

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO MODERNO

Alfonso de Julios Campuzano*

1. El Derecho Moderno y las Formas de Racionalidad

La gestación del sistema jurídico de la modernidad es un proceso lento que se va desarrollando de forma paulatina a lo largo de varios siglos. En él inciden muchos factores que irán, con el discurrir del tiempo, conformando los perfiles del fenómeno jurídico moderno. A partir de la concentración del poder en las monarquías centralistas europeas, de la Revolución Industrial, de la irrupción de la burguesía como clase política dominante y bajo la égida racionalizadora del pensamiento ilustrado, el derecho tiende a adquirir características distintivas que vendrán a consolidar una nueva concepción de lo jurídico más acorde con el nuevo orden social, político y económico. Resulta evidente que el nuevo orden precisaba de categorías jurídicas accionables que concretaran los ámbitos de poder - obligaciones y derechos- en la sociedad, y que esas categorías jurídicas, lejos de ser principios abstractos, universales y absolutos, desposeídos de corporeidad histórica, obedecían a concretas circunstancias que determinaron su propia identidad como pilares del nuevo orden jurídico.

La irrupción del Estado de Derecho liberal-burgués supondría un paso decisivo en este proceso: de la mano de la ciencia alemana del Derecho Público los viejos contenidos iusnaturalistas serían definitivamente vaciados y apartados del ámbito de lo jurídico y, a la luz de ello, el derecho sería concebido como derecho del Estado, con lo que se culminaba el proceso de asimilación de lo jurídico por el poder político. Desde entonces, la juridicidad quedaba confinada en el ámbito del Estado: sólo era derecho el derecho positivo y sólo tenía positividad el derecho promulgado válidamente por los órganos del Estado. A su vez, el Estado, gobernado por la burguesía, quedaba instrumentalizado como recurso para la defensa y protección de intereses de clase, que encontraban, en un derecho pretendidamente aséptico y neutro, abrigo y cobijo.

Paralelamente a este proceso, el movimiento codificador se expandía por toda Europa ganando adeptos e incondicionales. En él convergen, como ha puesto de relieve Tarello, no una sola ideología, sino varias cuya convergencia sienta las bases teóricas del movimiento codificador: de un lado, la ideología pufendorfiana, cuyos elementos integrantes son: a) el voluntarismo – el derecho es concebido como voluntad, lo que implica tanto su carácter mutable en el tiempo, frente a la pretendida inmutabilidad de la posición iusnaturalista, como la coincidencia de su ámbito de validez con la esfera de autoridad estatal-; b) el imperativismo -el derecho es un mandato, lo cual implica que su cumplimiento depende de que el destinatario pueda llegar a conocerlo-; y c) el psicologismo – que tiene una amplia influencia en la función interpretativa, ya que se propugna que el conocimiento del derecho es el

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla.

conocimiento de la voluntad soberana del legislador-. De otro, la ideología leibniziana, que entiende el derecho como dato y aplica al derecho el método de conocimiento en general, tendente a obtener, para cada problema jurídico, una respuesta cierta según las reglas de la lógica. Los elementos que Tarello identifica en esta ideología son: *a)* el descriptivismo – que considera el derecho como un conjunto de proposiciones jurídicas que se rigen por las reglas de la lógica que, en cuanto verdaderas, no se pueden contradecir entre sí-; *b)* el sistemático – que comprende el conjunto de esas proposiciones como un sistema ordenado y coherente, de modo que cada proposición está en relación lógica y conceptual con todas las demás-; y *c)* el conceptualismo – que conduce a la elaboración de conceptos sobre los predicados jurídicos, lo cual tendría una repercusión inmediata en la ciencia del derecho.¹ Estos elementos, provenientes del iusnaturalismo racionalista, aislados de su concreto contexto teórico, proporcionarían las bases teóricas para la fundamentación del movimiento codificador.

Y con la cristalización del derecho en códigos, la *Escuela de la Exégesis* vendría a poner el último acicate a ese proceso de sumisión del derecho a los dictados de la clase dominante, a través del procedimiento silogístico de la subsunción.² Cerrada la puerta a la interpretación – “*in claris non fit interpretatio*” – , la función del juez quedaba limitada a un procedimiento lógico-deductivo en el que, a partir de una premisa mayor, y mediante el establecimiento de una premisa menor, se habría de llegar a una conclusión. La subsunción es así la otra cara de la codificación. La Escuela de la Exégesis viene a completar de forma acabada el edificio teórico levantado por el movimiento codificador. Los elementos teóricos de la Escuela de la Exégesis son caracterizados por Tarello de la siguiente forma: en primer lugar, la convicción de que el derecho es creado por el legislador, y sólo es derecho aquello que es creado por el legislador; en segundo lugar, la idea de la integridad del derecho positivo, que implica que el código resulta satisfactorio para resolver cualquier posible controversia jurídica; en tercer lugar, una adhesión expresa a la doctrina de la separación de poderes, lo cual implica una separación neta de las funciones judicial y legislativa, de modo que la labor judicial queda limitada a escrutar la voluntad del legislador; y, por último, la concepción de la ley como expresión de la voluntad de los legisladores históricos, que confiere a la labor

¹ Cf. "Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos", en Tarello, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, F.C.E., México, 1995, p. 41-45. Sobre la influencia de Pufendorf en la gestación del derecho moderno puede verse Welzel, H., "El nacimiento del moderno concepto del derecho", en AA.VV., *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 71-78.

² La estrecha interrelación de la Escuela de la Exégesis con el fenómeno de la codificación y su íntima conexión con el positivismo jurídico han sido abordadas por Enrique Marf en "La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad" (en AA. VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 233-294), en la que el autor intenta mostrar el estrecho vínculo existente entre los intereses de las nuevas capas mercantiles y el cuerpo de ideas de la escuela exegética, intento que articula especialmente a través del estudio de la obra de Bentham, uno de los más contumaces adalides del liberalismo utilitarista.

interpretativa un alcance limitado y complementario, consistente en descubrir el sentido previo y acabado de la voluntad de quien legisló.³

Vista la interpretación como algo secundario, y la aplicación del derecho como una tarea mecánica, la razón terminaba así por consumir la irracionalidad de su desvinculación histórica: un derecho neutro y universal que, guiado por la razón, terminaba por convertirse en una pieza más del sistema social, político y económico. La ley natural perdía así su función de soporte de las relaciones sociales para quedar subsumida en una razón dentro de la ley, eventualmente reducida a una cuestión de voluntad subjetiva.⁴ Si el legislador era quien era -esto es, los elementos más conspicuos de la burguesía elegidos mediante un sistema de sufragio censitario- ¿cómo podría admitir la clase dominante que la interpretación y aplicación del derecho pudiera escapar a su control? De este modo, el positivismo del siglo XIX vino a sentar las bases de una nueva concepción del derecho: aquella que precisaba el nuevo orden social y político para confirmar la preeminencia de la clase burguesa.

En el plano jurídico los derechos individuales aparecen ahora ya no sólo como conquistas de la sociedad sino, sobre todo, como límites frente a la sociedad. Como pone de manifiesto Taylor, la noción de derecho subjetivo es la plasmación del principio de respeto igualitario, recogiendo en forma de derechos lo que hasta entonces eran principios morales universales derivados de la ley natural de carácter objetivo. Este cambio tiene consecuencias sustantivas, pues supone un diferente lugar del sujeto con respecto a la afirmación de los principios morales y la consagración de "*un privilegio legal que se percibe como si fuera una cuasiposesión del agente al que se le atribuye*".⁵ De este modo, el individuo aparece en el centro del sistema legal, que ampara así sus inmunidades bajo la forma de derechos subjetivos. El objetivo de un individuo autónomo no es algo ajeno al orden jurídico, sino que se fortalece y consolida sobre la base de las teorías de derechos. Este cambio es una de las claves explicativas de la modernidad: "Hablar de derechos universales, naturales o humanos es vincular el respeto hacia la vida y la integridad humanas con la noción de autonomía. Es considerar a las personas cooperantes activos en el establecimiento e implementación del respeto que les es debido. Y ello expresa un rasgo esencial de la perspectiva moral occidental moderna".⁶

Sin embargo, esta mutación en el papel que corresponde a los sujetos en el ejercicio de los derechos, que quedan por esta vía al alcance del sujeto, abre paso a la posibilidad de radicalizar los propios derechos a partir de la idea de libertad negativa. De este modo, Los derechos individuales en cuanto derechos absolutos quedan condenados a ser constitutivamente negativos, ya que cualquier actuación que vaya más allá de la garantía estricta de los derechos ya consolidados lesionaría los derechos de los demás individuos. Esta visión estática y radicalmente

³ Cf. Tarello, G., op. cit., p. 75-77.

⁴ Fitzpatrick, P., "The Desperate Vacuum: Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment", en Carty, A., Post-Modern Law. Enlightenment, Revolution and the Death of Man, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1990, p.93.

⁵ Cf. Taylor, C., Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna, Paidós, Barcelona, 1996, p. 25.

