

## LA SOCIEDAD Y EL DERECHO: APUNTES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA METODOLOGÍA DE LAS DISTINCIONES Y DESDE UNA TEORÍA OPERATIVO- CULTURALISTA DE LA SOCIEDAD<sup>48</sup>

Rodrigo Jokisch<sup>49</sup>

**1** En este artículo, la sociedad es observada bajo los aspectos pasivos de función, estructura y evolución social, en relación con nuestro concepto del ser humano.<sup>50</sup> Desde esta perspectiva, entendemos como función de la sociedad, su aspecto de orientación que le proporciona al ser humano; por estructura, el aspecto de constitución, producción y reproducción de identidades sociales como actores, instituciones, sistemas, áreas de racionalidad; y por evolución social, el aspecto temporal histórico de todo evento social, en especial de aquellos sucesos que producen “cortes relevantes” en la sociedad como: “la Revolución Francesa”, “la Revolución Mexicana”, “el Renacimiento”, “la Modernidad”, “la Posmodernidad”, “el Movimiento Estudiantil del 68,” etc. El concepto del ser humano es des-

<sup>48</sup> Quisiéramos dar nuestros agradecimientos a Angélica Cuéllar y a Arturo Chávez, por la paciencia que tuvieron hasta que este artículo pudo terminarse formalmente. El tema del derecho es fascinante y sumamente complicado. Esta primera parte está dedicada a ambos colegas.

<sup>49</sup> Doctor en sociología, profesor de carrera titular “B” en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.

<sup>50</sup> Respecto al concepto del ser humano usado en este contexto, ver Rodrigo Jokisch, “El concepto del hombre como concepto indispensable para la teoría de la sociedad. Apuntes sociológicos desde el punto de vista de la teoría de las distinciones”, *Estudios políticos* núm. 21, mayo-agosto 1999, UNAM, pp. 51-112.

glosado en cuatro áreas de racionalidad, expresando cada una de ellas formas interdependientes entre acción, decisión y comunicación. Las áreas de racionalidad son, a saber: su aspecto corporal, su aspecto emocional, su aspecto individual y su aspecto social –todos estos cuatro aspectos, observados desde la perspectiva societal. Por lo tanto, lo que aquí se expresa como “ser humano” son tipos diferentes de complejos comunicativos, de acción y de decisión.

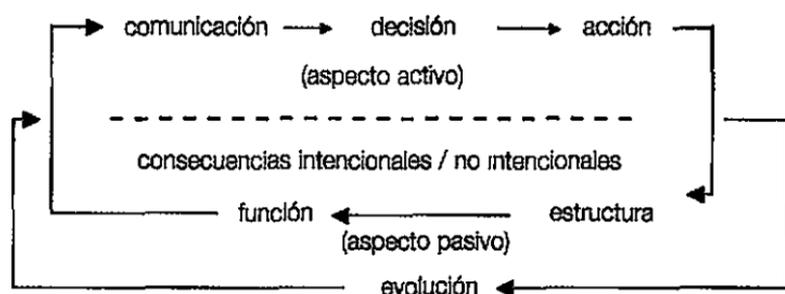
2. La función de orientación del concepto de sociedad es doble: por una parte, es utilizado por el ser humano en su vida cotidiana; por otra parte, es también utilizado por el ser humano como sociólogo, en su cotidianidad científica. Con la ayuda de la abreviatura “sociedad”, el ser humano puede situarse dentro de un mundo social y “saber” dónde se encuentra, cómo se encuentra, con quién se encuentra y por qué se encuentra donde se encuentra. La abreviatura “sociedad” implica, por lo tanto, una enorme reducción de complejidad social, necesaria para una orientación adecuada y pragmática.

3. Los seres humanos siempre han construido una forma de orientación semántica global como los mitos, las religiones, las sociedades –hoy en día, la llamada “sociedad mundial o globalización” –para hacer transparente lo que socialmente es intransparente. Por otra parte, el ser humano como sociólogo utiliza la categoría “sociedad” para poder orientarse dentro de su disciplina. Desde esta última perspectiva, toda “teoría de la sociedad” representa el aspecto reflexivo de la sociedad en su totalidad. Dado que el sociólogo es ambas cosas, ser humano cotidiano y ser humano científico, debe tratar, de manera central, el problema de la integración de ambos niveles.

4. ¿Qué es la sociedad desde el punto de vista de la metodología de las distinciones aquí representada? Interpretamos –desde la disciplina de la sociología– la sociedad como una distinción que está compuesta por un

aspecto activo y por un aspecto pasivo. Al aspecto activo pertenecen las “acciones”, las “decisiones” y las “comunicaciones”, las cuales reflejan el aspecto operativo de la sociedad. El aspecto pasivo está compuesto por las “estructuras”, las “funciones”, y la “evolución social”. Podemos formular que el aspecto activo de la sociedad es su forma manifiesta,<sup>51</sup> y que el aspecto pasivo refleja su forma latente:<sup>52</sup>

### La forma de la sociedad



5. Cuando observamos a la sociedad y, sobre todo, de qué manera la sociedad es observada en la cotidianidad, salta a la vista una distinción muy peculiar: la distinción de “ser humano y sociedad”. La razón de que esta distinción sea tan importante en el contexto de la observación cotidiana de la sociedad reside en el hecho de que, solamente de este modo, puede comprenderse cotidianamente que algo que no es perceptible —la “sociedad”— estructure, dé funciones y una dirección evolutiva a los “seres humanos” y a sus respectivos comportamientos y habitualidades. Esta circunstancia se puede expresar también por medio

<sup>51</sup> Somos por lo general conscientes de que actuamos, decidimos y comunicamos.

<sup>52</sup> Por lo general no somos conscientes de que producimos estructuras, funciones y evolucionamos socialmente.

de la siguiente afirmación: “Nosotros los seres humanos nos encontramos en una situación que ciertamente hemos producido por y entre nosotros mismos –la sociedad– pero que, sin embargo, no es controlable de acuerdo a nuestra voluntad”.<sup>53</sup> Es decir, con la ayuda de la distinción, “ser humano y sociedad” se puede comprender, primero, que la conexión invisible y funcional de los seres humanos “entre sí” se encuentra ubicada a otro nivel de abstracción que la de los seres humanos “en sí”; segundo, que por medio de la distinción “ser humano y sociedad”, se constituye y se reconoce la autonomía relativa de la sociedad,<sup>54</sup> que es la base teórica y práctica de toda sociología como ciencia. En resumidas cuentas, la sociedad es constituida por los seres humanos, pero no es controlable por ellos mismos.

