

MODERNIDAD - POSMODERNIDAD.
DE LA SITUACIÓN MODERNA A LA SITUACIÓN POSMODERNA Y ¿CÓMO SE
CONFIGURA EL DERECHO EN LA POSMODERNIDAD?

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES.
BOGOTÁ
2016

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	3
OBJETIVOS.....	9
METODOLOGÍA.....	10
CAPÍTULO I	
¿QUÉ SE PUEDE ENTENDER CÓMO MODERNIDAD?.....	16
CAPÍTULO II	
LA SOCIEDAD MODERNA.....	23
CAPÍTULO III	
EL DERECHO MODERNO.....	29
CAPÍTULO IV	
¿QUÉ SE PUEDE ENTENDER CÓMO POSMODERNIDAD?.....	45
CAPÍTULO V	
LAS SOCIEDADES POSMODERNAS.....	51
CAPÍTULO VI	
EL DERECHO EN LA POSMODERNIDAD.....	58
CONCLUSIONES.....	70
BIBLIOGRAFÍA.....	73

MODERNIDAD - POSMODERNIDAD.

DE LA SITUACIÓN MODERNA A LA SITUACIÓN POSMODERNA Y ¿CÓMO SE CONFIGURA EL DERECHO EN LA POSMODERNIDAD?

Introducción.

¿Cuáles son los hechos que determinan un cambio de época? Es claro que no es uno sólo, tal vez tampoco sea un grupo de ellos. Quizá los hechos no se puedan marcar con esa tendencia. Lo cierto es que en algún momento, por una circunstancia contingente o consecuente, la sociedad misma y algunos de sus miembros comprenden que un cambio importante ha tenido lugar y que ese cambio modificará el panorama histórico de la sociedad. Así sucedió cuando Newton propuso en su obra los *Philosophiae naturalis principia mathematica*, más conocidos como los Principia, el fundamento de la ley de la gravitación universal, estableciendo así, las bases de la mecánica clásica mediante las leyes que llevan su nombre. El mundo jamás volvería a ser el mismo. Los principios, métodos y prácticas newtonianas se extendieron por occidente y dejaron su huella en todas sus sociedades. El imperio de la razón se levantó, convirtiéndose ésta en la única vía para alcanzar la verdad y el conocimiento, por medio de inferencias lógico matemáticas ya propuestas desde el siglo XVII. La libertad y la razón serán las herramientas que regirán las acciones, en clara oposición a las tradiciones, sobre todo religiosas que caracterizaron el tiempo pasado. Los hombres de esa época llamada modernidad, tendrán en la democracia “la mejor forma” para construir una sociedad que avanza siempre en una línea histórica evolutiva, que mira con esperanza el futuro que se abre en un amplio abanico de posibilidades y que percibe en el pasado, un abismo superado al que no se debe regresar.

En torno a la razón se construye una estructura narrativa que da cuenta del surgimiento de un nuevo conocimiento, de una nueva sociedad y de un hombre diferente. El derecho también es incluido dentro de los nuevos paradigmas. Muchas de las normas que en el pasado abismal regulaban la vida humana nacieron en las tradiciones sobre todo, de orden místico - religioso. El cambio que supone el nuevo paradigma, admite que para fundar el derecho moderno, debe existir una relación de observación directa de la realidad humana individual y socialmente estatuida, siempre mediada por la razón y alejada de cualquier elemento tradicional y mítico.

Ahora bien, los hechos presentes parecen indicar que el paradigma de la razón que dio origen a la modernidad padece serias insuficiencias. Cuando las utopías modernas habían llegado a su fin con la revolución estudiantil de París, ocurrida en los últimos años de la década de los sesenta del siglo XX, se logra percibir en el horizonte, una superación de la modernidad con sus postulados y el rompimiento con los fundamentos de la cultura, la sociedad y la vida moderna. Allí nace la situación posmoderna, que comienza a ser analizada a través del juicio estético, en donde se viene luchando tanto a favor, como en contra de los planteamientos modernos. Lo posmoderno es parte de la modernidad misma, una modernidad en la que la relación sujeto - objeto se ve sometida directamente a las categorías ordenadoras del pensamiento y la racionalización y que omite una integración posible con lo imaginativo y lo sensible. Las estructuras discursivas de la modernidad buscaban darle legitimidad a un futuro por realizarse: un futuro universal. La posmodernidad descrea de ese discurso, diversificando y admitiendo nuevas construcciones, otros diálogos, diferentes personajes y escenarios distintos.

¿Qué ha pasado con el derecho durante este trámite? ¿Cómo se ha reconfigurado el derecho en la posmodernidad? Estas son las preguntas que han motivado la construcción del presente proyecto. En un momento en el cual nuevos discursos y protagonistas abarrotan la escena mundial y local, es necesario realizar un análisis sobre el cambio en las perspectivas del derecho. El derecho y la sociedad avanzan paralelos (o deberían hacerlo así), los cambios en la velocidad o en la orientación de uno u otro producen ecos perceptibles para ambos. Es por esto que a través de un análisis sobre la modernidad, la sociedad y el derecho moderno, seguido de un estudio de los planteamientos posmodernos así como de la sociedad y el derecho en la posmodernidad, se pretende acercarse hacia su configuración contemporánea.

Seis apartados componen el presente proyecto de grado, el primero es un análisis de la modernidad titulado ¿Qué se puede entender cómo modernidad? En el cual se aborda el tema de la modernidad a través de varios autores y el análisis que se hace de las características más importantes de aquella, generando así, un fundamento sobre el cual se busca definir en el segundo apartado denominado: La Sociedad Moderna, los términos a través de los cuales se concretizó el pensamiento moderno en los grupos humanos y que desembocó en el proyecto moderno identificado por Habermas y descrito por otros autores, entre los que cabe mencionar a Weber y a De Sousa. El tercer apartado se denomina: El derecho moderno, en el cual se han tomado elementos de los dos anteriores para analizar la forma adoptada por el derecho en las sociedades de la modernidad, siempre bajo la tutela de los principios rectores de la razón y el abandono presunto de las formas tradicionales, que generó una visión del derecho esquemática y operacional, basada en el análisis de sus estructuras internas. Al mismo tiempo se analizan los aportes que sobre el Derecho moderno proporcionaron autores como Weber, Hart, Dworkin, De Sousa Santos y Fitzpatrick. El cuarto capítulo: ¿Qué se puede entender cómo posmodernidad? se

sustenta en la base construida a través de sus tres predecesores para dar forma al análisis de los que diversos autores entienden como una fase posterior a la modernidad, tratando de dotar de formas descriptivas el salto que supone ese presunto cambio de época, con base en el rompimiento con los fundamentos de la cultura, la sociedad y la vida moderna. En éste apartado se atienden los análisis de autores como Lyotard, Vattimo, Ricoeur, Heidegger, entre otros. Se abre paso así, el quinto segmento que lleva por título: Las sociedades posmodernas, que se fueron edificando con base en los postulados levantados en la posmodernidad y que Bauman y otros han interpretado suficientemente. Los apartados anteriores definen el último, que se denomina: El Derecho en la Posmodernidad. El intento por responder a la pregunta sobre la configuración del Derecho en la Posmodernidad se centra en la descripción de algunos cambios que ha sufrido el derecho como teoría y práctica en su abandono supuesto de la modernidad. Para ello se analizan los avances de Kaufmann, Ferrajoli y Salvioli principalmente.

Los cambios que vienen sufriendo las sociedades occidentales han sido abundantes, dramáticos, turbulentos. Aspectos de la vida cotidiana y “del mundo” que se pensaban conocidos e invariables, han cambiado. Así mismo, la forma como se perciben la realidad, la economía, la política, el Derecho, las relaciones sociales a través de la tecnología y la comunicación, entre otras, se encuentran en un estado de cierta indefinición. Los paradigmas que orientaban al ser humano y a sus prácticas hace cincuenta años o más, fueron puestos en duda y sobre ellos se erigieron nuevos postulados. Nadie podrá negar que el presente diste mucho del pasado; el ahora instantáneo hace que el ayer sea borroso, lejano y casi imperceptible.

Dos vertientes de pensamiento han abordado el estudio de ésta situación: la primera: deja entrever que la modernidad (en donde tiene origen el Derecho) como proyecto aún

no ha concluido; la segunda que afirma que la posmodernidad es un hecho cierto. Ambas tienen argumentos de peso, no obstante, lo innegable es que las formas y estructuras, entre ellas el Derecho, en la generalidad y en la especificidad han cambiado y son esos cambios los que hacen que se indague por lo que viene sucediendo en las sociedades, sus estructuras y sus prácticas. Por ello es objetivo del presente texto, intentar describir brevemente lo que se conjetura son la modernidad y la posmodernidad, así como mencionar algunos de los cambios que se han venido produciendo alrededor de éstas en relación con el Derecho, y finalmente alimentar la discusión abierta entre lo moderno y lo posmoderno y desde allí intentar dar explicación a la configuración del Derecho en la posmodernidad.

Mucha tinta ha corrido en torno a la conceptualización de la modernidad y la posmodernidad y la ruptura que tal distinción ha impuesto sobre el mundo social, defensores de la causa moderna como el filósofo Jürgen Habermas, argumentan que éste es un proyecto inconcluso, que no puede ni debe ser abandonado porque sus valores, son la única salvaguarda contra la descomposición social y la precarización del estado nacional; mientras que del otro lado se ubican quienes defienden el hecho de que a partir de los cambios que hemos vivido en la contemporaneidad, debemos hablar del paso a la llamada posmodernidad: entre ellos sobresalen Lyotard, Baudrillard y Vattimo. Para éste grupo de pensadores, es claro que el proyecto modernista fracasó rotundamente en su intento de renovación radical de las formas tradicionales del arte, la cultura, el pensamiento y la vida social. Existen posturas que sostienen que la posmodernidad es una continuación de la modernidad, un nuevo período de la cultura occidental ubicado en medio de tres ejes que fluctúa entre la desesperanza al hedonismo y un creciente individualismo, todo esto enmarcado dentro de un contexto de hibridez insípida basada en el

valor similar de todas las propuestas. Incluso Enrique Dussel¹ utiliza el término transmodernidad, que define en cierta forma como una prolongación de la postmodernidad, y que observa como un proyecto que parte desde más allá de la modernidad, traspasando sus límites de modo transversal. Resulta ser una irrupción proveniente de las culturas no pertenecientes a la europeo-norteamericana, las cuales asumen los desafíos de la modernidad, e inclusive de la postmodernidad, pero que responden desde otro lugar, desde el lugar de sus experiencias particulares, es decir, desde una singularidad y especificidad distintas a las estudiadas en la filosofía europea y norteamericana.

¹ Enrique Dussel es un investigador, filósofo e historiador de origen argentino, residenciado en México. Es ampliamente reconocido por su trabajo en los campos de la Ética, la Filosofía Política, la Filosofía latinoamericana y por ser uno de los fundadores de la Filosofía de la Liberación.

Objetivos

Objetivo General:

Analizar los rasgos fundamentales de la transformación del derecho a partir del análisis de la situación social moderna confrontada con la situación posmoderna.

Objetivos Específicos:

Describir la situación de la modernidad a partir del estudio de los discursos generados por algunas corrientes del pensamiento social y su incidencia en la formación del derecho.

Examinar el contexto de la posmodernidad a partir de los referentes teóricos concebidos por algunas vertientes que han indagado sobre el tema.

Identificar los cambios que se han surtido en el derecho con el tránsito a la posmodernidad.

Metodología de la investigación

Esta investigación tiene un enfoque metodológico documental ya que se basa en el análisis de textos sociológicos, económicos y filosóficos en torno a la modernidad, a la posmodernidad y su influencia en la transformación del derecho.

Definición de Investigación Documental

“La investigación documental es la presentación de un escrito formal que sigue una metodología reconocida. Esta investigación documental se asigna en cumplimiento del plan de estudios para un curso de preparatoria o de pre-grado en la universidad. Consiste primordialmente en la presentación selectiva de lo que expertos ya han dicho o escrito sobre un tema determinado. Además, puede presentar la posible conexión de ideas entre varios autores y las ideas del investigador. Su preparación requiere que éste reúna, interprete, evalúe y reporte datos e ideas en forma imparcial, honesta y clara.

La investigación documental se caracteriza por el empleo predominante de registros gráficos y sonoros como fuentes de información. Generalmente se le identifica con el manejo de mensajes registrados en la forma de manuscritos e impresos, por lo que se le asocia normalmente con la investigación archivística y bibliográfica.²

Tipos de Investigación Documental

² Montemayor M. García M. Garza Y. 2006. P 26.

Existen dos tipos de investigación documental: argumentativa e informativa. Para éste trabajo se eligió la investigación documental argumentativa. En este tipo de investigación se busca:

“...probar que algo es correcto o incorrecto, deseable o indeseable y que requiere solución. Discute consecuencias y soluciones alternas, y llega a una conclusión crítica después de evaluar los datos investigados. Una vez que el tema ha sido seleccionado, el siguiente paso básico es generar preguntas sobre el mismo que puedan guiar la recolección de información significativa al desarrollar la investigación. Existe también el requisito de que el investigador tome partido o determine una postura personal sobre un asunto controvertido, que tratará de apoyar, o probar, con su escrito.” (Montemayor, 2006)

Etapas de la investigación documental

1. La elección del tema de investigación.

El tema de investigación es el resultado de información recogida a nivel general y está determinado por una serie de variables diversas como: conocimientos adquiridos con anterioridad, amistades y contactos personales, entre otros. En el caso del presente trabajo la elección del tema responde a una serie de cuestionamientos desarrollados en torno a la cátedra de Neoliberalismo y Globalización perteneciente al plan de estudios de la carrera de Derecho Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores

2. La primera aproximación.

Una vez elegido el tema que será objeto de estudio es necesario tener una primera aproximación para conocerlo más a fondo. De este primer examen dependerá, en primera instancia, la continuidad o no de los trabajos de investigación. Esta etapa se divide a su vez en tres:

A. Aproximación general al tema del estudio. El primer paso es conocer, de manera amplia, cuál es el campo de estudio que abarca la materia que se va a estudiar, precisando sus límites más inmediatos. Es un trabajo de definición y parte de obras de referencia general: diccionarios de varios tipos, enciclopedias, manuales, compilaciones, obras de información general.

B. Las primeras búsquedas. Una vez establecido el campo general del tema de estudio, es necesario ampliar conocimientos sobre él. Esto se conseguirá a través de la lectura de artículos y monografías más especializados que proporcionarán una visión más amplia y más precisa de la materia.

C. El establecimiento de las primeras líneas de investigación bibliográfica. Una vez conocido el campo del estudio y definidos sus límites de forma más aproximada, estaremos en condiciones de establecer el campo de búsqueda de información bibliográfica: de qué se partirá, dónde se puede encontrar, con qué instrumentos vamos a contar en primer lugar. Esta etapa comenzará por establecer las bibliotecas, centros de documentación y bases de datos en las que comenzará la búsqueda especializada de carácter más genérico y cuáles serán los primeros instrumentos de búsqueda (catálogos colectivos, bibliografías de bibliografías, obras generales).