⁶ Taylor, C., Op. cit., ibidem. Sobre esta cuestión puede verse también el cap. 11 de la segunda parte de la obra citada.

individualista de los derechos se apoya en una concepción fossilizada de la libertad, entendida como libertad jurídica y formal, que excluye toda actuación positiva que transgreda los límites absolutos que los derechos imponen y relega la igualdad al plano formal de las declaraciones de derechos. De esta concepción de los derechos ningún ideal de justicia sustantiva cabe esperar. Su concreción queda supeditada a los intereses privados de los agentes económicos intervinientes en el mercado. La alianza entre el individualismo capitalista y el Estado de Derecho liberal-burgués se traduce así, en el plano jurídico, en una concepción formalista del derecho y de la ley, que desustancializa los componentes axiológicos y acaba por reducir los grandes principios a su dimensión puramente formal. El individualismo capitalista se cumple plenamente en el formalismo jurídico kelseniano con la reducción del individuo a un concepto puro, desprovisto de corporeidad, una categoría abstracta que representa la despersonalización máxima de la persona, cuyo sentido es transferir y disolver la complejidad ontológica del hombre concreto.⁷

Con anterioridad a este proceso, el arrinconamiento del iusnaturalismo por la irrupción del 'paradigma cientificista del derecho' constituyó un hito decisivo en la configuración de ese nuevo orden jurídico. Desprovisto de exigencias axiológicas materiales, el derecho quedó reducido a una cuestión de poder, y el establecimiento de las normas jurídicas concretas, a un reparto del poder social entre aquellos que podían acceder a él. El igualitarismo jurídico quedó plasmado en el reconocimiento puramente formal de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, con lo que este principio quedaba comprometido con la preservación de un orden social y económico que se asentaba sobre el reconocimiento explícito de la desigualdad entre las clases sociales. Y es que, como ha evidenciado Giovanni Tarello, la ideología igualitaria, al quedar plasmada en un puro igualitarismo formal, quedó reducida a un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos, ya que esta igualdad no significó otra cosa que unicidad del sujeto jurídico. Con ello no se abolían las diferencias subjetivas, sino que eran desplazadas a los predicados jurídicos, manteniendo formalmente la igualdad de los sujetos de derecho. Se consumaba así la ficción de un derecho igualitario en concubinato con un orden social y económico infuero: "El código civil se estructuró sobre el sujeto jurídico único, y transportó las diferencias subjetivas predominantemente en aquel predicado jurídico que es la capacidad de actuar, esto es, de producir efectos jurídicos mediante la voluntad: todos son iguales como sujetos, pero algunos no tienen o no tienen sin la ayuda de otro ... la capacidad de actuar. ... El código penal se estructuró sobre el sujeto único ...; las diferencias que persisten -y son muchas- se deslizan en los predicados bajo la forma de atenuantes y agravantes de la acción objetivamente descrita".⁸

Paradójicamente, todo este proceso se estaba llevando a cabo desde la exaltación de un conocimiento objetivo, aséptico y neutral⁹ del derecho, que en

⁷ Carrino, A., "L'io diviso. Formalismo e nichilismo nella crisi della modernità", en Perlingieri, P. (ed.), *Soggetti e norma. Individuo e società*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, p. 60.

⁸ Tarello, G., *op. cit.*, p. 50-51.

⁹ Kelsen representa la formulación más acabada del positivismo formalista y, por ende, el abanderado de la neutralidad de la ciencia del Derecho que, en su Teoría pura, se perfila como un sistema autónomo,

absoluto era nada de lo que proclamaba y que resultaba ser ideológico y comprometido con la preservación de un determinado statu quo, pues como acertadamente denuncia Marí: "La confianza que se deposita ahora en los códigos radica en su posibilidad de actuar como mecanismos de libertad y expansión de los mercados, mecanismos de anulación de los tabús sacramentales y las asociaciones estamentarias o gremiales monopólicas de orden cerrado, mecanismos, en fin, de embarazo y trabas a la reproducción de abusos con resonancias del imperium.

Todo el honor del programa de la nueva codificación se instala en esta línea: lograr por y en las leyes sistematizadas, obtener por y en los códigos, el mayor incremento posible de consensualidad, de libre contratación, y de penalidades y convenios racionales.

Esta línea está conformada por un solo tejido: la Razón. Razón en reemplazo de la autoridad divina que era el referente de legitimación del poder según la concepción descendente (el poder desciende de lo alto a lo bajo), que circuló desde el imperio carolingio hasta la edad moderna.

Razón cartesiana, absoluta, que atraviesa la historia sin que la embarace ningún relativismo. Por el contrario, ella es constitutiva, la que pone las condiciones del pensamiento y la historia. Facultad del hombre, erigida ahora en fuente inmanente y no trascendente de legitimación del poder. Razón continua y evolutiva en la que se inscribirá la idea iluminista del progreso indefinido propia de los enciclopedistas y los hombres del Aufklärung, y razón a la que deberán ajustarse los derechos positivos, legislados, si quieren merecer el carácter de tales, o sea condición de validez. Para este iusnaturalismo racionalista, en efecto, el derecho es un producto de la razón constante ahistórica, porque atraviesa todas las historias. Patrimonio de bases universales (todos los hombres son iguales ante la ley) y racionales".¹⁰

Sin embargo, este proceso supone una ruptura importante con respecto a las aportaciones del pensamiento ilustrado, cuyos antecedentes iusnaturalistas habían conformado los perfiles de las categorías básicas del nuevo sistema jurídico, que ahora, por obra del cientificismo positivista, han quedado desprovistas de su originaria matriz histórica. El advenimiento del positivismo marca así un punto de inflexión en la evolución de los principios y doctrinas jurídicas y en la propia

exclusivamente normativo, que excluye del ámbito de lo jurídico las valoraciones como propias de la ética, de la sociología o de otras ciencias humanas o sociales. Ésta es, sin duda, la gran equivocación del positivismo: ¿cómo puede concebirse el derecho en estado puro, ajeno a los valores, a la sociedad, a sus principios y creencias? El profesor Ollero, al abordar la teoría kelseniana, se plantea la misma pregunta: "Pero ¿es realmente posible que una teoría jurídica sea "neutral"? Kelsen hereda toda la temática weberiana sobre la asepsia valorativa en las ciencias sociales e intenta darle cumplimiento. En las ciencias físicas, la peculiar relación sujeto-objeto parece hacerlo viable; en las "humanas", sin embargo, nos parece que sólo un reduccionismo físico lo posibilitaría: un psicólogo será "neutral" en la medida en que neutralice el objeto de su estudio, que deja de ser el hombre para quedar reducido a una sección parcial del mismo. De actuar así, la teoría pura daría paso a una "ideología" (falsamiento de la "realidad") científico-coartante, disponible como instrumento al servicio de la clase dominante de un orden social liberal. Al examinarse la posible asepsia de la teoría pura es todo el positivismo científico-social el que acaba sentado en el banquillo" (Ollero Tassara, A., ¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 157-158).

¹⁰ Marí, E., "La interpretación de la ley", cit., p.258-259.

conformación de los modelos jurídicos nacionales. A partir de ahí, las garantías jurídicas fundamentales de la tradición democrática occidental son desprovistas de su referente axiológico para constituirse en fines en sí mismas, apoyando con ello el surgimiento de un conjunto de ficciones que darán soporte a la conformación de un sistema jurídico basado en el reconocimiento puramente formal de principios y garantías. De este modo, la radicalización de algunos de los elementos teóricos del iusnaturalismo racionalista -presentes, como ya hemos visto, en las formulaciones de Pufendorf y Leibniz, entre otros- sienta las bases para su sustitución por el paradigma positivista.

La modernidad no se desenvuelve en una única dirección ni puede decirse que constituya un proyecto unidireccional. Y es esta ruptura que el positivismo inaugura con el pensamiento ilustrado anterior -el iusnaturalismo racionalista-, la que marca el inicio de un segundo momento en la gestación del nuevo orden jurídico que prevalece hasta nuestros días. De este modo, la razón metafísica se torna razón matemática, científica, con la llegada del positivismo, con lo que se produce un vaciamiento de las exigencias axiológicas materiales que establecía el iusnaturalismo racionalista. De su mano queda definitivamente configurada la concepción del derecho como sistema, que recibirá su definitiva formulación como ordenamiento jurídico en nuestro siglo, con la publicación de la obra *L'ordinamento giuridico*, de Santi Romano. Y esa ordenación sistemática de lo jurídico, estatal y positivo como el único derecho posible, recaba para sí los principios de plenitud y coherencia, de modo que sus partes integran un todo sin contradicciones internas y capacidad de respuesta ante todos los problemas que precisen una solución normativa, tanto presentes como futuros. El código como bálsamo reparador que todo lo cura. Más allá de él no hay derecho, más allá del derecho sólo hay caos. Es así como el positivismo completa el paroxismo de la abstracta razón ilustrada, despojada, ahora ya, de su impronta iusnaturalista: si la razón todo lo puede, sus principios serán universales, válidos en cualquier circunstancia y lugar. Si el derecho es racional, entonces ¿qué hay que temer? Consagremos el reino del derecho -y la justicia-, olvidándonos de las exigencias axiológicas que deben inspirarlos. Y asegurémonos de que sus normas serán siempre cumplidas, incluso en caso de ignorancia. Poco importa que quienes sufran el rigor de este legalismo extremo puedan o no conocer efectivamente el derecho vigente. Demos, pues, apariencia de racional al derecho, porque así podrá sentirse como racional nuestra dominación.

Con esta forma de entender el derecho y la ordenación social, propios del capitalismo decimonónico y de la ciencia del derecho que daba soporte jurídico al Estado de Derecho liberal-burgués, se daba un paso decisivo en un proceso de inversión de los postulados teóricos del proyecto ilustrado a partir de algunas de sus propias premisas que, radicalizadas, sirvieron para proclamar el dominio absoluto de la razón abstracta y universal, prescindiendo de exigencias y referentes axiológicos materiales, cuyo valor normativo quedaba desterrado del ámbito de lo jurídico. Los desarrollos del proyecto de la modernidad han quedado, pues, determinados por lecturas sesgadas de su alcance emancipatorio; algunas de ellas han servido de fundamento teórico a prácticas históricas de dominación social y política que tuvieron una plasmación en los modos de organización económica del capitalismo

indiscriminado del *laissez faire*. Esta perversión ideológica se sustentó sobre el corolario político de la democracia puramente formal y el sistema jurídico pretendidamente aséptico y neutral que establecía, a partir del reconocimiento formal de derechos para todos y el reparto de poder en el ámbito del goce efectivo de esos mismos derechos; en última instancia, la iniquidad del sistema quedaba amparada por un uso perverso de la seguridad jurídica, como garantía de la aplicación indiscriminada del derecho positivo.

