

# LA CRISIS COMO CONTROL DE HIPERTROFIA SISTÉMICA Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO

Aldo Mascareño\*

RECEBIDO EM:	7.7.2017
APROVADO EM:	11.8.2017

\* PhD em Sociologia pela Universität Bielefeld (Alemanha), professor titular da Escuela de Gobierno da Universidad Adolfo Ibáñez (Chile) e diretor do Centro de Investigación Núcleo Milenio Modelos de Crisis (NS 130017). E-mail: aldo.mascareno@uai.cl

- **RESUMEN:** En el contexto de la sociedad mundial, las crisis son eventos recurrentes. La teoría de sistemas autorreferenciales las ha entendido como efecto de las colisiones entre sistemas sociales funcionalmente diferenciados y operativamente clausurados. Este artículo argumenta que las crisis son inmanentes al funcionamiento interno de los sistemas sociales. El mecanismo generativo de las crisis es el mismo que sostiene la dinámica de conectividad. Al incrementar su conectividad los sistemas pueden seguir patrones redundantes que conducen las operaciones sistémicas hacia una reiteración hipertrófica del pasado que limita el vínculo heterorreferencial hacia la variabilidad del entorno desatando crisis sistémicas e incertidumbre en la vida social. Las crisis son implosión de la reflexividad. Puesto que la función del derecho es proteger la memoria normativa del sistema, su rendimiento en transiciones críticas es el de un acompañamiento reflexivo que ofrece a la incertidumbre de la crisis un horizonte para la ratificación, variación o sustitución de la norma.
- **PALABRAS CLAVE:** crisis; reflexividad; sistemas complejos; normas; derecho.
- **ABSTRACT:** In world society, crises become recurring events. The theory of self-referential social systems has understood crises as a consequence of collisions among functionally differentiated social systems. This article argues that crises are immanent to the intern functioning of social systems. The generative mechanism of crises is the very same mechanism sustaining the dynamics of connectivity. While increasing their connectivity, systems may follow redundant patterns leading system operations to a hypertrophic reiteration of the past that restrains the other-referential link to the environmental variability, unleashing systemic crises and uncertainty in social life. Crises are an implosion of reflexivity. Since the function of law is to protect the normative memory of the system, in critical transitions law renders a reflexive support that offers to the uncertainty of the crisis a horizon for the ratification, variation of substitution of the norm.
- **KEYWORDS:** crisis; reflexivity; complex systems; norms; law.

## 1. Introducción

Desde los orígenes de la modernidad el concepto de crisis ha jugado un rol central en la descripción de la sociedad. El concepto ha sido entendido como un signo estructural de la modernidad (KOSELLECK, 2006), una forma omnipresente en las narrativas del mundo moderno (ROITMAN, 2014), una auto-descripción negativa de la sociedad mundial realiza desde la ceguera de la interacción local (LUHMANN, 1984), un último

· ALDO MASCAREÑO

esfuerzo por salvar el mundo del *oikos*, del hogar que ya no existe más (DERRIDA, 2002), una disyunción entre normatividad y morfogénesis social (ARCHER, 2016), una diferencia social que acecha tras la diferencia funcional de sistema y entorno (BRUNKHORST, 2014), una indicación de la fragilidad y ruptura de aquello que siempre nos ha parecido sólido (CORDERO, 2017). El propio surgimiento de la modernidad en sentido evolutivo puede ser interpretado como una *catástrofe*, es decir, como un cambio radical en los elementos y relaciones que organizan un orden complejo (THOM, 1994). El tránsito desde una sociedad estructurada bajo el primado de la estratificación a otra organizada bajo el principio de la diferenciación funcional constituye uno de esos cambios de amplio alcance y profundidad a los que la sociedad se ve enfrentada cada vez con mayor regularidad (LUHMANN, 2012). La expansión de la diferenciación funcional y la alta interdependencia y conectividad de sistemas y regiones en un horizonte de sociedad mundial ha multiplicado exponencialmente las fuentes de crisis así como sus vías de propagación y circulación en direcciones diversas e impredecibles (CORDERO; MASCAREÑO; CHERNILO, 2017).

En la última década, donde quiera que uno dirija la mirada puede identificar situaciones críticas desatadas o en evidente proceso de incubación. En el plano político, el avance del Estado Islámico en medio oriente, acciones terroristas en Europa, la reacción occidental y los procesos migratorios masivos a los que todo ello ha conducido, constituyen ejemplos a nivel transnacional; mientras que casos como las crisis políticas en Brasil o Venezuela reflejan su drama a nivel local, en todo caso, no con pocas repercusiones transnacionales. En el plano económico, la crisis *subprime* de 2008 aún no deja de producir efectos relevantes. El *Brexit* es su última consecuencia *en cascada*. El colapso financiero produjo una interrupción de flujos de crédito que condujo a un crecimiento cero y a un déficit fiscal que el Estado buscó manejar reduciendo el gasto especialmente en programas sociales. Como consecuencia de ello, la legitimidad democrática del sistema decae y emergen tendencias a la fragmentación política de la Unión Europea como la expresada en el *Brexit* (WALBY, 2015). En el plano jurídico, en tanto, una evidente caotización del sistema ha tenido lugar. El derecho nacional se ve profundamente interpenetrado por una creciente normatividad transnacional aún en proceso de consolidación. En el nivel nacional, los mejores deseos de los constituyentes se transforman en puntos de partida de crisis de inflación de compromisos valóricos que pueden ser procesados por instituciones sociales indispuestas frente a la magnitud y complejidad de nuevas demandas (PARSONS, 1968). El derecho internacional adquiere un aspecto justificatorio *ex post* - algunos dirían cínico (SLOTERDIJK, 2006) - antes que una orientación a la genuina protección de expectativas normativas de los ciudadanos

del mundo (FINE, 2012). Y la condición normal del derecho transnacional parece ser más bien la de una permanente colisión entre lógicas sistémicas y *patterns* regionales de decisión jurídica (TEUBNER, 2012; KJAER, 2014) a los que un proceso de transconstitucionalización, aún en fase evolutiva inicial, aspira a dar respuesta (NEVES, 2013).

Lo primero que hizo evidente el escenario de crisis con *sentido de mundo* en la modernidad tardía fueron los desastres técnico-naturales. Charles Perrow (1984) los llamó *accidentes normales*, esto es, la falla de uno o dos componentes en un sistema socio-técnico complejo estrictamente acoplado, genera interacciones inesperadas que conducen a colapsos generalizados del sistema con consecuencias irreversibles para grupos humanos: el sobrecalentamiento del reactor nuclear, el derrame masivo de petróleo en el mar, los desastres aéreos, mineros, espaciales, biológicos, entre otros. Ulrich Beck (1986), después del desastre de Tschernobyl, generalizó este tipo de experiencia de crisis como un efecto permanente de la modernidad en términos de *sociedad de riesgo*: en cada vértice de la sociedad moderna se esconde un desastre potencial en términos de riesgo. Niklas Luhmann (2003), en su respuesta a la formulación de Beck, atribuyó esto a la diferenciación funcional: si cada sistema tiene su propia lógica operativa entonces el riesgo no es generalizado, sino un problema del observador. El concepto de crisis, punto arquimédico de la teoría crítica desde Marx en adelante, estaba siendo reemplazado por el concepto de riesgo, aunque Habermas (1988) se había resistido a ello en la más sistémica de sus obras, *Legitimation crisis*, en la que observada la crisis de legitimación y motivación en el capitalismo tardío como el punto de sutura de problemas sistémicos en economía, política y racionalización cultural.

Parte de la saturación con el concepto de crisis se debió a su abuso mediático (MORIN, 1976; STARN, 1976). Todo podía estar en crisis, desde el individuo y la pareja hasta el medioambiente. El concepto permitía una abreviación de la explicación y una inmediata conexión con la movilización de emociones adecuada a la nascente época del simulacro y la postverdad (BAUDRILLARD, 1994). Y puesto que los medios moralizan (BOLZ, 2006), la crisis se transformó en el invitado permanente e indeseable de la modernidad, al que había que expiar y tratar terapéuticamente con dispositivos tecnológicos (FOUCAULT, 2008). Sin embargo, los mecanismos generativos de la crisis seguían operando tras el simulacro de crisis, y la crisis *subprime* marcó un retorno de ella como objeto teórico, ahora en términos de operación y conectividad en sistemas sociales complejos. La crisis había mostrado, literalmente a la sociedad mundial, que las dinámicas constitutivas de sistemas sociales diferenciados que permiten la continuidad de la comunicación, son justamente aquellas que los transforman en entidades autoinmunes e hipertróficas para las cuales solo queda la crisis como momento paradójico de destrucción-liberación.

