocar agencia y cambio. Sobre esto, abundaremos en la última parte. Mientras tanto, conviene citar sobre este punto

³³ *Id.* en la pág. 224.

³⁴ Ese marco restrictivo, en el caso del sistema legal, sigue en función de una discusión que se limite al binomio oposicional legal/ilegal.

lo que King nos dice: “[T]his encourages lawyers to reflect upon the complex interdependencies that exist between law and all other systems, instead of seeing their own personal activities as central to all that happens in society and expecting legal decisions to have a direct structural impact upon behaviour in different spheres.”³⁵

III. EL CAMPO JURÍDICO: UNA OPERADORA DEL DERECHO EN OBSERVACIÓN

Podríamos decir que la teoría de Bourdieu es un punto medio entre los abordajes de teorías estructurales en que el punto definitorio es la estructura, sin posibilidad de escapar de ella (la idea de que el Derecho es *todo-todo* política y colapsa con esta) y aquellas propuestas exclusivamente amparadas en el positivismo o normativismo. En su análisis del Derecho, Bourdieu toma como punto de partida la estructura del Derecho como campo operacional y a su interior la dinámica que a su vez genera una especie de sociología de la profesión jurídica. Como bien explica Morales de Setién, Bourdieu rechaza un abordaje al Derecho puramente interno, es decir, aquel que lo ve como un conjunto de normas o reglas, pero además, rechaza una perspectiva hiper-estructuralista que lo ve como un mero subproducto de sus condiciones *externas*, determinado totalmente por estas.³⁶

En su teoría social, Bourdieu nos plantea la existencia de campos sociales como espacios de acción, estructurados con patrones sociales, actividades y prácticas. El campo jurídico es uno de esos campos sociales, hasta cierto punto autónomo en su quehacer y lo que allí ocurre es limitado y exclusivo de la competencia jurídica y los sujetos que están legitimados en la operación a su interior: “deja fuera a los profanos, a los que no tienen la autoridad ni la capacidad de poner sus peticiones”.³⁷ Nótese hasta aquí las similitudes de la concepción del sistema legal de Luhmann. El sistema legal opera de manera autónoma, al igual que el campo jurídico de Bourdieu, cuyo quehacer y producción no se define sino desde dentro del sistema mismo. Al igual que para Luhmann, para Bourdieu el campo jurídico está definido por un interés específico: la aplicación de una forma de racionamiento específico que se construye al interior del Derecho y su potencial de cambio a su interior se encuentra siempre limitado por las categorías que aplica.³⁸

Respecto al interior del Derecho y su operación, Bourdieu – un tanto distinto a Luhmann, que descarta la importancia de la agencia individual – destaca la participación de juristas, abogados, abogadas y académicos: las operadoras y

³⁵ KING & THORNHILL, *supra* nota 20, en las págs. 224-25.

³⁶ Véase Carlos Morales de Setién Ravina, *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en las págs. 13-80.

³⁷ *Id.* en la pág. 63.

³⁸ Pierre Bourdieu, *Elementos para una Sociología del campo jurídico* (1987), en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en la pág. 198.

operadores jurídicos participan de la competencia jurídica y de poder en la puja por las concepciones o principios que deben regir el Derecho. Pero como vimos, en esta puja, en esta participación, las operadoras deben seguir, o más bien, están limitadas por ciertas reglas de conducta que son las que determinan qué es lo que está permitido a estos operadores dentro del juego de ese campo. El juego, diría Bourdieu, y la participación en este, presume la aceptación del Derecho como una forma necesaria de razonamiento específico.³⁹

Las y los operadores del Derecho funcionan a partir de hábitos jurídicos, que no son sino categorías de percepción y apreciación que estructuran la forma de percibir y apreciar conflictos y eventos ordinarios. Las operadoras y los operadores traducen los eventos sociales al razonamiento y categorización jurídica, de forma tal que mediante la operación y amplitud de este campo los eventos sociales asumen la forma que el Derecho le da con sus instrumentales.⁴⁰