De este modo, se traba en los orígenes de la modernidad, como apunta Carrino, una estrecha relación entre saber y voluntad de poder, a lo cual contribuye de forma decisiva el positivismo jurídico, contribuyendo al debilitamiento de los viejos órdenes cognoscitivos por parte de la ciencia, individualizando en el ordenamiento sistemático de las leyes positivas la forma de manifestación del derecho objetivo. Para ello, el positivismo sentó las bases para una separación neta entre la abstracta "persona jurídica" y el individuo concreto, determinado. A partir de ahora, la libertad en términos jurídicos queda abstraída de toda actividad humana concreta. El positivismo, al contraponer a la personalidad concreta una humanidad abstracta, realiza la tendencia de la modernidad a la homogeneización, a la indiferencia, al dominio de lo abstracto sobre lo concreto, manifestándose así como un proceso de totalización, de modo que a partir del individualismo se llega a lo que Piovani denomina "totalismo", a la alienación de los individuos por la Subjetividad que les trasciende.¹¹

Pero, a pesar de este lastre, hemos de reconocer que el proyecto de la modernidad no fue completamente malogrado, aunque no faltaron precisamente quienes aprovecharon sus elementos teóricos para invertir sus principios y postulados. Frente a la vorágine devoradora del capitalismo desenfrenado y a la instrumentalización teórica del pensamiento ilustrado, prevalecieron importantes innovaciones que fueron felizmente conquistadas para toda la humanidad. El fenómeno jurídico como manifestación de una voluntad política soberana concretada en procedimientos democráticos, la racionalización del derecho a través de los principios de publicidad, de seguridad jurídica o de jerarquía normativa y el imperio de la ley como garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, entre otras, fueron conquistas que afianzaron también el camino de igualdad y libertad que el proyecto de la modernidad prometía para todos. Y en esa amalgama en que teoría y práctica quedaron fundidas, prevaleció también la conquista mayúscula de la modernidad, sesgada, como ya se ha apuntado, por la limitación fáctica de la desigualdad material en el goce de los derechos: los derechos humanos como referente moral de una sociedad democrática y comprometida con los valores del individuo, con su autonomía y su dignidad.

El sistema jurídico erigido por el positivismo se configuró, por tanto, como un derecho a medias liberador y a medias opresor. Su alcance emancipatorio quedó apresado entre los engranajes de la burocracia, del Estado y del propio sistema de producción. La ciencia del derecho prestó un muy eficaz servicio a la

¹¹ Carrino, A., "L'Lo diviso. Formalismo e nichilismo nella crisi della modernità", en Perlingieri, P. (ed.), *Soggetti e norma. Individuo e società*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, p. 49-50.

labor de construir el Estado de Derecho, pero se trató de un Estado limitado desde el principio por las estrictas reglas del liberismo economicista, tan preocupado por el mercado que convirtió en moneda de cambio las propias categorías jurídicas. La evolución posterior marcaría principios de ruptura que abundaron en la virtualización del ideal emancipatorio de la modernidad, y fruto de este cambio de orientación nacerían nuevas generaciones de derechos que vendrían a otorgar una dimensión específicamente material a los tradicionales derechos civiles y políticos. Y es que, como apunta el profesor Pérez Luño: "La teoría liberal-individualista forjó un modelo de sujeto de Derecho de espaldas a la experiencia social. De ahí que el pretendido individuo libre y autónomo que despliega su personalidad en el seno de relaciones intersubjetivas se tradujera, en muchas ocasiones, en una hipóstasis enmascaradora de la paulatina manipulación de las personas por mecanismos de control externo; por ello...los derechos sociales han propiciado una imagen del sujeto de los derechos que responde a una idea real y concreta del hombre, al asumirlo en el conjunto de sus necesidades e intereses".¹²

Los cambios que se operarían con posterioridad es este diseño del paradigma jurídico de la modernidad supondrían innovaciones importantes, especialmente concretadas en los derechos económicos y sociales y en la función promocional del Estado social de Derecho, cuyo compromiso sustantivo con el ideal de autonomía implicaba la efectiva intervención en los procesos sociales y económicos. Sin embargo, las nuevas formas del capitalismo maduro y la creciente complejidad de los procesos sociales y políticos, unidas a los avances científicos, la revolución informática y la propia insuficiencia de la estructura estatal ante procesos de integración que se anuncian irreversibles, entre otros factores reseñables, han contribuido a crear un ambiente de crisis en torno al proyecto de la modernidad y al sistema jurídico abstracto y universal sobre el que éste se asentó; crisis que es preconizada desde distintos sectores del pensamiento y que, abundando en las raíces teóricas de la modernidad, insisten en poner de relieve la insuficiencia, cuando no directamente la inviabilidad, del proyecto moderno y del sistema jurídico que éste vino a propiciar. Esta conciencia de crisis se ha visto particularmente favorecida por el desbordamiento de los modelos tradicionales ante los vertiginosos avances tecnológicos y las mutaciones que éstos han provocado en la dinámica económica, social y política de un mundo cada vez más interdependiente. Todos estos cambios sociales apuntan hacia un cambio de paradigma cultural, cuya irreversibilidad sería consecuencia de la constante mutación de la organización social, como consecuencia de la irrupción de las nuevas tecnologías. En nuestros días, recuerda Barcellona, la contradicción entre derecho y justicia ha alcanzado un nivel inédito e inimaginable que hace aún más dramático el problema de mantener en orden el mundo y de encontrar una relación entre los procedimientos legales y las demandas concretas de equidad expresadas por los distintos estratos sociales que componen la sociedad moderna. Esa contradicción entre derecho y justicia refleja profundamente, intrínsecamente, la contradicción entre técnica y vida, entre la abstracción

¹² Pérez Luño, A. E., "Derechos humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en Pérez Luño, A. E. (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996., p. 43.

autosuficiente de la técnica y la demanda cada vez más angustiosa de sentido respecto a los problemas de la vida y a la relación con el mundo.¹³

En definitiva, la crisis del derecho moderno tiene su origen, como advierte Lars Eriksson, en las tendencias conflictivas que el derecho de la modernidad ha desarrollado en su seno, tendencias que impiden mantener su propia coherencia en cuanto sistema. Y es que, como hemos visto, el paradigma jurídico de la modernidad está atravesado por una controversia entre el formalismo jurídico y la necesidad de establecer unos criterios metapositivos de legitimación de las normas jurídicas. Ese debate afecta a la propia unidad y coherencia del paradigma jurídico moderno e imprime un sesgo claramente diferenciado a la concepción científicista respecto de la originaria matriz ilustrada. En el derecho moderno, apunta este autor, se produce la confrontación entre dos modelos de racionalidad: de un lado, la racionalidad formal, concretada en definitiva por la concepción dogmática tradicional que da cuerpo jurídico al Estado de Derecho liberal-burgués, y que se concreta en el principio de la autonomía privada; de otro, la racionalidad material, incorporada al derecho principalmente por obra de las transformaciones que el Estado social de Derecho opera en el orden jurídico, y que apunta hacia criterios sustantivos de justicia a través del principio de intervención estatal. El derecho moderno está escindido por principios integradores conflictivos. El orden jurídico debe pues unificar esos principios que pertenecen a distintas etapas del desarrollo de las sociedades capitalistas. Como puede verse, estas tendencias conflictivas del derecho moderno apuntan hacia dos direcciones del derecho de la modernidad: la de una justicia firmemente anclada en el derecho positivo, según la concepción científicista del derecho, y la de una justicia dinámica y sustantiva, determinada en la evolución social mediante cauces democráticos, a la cual debe supeditarse el derecho positivo. A la vista de lo anterior, parece llegado el momento de preguntarse cómo el gran cambio de nuestro tiempo está afectando a un derecho cada vez más implicado en un mundo vertiginoso y tornadizo. Las nuevas realidades sociales, la transformación continúa de nuestro mundo, nos abocan a la pregunta sobre la vigencia y utilidad de los viejos conceptos y categorías jurídicas. Si realmente estamos ante una auténtica "mutación antropológica" hemos de preguntarnos cómo este cuestionamiento general de la modernidad y la propia evolución de los fenómenos sociales debe afectar al paradigma jurídico de la modernidad. ¿Está realmente agotado o continúa estando vigente? ¿En qué sentido podemos concluir que lo está? ¿Acaso sólo necesita ser reformulado?