En este artículo busco formular los lineamientos centrales de una teoría de la crisis en sistemas sociales complejos. Mi argumento central es que las crisis se producen por una *implosión de reflexividad sistémica*, esto es, por un colapso de la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia a la que denomino *singularidad* (CORDERO; MASCAREÑO; CHERNILO, 2017). La implosión de reflexividad tiene lugar por una reiteración de selecciones pasadas que bloquean la heterorreferencia del sistema, con lo que este comienza a operar en un *loop* autorreferencial infinito sin capacidad de incorporar información que provoque bifurcaciones en la operación. El sistema produce más de lo mismo sin variedad. A esto llamo *hipertrofia sistémica*. Entonces, cuando producto de esta hipertrofia la crisis se desata, es decir, cuando el límite crítico del procesamiento sistémico se rebasa y la dinámica del sistema colapsa como efecto de su propio funcionamiento, la crisis, el *factum* del colapso, acaba con la hipertrofia del sistema y la retornan a una situación de metaestabilidad en la que el vínculo entre auto y heterorreferencia puede restablecerse. En situaciones de este tipo, sostengo, el derecho adopta una función de *acompañamiento reflexivo*. Puesto que los episodios de crisis generalizada hacen evidente incluso la contingencia de la estructura normativa de una situación social dada, la función de protección de expectativas normativas es modulada por un rendimiento particular que el derecho puede ofrecer en transiciones críticas, el de reflexivizar el vínculo entre pasado y presente normativo, sea en términos de modificación de normas existentes antes de la crisis, o en términos de su reelaboración con signo distinto. En estos casos la memoria normativa del derecho puede hacer presente al acoplamiento entre política y derecho qué horizonte normativo se consideró digno de resguardar en el pasado, para desde ahí confrontarlo con la contingencia y apertura de posibilidades que abre la crisis.

Para desplegar estos argumentos, la segunda sección busca formular una teoría sistémica de la crisis. La tercera sección construye las bases de una teoría de la crisis en sistemas sociales complejos; mientras que en la cuarta sección analizo la función del derecho en contextos de crisis. Concluyo con los alcances de las consideraciones propuestas para la relación entre derecho y crisis.

## 2. Desde la autodescripción negativa a la compulsión: antecedentes para una teoría sistémica de la crisis

En una de las pocas reflexiones sistemáticas sobre la noción de crisis, Luhmann (1984) ha entendido el concepto como una autodescripción negativa de la sociedad mundial.

Autodescripciones son construcciones selectivas históricamente estabilizadas de la comunicación por medio de las cuales la sociedad genera formas de autocomprensión que motivan la continuidad de la comunicación (LUHMANN, 2012). El concepto de crisis pertenece a este conjunto siempre abierto de autodescripciones de la modernidad – entre otras como riesgo, solidaridad, racionalidad, modernización.

La autodescripción como crisis es paralela a la construcción de una sociedad mundial: mientras más complejo y amplio el horizonte de relaciones sociales, más difícil es acceder a él y comprenderlo en su totalidad desde la perspectiva de la interacción (LUHMANN, 1984). Ni la experiencia ni la acción de los espacios locales son suficientemente sofisticadas para captar la complejidad del todo. En este sentido, la autodescripción como crisis le otorga un nombre a la incapacidad de explicar la complejidad e interconexión de la sociedad mundial punto por punto. De ahí su negatividad y su carácter de alarma, el que, además, tiene el poder de combinar una descripción general e imprecisa con un llamado a la acción. El correlato estructural de esta forma de autodescripción negativa es un clivaje entre el nivel interaccional de formación de sistema – siempre dependiente de la presencia localizada de individuos – y la sociedad mundial como horizonte general. De este modo, la sociedad construye un concepto que permite la descripción de la unidad de la totalidad: “el mundo es crisis”, pero que a la vez oculta la imposibilidad de su comprensión por medio de esa misma afirmación.

El análisis de Luhmann estaba principalmente dirigido hacia el uso inflacionario del concepto en la sociología crítica. Ante ello, Luhmann propone un tipo de análisis sociológico que permita comprender la situación contemporánea por medio de teorías que no solo produzcan autodescripciones negativas, sino que combinen estas con autodescripciones positivas. Estas son la teoría de la evolución, la teoría de la diferenciación de sistemas y la teoría de sistemas autorreferenciales (LUHMANN, 1984). Cada una de ellas (y ellas en conjunto) puede dar cuenta de los mecanismos que conducen al orden y al desorden, a la clausura y la apertura, a la autonomía y la interdependencia, a la libertad y la planificación, al liberalismo y al socialismo.

Más allá de la pretensión de Luhmann de ofrecer modelos de autodescripción que combinen elementos positivos y negativos, en estas teorías se encuentran importantes antecedentes para la construcción de una teoría sistémica de la crisis. Entre estos están los siguientes:

- La evolución no se mueve por una razón o un *telos* hacia la perfección, sino que se trata de “una situación inestable que requiere de un próximo paso que conduce nuevamente a una situación inestable” (LUHMANN, 1984, p. 61).

• ALDO MASCAREÑO

- La diferenciación es un resultado de la evolución social la que, como tal, no asegura una eficiencia superior: “Como una de las consecuencias de la diferenciación funcional, incluso tenemos que esperar crisis más o menos permanentes en algunos de los subsistemas” (LUHMANN, 1984, p. 64). La diferenciación implica, por tanto, una atención, “incluso una predicción de crisis continuas, de presión de tiempo, y la necesidad de reestructuraciones que ni siquiera pueden aspirar a abrir las puertas para un futuro mejor” (LUHMANN, 1984, p. 65).
- Lo anterior introduce el carácter performativo del concepto de crisis que “opera como profecía autocumplida” (LUHMANN, 1984, p. 66).

Las alternativas quedan abiertas: o se sustituye el concepto crisis por el de autorreferencia que permite combinar autodescripciones positivas y negativas, o “se puede tratar de ofrecer algún paquete de acuerdos: si se trata de crisis, entonces que se explique en términos de diferenciación funcional” (LUHMANN, 1984, p. 68). En este artículo, combino estas opciones: explico la crisis en términos de diferenciación funcional y a la vez observo cómo la crisis condensa en una singularidad la descripción negativa y la positiva.

El texto recién analizado no es el único donde Luhmann refiere a los problemas de la diferenciación funcional. Otros pasajes pueden ser también invocados como antecedentes para una teoría de la crisis. Toda su reflexión sobre inclusión y exclusión da cuenta de la inclinación a la crisis que producen los sistemas funcionales – incluso abstractando a los individuos su título de *personas* por cadenas de exclusión que los reducen a cuerpos sin socialidad (LUHMANN, 2005a). También sus reflexiones sobre las promesas incumplidas de la modernización como autodescripción de la sociedad mundial apuntan en este sentido:

El cualquier caso tenemos que abandonar una idea que dominó largamente en la investigación sobre modernización después de la Segunda Guerra Mundial, la noción de que las tendencias de modernización en los sistemas funcionales parciales, a saber, democracia política, economía monetaria dirigida por el mercado, Estado de derecho, investigación científica no restringida dogmáticamente, medios de masas sin censura, educación escolar para toda la población de acuerdo a la aptitud individual, etc., desencadenarían un impulso de desarrollo en el cual los logros de sistemas funcionales particulares se apoyarían mutuamente y se confirmarían uno a otro. Más bien lo contrario es lo probable (LUHMANN, 2012, p. 343).