El campo jurídico categoriza los eventos y controversias que tiene ante sí con tres efectos: (1) la fijación del conocimiento sobre los eventos de acuerdo con la objetivación que produce; (2) la oficialización del saber jurídico capaz de ofrecer respuestas a los eventos y conflictos sociales desde sus términos; y (3) la formalización racional del conocimiento. Estas categorizaciones abren las puertas a la universalización de categorías propias del campo y la racionalización jurídica: “las instituciones jurídicas contribuyen *universalmente*, sin duda, a imponer una representación de la normalidad en relación con la cual todas las prácticas *diferentes* tienden a aparecer como *desviadas*, anormales, patológicas”.⁴¹ Mediante la formalización a través del Derecho, las respuestas a los conflictos de poder adquieren un manto de legitimidad y neutralidad, proveyendo respuestas normativas que pretenden garantizar una solución no arbitraria de los conflictos sociales. Para Bourdieu, es claro que “en una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica o, si se prefiere, la imposición de legitimidad de un orden social”.⁴²

Como hemos señalado en otras instancias, a través de la operación del Derecho se pretende defender la existencia de un método neutral, capaz de atajar los conflictos y de dar la solución *justa* mediante argumentos provenientes de un razonamiento jurídico. “Se trata de una forma particular en que el campo jurídico trata la realidad social, de acuerdo a sus términos y racionalidades, y de cómo ese tratamiento de la realidad social puede terminar en la construcción particular de determinada realidad y verdad”.⁴³ En otras palabras, la operación del sistema legal y el tránsito de sus comunicaciones puede tener el efecto neutralizador del lenguaje jurídico.

39 *Id.* en la pág. 186.

40 *Id.* en la pág. 187.

41 *Id.* en la pág. 211.

42 *Id.* en las págs. 209-10.

43 Fontáñez Torres, *supra* nota 7, en la pág. 515.

Respecto a los operadores y las operadoras al interior del campo jurídico, Bourdieu enfatiza que dentro del campo operan reglas de conducta sobre qué es lo que les está permitido hacer a los agentes e instituciones que en él operan, reglas que a su vez contribuyen a que el campo jurídico permanezca estable en cuanto su interior. Esto implica que quienes entren a operar en el juego jurídico estarán limitadas y limitados por las racionalidades que se producen al interior del derecho, lo que al decir de Luhmann son las comunicaciones autopoieticas que solo son capaces de generarse por el Derecho. En todo caso, los operadores y las operadoras del Derecho son quienes contribuyen a generar las comunicaciones o se convierten en las y los portadoras de las comunicaciones del campo o sistema legal. Como tal, estas y estos contribuyen a la operación del campo jurídico (recordemos que dentro del campo jurídico hay escenarios y dinámicas de poder). De ahí que regresemos al tema de la observación del sistema legal y de su operación interna y externa. El propio Bourdieu nos invita a preguntarnos por la racionalidad de nuestra actividad; a cuestionar los supuestos de la racionalidad de nuestra actividad jurídica.

En lo que sigue, abordaremos su invitación, junto a lo antes expuesto respecto a las implicaciones de observar al sistema legal *luhmanniano* de acuerdo a sus planteos sobre la observación en primer o segundo orden.

IV. UBICACIÓN: PENSAR DESDE EL CAMPO JURÍDICO Y EN EL SEGUNDO ORDEN

Visto lo anterior, nos corresponde mirar algunas de las similitudes en los abordajes teóricos de estos dos exponentes y avistar posibles implicaciones para la ubicación de los académicos y operadoras jurídicas en su relación con el Derecho.