2. El Derecho en la Sociedad del Riesgo

El derecho de la modernidad está siendo desbordado por los propios nexos funcionales del sistema capitalista. El individualismo de nuestra época conduce al debilitamiento y, finalmente, a la desaparición de la subjetividad. El individualismo propietario constituye, como ha mostrado Barcellona, el precedente

¹³ Barcellona, P., "Il giuridico nella costituzione del moderno", en AA.VV., *Sulla Modernità*, Franco Angeli, Milano, 1986, p. 74-76.

lógico y cronológico de la desaparición del sujeto, de la desaparición del hombre y del valor de la persona en virtud de su traducibilidad en la lógica cuantitativa del cálculo económico, de su reducción a un apéndice del valor de cambio, un apéndice de la propia mercancía, desde el momento en que la propiedad se transforma, a través del mercado, en criterio exclusivo de organización de las relaciones humanas. El origen de este debilitamiento del sujeto está en tres ideas fundamentales del individualismo propietario: a) la idea de la propiedad libre, la construcción del concepto moderno de propiedad como propiedad que se separa de la persona y que se constituye en res, objeto de intercambio; b) la disponibilidad del propio trabajo, que se concreta en la libertad jurídica de alienar la propia vida, mediante el trabajo dependiente. De este modo la libertad como verdadera atribución del ordenamiento cumple el papel de hacer simultáneamente a la persona sujeto del poder de disponer y objeto del acto de disposición; y c) la reificación del hombre a través de este doble rol como sujeto y objeto del contrato de trabajo, que consiente ceder como “cosa” su propia energía sin alienarse formalmente a sí mismo como hombre. Se llega así al individualismo de nuestros días en el que el proceso de economización de la vida se cumple en plenitud a través de la transformación de la propiedad como mero consumo. El sistema deviene propiedad cuyo fin es el consumo, de suerte que la producción ilimitada alimenta una espiral de consumo que refuerza la expansión del aparato productivo y relega la individualidad a mera elección del objeto a consumir. Lo que identifica al hombre es su consumo: éste dato cuantitativo hace del hombre una esencia sin atributos que encuentra su expresión más completa en el individualismo despersonalizado y cosificado de la trivialización que anuncia la desaparición del sujeto.¹⁴

Es así como el individualismo propietario conduce al individualismo de masas de la sociedad actual en el cual aparecen ya en estado embrionario las bases de la diferenciación funcional del actual ordenamiento sistémico. Las tesis de Barcellona conectan así el individualismo propietario del capitalismo clásico con el individualismo de la descomposición del sujeto: la exaltación del individuo es un proceso que culmina con la reducción de la libertad a mera contingencia. Ese es el sentido del pensiero debole de Vattimo y de la Systemtheorie de Luhmann. Por obra de los nexos funcionales del sistema, el individuo ha quedado reducido a conjunto de roles y de funciones con las cuales el individuo puede entrar alternativamente en relación. Junto a ello, el pensiero debole supone la consumación del proceso de relativización de los valores que es inherente a la modernidad: nada de absolutos ni de centros que nos permitan una perspectiva de la realidad. Ya es imposible la referencia a un centro unificante que nos permita observar la realidad desde un punto de vista: la exaltación del sujeto conlleva su fragmentación. La plenitud de la sociedad moderna supone el abandono de las visiones fundadas sobre concepciones cosmológicas del mundo y la aceptación definitiva de una visión descentrada y pluralista.¹⁵ Con ello, apunta Carrino, la desaparición del sujeto individual implica el fin del sujeto trascendental, es decir, de aquella filosofía de la representación que estructura el tiempo histórico moderno. El individuo como ente “pensado”, que en la

¹⁴ Cf. Barcellona, P., “Neo-individualismo e condizione moderna”, cit., p. 40-41.

¹⁵ Cf. Barcellona, P., “Neo-individualismo e condizione moderna”, cit., p. 34-36.

modernidad sustituye al individuo como ente real e inefable, se disuelve finalmente en el impacto con la lógica sistémica impuesta por el discurso científico. La muerte del hombre aparece ahora como el triunfo de lo abstracto sobre lo concreto, de lo serial sobre lo orgánico. Lo moderno conduce así al nihilismo como un proceso que tiene su génesis en la escisión del individuo entre "yo" y "comunidad", concibiendo a ésta última como algo distinto y opuesto al "yo", olvidando que existir es coexistir. El individualismo se muestra con ello como una forma parcial y agotada que desemboca en la división del "yo", la unidimensionalidad del hombre moderno. La teoría de la postmodernidad muestra cómo el fin de la filosofía de la representación coincide con la emergencia de los sujetos "débiles", sujetos "lúdico-consumidores", en el nuevo tiempo del juego y del consumo por el juego y por el consumo.¹⁶ Y en este contexto, como apunta Barcellona, el derecho viene a jugar un papel decisivo como recurso para la unificación, salvando así la descomposición atomista de un individuo escindido. Frente a la disgregación de los vínculos y el politeísmo de los valores, el derecho viene a realizar la unificación de una sociedad atomizada, de modo que la sociedad de individuos independientes resulta compatible, por obra del derecho, con la unificación de los átomos que impide que el individualismo se resuelva en el desorden y el conflicto permanente.¹⁷

Frente a ello, Barcellona reclama, como actitud personal frente al individualismo, una deconstrucción del sujeto único, entendida como desarme unilateral, como renuncia a desarrollar la propia voluntad de poder y de sometimiento del hombre por el hombre. Para que esta propuesta se materialice es necesario un nuevo modelo de socialidad construido estructuralmente en una relación entre el yo y el otro, como un espacio de reciprocidad no mediado y ordenado por "normas". Este descubrimiento de la sociabilidad estructural proyecta al individuo en su dimensión social posibilitando una redefinición del espacio común a través de la reciprocidad, en cuanto lugar y espacio del bien común ajeno y sustraído a los intereses particulares y abierto a la intersubjetividad de la formación del individuo libre y autónomo.

¹⁶ Carrino, A., "L'lo diviso. Formalismo e nichilismo nella crisi della modernità", cit., p. 67; del mismo autor, Cf. "Ambiguità del 'Post-moderno'", en D'Agostino, F., *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 186. La exaltación incondicionada del sujeto conduce así a su desaparición, como ha apuntado Bruno Romano. El sujeto que deja de ser por referencia a sí mismo y a la orientación de su vida se desvanece, y es reemplazado por la conciencia del devenir (Cf. Romano, B., "Relazione e diritto nel postmoderno. una discussione iniziale", en D'Agostino, F., *L'indirizzo fenomenologico e strutturale nella filosofia del diritto italiana più recente*, cit., p. 39-51).

¹⁷ Barcellona, P., "Il giuridico nella costituzione del moderno", en AA.VV., *Sulla Modernità*, Franco Angeli, Milano, 1986, p. 72. La hipótesis de Barcellona en este trabajo es que lo jurídico como regla del juego es una connotación específica de la modernidad y que la sociedad moderna se constituye justamente en virtud de esta concepción de la norma como sociedad jurídica. Por tanto, la autonomización de lo jurídico y su configuración como técnica de control social se colocan en una coyuntura determinada del proceso histórico. El surgimiento de lo jurídico con los trazos específicos del derecho moderno, abstracto y general coincide con una etapa fundamental de la constitución del individualismo y de la libertad individual, en la cual llega a su cumplimiento y al mismo tiempo sufre una alteración decisiva el pensamiento griego de la cosa como ente que viene de la nada y va a la nada, la idea griega de la libertad como oscilación entre el ser y la nada (Cf. op. cit., p. 83).

La pérdida de credibilidad y decadencia de los grandes relatos en la cultura postmoderna, ya sea como relato especulativo o de emancipación, puede considerarse, en opinión de Lyotard, bien un efecto de la explosión tecnológica que sigue a la Segunda Guerra Mundial y que ha puesto el acento sobre los medios de la acción más que sobre sus fines; o bien como el retorno de las prácticas económicas y políticas propias del capitalismo liberal que ha vuelto a la acción desplazando al keynesismo y, con él, al Estado social. Consecuencia de ello es la eliminación de la alternativa comunista y la revalorización del disfrute individual de bienes y servicios.¹⁸

La crisis del saber científico, indica Lyotard, se manifiesta ya desde finales del siglo XIX, y no proviene de la proliferación fortuita de las ciencias, efecto ésta del progreso de las técnicas y de la proliferación del capitalismo, sino que procede de la erosión interna del principio de legitimidad del saber.¹⁹ Y las ciencias sociales, y con ellas, el derecho, quedan redefinidas en el marco de este nuevo paradigma epistemológico: de la unidad a la disolución, de los principios a las hipótesis, de lo universal a lo particular; en definitiva, nada puede haber de estable, de universal y de permanente en un conocimiento que transmuta continuamente su propia condición y en el que todo termina por ser provisional, cambiante y relativo. Qué duda cabe que todo esto hace del derecho un subsistema del saber, donde la verdad no existe ni tampoco la certidumbre de la convención y el consenso. ¿Qué queda entonces? La libertad, una libertad redefinida en términos de ausencia de vínculos, ahora sí malograda por el rechazo patológico a la obligación y al "dogma", lo único que define al sujeto como ser social es su inextricable unión a los circuitos de lenguaje, circuitos que definen su pertenencia y sus vinculaciones; en suma, "la 'atomización' de lo social en redes flexibles de juegos de lenguaje".²⁰

Por otro lado, el esquema explicativo del fenómeno jurídico que sigue Foucault muestra su carácter parcial – como ha mostrado Serrano- al centrarse de manera exclusiva en la función represiva del derecho, ignorando las demás funciones de la normatividad jurídica. La ley queda enfrentada, así, en términos de comparación, con las normas disciplinarias, y su contenido es fundamentalmente penal. En opinión de Serrano esta caracterización de la norma jurídica implica, en el fondo, su configuración como "un tipo grosero de normatividad" que sirve al propósito de mostrar de una vez por todas las consecuencias vertebradoras de las relaciones de poder en la sociedad.²¹

En efecto, el desarrollo de Foucault apunta hacia la incapacidad de la modernidad para proporcionar un nuevo enfoque del saber y, con él, del derecho. Desde sus orígenes, la modernidad nació trabada con la idea de poder y con una determinada organización social y política que determinó las propias circunstancias

¹⁸ Cf. Lyotard, J. F., *La condición postmoderna. Informe sobre el saber*. Cátedra, Madrid, 1986, p. 73.