Lo que las complejas relaciones de autonomía e interdependencia entre sistemas sociales crean en la sociedad mundial es, ante todo, un *horizonte distópico* caracterizado

por incertidumbre, conflicto, riesgo, indiferencia, en el que procesos de generalización, simplificación y desdiferenciación provocados por la inestabilidad inmanente de la diferenciación funcional se combinan con los logros evolutivos de cada sistema. Semánticamente esto se refleja en que las autodescripciones positivas de la sociedad mundial (solidaridad, igualdad, equidad, modernización, racionalidad, cosmópolis, entre otras) chocan constantemente con las dinámicas operativas de la diferenciación. Cuando ello acontece, el cambio tiene lugar demasiado rápido: “La crisis ahora es ubicua. En casos extremos, la autodescripción de sociedad se reduce a una ‘definición de la situación’ que siempre deja espacio para controversia, incluso si los datos son incuestionables” (LUHMANN; FUCHS, 1988, p. 31). Luhmann (1997a, p. 74-75) sostiene que este horizonte distópico generado por la evolución de la diferenciación funcional puede ser subvalorado si, en nombre de principios morales ligados a la emancipación, continuamos describiendo a la sociedad únicamente como estratificación, negando las consecuencias operativas de la diferenciación:

Cada tipo de sociedad tiene sus propias calamidades. Si vemos estratificación, tenderemos a ver [...] injusticia, explotación, opresión; y podemos desear encontrar mecanismos correctivos o al menos formular esquemas normativos y mandatos morales que estimulen una retórica de crítica y protesta. Si por otro lado vemos diferenciación funcional, nuestra descripción apuntará a la autonomía de los sistemas funcionales, a su alto grado de indiferencia, acoplado a una alta sensibilidad e irritabilidad en aspectos muy específicos que varían de sistema a sistema. Entonces veremos una sociedad sin cima y sin centro, una sociedad que evoluciona pero que no puede controlarse a sí misma. Y entonces la calamidad ya no es más la explotación o la opresión, sino el *desinterés* [*neglect*]. [...] Hoy el problema es mucho peor que antes. Podemos continuar con nuestros hábitos y volver a demandas morales que estarán tan justificadas como siempre. Pero ¿quién oírás esas quejas y quién reaccionará a ellas si la sociedad no está en control de sí misma? ¿Y qué podemos esperar si sabemos que el propio éxito de los sistemas funcionales depende de su desinterés? Cuando la evolución ha diferenciado sistemas cuya propia complejidad depende de la clausura operativa [...] ¿cómo esperamos poder incluir todo tipo de preocupaciones dentro del sistema?

El *neglect* es un elemento constitutivo de sistemas funcionales. Es la síntesis de su autopoiesis, clausura operativa, autorreferencialidad y de su apertura cognitiva a un rango mínimo de comunicaciones de su interés. Si esta es la situación de base para todos los sistemas, entonces la posibilidad de fricciones menores o mayores en la dinámica de acoplamientos de la diferenciación funcional se incrementa en la misma medida en

que los sistemas aumentan sus interconexiones e interdependencias. Dicho de otro modo, a mayor complejidad de la diferenciación, más eventos críticos. En este sentido, desde las reflexiones de Luhmann, las crisis pueden explicarse como un derivado de la diferenciación funcional, como una *consecuencia no intencional* de su diseño evolutivo. Son immanentes a la diferenciación pero externas a la operación de los sistemas. No parece haber un mecanismo generativo de las crisis. Ellas serían más bien un acontecimiento espontáneo, es decir, sucederían con más o menos frecuencia producto de las colisiones entre lógicas sistémicas operativamente clausuradas. La operación sistémica en sí misma es una condición de posibilidad de las crisis, tanto como es una condición de posibilidad de la diferenciación funcional, pero no hay en Luhmann un mecanismo generativo de ellas, una operación de la producción de crisis que acontezca como operación del sistema.

La crisis financiera *subprime* abrió un campo de exploración de transiciones críticas en teorías de la complejidad social (GEORGE, 2011; SAU, 2013; CASTELLACCI; CHOI, 2014). También lo hizo para la teoría de sistemas. La crisis financiera no podía ser leída como una colisión entre lógicas operativas; era más bien producto del funcionamiento interno del sistema financiero. La colisiones y efectos de cascada eran una consecuencia de la dinámica hipertrófica del sistema (continuidad en la producción de derivados después cubrir la demanda de instituciones financieras) y no de dos o más lógicas de operación en conflicto - por ejemplo, entre regulaciones financieras y transacciones al margen de la ley. El problema no estaba en la diferenciación funcional, sino en el interior del sistema. Gunther Teubner (2011, p. 8) reformula el problema en términos de una pregunta:

¿Qué “mecanismos adictivos” son responsables del hecho que la autorreproducción autopoietica de un sistema social, a través de la recursividad de operaciones sistémicas específicas, se revierta en una compulsión comunicativa de repetición y crecimiento, produciendo consecuencias destructivas a su paso?

En este caso, ya no se trata de la colisión entre sistemas de la diferenciación funcional, sino de la pregunta por aquello que acontece dentro del sistema y que puede generar situaciones críticas. Para Teubner (2011) la respuesta está en que la conectividad sistémica está atada a una lógica de crecimiento compulsivo que produce una “espiral patológica de crecimiento”. De este modo, “se puede entender que la comunicación sufre de un síndrome adictivo cuando su apego irresistible a factores exógenos engendra una compulsión de crecimiento” (TEUBNER, 2011, p. 8-9).

A mi entender, hay una dificultad fundamental con esta formulación: se da nombre a un problema – el “crecimiento sistémico compulsivo” – cuyo mecanismo generativo no se describe sociológicamente, sino que se expone en términos de metáforas psicológicas. Expresiones como “mecanismo adictivo”, “síndrome adictivo”, “compulsión comunicativa”, “compulsión de crecimiento”, “espiral patológica de crecimiento”, además de psicologizar la explicación sociológica, tienden a hacer innecesario el planteamiento del mecanismo solo porque los términos remiten una experiencia o una situación conocida. En este sentido, Teubner (2011) pospone la explicación del mecanismo generativo de aquello que denomina “crecimiento compulsivo” y lo subsume dentro de las, en todo caso, evocativas metáforas de la adicción y la compulsión. Entrega, no obstante, precisos indicios de dónde hay que investigar para dar con ese mecanismo: en el imperativo de la conectividad del sistema, en la tendencia a la expansión de su comunicación, en las consecuencias destructivas (no, en realidad, “patológicas”) de ese mecanismo. En la siguiente sección formulo ese mecanismo teóricamente y elaboro una reflexión sobre la función de la crisis en sistemas sociales complejos.

### 3. Implosión de reflexividad, control de hipertrofia y la función de la crisis

Para identificar el mecanismo generativo de las crisis en sistemas sociales complejos, el primer paso es dar cuenta del mecanismo generativo del sistema mismo, pues si las crisis son inmanentes al sistema, entonces la operación que produce crisis no debe ser distinta a la operación que constituye al sistema. Como lo indica Teubner (2011) y también Luhmann (1995, 2012), la conectividad del sistema, es decir, su capacidad para conectar su operación de comunicación presente con la próxima – una oferta con la compra, una elección con la ocupación del cargo, una hipótesis con la experimentación, una publicación científica con su crítica, una decisión jurídica con su implementación o su apelación – es el *drive* fundamental para la autoorganización y autoproducción de cada sistema de manera autorreferencial. Sin embargo, la autorreferencia no es suficiente para la constitución de la dinámica del sistema. Pura autorreferencia significa el infinito regreso sobre lo mismo. No hay *poiesis* solo con autorreferencia. Esto exige la construcción de un valor reflexivo que otorgue variedad a la operación autorreferente. La heterorreferencia cumple esa tarea. Por medio de ella, la comunicación oscila entre distintos tópicos, selecciona eventos contingentes para la comunicación y produce información. De este modo, la reflexividad (autorreferencia más

· ALDO MASCAREÑO

heterorreferencia) produce un doble rendimiento para el sistema: incrementa el espectro de posibilidades de conectividad de su comunicación (la empresa diversifica sus productos y obtiene más clientes, el político amplía sus temas y obtiene más votantes, el científico extiende o profundiza su investigación y obtiene más citas, fondos o reconocimiento) y hace más robusta la producción autorreferencial de su código, lo que a su vez, refuerza su conectividad.

Por medio de reflexividad el sistema condiciona sus condiciones, produce un ajuste mutuo entre auto y heterorreferencia con el cual reacciona a la intransparencia de su operación a través de una *indeterminación autoproducida*:

Indeterminación autoproducida solo quiere decir que el sistema opera recursivamente, y al hacerlo así, tiene que volver sobre estados pasados que no pueden ser recordados completamente, y tiene que anticipar estados futuros acerca de los cuales se toman decisiones únicamente en presentes futuros (LUHMANN, 1997b, p. 363).

