

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

Érika Fontánez Torres

Sinopsis: Pierre Bourdieu ubica el Derecho como un campo social en el cual sus operadores/as configuran realidades sociales 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 autopoiético que mediante un código operacional binomial (legal/ilegal), procura codificar eventos, sustrayendo la complejidad mediante la diferenciación. Las convergencias entre éstos nos invitan a la observación de la operación del sistema legal y el tránsito de su discurso, así como a su efecto neutralizador.

Este trabajo busca paralelos en los trabajos de estos teóricos con miras reflexionar sobre cómo ubicarse en el escenario social más amplio en tanto operadora del Derecho y portadora de su racionalidad autopoiética. Siguiendo los planteos de Bourdieu y Luhmann, se impone que las/os abogadas/os (académicas/os) estemos hiperconscientes de nuestras aportaciones como operadoras del campo jurídico y que éstas no contribuyan a hiperjuridificar las controversias, paralizar movilización política y descartar argumentaciones desde otras racionalidades.

Palabras clave: sistema legal-teoría social del Derecho-Pierre Bourdieu-Niklas Luhmann-teoría de sistemas-campo jurídico-profesionales del derecho-académicos

Key Terms: Legal system – Sociology of Law – Pierre Bourdieu – Niklas Luhmann – Systems Theory – legal field – lawyers – legal academics

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

Por Érika Fontáñez Torres*

[c]‘Lasciate ogni speranza, voi ch’entrate’.[?]

Dante

I. Introducción

Este trabajo forma parte de un trabajo de mayor envergadura que es producto de una reflexión sobre lo que podría llamarse mi observación sociológica del sistema legal en dos órdenes. 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’ (BOURDIEU, 1987). Desde el Derecho como sistema o como campo social, he analizado las respuestas del Derecho desde una sociología del derecho¹ 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.² En un segundo ámbito, he perseguido la observación del sistema legal como sistema, y en éste el cómo su operación en el ámbito social más amplio, crea racionalidades, verdades y realidades.³ Este segundo ámbito persigue

* Catedrática asociada, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico. B.A. Universidad de Puerto Rico, 1996; J.D. Universidad de Puerto Rico, 1999; LL.M. Universidad de Londres, London School of Economics and Political Sciences, 2002. Esta ponencia contó con el trabajo editorial de Rohemir Ramírez, mi asistente de investigación y estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la UPR, a quien agradezco su labor y dedicación.

¹ Véase como ejemplos FONTÁNEZ TORRES, É. (2009) “Law, Extralegality and Space: Legal Pluralism and Landscape from Colombia to Puerto Rico”. En *University of Miami Inter-American Law Review*, 2009 40, 285-300; FONTÁNEZ TORRES, É. (2007) “La presencia del Derecho en el movimiento de rescates de terreno en Puerto Rico: rescatando entre leyes, tribunales y el discurso legal”. En *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 2007, 68, 2, 351-372.

² Algunos ejemplos recientes son: FONTÁNEZ TORRES, É (2010) “Derechos Reales: Análisis del Término 2009-10 del Tribunal Supremo de Puerto Rico”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 2010, 79, 2, 471-519.; FONTÁNEZ TORRES, É. (2010) “La Política Jurídica de la Propiedad en Puerto Rico: Un abordaje crítico feminista en busca de igualdad y equidad para las mujeres”. En *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 2010, 79, 3, 915-955. FONTÁNEZ TORRES, É. (2008) “La Propiedad en Puerto Rico: apuntes para el análisis de su contingencia y desarrollo en el Siglo XX”. En *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano del Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid*, 2008, 13, 72-104. Disponible en: http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=282&Itemid=32.