¹⁹ Cf. Lyotard, J. F., *op. cit.*, p. 75.

²⁰ Lyotard, J. F., *op. cit.*, p. 39. Más adelante Lyotard añade: "En esta diseminación de los juegos de lenguaje, el que parece disolverse es el propio sujeto social. El lazo social es lingüístico, pero no está hecho de una única fibra. Es un cañamazo donde se entrecruzan al menos dos tipos, en realidad un número indeterminado, de juegos de lenguaje que obedecen a reglas diferentes" (Lyotard, J. F., *La condición postmoderna, cit.*, p. 77).

²¹ Cf. Serrano González, A., *Michel Foucault. Sujeto, derecho, poder*, P.U.Z., Zaragoza, 1987, p. 146-147.

del conocimiento y al propio sujeto de conocimiento. Y las ciencias que se desarrollarían, bajo la apariencia de la racionalidad occidental, resultaron ser realmente el soporte teórico que fundamentó la preservación de ese poder que había determinado su nacimiento. Más allá del poder no hay ningún fenómeno que pueda explicar la evolución del saber y la propia organización de nuestras sociedades en estos dos últimos siglos. El papel que Foucault reserva al derecho en todo este proceso es el de constitución de la verdad y de los ámbitos del saber: sus procedimientos, sus formas de investigación y de indagación proporcionaron el ítem lógico para la investigación en el campo de las ciencias físicas. La verdad quedó así constituida como verdad oficial desde el derecho y todo cuanto podía conocerse era cognoscible en función de las circunstancias determinantes de la producción y del reparto de los bienes en la sociedad. La verdad fue, entonces, apropiada por los que tenían el poder y la riqueza, de modo que ningún poder pudo sustentarse sin este monopolio de la verdad. Paralelamente, el derecho fue convertido en mecanismo de vigilancia y control y, con él, creció todo un saber destinado a la vigilancia y control de los individuos en sociedad. La sociedad disciplinaria tendió así una red de instituciones orientadas a fijar a los individuos al sistema productivo y a la superación de los obstáculos a la producción del sistema capitalista. Así, se aseguraba la asimilación psicológica de los dictados de ese nuevo orden por parte de los individuos menos favorecidos de la sociedad. Una sociedad donde todo se orientaba a la disciplina, y la propia disciplina, capilarizada microfísicamente por todos los resquicios de la sociedad, convertida en resorte del poder económico, político y social, daba forma a un saber cuyo último fundamento era la preservación de los mecanismos de disciplina de la sociedad.

A esta función disciplinaria se subordina el derecho como elemento vertebrador de las relaciones de poder en la sociedad, y el saber jurídico, consecuentemente, es un saber dominado por el propio poder al cual sirve. La relación saber/poder es tan estrecha que los propios criterios de verdad quedan ligados a los verdaderos efectos políticos del poder y al papel económico-político que juegan, de modo que el poder determina un régimen de la verdad que se relaciona circularmente con la producción y reproducción de los sistemas de poder.²² Esa función disciplinaria del derecho se articula con la teoría jurídico-política de la soberanía, que funciona como ideología y principio organizador de los grandes códigos jurídicos. La teoría de la soberanía queda vinculada así a un nuevo tipo de poder, el poder disciplinario, que es la gran invención de la sociedad capitalista y del nuevo sistema de producción y distribución de los bienes. La teoría de la soberanía, inicialmente ligada a una forma de poder incompatible con la sociedad burguesa, sirve al propósito de la nueva clase dominante en la construcción de la sociedad

²² Cf. Foucault, M., *Microfísica del Poder*, cit., p. 188-189. Ese es el sentido de la alusión de Foucault al panóptico, pues como recuerda Barron, el panoptismo era una invención tecnológica en el orden del poder, un recurso para la vigilancia permanente, un instrumento para la generación de conocimiento, en suma, un aparato de saber/poder susceptible de una adaptación sin fin al estudio y control de las actividades humanas (Cf. Barron, A., "Legal Discourse and the Colonisation of the Self in the Modern State", en Carty, A. (ed.), *Postmodern Law. Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, cit., p. 114 e ss.).

disciplinaria. Con ello, la teoría de la soberanía, al preservar todo su edificio jurídico y convertirse en principio inspirador de los códigos de ámbito estatal, permite que el nuevo derecho ejerza, en opinión de Foucault, una función de ocultación de las técnicas de dominación, presentándose como la garantía de los derechos soberanos de los individuos. De este modo, el principio de soberanía y la mecánica de la disciplina se constituyen así en los límites del ejercicio del poder en las sociedades contemporáneas. La ruptura con este derecho formal y burgués pasa por la superación de este viejo principio como elemento vertebrador de un derecho sistemático, formal y ordenado. La lucha contra el poder en la sociedad disciplinaria requiere un tránsito hacia un nuevo derecho antidisciplinario y liberado del principio de soberanía.²³

Esta reacción contramoderna, abanderada por los filósofos de la postmodernidad, ataca desde sus cimientos a la razón, como posibilidad teórica de abstraer y universalizar, estableciendo, en el ámbito jurídico-político, principios generales de convivencia y organización. Aquí podríamos invocar a Erhard Denninger quien no duda en aseverar que esta reacción contra el proyecto de la modernidad puede caracterizarse como una “crisis generalizada de la razón”, incluso podría hablarse sencillamente del “final de la razón en general”. Esta es el elemento principal en base al cual se puede justificar la separación entre el derecho de la época de las luces y la Revolución francesa y el actual derecho postmoderno. Lo que caracteriza, pues, a este nuevo derecho es, más que la desaparición de la razón teórica, el declive de la razón práctica como elemento constitutivo del saber y del hacer humanos que posibilita alcanzar compromisos universales. La pérdida de esta orientación capital de la modernidad tiene su causa en el crecimiento de los niveles de inseguridad en las sociedades contemporáneas, que afecta al desarrollo del saber científico, provocado fundamentalmente por tres circunstancias, que expone el profesor de Frankfurt:

a) La primera de ellas es el creciente nivel de riesgo en el manejo de los medios técnicos que los avances científicos han proporcionado; nivel de riesgo que provoca inseguridad. No se conocen bien las consecuencias de nuestros propios actos en el manejo de las tecnologías y existe una sensación general de desprotección ante eventuales catástrofes tecnológicas. Hemos creado una tecnología altamente sofisticada que a veces no somos capaces de dominar, lo cual genera inseguridad. Esto nos conduce necesariamente a lo que Beck ha denominado sociedad del riesgo que supone la obsolescencia de la sociedad industrial. Se trata de una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, económicos, políticos e individuales escapan de forma creciente al control de las instituciones y de las estructuras. Paulatinamente, los peligros de la sociedad comienzan a dominar los debates y conflictos públicos y privados. Como consecuencia de ello son las instituciones las que sufren una crisis profunda de legitimación al convertirse en productoras de amenazas que no pueden controlar. La modernización genera así una tendencia incontrolable que conduce a una nueva situación: la de la obsolescencia de la sociedad industrial para controlar y someter

²³ Cf. Foucault, M., *Microfísica del Poder*, cit., p. 148-152.

las tendencias que ella misma ha creado. De este modo, el concepto de sociedad del riesgo plantea una transformación en tres áreas: a) la relación de nuestra sociedad con los recursos de la naturaleza y de la cultura, que están siendo dilapidados bajo el torbellino de la razón instrumental; b) los paradigmas sociales de seguridad, que están siendo desbordados por la dinámica de un riesgo que no puede ser neutralizado; c) el agotamiento de los referentes significativos de los grupos sociales que han estructurado nuestra sociedad (p.e., conciencia de clase, fe en el progreso etc), cuyo derrumbamiento genera indefinición y anomia.²⁴

b) La segunda circunstancia está constituida por lo que Denninger llama “explosión de ignorancia”, que constituye una de las características constitutivas del saber posmoderno, y cuyas consecuencias afectan a la estructura del Estado de Derecho y a la función del “Derecho regulador”. La ampliación de los horizontes de conocimiento en el campo del saber científico implica paralelamente la ampliación del horizonte de desconocimiento, en la medida en que, cuanto más se sabe, más consciente se es de lo mucho que resta aún por saber. Las incertidumbres amenazan incluso la estabilidad del conocimiento pretendidamente seguro; y esta paradoja afecta no sólo a zonas marginales de la ciencia sino que repercute sobre ámbitos de relevancia técnica inmediata (por ejemplo, ¿cuáles serán las consecuencias a medio plazo de los cambios climáticos o del agujero de la capa de ozono?; ¿volverá a repetirse en algún otro rincón del planeta una catástrofe como la de Chernobyl?; ¿qué riesgos implican para el futuro de la humanidad los nuevos avances en genética?).