Para ello, el sistema tiene que *temporalizarse*, esto es, tiene que construir una distinción entre pasado y futuro sin la cual no podría manejar su propia indeterminación:

Si el sistema solo conociera el pasado, o si el presente de la operación actual fuese una repetición del pasado, el sistema se reproduciría a sí mismo tal como es. Si solo hubiese futuro, el sistema tendría que entenderse como una constante desviación de su propio estado, por ejemplo, como objetivo, y caería en una desviación de la desviación de la desviación (LUHMANN, 1997b, p. 364).

El sistema escapa a estas posibilidades autoorganizando reflexivamente su operación, tanto en términos de auto y heterorreferencia como en términos de temporalización. Desarrolla la función de *memoria* para seleccionar eventos del pasado y reinventarlo constantemente en el presente; y despliega la función de *oscilación* para enfrentar el futuro de manera abierta (LUHMANN, 1997b). Con ello puede seguir siendo el sistema particular de que se trate conectando el pasado selectivo positiva o negativamente (memoria) con las posibilidades del futuro aprendiendo cognitivamente (oscilación), es decir, cambiando los modos en que su operación se expresa: puede ajustarse a la llegada de un nuevo integrante de la familia, generar y adaptarse a una nueva unidad organizacional, reconocer oportunidades que se abren en el mercado, crear nuevos problemas de investigación, producir alternancia en el poder. La indeterminación del sistema genera flexibilidad para el acoplamiento con la indeterminación del entorno, para el

*matching de complejidades sistema/entorno* (LUHMANN, 2012). Con ello el sistema puede enfrentarse a la sorpresa, a una eventual crisis, y no colapsar frente a ella, y puede incluso provocar sorpresa autocontrolada, como cuando la política introduce reformas por medio de políticas públicas para enfrentar problemas sociales (AZÓCAR, 2017), o cuando las organizaciones innovan para mantenerse competitivas (WILLKE; WILLKE, 2012), o cuando los medios estilizan el escándalo para escenificarlo públicamente (THOMPSON, 2000).

Por medio de estos mecanismos, el sistema adquiere variabilidad para incrementar sus condiciones de sensibilidad frente al entorno. No le entrega en primera instancia a la crisis la reducción de la complejidad del entorno:

En vez de ello, el sistema se ve enfrentado a una abundancia de posibles oportunidades de cambio entre las cuales tiene ahora que elegir. En otras palabras, tiene que poder considerar la alta complejidad del entorno como relevante y abordarla con mejores técnicas de selección si es que quiere ahorrarse crisis (LUHMANN, 2014, p.186).

No obstante, la conectividad del sistema que sostiene su autoorganización y auto-producción contiene el riesgo de la simetría, es decir, de sintonizar memoria y oscilación en un registro único. Puesto que los sistemas optimizan el tiempo de la conectividad restringiendo sus zonas de sensibilidad frente al entorno (la economía observa en modo monetario, el derecho en modo de validez, la política en modo de poder), siempre está presente la posibilidad de que un determinado patrón de conectividad sea continuado solo porque su selección ya ha sido hecha. Ejemplos de esto son candidatos políticos que no remontan en encuestas pero se persiste con ellos porque el sistema ya se predispuso a su campaña electoral; inversiones con cada vez más gastos adicionales que no pueden desecharse porque las pérdidas serían insostenibles; políticas públicas ineficientes imposibles de revertir porque su eliminación produciría demasiados efectos colaterales; procedimientos policiales que pasan por alto derechos por la presión del resolver el caso; producción en exceso de mercancías porque la demanda se incrementa rápidamente; continuidad del mismo modelo de manejo de riesgo financiero incluso cuando el riesgo se multiplica exponencialmente. En estas situaciones, el sistema entra en una modalidad *hipertrófica* de sobreproducción de selecciones previamente exitosas que son consideradas igualmente exitosas en el presente solo porque lo fueron en el pasado (CORDERO; MASCAREÑO; CHERNILO, 2017). La diferencia autorreferencia/heterorreferencia que sostiene la conectividad del sistema por medio de reflexividad colapsa en pura autorreferencia. Memoria y oscilación se sintonizan en un registro

único que les hace perder la variedad de su operación, con lo que el sistema entra en un modo de reiteración de su pasado que es indiferente a lo que acontece en el entorno. O como lo formula Scheffer (2009, p. 245) desde la dinámica de transiciones críticas: “Este mecanismo de bloqueo [*lock-in*], causado por una aparente adherencia autorreforzada a un modo de conducta, tiende a promover *inercia*, una ausencia de responsividad a los cambios en el entorno”. Esta reiteración no-reflexiva del pasado conduce al sistema a un caso extremo de autorreferencialidad que llamo *singularidad*, es decir, la producción de redundancias autorreferenciales sin monitoreo heterorreferencial. En otros términos, hipertrofia sistémica.

Las crisis sistémicas son, entonces, una *implosión de reflexividad*. La diferencia autorreferencia/heterorreferencia implosiona en un *feedback* positivo autorreferencial que no contiene variación y que es generada por el sistema mismo. La crisis es inmanente a la operación del sistema. No requiere de una perturbación externa para producirse. Es el mismo mecanismo de conectividad que sostiene y hace robusta la autoproducción y autoorganización del sistema el que puede llevar a su colapso generando una simetría entre memoria y oscilación, eliminando el tiempo del sistema y su apertura heterorreferencial. Que esta situación de singularidad hipertrófica y, por tanto, de colapso sistémico, esté contenida en el mismo mecanismo de conectividad que sostiene su autopoiesis, refleja una forma de *autoinmunidad* en la que la propia operación se bloquea a sí misma. En este contexto, autoinmunidad implica que la operación autopoietica contiene la posibilidad de detener la autopoiesis cuando la selectividad del sistema se ha vuelto hipertrófica, es decir, cuando reitera irreflexivamente el pasado sin sensibilidad a las variaciones de complejidad del entorno. Por tanto la crisis en sistemas sociales complejos, el momento de colapso, el instante en que la operación hipertrofiada traspasa su umbral crítico, es un *control de hipertrofia*.

Mediante la crisis los sistemas detienen de modo abrupto la reiteración irreflexiva del pasado; detienen su *loop* recursivo a través de la disrupción generalizada del sistema que ha entrado en modalidad hipertrófica: la burbuja financiera explota, la iliquidez se generaliza; la inversión crecientemente costosa hace quebrar la empresa; el candidato que no remonta termina perdiendo y fragmentando la coalición que lo apoyaba; la persistencia en la conducta dogmática de gobierno y oposición conduce a un golpe de Estado. La avalancha de disrupción que acontece con la crisis afecta en una amplia escala sistémica en términos de reorganización de elementos y relaciones, es decir, en términos de autoorganización de la complejidad. Con ello los sistemas logran restablecer el carácter relacional de la comunicación, reintroducen la heterorreferencia como valor

reflexivo de la autorreferencia y asimetrizan memoria y oscilación reconstruyendo el tiempo del sistema. La contingencia del sistema y del entorno (reconstrucción permanente del pasado por medio de la memoria y oscilación frente a las posibilidades del futuro) queda disponible nuevamente para la observación y la selectividad.

Esto, en todo caso, no significa que la reestructuración después de la crisis sea necesariamente una *buena* reestructuración. La hipertrofia del sistema político puede ser *resuelta* con un golpe militar y asesinatos generalizados; la hipertrofia financiera regularmente lleva a cascadas de crisis afectando la economía real, produciendo déficit fiscal, reduciendo gastos públicos y conduciendo al sistema a una situación deflacionaria de confianza en instituciones públicas y representantes; en distintos momentos históricos la hipertrofia en el sistema religioso ha llevado al surgimiento de fundamentalismo y sectarismo. Así como la autopoiesis asegura la continuidad del sistema pero no indica qué tipo de organización de la sociedad deriva de ello (LUHMANN, 2012), así también la función de la crisis es asegurar el restablecimiento de la relación entre autopoiesis y contingencia sin anticipar cuál será el resultado de la nueva selectividad, sino sacándola de la regresión infinita en la que había quedado capturada.