La revisión de la literatura.

El paso inmediato es lo que la literatura anglosajona conoce como "revisión de la literatura. La revisión de la literatura consiste, fundamentalmente en acceder, de la manera más

directa posible, a todo aquello que haya sido publicado acerca del objeto de nuestro estudio. La revisión de la literatura tiene dos objetivos:

1. Recopilar toda la información posible acerca del objeto de la investigación con el fin de poder establecer una sólida base de trabajo
2. Conocer hasta dónde han llegado los trabajos de otros investigadores con el fin de evitar duplicidades. No tiene ningún sentido volver a estudiar lo que otros ya han estudiado o pretender redescubrir lo que ya está descubierto. La revisión de la literatura es fundamental para evitar frustraciones en los trabajos de tesis y demás investigaciones que han de recibir un reconocimiento oficial. La deficiente revisión de la literatura ha sido en muchos casos causa de abandono de investigaciones y, sin embargo, y a pesar de las facilidades cada vez mayores para llevarla a cabo, sigue siendo la asignatura pendiente de muchos investigadores.

La revisión de la literatura se debe llevar a cabo utilizando bibliografías especializadas retrospectivas y corrientes; es de especial interés conocer las publicaciones periódicas especializadas (bibliografías de artículos de revistas), actas de congresos y bases de datos en línea que proporcionan las noticias más recientes sobre la investigación que se está llevando a cabo en cada momento y en cada campo. Es también de gran interés la revisión de las tesis doctorales registradas, bien se hayan presentado o estén en vías de elaboración.

La búsqueda especializada.

Una vez llegado a este punto se poseerá ya una considerable cantidad de documentación. A partir de este momento, la búsqueda bibliográfica se especializa y define: ya

no se trata tanto de encontrar documentación exhaustiva sobre el particular, sino de conseguir información pertinente sobre aspectos concretos del tema de estudio, vacíos que es necesario salvar o datos que apoyen la investigación. En esta etapa son válidas todas las fuentes de información bibliográfica y de hecho se deberán emplear todo tipo de instrumentos. En términos generales se pueden agrupar en los siguientes bloques

A. Instrumentos para la identificación de documentos: bibliografías de bibliografías, bibliografías especializadas, bases de datos, etc.

B. Instrumentos para la localización de los documentos: catálogos comerciales, catálogos colectivos, guías, directorios y catálogos de bibliotecas y archivos, etc.

C. Instrumentos para el acceso a los documentos: servicios de préstamo y reprografía, catálogos comerciales, servicios bibliográficos en línea, etc.

D. Instrumentos de apoyo a la investigación: obras generales, diccionarios, enciclopedias, libros de estilo, etc.

La elaboración de instrumentos de trabajo.

El trabajo de investigación, como ya se ha dicho en varias ocasiones, genera por sí mismo una serie de productos bibliográficos nada desdeñables que serán de utilidad para el trabajo en curso, para trabajos posteriores y para otros trabajos relacionados con la materia de

nuestro estudio. Los principales instrumentos de trabajo bibliográfico son las fichas y los repertorios.

Finalmente la escritura del documento.

Capítulo 1. *¿Qué se puede entender cómo modernidad?*

La modernidad, época que pretendió dar a luz el gran espíritu de la libertad, de la autonomía, del conocimiento, de la razón, entre muchos otros de sus supuestos aportes, puede entenderse como el paso del hombre oscuro al ser humano iluminado; la transición desde el periodo caracterizado por las creencias tradicionales y la barbarie conforme a la edad media, hasta la manifestación concreta de la humanidad. La superstición le da paso a la racionalidad y Dios cede su lugar para que lo ocupen los mortales. *“Sí las doctrinas filosóficas tienen algo en común, es su intención de pensar el ser o la unidad del mundo por vía de una explicitación de las experiencias que hace la razón en el trato consigo misma.” (Habermas, 1987 I, pág. 17)*

“Este proceso de secularización puesto en marcha en el siglo XVII que consiste en separar la moral de las concepciones religiosas, pensarla como un orden independiente y universal que sólo remite a la condición humana y que tiene prioridad sobre las otras esferas, en especial religiosas es, sin duda alguna, una de las figuras más significativas de la cultura democrática moderna.” (Lipovetsky, 2000, pág. 22)

La modernidad supone la entrada al tiempo del ser humano al servicio de sí o expresado de otra manera, la fracción espacio temporal en que la humanidad ha alcanzado su culmen, entendido como un nivel de desarrollo tal que le permite alejarse definitivamente de su pasado arcaico y primitivo y encumbrarse hacia la racionalización de la vida en sus diferentes aspectos, que permitiría pensar en un final de la historia, es decir, un límite en la evolución de la humanidad, que únicamente deberá organizar algunos aspectos del entorno, pero que ya ha alcanzado su máximo logro de perfeccionamiento. Roa lo expresa de la siguiente manera:

“Por el fin de la historia se entiende la idea de Hegel, explicitada en la primera mitad de este siglo por Alexandre Kojève, y revivida hoy en Norteamérica por Fukuyama y otros, de que el espíritu humano ha terminado de evolucionar desde los estadios ínfimos, en los cuales vivía inmerso en lo mítico y esclavizado a la naturaleza, hasta los estadios altos en los que su inteligencia se enseñoorea de todo y solo le queda como tarea para el futuro ordenar mejor las estructuras económicas políticas y sociales, y continuar avanzando, ahora sin lazos atávicos, en las ciencias y demás dominios del espíritu” (Roa, 1995, p. 19).

Algunos postulados modernos que se pueden reconocer, hacen referencia a que la razón será la única vía para alcanzar la verdad y el conocimiento, que a su vez estará mediado por inferencias lógico matemáticas ya propuestas en el siglo XVII por Descartes. La libertad y la razón serán para los “modernos” las herramientas que regirán sus destinos, en clara oposición a la sujeción a las tradiciones sobre todo religiosas que caracterizaron el tiempo pasado. Los hombres de ésta clase deberán tener en la democracia la mejor forma para construir una sociedad, una sociedad que avanza siempre en una línea evolutiva, que mira con esperanza el futuro que se abre en un amplio abanico de posibilidades y que percibe en el pasado, un abismo superado al que no se puede regresar. La modernidad hace especial énfasis en las dualidades (pasado- futuro; cuerpo y mente; sujeto – objeto; espacio – tiempo, etc.) y desde las luchas entre ellas construye sus discursos y va posibilitando realidades a través de las prácticas que esos discursos orientan.

Otros apartados discursivos modernos que podemos destacar son: los descubrimientos científicos y la aparición de nuevas estructuras cognitivas que le dan lugar a nuevas ciencias, la industrialización de la producción que llevó a la transformación y

especificación del conocimiento en técnica y tecnología y el fortalecimiento de los Estados – Nación, entre otros. En general, la modernidad y su proyecto trataron de ordenar la realidad a través de acciones disciplinantes y organizadas, cuya característica fundamental es la historicidad del discurso, persiguiendo el objetivo fundamental de apartar a los hombres no solo de las tradiciones que los mantenían acorraladas, sino establecer una división concreta entre el pasado y el presente moderno, en el cual, es con fundamento en ella misma que la modernidad se construye, abriendo una extensa brecha entre el ayer cargado de supersticiones y el hoy constructor de certezas.

Del mismo modo, el proceso de secularización del pensamiento en la producción económica y la organización política son tendencias que delimitan a la modernidad, otorgándole sus especiales características de emancipación, acción, autodeterminación y conocimiento tanto al sujeto moderno como a las estructuras sociales. En síntesis, en la modernidad confluyen una serie de factores que para Habermas y Weber radican en:

“...admitir que existe un proceso de validez universal, que sin embargo surge en un momento y un lugar particular de la historia de la humanidad: en occidente con los “tiempos modernos” (Heller, 2007, p. 9).

El paradigma moderno nace en un espacio geográfico (Europa) y en una época más o menos determinados, sin embargo, lleva dentro de sí la intención de universalizar sus postulados y extender el interés de algunos hombres por dejar atrás un tiempo de oscuridad, sometimiento y dependencia, superando el medievalismo y buscando de este modo los niveles más altos del espíritu humano, objetivo en el que se involucran la transformación individual y social de múltiples estructuras que le darán forma a un “nuevo mundo” donde arraigar y legitimar los discursos de verdad, justicia y benevolencia con el sustento científicista.

La modernidad parece ser entonces, una experiencia vital, temporal y espacial que se origina en Europa durante los siglos XIV y XV, (Roa, 1995, p. 13), pero que se potencializa a partir del siglo XVI y que tiene como bases la racionalización y la universalización crecientes que buscan validar las prácticas y preocuparse constantemente por el ahora, lo que permite vislumbrar una división temporal clara entre pasado, presente y futuro, que le ha dado a su vez, origen a los temas del desarrollo y del progreso siempre desde una perspectiva lineal. Bauman en su libro modernidad líquida (2003), describe como rasgo fundante de la modernidad, la separación del espacio y el tiempo, tanto entre sí, como de la esfera vital humana. El tiempo se convierte en una medida del espacio, el cual a su vez es valorado por las dimensiones de aquél. Tiempo y espacio en la época moderna, sólo se relacionan por medio de la velocidad del movimiento, o como lo dijera Boaventura de Sousa Santos “*Aun cuando una de las proezas más ambiguas de nuestro siglo es haber transformado el sentido del tiempo en el sentido de la falta de tiempo*” (De Sousa, 1989, p. 224).

El concepto de "Racionalización" lo usa Weber para explicar el modo en que las sociedades occidentales se han ido adhiriendo a un proceso de ordenamiento y sistematización en todos los niveles de la vida, con el objetivo de hacerlos predecibles y controlables. Weber afirma que este proceso se hace evidente en por lo menos tres ámbitos de la vida humana: el primero de ellos hace referencia a los niveles de las imágenes del mundo, es decir, las concepciones religiosas y metafísicas, en donde el jurista alemán considera que se ha sucedido una desmitificación de la vida, es decir, un creciente laicismo que ha venido transformando las creencias y los valores. El segundo ámbito corresponde al nivel de la acción colectiva, en donde la política, la economía, el Derecho, así como otras instituciones de la vida estatal se han convertido en organizaciones dirigidas a través de estructuras burocráticas, que responden a una lógica de organización basada en la técnica administrativa y gubernamental. El tercer ámbito de

la vida se expresa en el nivel de la acción individual: en donde la vida de cada persona es guiada por el discurso de la producción y el consumo.

En torno a los asuntos de la racionalización y la universalización como bases modernas, Habermas también propone un juicioso análisis de los dos aspectos. La racionalización para el filósofo de Dusseldorf, pasa por ser un elemento de cohesión social, puesto en el punto más alto de la vida social y humana en la modernidad. Si la tradición había impuesto a la religión cristiana como elemento de cohesión, como elemento común y unificador, la modernidad tenía en la racionalidad su paradigma. Es así como supone que la racionalidad moderna no puede abarcar solo los elementos cognitivos, sino que debe extenderse “al paradigma del entendimiento entre sujetos capaces de lenguaje y acción” (Habermas, 1989, pág. 354). A partir del concepto de racionalidad Habermas construye su concepto de universalidad, que nada tiene que ver con una conceptualización geográfica, sino que alude a la pretensión de abarcar con su concepción racional todo el mundo social y de la vida humana. Para entender mejor todo esto, es necesario mencionar que para el pensador Alemán, en la modernidad el individuo se aleja de la vida social y se encierra en su subjetividad, manteniéndose unido a los otros sólo por medio del lenguaje. Sin embargo Habermas reconoce en el mismo sistema lingüístico, la posibilidad que tiene como generador de diálogos entre pares, cuyo objetivo fundamental es el consenso, que resulta básico en la estructuración de un nivel práctico moral sobre el que se fundamenta la vida en comunidad y que a su vez permite a las sociedades generar nuevas formas de integración. Así es como la racionalización y la universalización como característica de la modernidad cobran sentido, no es suficiente abarcar solo el tema del conocimiento, sino que se debe partir de algo más elemental, más general y que es nuestra característica fundante como especie: el lenguaje, que permite la formación de los sujetos, las sociedades y las realidades. En últimas Habermas se

inscribe así en el *giro pragmático*³ que varios autores desde diferentes puntos apoyaron, y que busca devolver al lenguaje su rol central en la formación, deconstrucción y cambio de las esferas de la vida humana.⁴

Ese intento habermasiano de abarcar con su teoría la vida social en sus aspectos más relevantes es lo que permite pensar que la modernidad afectó de alguna manera cada rincón de la existencia humana, tanto en el individuo como en la vida grupal. Pero también se puede sospechar que el esfuerzo teórico realizado en la obra de Habermas, se asemeja al hecho de lanzarle un salvavidas a las estructuras discursivas que Lyotard supone son las estructuras básicas de la modernidad.

“La pregunta que yo planteo es la siguiente: ¿a qué tipo de unidad aspira Habermas?

“¿El fin que prevé el proyectó moderno es acaso constitución de una unidad sociocultural en el seno de la cual todos los elementos de la vida cotidiana y del pensamiento vendrían a encontrar su lugar como en un todo orgánico? ¿O es que el pasaje que se ha de franquear entre los juegos de lenguaje heterogéneos, el conocimiento, la ética, la política, es de un orden diferente de éstos? Si es así, ¿cómo haría para realizar su síntesis efectiva?

La primera hipótesis, que es de inspiración hegeliana, no cuestiona la noción de una experiencia dialécticamente totalizante; la segunda es más próxima al espíritu de la Crítica del Juicio pero, como ella, debe someterse al severo examen que la

³ Habermas a finales de los años sesenta parece realizar un cambio de ruta en su filosofía, partiendo desde la filosofía de la conciencia hasta llegar a la pragmática (se interesa por el modo en que el contexto influye en la interpretación del significado) del lenguaje. Ese «giro lingüístico de la teoría crítica» hubo de dejar en suspenso el programa crítico de conocimiento e Interés y efectuarse pausadamente mediante la reestructuración de la teoría de la sociedad con una teoría de la comunicación.

⁴ Habermas se vale de la teoría consensual para emitir juicios sobre la validez lingüística de las normas. Esos juicios tendrán valor solo en el caso que otro u otros le den el mismo juicio a la norma examinada, de tal manera que el criterio de corrección de un enunciado normativo que pretenda validez en el mundo social, es y debe ser la aprobación discursiva del resto de los posibles hablantes. Allí se encuentra entonces el “secreto” de la universalización habermasiana: en la legitimación de todos los posibles interlocutores sobre el mismo juicio normativo. Un ejemplo práctico de ello serían los Derechos humanos, que pretenden una validez universal en razón a su consideración por parte de todos los posibles dialogantes.

posmodernidad impone sobre el pensamiento de las Luces, sobre la idea de un fin unitario de la historia, y sobre la idea de un sujeto.” (Lyotard, 1987, p. 13).