³ Algunos artículos en esta línea son: FONTÁNEZ TORRES É. (2007) “El Derecho y lo “legal/ilegal” en los escenarios de conflicto ambiental”. En *Luis Galanes (ed), Ética Ecológica*, San Juan, Editorial Tal Cual, 2007, 87-108; FONTÁNEZ TORRES É. (2009) “El Discurso legal en la construcción del espacio público: Las playas

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 construída por el sistema legal. (FOUCAULT, 1977, 55)

Ahora bien, partiendo del abordaje teórico-social de Niklas Luhmann y el de Pierre Bourdieu, y en función de mi trabajo como observadora del Derecho, por un lado, y de operadora jurídica, por otro, he decidido reflexionar sistemáticamente sobre 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,⁴ estando hiperconsciente 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 actuar como operadora del Derecho y como observadora de las operaciones de éste?

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, he decidido utilizar sus abordajes para examinar el rol de la/del intelectual del Derecho tomando como supuestos sus teorías.

Acorde lo anterior, este ensayo abordará 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 de la/del intelectual del Derecho; (3) algunas reflexiones y notas relacionadas con lo que sus premisas teóricas implican para los/las académicos(as) del Derecho, no sin antes ofrecer algún ejemplo sobre las posibles dicotomías y dilemas que plantea la situación para éstos.

son públicas, nuestras, del pueblo". En *Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad de Puerto Rico*, 2009, 20, 40-77 (número especial sobre Ambiente y Sociedad) Con este abordaje también presenté la ponencia "La Pretensión Totalizadora Del Derecho: Juridificación De Controversias En Puerto Rico", En las I Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales: "Sociedad, Derecho y Estado en cuestión" (octubre, 2009), Universidad de Buenos Aires, Instituto GIOJA.

⁴ 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 éste propone.

(1) *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 ésta, 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 cuál éstos se miran. El código básico del Derecho es el *legal/ilegal* (LUHMANN, 2004). Mediante este código operacional el sistema legal traduce la complejidad social al binomio de lo legal o lo ilegal y produce verdades conforme a este 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, éstas tienen a juridificar o colonizar los eventos 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, unas 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 (TEUBNER, 1997). 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 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 esto 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 académicos/as 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” (KING & THORNHILL, 2003, 36).

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 sólo 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” (KING & THORNHILL, 2003, 39), 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 (PATERSON & TEUBNER, 2005,

456). 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 legal/illegal as it seeks to achieve order from complexity” (PATERSON & TEUBNER, 2005, 461). Al observar y traducir los eventos como único puede -mediante su código-, éste 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-illegal, se excluyen otras racionalidades. Hay una especie de colonización del espacio social a través de la operación sistémica y su racionalidad.

¿Posibles implicaciones?⁵: Gunther Teubner, por ejemplo, analiza las diversas posibilidades de juridificación de los eventos sociales (MORALES DE SETIÉN, 2000, 43-44). 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 sólo uno de los potenciales mapas que surgen de la selección de diferentes sistemas recursivos de acuerdos con sus propios códigos y sus propios intentos de lograr orden desde la complejidad” (PATERSON & TEUBNER, 2005, 455-456).

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 autopoietica 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

⁵ (contingentes todas, por supuesto).

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.

(2) *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 miramos 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” (PATERSON & TEUBNER, 2005, 456).

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” (PATERSON & TEUBNER, 2005, 453). 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”, como un sistema social, entre otros, que en su caso busca estabilizar las expectativas normativas para la sociedad (PATERSON & TEUBNER, 2005, 453).

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 apercibimiento de que usan los mismo 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. (KING & THORNHILL, 2003, 42).

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 su ‘interior’ (KING & THORNHILL, 2003, 42).

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 (KING, 2003, 42). 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 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 éste, 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* y **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 (KING & THORNHILL, 2003, 224). 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.⁶ 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 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 what happens in society and expecting legal decisions to have a direct structural impact upon behaviour in different spheres. (KING & THORNHILL, 2003, 224-225).