La evolución de sistemas sociales se comporta en el modo de *sistemas críticamente autoorganizados* (BAK, 1996; KRON; GRUND, 2009), esto es, sistemas metaestables, que controlan su inestabilidad por medio de inestabilidad (LUHMANN, 2017), y que sostienen su complejidad readaptando sus estructuras por medio de bifurcaciones menores que lo mantienen sensible frente a perturbaciones del entorno y que reaccionan con bifurcaciones mayores (avalanchas) cuando ya no pueden sostener su propio modo de funcionamiento porque la estructura no es dinámicamente sensible a la variedad. La temporalización es central para la dinámica del sistema. Cuando memoria y oscilación quedan atrapadas en el mismo registro, el tiempo del sistema se detiene en una singularidad de recursión, por lo que sus estructuras no pueden responder dinámicamente a la complejidad del mundo. La bifurcación mayor, la gran avalancha, la crisis, interrumpe la recursión del tiempo y lo asimetriza nuevamente como pasado y futuro, como memoria y oscilación. La crisis, entonces, no es una *falla* de los sistemas críticamente autoorganizados, es, por el contrario, el mecanismo evolutivo que controla la hipertrofia de la selectividad del sistema, y que la controla por medio de una transición disruptiva de las estructuras sociales que algunos podrían llamar catástrofe.

En sistemas críticamente autoorganizados, las crisis siguen una distribución de *power law*, la que sintéticamente expuesta consiste en que “la probabilidad de grandes eventos es considerablemente menor que la de eventos pequeños” (SNOOKS, 2008, p. 13). Hay pocas grandes situaciones críticas y muchas menores. La metaestabilidad de

los sistemas críticamente autoorganizados, es decir, el control de su inestabilidad por medio de inestabilidad (de la variación de precios por medio de la variación de expectativas de precio y decisiones de compraventa, de la provisionalidad de la verdad por medio de nuevas verdades provisionales, de la variación de expectativas políticas por medio de la alternancia en el poder al menos en sistemas democráticos), reacciona absorbiendo bifurcaciones menores, incluso puede hacerlo adecuadamente frente a aquellas de un impacto mayor. Pero las pocas crisis en las que se produce una disrupción generalizada, exigen asimismo una amplia *reorganización de la autoorganización*, en la que el derecho también se ve afectado.

#### 4. Acompañamiento reflexivo: la función del derecho en transiciones críticas

La función del derecho en el contexto de sociedades modernas es el resguardo de expectativas normativas frente a la decepción (LUHMANN, 2003). Expectativas normativas son aquellas que se mantienen a pesar de que la factualidad del mundo y la conducta las contradiga diariamente. Por medio de la codificación y positivización de normas, el derecho selecciona aquellas expectativas normativas respecto de las cuales se puede esperar restitución toda vez que han sido quebrantadas. En este sentido, el derecho aprende cognitivamente cuáles son las expectativas normativas que la sociedad, en un momento determinado, entiende valioso resguardar y las organiza normativamente en cuerpos legales. Mediante ellos, el sistema observa el entorno (apertura cognitiva) y puede decidir (clausura normativa) acerca de los problemas que se le presentan bajo la modalidad de decepción de expectativas normativas.

En la sociedad mundial, no obstante, hay un conjunto de situaciones que complejizan la función del derecho. La primera se asocia al creciente predominio del estilo cognitivo de expectativa por sobre el normativo en espacios como la ciencia, los sistemas técnicos, la economía, las finanzas, Internet (LUHMANN, 2005b). En estos casos prevalece un tipo de expectativa dispuesta al aprendizaje, es decir, que se cambia cuando el mundo la decepciona y que, por ello, se ajusta a las condiciones dinámicas del entorno. Este tipo de expectativa se diferencia del estilo normativo que se basa en recursos como los medios de sanción (derecho con *enforcement* político para el caso de sanciones negativas), el convencimiento y el consenso (argumentación política sin *enforcement*). En este sentido, el acoplamiento entre política y derecho que tiene lugar a nivel de sociedades regionales (países) es para Luhmann central en el desarrollo de la función del derecho. Pero este acoplamiento no parece tener lugar a nivel de la sociedad mundial:

Puede ser que esta curiosa combinación de derecho y política, justamente en lo que refiere a su especial capacidad de rendimiento, sea una especialización errónea del desarrollo de la humanidad que por el momento no es trasladable al sistema de la sociedad mundial (LUHMANN, 2005b, p. 71).

La razón de esto estriba en que la positivización del derecho requiere de consenso político en torno a los peligros ante los cuales sería necesario resguardarse normativamente, y salvo por un número restringido de tópicos generales (derechos humanos, riesgos ecológicos, sobre los cuales además no hay convencimiento ni consenso universal), esos peligros se especifican en Estados nacionales. La sociedad mundial no entrega una experiencia común en torno a las expectativas normativas dignas de protección. Los modos de derecho transnacional, en tanto, trascienden las fronteras nacionales, pero en la medida en que refieren a campos o sistemas específicos, las expectativas normativas en uno no son las que se puede sostener en otro (TEUBNER, 2012).

Una segunda constelación problemática para el derecho está en la diferenciación interna entre legislación y jurisdicción en términos de aplicación de la norma (*Rechtsprechung*). El derecho presupone continuidad entre ambas dimensiones. Por medio del establecimiento de objetivos, el legislador anticipa estados futuros deseables los que, por secuencias inherentes a la complejidad de la sociedad mundial, tienen una concreción limitada o generan cadenas de efectos no deseados que se sitúan fuera del derecho (LUHMANN, 1999). Adicionalmente, la burocracia encargada de la aplicación del derecho opera bajo una motivación que no solo incorpora la protección de expectativas normativas, sino también aquellas relacionadas a la reproducción de la burocracia y a la constelación de intereses políticos asociados a ella. Bajo estas condiciones, la distancia entre legislación y aplicación del derecho aumenta. La conclusión de ello es una *crisis de adaptación*:

Estas reflexiones se pueden sintetizar en el hecho que un rápido desarrollo social ha conducido al sistema jurídico a una crisis de adecuación que ya no puede ser ubicada a nivel de las normas particulares o de las instituciones jurídicas, sino que interviene en la misma conciencia normativa de la sociedad. La pregunta es si el futuro puede ser controlado en conexión con el pasado y la actualidad - y si lo fuera, en qué medida y en qué áreas esto sería posible. La unidad de aseguramiento de expectativas y regulación de la conducta se ha vuelto problemática. [...] Puede acontecer que en la medida en que las decisiones dependan de expectativas de futuro, el esquematismo binario lícito e ilícito [*Recht und Unrecht*] no pueda sostenerse, y con ello la diferenciación de un sistema jurídico especializado en esta tarea tenga que retrotraerse (LUHMANN, 1999, p. 90).

Se debe tomar en consideración que estos problemas en la relación del derecho con su entorno acontecen en una situación histórica caracterizada por la producción de crisis en sistemas sociales complejos descrita en las secciones anteriores. En esta situación histórica los elementos centrales son: 1. que la autodescripción de crisis remite a una distancia entre interacción y sociedad mundial que cubre con la *semántica de crisis* la ignorancia sobre la inteligibilidad de causalidades complejas; 2. que la diferenciación funcional produce crisis entre los sistemas producto de desdiferenciaciones, presiones de tiempo y reestructuraciones que no aseguran mejores resultados; 3. que el mecanismo generativo de crisis como implosión de reflexividad es inmanente a la conectividad de la comunicación que sostiene la autoproducción y autoorganización del sistema; y 4. que las crisis mismas tienen la función de controlar la hipertrofia de la selectividad del sistema y reorganizar su autoorganización.

No hay duda que el derecho puede manejar situaciones críticas, o más precisamente, condiciones de incubación de crisis, a través de la contingencia de sus decisiones. Que la norma esté positivamente establecida no implica su inadecuación. Para ello el sistema jurídico procede con apertura cognitiva frente a la variedad de las situaciones concretas y no *descubre la verdad jurídica en la ontología del caso*, sino que crea un resultado jurídico en cada evento decisional. Las reformas legislativas impulsadas desde la política son otro modo de lidiar con situaciones que se vuelven críticas: nuevas regulaciones ambientales ante nuevas fuentes contaminantes o problemas energéticos, reformas educativas frente a descensos continuos en indicadores de rendimiento, reformas de la salud ante enfermedades emergentes. Incluso el acoplamiento de derecho y política puede reaccionar de manera rápida mediante mecanismos de mitigación frente crisis localizadas: bonificaciones a afectados ante situaciones excepcionales, declaración de zonas de catástrofe para la provisión de recursos humanos y materiales, conjuntos de medidas especiales en situaciones de crisis naturales.