La modernidad, en síntesis, intentó ser un proceso de superación y desapego de las tradiciones propuestas en un tiempo oscuro y perdido en la memoria, su propuesta de encumbrar al ser humano a su punto de realización más alto a través de la razón y la libertad, transitando el camino de la industrialización, la técnica y la tecnología la llevó a concretizar cambios sociales e individuales definitivos: la estructuración de los Estados – Nación, el tratamiento del conocimiento y la organización disciplinada y estructurada de la vida en todos sus aspectos. El proceso de modernización construyó una serie de discursos y prácticas que intentaron dar forma a la existencia humana, sin embargo, sus postulados entran en crisis cuando se llevan al límite de la exageración. Al fin la racionalidad, en su limitada versión moderna que sólo contempló lo racional desde la perspectiva de lo necesario para alcanzar la realización humana completa, olvidó que su discurso también podía ser utilizado para concretar uno de los deseos más oscuros de la humanidad: el poder y la dominación. Nadie deja de lado que la técnica, la tecnología y la ciencia hicieron también posible a Auschwitz y muchos otros horrores.

Si las bases de la modernidad cambiaron las concepciones y las estructuras mentales de los individuos, también modificaron a la sociedad occidental. Es así que la sociedad moderna se transforma en la base del desarrollo y del crecimiento basado en un proceso de organización molecular de la vida. Ello se comentará en el siguiente capítulo.

Capítulo 2. La sociedad moderna.

Siguiendo a Habermas se puede afirmar que la formación de las sociedades modernas se da a partir un proceso de racionalización que tiene su fundamento en el desarrollo científico, ético y artístico que configura un nuevo orden cultural y un avance importante en las áreas económicas, políticas y administrativas que incluyen el empoderamiento de la economía y del Estado - Nación como formas de regulación y que conforman un nuevo orden social. A partir de allí, Heller en su obra del 2007 “Habermas y el proyecto moderno” alude a la obra del filósofo alemán de 1987 titulada Teoría y praxis, quien a su vez comentando a Weber, determina que dentro de esa formación moderna de la sociedad se dieron tres cambios fundamentales: el primero que tiene que ver con la ciencia y la técnica y la nueva forma de producir conocimiento; el segundo alrededor del arte y la literatura que guardan una directa relación con la estética; y el tercero en la moral y el Derecho, otorgándole un nuevo sentido a la justicia, que tiene en la ideas jurídicas y morales contenidas en el mundo sus sustratos activos y ya no impuestos por mandatos religiosos como se hiciera en tiempos pre modernos. A ellos se podrían sumar los cambios económicos decisivos para consolidar el modelo moderno.

Para De Sousa Santos, algo similar a lo que describe Habermas tiene suceso durante la modernidad. Explica el sociólogo lusitano que el proyecto moderno se sostiene sobre dos bases fundamentales: la regulación y la emancipación y para cada una de ellas define ciertas características.

“El pilar de la regulación está constituido por el principio del Estado, formulado de manera destacada por Hobbes; el principio del mercado, desarrollado en particular por Locke y Adam Smith, y el principio de la comunidad que inspira la teoría social y política de Rousseau. El pilar de la emancipación está constituido por las tres lógicas de

racionalidad tal como las identifica Weber: la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, la racionalidad cognitiva-instrumental de la ciencia y la tecnología y la racionalidad práctica-moral de la ética y el Estado de Derecho.” (De Sousa, 1989, p. 224).

Volviendo a Habermas, él explica que la racionalización en la esfera científica y técnica se centra en tres elementos principales: el primero en el saber empírico (aquel que se encuentra fundado en la experiencia); el segundo en la capacidad predictiva que el conocimiento empírico adquiere y en tercer lugar en el dominio instrumental y organizativo sobre los mismo procesos de la experiencia. En síntesis, se modifica el conocimiento mismo porque existe una intención mayor de conocer el mundo natural social y sus relaciones, entrando así a campos que la “antigua religión solo reservaba a dios”. Con el nuevo conocimiento pretendido debe cambiar el método para llegar a él, las ciencias naturales y el lenguaje matemático cobran sustancial importancia, el método científico demanda protagonismo y cada vez se acerca más el objetivo final de ese hallazgo cognitivo: a través de la predicción científica, alejarse de lo que los griegos clásicos ya nos habían mostrado como la contingencia del mundo y de la vida.

El arte (pintura, literatura y música principalmente) por su parte, también sufre numerosos cambios: el más visible es su liberación y desapego de los temas religiosos, así como una innovación en las técnicas creativas y por último una entrada decidida al mundo de la producción y el consumo que se imponen como reglas del creciente mercado.

Finalmente, Habermas y Weber coinciden en afirmar que en lo que tiene que ver con la moral y el Derecho como atributos centrales de la época moderna, éstos parecieron desligarse de las imágenes del mundo tradicional, a través de una construcción regida por principios racionales y universales, apartados de modelos religiosos y místicos: lo que significa

en últimas un desprendimiento de las particularidades históricas - costumbristas y al mismo tiempo el acercamiento hacia un modelo de reconocimiento intersubjetivo.

Una síntesis clara sobre la modernidad y sus caracteres fundantes, que permiten ver las sociedades envueltas por éste paradigma, la hace De Sousa, al afirmar que:

“El conocimiento moderno en general (la ciencia moderna, tanto como el arte moderno, la ética y el Derecho modernos) están basados en la representación, esto es, en la creación y el aislamiento de lo otro, llamado objeto, donde el ser, llamado sujeto, describe como ser lo que es independiente de una intervención creativa del yo. De este modo, la representación crea una distancia, cuanto mayor es la distancia, más objetivo es el conocimiento.” (Ibíd., p. 242)

Finalmente, las sociedades modernas viven en medio de una lucha denodada entre la regulación y la libertad; por un lado, se transforman gracias a la concreción y avance de las ciencias administrativas, económicas y políticas posibilitando así cambios en la forma de producción del conocimiento, en la percepción de la moral y el derecho y en la economía, cuyo centro regulatorio lo constituye el Estado, mientras, que por otro lado, alimenta el impulso de la libertad a través del arte, las técnicas creativas y el mercado. La sociedad moderna convive entre dos fuerzas poderosas: la regulación y la emancipación. El Derecho moderno no escapa a esta lógica contradictoria, su lucha será por abandonar la tradición, pero esa lucha puede verse traicionada en su largo camino. El siguiente capítulo comentará algunas características del Derecho moderno, guardando cierta relación con lo ya comentado.

Muy importante para las sociedades modernas será la figura estatal, como figura de ordenamiento político y social de la vida. Dentro de ese ordenamiento político y social de la vida, juega un papel central el orden económico. Para darle una orientación a la economía el

modelo de liberalismo económico es básico. Tratar de precisar los orígenes históricos del capitalismo parece ser una tarea ardua, más aun cuando el mismo Lenin admite que desde los romanos, se ejercía ya ésta forma de dominación, sin embargo, es necesario, hacer una breve mención del tema. Para ello es preciso trasladarnos a los siglos XVI y XVII en Inglaterra:

“cuando el capital empezó a impregnar la producción en considerable escala, ya bajo la forma de una de una relación evolucionada entre capitalista y obreros asalariados⁵, o bien bajo la forma menos desarrollada de la subordinación de artesanos domésticos – que trabajaban en sus hogares – por parte de un capitalista, propia del así llamado sistema de encargos” (Dobb 2005: 33)

Europa venía de superar la peste negra que había asolado una vasta extensión de su territorio, el descubrimiento de regiones extensas de ultramar (el nuevo continente) y con ello la fiebre mercantil marítima, el descubrimiento de nuevas fuentes de metales preciosos, los adelantos técnicos y tecnológicos en la navegación, la aparición de los comerciantes y sus costumbres y el establecimiento de sitios específicos para el desarrollo de la actividad mercantil fueron algunos de los fenómenos que antecedieron y “alentaron” la aparición de la larga etapa capitalista.

Poco a poco se van fortaleciendo las prácticas mercantilistas, el auge industrial aparece de la mano de nuevos adelantos técnicos y tecnológicos (nuevas formas de producción de energía, nuevas formas de transporte, etc.), la revolución de la industria había empezado y sus postulados fueron definiendo una nueva lógica de producción en la que la sociedad hasta ahora conocida debía cambiar: elaborando y especificando la división social del trabajo, distribuyendo

⁵ Nótese en la precisión elaborada por Dobb, una cierta convergencia con lo expresado por Marx, en cuanto a que el motor de la historia y por consiguiente del desarrollo del capitalismo está centrado en la lucha de clases: capitalista y obreros asalariados, aunque no se limita a dicha contradicción.

la fuerza de trabajo, especializando las labores de los trabajadores cada vez más, aumentando los niveles de producción y creando el excedente, que para el capitalismo resultará vital, pues éste resulta de un ánimo de ganancia por parte del empresario que ha decidido reinvertir en lugar de disfrutar de su botín. El excedente y su reinversión permiten a su vez la posibilidad de incrementar la producción y ésta también eleva los niveles de ganancia con lo cual comienza a rodar el ciclo básico del capitalismo.

Del mismo modo la razón de Estado como elemento preponderante hace su aparición en lo que podría ser una directa colaboración con las crecientes prácticas de mercado. Ésta razón de Estado es abordada por Foucault y considerada en términos de un proyecto construido pero no terminado, que entraña una comprensión del pasado, del presente y del futuro de la figura estatal, a partir de la cual se modela la acción de gobernar, que a su vez se ve afectada, en primer lugar por el objetivo limitado del gobierno de la razón de Estado (política exterior) y en segundo lugar por el objetivo ilimitado del Estado de policía (política interior), que contemplaron en un determinado momento histórico al derecho como principio de limitación y oposición externo de la razón de Estado y que a partir del siglo XVIII es relevado, ubicando como elemento de limitación a la economía política: que no pregunta sobre la legitimidad de las acciones de quienes ostentan el poder, sino que aplica su saber sobre las acciones de regencia, que en sí mismas buscan el fortalecimiento, crecimiento y desarrollo del Estado, tarea en la cual se centra y se determina el éxito o el fracaso de un gobierno y que se convierten al final en las mismas prácticas del liberalismo, que nos remiten nuevamente a una forma de autolimitación de la razón gubernamental. (*Foucault: 2007., p 78*)

El liberalismo entonces, es mostrado como la puesta en marcha de una nueva técnica de administración (el llamado gobierno frugal), que propone a partir del siglo XVIII

rasgos específicos en el arte liberal de gobernar, esos rasgos se pueden resumir en: primero la constitución del mercado como un lugar de formación y determinación de verdad y ya no un ámbito de jurisdicción únicamente, sino un nicho en el cual el mercado se convierte en un lugar de jurisdicción y producción de verdad, de complementariedad, de donde aparecen los regímenes de veridicción⁶. Segundo, el asunto de la limitación interna con el ejercicio del poder público administrativo. Las dos formas propuestas de superación serían: el camino revolucionario delimitado por las acciones y posiciones tradicionales del derecho público y un camino radical construido con base en la razón económica del gobierno. (*Ibid.*, p 80)

El mundo cambió, la cultura se modificó y esto puede entenderse a través de algunos puntos importantes como lo son: el crecimiento del mercado y la especialización del llamado capitalismo industrial, acompañado de un fenómeno de reorganización continua de aquel; la democracia, que paralelamente se ha reformado propiciando la aparición y concreción de los derechos; y el avance de las tecnologías de la comunicación y la aparición de una nueva estructura social del conocimiento. La unión de estos presupuestos ha marcado la llegada de un nuevo período, que no resultó ser nada más que una universalización de la razón de gobierno propia del liberalismo, que como factor determinante, se caracteriza por resaltar una clara oposición entre la sociedad civil y la estructura estatal y desde donde se plantea, una complejización que abarca no solamente las prácticas sino la teorización misma, se llega al problema de la ley, el orden y la política de la vida como temas centrales de la historia del liberalismo y de la modernidad misma.

⁶ Para Foucault los juegos de verdad hacen referencia no al descubrimiento de las cosas verdaderas o que así se consideren, sino las reglas (según las cuales y respecto de ciertos asuntos), que los sujetos deben seguir para poder decir o pronunciar (dependiendo de la cuestión) lo verdadero y de lo falso.

Capítulo 3. El Derecho moderno.

Anteriormente se han anotado algunas de las características fundantes de la modernidad y de los cambios que ésta introdujo en las sociedades. Uno de los cambios sociales más relevantes es tal vez el giro moderno que tomó el Derecho.

Muchas de las normas que en el pasado regulaban la vida humana nacieron en las tradiciones sobre todo, de orden místico religioso. El cambio que supone el paradigma moderno, admite que para fundar el Derecho moderno, debe existir una relación de observación directa de la realidad humana individual y socialmente estatuida, siempre mediada por la razón. Sin embargo, en el cambio del Derecho pre moderno al moderno parece que subyace una contradicción: hay que superar las tradiciones reza la modernidad, pero ¿cómo supera el Derecho la tradición que encierra en sí mismo?

Es gracias a ese notable legado que en materia jurídica había dejado Roma (no el único, tal vez el más representativo), que la nueva época con sus postulados revolucionarios, termina imponiendo la necesidad de revisión de lo que había sido la estructura jurídica imperante hasta ahora en el mundo, por lo cual:

“...se entiende que el Derecho romano hay que actualizarlo o acomodarlo a las nuevas circunstancias, fenómeno al que termina por aplicársele la denominación extraída de la obra de Samuel Stryk, publicada en 1690 y que es el de práctica moderna del Derecho romano” (Lalinde, 1988, p. 70).

Para la modernidad es fundamental darle un orden a cada una de las facetas de la vida y el Derecho es una de las más importantes. Se aprecia la necesidad de desvincular definitivamente el Derecho de la moral, dotando a aquél de una estructura organizada a través de

los planos lógicos de la racionalidad. Basados en el pensamiento de algunos de los analistas más destacados a la hora de abordar el estudio de Derecho, intentaremos perfilar algunas de las características del Derecho moderno.

Inicialmente, Max Weber⁷ hacía finales del siglo XIX y comienzos del XX elabora una interpretación del Derecho que va más allá del campo dogmático – jurídico y se ubica en el campo de la sociología jurídica, es decir, no analiza al Derecho desde una perspectiva de su validez ideal – normativa, sino desde la percepción que los individuos tienen de las normas jurídicas que imperan en la sociedad. Para el multifacético investigador alemán, se debe comenzar cualquier estudio del Derecho cómo fenómeno a partir de un hecho primario y básico: el concepto de orden legítimo. En Weber, este concepto es la piedra angular sobre la que una sociedad edifica su ética, partiendo de la religión como sistema de regulación de la vida en comunidad, pues son los valores religiosos los que influyen en los diferentes órdenes normativos posibles y los cuales hoy en día aún se pueden apreciar por ejemplo en los estados musulmanes.

“A este respecto, piénsese, por ejemplo, en el tipo de justicia teocrática, ligada a los poderes religiosos, que aparece descrita por Weber en su “Rechtssoziologie”⁸ y en sus ensayos de sociología de la religión. Así como, en las influencias que los sistemas ético – religiosos y los distintos Derechos sagrados han ejercido a lo largo de la historia, en uno u otro sentido, sobre el proceso de racionalización del Derecho; por ejemplo, las escuelas jurídicas ligadas a escuelas sacerdotales que impulsaron la racionalización la racionalización del Derecho en un sentido de racionalidad material” (Fariñas, 1991, p. 22).