6. La sociedad,<sup>55</sup> por tanto, no puede ser observada como una obra de seres humanos individuales o de grupos específicos, ya que, en última instancia, es la sociedad misma la que produce precisamente la conexión entre los seres humanos y los grupos y por lo cual constituye socialmente mencionados seres humanos y grupos de

<sup>53</sup> El error de Carlos Marx reside en que afirmaba que la sociedad es una construcción humana y que por ende la podemos cambiar a nuestro gusto realizando nuestra propia historia de manera intencional. Que el ser humano haya constituido la sociedad, de eso no tenemos la menor duda; pero que dicha construcción lleve a la deducción que podemos constituir la sociedad a nuestro albedrío, éste ha sido un error central de casi todas las sociedades de influencia marxista-comunista-socialista. Con la “caída del muro de Berlín” en 1989, pensamos que está corroborada la ingenuidad de la mencionada posición.

<sup>54</sup> Una posición liberal-conservadora como la de Margaret Thatcher, que parte del hecho de que solamente existen los individuos y que el discurso acerca de la “sociedad” refleja solamente una ideología “socialista”, desconoce la fuerza limitante de la construcción de la sociedad. En este sentido, hay una similitud de ingenuidad respecto a lo que podría ser lo social entre la posición liberal-conservadora de una Thatcher y la posición marxista-comunista-socialista.

<sup>55</sup> Aquí, la sociedad se comprende como la conexión entre la socialidad, el mundo de vida, evolución, diferenciamiento y la autodescripción, misma que sigue sus propias leyes. Más adelante tendremos que definir exactamente cómo debe concebirse esta conexión.

seres humanos. Sin embargo, ¿dónde debe ubicarse, entonces, esta cohesión social que sigue sus propias leyes llamada sociedad? ¿Se encuentra afuera de los hombres? Si se encuentra afuera de los hombres, ¿dónde afuera de los hombres debería ser ubicada? ¿Quizá se encuentre “dentro” de los hombres? En este caso, ¿dónde debería localizarse “dentro de los hombres”? ¿En sus cerebros? ¿En la constitución fisiológica? Somos de la opinión de que esta lógica propia de la sociedad es algo que, por una parte, no puede ser abstraída completamente de los hombres;<sup>56</sup> pero, por otra parte, ostenta una autonomía relativa que parece estar situada mas allá de los hombres. Por ello, defendemos la posición de que la relación entre las circunstancias sociales particulares, misma que no es fácil de comprender, puede ser descrita con ganancia informativa social, si se aplica la distinción de ser humano y sociedad.<sup>57</sup> Podemos decir, en el sentido kantiano, que los seres humanos son la condición de la posibilidad de la constitución de la sociedad. Por lo tanto, no se encuentran ni dentro ni afuera de la misma.

7. En el contexto arriba descrito, debe recordarse que Norbert Elias trata de observar la sociedad con la ayuda de una distinción similar, con la ayuda de la distinción “individuo” y “sociedad”. No obstante, su intención es la de anular esta distinción.<sup>58</sup> Precisamente esto es lo que no queremos. Defendemos la posición teórica de que, en

<sup>56</sup> Esta afirmación depende naturalmente de la correspondiente definición del “ser humano u hombre”.

<sup>57</sup> Aquí utilizamos conscientemente el concepto del “hombre” o “ser humano” en contra de la concepción de numerosos sociólogos, en especial, de la posición muy decidida de Niklas Luhmann.

<sup>58</sup> No es empresa fácil salvar el abismo que en el pensamiento se abre tan frecuentemente entre el individuo y la sociedad. Requiere de un esfuerzo peculiar del pensar, ya que las dificultades contra las cuales debe uno luchar con todas las reflexiones acerca de la relación entre el individuo y la sociedad se remiten a determinadas costumbres del pensamiento, en la medida en que provengan de la “racionalidad”... Norbert Elias, *Die Gesellschaft der Individuen*, Frankf.a.M.: Suhrkamp, 1988, pp. 34-35.

la cotidianidad,<sup>59</sup> lo decisivo es “soportar” esta distinción, no permitir que los “hombres” se disuelvan en “sociedad” (=colectivismo metodológico), ni tampoco que la “sociedad” se desintegre en los “hombres” (=individualismo metodológico). En relación a la posición sostenida por Elias, cabe mencionar que existe una diferencia esencial entre la aplicación de la distinción “individuo y sociedad” (como también en el caso de Georg Simmel) y la aplicación de la distinción “hombre y sociedad” como instrumento de observación de la sociedad, ya que concebimos el concepto del individuo como un logro social derivado de la abstracción<sup>60</sup> del concepto del hombre o ser humano. En este sentido, la distinción central para la observación de la sociedad, de acuerdo a nuestra opinión, no es aquélla entre el individuo y la sociedad, sino la de ser humano (=hombre) y sociedad.

8. ¿En qué se basa la supuesta importancia de una teoría de la sociedad que posee como punto de partida el concepto de la sociedad? La sociología como ciencia, ¿solamente de este modo puede legitimarse? ¿O es una teoría de la sociedad una empresa esotérica científica que importa solamente a aquellos que trabajan personalmente en una teoría de la sociedad? La disputa acerca de si realmente existe una sociedad que abarca todo el mundo, o si una concepción semejante solamente refleja una invención de los sociólogos,<sup>61</sup> está en plena marcha dentro de la discipli-

<sup>59</sup> Cuando una teoría social pretende ser tomada en serio, debe orientarse hacia la “cotidianidad social”: debe tratar de observar la “cotidianidad social” para poder ofrecer posteriormente explicaciones plausibles en el contexto de la teoría social para las observaciones correspondientes.

<sup>60</sup> Es decir, ino como rendimiento científico de abstracción! En el artículo de Rodrigo Jokisch, “El concepto del hombre como concepto indispensable para la teoría de la sociedad. Apuntes sociológicos desde el punto de vista de la teoría de las distinciones”, *Estudios políticos* núm. 21, mayo-agosto 1999, UNAM, pp. 51 al 112, hemos tematizado extensivamente el aspecto de la percepción del hombre con la ayuda de la distinción adentro/afuera.