Sin embargo, cuando crisis mayores han sobrepasado su umbral crítico y la avalancha de causalidades complejas se desata (una revolución, un golpe militar, una corrida financiera, una invasión armada, un desastre técnico de gran escala, un evento natural mayor), la propia función de protección de expectativas normativas no puede ser implementada de modo adecuado, pues la crisis misma pone en cuestión el orden normativo que sostiene el orden social. Como argumenta Cordero (2017, p. 20-21):

[...] las crisis sociales inducen duda y ansiedad, provocan preguntas acerca de la naturaleza y justificación de los hechos sociales, de sus prácticas e instituciones [...] las crisis son fenómenos

normativamente demandantes en tanto abren preguntas acerca de la posible transformación de las condiciones que gobiernan la organización actual de la sociedad capitalista, una vez que esas mismas condiciones se hacen inaceptables pues producen sufrimiento humano y daño a la vida social.

El autor refiere a la situación general de una sociedad capitalista en sentido marxista, pero la argumentación es aplicable a distintos eventos críticos de amplio alcance y profundidad en los que las propias instituciones, procedimientos y normas que estructuran la vida social son los que contribuyen a la producción de la crisis. Sea porque los peligros no habían sido juridificados en términos de expectativas normativas; porque habiéndolo sido no predispusieron material o procedimentalmente al sistema frente a las consecuencias de potenciales crisis; o porque la dinámica de efectos secundarios derivada de la implementación del derecho (esto es, la propia protección jurídica de expectativas normativas) se sobrepuso a las finalidades anticipadas por el legislador, son las expectativas normativas las que entran – muchas veces abruptamente – en una espiral deflacionaria que puede llevar incluso a su disolución y reemplazo.

En las *off-scale crises* (TOPPER; LAGADEC, 2013) el derecho sostiene una estructura de expectativas normativas en la que la sociedad – momentánea o permanentemente – deja de confiar, no solo porque no la previno frente a la crisis, sino porque, por un lado, esa misma estructura define las condiciones iniciales que hicieron la crisis posible y, por otro, porque careció de la suficiente reflexividad para controlar los efectos no esperados de su propia aplicación. Son las regulaciones financieras las que promueven un tipo de manejo de riesgos cuya homogenización global desencadena la crisis (HALDANE; MAY, 2011; BATTISTON et al., 2016); son las regulaciones medioambientales las que establecen estándares que resultan insuficientes para garantizar un medioambiente libre de contaminación (LUHMANN, 2003); son las normas de la política democrática las que producen una dinámica de deflación de la confianza institucional que termina en crisis de legitimación (HABERMAS, 1988; WALBY, 2015). En estas situaciones, el derecho pasa a ser más parte de la crisis que de su manejo. Cualquier operación que realice es una operación que contribuye a la disrupción antes que al resguardo normativo; queda, por tanto, atrapado en una paradoja: el resguardo normativo protege normas que están en la base de la crisis normativa. En este sentido, el derecho se transforma en un mecanismo autoinmunitario antes que inmunitario.

El intento de resolución de esta paradoja lo lleva a nuevas conductas autoinmunitarias – al menos en regímenes democráticos – que buscan encontrar un camino entre el “estado de emergencia” y la protección de garantías constitucionales en situaciones

críticas como desastres naturales, ataques terroristas, o desorden público a propósito de crisis políticas o económicas. Como lo formulan Gross y Ní Aoláin (2006, p. 3), la pregunta aquí es una paradoja en sí misma:

¿En qué medida - si es que en alguna - se pueden justificar las violaciones a los valores democráticos liberales en nombre de la sobrevivencia del orden democrático constitucional mismo?; y si esto puede ser justificado, ¿en qué medida un gobierno democrático constitucional defiende el Estado sin transformarse él mismo en un régimen autoritario?

En estos casos, el problema está en que para proteger expectativas normativas hay que decepcionar las mismas expectativas normativas que se protegen. Los autores distinguen tres modelos de respuesta frente a estas situaciones: el modelo de acomodación, el de *business as usual* y el de medidas extra-jurídicas.

El modelo de *acomodación* responde clásicamente a la figura de la dictadura romana en tiempos de emergencia, en la que se entregan poderes especiales al dictador los que sin embargo son constitucionalmente observados. El gobierno regular se mantiene, lo que asegura que el dictador no pueda cambiar la estructura básica del Estado ni promulgar leyes, las que siguen a cargo del senado. Figuras modernas como el estado de sitio (para situaciones críticas “serias”), el estado de emergencia (para situaciones de menor gravedad; ambas comunes en Europa Central, América Latina) o la ley marcial (Reino Unido) caben en este esquema. La premisa de ellas es que el proceso normal de toma de decisiones es muy lento para enfrentar la aceleración de eventos en situaciones de crisis. Sus problemas están principalmente en la demarcación entre “normalidad” y “emergencia”. Incluso en desastres naturales la demarcación puede no ser obvia; y lo es menos en cuanto a potenciales amenazas terroristas o de desorden público. En este sentido, la técnica de distinción entre normalidad y emergencia puede ser empleada más que para el aseguramiento de expectativas normativas, para asegurar la mantención del orden público con objetivos político-instrumentales - como aconteció con el artículo 48 de la República de Weimar, que facultaba al presidente para usar las fuerzas armadas para restaurar el orden público cuando según su opinión esto fuese necesario. El artículo fue empleado más de 50 veces entre 1912 y 1932, en un claro caso de hipertrofia sistémica. Esto condujo a una desconfianza en los métodos democráticos de Weimar y al apoyo del autoritarismo: “Así, cuando Hitler llegó a ser canciller en 1933, el artículo 48 estaba listo para ser usado por los nazis para terminar con la República” (GROSS; NÍ AOLÁIN, 2006, p. 85).

El modelo de *business as usual* asume un sentido de *perfección constitucional* que incorporaría por anticipado los posibles estados de emergencia. Con ello se presupone que los poderes necesarios para enfrentar crisis están ya previstos en la Constitución y, por tanto, no se requiere de medidas extraordinarias. El modelo tiene la particularidad de sostener las expectativas normativas a todo evento. Esto puede ser simbólicamente relevante, pero produce limitaciones cognitivas en cuanto a la capacidad de reconocer riesgos y peligros, y puede ser además políticamente empleado para crear una ilusión de normalidad aun cuando la experiencia de los afectados indique lo contrario.

Finalmente, el modelo de medidas extra-jurídicas asume la relevancia de la protección de expectativas normativas sobre la base de que una “decepción pequeña” del derecho conduce a un “resguardo mayor” en el mediano o largo plazo. A diferencia del modelo de acomodación, en este caso las sanciones extra-jurídicas exceden el marco de la ley ordinaria, e incluso pueden conducir a la sustitución de las normas en el sentido de Schmitt (1985). Esquemas históricos de este tipo son el *halaká* judío y la teoría de las prerrogativas de poder de Locke, entre otros. En su sentido moderno, el modelo incluye la posibilidad de que el público evalúe *ex post* la conducta de los agentes políticos:

Por ejemplo, pueden tener que renunciar a su puesto, enfrentar cargos criminales o demandas civiles, o ser sujetos a procedimientos de *impeachment*. Alternativamente, el pueblo puede aprobar las acciones y ratificarlas. Tal ratificación puede ser formal o informal, legal tanto como social o política (GROSS; NÍ AOLÁIN, 2006, p. 137).

Los problemas de este modelo se asocian al riesgo de totalitarismo y autoritarismo, y al hecho de que las autoridades pueden utilizar los mismos patrones emergentes para mantenerse en el poder, aun cuando no hubiesen riesgos de crisis a la vista.

En los tres modelos el derecho busca mantener las expectativas normativas, pero en los tres queda sujeto a las paradojas del código lícito/ilícito y a las *tragic choices* (CALABRESI; BOBBITT, 1978) contenidas en la diferencia entre el resguardo de las expectativas normativas y la conducta cognitiva abierta al aprendizaje. No hay salida de ello. De estas situaciones indecibles parece ser que la única posibilidad del derecho en situaciones de crisis consiste en un *acompañamiento reflexivo de la situación*, es decir, en la mantención de la conexión entre memoria (normatividad) y oscilación (apertura) para primero evitar su propia hipertrofia y consecuentemente ofrecer una alternativa a la hipertrofia que conduce a umbrales críticos en otros sistemas (principalmente en la política) y que eventualmente produce crisis generalizadas. Acompañamiento

reflexivo significa que el derecho contenga los procedimientos para limitar la sobreutilización de un artículo constitucional que pueda conducir al colapso de un sistema, o que pueda promover la apertura cognitiva cuando dogmáticamente se sostiene la normalidad de una situación social a pesar de la experiencia de crisis de las personas, o que disponga de mecanismos cognitivos autónomos normativamente sustentados (es decir, de oscilación frente a las variaciones del entorno con base en la historia normativa del sistema) para limitar la utilización del esquema de observación normalidad/excepción en un mundo donde la crisis deviene una situación recurrente.