⁷ Maximilian Carl Emil Weber, filósofo, economista, jurista, historiador, politólogo y sociólogo alemán, destacado teórico en la Sociología.

⁸ Sociología del Derecho.

Para Weber, existe una clara relación entre los sistemas religiosos de valores y los sistemas jurídicos, pues ambos de alguna manera servirán como instrumentos al servicio del poder para la organización y disposición determinada de la sociedad, a través de la decisión sobre los valores a favorecer socialmente. Sin embargo los sistemas jurídicos, han recorrido un camino hacia la desmitificación, absteniéndose de aquellas conexiones mágico – religiosas y generando un proceso interno de racionalización al apartarse de los mitos propios de los discursos religiosos.

Los sistemas jurídicos en Weber, cumplirán un papel central no sólo en sus análisis sociológicos de la religión, también en sus estudios políticos y económicos, los cuales en su concepto no se pueden alejar, para su mejor comprensión, de los estudios de su relación con las estructuras legales. Por ejemplo, en la sociología de la dominación, a través de su tipo de dominación legal - racional, el ordenamiento jurídico juega un papel fundamental, pues éste sistema es el que delimita el poder y su ejercicio a través de postulados legales o constitucionales en vigencia. Asimismo, en el proceso sociopolítico y de organización del Estado, descrito por el sociólogo alemán, el abordaje del Derecho se produce desde su función como elemento socializador al servicio de la organización estatal, pues ella es quien mantiene el monopolio de su producción, así como ostenta y legaliza a través de esa producción, la coacción jurídica por medio del monopolio de la fuerza. Todo esto convierte entonces al Derecho en un sistema de dominación. La dominación la ejercerá el Estado, ente único que ostenta el uso la coacción física a través de su cuadro coactivo, cuya tarea central será la de obligar a la observancia de un orden establecido y castigar a quienes quebranten ese orden

Por último, en sus análisis de la economía, Weber hace referencia continua del Derecho como elemento sobre el cual se basa la economía para generar y mantener sus estructuras, es decir, evidencia la relación existente entre la economía moderna y el Derecho, en primer lugar funcionalmente, al permitir por la vía normativa que los particulares intervengan en

gran medida de la vida económica de una sociedad y en segundo lugar, formalmente, al permitir que las necesidades económicas impulsen la creación de nuevas formas, instituciones y técnicas jurídicas, que a su vez favorecen el desarrollo económico, de allí surge, por ejemplo, la relación entre capitalismo y Derecho, pues para que aquel exista es necesario un sistema jurídico estable y predecible (seguridad jurídica), que favorezca así las necesidades del mercado.

Contario a lo expuesto en el anterior acápite, Hart hacia la mitad del siglo XX, establece un análisis dogmático del Derecho, observando que su organización estructural y su formación discursiva, la elaboraran tanto quienes estén formando parte de un grupo social y acepten la norma (punto de vista interno del sistema), como quienes no hagan parte de tal comunidad y rechacen el precepto jurídico (punto de vista externo del sistema).

“Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta.” (Hart, 1968, p. 101)

El lenguaje en la comprensión Hartiana, será el instrumento sobre el que gira la organización sistémica del Derecho. Es mediante lenguaje como herramienta que los sistemas jurídicos occidentales comienzan a jerarquizar sus fuentes, introduciendo así, una categorización creciente, dividiendo el campo legal en normas primarias (que describen las conductas de los asociados) y reglas secundarias (que llenan los vacíos que las primarias no alcanzan a abordar) y que analizan diversos factores, para asignar jerarquías a las normas, además de tal jerarquización, también tiene en cuenta al productor de la norma y su investidura para otorgar los sitiales de privilegio a sus decisiones (por ejemplo: la ley producida por el legislativo, que tendrá un lugar relevante respecto del decreto expedido por el ejecutivo) y obviamente a la función que puede

tener la norma misma dentro del sistema (decisión, modificación, reconocimiento). Hart también entiende que el sistema normativo se retroalimenta, porque él mismo es el que otorga validez a las reglas cuando han cumplido con los procedimientos formales y materiales establecidos por una norma de superior jerarquía (reconocimiento) y cuenta con criterios comunes que regularizan las acciones de los funcionarios oficiales. En síntesis, Hart construye su teoría aplicando un modelo empírico que estudia hechos psicológicos (la interiorización de la prescripción reglamentaria) y físicos (la modificación, supresión de las conductas), además del análisis de la producción y de la validez de las normas mismas, los cuales pueden ser analizados y sintetizados en un esquema lógico, operacional y cerrado llamado Derecho, que guarda una relación mínima con la moral (reducida simplemente a unos principios básicos orientados en la producción y obediencia de las normas), describiendo al Derecho como es realmente en sus facetas de aplicación, observancia y reconocimiento social.

Manteniendo inicialmente el análisis del Derecho como sistema desde un punto de vista dogmático, pero llegando hasta una concepción del Derecho como práctica social, tendría que sumarse una categoría de análisis de la argumentación jurídica introduciendo los principios del Derecho, es decir, aquellos elementos inmutables, en quienes se encarna la virtud de la limitación y el control del entramado judicial y que R. Dworkin⁹ analiza detenidamente, caracterizándolos como “normas diferentes” junto con las decisiones políticas y los principios de la argumentación jurídica, que serían en conjunto las responsables de orientar al Derecho hacia una práctica social difundida universalmente que se caracteriza por la extensión continua de su entorno. Para Dworkin resulta claro que cuando el Derecho, como práctica social se enfrente a casos complejos en donde las normas de origen estrictamente legal no sean suficientes para

⁹ Ronald Myles Dworkin fue un filósofo del Derecho norteamericano y catedrático de Derecho constitucional. Sus tesis se oponen abiertamente a las de su maestro Hart.

abordar la situación, el juez podrá acudir a los principios del Derecho para hallar su criterio de decisión judicial, así como podrá el legislador acudir a argumentos de orden político.

“Dworkin es de la idea que, todas las normas que son susceptibles de ser reconocidas en la praxis jurídica como Derecho, no siempre pueden cumplir los requisitos que para pertenecer al sistema jurídico prescriben las reglas de reconocimiento. Esto debido a que, los principios jurídicos que no pudieran ser reconducidos por cuanto hace a su origen, una fuente jurídica oficial, pero que sin embargo hubieran sido desarrollados por los juristas sólo con base en un sentido de propiedad o adecuación –sense of appropriateness– forman parte asimismo del sistema jurídico” (Rojas, 2006, p. 369)

Pero Dworkin no ve en los principios y las reglas una nueva forma de jerarquización normativa, sino que los contempla como sustratos diferentes para la argumentación jurídica, lo que redundaría en el avance mismo del Derecho: ya las fuentes del Derecho no se reducen a las normas legítimamente producidas, sino que también se puede acudir, desde su perspectiva, a planteamientos de otra naturaleza (costumbre, moral, etc) para sustentar la decisión judicial.

“Los principios son estándares que han de observarse debido a que son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” (Ibíd. p, 388)

Dworkin distinto a Hart, ve en el Derecho una práctica social, la diferencia entre ambos se fundamenta en la rigidez de la concepción organizacional de éste, enfrentada a la estructura dinámica que aquel propone. Dworkin ve en el Derecho una construcción social que trata o debe tratar de asimilar los cambios constantes de la sociedad a través de la flexibilidad de sus límites conceptuales y de la interpretación que llevarán hacia una decisión judicial más

completa; mientras Hart, define el Derecho como una organización jerárquica rigurosa basada en la naturaleza y origen de las normas enfrentadas de modo fáctico al test de reconocimiento.

Dworkin va más allá de los planteamientos realizados por Hart, los cuales reducen al Derecho a un simple sistema de reglas jerarquizadas, sistematizadas e instrumentalizadas; su concepto del Derecho como práctica social, libera en cierta medida la práctica judicial, superando la adecuación normativa a la que están sometidas las conductas de los individuos en la sociedad como eje central del Derecho y sustituyéndola por el paradigma de la argumentación y la interpretación que las partes desarrollen en el litigio.

Debido a que la historia y la forma en que se practica el Derecho en cada tiempo influyen de manera decisiva la actividad interpretativa, ambas tienen que ser reflejadas por la interpretación, de tal manera que, al intérprete no le corresponde decidir de acuerdo a su libre arbitrio, que significado le quiere atribuir a dicha praxis. (Rojas, 2006, p. 400)

En síntesis, Dworkin amplía la visión del Derecho, que se había basado en la operación mecánica de adecuar el comportamiento humano (primera premisa) a la norma (segunda premisa) y desde allí obtener un resultado (conclusión) y en ver al juez como un simple operario judicial cuya herramienta de trabajo es la norma. Al contrario, para él, la interpretación histórica será el eje central de la labor judicial y todo lo que con ella viene incluido, es decir, la actuación política, moral, ética y hasta estética del jurista, orientada ésta desde un conjunto de principios coherentes y complementarios que denominó principio integrador,

En este orden de ideas, el Derecho estará estrechamente ligado a la organización estatal, es decir, *“Las sistematizaciones del Derecho natural racional penetran en la organización jurídica de la economía y del Estado”* (Habermas, 1987, p 226). Así como el papel moneda se convierte en el mediador de las relaciones comerciales entre los individuos y entre los pueblos, el Derecho es el mediador en los cambios organizacionales de los Estados y las sociedades de la modernidad

Otro análisis socio jurídico es realizado por Boaventura De Sousa Santos. Para él el proyecto moderno aparece colmado de contradicciones, pues de una parte lo supone considerablemente ambicioso, pero finalmente ineficaz con todo lo que se propuso, por ejemplo, tiende hacia una organización y sistematización extrema de la vida, asegurando al mismo tiempo, una libertad como nunca antes se ha pretendido; esto es, tratando de unir dos extremos de una cuerda que se encuentran distantes entre sí. Entre otras contradicciones menciona el sociólogo portugués:

“Lo fascinante del siglo XIX es que en él las contradicciones internas del proyecto de la modernidad explodian con gran violencia. Quiero decir, las contradicciones entre solidaridad e identidad, entre justicia y autonomía, entre igualdad y libertad. En la medida en que estas contradicciones explodian sin mediaciones, las tendencias hacia la reducción del alcance del proyecto y la aspiración a la globalidad subyacente -es decir, la ambición de transformar radicalmente la realidad social- pueden ser vistas claramente en cada uno de los principios o lógicas del pilar de la regulación y el de la emancipación.” (De Sousa, 1989, p. 227).

En el Derecho moderno se puede encontrar otra de las muchas contradicciones: para la modernidad hay que superar la tradición, no obstante el Derecho proviene de una

tradición y es ese ataque contra sí mismo, el que le otorga las características modernas que lo dotan de unidad. Además las fuerzas que legitiman y hacen acatable socialmente al Derecho y su producción moderna, son en cierta medida muy similares a las que permitían la existencia de la tradición legal pre moderna. Del mismo modo que en la mitología griega los dioses pueden tomar varias formas, entre ellas la humana y no pierden sus características especiales que los hacen todopoderosos, el Derecho se relaciona con la sociedad, pero puede existir separada de ella, se sitúa sobre ella y la dirige, rechaza la trascendencia y sin embargo parece trascendente.

De Sousa (1989) también analiza un fenómeno interesante en el Derecho durante el siglo XX, pues entiende que la racionalización del conocimiento ha tocado el ámbito judicial, transformando sus prácticas y generando una creciente organización y separación de saberes que desemboca en lo que denomina “la contaminación de la racionalidad moral – práctica” que se opone tangencialmente, a cualquier expresión no profesional y que provocará el abordaje del tema judicial a través del positivismo legal encabeza de Kelsen.

Señala también el investigador luso, que con el paso del siglo XX se van atenuando algunos de los rasgos propios de la modernidad y con ellos, aquellos que imprimió al Derecho. El primero de esos rasgos disminuidos es el cambio en la conformación y organización estatal que involucra la transformación del Estado de Bienestar en el Estado de Derecho, que aunque de proporciones menores a su antecesor necesita de marcos regulativos más fuertes que generaron:

“La juridificación o hiperlegalización de la realidad social produjo relaciones sociales estandarizadas, es decir, produjo hábitos sociales unidimensionales de masa, y el empobrecimiento social de las clases populares hizo posible que fuera realizado, a través de la transformación de ciudadanos autónomos en clientes o incluso en víctimas de los estados burocráticos cada vez más autoritarios” (Ibíd. p. 236)

El segundo de los rasgos que se va perdiendo es el de la responsabilidad moral común, el cual va siendo lentamente reemplazado por la responsabilidad en cabeza de cada persona (individualización). La ética colectiva se disuelve en un mundo gobernado por la individualidad y sus demandas se van haciendo cada vez más difusas, mientras que la ética individual relacionada especialmente con la producción y el consumo cobran mayor nitidez.

Ya se había advertido que el Derecho moderno, como la modernidad misma, aspira a adquirir forma en el “abandono” de las tradiciones y para ello, se vale de la organización racional de su estructura y la elaboración de su discurso. El proyecto Ilustrado hace que la realidad se matice a través del discurso del conocimiento, el descubrimiento, la observación y la generalización, abandonando lo místico, lo mágico, lo tradicional y lo antiguo. Ese abandono (disfrazado), es el espacio en donde el Derecho moderno planta su origen y desde donde se ubica Fitzpatrick¹⁰ para entregar su noción del Derecho moderno. Para el jurista y filósofo europeo es necesario hacer antes un análisis de la Ilustración como proyecto moderno para entender las formas y características del Derecho en la modernidad. En su concepto, la Ilustración crea un centro que vivifica el entorno inmediato que organiza y otorga sentido al espacio cercano y a su vez, lo separa de aquello que esté alejado, que es ajeno y que constituye lo contrario, lo adverso. Esta bifurcación propuesta por la modernidad, fue antes una idea de los lenguajes míticos y religiosos tradicionales para referirse a aquello que les es hostil: lo profano, lo licencioso, lo mundano. Termina así la modernidad y su proyecto ilustrado, por usar las mismas prácticas de su

¹⁰ Peter Fitzpatrick es un jurista que actualmente se desenvuelve como profesor de Derecho en la Universidad de Birkbeck, en Londres y Profesor Honorario de Derecho en la Universidad de Kent. Ha sido profesor en universidades de Europa, América del Norte y Papúa Nueva Guinea y publicado muchos libros sobre la filosofía del Derecho.

antagonista - la tradición -, para apartarse y diferenciarse de ésta, lo que constituye la contradicción inicial de aquella.