<sup>61</sup> En el caso de la sociedad como magnitud social autónoma, aquí sirve de ejemplo un clásico de la sociología. Ver Emile Durkheim, *Regeln der soziologischen Methode*, René König (Hg.), Darmstadt/Neuwied: Luchterhand, 1976, p. 105.

na sociológica y continuará seguramente por un largo tiempo.<sup>62</sup> Ahora bien, aquí no nos interesa tanto si el sociólogo *x* está en favor y el sociólogo *y* en contra de un concepto de cualquier tipo de sociedad. Seguramente no falta importancia a estas divergencias específicas de la disciplina y son lo suficientemente valiosas como para tomarlas en cuenta. No obstante, si resultara como cierto que los “hombres”, con la ayuda del concepto de la sociedad, tratan de explorar algo así como las razones últimas del ordenamiento de su convivencia o que, con la ayuda de este concepto, pretenden institucionalizar las últimas reducciones fundamentales del sentido social,<sup>63</sup> entonces, se le debe poder asociar *volens volens* al concepto de sociedad una determinada función, misma que en tiempos anteriores fue cumplida por otras formas sociales, tales como el mito y la religión.<sup>64</sup>

9. Desde la posición de la teoría de las distinciones aquí representada, concebimos la sociedad, primero, como una abreviatura de la “verdadera sociedad”: por ello, representa una auto-simplificación de la “verdadera sociedad” (es decir, no es en realidad la “sociedad real”). En este sentido, la abreviatura “sociedad” representa una enor-

<sup>62</sup> Como oponente decidido del concepto de la sociedad, puede mencionarse en la actualidad a Friedrich Tenbruck, “Emil Durkheim oder die Geburt der Gesellschaft aus dem Geist der Soziologie” en *Zeit.f.Sociologie*, Heft 4, 1981, pp. 333-350. También Anthony Giddens señala dudas al respecto, ver Anthony Giddens, *Konsequenzen der Moderne*, Frankf.a.M.: Suhrkamp, 1995, p. 22. Como partidarios deben mencionarse, entre otros, a Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankf.a.M.: Suhrkamp, 1984 y Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 1: Handlungsrationali-tät und gesell-schaft-liche Rationali-sierung, Frankf.a.M.: Suhrkamp, 1981.

<sup>63</sup> Así reza una definición de la sociedad de Luhmann que consideramos como central: “La sociedad es aquel sistema social que institucionaliza las reducciones últimas, fundamentales”, Niklas Luhmann, “Moderne Systemtheorie als Form gesamtgesell-schaftlicher Analyse”, en Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas, *Theorie der Gesellschaft oder Sozial-technolo-gie? - Was leistet die Systemforschung?*, Frankf.a.M.: Suhrkamp, 1971a, pp. 15-16.

<sup>64</sup> Acerca de ello, sobre todo: Niklas Luhmann/Raffaele De Georgi, *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara, 1993, pp. 381.

me reducción de la complejidad de la sociedad real. Se añade que dentro de la "sociedad real", no existe ninguna instancia que pueda representarla realmente en su totalidad.<sup>65</sup> Segundo, el concepto de la sociedad expresa que existe algo más allá del "hombre", algo que es más dominante e influyente que "todos los seres humanos juntos". Tercero, la semántica de la sociedad toma en cuenta la circunstancia de que, a pesar de ello, la sociedad no es algo que se encuentra "afuera del hombre": La sociedad encuentra su expresión "material" en el aspecto relacionado con roles sociales del ser humano. Cuando se hace uso de la categoría del ser humano como un instrumento de autoobservación de la sociedad, entonces, se puede formular: la perspectiva interior "humana" de la sociedad encuentra su expresión en la forma activa de la misma, o sea, en las acciones, en las decisiones y en las comunicaciones; la perspectiva exterior "humana" encuentra su expresión en la forma pasiva de la sociedad, o sea, en sus estructuras, en sus funciones y en su evolución social. Resumiendo, podríamos hablar de los roles activos (aspecto activo de la sociedad) y de los roles pasivos (aspecto pasivo de la sociedad) del hombre.

10. Para ejemplificar lo arriba dicho, podemos decir: el "sistema de derecho" es una forma de la sociedad que hace evidente que trasciende a los "seres humanos"; por el otro lado, el "sistema de derecho" no es algo que tenga lugar completamente afuera del ser humano: el "derecho" se expresa en la adjudicación del rol de un ser humano que participa en el proceso jurídico de la sociedad

<sup>65</sup> La verdadera instancia que podría reproducirlo aproximadamente es aquel aspecto de la sociología que se denomina comúnmente como "teoría social". Sin embargo, la "teoría social", primero, es un aspecto parcial de la sociología; segundo, la sociología pertenece al sistema ciencia; tercero, la ciencia debe comprenderse como un sistema parcial de la sociedad "real". Ya aquí se puede reconocer qué tan puntual y perspectivístamente refleja el aspecto sociológico parcial "teoría de la sociedad" su objeto "sociedad" (con la noción de la "sociedad real").

como “ciudadano respetuoso”, como “ciudadano con derechos y deberes”, como una persona justa o injusta”, como una persona que obedece o no obedece las leyes, que respeta o no respeta la Constitución etc. Por lo tanto, el “sistema de derecho” aparece en la adjudicación del rol legal jurídico y no es nada que tuviera lugar mas allá del mismo “ser humano”. Por otra parte, el “lado objetivo” del comportamiento jurídico o legal del ser humano se expresa por medio de la distinción entre el ser humano correspondiente y su comportamiento legal, su relación al rol legal que es el aspecto que contabiliza la “enajenación” del ser humano de sí mismo,<sup>66</sup> ya que la “sociedad legal”, la cual está constituida por el mismo, aparece ahora como una institución social “objetiva” jurídico-legal.

11. La función del concepto de la sociedad –como auto-descripción de la sociedad “real” y con relación al “ser humano”– consiste en la producción y reproducción semántica de orientaciones sociales. No obstante, debido a que la sociedad, hoy en día, produce diferentes auto-descripciones, la orientación social conduce al siguiente problema: ¿Debe uno apearse a una sociedad socialista, capitalista, democrática, meliocrática, autopoietica, abierta, desempleada, racional, activa, a una sociedad de comunicación, de acción, de riesgo, de información, de experiencias personales, de acciones comunicativas, de decisión? En una situación de esta naturaleza, ¿en qué consiste la orientación “correcta”? La sociedad medieval con su auto-descripción como “sociedad estratificada”, que se basaba en una vida predominantemente determinada por la religión, tenía comparativamente menos dificultades para proporcionar una

<sup>66</sup> Ver, acerca de ello, el trabajo poco considerado hasta la actualidad de Arnold Gehlen, “Über die Geburt der Freiheit aus der Entfremdung” en *Studien zur Anthropologie und Soziologie*, Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1963, pp. 232-246.

orientación adecuada. Es decir, precisamente aquí yace el problema de la orientación moderna: para poder tener efectos de orientación, la sociedad debe poder apoyarse en unas cuantas pocas autodescripciones. Naturalmente, la solución óptima sería que se pudiera referir a una tan sola autodescripción, algo que en nuestros tiempos modernos ya no es posible. Por el otro lado si se generan autodescripciones diferentes que concurren entre sí, la posibilidad de orientación con la ayuda del concepto de la sociedad se convierte en su contrario: las numerosas posibilidades convierten en un “des-orden” caótico a aquello que podría ser comprendido como “sociedad”.