Comenzamos por acotar que tanto para Luhmann como para Bourdieu el Derecho es o un sistema social diferenciado de otros o un campo social con cierta autonomía en su quehacer y en su categorización de los eventos. En ambos casos, ya sea a través de comunicaciones o mediante la categorización de los eventos, el sistema legal es una esfera social cerrada operacionalmente y produce sus racionalidades en exclusión de otras. Solo el sistema legal es capaz de producir lo que es Derecho, solo desde ahí se categorizan los eventos sociales según su código operacional legal/ilegal. El saber, el conocimiento y la verdad jurídica proviene de su interior. Esto implica, en ambas teorías, que las comunicaciones desde ese sistema simplifican los eventos sociales que podrían ser vistos desde otras racionalidades o sistemas y que una vez racionalizados por el Derecho, en exclusión de otras formas de mirar y racionalizar los conflictos, este producirá una realidad particular de los eventos.

La operación del sistema legal, en este sentido, podría llegar a producir una *hiper-juridificación* de los eventos sociales, con las implicaciones que señala Bourdieu; una pretensión neutralizadora e *universalizante* pero desde los ojos de las categorías exclusivas del Derecho que invisibilizan el contenido político de las controversias y los elementos de poder. En todo caso, uno de los planteos

principales es que el Derecho no es el único campo o sistema en operación y que su quehacer, por llamarlo de alguna forma, no representa nunca un mapa completo, sino siempre limitado y parcial. Por lo tanto, su ámbito de acción es limitado y contingente. Si es así, la pregunta que sigue sería: ¿cómo las operadoras y operadores jurídicos pueden sacar provecho de esto? ¿Deben renunciar a serlo y dedicarse a la observación de la observación que hace el Derecho sobre los eventos sociales? o ¿deben rechazar esta teoría en aras de mantenerse como operadoras y operadores? Una vez se entra por las puertas del vestíbulo *danteano*, ¿se pierde toda esperanza?

V. OPERADORES JURÍDICOS Y ARTEFACTOS SEMÁNTICOS

Si bien para Luhmann los individuos no son quienes producen el Derecho, Teubner explica que en su teoría sistémica, estos son artefactos culturales que llevan sus procesos comunicativos. Son, al decir de Morales de Setién, “artefactos semánticos”.⁴⁴ Aunque en la teoría *luhmanniana* los agentes poco tendríamos que hacer instrumentalmente para llegar a un resultado, pues la sociedad es toda comunicaciones sistémicas, lo cierto es que en tanto somos artefactos semánticos que operamos como una correa de transmisión respecto al código operacional del Derecho, conviene ser hiper-conscientes de su tránsito. Entender e identificar el proceso y las comunicaciones que emanan del sistema legal es ya de por sí un elemento importante para cualquiera que esté interesado o interesada en los fenómenos jurídicos.

De la misma manera, Bourdieu despacha a los individuos como elementos centrales de la actividad que ocurre en el campo jurídico, aunque no del todo:

[E]l verdadero responsable de la aplicación del derecho no es tal o cuál magistrado en concreto, sino todo el conjunto de agentes judiciales, a menudo compitiendo entre sí . . . de la misma forma el verdadero legislador no es el redactor de la ley sino que lo es el conjunto de agentes que, determinados por los intereses y las constricciones específicas asociadas a su posición en los diferentes campos (el campo jurídico, pero también el campo religioso, el campo político, etc.), elaboran las aspiraciones o las reivindicaciones privadas y oficiosas, las hacen acceder al estado de “problemas sociales”, organizan sus manifestaciones públicas (artículos de prensa, obras, plataforma de las asociaciones y de los partidos, etc.) y las presiones (protestas, peticiones, marchas, etc.) destinadas a “hacerlas avanzar”. El trabajo jurídico consagra todo este trabajo de construcción y de formulación de las representaciones, al añadirle el efecto de generalización y de universalización que encierra la técnica jurídica y permitir movilizar los medios de coerción.⁴⁵

⁴⁴ Carlos Morales de Setién Ravina, *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en la pág. 30.

⁴⁵ Pierre Bourdieu, *Elementos para una Sociología del campo jurídico* (1987), en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en la pág. 212.