Fitzpatrick nota que durante la modernidad los objetos reemplazarán al ser como centro de todo conocimiento, pues tienen un origen lógico y sencillo, que no necesita apelar a lo divino o lo mítico para hallar su punto inicial. Los objetos son simples elementos de un orden general que los mantiene subordinados a él. Las reglas hacen parte de ese mundo de los objetos que pertenece – por así decirlo – a un orden general. Ese orden general pre moderno lo dictaba la deidad, pero en el tiempo moderno, esa deidad y toda su carga mística es reemplazada por la naturaleza: de allí, en la concepción de Fitzpatrick, nace el Derecho natural moderno. En otras palabras, el mundo natural es el origen del Derecho y de las normas mismas, dictadas por una “entidad” superior, cuya loable causa es la de guiar a los hombres hacia la perfección. A partir de allí el Derecho se universaliza, se extiende, precisamente porque la idea de la naturaleza como origen de la norma se concreta.

“El tiempo original está vinculado con el objeto presente en un proceso de desarrollo o civilización, en el cual la continuidad del objeto es mantenida incluso mientras cambia. Este proceso fue relatado, como veremos después, en historias fantásticas ideadas en nombre de la razón y de la historia” (Fitzpatrick, 1998, p. 50)

El Derecho moderno que proviene de la naturaleza, no de Dios, requiere de la razón humana para su organización y proyección y de allí nace la necesidad de su positivización, congruentemente con la conformación de los Estados – Nación, en una visión eurocéntrica. Será el pavor que infunde entre los “hombres modernos” ese estado antiguo y salvaje, lo que permite al Derecho surgir y mantenerse. El Derecho crea una distinción notoria entre civilidad y barbarie, esa distinción no sólo opera en el campo teórico, sino que plantea la existencia de un orden

equivalente al progreso, que busca alejarse definitivamente del estado natural e incivilizado del hombre antiguo, ese paso se da cuando el Derecho se convierte paulatinamente en el vocero de las sociedades y de los individuos occidentales, siendo trasplantado a través colonización al resto del mundo. El Derecho fue un eficiente mecanismo de dominación usado en los nuevos territorios, que junto con la espada y la cruz supusieron una forma de exterminio eficiente de todo aquello que no se identificara con la noción moderna europea. El Derecho occidental encarna entonces el espíritu de conquista de europea entre los siglos XV y XVIII y la expansión del pensamiento, los discursos, los mecanismos y las prácticas del viejo continente.

El Derecho moderno también permite hacer visibles otras aristas importantes, entre las que se destacan al sujeto y su correspondencia con la conformación de los Estados – Nación. El Derecho se convierte en un elemento mediador indispensable para afirmar la existencia de un hombre dependiente de una realidad racional mediada por la existencia política de poder soberano, que es el fundamento cohesionador que trata de asimilar individualidades para formar aglomerados humanos en torno a las ideas de la producción, la economía y el capital, llenando de imperativos la vida individual y social y ocupándose de las esferas públicas y privadas, limitando la vida social y dando preponderancia a la individualidad; a la especie humana tan acostumbrada a la vida tribal se le fue dirigiendo hacia la soledad del sujeto regulado desde afuera y desde adentro, un sujeto que mucha utilidad le proporcionaría a la legalidad moderna liberal y que sería definido en términos negativos, es decir, lo que no debe ser, cómo no debe actuar y cómo no debe relacionarse con el mundo.

“En su trascendencia solitaria este sujeto poderoso aún tiene que relacionarse con “el gran mundo exterior”, pero debe hacerlo de maneras que no socaven su integridad. Una de estas maneras es la mediación mítica que proporciona el Derecho”. (Ibíd., 1998, p. 142)

La modernidad limita la realidad y la unifica en un suceso de trascendencia y separación del pasado. El Derecho en la modernidad termina por adaptarse a esa única realidad a través de variadas intervenciones. Entre Derecho y realidad modernos existe una relación simbiótica, cada uno adquirió rasgos del otro y su relación estrecha estuvo signada por un sinnúmero de fenómenos externos que complejizaron la noción de justicia.

El Derecho moderno supone también una forma de poder de la que Fitzpatrick se ocupa tomando conceptos desarrollados por Foucault, mencionando que aquél ya no se dirige únicamente desde las estructuras estatales hacia la sociedad, sino que se instala en todas las organizaciones humanas, en donde el sujeto, tiene como tarea fundamental, su adaptación a la norma. En ello, el Derecho cumple un papel determinante, pues se convierte en la base organizacional y discursiva sobre la cual los sujetos son modelados y corregidos. El poder disciplinario termina por servirse del Derecho, pero no logra desplazarlo o desaparecerlo, pues continúa normalizando las diferentes esferas de la existencia humana.

Pero si ya se aclara el origen y ciertas formas que puede tomar el Derecho moderno para Fitzpatrick, él no deja de lado sus características principales, entre las que destaca en primera medida la trascendencia, pues el Derecho requiere aún, dentro de la tradición moderna misma, ciertos ritos solemnes, evocaciones y formalidades para garantizar su eficacia, por ejemplo la forma de construir ciertos documentos jurídicos, así como el uso de ciertas expresiones propias de la jerga jurídica. En segundo lugar es omnipresente, pues subsume la realidad a él, la determina, está presente en todas las acciones de la vida, desde las más sencillas como transportarse, hasta nacer o morir. Como tercera característica del Derecho, propone el investigador europeo (*Ibid, 1998*), el auto aseguramiento, que no es otra cosa que la capacidad del Derecho para generar reglamentos y estructuras normativas cuya modificación están por encima del poder del Estado y del hombre mismo. El cuarto rasgo que compone al Derecho

moderno es la generalidad, en otras palabras, la capacidad de hacerlo todo, de contemplar todo, de abarcar todo, sin dirigirse a una particularidad exclusiva. Como quinta cualidad del Derecho se enumera la necesidad que tiene de la afirmación de la voluntad, pues ésta supone razón, juicio, cognición, o dicho en otras palabras, para poder acceder a hacer o no hacer algo requiero de un proceso mental que me permita aceptar o rechazar racionalmente la obligación. Por último, destaca el profesor Fitzpatrick, la dependencia que el Derecho moderno tiene de la costumbre, pues en ella tiene una de sus fuentes más importantes, lo que perpetuó el orden y las prácticas antiguas, que en la modernidad se llamarán antecedentes y que se hacen visibles sobre todo en el Derecho anglosajón, en otras palabras, la costumbre se positiviza, generando así un contradicción mayúscula.

Por último resulta interesante el análisis que en su obra Fitzpatrick desarrolla sobre los conceptos de Hart, argumentando que el jurista inglés termina por reconstruir el mito creador del Derecho al evocar una estructura de la norma que da cuenta de una sucesión histórica que separa un inicio tribal antiguo de un perfeccionamiento posterior ubicado en la modernidad, en otras palabras, Hart al igual que Hobbes, ve en el Derecho un rasgo de diferenciación entre una sociedad básica y elemental y una sociedad compleja elaborada racionalmente, otorgando al Derecho un cierto halo prodigioso, que permitió el surgimiento de sociedades civilizadas, que se asemejan en gran medida a las sociedades occidentalizadas, y que marcaron una transición del estado salvaje al estado civilizado. Esta descripción evolutiva hecha por Hart, está asociada a varios de los discursos de la ilustración.

“Como vimos muchas historias de la ilustración no difieren del relato que hace Hart de la vida en estado natural o en variantes tales como el estado salvaje o un estado regulado por la costumbre. El Derecho como algo intrínseco a la civilización (occidental) es contrastado en su constitución con el estado natural” (Ibid., 1998, p. 142)

El pensamiento humano individual, durante la modernidad, funda y da origen a las estructuras cognitivas – discursivas dispuestas con base en la razón, reemplazando la creación social y cultural que suponía el conocimiento anterior a ella. El hombre es objetivizado a través del conocimiento científico y con él es el final, el resultado, el objetivo alcanzado lo que se torna mágico. Lo fantástico del constructo discursivo aparece con la promesa de un final de conocimiento y claridad que plantea la modernidad, en oposición a la tradición (superada), que sitúa la fuerza creativa en el origen del relato. Las leyes fueron dadas por los dioses (seres sobrenaturales) a los hombres en la antigüedad; en la modernidad, el estado (sobrenatural) naciente de la humanidad se circunscribe a la adaptación instrumentalizada que a la norma deben tener las sociedades y los individuos.

Los análisis expuestos más arriba, fluctúan entre dos enfoques fundamentales, uno el que examina al Derecho desde el punto de vista dogmático – formal y la otra la que lo aborda en relación con la sociedad y los diferentes fenómenos que lo afectan. Para los teóricos adherentes al primer enfoque, el Derecho en la modernidad se constituye en un sistema complejo, basado en unos principios racionales que obedecen a una estructura normativa y jerarquizada construida racionalmente. Para los estudiosos que acogen el segundo enfoque, el Derecho tiene una génesis relacionada con la modernidad, un desarrollo y unas características elementales, que lo dotan de ciertas capacidades que indudablemente lo posicionan como un fenómeno social preponderante. El Derecho moderno se constituye en un tema obligado para comprender no sólo la modernidad como periodo fundante de la sociedad contemporánea, sino para interpretar las transformaciones recientes que se hayan dado en su interior disciplinar.

Se tiene hasta aquí, que el Derecho en la modernidad se funda bajo las condiciones creadas por la razón, las cuales intervienen también en la construcción de una nueva sociedad. El Derecho moderno se origina así en el relato del abandono de la tradición, en el deslinde de la

moral y se estructurará principalmente a través del estudio dogmático de sus disposiciones internas. Será un abanderado del poder para la organización de la sociedad en términos racionales – economicistas. Hart y Dworkin (cada uno con sus propios argumentos) exploran el Derecho estructural y sistémicamente, ello no significa que sean los únicos, al lector le recomiendo la lectura de Rawls¹¹ en su obra *La teoría de la Justicia* y de Kelsen¹² en *La teoría pura del Derecho*. Sin embargo las contradicciones del derecho moderno sellarán su crisis y posterior reorganización, marcada también por la reorganización de la realidad y de la sociedad que propone la llamada posmodernidad, asuntos que se tratarán en los capítulos posteriores.

Capítulo 4. ¿Qué se puede entender cómo posmodernidad?

Con el advenimiento de la segunda mitad del siglo XX y la creciente ola de revoluciones que se produjeron (estudiantiles, hippies, entre otras), algunos teóricos entre los que se puede nombrar a los franceses LYOTARD y BAUDRILLARD y al italiano VATTIMO,

¹¹ John Rawls, filósofo estadounidense, profesor de filosofía política en la Universidad Harvard y autor de Teoría de la justicia. Es considerado como uno de los filósofos políticos más importantes del siglo XX. Su obra más representativa es sin duda “La teoría de la justicia”

¹² Hans Kelsen, pensador jurídico y político de origen austriaco. Profesor universitario y filósofo del Derecho. Su obra más destacada es sin duda La teoría pura del Derecho

anunciaron el final de la modernidad. Se llegó incluso a datar el nacimiento de la posmodernidad hacia la década de los setenta, cuando las utopías modernas habían llegado a su fin con la revolución estudiantil de París, ocurrida en los últimos años de la década de los sesenta¹³. En sí, el término posmodernidad propone la superación de la modernidad con sus postulados y el rompimiento con los fundamentos de la cultura, la sociedad y la vida moderna.

Esos fundamentos se construyeron sobre la base de grandes narraciones, que apuntaban hacia la realización y la plenitud de los objetivos socioculturales, impuestos por las sociedades occidentalizadas. El mundo de la modernidad, para Lyotard, es un mundo histórico que se debe tratar narrativamente (construcciones discursivas ordenadas) y que constituye la base sobre la que se estructura y se organiza el conocimiento moderno.

Para analizar la situación posmoderna, el filósofo francés, comienza analizando los movimientos estéticos que tanto en literatura y pintura sobre todo, en su parecer, han sido un fundamento importante de la sociedad occidental, al mismo tiempo que se hace consciente de que a través del juicio estético se viene luchando tanto a favor, como en contra de los planteamiento modernos; por ello el pensador francés ve en lo posmoderno una parte de la modernidad misma, una modernidad en la que la relación sujeto - objeto se ve sometida directamente a las categorías ordenadoras del pensamiento y la racionalización y que omiten una integración posible con lo imaginativo y lo sensible. Esas categorías han sido constantemente protegidas y viabilizadas históricamente por constructos narrativos elaborados en la esencia misma de la racionalidad, originados en los espacios míticos del conocimiento y cuyo objetivo es legitimar las instituciones y las estructuras presentes en un momento y lugar determinado, sin embargo, las estructuras

¹³ La revolución estudiantil de París se asocia a una serie de protestas que se llevaron a cabo en París en el verano de 1968. Las protestas fueron iniciadas por grupos estudiantiles de izquierda opositores a la sociedad de consumo, a quienes se unieron grupos de obreros, sindicatos y el Partido Comunista Francés y el creciente movimiento hippie. Tales protestas llegaron a aglutinar cerca de nueve millones de trabajadores no solo de Francia sino de varios países de Europa.

discursivas de la modernidad buscaban más bien darle legitimidad a un futuro por realizarse, un futuro universal: a esos discursos legitimadores del futuro fue a los que Lyotard llamó metarrelatos. Los grandes relatos funcionan como la base discursiva ordenada sobre la que se desarrolla el conocimiento en la modernidad.

Cuando los grandes relatos son insuficientes y ya no pueden dar cuenta de la realidad, la modernidad sucumbe.

“...se tiene por «postmoderna» la incredulidad con respecto a los metarrelatos. Ésta es, sin duda, un efecto del progreso de las ciencias; pero ese progreso, a su vez, la presupone. Al desuso del dispositivo metanarrativo de legitimación corresponde especialmente la crisis de la filosofía metafísica, y la de la institución universitaria que dependía de ella.” (Lyotard, 1987, p. 4).

En oposición con lo anterior, considera Lyotard que lo posmoderno se aleja de lo moderno en el hecho de abordar también lo imaginativo, lo sensible, lo guardado y callado durante la modernidad e integrar el propósito cognoscente con las normas mismas que lo rigen, pues las normas, las nuevas normas, son las que hay que identificar y asumir como establecidas.

La modernidad implicaba el abandono de las tradiciones que habían esclavizado al ser humano y no le habían permitido desplegar todo su potencial, o en términos kantianos: no le habían permitido salir de su incapacidad. Empero, la tan ansiada modernidad tampoco había consentido el disfrute total de la vida humana y una muestra de ello era la atrocidad producida por las dos grandes guerras del siglo XX, el surgimiento de sistemas de gobierno autoritaristas, el derrumbamiento ético y político en los Estados - Nación surgidos del corazón mismo de la modernidad, entre muchos otros fenómenos que resultaban contrarios a los predicados de la

iluminación y la razón. Desde allí despunta la posmodernidad, como una propuesta que supera el estado de lo moderno con la aceptación de la existencia de varios relatos que pueden o no necesariamente relacionarse entres sí, o incluso con la negación del relato mismo, para enfrentarse a la Ilustración de los siglos XVII y XVIII, como una forma de resistir a los sistemas de pensamiento que creen en la Razón y en la orientación unidireccional de la historia¹⁴. Rousseau, Kant y los filósofos prototípicos de la modernidad, encuentran una fuerte oposición en la obra Nietzscheana, que resquebraja el sentido de ubicar al hombre en el centro de sí mismo y del universo y que con la expresión “Dios ha muerto” socava profundamente los cimientos del humanismo, que resulta ser la piedra sobre la que se sostiene la modernidad. En palabras de Vattimo:

“...se puede también aceptar la tesis de que el humanismo está en crisis porque Dios está muerto, es decir, que la verdadera sustancia de la crisis del humanismo es la muerte de Dios, no por casualidad anunciada por Nietzsche, quien es también el primer pensador radical no humanista de nuestra época.” (Vattimo, 2007, p. 33).