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 (el Derecho es todo-todo política) y aquellas propuestas exclusivamente amparadas en el objetivismo (producto de la agencia individual). 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, aquél 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 éstas. (MORALES DE SETIÉN, 2000)

⁶ Ese marco restrictivo, en el caso del sistema legal, sigue en función de una discusión que se limite al binomio oposicional legal/ilegal.

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 su posiciones” (BOURDIEU, 1987, 186). 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 (BOURDIEU, 1987, 198).

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: los operadores y las operadoras 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 éste, presume la aceptación del Derecho como una ‘forma necesaria de razonamiento específico’ (BOURDIEU, 1987, 160).

Los y las operadoras 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. Los operadores y las operadoras 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 (BOURDIEU, 1987, 187). El campo jurídico categoriza los eventos y controversias que tiene ante sí con tres efectos: la fijación del conocimiento sobre los eventos de acuerdo con la objetivación que produce; la oficialización del saber jurídico capaz de ofrecer respuestas a los eventos y conflictos sociales desde sus términos; y 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” (BOURDIEU, 1987, 211). 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” (BOURDIEU, 1987, 209).

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 (BOURDIEU, 1987)” (FONTÁNEZ, 2009b). En otras palabras, la operación del sistema legal y el tránsito de sus comunicaciones, puede tener el efecto neutralizador del lenguaje jurídico.

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. Ésto implica que quienes entren a operar en el juego jurídico estarán limitados y limitadas 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 los y las portadoras de las comunicaciones del campo o sistema legal. Como tal, éstos y éstas 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: 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/as y operadores/as jurídicos/as 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 produce 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, éste producirá una realidad particular de los eventos. La operación del sistema legal, en este sentido, podría llegar a producir una hiperjuridificación 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 los operadores y operadoras 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 operadores y operadoras? ¿una vez se entra por las puertas del vestíbulo danteano se pierde toda esperanza?

Operadores jurídicos y artefactos semánticos. Si bien para Luhmann los individuos no son quienes producen el Derecho, Teubner explica que en su teoría sistémica, éstos son

artefactos culturales que llevan sus procesos comunicativos. Son, al decir de Morales de Setién, ‘artefactos semánticos’ (MORALES DE SETIÉN, 2000, 30). 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 estar hiperconsciente 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:

El verdadero responsable de la aplicación del Derecho no es tal o cual 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, 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.) 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. (BOURDIEU, 1987, 212).

Para Bourdieu el trabajo de los académicos del Derecho, de los abogados y abogadas, de los jueces y juezas es ser operadores de ese saber y esa actividad que se da al interior del Derecho, con sus reglas y limitaciones. Por lo que, los operadores y operadoras jurídicas 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?

¿Cuál es la ubicación del/ de la intelectual en las teorías de Luhmann y Bourdieu? Para comenzar, Bourdieu no deja de lanzar un reto al/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 (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. (BOURDIEU, 1999)

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 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.** (MADSEN & DEZALAY, 2002, 198).

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 subject to sanction and what punishment should be applied to transgressors, to assess how wealth should be best 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 system 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’. (KING & THORNHILL, 2003, 212).

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” (MORALES DE SETIÉN, 2000, 32). Parece ser inescapable la imposibilidad de ubicarse en ambos escenarios. Para Michael King, los sociólogos del derecho o los académicos socio-jurídicos 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 (KING & THORNHILL, 2003, 43). King advierte que si, como señala Luhmann, los sistemas sólo pueden ver según sus racionalidades sistémicas le permiten y sus comunicaciones son autoreferenciales, nuestros esfuerzos como practicantes-académicos serían en vano desde el punto de vista instrumentalista. En otras palabras: “even 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?” (KING & THORNHILL, 2003, 42). Esta es probablemente la razón principal para el escepticismo hacia la teoría luhmanniana que encontramos en la academia jurídica. Como señala King, para los abogados progresistas entrar en el mundo luhmanniano es pasar por las puertas danteanas sin esperanza alguna: *‘Lasciate ogni speranza, voi ch’entrate’*.