12. Es este contexto, podemos decir que hoy en día la función de una teoría de la sociedad es ofrecer un concepto de sociedad *congruente*. Esto quiere decir que la sociedad moderna no es y no puede ser únicamente socialista o capitalista o democrática o abierta o racional o activa o de comunicación o de acción o de riesgo o de información, etc. Una teoría de la sociedad tiene como función central realizar una *congruencia plausible* entre todas estas posiciones, haciendo ver que la misma sociedad posee aspectos socialistas, capitalistas, democráticos, racionales, individualistas, de riesgo, de información, de complejidad, de autoreferencia, etc. Es por ello que nuestra noción de sociedad incluye una variedad de conceptos centrales que le dan forma y que son: *comunicaciones, acciones, decisiones, estructuras, funciones y evolución social*. Es en este contexto donde vamos mas allá de las tres propuestas más relevantes que posee la sociología hoy en día: la de Talcott Parsons, la de Niklas Luhmann y la de Jürgen Habermas. La propuesta de Parsons parte de que lo social está constituido por *acciones*,<sup>67</sup> la propuesta de Luhmann parte de

<sup>67</sup> Ver el capítulo sobre Talcott Parsons en Rodrigo Jokisch, “La Teoría del Sistema General de Acción” en *Metodología de las distinciones*, Juan Pablos/UNAM, 2002, pp. 424-478.

la hipótesis de que lo social está constituido por *comunicaciones*,<sup>68</sup> y la propuesta de Habermas –en este sentido la más sofisticada de todas– parte del supuesto que lo social está compuesto por *acciones y comunicaciones*.<sup>69</sup> Es por ello que Habermas denomina su propuesta “teoría de la *acción comunicativa*”. La necesidad de congruencia de nuestra propuesta respecto de una teoría de la sociedad convierte a dicha propuesta en una teoría de teorías, ya que necesariamente tienen que estar presentes las teorías de la acción, de la comunicación, de la decisión, de la estructura, de la función y de la evolución social.

13. Resumiendo, podemos formular: La sociedad se produce y reproduce sobre la base de sus aspectos *activos y pasivos*. Sus aspectos *activos* son las comunicaciones, las decisiones y las acciones; sus aspectos *pasivos* son las estructuras, las funciones y la evolución social. Sus aspectos activos también se pueden denominar de la siguiente manera: la comunicación representa el aspecto cognitivo del hombre, la decisión su aspecto normativo y la acción el aspecto pragmático del mismo. Tanto el aspecto cognitivo (comunicación) como el normativo (decisión) y el pragmático (acción) del “ser humano” producen y reproducen la sociedad de manera conjunta. La sociedad es, por lo tanto, el producto colectivo no-planificado de estos tres aspectos “activos” del “ser humano”. Denominamos estos aspectos “activos” porque la comunicación, la decisión y la acción implican concepciones de actores individuales y colectivos; a diferencia de las estructuras, las funciones y la evolución social que implican una modalidad “pasiva”. En suma, podemos formular: Los “seres humanos” ponen en marcha las comunicaciones, las decisio-

<sup>68</sup> Ver la discusión en torno a la propuesta de Niklas Luhmann en Rodrigo Jokisch, *Metodología de las distinciones*, Juan Pablos/UNAM, 2002, p. 207.

<sup>69</sup> Ver el capítulo sobre Jürgen Habermas en Rodrigo Jokisch, “La Teoría de la Acción Comunicativa” en: *Metodología de las distinciones*, Juan Pablos/UNAM, 2002, pp. 478-526.

nes y las acciones, y “cosechan” con ello determinadas estructuras, funciones y una evolución social, mismas que pueden ser designadas como efectos agregados<sup>70</sup> o no intencionados. Sobre el folio de estos efectos agregados, o sea, sobre la base de ciertas experiencias y expectativas, se comunica, decide y actúa otra vez. Esto sucede con la consecuencia de que, nuevamente, emergen nuevas experiencias y expectativas, etc. Ahora bien, si a la combinación de comunicaciones, decisiones y acciones, le asignamos el concepto de *proceso social*; y a la combinación de estructuras, funciones y evolución social le podemos asignar el concepto de *estructura social*, entonces podemos formular: los *procesos* ocasionan *estructuras* sobre las cuales se erigen, por su parte, nuevos *procesos*, con la consecuencia de que éstos, por su parte, provocan la emergencia de nuevas *estructuras*, sobre las cuales surgen nuevos *procesos*, etcétera.

## EL DERECHO

### A. Normas<sup>71</sup> y estructuras

14. Todo ser humano observado socialmente<sup>72</sup> orienta su comportamiento con relación al comportamiento de

<sup>70</sup> En el sentido de Esser. Ver Harmut Esser, *Soziologie. Allgemeine Grundlagen*, Frankfurt/New York: Campus, 1996, p. 96.

<sup>71</sup> Estas reflexiones se basan en principio sobre el trabajo ya clásico del sociólogo alemán Heinrich Popitz, *Die normative Konstruktion der Gesellschaft (La construcción normativa de la sociedad)*, Mohr, Tübingen, 1980, un trabajo que el sociólogo Ralf Dahrendorf ha calificado como una “joya de librito sobre este tema”. Ver Ralf Dahrendorf (1989b), “Zeitgenosse Habermas. Jürgen Habermas zum sechzigsten Geburtstag” en *Mer-kur*, Heft 6, 478-487, aquí p. 484.

<sup>72</sup> Ver en este contexto mi artículo sobre el “hombre” como ser humano “El concepto del Hombre como concepto indispensable para la teoría de la sociedad. Apuntes sociológicos desde el punto de vista de la teoría de las distinciones”, *Estudios políticos*, núm. 21, 1999, pp. 51-112.

los otros seres humanos. En la teoría social, hablamos en este contexto de “interacción”, de “doble contingencia”, de “mutualismo”, de “intercambio social”, etc. Una acción es una operación social que nos permite “hacer algo”, orientándonos con relación a otras acciones de nosotros mismos y de otros seres humanos. Esto lo hacemos con base en estructuras y aquí, en primer lugar, sobre nuestras expectativas, que son la “pega social” con base en la cual coordinamos nuestras acciones. Sin un acervo de expectativas que orienten nuestras acciones no podríamos actuar y –lo que es central– no podríamos relacionar nuestras acciones con las de los otros actores sociales, no habría orientación y coordinación respecto a las acciones nuestras y las de nuestros convivientes sociales.