Para Bourdieu el trabajo de los académicos del Derecho, de las abogadas y abogados, de los jueces y juezas, es ser operadoras de ese saber y esa actividad que se da al interior del Derecho, con sus reglas y limitaciones. Por lo que las operadoras y operadores jurídicos contribuyen a esa construcción del Derecho como un campo autónomo y a asegurar las fronteras entre el derecho y otros campos de conocimientos, fortaleciendo sus propias jerarquías a la vez que contribuyen a la universalización y neutralización de la que hablaba Bourdieu. En cualquier caso, no resulta fácil para una académica del Derecho ubicarse en este escenario de manera instrumental. Si nuestro trabajo al interior del Derecho será uno limitado, si lo que puede emanar del Derecho es siempre contingente y limitado, o en cualquier caso, cognitivamente y operacionalmente cerrado, en competencia y convivencia con otras miradas siempre parciales de otros sistemas sociales, una se preguntaría inevitablemente sobre su rol, sobre la instrumentalidad de su trabajo, sobre la posibilidad o no de generar cambios a través de su operadora jurídica.

¿Resultan estas miradas teórico-sociales muy conservadoras para aquellos y aquellas que una vez pensamos que la labor del académico o profesional del derecho podía contribuir desde el sistema mismo a cambiar realidades injustas, de opresión? ¿Existe posibilidad de hacer algo desde una ubicación al interior del sistema o en todo caso estamos llamadas a abdicar todo intento de agencia? ¿Qué hacer ante un teoría social como esta? ¿Dónde ubicarse?

A. *¿Cuál es la ubicación de la intelectual o el intelectual en las teorías de Luhmann y Bourdieu? ¿Qué nos dice esto sobre pensar el Derecho?*

Para comenzar, Bourdieu no deja de lanzar un reto a la intelectual:

Lo que defiende fundamentalmente es la posibilidad y la necesidad del intelectual crítico, y crítico, en primer lugar, de la *dóxa* intelectual que segregan los dóxofos [en definición de Bourdieu, 'los técnicos de la opinión que se creen sabios']. No existe una auténtica democracia sin auténtico contrapoder crítico. El intelectual forma parte de él en buena medida. Por eso considero que el trabajo de demolición del intelectual crítico, muerto o vivo [...] es tan peligroso como la demolición de la cosa pública y se inscribe en la misma empresa global de restauración.⁴⁶

Ahora bien, la misma teoría del funcionamiento del campo jurídico, propuesta por Bourdieu, conlleva una posible paradoja que implica que el ubicarse como operadora del campo jurídico y estar dispuesta a entrar en las dinámicas del *habitus* jurídico, hace imposible operar con una doble identidad, es decir, desde un plano exterior al campo mediante la crítica a su operación del campo

⁴⁶ Carlos Morales de Setién Ravina, *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en la pág. 60 (citando a PIERRE BOURDIEU, CONTRAFUEGOS: REFLEXIONES PARA SERVIR A LA RESISTENCIA CONTRA LA INVASIÓN LIBERAL 20-21 (Joaquín Jordá trad., Anagrama 1999) (1998)).

jurídico y desde su interior, en la puja de poder dentro del campo para sentar las pautas de su contenido. Una vez se entra, no parece haber salida y bajo ese sombrero no corresponde sino creer en el campo jurídico:

Paradoxically, the force of law, the pull of legal reasoning, formalisation and other features of the legal field, is most strongly felt within the legal field in the constant battle over the authoritative interpretation of the *corpus juris*. To some extent, lawyers and jurists themselves are the first victims of their own trade. *In their incessant endeavours to 'professionalise' as well as justify their monopoly, and to perpetuate their common symbolic capital, they are compelled to believe in, and defend, the symbols of law in their day-to-day experience.*⁴⁷

De la misma forma y más directamente King nos advierte que, para Luhmann, adentrarse en la operación del sistema legal, ser parte de la elaboración o crítica a sus contenidos, implica renunciar a observarlo:

For Luhmann to take sides in political debates or courtroom contests – for example, to argue for or against the granting to or exercise of civil rights by particular individual or groups, to deliberate on what types of conduct should be subject to sanction and what punishments should be applied to transgressors, to assess how wealth should best be distributed, and taxes imposed and enforced – would involve taking a position which would immediately jeopardize the theoretical orientation of an observer of social systems. *He would be forced to operate within the very systems he was observing and, in doing so, accept all the limitations restricting their vision of the world as well as their claims that the future should, with the aid of 'reliable' knowledge, be predictable.*⁴⁸

Por lo mismo, Luhmann propone concentrar en una observación de segundo orden: “el observador, mientras efectúa la observación, es el tercero excluido [...] *el observador es el tercero excluido de su observar*. En el observar él no puede verse a sí mismo. El observador es lo no-observable”.⁴⁹ Parece ser inescapable la imposibilidad de ubicarse en ambos escenarios. Para Michael King, los sociólogos del derecho o las académicas socio-jurídicas tienen dos opciones: observar desde adentro del sistema, aceptando la versión legal de *la realidad*, u observar desde afuera, en cuyo caso no solo se observa el sistema legal operando como parte de un ambiente externo sino que además, ese ambiente es muy diferente de aquel que el sistema legal es capaz de ver.⁵⁰ King advierte que si, como señala Luhmann, los sistemas solo pueden ver según sus racionalidades sistémicas le permiten y sus comunicaciones son autoreferenciales, nuestros esfuerzos como practicantes-académicas y académicos serían en vano desde el punto de vista instrumentalista. En otras palabras:

⁴⁷ Mikael Rask Madsen & Yves Dezalay, *The Power of the Legal Field: Pierre Bourdieu and the Law*, en AN INTRODUCTION TO LAW AND SOCIAL THEORY 198 (Reza Banakar & Max Travers eds., 2002).

⁴⁸ KING & THORNHILL, *supra* nota 20, en la pág. 212.

⁴⁹ Carlos Morales de Setién Ravina, *La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner*, en LA FUERZA DEL DERECHO, *supra* nota 12, en la pág. 32 (citas omitidas).

⁵⁰ KING & THORNHILL, *supra* nota 20, en la pág. 43.

[E]ven if there are lawyers, politicians, scientists or economists who believe that they have found the answer to these problems, how do they convince other systems operating different norms, different criteria for validity and legitimacy that their answer is the right one? And even if this is possible, how can power be exercised to enforce this right solution across the whole of society?⁵¹

Esta es probablemente la razón principal para el escepticismo que encontramos en la academia jurídica hacia la teoría *luhmanniana*. Como señala King, para las y los abogados progresistas entrar en el mundo *luhmanniano* es pasar por las puertas danteanas sin esperanza alguna: “*Lasciate ogni speranza, voi ch’entrate*”.⁵²

Ante esto King señala que hay al menos tres respuestas en que los y las académicas pueden reaccionar a la teoría *luhmanniana*. La primera sería descartarla por completo y mirarla como una especie de teoría conservadora anti-jurídica y anti-política, pesimista del todo e incapaz de concebir el Derecho como un instrumento de cambio social. La segunda sería todo lo contrario, un intento por adoptar la teoría *luhmanniana* de manera instrumental, de forma tal que se utilice para mejorar la performatividad del Derecho como sistema.⁵³ Señala a Gunther Teubner con una especie de tercera alternativa en la que la dimensión y valor de la teoría sería su dimensión estética. King, por su parte, acoge una cuarta y última reacción ante la teoría *luhmanniana*. Se trata de una forma de enfatizar las limitaciones, auto-decepciones y paradojas del Derecho y del sistema legal y, por lo tanto, perseguir develar la forma en que el Derecho reconstruye – para sus propios propósitos – su conocimiento y significado en las comunicaciones.⁵⁴ En otras palabras, King rechaza el uso instrumental de la teoría *luhmanniana*⁵⁵ y aún más el uso instrumental del Derecho. Por eso, siguiendo a Luhmann, propone que el académico (no practicante) del Derecho permanezca en la observación de segundo orden.