Nietzsche es uno de los exponentes de lo que Paul Ricoeur¹⁵ llamaba “filosofía de la sospecha”, y esta sospecha, para el caso del destacado filólogo alemán, radica precisamente ahí, en el hecho de considerar que la modernidad no pudo ser otra cosa que la recuperación de la vieja tradición apolínea occidental, que expresaba, entre muchas otras cosas para los griegos un

¹⁴ La historia como venía siendo abordada en la modernidad suponía que el final de todos los sucesos estaría la realización de la humanidad, ahora la posmodernidad permite la posibilidad de otros escenarios distintos, que en materia del Derecho dará lugar al surgimiento de estructuras legales que insisten en el respeto por la diferencia y la exaltación de la tolerancia.

¹⁵ Paul Ricoeur 1913 - 2005. Fue un filósofo y antropólogo francés reconocido por su método basado en la combinación de descripción fenomenológica con la interpretación hermenéutica.

modo de habitar el mundo: Apolo era el dios de la luz, de la claridad y la armonía, representaba también la pauta, el precepto, la entereza, la moderación, la medida, el carácter, el refinamiento, la racionalidad, la felicidad, etc.. Esta tradición surgió con Sócrates y Platón y que llega hasta los días del proyecto ilustrado.

Nietzsche ve además, en el proyecto ilustrado y en su base fundamental: el humanismo, una inconsistencia persistente: el abandono o la muerte de dios supone tal vez su reemplazo divino por la imagen glorificada del hombre (casi al punto de la deificación), lo que arrastraría a la infeliz criatura humana a seguirse revolviendo en los campos de la metafísica, que ubica sus espacios de trascendencia ahora en la existencia humana.

Sobre el humanismo también Heidegger se pronuncia. El célebre pensador alemán ve en la estructura humanista una relación directa con la ontoteología¹⁶, pues vincula al Ser del hombre con el Ser trascendental. Para Heidegger debe ser el abandono de las raíces teológicas, lo que lleve a la metafísica a la exploración del ser del ente, con lo cual encontraría validez su discurso. En la reducción que pueda hacer de “todo” al hombre, el humanismo tendrá sentido; es decir, cuando en realidad el humanismo sea humanismo y no un intento de sustitución del ser trascendental.

Al mismo tiempo advierte Heidegger, que la crisis del humanismo también se encuentra relacionada con la propuesta moderna basada en el orden, la cientifización y la tecnificación como herramienta cognitiva, que provocó la división, especificación y metodización del conocimiento. Cuando el saber técnico científico rebasó al saber de las ciencias del espíritu,

¹⁶ Kant consideró en su momento que la ontoteología hace parte de la Teología, en especial de la Teología Racional y a través de esta, de la Teología Trascendental. Es un conocimiento, nulo y vacío, por una parte, teórico *per thesis* o teórico *per hypothesis* y, por otra, es un conocimiento especulativo. El objeto de este conocimiento es el ser originario el cual se alcanza por medio de simples conceptos, es decir, sin apoyo de ningún tipo de experiencia. Este conocimiento del ser originario es trascendental, a saber, el de un ser que posee toda la realidad, pero que no podemos determinar más detalladamente

la aprehensión y organización del conocimiento cambió, con ello la sociedad mutó y lo relativo al modo de pensar o de sentir humano se extravió en los devaneos de la objetividad científica y tecnológica.

“Hoy en día no se puede negar la existencia dominante de la tecnociencia, es decir, de la subordinación masiva de los enunciados cognoscitivos a la finalidad de la mejor performance posible, que es el criterio técnico.” (Lyotard, 1987, p. 19).

Podemos imaginar que la posmodernidad es la respuesta a una modernidad (como estructura narrativa) inacabada tal vez o desgastada: surge un contrarrelato, que narra la decadencia de los relatos fundantes. El vacío profundo que dejó en las sociedades occidentales la muerte de dios, fue reemplazado o intentó serlo, por el humanismo. Ahora el hombre tiene un lugar trascendental y es ese lugar es el que da origen a uno de los rasgos de las sociedades contemporáneas: un individualismo hegemónico y casi exacerbado. Fue la modernidad misma la que incubó la posmodernidad, puede parecer una afirmación reduccionista, pero explicativa sobre la transición sufrida por las sociedades de finales del siglo XX y comienzos del XXI.

La superación de la modernidad, se entiende entonces, por el rompimiento con los fundamentos propuestos por ésta, los cuales no aseguraron de ninguna manera el alcance de la realización humana en términos racionales. La posmodernidad surge entonces cuando la racionalidad da paso a lo sensible, lo imaginativo, lo silenciado y lo escondido y reorienta no sólo la comprensión del Ser en el mundo, sino la integración con el ahí y el ahora. Esta nueva visión demanda una reorganización de la sociedad y del derecho, temas que se abordarán en los dos capítulos finales.

Capítulo 5. Las sociedades posmodernas.

Si las sociedades modernas se establecieron sobre la base de la organización racional del conocimiento, el arte y la secularización de la vida, desde la perspectiva de un

abandono y desapego radical de las tradiciones (sobre todo la cristiana), contando para ello con la elaboración de estructuras narrativas que validaron sus prácticas, las sociedades posmodernas tendrán que superar tales fundamentos, en razón a que ellos no han podido asegurar la concreción del objetivo racional de la modernidad.

El individuo en la modernidad se forma de la interacción entre fuerzas históricas que lo determinan, es una roca golpeada por los fuertes embates de las corrientes de la historia. De una parte el capitalismo determinó unas características propicias para que un grupo social (la burguesía) lo implantara y lo mantuviera a la cabeza de las organizaciones sociales y de otra, lo propio hizo el comunismo con la clase obrera. La modernidad entonces genera sociedades que se definen a partir de su fuente de origen y supone dimensiones claras respecto de las subjetividades en las que se desenvuelve el individuo que corresponden a grupos sociales marcados y reconocidos, la posmodernidad en cambio, abrirá la posibilidad a la alineación de múltiples subjetividades que han fragmentado al individuo haciendo ver la sociedad no cómo una suma de individualidades que coinciden en un espacio y un tiempo, sino como varias posibilidades individuales que aportan un atisbo a otras tantas colectividades. Es decir, que el individuo fragmentado formará a partir de esos fragmentos colectividades fraccionadas

El Estado que tuvo un gran poder de convocatoria tanto en aquellos que lo defendían como en aquellos que apostaron duras críticas en su contra, ya no es en la posmodernidad un sujeto que aglutine, su disminución en magnitud y tareas ha marcado una crisis política que lo ha llevado a su politización excesiva y por consiguiente a la despolitización de la sociedad civil, que creó otras muchas formas de asociación e interpretación política, sin que ello afecte a la democracia como modelo de control de poder, pues ésta sigue siendo el caballo de batalla político para una globalidad del manejo de la autoridad.

La posmodernidad representa para las sociedades cambios visibles en cuanto a su organización y funcionamiento, se hará mención de algunos de esos cambios y las afectaciones que han ejercido sobre las condiciones del mundo. El primero de ellos es la individualización, el segundo el consumismo y el tercero es el no tiempo.

El capitalismo y su oponente más férreo el comunismo, dos de las corrientes de pensamiento más destacadas de la modernidad (no las únicas), crearon, cada uno desde sus perspectivas formas de conexión entre los sujetos: una discusión entre socialismo y capitalismo, que no se oponen entre sí porque perseguían el mismo fin: para el capitalismo la organización total de la producción y para el socialismo la organización científica del trabajo. Además el capitalismo creó la burguesía, cuya tarea fundamental era la de tomar el control de la revolución moderna con unos ideales de orden cultural, social, político y sobre todo económico, pues ellos poseían el capital. El comunismo, a su modo, hizo lo propio, cimentó las estructuras del proletariado y con ello dio cohesión al grupo de personas que el capitalismo había separado. Las dos ideas, aunque contrarias en principio, habían optado por generar espacios de socialización entorno a una idea convertida en práctica y en realidad. El capitalismo, al final, pondría por encima de su antagonista sus banderas de victoria, y su estrategia mecanicista y operacional de la división de las tareas y la especificidad del trabajo que beneficiara la producción, da origen a la individualización creciente de las sociedades actuales. Las responsabilidades que habían sido confiadas a la racionalidad de toda la especie humana (como la consecución de la paz, del equilibrio social, o la organización de las sociedades), ahora son tareas del individuo, ello basado en un programa de autogestión y auto administración del individuo, que para Bauman ha sido alimentado por el Derecho.

“Esta fatídica retirada se ha visto reflejada en el corrimiento que hizo el discurso ético/político desde el marco de la “sociedad justa” hacia el de los “derechos

humanos”, lo que implica reenfocar ese discurso en el derecho de los individuos a ser diferentes y a elegir y tomar a voluntad sus propios modelos de felicidad y de estilo de vida más conveniente” (Bauman, 2003. Pág.34)

Los espacios públicos de discusión y decisión sobre la vida de la sociedad se han perdido, los que subsisten aún se han deslegitimado o han perdido el poder, que se ha ido retirando hacia territorios externos. Lo privado cada vez más toma el lugar de la cosa pública, el Estado – Nación cedió su poder ante las estructuras y acuerdos internacionales o transnacionales. El ahora que vivimos empuja hacia la soledad, hacia el ensimismamiento, convence que esa es la nueva forma de enfrentar la vida. El Derecho también cumplió su parte en esta tarea al regular cada vez más la vida individual y reducir los espacios de interacción pública y social. La tarea de que los individuos se constituyeran a sí mismos fue eficiente y al mismo tiempo generó espacios de intervención alejados del poder de decisión y centrados en el culto al ego, en la brevedad (el sin tiempo de la posmodernidad) y en la sensación de extravío, cuyo "valor racional" y es la inseguridad que deja la incertidumbre de saber quién emite la órdenes que hay que ejecutar (pues ya no existe un único poder, ahora son muchos poderes), es decir, no saber, no conocer, no tener certeza de los fines ni de los medios. Ya no se habla de la sociedad sino del individuo, a quien le corresponde vivir su vida y salir adelante en ella. Una vida llena de oportunidades que resulta desafiante y estimulante, pues parece que nada es irreversible o inmutable, todo está lleno de salidas y escapes. Esto crea la sensación de sentirse libre y de sentirse alguien, sensación que dada la naturaleza misma del ahora, es inestable e incompleta al existir a cada instante nuevas posibilidades y retos por alcanzar. No alcanzar esos retos tampoco resulta cómodo pues sería algo así como no ejercer la libertad que se tiene, como ahogarse desde adentro en un grito mudo de fracaso.

“El mito de Prometeo puede reinterpretarse considerándolo una escena del aparato psíquico del sujeto de rendimiento contemporáneo, que se violenta a sí mismo, que está en guerra consigo mismo. En realidad, el sujeto de rendimiento, que se cree en libertad, se halla tan encadenado como Prometeo. El águila que devora su hígado en constante crecimiento es su álter ego, con el cual está en guerra” (Han, 2012, p. 6).

Ante tantas opciones para el individuo se pierde la posibilidad de obtener la respuesta a la pregunta si ¿Es equivocada o no mi decisión? El deseo por responder la pregunta genera la necesidad de abarcar más posibilidades y así el círculo vicioso cobra vida. El deseo del consumidor no parece jamás y esa es una buena noticia para el consumismo. Si la producción fungía en la modernidad como una de sus necesidades primordiales, el consumo será una de las premuras de la posmodernidad. El consumismo que promueve una vida sin problemas (satisfaciendo necesidades), cuyo elemento central es el deseo: etéreo, volátil, fugaz. El deseo (asociado a un fenómeno psíquico de auto afirmación del yo) es transformado en anhelo y éste será el impulsor del círculo del consumo. El deseo reemplaza a la necesidad como motor del consumo y a su vez es reemplazado por el anhelo (placer). Él también marca la pauta de los productores quienes además de sus productos deben producir también deseos en sus compradores. El deseo reemplaza lo que en la modernidad había sido la fuerza coercitiva, ahora esa fuerza se expresa en términos de seducción del mercado, esa ola interminable de atrayentes circunstancias continuamente renovadas son las que permiten entregar una apariencia de identidad en los sujetos, a través de ella la generalización se individualiza. El individuo se concreta en el hecho del consumo, su existencia se valida cuando adquiere lo último, lo más reciente, lo más novedoso.

Individualismo y consumo están estrechamente relacionados, el segundo es la forma del alcanzar al primero (por lo menos en la promesa vaga de la posmodernidad). Comprar no es un camino hacia la libertad, sino que toma las libertades y las reparte de nuevo, lo que contraviene los procesos de auto identificación que propenden por una separación tajante de las individualidades y trunca los procesos socializadores basados en la cooperación y la solidaridad. *“La tarea es consumir, y el consumo es un pasatiempo absoluto e irremediamente individual, una cadena de sensaciones que sólo puede ser experimentada –vivida– subjetivamente”* (Bauman, 2003, Pág. 105).

La modernidad cambió el concepto del tiempo con sus adelantos científicos sobre todo en física. El tiempo se convierte en otro de sus elementos, pues marca no solo los ritmos de la vida cotidiana sino los ritmos de la economía, del conocimiento y del devenir. Con la aparición de los medios de transporte como el tren o el avión, el tiempo comprimió las distancias, luego las dimensiones de tiempo y espacio se volvieron una. El tiempo se volvió la medida de la vida. En la posmodernidad el tiempo es aún más breve, casi se elimina, toma la forma de la inmediatez, del tiempo real¹⁷. La carga ahora es mayor, para realizar una tarea no sólo se debe realizar de un modo indicado, sino que ahora se incluye una cláusula de tiempo, que debe correr paralelo con los sucesos, haciendo que el principio y el fin no sea un lapso duradero. Los deseos innumerables que ha despertado la contemporaneidad en los individuos y que se convierten en generadores de la identidad, han propiciado también, la aparición de incontables posibilidades al mismo tiempo (simultaneidad), y éstas a su vez han desplazado el deseo de eternidad a un lado, la durabilidad entonces pasa de ser un aspecto positivo de las cosas, a ser uno negativo, puesto que

¹⁷ Un sistema de tiempo real es un sistema informático que – Interacciona repetidamente con su entorno físico – Responde a los estímulos que recibe del mismo dentro de un plazo de tiempo determinado. Para que el funcionamiento del sistema sea correcto no basta con que las acciones sean correctas, sino que tienen que ejecutarse dentro del intervalo de tiempo especificado. (De la Puente, 2007, pág. 4)

no te permite disfrutar de lo novedoso. El cambio cultural que supone moverse hacia la transitoriedad, significa cambiar una creencia histórica en la durabilidad (paradigma), causando una ruptura en el dogma humano de lo perdurable hacia lo perecedero, lo pasajero, lo instantáneo.