15. El mecanismo social que hace posible una orientación de esta índole se basa en las *expectativas*. Si nuestras acciones sociales tuvieran como pauta de orientación sola y únicamente la facticidad de las acciones sociales, entonces entraríamos en problemas difíciles de resolver. Orientarse con base en una acción social implica 1) poder observar la acción social en el momento en que se da y 2) reaccionar por nuestra cuenta inmediatamente después de que se haya ejercido la mencionada acción social. Tal vez esto sería posible en una comunidad de pequeño tamaño, en la cual realmente pudiéramos observar las acciones de nuestros semejantes que se están realizando de momento a momento. Pero también en una comunidad pequeña sería difícil reaccionar exclusivamente a las acciones de nuestros semejantes que se dan “en el momento”, ya que a) no todos nuestros convivientes actúan todo el tiempo, y b) muchas veces se encuentran dispersos o afuera de mencionada comunidad. Por lo tanto, el mecanismo de la *expectativa* es indispensable para la acción social. Y es lo peculiar de la expectativa que está siempre orientada hacia el *futuro*: en toda expectativa, nosotros “espera-

mos que suceda algo". Es este aspecto *temporal futuro* lo que da a toda expectativa su "pagamento social", ya que ordena de esta manera las acciones sociales *futuras*, o sea, todas aquellas acciones que todavía no han sido ejercidas, pero que en un futuro corto o largo serán ejecutadas. Dicho sea de paso: las acciones sociales *ya ejercidas* son ordenadas por el acervo de *experiencias* sociales, en caso,<sup>73</sup> un acervo que representa "la historia" de dichas acciones. En resumidas cuentas, acciones sociales realizadas en sociedades sin sus respectivas *expectativas* no son posibles, por lo menos, no en comunidades y sociedades tan extensas como en las que hoy en día vivimos.

16. Por lo tanto, orientamos nuestras acciones siempre con relación a un futuro llamado "expectativas", *primero*, en relación y con base en nuestras propias expectativas; y *segundo*, en relación a las expectativas de nuestros con-vivientes, o sea, en relación con las expectativas de los otros seres humanos. En otras palabras, orientamos nuestras acciones con base "en algo que todavía no ha tenido lugar", con base en posibles acciones nuestras y de nuestros con-vivientes. Por lo tanto, *acciones que todavía no han sido ejecutadas son organizadas en el presente con base en las expectativas de los actores sociales*. Es más, nosotros orientamos nuestras acciones presentes con base en expectativas que creemos poseer de las expectativas de "los otros". El caso contrario: ¿que pasaría si sólo actuáramos con base en acciones que ya han sido efectuadas? Sería esto una sociedad "de cola de espera": estaríamos esperando el uno al otro que efectúe su acción para entonces poder actuar nosotros también. Actuamos, por lo tanto, en el presente con base en un futuro expectativo, confiando, que "los otros" actuarán en ese fu-

<sup>73</sup> Cabe decir que son las experiencias las que ordenan las acciones sociales que ya se efectuaron. Por lo tanto la memoria social está íntimamente relacionada con el acervo de experiencias sociales sedimentadas por un individuo, una comunidad, una región, una país y, hoy en día, por "la sociedad global".

turo con nuestras expectativas, como las expectativas de “los otros” nos lo indican. Actuamos, por lo tanto con base en un *crédito social a realizarse en el futuro*.

17. Si se acepta la premisa arriba expuesta, entonces podemos concluir: para poder actuar en sociedades complejas, tenemos que construir *expectativas de las expectativas* del otro, tenemos que tomar “por dado, que el otro actuará en un futuro dado, de tal y tal manera”. Por medio de este comportamiento interactivo mutuo, generamos lo que se podría llamar la *confianza social*. Lo contrario sería la *des-confianza social*, o sea, un actuar en el que “yo solamente te doy algo, si tú me das algo también –y esto casi al mismo tiempo”. La actitud de “dando y dando” u “ojo por ojo” refleja una estructura social de suma desconfianza, pero que constantemente se da, por ejemplo, en relación con el “mercado negro”, donde la desconfianza es el resultado del aspecto no corporativo y clandestino del mencionado mercado; o en una situación de inseguridad social en la cual el aspecto jurídico de las acciones y relaciones sociales es sumamente deficitario. Una sociedad en la que las relaciones de los actores entre sí son simétricas en el sentido de que “yo sólo te doy algo si tú me das algo– y esto casi al mismo tiempo”, una sociedad de esta índole es una sociedad en la que las acciones sociales carecen de “crédito social”, es una sociedad en la que sus actores sociales viven en una continua “desconfianza”.

18. Ahora bien, si orientamos nuestras acciones con base en nuestras *expectativas sobre las expectativas futuras “de los otros”*, tenemos la posibilidad de generar acciones de índole más periódica, acciones más regularizadas, más estables. La pregunta que en este contexto se puede hacer es la siguiente: ¿Cómo podemos predecir nuestras acciones sociales mutuamente? Respuesta: tenemos que hacer mutuamente predecibles nuestras acciones sociales tratando de darles un *sentido regular*. Y esta “regularización” de nues-

tras acciones sociales es realizada por medio y con la ayuda de las *expectativas*. En base a *expectativas* generadas por nuestras *experiencias* propias y ajenas podemos planear nuestras futuras acciones de una manera más uniforme, de una manera más regularizada<sup>74</sup> y estable, ya que, por medio del mecanismo de las *expectativas*, podemos contar “con el otro” y “el otro” puede contar “con nosotros”. Si las *expectativas* son *similares*, entonces las acciones sociales poseerán una coordinación óptima; si las *expectativas* son *diferentes*, entonces también tendremos la posibilidad de coordinar nuestras acciones sociales, ya que “cada quién” generará la *expectativa* de que “el otro esta esperando algo diferente a lo que yo estoy esperando”, pudiendo de esta manera realizar una regularización de acciones sociales con base en *expectativas* distintas. A un segundo plano de abstracción, volvemos a generar *expectativas* similares en el sentido de que “tú y yo esperamos mutuamente algo diferente en el futuro”, una *expectativa* que “para ti y para mí” es similar, aunque su contenido sea diferente y lo contrario.

19. Este mecanismo de *expectativas*, en las cuales “el uno puede contar con el otro y el otro puede contar con el uno”, sin que por eso los dos actores tengan necesariamente que generar *expectativas* de similar contenido, es de suma importancia. En este sentido, *confianza* quiere decir: confiar en que el otro se orientará respecto a *expectativas* esperadas por mí y que yo me orientaré respecto a *expectativas* esperadas por el otro. Y naturalmente: estas *expectativas* no representan formas biológicas del ser humano: son formas sociales construidas por seres humanos, por actores sociales.

20. La construcción y constitución de acciones *regularizadas* y *confiables*, basadas en el mecanismo reflexivo de

<sup>74</sup> Por lo tanto, el aspecto regulativo de toda cadena de acciones no representa ningún secreto. Es el resultado del acoplamiento de las acciones respecto a las *expectativas* del caso.