Las consecuencias de este fenómeno se miden en términos de “crisis del Estado de Derecho”, en la medida en que los medios de aplicación e interpretación del derecho tradicionales se revelan inútiles. Como ejemplo de ello, Denninger cita una sentencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Kassel, en la que, al considerarse la necesidad de obtener licencia para unas instalaciones experimentales de manipulación genética, el Tribunal decide dejar a un lado los mecanismos tradicionales de argumentación propios del Estado de Derecho. En vez de recurrir a la teoría de la norma general exclusiva, en virtud de la cual al no estar expresamente prohibida dicha actividad debe entenderse permitida, además de tener en cuenta que dicha conclusión se deduce de la aplicación de ciertas libertades constitucionales (como las de ejercer oficio y actividad económica); el juez se transforma en legislador estableciendo un “programa de seguridad preventivo” y, en virtud de ello, prohíbe la actividad, invirtiendo la relación prohibido-permitido, de la siguiente forma: “Puesto que la puesta en práctica de este tipo de actividades no está expresamente permitida, sino condicionada a severos controles, debe estar en principio prohibida en función de sus imprevisibles riesgos”. Y al hacer esto el juez crea un amplio margen de inseguridad, ya que el ciudadano se vería abocado a la

²⁴ Beck, U., “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en Beck, U., Giddens, A. y Lash, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza, Madrid, 1997, p. 18-20.

incertidumbre a la hora de someter a la consideración de los tribunales la evaluación de cualquier actividad de tipo técnico.²⁵

Si no puede determinarse con exactitud el causante de un daño, si tampoco puede delimitarse el hecho jurídico como consecuencia del cual nace la responsabilidad, ¿de qué sirve entonces el “derecho regulador”? Se desdibujan entonces los límites aparentemente claros entre lo prohibido y lo permitido. Al difuminarse el límite entre seguridad y previsibilidad del derecho y, con él, la libertad y responsabilidad del ciudadano, cambiaría igualmente la seguridad precaria, preventiva, manipulable y contextual en relación a determinados bienes jurídicos. Y con ello, “la relación entre la generalidad de la Ley, entre el sujeto responsable de sus actos... y la superación técnico-racional del mundo, dicha relación todavía brillaría un último segundo con todo su esplendor, justo en el momento de su desaparición”.²⁶

c) la última circunstancia afecta a la relación saber-poder, que se ha visto considerablemente redimensionada por la creciente influencia de los avances científico-técnicos en la concreción de estructuras de poder en la sociedad. En consecuencia, se puede detectar una creciente implicación de las estructuras de poder y del desarrollo científico, lo cual tiene una dimensión cotidiana: la desintegración de los modelos tradicionales de identidades colectivas como el Estado nacional, la clase social, la creencia religiosa o el partido político. Como consecuencia de esta redefinición de la relación saber-poder hay categorías básicas del pensamiento jurídico-político que precisan ser repensadas.²⁷

3. Nuevas Perspectivas para un Derecho en Mutación

No podemos seguir ignorando que tenemos una mutación importante ante nosotros, una mutación que exige un cambio de perspectivas y de instrumentos para pensar el modelo de sociedad y de derecho que queremos para el futuro. Y realmente esta mutación afecta al saber de nuestro tiempo, como pone de manifiesto Denninger. Ya no nos sirven muchas de las categorías tradicionales que conforman el Estado de Derecho y el sistema jurídico al que dio a luz la modernidad. Sus conceptos precisan ser reformulados. La imaginación del jurista y del teórico del derecho tiene que realizar esfuerzos creativos si no queremos quedarnos anclados en un saber que está comenzando a dejar de ser útil para explicar y resolver los grandes problemas a los que nos enfrentamos; problemas a escala planetaria cuya dimensión

²⁵ Cf. Denninger, E., “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho posmoderno”, en Pérez Luño, A. E. (coord.), *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 64-65. La situación a la que alude Denninger es planteada también por Luis Alberto Warat al referirse a la inflación informativa de nuestro tiempo, que provoca que los grandes principios pierdan consistencia y valor: “El Derecho parece estar también afectado por la metástasis informativa de la transmodernidad. Temas que hacen a la solidaridad, a la democracia, a los Derechos Humanos, la ciudadanía, la censura, o al ejercicio de los Derechos, son alterados por una sobredosis de información que les hacen perder consistencia, casi como si no existieran” (Warat, L. A., *¿Por quién cantan las sirenas? Informe sobre eco-ciudadanía, género y derecho -incidencias del barroco en el pensamiento jurídico-*, UFSC, Santa Catarina, 1996, p. 157).

²⁶ Denninger, E., op. cit., p. 65.

²⁷ Cf. Denninger, E., op. cit., p. 61-66.

temporal rebasa los confines del presente; los nuevos problemas que el derecho ha de afrontar hablan de espacios sin fronteras, casi podríamos decir sin horizontes, y de tiempos que están por venir. Ya no son problemas de nuestra sociedad, de nuestro país o de nuestra generación, las más acuciantes demandas a las que el derecho habrá de ir dando respuesta tienen con frecuencia un alcance geográfico mundial y afectan no sólo a nuestra generación sino a las generaciones venideras. Si el derecho de la modernidad incorporó la dimensión de progreso en la contemplación del presente, desde una perspectiva de optimismo antropológico; nosotros, si queremos preservar ese optimismo, deberemos incorporar la dimensión global de los problemas en la contemplación del futuro.

Es por ello que el derecho no puede ya estar por más tiempo desvinculado de un mundo complejo, ajeno a una realidad compleja, donde todo está profundamente conectado y en continua mutación. Frente al reduccionismo normativista kelseniano y a las concepciones sistémicas del derecho, los juristas tenemos que elaborar un pensamiento complejo que nos permita entender que el derecho se tornó en una realidad multidimensional, atravesada por la política, la ética y la economía. Es necesario incorporar, en nuestro análisis del derecho, un "plus" altamente complejo de ética, de estética y de justicia que amplíe los horizontes de la autonomía. Ese "plus" incorpora un nuevo concepto de relación intersubjetiva, con implicaciones éticas, políticas y jurídicas que Warat denomina "eco-ciudadanía".²⁸ Para asumir esta nueva visión del derecho apoyada en nuevas categorías es preciso huir de las formas canónicas, de las verdades dogmatizadas. Es necesario romper con el escolasticismo de las formas e incorporar una nueva forma de hacer filosofía del derecho, desde la óptica de la subjetividad y sus transformaciones, interesada en anticipar el futuro, en trabajar las señales de lo nuevo, transgrediendo las fronteras de lo normativo para abordar los grandes problemas de lo que está por venir.

Y es que el exceso de razón conduce a la irracionalidad. Esa es la principal dolencia del derecho moderno, que quedó atravesado por racionalidades escindidas y opuestas. Exceso de razón que toma cuerpo a partir de la inversión de ciertos elementos del iusnaturalismo racionalista por obra del positivismo y de la dogmática del siglo XIX, que tienden a la progresiva supresión de los criterios

²⁸ "En términos de filosofía del Derecho ya no es suficiente preocuparse por las normas desde ángulos sistémicos: denunciar el dogmatismo jurídico por sus presupuestos mágicos o tratar de explicar semiológicamente los mecanismos de interpretación de la ley. Tampoco es suficiente ver al Derecho como expresión del Estado. Hay un "plus" ignorado en todos estos intentos que es necesario desmenuzar. Un "plus" altamente complejo. Una exigencia de ética, de justicia y de estética que no pueden ser simplemente reducidos a la instancia instituida del Derecho. Hay un "plus" de ética, de justicia y de estética que tienen que ser referidos a los (no)lugares a los que están siendo condenados lo social, lo político y lo subjetivo en el fin del milenio. Los (no)lugares que la "eco-ciudadanía" tiene que tratar de problematizar en términos de deseo de autonomía (de los hombres entre sí y consigo mismos). La "eco-ciudadanía" conceptualizada desde el deseo de autonomía. Los (no)lugares pensados desde una fantasía de esperanza

La filosofía del Derecho tiene que pasar a ocuparse de ese "plus" (que yo llamo de "eco-ciudadanía"). El Derecho pensado sin pensar en las normas de un modo reduccionista. El Derecho pensado como fantasía de la esperanza: un saber que estimule la creación de nuevos vínculos y valores" (Warat, L. A., ¿Por quién cantan las sirenas?, cit., p. 136-137).

sustantivos de legitimación de la normatividad jurídica. A este proceso se ha referido el profesor Pérez Luño al atribuir un papel decisivo al positivismo jurídico formalista en la conformación de la idea del Estado de Derecho, de modo que el Estado dejará de estar limitado por la razón para pasar a estar limitado por el derecho positivo: "El positivismo formalista se convierte, de este modo, en la teoría jurídico-política de la burguesía liberal, eliminando progresivamente del concepto del Estado de Derecho las exigencias de contenido iusnaturalista".¹

Desprovista de referentes materiales, la razón procedimental queda, encubierta por una profunda maraña de ficciones jurídicas, a su albedrío. Este es el tenor de las aportaciones de Ernst Cassirer, de Giovanni Tarello y de Enrique Marí que hemos tratado y que insisten en que los principales elementos de esta concepción sistemática del derecho están presentes en el iusnaturalismo racionalista. Tarello lo dice expresamente al recordar que el movimiento codificador es fruto de la convergencia de distintas ideologías jurídicas entre las que destacan las de Pufendorf y Leibniz; sólo que, ahora, desprovistas de su originaria matriz histórica, que es la tradición iusnaturalista. Sin este referente, la ciencia jurídica y el propio paradigma jurídico de la modernidad quedan al arbitrio de los intereses sociales emergentes, bajo una apariencia de neutralidad que encubre la conquista de la normatividad jurídica en beneficio de intereses de clase. El igualitarismo jurídico, como recuerda Tarello, sirve así como expediente uniformizador del sujeto jurídico, pero las diferencias se desplazan subrepticamente de los sujetos a los predicados jurídicos. Con ello, el sistema se consolida y se da un paso decisivo en la concentración del poder en manos del Estado que, a su vez, es regido por la burguesía, en tanto que las diferencias subjetivas desaparecen, escondidas bajo un manto de igualdad formal, y se refugian en los predicados jurídicos. El igualitarismo jurídico opera, así, como técnica de simplificación de la nueva concepción sistemática del derecho.