La suma de individualidad, deseo y tiempo generan en cada persona el deseo obsesivo por superar a cada paso su propio record, haciendo de la existencia humana un espacio de competencia y lucha interna, en palabras de Buyung – Chul Han, una sociedad del rendimiento:

“La sociedad de rendimiento se desprende progresivamente de la negatividad. Justo la creciente desregularización acaba con ella. La sociedad de rendimiento se caracteriza por el verbo modal positivo poder (können) sin límites. Su plural afirmativo y colectivo «Yes, we can» expresa precisamente su carácter de positividad. Los proyectos, las iniciativas y la motivación reemplazan la prohibición, el mandato y la ley. A la sociedad disciplinaria todavía la rige el no. Su negatividad genera locos y criminales. La sociedad de rendimiento, por el contrario, produce depresivos y fracasados.” (Han, 2012, p. 16).

En síntesis, las sociedades posmodernas aunque diferentes de las sociedades modernas guardan vínculos con estas. Las sociedades de la contemporaneidad se encuentran definidas por la extrema individualización, el consumo y el no tiempo. Son además sociedades dependientes de la información, la tecnología y la novedad. Son aglomeraciones de individuos cuya identidad no tiene relación alguna con el grupo sino con la afirmación egocéntrica. Los límites físicos, psíquicos y normativos propios de la modernidad se han desdibujado, en su lugar el Ser de posibilidades Heideggeriano, se ha convertido en infinito.

Los rasgos identificativos de las sociedades posmodernas, tienen su correlato en el derecho posmoderno: al individualismo lo acompaña la atomización y la flexibilización normativa, el consumo y el tiempo guardan directa relación con la brevedad e instantaneidad de las nuevas regulaciones, así como con la inflación legislativa.

Las sociedades posmodernas proponen una ruptura parcial con lo. Sus caracteres profundizan la individualización de la vida al despegar al sujeto del objeto y enmarcar su realización en la deslegitimación de lo público y la preponderancia de lo privado, con lo cual la figura del Estado – Nación languidece. Las tecnologías de la información marcan el camino hacia una eternización del presente; contraria al pasado, presente y futuro que la modernidad alimentó: el no tiempo parece ser la esencia misma de la posmodernidad. La soledad del individuo deja en evidencia su deseo y de él se alimentará el nuevo orden económico para imprimir en cada uno de nosotros la vertiginosa asunción del consumo. El derecho, como en la modernidad, jugará un papel central en la concreción del imaginario posmoderno.

Capítulo 6. El Derecho en la posmodernidad.

Durante la modernidad, el conocimiento fue adaptado y moldeado según los principios propios de la racionalidad. La separación de los saberes y su especialización profunda, fueron algunas de las características con las que se definió el saber. Una disociación lesiva entre ciencias del espíritu y ciencias de la naturaleza, o lo que es lo mismo ciencias duras y ciencias blandas, fue el paradigma sobre el que se edificó la visión del mundo moderno. El Derecho no escapó a ello. Su positivización, su disección en ramas del Derecho (civil, penal, administrativo, etc.), en pocas palabras su estructuración y jerarquización, son cicatrices (aun presentes), que dejó la concepción moderna en los saberes jurídicos.

El Derecho moderno hace de sus formas internas su centro de estudio buscando de esta manera una pureza de estructura basada en la “racionalidad”. Pero esa “racionalidad” se fundamenta en una visión de razón, para la modernidad, parcializada, que fue entendida como aquello práctico en cuyos resultados se podía confiar por ser altamente predecibles y explicables. Además esta visión de la razón mecanicista, operacional y resultadista, permite el ascenso al poder de la burguesía, aquella nueva clase social en cuya cabeza estará situada la revolución moderna. Lo demás, lo que está por fuera de ese círculo racional será lo irracional, lo oscuro, lo contrario a la luz del conocimiento.

Desde esa noción de racionalidad, el Derecho moderno es positivizado y analizado desde una postura extrema de funcionalismo y formalismo, que fue creando la visión de una estructura sistémica ultra racionalista y ortodoxa, que mantuvo al Derecho como un campo práctico de conocimiento en el que la razón, mal entendida y sobrevalorada, se usó para concretizar un marco operacional y funcional rígido que propuso su definición en términos del análisis de estructuras sistémicas construidas entorno a la idea del Estado - Nación.

“El concepto racionalista de ciencia significa una sobrevaloración de la ratio, una absolutización y un sobreesfuerzo del entendimiento analítico. Él desestima

la función fundante unitaria de la razón, que ofrece en general primero la base de la desmembrada actividad del entendimiento (antes que uno sepa qué es una parte, debe ser preconocida la totalidad)” (Kaufmann, 2007, p. 24).

Es por ello que los analistas rigurosos del Derecho como H.L.A. Hart lo dividen, subdividen y parcelan de manera excesiva, lo separan de la moral, lo aíslan, en un proceso científico de disección que el Derecho mismo no pudo resistir y que estuvo caracterizado por procesos inductivos y deductivos propios de las ciencias duras. En una reducción a la relación sujeto cognoscente sobre la norma (el Derecho y la justicia vistos como objetos), se fundamentó el Derecho en la modernidad. La diada sujeto - objeto sólo permanecía unida por la separación (una de las paradojas del Derecho moderno). El objeto es medido, pesado, tomado bajo los parámetros de la racionalidad operativa funcional. Ni siquiera las afectaciones que uno u otro componente de la diada podía ejercer sobre el otro fueron observadas, al fin y al cabo, se requería finalmente, generar confianza predictiva sobre el estudio del objeto, no se requería comprenderlo, mucho menos interpretarlo.

Ese Derecho analizado desde sus estructuras operativas, funcionales y estructurales (Derecho objeto), no se preocupó por abordar otros sentidos como por ejemplo: el sentido de lo injusto, el efecto de la norma en la sociedad, en el conocimiento (Derecho acto), en los individuos y en las relaciones de poder. Es precisamente esas falencias, las que el Derecho posmoderno debería asumir, suavizando el esquema rígido y analizando el fenómeno normativo no solo desde su estructura interna, sino en relación con el exterior: con la ética, la filosofía, la política, la economía.

“Es un cuestión inquietante la de saber si la filosofía y la filosofía del Derecho hoy de nuevo se agotan en juegos intelectuales formales y con ello otra vez

fracasan, como ya, para su vergüenza, en la época moderna fracasaron en repetidas ocasiones” (Ibíd. 2007, p. 89).

El Derecho en la posmodernidad tendría que volver su mirada hacia el hombre / persona como elemento fundante del mundo jurídico, no como sujeto del Derecho sino como el intérprete del Derecho, de la justicia, del momento histórico y social en relación. La mirada limitada al Derecho interno no es relevante ya, hay que verlo en la generalidad de las afectaciones que surgen de sus relaciones con la realidad, con el mundo y con la vida misma. Sin embargo el Derecho no puede y no debe arrancar de cero, debe aprender de su devenir, debe intentar corregir la senda mecanicista propuesta por el positivismo legal y abrir su campo a las posibilidades interpretativas, claro está, sin caer en las exageraciones de las cuales ya ha sido presa. El Derecho debe darse a la tarea de comprender: ello significa abarcar otras dimensiones hasta ahora negadas, con la intención firme de resolver la pregunta sobre lo que los diferencia del no Derecho, de lo injusto. El Derecho posmoderno tiene la misión de salir del mecanicismo sin caer en la frivolidad o en la ligereza que pueden llegar a proponer algunos discursos recientes.

“Más bien deberá recordar de nuevo su tarea original, esto es, dar respuestas a los interrogantes que los hombres plantean a la filosofía del Derecho: la pregunta sobre la diferencia entre Derecho y entuerto, la pregunta sobre las condiciones de una sociedad bien ordenada, la pregunta sobre una paz duradera, la pregunta sobre los bienes, posibilidades y cargas, que cada uno recibirá como propios, la pregunta sobre la medida de justicia que a los humanos no es posible realizar” (Ibíd. 2007, p. 71).

Esas ligerezas convergen en posiciones extremas que trastornan el camino del Derecho posmoderno, entre ellas se pueden contar: la relativización de sus discursos, la excesiva

multiplicación de sus fuentes y su consecuente dispersión. El Derecho se encuentra parado al borde de la cornisa y debe tomar una posición entre la rigidez extrema propuesta por el formalismo y la volatilidad de su atomización. Se abordarán algunas de los problemas del Derecho actual.

En la medida en que la sociedad moderna inicio un proceso de atomización, en el cual más subgrupos sociales y más discursos fueron apareciendo, una crisis de ineficacia tocó al Derecho. La sociedad se había transformado notablemente, el Derecho se había quedado estático o y se movía, sus movimientos ralentizados, distaban mucho de la velocidad crucero de las sociedades contemporáneas. Parecía haberse llegado a una era post Derecho, en dónde éste ya no era el límite ni el faro de la conducta individual o social. Al respecto L Ferrajoli comenta:

Al primero de ellos lo llamaré crisis de la legalidad, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. ... un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, ... se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: ...en la pérdida de contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial...

...El segundo aspecto de la crisis, sobre el que más se ha escrito, es la inadecuación estructural de las formas del Estado de Derecho a las funciones del

Welfare State, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado social...

...Hay, además, un tercer aspecto de la crisis del Derecho, que está ligado a la crisis del Estado nacional y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo.” (Ferrajoli 1999, p. 15).

Los postulados modernos, sobre los que el Derecho había fundado su imperturbable pedestal, entraron en un momento de fatiga, que produjo su resquebrajamiento, en algunos casos y la caída en otros. Algo de ello asociado al cambio en el orden mundial, el paso de un mundo local a uno globalizado, el desvanecimiento de los límites entre los binomios que sustentaron la modernidad “*Estado/sociedad civil, público/privado, formal/informal, jurídico/ajurídico...*” (García Inda 2001).

Otro asunto para analizar es la cantidad de regulaciones que van apareciendo (dispersión del Derecho), además de una serie de relaciones nuevas entre actores recientes de la sociedad. El estado ya no tiene el monopolio legal en toda su extensión. Algunas instituciones estatales y no estatales, ahora pueden darse sus propios reglamentos, aparecen grupos sociales que se gobiernan a través de sus normas acordadas (un ejemplo claro de ello es la institución educativa, la cual tiene un gobierno escolar, una estructura de gobierno, unos representantes por cada uno de los grupos que la conforman, tienen unas normas internas y unos acuerdos de convivencia), lo que ha provocado que el Derecho se salga de los códigos, la doctrina y las providencias judiciales, una corriente normativa que ha desbordado el cauce y se ha salido del lecho propuesto para el Derecho en la modernidad. Así el Derecho se va disgregando y su unidad mítica se desdibuja. El cuerpo normativo ya no tiene una forma definida, el Derecho sufre así un

proceso de fusión¹⁸, que se convierte en una de sus características en la contemporaneidad. Su trayectoria no va únicamente de arriba hacia abajo, puede tomar otras vías, logra asimilar varias formas sin perder su capacidad de adaptarse a otras nuevas en razón a la multiplicidad de sus discursos. En pocas palabras el Derecho se dispersa.

“En lenguaje simple, todas estas características de los fluidos implican que los líquidos, a diferencia de los sólidos no conservan fácilmente su forma. Los fluidos, por así decirlo, no se fijan al espacio ni se atan al tiempo. En tanto los sólidos tienen una clara dimensión espacial pero neutralizan el impacto – y disminuyen la significación – del tiempo (resisten efectivamente su flujo o lo vuelven irrelevante), los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla; por consiguiente, para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que después de todo, sólo llenan “por un momento”” (Óp. cit. 2003, p. 8).

Esa dispersión está estrechamente relacionada con las grandes cantidades de información que circulan en las sociedades de hoy y con la multiplicidad de vías que existen para acceder a ella. Ya Daniel Bell en su libro *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, resalta que el conocimiento teórico es tomado como un germen para la invención y enunciación de una política de la sociedad. La sociedad post-industrial para Bell, se articula alrededor del conocimiento, con el cual busca el control social. Esta sinergia da lugar a estructuras y relaciones sociales dirigidas políticamente. Lo realmente nuevo de todo este planteamiento, resulta ser la

¹⁸ La fusión es el paso de un sólido al estado líquido por medio del calor; durante este proceso endotérmico hay un punto en que la temperatura permanece constante. El "punto de fusión" es la temperatura a la cual el sólido se funde. Un ejemplo podría ser un hielo derritiéndose, pues pasa de estado sólido al líquido.

superioridad del conocimiento teórico sobre el empirismo y la organización del conocimiento para abarcar y estudiar las diferentes aristas de la realidad. Este cambio de relación entre teoría y praxis se percibe en varios campos del conocimiento, en dónde se evidencia una mayor vinculación de la ciencia con la tecnología; los adelantos técnicos, tecnológicos y científicos dependerán directamente del tratamiento de la información y la obtención del conocimiento a través de ésta. La información es la piedra angular de la sociedad, ella determina las estructuras, los roles, las prácticas, los escenarios y las formas de interrelación. El Derecho también depende de la información, al atomizarse, se hace cada vez más complejo seguir la huella de sus desplazamientos, los bancos de información se multiplican y deben ser organizados para garantizar el acceso a los datos desde cualquiera de los lados del polígono de la realidad desde dónde se busquen.

La versatilidad en el manejo de la información y la fluidez de sus operadores, además de la estructura extensa que ha tomado el Derecho también demanda su flexibilización. El crecimiento desmedido de las estructuras legales, requiere la no sujeción a estructuras rígidas, dogmáticas o estáticas. Pero de dónde viene dicho crecimiento y la flexibilización del Derecho, sin duda procede del mismo fenómeno que han venidos sufriendo las estructuras y las relaciones sociales. Si bien las políticas neoliberales propenden por una disminución notable del aparato estatal, el resultado contrario de tal reducción ha sido el nivel creciente de individualización y particularización de la sociedad, generando rincones inexplorados, hasta donde el Derecho ha debido llegar. En palabras de De Souza Santos una desintegración “*en una multitud de mini-racionalidades al servicio de una racionalidad global incontrolable e inexplicable*”. (De Sousa, 1989, p.237). El Derecho ha debido extender su alcance y ha asumido la interpretación de diversos discursos, aparecen ahora los asuntos internacionales, ambientales, de seguridad y defensa, Derechos difusos, entre muchos otros, lo que obliga a una continua legislación sobre

aspectos que antes el Derecho no consideraba o no se atrevía a considerar o la híper legalización en temas recurrentes de la vida social (por ejemplo, en Colombia, el número de regulaciones, sentencias y doctrina sobre el tema de salud es hasta ahora incalculable). El Derecho no sólo ha extendido notablemente, también se ha flexibilizado (fusión) para llegar a lugares a donde antes no imaginaba arribar.