*expectativas de expectativas* significa que, en situaciones similares, nos comportaremos similarmente y en situaciones diferentes, nos comportaremos de tal manera que “los otros” puedan contar con nuestro comportamiento diferente y que nosotros podamos contar con el comportamiento diferente de “los otros”. Nuestras expectativas de las expectativas de los otros son créditos sociales, son hipótesis sociales con las cuales orientamos nuestro comportamiento mutuamente, con las cuales los otros orientan su comportamiento alrededor de nosotros ¿Y qué sucede si nuestro “crédito social” no concuerda con el comportamiento del otro? ¿Qué sucede si experimentamos un comportamiento noesperado del otro? Respuesta: nos decepcionamos, nos enojamos, el comportamiento del otro nos da coraje. Por lo tanto, respecto a toda acción social *esperada* podemos reaccionar con *decepción* o con *alivio*. Poseemos diferentes formas de reaccionar frente a nuestras esperanzas y frente a nuestros temores. En este sentido, nuestras expectativas suelen ser “expectativas deseables” por un lado; expectativas no deseables por el otro.

21. Naturalmente, no toda acción social es sancionada respecto a nuestras expectativas deseables y/o expectativas no-deseables. Únicamente cuando una acción social es sometida a una *sanción* se puede hablar de una *constitución normativa de la respectiva acción social*. Por ejemplo, todas aquellas acciones sociales que llamamos costumbres, que llamamos habitualidades, no son por lo general sancionadas en el sentido de un comportamiento desviado. Podría ser que se reaccione de manera incrédula y con irritación; pero sanciones de esta índole son tenues y no necesariamente llevan a la normatividad del comportamiento desviado.

22. Ahora bien: ¿qué sucede cuando hemos generado una expectativa  $\alpha$  y esta expectativa es desilusionada? ¿Qué sucede cuando nosotros esperamos que un actor haga

algo que nosotros estamos esperando, pero el actor en caso actúa de una manera para nosotros inesperada? ¿Cuál es nuestra reacción en ese momento? Muy sencilla: le damos a entender que no estamos de acuerdo con su comportamiento y lo *sancionamos* por su comportamiento para nosotros no-esperado, por su comportamiento inesperado. Por lo general, podemos observar el siguiente esquema de acción (el cual usamos nosotros también en nuestra vida cotidiana): A actúa –tomando como referencia a B– bajo la primera premisa de que B actuará de manera esperada para A y, al mismo tiempo, bajo la segunda premisa de que, si se comporta de manera no esperada, A sancionará el comportamiento de B en forma negativa: “tú no actuarás de una manera para mí inesperada, sin tener que responsabilizarte por esta tu forma de actuar ante mí”.<sup>75</sup>

23. Actuar de forma no esperada implica naturalmente un mínimo de *libertad social*, ya que únicamente a partir de una cierta libertad de actuación podemos también actuar de una manera inesperada, de una manera para nosotros con-viviente no-esperada. Esta posibilidad, basada en una mínima libertad de poder actuar socialmente de manera no-esperada, implica el problema de *riesgo* de que una acción nos decepcione, nos desilusione. En realidad, todos los actores sociales actúan con una libertad mínima y, por lo tanto, sobre la base de un estado de sanción que puede entrar en vigor cuando la acción del caso es de índole no esperada. Nosotros damos a entender nuestras esperanzas y temores respecto a las acciones sociales esperadas por medio de gestos corporales, por medio de mímicas faciales, por medio del habla, por medio de ruegos, de

<sup>75</sup> Es aquí también donde juega el concepto de *poder* un rol importante porque la “amenaza social” por medio de una sanción negativa implica una relación que también se puede interpretar como una “relación de poder”: el/la que sanciona tiene que tener la influencia, la autoridad, el poder de ejecutar la sanción del caso.

deseos, exigencias, amenazas, promesas, por medio de una comunicación escrita como una carta, etc.

24. ¿Y las normas sociales? ¿Qué es, al final de cuentas, una *norma social* bajo las premisas arriba expuestas? Una norma social es una *estructura* basada en que: a) podamos tener la confianza (crédito social) de que el comportamiento futuro de nuestros coactores sociales será de forma para nosotros esperada (caso límite: esperar lo inesperado); b) que, por lo tanto, el mencionado comportamiento tiene un aspecto regular; c) que, si el comportamiento esperado no tiene lugar, si la mencionada acción nos desilusiona, si no es una acción conforme, –o sea, si es una acción desviada, disconforme, discrepante–, entonces existe la posibilidad de que nosotros reaccionemos sancionando mencionada acción. Es de esta manera como se otorga el aspecto de *norma* a las acciones sociales, sin que por ello la mencionada sanción represente una operación social “con la intención de proporcionar normatividad”, sin que exista una “racionalidad normativa” de antemano, como en el caso de las propuestas hechas por Emile Durkheim y Talcott Parsons. Para poder orientarnos mutuamente en base a nuestras acciones sociales, generamos *expectativas respecto a nuestras expectativas y respecto a las expectativas de los otros*, realizando de esta manera un acervo de expectativas mutuas que son las que al final de cuentas regulan nuestras acciones sociales, de tal manera que un desvío –de cualquier acción– no esperado lleva el riesgo en sí de ser sancionado. Este mecanismo social genera, al final de cuentas –y en un sentido *no-intencional*– las denominadas *normas sociales*.

25. Emile Durkheim habla de un principio que denomina “el principio de la máxima posible superficialidad” (Prinzip der größtmöglichen Äußerlichkeit).<sup>76</sup> Con la ayuda de este principio, podemos entrelazar la *teoría social* con

<sup>76</sup> Ver en este contexto Heinrich Popitz, *Die normative Konstruktion der Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1980, p.12 y ss.

la *investigación empírica*. Es un principio que nos puede servir de puente entre el nivel abstracto de la teoría social<sup>77</sup> y el nivel concreto de la investigación empírica. En este sentido, podemos decir que las *normas sociales* representan acciones sociales de sentido periódico, sujetas a sanciones por nosotros y/o por “los otros” como actores sociales. Este aspecto del comportamiento social puede ser investigado empíricamente.

### C. La forma del derecho

26. Como hemos podido observar, la relación entre acciones sociales y expectativas produce lo que llamamos *normas sociales*. Estas normas sociales podemos identificarlas como un primer estadio de derecho, ya que regulan las cadenas de acciones sociales usando el mecanismo de la sanción. Para Luhmann, este aspecto es prácticamente el aspecto central del sistema de derecho.<sup>78</sup> Para nosotros, la evolución de las normas sociales representa un primer paso en dirección a una posible institucionalización de lo que podemos llamar el “sistema de derecho”.

27. Al parecer, y observado desde el punto de vista de la evolución social, el derecho emerge antes de lo que hoy denominamos el estado político, aunque más tarde ambas esferas sociales, el derecho y la política, evolucionarán paralelamente.<sup>79</sup> Por lo tanto, las formas de derecho de nues-

<sup>77</sup> Teoría social –en especial “teoría de la sociedad”– es un ejercicio sociológico en el cual el sociólogo trata de encontrar regularidades similares con base en diferentes sociedades en diferentes tiempos históricos. Este trabajo se realiza por medio de conceptos sociológicos generales que permiten un nivel de abstracción alto como condición necesaria para poder hacer comparaciones específicas de las diferentes sociedades en diferentes espacios y tiempos.