Si el positivismo decimonónico dio pasos decisivos en la construcción de un sistema jurídico ordenado y coherente, también es cierto que esa reforma se hizo a costa de prescindir de los referentes axiológicos materiales que habían sido excluidos del ámbito de la juridicidad, con lo que las garantías que el nuevo orden jurídico proclamaba actuaban más de cobertura ideológica del sistema económico y de la organización socio-política, que de categorías jurídicas accionables para todos los ciudadanos; con ello, el nuevo orden jurídico parecía proporcionar el soporte legal necesario para la preservación de un sistema inícuo, asentado sobre la explotación de los menos favorecidos y la preservación de los intereses de clase. Este proceso de inversión de los principios y postulados del legado de la modernidad fue realizado desde la modernidad misma, radicalizando algunas de sus premisas que, llevadas al extremo, supusieron la consagración del mito de la racionalidad como el nuevo "totem" del Estado de Derecho. Con ello se consumaba un proceso que sepultaba a la modernidad desde la modernidad misma y que tuvo su plasmación en distintos ámbitos: a) en lo político -con la inversión de los postulados del liberalismo clásico por obra de las nuevas doctrinas liberistas-; b) en lo económico -con el triunfo de las doctrinas económicas fisiócratas y librecambistas que propugnaban el darwinismo social-; y c) en lo jurídico -con la ocultación de la razón

a través de los propios mitos que la razón había contribuido a crear. De este modo, el derecho se perfilaba como el nuevo vertebrador de la sociedad -de la política y de la economía- y, a través de su apariencia racional, elevaba a la condición de mitos los principios que la propia razón había creado y que se orientaban a la ordenación racional y justa de la sociedad.

Esa concepción reduccionista del derecho reduce la normatividad al sistema y termina por eludir los grandes temas que el derecho como fenómeno social complejo tiene planteados en este final de siglo: las cuestiones de género, el futuro de la especie, los problemas ecológicos.

En definitiva, parece claro que estamos ante una crisis de una concepción del derecho que muestra alarmantes síntomas de agotamiento: la concepción juricista que emerge a partir del positivismo y que reduce los procesos de racionalización al ámbito estricto del derecho positivo. Lo que está en crisis, por tanto, es esa concepción alicorta del derecho que terminó por reducir la juridicidad a una razón matemática y procedimental, que asimilaba lo normativo a lo legal y el derecho al Estado, marginando del ámbito de la juridicidad los fenómenos sociales y los parámetros axiológicos que debían inspirarla.

Ese parece ser el sentido casi unánime de la crítica al derecho moderno: la necesidad de recuperar criterios de justicia sustantiva que contrarresten los excesos del legalismo positivista que ha terminado por suprimir toda exigencia de humanidad de sus contenidos normativos. La lectura de estas aportaciones no puede servir sino para repensar cuál es el horizonte del derecho en el umbral de un nuevo milenio y no para huir desde el exceso de una racionalidad descontextualizada y ahistórica hacia el irracionalismo. Se trata de injertar, por tanto, en nuestra concepción del derecho, criterios sustantivos que permitan compatibilizar razón y diferencia, no oponiendo al sistema el caos, sino ofreciendo la alternativa de una razón contextualizada que, consciente de su propia limitación histórica, asuma que la diferencia es un rasgo constitutivo de la condición humana.

Cómo llamemos a esta superación del viejo patrón científicista (postmodernidad, transmodernidad o, simplemente, reconstrucción de la modernidad) es seguramente una cuestión sobre la que tardaremos en llegar a un acuerdo, pero sí parece claro que ésta sólo puede realizarse a través del entronque con criterios de justicia sustantiva. ¿Es ésto iusnaturalismo? Tampoco podremos ponernos de acuerdo sobre esta cuestión, porque sería tanto como reconocer que las propias posiciones teóricas deben ser corregidas. Para mí sí que lo es: se trata de un iusnaturalismo crítico y antidogmático que permite establecer una unidad en la diferencia, desde la recuperación de una razón práctica que posibilite alcanzar compromisos de convivencia, una forma frágil de razón que no rehuya su propio aliento metanarrativo pero que no que reniegue de su particular condición histórica.

En suma, precisamos de nuevas categorías que nos permitan pensar lo jurídico anticipando los signos de lo nuevo, pues como recuerda Vittorio Frosini: "La nueva dimensión abierta a la vida social y a la política nacional e internacional, la misma perspectiva en la que hoy se coloca el desarrollo de la humanidad hacia la meta del año dos mil, aportan los signos distintivos de una radical transformación de la vida humana en todo el planeta. Estos signos componen el nuevo semblante de

nuestra época e imprimen, por tanto, un nuevo carácter a la vida social, hasta el punto de que se puede hablar de una mutación antropológica".²⁹ La crisis generalizada de la razón, a la que se refiere Denninger como rasgo principal del derecho postmoderno, debe resolverse con la recuperación de la razón práctica y la reformulación de las viejas categorías del pensamiento jurídico-político. El crecimiento de los niveles de inseguridad conlleva una crisis del modelo jurídico de la modernidad que sólo puede ser salvada desde un esfuerzo teórico de imaginación y creatividad de los juristas de nuestro tiempo.³⁰ Los problemas de hoy no pueden ser afrontados con un saber de ayer, con categorías jurídicas que demuestran su insuficiencia para dar respuesta a cuestiones que exceden a las anquilosadas estructuras estatales, problemas que tienen un alcance geográfico mundial y que afectan no sólo a nuestra generación sino a todo el género humano. Comenzamos a sentir que hay problemas que nos acucian, a los cuales no podemos dar respuesta con las categorías jurídico-políticas de las que disponemos. Se trata del ámbito ecológico, de la protección internacional de los derechos humanos, de los problemas de la paz y la solidaridad ante el paro y la marginación, junto a la necesidad de un nuevo orden económico internacional, problemas de continuidad de la especie ante la amenaza nuclear o las grandes cuestiones de la bioética y la genética, cuestiones que precisan de una superior instancia de lo político y de nuevas categorías jurídicas que permitan superar el impasse que ante ellas experimenta la ciencia jurídica tradicional.

Esa reformulación del paradigma jurídico exige una nueva dimensión de la justicia que supere las reducidas formulaciones de alcance nacional. Sumidos en pleno proceso de descentralización jurídica, compatible con reacciones de concentración como consecuencia de los procesos de globalización de la economía capitalista, las instancias de lo legal se multiplican y lo legítimo se torna cada vez más difuso. Es necesario un "nuevo derecho de gentes", articulado a través de los derechos humanos y de demandas sociales emergentes, como son los derechos de la tercera generación, la preocupación ecológica o problemas de género. El derecho de nuestra época debe superar así:

a) La pesada carga de dogmas y mistificaciones, de conceptos y categorías huecas que nada pueden aportar ya al derecho que está por venir. La consecución de una sociedad más justa no puede seguir encontrándose como obstáculo los viejos dogmas consolidados de un saber anacrónico; en nuestros días, por ejemplo, no parecen asumibles el predominio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones entre particulares, que ignora la flagrante asimetría de la mayoría de operaciones mercantiles; y en el ámbito del derecho público, el principio de la voluntad estatal que oculta la fragmentación inherente a nuestras sociedades bajo un manto unificador engañoso. Como advierte Eriksson, la voluntad del Estado

²⁹ Frosini, V., "Los Derechos humanos en la era tecnológica", en Pérez Luño, A. E. (coord), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., p. 88.

³⁰ Sobre los dilemas de la profesión de abogado en la hora presente puede consultarse el trabajo de Ciuro Caldani, M.A., y Chaumet, M.E., "Proyecciones profesionales de la abogacía en la postmodernidad", Investigación y Docencia. Boletín del Centro de investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social, Universidad Nacional de Rosario, n. 25, 1995, p. 63-65.

está fragmentada, ya no hay más que una multiplicidad de voluntades, cuya suma determina el tenor de las decisiones: ¿No deberíamos hablar de la multiplicidad de voluntades en la sociedad? ¿No deberíamos abandonar la concepción tradicional de una voluntad uniforme del Estado? ¿no están maduras las circunstancias como para crear nuevos conceptos básicos (y no solamente nuevos principios) en el derecho moderno, conceptos que tengan en cuenta la fragmentación de nuestras sociedades y la naturaleza conflictiva del derecho moderno?³¹ La creación de nuevos conceptos y categorías flexibles y abiertos a sucesivas redefiniciones debe quedar bajo la égida de la gran metanarración de la modernidad de la cual no podemos ya prescindir. El nuevo reto del derecho no es otro que hacer efectivo el ideal de la autonomía como principio-guía de lo jurídico. Ello requiere la superación de los viejos esquemas de justicia formal para incorporar exigencias de justicia material o sustantiva sin las cuales el derecho volvería a ser un instrumento para la preservación de los injustos privilegios de los grupos sociales dominantes.

b) La concepción radicalmente individualista de los derechos que son concebidos como “apropiaciones” de los individuos frente a la sociedad, parcelas conquistadas frente a la cooperación y a la solidaridad. Y es que la tendencia igualitaria, la extensión generalizada de los beneficios del Estado del bienestar a amplias capas de población y el aburguesamiento masivo de una ciudadanía seducida por las bondades del capitalismo consumista han provocado un fenómeno contrario a la dimensión societaria: los deberes se banalizan, los individuos se excluyen de la sociedad y se repliegan en un ámbito en el que a nadie le es dado penetrar. La onda expansiva del aburguesamiento, de la igualación de condiciones, ha traído consigo también una reacción antisocietaria. Los derechos definen el ámbito de la vida social que a cada uno le corresponde, determinan ese patrimonio inembargable que escapa a todo dominio y que en cualquier caso es dable exigir. Paralelamente, los sentimientos de solidaridad y responsabilidad quedan postergados ante este nuevo huracán individualista. La malversación teórica de la categoría de derecho subjetivo como acotación de un espacio de inmunidad ajeno a la sociedad y a la cooperación contribuyó a que el utilitarismo capitalista se consolidara, pues como apunta Ballesteros, se debió establecer mejor la distinción entre el derecho subjetivo como categoría técnico-jurídica, y la proyección ideológica de dicho concepto, como absolutización de la pretensión, sin atención al correspondiente deber.³²

c) El reducido espacio de las fronteras estatales: es necesaria la intervención sobre niveles geográficos mayores. La teoría de la soberanía, a la que se refería Foucault como elemento vertebrador de un derecho sistemático, formal y ordenado, debe ser superada. Si queremos articular un derecho con capacidad de respuesta ante problemas que van más allá de las reducidas dimensiones del Estado-

³¹ Eriksson, L., "Tendencias conflictivas en el derecho moderno", cit., p.125.