En ese continuo proceso de flexibilización y de dispersión el Derecho ha entrado en la lógica del no tiempo de la posmodernidad, es decir, la falta de tiempo. La norma ya no tiene esa vocación de permanencia, ahora es descartable, insuficiente y hasta precaria. Algunos asuntos normativos no parecen tener límites y la ley debe recrearse y renovarse constantemente, asemejándose así al hígado de Prometeo¹⁹ que durante el día es consumido por el águila monstruosa y en la noche se regenera para que a la mañana siguiente el nuevo hígado vuelva a ser devorado. Cómo los productos de un supermercado, la ley parece tener fecha de vencimiento, la producción normativa crece desmesuradamente y ha dado lugar a la aparición del término de “inflación legislativa, que no es otra cosa que la producción desmesurada de normas. En un estudio llevado a cabo por la *Corporación Excelencia en la Justicia* se sabe que hasta el 16 de junio de 2009, iniciando en 1991, en Colombia se habían expedido 1306 leyes. La misma corporación advierte que “*la preocupación por la multiplicidad de normas se debe a su tendencia inherente a la inseguridad jurídica y a la transformación de nuestro ordenamiento jurídico en uno inestable*”²⁰. La caducidad, la prescripción y los términos en tiempo y oportunidad son conceptos sobre usados del Derecho contemporáneo y los tres tienen un denominador común: el tiempo, o más bien la falta de éste.

¹⁹ Símil usado también por Byung - Chul Han para describir a la sociedad del cansancio.

²⁰ Tomado de la página <http://www.cej.org.co/index.php/todos-justi/1499-inflacion-legislativa>. Abril 26 de 2016 10:22 am.

Asimismo, el Derecho en la posmodernidad continúa moviéndose en la línea de las contradicciones, así como en la modernidad. Es un Derecho universalizado en su uso y extensión, pero muy particularizado en sus temas y abordajes, su ampliación está determinada a su vez por su penetración, es decir, para crecer se ha vuelto pequeño, minucioso, detallista. El Derecho en la posmodernidad continúa el camino hacia la individualización que ya se había iniciado en la modernidad.

“En cambio, el principio de combinación de la definición estratégica de la acción social no orientada por las normas sociales y la defensa, por parte de todos los actores sociales, de su especificidad cultural y psicológica [...] puede encontrarse en el individuo, y ya no en las instituciones sociales o principios universales.”(Ibíd. Pág. 27)

La declaración universal de los Derechos del hombre y del ciudadano y la posterior declaración de los Derechos humanos van definiendo al individuo como el sujeto sobre el que gira el Derecho. Ya no se reglamenta únicamente en relación con la figura estatal, ahora también se incluye al individuo en sus múltiples perspectivas como el objeto de la regulación.

“El balance general decepcionante (recogido en la Declaración final del 25 de junio de 1993) que ha llevado a tildar a la Conferencia Mundial de una nueva "ocasión perdida", no debe ser óbice para resaltar los aspectos positivos y, entre ellos, hacer hincapié, precisamente, en el papel del individuo en relación al Derecho internacional de los Derechos Humanos. Más en concreto, la Declaración (tras considerar la promoción y la protección de los Derechos humanos como una cuestión prioritaria para la comunidad internacional) afirma

que la persona humana "debe ser el principal beneficiario y debe participar activamente en la realización de esos Derechos y libertades" (Jimena Quesada y Salvioli, 1994. Pág.23)

Sin embargo, no solo la individualización del Derecho aparece como elemento de transición del hacia la posmodernidad, también ha sido parte fundamental en el asunto de la globalización y en los procesos locales cumple un importante papel. El Derecho recoge el contexto globalizador y lo traslada a la normalización de las conductas futuras, en otras palabras plantea una posición deontológica sobre el devenir y la forma de acercar el presente al futuro. El Derecho posmoderno debe superar el concepto del Estado – Nación que ayudó a construir su hermano moderno y la representación mental que ésta idea produce, para traspasar las fronteras y abanderar la constitución de una nueva forma de pensar el orden mundial, al mismo tiempo que pretende una homogenización de las normas locales para su posterior acoplamiento con las normas internacionales²¹. En otras palabras, el Derecho posmoderno no solo personaliza el mundo jurídico, sino que también modifica y amplía la estructuración del derecho entre los grandes entes jurídicos (los Estados), su expansión entonces corre simultáneamente en dos vías: la del derecho de los Estados y su nueva organización y la del derecho de las personas.

De lo anteriormente descrito, se puede inferir que el Derecho posmoderno va tomando ciertas direcciones opuestas y simultaneas: para crecer debe empequeñecerse, es decir que para abarcar una mayor cantidad de asuntos, sus discursos deben tornarse cada vez más

²¹ Para una mejor comprensión del tema, recomiendo el texto Globalización y Derecho de Héctor Alegría. Profesor Emérito de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Titular Especial de Concursos, Facultad de Derecho, UADE. Profesor Honorario de universidades nacionales y extranjeras.

específicos, en dónde su flexibilización (que no se sujeta fácilmente a dogmas o estructuras rígidas y se vuelve susceptible a cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades), le permitirá alcanzar ámbitos de difícil acceso. Para tomar las diversas formas que requiere el mundo contemporáneo debe fusionarse y todo ello sin dejar de pensar en la pregunta por la relevancia de sus discursos para la humanidad.

El Derecho posmoderno se inclina por superar el fundamento estructural, operativo y racional que propuso el Derecho moderno, dará espacio a discursos antes escondidos o simplemente ignorados. Elige el camino de la ampliación de los discursos, tal vez porque la velocidad de cambio de las sociedades así lo requirió. Al ampliarse de manera abrupta, también se atomiza, sus partículas se hacen cada vez más pequeñas para alcanzar los lugares que antes le estaban vedados, y así, termina por desbordar sus límites, del mismo modo como se traspasaron las fronteras que la modernidad había dibujado. Aborda diversos temas: por un lado atiende la realización del proyecto individual y al mismo tiempo cumple un rol determinante en la construcción del ideal de globalización. El Derecho posmoderno, así visto, se desdobla y esa doble ruta es la que lo ha dejado sin tiempo: la norma es otro elemento rechazable, que pierde vigencia y utilidad en corto tiempo, que tiene una fecha de vencimiento. El Derecho en la posmodernidad debe obedecer a los discursos de extensión hacia arriba de la organización Estado – Nación para contribuir así con el proyecto globalizador, y al mismo tiempo alcanzar en sus más pequeños espacios la individualización que requiere la concreción de la nueva estructura de la posmodernidad. En síntesis, el Derecho posmoderno, así como el moderno en su momento, juega un papel central en la concreción de los ideales contemporáneos, a través de su crecimiento adaptable a las condiciones nuevas que se puedan presentar (fusión).

Conclusiones.

El proyecto moderno surge durante la modernidad²² de la decisión del abandono y desapego de las estructuras tradicionales, relacionadas principalmente con la religión cristiana. Se fundamenta principalmente en el uso de la razón como elemento esencial del ser humano y reorganiza a través de un juicio estructural, operativo muchas de las dimensiones de la existencia. La racionalidad en la modernidad está determinada por el alcance de los objetivos de predicción y anticipación que requiere la lógica economicista – productiva imperante en la sociedad, lo que convierte a la visión de la racionalidad moderna en una visión parcializada sujeta a la consecución de unos fines establecidos bajo principios operativos y de resultado. Ello caló en las estructuras más profundas de la sociedad moderna, a través del aparato estatal, fundado por fenómenos burocráticos - administrativos que surgen a modo de constructos racionales, que pretenden la determinación excesiva de la vida social, para ello juegan un papel determinante la economía, el Derecho y la administración.

Es debido a lo anterior que el Derecho moderno acoge los principios de la racionalidad que se proponen durante la modernidad y se ordena con base en reglas generales y en el análisis de sus estructuras internas y de la organización segmentada y jerarquizada de sus discursos, lo que lo convierte en una estructura fácilmente predictiva y benéfica para el proyecto moderno. Además cumple un papel determinante en la organización de la realidad social e individual con base en la concreción del modelo Estado – nación, que a su vez se ajusta a las formas propuestas por las ciencias administrativas, económicas y políticas que sirven de sustento al proyecto moderno de organización societaria. Las estructuras básicas bajo las cuales se intentó planificar la sociedad fueron el Estado y la economía. Ambas se sirvieron del derecho. El

²² la modernidad” en su concepto más general, hace referencia a aquellos modos de vida u organización social que surgieron en Europa durante el siglo XVII y en adelante, cuya influencia, les ha servido para convertirse en universales en occidente. La modernidad supone, desde este concepto, un tiempo y un espacio determinados, con características fundamentales que permitieron su desarrollo, expansión y concreción.

Derecho se estructura bajo los parámetros modernos, sin embargo, esa organización se aleja notablemente de su tarea. El derecho en la modernidad se dirige a una cientifización excesiva, mientras se aleja de su objetivo que fue servir a las personas.

“...la modernidad del derecho se podría definir entonces no sólo en el carácter racional (previsible) de sus reglas y operación, sino también en su capacidad de organizar y estabilizar los espacios de creación y aplicación de las reglas en las sociedades complejas.” (López Ayllón, 1997. Pág.24)

En ese orden de ideas, la posmodernidad marca la crisis de las estructuras modernas, las cuales son identificadas con la no obtención de los ideales del proyecto moderno de realización de la racionalidad en cuanto al alcance de los más altos logros de la humanidad. Ataca lo público dándole trascendencia excesiva a lo privado y despolitiza la figura del Estado – Nación anteponiendo a ello el interés por lo particular. Así mismo, desborda las fronteras impuestas por la modernidad en lo referente al poder político, así como en lo concerniente a la aprehensión del conocimiento y la apertura hacía nuevos discursos antes escondidos. Su temporalidad revela la superación de la linealidad de la historia y mantiene una conexión definitiva con un presente continuo. El modelo de la producción, imperante en la modernidad, es sustituido por el de consumo, que va atado a la estructuración de una individualidad recargada y fundamentada en la satisfacción continua e incesante de los deseos.

La posmodernidad cambia el concepto del Derecho radicalmente, superando sus análisis internos basados en la estructura disciplinar, para abordar la comprensión de su papel en la sociedad y de ésta forma llegar hasta ámbitos de la vida que antes no habían sido contemplados. Para ello, ha superado las barreras dogmáticas en su producción y en la construcción de sus disertaciones, tomando y aceptando estructuras discursivas que antes eran

tenidas como ajenas y distantes. El Derecho posmoderno ha sido el vehículo sobre el cual se han movilizado dos elementos básicos de la posmodernidad: el proceso de individualización creciente y el sumario de la globalización. Sobre ambos (aunque se sitúen en direcciones contrarias) ha extendido sus dominios, permitiendo cambios orgánicos en su conceptualización y práctica. Del mismo modo ha creado un paisaje que fluctúa entre la unidad disciplinar y diversidad de formas jurídicas que se alimentan entre sí, aunque en el fondo mantienen una enconada lucha por la supremacía. Entonces, en la posmodernidad el derecho se expande, se atomiza, llega a lugares impensados, se multiplica, pierde su forma básica y se adapta a los nuevos espacios sociales e individuales.

Bibliografía

Citas

- Bauman, Zigmunt. (2003). *Modernidad Líquida. Fondo de Cultura Económica.* México D.F.
- De Sousa Santos, Boaventura (1989) *La Transición Postmoderna Derecho Y Política. Doxa. Lisboa*
- Dobb, Maurice. *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo.* Siglo XXI editores, México 2005.
- Fariñas Dulce, María José (1991) *La Sociología del Derecho de Max Weber. Civitas Ediciones.* Madrid.
- Ferrajoli, Luigi (1999) *Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta.* Madrid.
- Foucault Michel. *El nacimiento de la biopolítica.* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires 2007.
- García Inda, Andrés (2001). *Cinco apuntes sobre Derecho y posmodernidad.* Revista Doxa (Departamento de Filosofía universidad de Alicante). España.
- Habermas Jurgen (1987) *La Teoría de la Acción Comunicativa.* Santillana. Madrid.
- Han, Byung – Chul. (2012). *La Sociedad del Cansancio.* Herder. Barcelona.
- Hart, Herbert (1968). *El concepto del Derecho. Abeledo Perrot.* Buenos Aires.
- Heller, Mario (2007). *Jurgen Habermas y el proyecto moderno. Biblos.* Buenos Aires.
- Kaufmann, Arthur. (2007). *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad.* Temis. Colombia.
- Lalinde, Jesús. (1988) *El Derecho en la historia de la humanidad. Universidad de Barcelona.* Barcelona.
- Lenin, Vladimir, *El imperialismo fase superior del capitalismo. Zhinz y Znanie en folleto aparte: Petrogrado, 1917.*
- Lipovetsky Gilles (2000) *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos.* Anagrama. Barcelona.
- López Ayllón, Sergio. *Las Transformaciones Del Sistema Jurídico y Los Significados Sociales Del Derecho en México: La Encrucijada Entre Tradición y Modernidad.* Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 1997.

- Lyotard, Jean - Françoise (1987). La condición posmoderna. *Cátedra*. Madrid.
- Lyotard, Jean - Françoise (1987). La posmodernidad (explicada a los niños). *Gedisa*. Barcelona.
- Montemayor M. García M. Garza Y. Guía para la investigación documental. 2006 2da Edición. Editorial Trillas. México.
- Quesada, L. J., & Salvioli, F. O. (1994). El Individuo Y Los Derechos Humanos. Especial Referencia Al Marco Regional Del Convenio Europeo. *Revista Relaciones Internacionales*. Argentina.
- Roa, R. Armando (1995). Modernidad y Posmodernidad Coincidencias y Diferencias Fundamentales. *Andrés Bello*. Santiago de Chile
- Rojas, Víctor Manuel (2005). El concepto de Derecho de Ronald Dworkin. *Revista de la facultad de Derecho Unam*. Ciudad de México.
- Vattimo y otros. (1994). Entorno a la posmodernidad. *Anthropos*. Barcelona.
- Vattimo, Gianni (2007). El Fin de la Modernidad. *Gedisa*. Barcelona

Referencias

- Berman, Marshall. (1982). Todo lo solido se desvanece en el aires. *Siglo Veintiuno Editores*. Buenos Aires.
- Buss M, Helen. (1998). Raíces de la sabiduría. *International Thompson*. México D.F.
- Fitzpatrick, Peter. (1998). La mitología del Derecho moderno. *Siglo Veintiuno Editores*. México.
- Gutiérrez, G. Rafael. (2000). Nietzsche y la filología clásica. *Panamericana*. Bogotá
- Habermas, Jurgen. (1980). Modernidad: un proyecto incompleto. En: El debate Modernidad Pos-modernidad. Buenos Aires, *Editorial Punto Sur*.
- Habermas, Jurgen. (1987). Teoría de la acción comunicativa. Taurus. Madrid.
- Reale, Giovanny. (2010). Historia de la filosofía. Tomo 2. *Herder*. Barcelona.
- Alegría, Héctor. (2012). Globalización y Derecho. Edición del autor. Buenos Aires.
- De la Puente, Juan Antonio. (2007). *Introducción a los sistemas de tiempo real*.