<sup>78</sup> Ver la propuesta de Luhmann respecto al sistema de derecho: Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1995, pp. 38 en adelante.

<sup>79</sup> Uwe Wesel, *Frühformen des Rechts*, Frankfurt a.M., 1984.

tros antepasados se remontan a períodos de los cuales no poseemos documentos escritos. De estudios histórico-antropológicos se conjetura que la base sobre la cual se erige el después denominado derecho –su institucionalización– es una mezcla de costumbre y moral.<sup>80</sup> Para los griegos del tiempo de Pericles (350 a.c.), la “verdadera costumbre moral” está representada por la justicia divina.<sup>81</sup> Pero serán los romanos los que llevarán a cabo una diferenciación específica del derecho separándolo de la costumbre y manteniendo unidos el derecho humano con el derecho divino (ius y fas).<sup>82</sup> Y es aquí donde empieza el debate respecto a la autonomía del derecho: ¿puede el derecho desligarse totalmente de la moral y de la política como lo postula Niklas Luhmann<sup>83</sup> y sus seguidores o está ligado hasta hoy a la moral y a la política como lo expresa Jürgen Habermas?<sup>84</sup>

28. La diferenciación social que se va dando en el transcurso de la evolución humana nos señala que esferas sociales como las costumbres, la moral, las convenciones, la política y las formas de derecho van tomando un carácter siempre más reflexivo, pero no necesariamente se independizan las unas de las otras, como lo sugiere la posición de los sistemas sociales de Niklas Luhmann. Si observamos esferas como la convención, la costumbre, la política y el

<sup>80</sup> En alemán denominado “Sitte”. Ver Ernst-Joachim Lampe, “Zur Entwicklung des Rechtsbewußtseins in der altrömischen Gemeinde” en *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Ernst-Joachim Lampe (edit.), Frankfurt a.M., Suhrkamp Verlag, 1997, p. 183.

<sup>81</sup> Ernst-Joachim Lampe, “Zur Entwicklung des Rechtsbewußtseins in der altrömischen Gemeinde”, pp. 184-185.

<sup>82</sup> Gerhard Dulckheit en su *Römische Rechtsgeschichte*, Beck, München, 1995, pp. 48, postula que fueron los romanos los que instalaron por primera vez un derecho con cualidades autónomas. Ni en el Oriente ni los griegos llevan a cabo una institución del derecho con esas cualidades autónomas como lo realizan los romanos.

<sup>83</sup> Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankf.a.M.: Suhrkamp, 1981, pp 73.

<sup>84</sup> Jürgen Habermas (1992), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, p. 580.

derecho, desde el punto de vista del comportamiento social, desde el punto de vista de comunicaciones y acciones específicas, podemos decir: las convenciones están basadas sobre un comportamiento denominado "tacto", las costumbres son organizadas por medio de lo que llamamos "conciencia", el quehacer político se realiza por medio del ejercicio del "poder" y el comportamiento de derecho se basa de manera esencial en una actitud denominada "respeto". Estos comportamientos basados en actitudes como tacto, conciencia, poder y respeto abarcan naturalmente también otras esferas y no necesariamente están acotados a las esferas arriba mencionadas. Por ejemplo, la actitud de respecto es también realizada en esferas sociales como la familia, el mercado, la iglesia; el poder se ejerce también en relaciones familiares, en relaciones económicas, religiosas, etc.

29. Como ya se mencionó más arriba, al final de cuentas el "*derecho moderno* evoluciona institucionalmente en forma paralela junto a la *política moderna*. Esta evolución institucional se puede observar paradigmáticamente en la Europa del tiempo romano.<sup>85</sup> En un primer paso, encontramos el aspecto de la *violencia corporal*: el derecho lo posee la persona o el grupo que está en las mejores condiciones de aplicar violencia corporal. Esta actitud no es específica de la sociedad romana; es una actitud de comunidades y sociedades de nuestros antepasados en general. En un segundo paso, podemos hablar de que el derecho es poseído por la persona o el grupo que *tiene poder*. El poder es visto como una comunicación afectiva que naturalmente usa también la violencia corporal, pero que se basa más bien en comunicar "su supuesto poder", antes de ejercer realmente violencia. En esta etapa, el monopolio de la violencia y del poder no está regulado jurídicamente. En un tercer paso, podemos hablar del ejercicio

<sup>85</sup> Lampe, pp. 192-193.

del poder basado en *alianzas de poder* entre personas, familias y grupos. Esta posibilidad abre las puertas también a personas y grupos de poco poder, ya que, con base en una alianza específica, personas y grupos de poco poder pueden acumular el poder necesario para “poseer” y “dictar” derecho. Este tercer paso involucra la esfera política de una manera muy estrecha, ya que en la realización de coaliciones sociales se van formando estados políticos (al principio, sin fronteras específicas). Especialmente el “descubrimiento social” de que una coalición de personas, familias y grupos de poco poder puede llegar a poseer más poder que cualquier otro grupo es esencial y es parte relevante del comportamiento político que abrirá las puertas a la constitución de reinos, condados –y en los siglos XVI y XVII– a la constitución de Estados-nación.

30. Niklas Luhmann parte del supuesto de que el sistema de derecho se realiza como sistema autopoiético autónomo, describiendo de esta manera una teoría sociológica del derecho muy sofisticada y de alto nivel de reflexión. El supuesto es observar el derecho como un sistema autónomo de la sociedad. ¿Cuáles son los argumentos usados para esta propuesta? En primer lugar, define Luhmann toda calidad del suceso de derecho –el deber ser–, de tal manera que se pueda aplicar al aspecto funcional de su teoría. En especial el aspecto ilocutivo de todo acto de habla o sea, el “cómo una información es comunicada” es eliminada.<sup>86</sup> De esta manera, elimina también “la pega” social jurídica de todo acto comunicativo de derecho, viendo únicamente en las expectativas normativas como actos contra-fácticos, el mecanismo comunicativo esencial del sistema de derecho. Actos de expectativa normativa son inmunes al aprendizaje y, por lo tanto, poseen un carácter sumamente arries-

<sup>86</sup> Esta exposición se basa esencialmente en la discusión que Habermas sostiene frente a la posición de Luhmann. Ver Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1992, pp. 573-580. Aquí, 573.

gado. Es aquí donde la sociedad necesita de una autoridad institucional, la cual por medio de sanciones y amenazas jurídicas pueda asegurar que las expectativas normativas sean realizadas sin muchos problemas.<sup>87</sup> Una segunda estrategia argumentativa de Luhmann para establecer la autonomía sistémica del derecho reside en el uso de una combinación argumentativa que él hace del suceso jurídico entre el no querer aprender y la capacidad de aprendizaje.<sup>88</sup> Para argumentar de esta manera, Luhmann tiene que despojar al derecho de sus dos aspectos más cercanos: la moral<sup>89</sup> y la política.<sup>90</sup> Únicamente de esta manera puede postular la autonomía sistémica del derecho, involucrándose en una paradoja específica: antes de entrar al sistema de derecho, poseen los eventos comunicativos contingencia, al entrar al sistema, se transforman los mismos eventos en eventos con validez jurídica. La legitimación del evento jurídico positivo, de poseer legalidad, tiene que realizar el sistema de derecho internamente por medio de una decisión jurídica nuevamente. Lo que a este nivel social puede observar un actor es una circularidad específica de todo evento jurídico: todo lo que es derecho es derecho porque ha sido establecido en base a la fuerza del derecho. O sea, que el derecho es derecho porque es derecho. Naturalmen-

<sup>87</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1995, pp. 124 en adelante.