Sin embargo, para que algo así tenga algún éxito relativo, esa *curiosa combinación de derecho y política* (LUHMANN, 1997a) que caracteriza a la modernidad hace necesario que la reflexividad jurídica se alce sobre la autonomía de la política en el momento de anticipar, reaccionar o descartar riesgos o situaciones críticas. Al situar la distinción normalidad/excepción como esquema de observación, la política encuentra “razones suficientes” para suspender su sujeción al derecho, para jerarquizar su acoplamiento con él, incluso para instrumentalizarlo *en nombre* del propio derecho - por ejemplo extendiendo estados de excepción o invocando a una nueva Constitución para incrementar su poder. Y puesto que en condiciones modernas las crisis no son situaciones excepcionales, sino más bien un producto recurrente de la clausura operativa y de la implosión de reflexividad propia de la conectividad de la comunicación, la política que observa bajo el esquema normalidad/excepción tiene innumerables “razones” para declarar un estado de excepción permanente.

Dada la clausura operativa de la política, el acompañamiento reflexivo del derecho no puede cambiar esta situación, pero puede hacer presente a la política lo que el propio acoplamiento entre derecho y política ha conservado como memoria normativa digna de resguardo para que quede a disposición de la selectividad social en la situación crítica. Puesto que las crisis pueden poner en duda buena parte de (o toda) la estructura normativa de la sociedad en tanto se las considera condición de posibilidad de la crisis, cuando el acompañamiento reflexivo del derecho hace presente lo que se ha conservado como memoria normativa del sistema, ofrece a la vez un horizonte de continuidad en medio de la aceleración de la disrupción. Aun si directa o indirectamente, activamente o por omisión, la estructura normativa ha contribuido a la producción de la crisis, la reflexividad del derecho, es decir, la relación entre memoria (normatividad) y oscilación (cognición), evita descartar esa estructura normativa únicamente por las consecuencias disruptivas de sus efectos no esperados o por las reiteradas negligencias de sus puntos ciegos. Al resituar la norma como posibilidad selectiva en medio de la crisis, la

reflexividad del derecho ofrece un marco de referencia, aun cuando frágil e incierto, para confrontarlo a la contingencia y apertura de posibilidades que la crisis abre. El resultado, en todo caso, y las evaluaciones positivas o negativas que de esto se haga, es decir, la ratificación, variación o sustitución de la norma, siempre se definirán en la praxis de la comunicación.

## 5. Conclusión

Algunas conclusiones relevantes se derivan de las consideraciones precedentes. Primero, la relación entre crisis y derecho en sociedades modernas supone un vínculo autológico: el derecho no puede ser considerado externo a la crisis como si se tratara de una estructura superior *normativamente asegurada* frente a la cual la crisis supusiera una desviación. Para ello habría que reintroducir la forma del derecho natural y extraerlo de la sociedad a una posición en que no pudiese ser alcanzado por la dinámica de las transiciones críticas. Dadas sus prestaciones al funcionamiento de todos los sistemas sociales, el derecho puede tener un rol activo o pasivo en la producción de crisis: activo porque en ocasiones no es cognitivamente sensible a los cambios normativos en la sociedad y aplica normas obsoletas a situaciones sustantivamente nuevas, porque las normas que asegura (legislación) tienen consecuencias no esperadas en la dinámica sistémica (aplicación), y porque busca el control del futuro (oscilación cognitiva) por medio del pasado (memoria normativa); y pasivo porque las crisis pueden también producirse dentro de los *marcos lícitos* que el propio derecho ha establecido a la operación de sistemas y cuya función es asegurar jurídicamente la norma. En otros términos, el aseguramiento de expectativas normativas puede también contribuir a la ceguera hipertrófica de las crisis sistémicas.

Segundo, puesto que las crisis constituyen una hipertrofia que limita la heterorreferencia del sistema, afectan la dinámica de acoplamientos y producen disrupción en las expectativas de continuidad de la vida social, la incertidumbre y ansiedad que generan son sus características centrales. En tanto el derecho resguarda la memoria normativa de la sociedad, uno de sus rendimientos en momentos de crisis es no olvidar lo que la misma sociedad ha considerado digno de protección, aun cuando aquellas normas puedan ser corresponsables (directa o indirectamente) de la emergencia de la situación crítica. El acompañamiento reflexivo pone a disposición la norma para su ratificación, variación o sustitución. Así el universo normativo no debe reinventarse completamente cada vez desde cero en el escenario de la crisis y la incertidumbre que la crisis genera puede ser modulada por esta reflexión en torno a la memoria normativa de la sociedad.

· ALDO MASCAREÑO

Tercero, la reflexividad del derecho (el vínculo entre memoria normativa y oscilación cognitiva) es, no obstante, una operación, no una norma, por tanto no tiene garantía de continuidad. Toda operación es contingente; depende de ella misma si sigue adelante o no. Puede recurrir a cadenas de normas jerárquicamente ordenadas, incluso a una norma hipotética fundamental o a una identidad mítica para asegurar su continuidad, pero puesto que la operación se sostiene sobre sí misma, ni el derecho (ningún sistema en general) ni las normas que protege pueden ser consideradas normas necesarias - tampoco imposibles, sino únicamente contingentes. Por ello, el acompañamiento reflexivo que el derecho estaría en posición de hacer en transiciones críticas es un *problema de la sociedad* cuya variable independiente es la crisis misma. En ocasiones, el acoplamiento entre derecho y política puede observar la incubación de crisis y recurrir a la reflexividad del derecho para introducir variaciones en la memoria normativa del sistema que conduzcan al manejo de potenciales crisis por medio de reformas (programas en sistemas parciales como salud, educación, vivienda, pensiones siguen este modelo). En otras ocasiones, la crisis puede hacer visible los puntos ciegos de las regulaciones sistémicas y su responsabilidad en aquellas, pero a la vez utilizar la memoria normativa del sistema para construir nuevas regulaciones sobre la base de las anteriores (por ejemplo las normas de Basilea III luego de la crisis *subprime*). En otras situaciones, sin embargo, la reflexividad del sistema puede ser interrumpida abruptamente para crear una memoria normativa totalmente nueva que use la anterior solo como criterio para la desviación (revoluciones, destrucciones constitucionales, golpes militares). En este último caso, la reflexividad del derecho continua de modo formal pues el pasado normativo se juzga como error y sirve al presente como esquema reflexivo de negación - como generalmente acontece en revoluciones constitucionales. La continuidad normativa se asegura aquí por medio de discontinuidad.

Cuarto, la reflexividad del sistema, su unidad de auto y heterorreferencia, su vínculo entre memoria (pasado) y oscilación (futuro), constituye el núcleo de la operación sistémica (no solo del derecho), pero en tanto las crisis son inmanentes al funcionamiento del sistema, esta es también la unidad de producción de crisis. La implosión de reflexividad no es una *falla del sistema*, sino un modo de incremento de su conectividad que funciona en tal sentido hasta que la hipertrofia lo detiene (hasta que la reiteración del mecanismo de manejo de riesgos desata la corrida financiera, hasta que la concentración de poder obstruye la capacidad de decisiones vinculantes, hasta que la corrupción de la red política es demasiado extendida para mantener su unidad). La reflexividad sistémica no es, por tanto, una operación fuera de la contingencia del mundo a la

cual se pueda recurrir para encontrar validez cuando las cosas no marchen como se esperaba. En este sentido, el acompañamiento reflexivo del derecho en situaciones de crisis es una oferta de la memoria normativa para motivar la comunicación cuando lo que prima es la incertidumbre. Lo que luego emerja de tal oferta depende de la autoorganización de la comunicación, lo que por cierto incluye luchas de sentido, conflictos de poder, disputas de hegemonía, e incluso formaciones de consenso. Ni la crisis como control de la hipertrofia sistémica, ni el acompañamiento reflexivo que puede hacer el derecho en una transición crítica, aseguran una *mejor sociedad*, mayor integración, solidaridad o justicia. Si las crisis son inmanentes al funcionamiento del sistema, esas representaciones de perfección sirven como autodescripciones de unidad frente a la incertidumbre, pero son sus propios productos del pasado los que han podido contribuir *reflexivamente* a la crisis del presente, y son a la vez ellas mismas las que ponen los estándares a partir de los cuales una expectativa normativa se podrá considerar decepcionada en el futuro. Esto no habla en favor del abandono de esas expectativas (sin ellas no hay memoria del derecho), pero sí habla en favor de no naturalizarlas como estructuras ajenas a la contingencia del mundo.