Ciertamente la teoría expuesta por ambos acercamientos al Derecho nos plantea la necesidad de ser hiper-conscientes del rol que una asumiría ya como operadora jurídica o ya desde la observación de segundo orden. Quizá una posible mirada instrumental de esto pueda ser la selección consciente de esa ubica-

⁵¹ Michael King, *What’s the Use of Luhmann’s Theory?*, en LUHMANN ON LAW AND POLITICS: CRITICAL APPRAISALS AND APPLICATIONS 51 (Michael King & Christopher Thornhill eds., Hart 2006).

⁵² *Id.* en la pág. 52. (citando a Dante Alighieri).

⁵³ Aquí presenta como ejemplos a Paterson y Teubner, a quienes critica.

⁵⁴ King, *supra* nota 51, en las págs. 37-52.

⁵⁵ Expone King:

While practitioners might well be wedded to the task of doing the same things better, there is no reason why we academic scholars should mimic them. Luhmann’s *usefulness*, therefore, might well lie precisely in the *uselessness* of his theory as a blueprint for the improvement of social systems and those who try and make his theory useful in this way may well be contributing to the theory’s ultimate *uselessness*.

Id. en la pág. 52.

ción, selección que en tanto contingente, podría traer otros problemas como la legitimidad o hasta apreciación de falta de efectividad de su ubicación vista desde uno u otro escenario. Pero lo cierto es que ante la aparente imposibilidad de operar *desde adentro* y *desde afuera* del Derecho, como mínimo podría aludirse a la selección de la ubicación.

Quizá un ejemplo reciente en mi ubicación como académica y operadora del Derecho pueda ilustrar todo lo anterior y dejar algunas pautas para la reflexión que este tipo de situación requiere.

Como adelanté en la introducción, en los últimos años aunque parte de mi trabajo académico ha girado en torno a la observación-operación desde el segundo orden, también he participado como operadora jurídica, consciente de las limitaciones que tanto Luhmann como Bourdieu señalan respecto a la operación del sistema legal. Así, he analizado cómo en escenarios de conflicto (sobre el medioambiente o sobre la propiedad), la operación del código del Derecho tiende a *colonizar* la discusión pública de manera conveniente a las instancias de mayor poder, dando al traste con la posibilidad de una discusión amplia y un debate robusto sobre otras consideraciones políticas y contra los intentos de visibilizar y cuestionar las configuraciones de poder en las controversias estudiadas. Esto ha hecho que en distintos escenarios pueda observar, de manera instrumental, la contingencia de la operación de las comunicaciones del Derecho y, en cierta medida, escoger desde dónde operar y ubicarme: si como observadora crítica externa a la operación sistémica o entrar al juego operativo y a la puja por el contenido de las comunicaciones jurídicas.

Un ejemplo del pasado reciente fue el tema de la educación universitaria en Puerto Rico. En el 2010-2011, el estudiantado de la Universidad de Puerto Rico (UPR) se mantuvo en huelga por sesenta y seis días, en un primer proceso y un segundo periodo más atribulado que incluyó la ocupación del recinto de Río Piedras de la UPR, lo que interrumpió un periodo de más de veinte años sin que la policía entrara a los predios del recinto. Luego de que las y los estudiantes de todo el sistema universitario decidieran realizar una huelga en protesta por una serie de medidas que tenían impacto directo en el estudiantado, pero además iban a la médula del tipo de educación universitaria y pública en el País y al acceso a esa educación. Como en toda sociedad compleja, la controversia podía analizarse y verse en el esfera pública de muchas formas y algunos de los eventos que se suscitaron ciertamente fueron a las puertas del sistema legal: ¿era *legal* o no la acción estudiantil de decretar una huelga? ¿Era *legal* o *ilegal* el cierre de los portones de los recintos por parte del estudiantado?