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.⁷ 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 (KING, 2006, 37-52) . En otras palabras, King rechaza el uso instrumental de la teoría luhmanniana⁸ 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 estar 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 ubicación, selección que en tanto contingente, podría traer otros problemas como la legitimidad o hasta apreciación de falta de efectividad de su ubicación vista desde en 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 de la 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

⁷ Aquí pone como ejemplos a Paterson y Teubner a los que critica.

⁸ “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*”. (KING, 2006, 52).

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 donde 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 reciente fue el tema de la educación universitaria en Puerto Rico. La Universidad de Puerto Rico (UPR) se mantuvo en huelga por 66 días luego de que los y las estudiantes de todo el sistema universitario decidieran irse a la 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 sólo 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 (FONTÁNEZ, 2009b). De manera que para mí era importante estar 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 estar

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 fue ubicarme 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 otros y otras en ser transmisores del llamado a la atención sobre la importancia del proyecto universitario como un proyecto público, de excelencia y accesible a todos y todas, en otra clave que no fuera la provista por la racionalidad del Derecho. Más aún, haciendo un llamado a que otros operadores jurídicos contribuyeran a la hiperjuridificación del debate público mediante el tránsito de lo que el código jurídico podía ofrecerle al evento-huelga.

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 implicaría estar 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). La operación extra-sistema producto de una reflexión consciente permitiría llamar la atención no sólo 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.

Referencias bibliográficas

1. BOURDIEU, P. (1987) "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field". Traducido al español como "Elementos para una Sociología del Campo Jurídico". En MORALES DE SETIÉN RAVINA, C. (2000) *La fuerza del derecho*. Bogotá, Uniandes, 2000, 153-220.
2. BOURDIEU, P. (1999) "Contrafuegos: Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión liberal". Según citado por MORALES DE SETIÉN RAVINA, C. (2000) *La fuerza del derecho*. Bogotá, Uniandes, 2000.
3. FONTÁNEZ TORRES, É. (2007) "El Derecho y lo "legal/ilegal" en los escenarios de conflicto ambiental". En *Ética Ecológica*, San Juan, Tal Cual, 2007, 87- 108.
4. FONTÁNEZ TORRES, É. (2009a) "El discurso legal en la construcción del espacio público: Las playas son públicas, nuestras, del pueblo". En *Revista de Ciencias Sociales del Centro de Investigaciones Sociales de la Universidad de Puerto Rico* (número especial sobre Ambiente y Sociedad), 2009, 20, 40-77.
5. FONTÁNEZ TORRES, É. (2009b) "La pretension totalizadora del Derecho: Juridificación de controversias en Puerto Rico". Ponencia presentada en las I Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales: "Sociedad, Derecho y Estado en cuestión", Universidad de Buenos Aires, Instituto GIOJA.
6. FOUCAULT, M. (1977) "Verdad y Poder". En ÁLVAREZ, F. & VARELA, J. (1999) *Estrategias de poder*, Paidós Ibérica, 1999, 55.
7. KING, M. & THORNHILL, C. (2003) *Nicklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.
8. KING, M. (2006) "What's the use of Luhmann's Theory?". En KING, M. & THORNHILL C. (2006) *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Oxford, Hart Publishing, 37-52.
9. LUHMANN, N. (2004) *Law as a Social System*. New York, Oxford University Press, 2004.
10. MADSEN, M. & DEZALAY, Y. (2002) "The Power of the Legal Field". En *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 189-204.
11. MORALES DE SETIÉN RAVINA, C. (2000) *La fuerza del derecho*. Bogotá, Uniandes, 2000.

12. PATERSON, J. & TEUBNER, G. (2005) "Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis". En BANAKAR, R. & TRAVERS, M. (2005) *Theory and Method in Sociolegal Research*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 215-238.
13. TEUBNER, G. (1997) "Altera pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses". En RAWLINGS, R. (1997) *Law, Society, and Economy*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 149-176.