Quinto, lo que sí probablemente haya que abandonar es la expectativa cognitiva de que en sistemas sociales complejos la crisis sea una interrupción de un continuum de normalidad operacional. Si la crisis es inmanente al funcionamiento del sistema, entonces la conectividad que lo sostiene es la que provoca su hipertrofia. En este sentido, la distinción normalidad/excepción puede indicar un cambio de dinámica, pero no un cambio de operación; y en ningún caso una diferencia entre *normalidad interna* y *excepción externa*. Cuando el derecho opera sobre esta distinción pone en movimiento mecanismos inmunitarios de protección de las expectativas normativas (acomodación, *business as usual*, medidas extra-jurídicas) ante la *amenaza externa* que se enfrenta. Pero estos mecanismos son a la vez autoinmunitarios en tanto proponen escapar a la clausura normativa (acomodación y medidas extra-jurídicas) y salirse del derecho para enfrentar el problema, o inmovilizarla memoria normativa (*business as usual*) para ignorarlo. En ambos casos lo que acontece es que la memoria del sistema se desconecta de la oscilación: en el primero porque se opera por fuera del derecho, en el segundo porque el derecho se resiste al aprendizaje.

Probablemente lo que requiera el derecho en un horizonte de sistemas complejos es una distinción que haga posible observar la distribución de *power law* de las transiciones críticas, sus escalas temporales dinámicas y las interdependencias regionales de su producción cuando el escenario de operaciones es el de la sociedad mundial. Aunque

· ALDO MASCAREÑO

ello no pueda evitar la hipertrofia sistémica y, por tanto, no evite la crisis como mecanismo de control de la hipertrofia, al menos podrá poner al derecho en mejor posición cognitiva para el acompañamiento reflexivo en transiciones críticas.

## CRISIS AS CONTROL OF SYSTEMIC HYPERTROPHY AND THE FUNCTION OF LAW

### REFERENCIAS

- ARCHER, M. (Ed.), *Morphogenesis and the crisis of normativity*. New York: Springer, 2016.
- AZÓCAR, G. Estrategias de manejo de crisis sociales por medio de políticas públicas: mitigación y reforma. *Economía y Política*, v. 4, n. 1, p. 97-124, 2017.
- BAK, P. *How nature works: the science of self-organized criticality*. New York: Springer, 1996.
- BATTISTON, S.; FARMER, J. D.; FLACHE, A.; GARLASCHELLI, D.; HALDANE, A.; HEESTERBEEK, H.; HOMMES, C.; JAEGER, C.; MAY, R.; SCHEFFER, M. Complexity theory and financial regulation. *Science*, v. 351, n. 6275, p. 818-819, 2016.
- BAUDRILLARD, J. *Simulacra and simulation*. Michigan: University of Michigan Press, 1994.
- BECK, U. *Risikogesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.
- BOLZ, N. *Comunicación mundial*. Buenos Aires: Katz, 2006.
- BRUNKHORST, H. *Critical theory of legal revolutions*. New York: Bloomsbury, 2014.
- CALABRESI, G.; BOBBITT, P. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CASTELLACCI, G.; CHOI, Y. Financial instability contagion: a dynamical systems approach. *Quantitative Finance*, v. 14, n. 7, p. 1243-1255, 2014.
- CORDERO, R. *Crisis and critique: on the fragile foundations of social life*. Abingdon: Routledge, 2017.
- CORDERO, R.; MASCAREÑO, A.; CHERNILO, D. On the reflexivity of crises: lessons from critical theory and systems theory. *European Journal of Social Theory*, v. 20, n. 4, p. 511-530, 2017.
- DERRIDA, J. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- FINE, R. Thoughts on the legitimacy of human rights. In: MASCAREÑO, A.; ARAUJO, K. (Ed.). *Legitimization in world society*. Oxford: Ashgate Publishing, 2012. p. 25-43.
- FOUCAULT, M. *The birth of biopolitics: lectures at the Collège de France, 1978-1979*. London: Palgrave Macmillan, 2008.

- GEORGE, D. Shifting sands: non-linearity, complexity and randomness in economics. *Journal of Economic Surveys*, v. 25, n. 3, p. 634-637, 2011.
- GROSS, O.; NÍ AOLÁIN, F. *Law in times of crisis. Emergency powers in theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. Cambridge: Polity Press, 1988.
- HALDANE, A.; MAY, R. Systemic risk in banking ecosystems. *Nature*, v. 469, p. 351-355, 2011.
- KJAER, P. F. *Constitutionalism in the global realm*. Abingdon: Routledge, 2014.
- KOSELLECK, R. Crisis. *Journal of the History of Ideas*, v. 67, n. 2, p. 357-400, 2006.
- KRON, T.; GRUND, T. Society as a self-organized critical system. *Cybernetics and Human Knowing*, v. 16, n. 1-2, p. 65-82, 2009.
- LUHMANN, N. The self-description of society: crisis fashion and sociological theory. *International Journal of Comparative Sociology*, v. 25, n. 1-2, p. 59-72, 1984.
- LUHMANN, N. *Social systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- LUHMANN, N. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 67-79, 1997a.
- LUHMANN, N. The control of intransparency. *Systems Research and Behavioral Sciences*, v. 14, n. 6, p. 359-371, 1997b.
- LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1999.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, Iberoamericana, 2002.
- LUHMANN, N. *Soziologie des Risikos*. Berlin: De Gruyter, 2003.
- LUHMANN, N. *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*. Wiesbaden: VS Verlag, 2005a. p. 226-251.
- LUHMANN, N. *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Wiesbaden: VS Verlag, 2005b. p. 68-88.
- LUHMANN, N. *Theory of society*. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- LUHMANN, N. *A sociological theory of law*. Abingdon: Routledge, 2014.
- LUHMANN, N. *La economía de la sociedad*. México: Herder, 2017.
- LUHMANN, N.; FUCHS, S. Tautology and paradox in the self-descriptions of modernity. *Sociological Theory*, v. 6, n. 1, p. 21-37, 1988.
- MORIN, E. Pour une crisologie. *Communications*, v. 25, p. 149-163, 1976.
- NEVES, M. *Transconstitutionalism*. Oxford: Hart, 2013.
- PARSONS, T. On the concept of value-commitments. *Sociological Inquiry*, v. 38, n. 2, p. 135-160, 1968.
- PERROW, C. *Normal accidents: living with high-risk technologies*. New York: Basic Books, 1984.

· ALDO MASCAREÑO

ROITMAN, J. *Anti-crisis*. Durham: Duke University Press, 2014.

SAU, L. Instability and crisis in financial complex systems. *Review of Political Economy*, v. 25, n. 3, p. 496-511, 2013.

SCHEFFER, M. *Critical transitions in nature and society*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SCHMITT, C. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Cambridge: The MIT Press, 1985.

SLOTERDIJK, P. *Crítica de la razón cínica*. Madrid: Siruela, 2006.

SNOOKS, G. A general theory of complex living systems: exploring the demand side dynamics. *Complexity*, v. 13, n. 6, p. 12-20, 2008.

STARN, R. Métamorphose d'une notion. Les historiens et la "crise". *Communications*, v. 25, p. 4-18, 1976.

TEUBNER, G. A constitutional moment? The logics of "hitting the bottom". In: KJAER, P.; TEUBNER, G.; FEBBRAJO, A. (Ed.). *The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 3-42.

TEUBNER, G. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THOM, R. *Structural stability and morphogenesis*. Boulder: Westview Press, 1994.

THOMPSON, J. *Political scandal: power and visibility in the media age*. Cambridge: Polity Press, 2000.

TOPPER, B.; LAGADEC, P. Fractal crises - a new path for crisis theory and management. *Journal of Contingencies and Crisis Management*, v. 21, n. 1, p. 4-16, 2013.

WALBY, S. *Crisis*. Cambridge: Polity Press, 2015.

WILLKE, H.; WILLKE, G. *Political governance of capitalism: a reassessment beyond the global crisis*. Northampton: Edward Elgar, 2012.