Al analizar desde la teoría *luhmanniana* la operación del código del sistema legal, la controversia sobre la educación pública universitaria perdía entonces complejidad y se simplificaba por el Derecho con miras a proveer una respuesta *neutral*, capaz de atender el asunto. En esta pretensión, como en otros casos antes vistos, el riesgo era “si la controversia pública se convierte en atender la pregunta *¿es esto legal?*”, no solo la conversación se reduce de manera significativa, sino que, además, la afirmación de un evento o acción como *legal*, o por el contrario, *ilegal*, adquiere la premisa (*falaz*) de neutralidad y universalidad a la

que aludía Bourdieu. Se asume la supuesta neutralidad de la respuesta y, con ella, se acude a la fuerza y legitimidad de un discurso que simplifica o elimina la complejidad del evento y los juegos de poder que lo conforman.⁵⁶

De manera que para mí era importante ser consciente de una participación como operadora de esa comunicación sistémica para no refrendar, en lo posible, ya como operadora o como *artefacta* semántica, la colonización del debate público por parte del código operacional del Derecho. Bien podía asumir un rol en el debate por la legalidad o la ilegalidad de la huelga, contribuir a la discusión en esos términos, insertarme en la puja de poder y legitimidad propia de esa forma de racionalizar el evento que mayor atención pública generó en el país por dos meses. Al hacerlo, sin embargo, debía ser consciente de varios asuntos ya planteados. Mi agencia no sería nunca suficiente para llegar a un resultado particular, en este caso el resultado deseado de garantizar protección al derecho a la educación universitaria pública de excelencia o a garantizar el derecho a la huelga por parte de los y las estudiantes; y por otro lado, la realidad creada por el Derecho mediante este código reducía significativamente la discusión pública.

Mi opción en ese momento fue ubicarme en lo que yo nombraría como agente observadora del Derecho, también consciente de la limitación que mi ubicación y posible crítica como *observadora de la observación* del Derecho pudiera tener. Así, me uní a otras y otros en ser transmisores del llamado a la atención sobre la importancia del proyecto universitario como un proyecto público, de excelencia y accesible a todas y todos, en otra clave que no fuera la provista por la racionalidad del Derecho. Más aún, haciendo un llamado a que otros operadores jurídicos no contribuyeran a la *hiper-juridificación* del debate público mediante el tránsito de lo que el código jurídico podía ofrecerle al evento-huelga. Aquí la contradicción de lo que sería ser operadora del Derecho en una función de *no-serlo*.

Entonces, en este ejemplo no se trataba de eliminar del debate, o de la escena, la operación sistémica del Derecho – cosa que la agencia individual de todas formas difícilmente podría lograr – sino de lo que quizás será una forma de sacar provecho de manera instrumental, si se quiere, al reconocimiento de la operación de un sistema o campo jurídico. Conocer su operación y entenderla, permite, de cierto modo, ubicarse al respecto. Pienso en la opción que nos daba King: conscientes de la operación de los sistemas en sociedades complejas y del poder que puede generarse a partir del tránsito de las comunicaciones que se producen a su interior, conviene ubicarse. La ubicación como operadora del Derecho, en tanto académica o intelectual del Derecho, implicaría ser conscientes de que se está jugando al interior del sistema y con los instrumentos de juego que allí se producen (que no son homogéneos y que están también sujetos a las relaciones de poder a su interior).

Por su parte, la operación extra-sistema, lo que plantearía en otro lugar como *la intelectual* del Derecho (en contraposición a *la experta* del Derecho), pro-

56 Fontánez Torres, *supra* nota 7, en la pág. 515.

ducto de una reflexión consciente permitiría llamar la atención no solo sobre las limitaciones del Derecho y del sistema legal, sino también señalar las posibles implicaciones de la simplificación y *producción de verdades* desde los lentes jurídicos y quizás, más importante aún, a aceptar la invitación de Foucault: visibilizar la operación de la producción de verdades, en este caso las que el Derecho produce y el cómo las produce. Esto último requeriría de mayor reflexión, una que aborde los temas del *pensar*, de *lo intelectual* y *la* intelectual en estos tiempos y de las valoraciones éticas y de responsabilidad de ese quehacer. La invitación está puesta.