<sup>88</sup> Ver aquí también Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1992, p. 574.

<sup>89</sup> Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1995. Aquí Luhmann nos dice claramente que el derecho tiene que despojarse de la moral para que éste pueda realizar sus decisiones jurídicas de manera "limpia" y consistente. Ver pp. 78 en adelante.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 407 en adelante. Una argumentación típica de Luhmann es que, bajo la premisa del concepto de autopoiesis, el sistema de derecho tiene que atender únicamente eventos jurídicos y estar despojado de todo elemento que no sea jurídico. Naturalmente que, bajo la premisa de la teoría de la autopoiesis, este argumento es válido teóricamente hablando. La pregunta es: ¿es también válido desde el punto de vista pragmático, desde el punto de vista de una observación "realista" del derecho?

te reconocemos la “pega social” de toda repetición de actos comunicativos, de acción y de decisión. Pero la pregunta central en este contexto es: ¿Puede un sistema legitimar su legalidad únicamente sobre la base de repeticiones?<sup>91</sup> ¿Puede un sistema como el sistema de derecho operar legítimamente en base a este autoengaño?<sup>92</sup> ¿Qué sucede si el actor social está en condiciones de observar dicho autoengaño? Seguirá creyendo y teniendo confianza en el sistema de derecho de su sociedad?

31. ¿De dónde procede la legitimación de que todo derecho es legal? ¿Se puede postular legalidad jurídica desde la posición interna del derecho, como Luhmann siempre nos vuelve a recordar, en concordancia con su teoría de sistemas autopoieticos autónomos? En la evolución social del derecho, podemos observar que su legalidad estaba legitimada por medio de lo que se puede llamar el “derecho divino”:<sup>93</sup> *ius* y *fas* o sea el derecho humano y el derecho divino se encontraban íntimamente relacionados entre sí. La fuerza legitimadora de la comunicación religiosa ha ido perdiendo su dinámica y su credibilidad y, por ende, el derecho humano se ha ido despojando poco a poco de su legitimación divina. Toda legitimación de legalidad jurídica responde al problema de que el derecho debe poseer un aspecto de nodisponibilidad para que pueda ser respetado. Si el derecho, por medio de su transformación en derecho positivo, se convierte en una comunicación instrumental, pierde el aspecto de respeto tan relevante para todo evento jurídico, ya que se convierte en comunicación disponible para el actor social. Por lo tanto, la pregunta relevante aquí es: ¿Quién o qué reemplaza el espacio vacío de legitimar la legalidad del derecho que deja la comunicación religiosa? ¿Cómo puede

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>93</sup> Así, Gerhard Dulckheit en su *Römische Rechtsgeschichte*, Beck, München, 1995, p. 48.

legitimarse la legalidad del derecho moderno, dada la evolución del derecho en dirección a un derecho positivo?

32. Si el sistema de la política es el que le da legitimación al sistema de derecho, entonces lo que sucede es que el derecho se “disuelve” en política. Si el sistema jurídico legitima su propia legalidad por medio de un autoengaño, entonces también está en peligro de disolverse en un instrumento administrativo al servicio de la política y de la burocracia estatal. ¿De qué manera puede el derecho legitimar su legalidad, después de que la comunicación religiosa ha perdido su fuerza legitimadora? Para Habermas, la única posibilidad es que, en el campo de la moral, emerja una conciencia moral posconvencional, por medio de la cual se pueda establecer una situación jurídica independiente con base en la cual los partidos involucrados en una disputa jurídica estén en condiciones de aceptar las normas jurídicas en forma impersonal.<sup>94</sup> Esta posición basada especialmente en trabajos de L. Kohlberg,<sup>95</sup> hace necesaria una interdependencia entre el derecho y la moral, ya que es la actitud moral posconvencional de poder aceptar argumentos jurídicos, independientemente de que es la situación específica social lo que lleva a una orientación del actor social, ayudando de esta manera a legitimar la legalidad jurídica. Una orientación moral bajo el aspecto de la justicia no es suficiente para poder legitimar la legalidad del derecho.<sup>96</sup>

33. Un centro de la política es su representación en los llamados tres poderes: el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Estos tres poderes que constituyen en parte el sistema político moderno son esencial-

<sup>94</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1992, p. 586.

<sup>95</sup> En especial L. Kohlberg, *Essays on Moral Development*, v. I, San Francisco, 1981.

<sup>96</sup> Jürgen Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankf.a.M., 1983, pp. 176 y 177.

mente poderes de índole jurídica. Al final de cuentas, es el Estado político quien tiene que velar sobre si el derecho de la sociedad se cumple o no se cumple. Un Estado débil es un Estado que no posee la fuerza política de poder hacer cumplir las leyes, las cuales pueden ser, a nivel internacional, sin embargo óptimas y progresivas. Pero si no se cumplen es como si el sistema de derecho prácticamente no existiese. Y es por ello que decimos que vivimos en un Estado de derecho, dadas las circunstancias de que la interdependencia entre política y derecho son de suma importancia para la realización de justicia. Aunque las instituciones, el derecho, la política y la moral de la sociedad poseen una autonomía relativa, por un lado, tienen que estar interconectadas, por el otro lado, de tal manera, que al final de cuentas puedan producir en conjunto un derecho intocable y respetable. Por lo tanto, el espacio de legitimación divina de legalidad del derecho en sociedades tradicionales es un espacio que no puede ser llenado por el derecho únicamente (Luhmann), pero tampoco puede ser la política lo que le otorgue la legitimación legal al derecho porque, de esa manera, sería únicamente un instrumento político para fines de poder. Una condición adicional está dada por una moral moderna posconvencional que exhorta de manera sensible y substancial a que se respete la comunicación jurídica y, por lo tanto, a que pueda legitimar su legalidad obteniendo un aspecto de nodisponibilidad, de intocabilidad moderna, que, antaño emanaba de la comunicación religiosa.