³² Ballesteros, J., "Razones a favor de una postmodernidad alternativa (respuesta a Javier de Lucas)", *Doxa*, 6, 1989, p. 301-306. Para una exposición de los planteamientos de Ballesteros sobre la postmodernidad como resistencia frente a la perversión del individuo y al predominio de la razón instrumental en todos los ámbitos de la vida, Cf. Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1997.

nación, precisamos superar la dispersión de los múltiples centros jurídicos estatales, incorporando criterios axiológicos sustantivos en la realización de una sociedad global más justa y equitativa. Es necesario responder a las pulsiones globales con un esfuerzo universalizador, contrarrestando las tendencias negativas que el proceso de globalización comporta, pues como indica el profesor Ciuro Caldani: "La globalización, que es complejidad impura, debe ser reemplazada por la universalización, en que las particularidades confluyen en una complejidad pura. Para lograr la universalización es imprescindible el protagonismo del Derecho. A los hombres del Derecho nos corresponde comprender el fenómeno económico y la globalización, pero no para ser meros instrumentos de ellos sino para superar sus sentidos con miras a la justicia y la humanización".³³ La transnacionalización de lo jurídico es la única respuesta posible a la aparición de problemas de dimensiones planetarias.

d) La dimensión temporal de los problemas, propia de la modernidad, que supeditaba la constatación del conflicto a su concreta configuración en el presente: un bien jurídico sólo se consideraba lesionado ante un daño presente, real y efectivo. El creciente nivel de riesgo de las nuevas tecnologías y las amenazas más que potenciales que la "explosión de ignorancia", a la que Denninger se refiere, conllevan para la propia humanidad, se traducen en crisis del derecho regulador y afectan a la propia estructura del Estado de Derecho, reflejando una crisis del Estado de Derecho en la medida en que los medios de interpretación y aplicación tradicionales se muestran inútiles. La nueva dimensión de lo jurídico exige una mirada ecológica hacia nuestro entorno, la incorporación de un paradigma ecológico en el derecho que haga posible la reconciliación del hombre con su hábitat natural: nuestros problemas no se miden ya en términos de lesiones actuales y efectivas a los bienes jurídicos, sino que exigen la incorporación de una dimensión futura. El desarrollo tecnológico no puede ser por más tiempo una fuerza contraria a la preservación del medio ambiente. En términos de derecho ambiental, por ejemplo, ya no es suficiente el principio "quien contamina paga". Hay que incorporar la dimensión del futuro en la catalogación de los conflictos jurídicos si queremos resolver las grandes interrogantes que afectan al género humano. Frente a la causación del daño y a su eventual reparación, hemos de oponer un derecho de prevención de riesgos que, anticipando la dimensión temporal del futuro, salvaguarde el interés, no por difuso menos digno de protección, de las generaciones futuras a una vida digna.

e) La restricción ya caduca del sujeto de derecho a su dimensión estrictamente individual: en nuestro tiempo, los derechos adquieren una nueva titularidad difusa, frente a los intereses individuales tradicionales de la vieja ciencia jurídica. Hoy nos encontramos con intereses difusos de titularidad colectiva que deben ser también adecuadamente protegidos. Ese es el sentido de los derechos humanos de la tercera generación: derechos de titularidad colectiva que encarnan el reto de la superación de un derecho rígidamente formalista. Frente a los intereses

³³ Ciuro Caldani, M.A., "Comprensión de la globalización desde la Filosofía jurídica", Investigación y docencia. Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, n°27, 1996, p. 16.

especiales -que actúan como privilegios frente a la interferencia gubernamental- propuestos por los actores sociales (que están bien organizados porque pueden ganar y perder mucho), los intereses difusos tienen el carácter de bien público y atañen a la calidad de vida global. Para Reich es necesaria una redefinición de la teoría de los derechos en función de la diferenciación entre intereses especiales e intereses difusos. Estos derechos para la protección de intereses difusos facilitan el cambio y la transformación social en vez de evitarlos. Un compromiso por su juridicidad precisa de cauces procesales definidos mediante derechos procesales. Estos harían posible el acceso a los tribunales por parte de los movimientos sociales. En este foro, -advierde Reich- un debate que ya se ha perdido en la arena política puede comenzar de nuevo³⁴. La conquista de la protección jurídica de estos intereses difusos sólo puede llevarse a cabo mediante una movilización de la ciudadanía, a través de grupos de presión articulados como nuevos movimientos sociales. El reto de nuestro tiempo es la garantía efectiva de esos intereses difusos, intereses cuya titularidad es a veces tan amplia como pueda imaginarse y que, por ende, no deben ser subordinados a la satisfacción de intereses especiales de los grupos más poderosos de la sociedad.

f) La vieja concepción caduca y periclitada de la ciudadanía como ciudadanía-institución, que reduce la participación ciudadana en lo político y en la legitimación de las decisiones a un conjunto reglado de facultades, sin consecuencias en la transformación efectiva de la sociedad. La confluencia de lo jurídico y de lo político requiere la recuperación de una concepción dinámica de la legitimación democrática que rompa la dinámica abstencionista de una ciudadanía inhibida. El orden jurídico no puede quedar al margen de la sociedad como subsistema independiente. El predominio de la razón instrumental es una tendencia perversa del capitalismo global cuya superación sólo resulta factible desde la construcción de nuevos espacios de lo público.

g) La complejidad del fenómeno jurídico: si la complejidad de las relaciones sociales exige un derecho cada vez más complejo, el reto del jurista deberá ser la superación de esa complejidad, cuya causa está, en buena medida, en la insuficiencia del derecho instituido para dar una respuesta satisfactoria a los grandes problemas de nuestro tiempo. La complejidad del fenómeno jurídico está en relación directamente proporcional a la obsolescencia de las categorías jurídicas tradicionales para articular fenómenos sociales completamente nuevos. La simplificación de situaciones y principios para evitar el caos y la dispersión exige una actitud permanentemente creativa del jurista, sin renunciar a las grandes conquistas que el paradigma jurídico de la modernidad trajo consigo, que se concrete en la invención de nuevas categorías jurídicas más acordes con las dimensiones y características de los problemas de nuestro tiempo.

h) La impronta formalista de un sistema jurídico como un sistema independiente, aislado del resto de los fenómenos sociales: la nueva teoría jurídica ha de incorporar una visión interdisciplinaria de lo jurídico, una visión que supere la

³⁴ Cf. Reich, N., "Formas de socialización en la economía: reflexiones sobre el postmodernismo en la teoría jurídica", en Corcuera Atienza, J., y García Herrera, M. A. (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 111 ss. (Cf. Reich, N., op.cit., p. 115-116).

separación estanca de compartimentos que nunca llegaron a existir ni siquiera en la mente de quienes los imaginaron. Frente a la aspiración legítima pero inalcanzable de un derecho químicamente puro, un producto de laboratorio aislado de la sociedad en la que se genera, la nueva teoría jurídica debe reivindicar la necesidad de un diálogo permanente del derecho con otras disciplinas, con otros saberes: un derecho sin dogmas, permeable, abierto al cambio y la innovación, un derecho heteropoiético que abdicue de la petulante autosuficiencia con que intentaron revestirlo. El fenómeno jurídico como algo multidimensional no puede permacer aislado de la sociedad, de la cultura, de la política, de la economía, no puede vivir al margen de las innovaciones tecnológicas ni rehuir los enfoques interdisciplinarios. La teoría jurídica de nuestro tiempo si quiere seguir siendo jurídica tendrá que ser una teoría impura del derecho.

En definitiva, la construcción de un nuevo orden social precisa de un pensamiento jurídico nuevo desde la superación de los viejos mitos que impregnaron a la ciencia jurídica de la modernidad. El paradigma jurídico de la modernidad, al acotar la razón como razón positiva del derecho uno y estatal, limitó el alcance liberador de su potencial emancipatorio, que quedó, de esta forma, lastrado por la irracionalidad de la razón desvinculada, sustentada sobre ficciones y dogmas carentes de soportes axiológicos. La recuperación de una dimensión más fluida de lo jurídico exige la superación de esos dogmas y su incardinación en cuanto principios en el horizonte axiológico al cual pertenecen. Es necesario incorporar un plus de ética, de estética y de política en lo jurídico que nos permita incardinar en el derecho una perspectiva flexible de lo justo. Si la ciencia del derecho quedó impregnada del férreo asimiento de los dogmas, la superación de este impasse teórico requiere dosis crecientes de imaginación: sólo desde una perspectiva consciente y crítica la ciencia del derecho puede liberarse del rígido formalismo de una razón carente de contenidos materiales de justicia.